

**EIDGENÖSSISCHE
REKURSKOMMISSION
FÜR DAS ÖFFENTLICHE
BESCHAFFUNGSWESEN**

GESAMMELTE
RECHTSPRECHUNG
AB 1996 BIS UND MIT 2006

Inoffizielle Zusammenfassungen
der wichtigsten Entscheide
sowie Zuordnung zentraler
Erwägungen zu den Artikeln
von BoeB und VoeB

Marco Fetz

Bern, 1. Januar 2007

VORWORT / PRÉFACE

Am 1. Januar 2007...:

... treten die neuen Gesetze zum Bundesverwaltungsgericht (VGG) und Bundesgericht (BGG) in Kraft. Ab diesem Stichtag wird deshalb die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) durch das neue Bundesverwaltungsgericht abgelöst (Art. 53 Abs. 2 VGG). Dessen Entscheide können unter bestimmten Voraussetzungen sogar mit der Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht weiter gezogen werden (Art. 83 lit. f BGG), was für erstinstanzliche Entscheide bei Bundesvergaben ein Novum ist. Im Zuge der Revision der Rechtspflege tritt zudem gleichzeitig auch die neue Rechtsweggarantie in Kraft (Art. 29a BV). Mit Spannung ist deshalb zu erwarten, ob sich das Bundesverwaltungsgericht nun auch für Vergaben ausserhalb des Anwendungsbereiches des BoeB zuständig erachten wird. Doch ist darüber hinaus mit grundlegenden Neuerungen in der Rechtsprechung zu rechnen? Die Frage ist nicht ganz abwegig, gehört doch dem für das öffentliche Beschaffungsrecht zuständigen Gremium kein einziger der ehemaligen Richter der BRK mehr an. Interessant wird insbesondere sein, ob die neuen Richter die anbieterfreundliche Haltung beim Rechtsschutz bzw. bei der Erteilung der aufschiebende Wirkung beibehalten werden. Inwieweit wird das neue Gericht sich sodann für Vergaben im Zusammenhang mit Auslagerungen, Konzessionen, Subventionen sowie Public Privat Partnership zuständig erachten? Mit Argusaugen wird die Praxis sodann beobachten, wie die Richter den Ausgleich zwischen Formstrenge und Flexibilität finden werden. Für die Praxistauglichkeit ist zudem zentral, was die Anforderungen an die Bewertung der Anbieter und deren Angebote sein werden: Wie hoch muss der Preis mindestens gewichtet werden? Kann die Mehreignung beim Zuschlag noch berücksichtigt werden? Wie können Sozial- und Umweltkriterien oder Varianten verwendet werden? Was auch immer die Zukunft bringt mag, der Zeitpunkt scheint mir angebracht, die bisherige Rechtsprechung aufzuzeigen.

Ziel und Struktur:

Diese Sammlung soll Vergabestellen, Anbietern sowie Dritten eine Hilfe für den Praxisalltag sein. Sie soll das Wissen über die Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungsrecht erhöhen und dadurch (zumindest indirekt) die Rechtskonformität der Vergaben fördern. Sie kann einen ersten Zugang zu den Gerichtsurteilen darstellen und soll Lust machen auf Mehr. Die Sammlung besteht zwar aus Originalauszüge aus den Urteilen, kann und soll aber den Rückgriff auf die Originaltexte nicht ersetzen. Aus Praktikabilitätsgründen habe ich die Zusammenfassungen auf eine Seite beschränkt. Dies führt gezwungenermassen zu einer Gewichtung, die nicht immer dem materiellen Gehalt oder der Relevanz der einzelnen Entscheide entsprechen muss. Die meines Erachtens zentralen Erwägungen habe ich eingefärbt und im Anschluss an ein Schlagwortverzeichnis zur Kommentierung der Normen verwendet. Aus verwaltungsökonomischen Gründen musste allerdings auf Übersetzungen verzichtet werden.

Le 1er janvier 2007...:

... la loi sur le tribunal fédéral administratif fédéral (LTAF) et la loi sur le tribunal fédéral (LTF) entrent en vigueur. A la même occasion, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) est remplacée par le tribunal administratif fédéral (art. 53, al. 2, LTAF). Ses décisions pourront ainsi, à certaines conditions, être transmises même au tribunal fédéral avec le recours unifié (art. 83f LTF), ce qui constituera une nouveauté pour les décisions de première instance relatives aux adjudications de la Confédération. En outre, dans le cadre de la révision de l'organisation judiciaire fédérale, la nouvelle garantie de l'accès au juge entre également en vigueur (art. 29a Cst.). Ainsi, la réponse à la question de savoir si le tribunal administratif fédéral se considère comme compétent également pour les adjudications ayant lieu en dehors de la LMP est attendue avec un vif intérêt. Faut-il s'attendre en plus à des innovations fondamentales en matière de jurisprudence? Cette question n'est pas dénudée de fondement, car aucun des anciens juges de la CRM ne fera partie du comité du tribunal administratif compétent pour le droit des marchés publics. Dans certains domaines, il sera intéressant de savoir si les nouveaux juges maintiendront l'attitude favorable aux soumissionnaires en matière de protection juridique et d'octroi de l'effet suspensif. On peut aussi se demander dans quelle mesure le nouveau tribunal se considérera comme compétent pour les adjudications liées aux décentralisations, aux concessions, aux subventions et au partenariat public-privé. On pourra également observer avec attention comment les juges trouveront un équilibre entre la rigueur formelle et la souplesse. Dans la pratique, il sera déterminant de connaître les exigences appliquées à l'appréciation des soumissionnaires et de leurs offres. Quelle sera la pondération minimale du prix? Comment prendra-t-on en compte la meilleure qualification lors de l'adjudication? A quelles conditions les critères sociaux et environnementaux ou les variantes pourront-ils être considérés? Quel que soit l'avenir, il me paraît opportun de récapituler la jurisprudence valable jusqu'ici.

But et structure:

Ce recueil doit aider les pouvoirs adjudicateurs, les soumissionnaires et les tiers en leur faisant mieux connaître la jurisprudence en matière de marchés publics et en encourageant ainsi, du moins indirectement, la conformité des adjudications avec la législation. Il peut constituer un premier accès aux arrêts des tribunaux et doit encourager les intéressés à obtenir de plus amples informations. Même s'il est constitué d'extraits originaux, le recueil ne saurait remplacer la consultation des textes originaux. Pour des raisons pratiques, j'ai limité les résumés à une page. Il en résulte une pondération qui ne correspond pas forcément au contenu matériel ou à la pertinence de chaque arrêt. Les considérants qui, à mon avis, sont très importants sont marqués et sont repris à la fin d'une liste des mots-clés pour que les normes puissent être commentées. Les textes n'ont pas été traduits pour des raisons économiques.

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

INHALTSVERZEICHNIS / TABLE DES MATIÈRES

Die Entscheide können teilweise im Originaltext entweder auf der Homepage der Rekurskommission (BRK/CRM) (www.reko-efd.admin.ch/de/brk/entscheide/index.htm, kurz: „www“), oder vereinzelt auch derjenigen der VPB (www.vpb.admin.ch/homepage_de.html, kurz: „VPB“) abgerufen werden. Für die verbleibenden Entscheide sind zumindest einseitige Zusammenfassungen auf der Homepage der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) verfügbar (www.admin.ch/http://www.bbl.admin.ch/bkb/00235/00239/00252/index.html?lang=de).

S.	Datum	BRK	VPB/www	Entscheidart	Sprache, Regeste
7	1996-06-03	BRK 1996-01		Entscheid	dt: Teilnehmersauswahl
8	1996-10-09	BRK 1996-03		Verfügung	dt: Präsidialverfügung
9	1996-11-29	BRK 1996-07		Zwischenentscheid	ital: aufschiebende Wirkung gegen Präqualifikation
10	1996-12-17	BRK 1996-06		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren (Auftrag als Generalplaner)
11	1997-01-15	BRK 1996-04		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Akteneinsicht
12	1997-02-17	BRK 1996-08	61.24	Zwischenentscheid	dt: Aufschiebende Wirkung
13	1997-03-05	BRK 1996-08		Zwischenentscheid	dt: Akteneinsicht
14	1997-03-26	BRK 1997-04		Entscheid	frz: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren in einem Wettbewerb
15	1997-03-26	BRK 1997-08	61.77	Zwischenentscheid	frz: Teilnehmersauswahl, Aufschiebende Wirkung, Eintreten
16	1997-05-02	BRK 1996-07	61.76	Entscheid	ital: Präqualifikation bei Dienstleistungen
17	1997-06-13	BRK 1997-05		Entscheid (Leading)	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
18	1997-06-13	BRK 1997-06		Entscheid (Leading)	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
19	1997-06-13	BRK 1997-07		Entscheid (Leading)	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
20	1997-06-13	BRK 1997-09	62.16	Entscheid (Leading)	dt: Legitimation zur Anfechtung des Zuschlages
21	1997-06-13	BRK 1997-08	62.31	Entscheid (Leading)	frz: Teilnehmersauswahl, Wettbewerb in selektivem Verfahren, Eintreten, Streitgrundlage
22	1997-07-07	BRK 1997-12	61.78	Entscheid (Leading)	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
23	1997-07-15	BRK 1997-10	62.32 I	Zwischenentscheid	dt: Aufschiebende Wirkung
24	1997-11-07	BRK 1996-08	62.17	Entscheid (Leading)	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
25	1997-11-07	BRK 1997-10	62.32 II	Entscheid (Leading)	frz: Zuschlag im selektiven Verfahren
26	1997-11-14	BRK 1997-16		Zwischenentscheid	frz: Aufschiebende Wirkung gegen Zuschlag, Eignungsprüfung, Umwelt
27	1997-12-04	BRK 1997-11		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
28	1997-12-18	BRK 1997-13		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
29	1998-01-26	BRK 1997-17		Zwischenentscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, aufschiebende Wirkung
30	1998-02-06	BRK 1997-19	62.79	Zwischenentscheid (L.)	dt: Aufschiebende Wirkung
31	1998-04-03	BRK 1997-20		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
32	1998-04-29	BRK 1997-17	62.8	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
33	1998-05-11	BRK 1998-04		Entscheid	dt: Umgehung der Vergabevorschriften
34	1998-06-29	BRK 1997-15	63.15	Entscheid	frz: Eintreten, Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, Verhandlungen
35	1998-07-09	BRK 1998-02		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
36	1998-08-04	BRK 1998-05		Entscheid	dt: Zuschlagserteilung
37	1998-08-10	BRK 1998-11		Verfügung	dt: Zuständigkeit
38	1998-08-13	BRK 1997-01	63.17	Entscheid	frz: Gültigkeit eines verspäteten Teilnahmesuchts
39	1998-10-08	BRK 1998-03	63.16	Entscheid	frz: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
40	1998-11-05	BRK 1998-12	64.9	Zwischenentscheid	dt: Akteneinsicht
41	1998-12-09	BRK 1998-09	63.42	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
42	1998-12-09	BRK 1998-10		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
43	1999-02-04	BRK 1998-12	64.9	Entscheid (Leading)	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
44	1999-03-03	BRK 1998-01		Verfügung (Abschr.)	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren, Beschwerderückzug, Parteientschädigung
45	1999-07-19	BRK 1999-05	64.80	Entscheid	dt: Einladungsverfahren, Beschwerdemöglichkeiten, aufschiebende Wirkung

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

S.	Datum	BRK	VPB/www	Entscheidart	Sprache, Regeste
46	1999-07-22	BRK 1999-06		Zwischenentscheid	dt: Zuschlag im selektiven Verfahren, aufschiebende Wirkung, Akteneinsicht
47	1999-08-16	BRK 1999-02	64.29	Entscheid	frz: Zuschlag in einem offenen Verfahren
48	1999-08-25	BRK 1999-04		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
49	1999-08-31	BRK 1998-14		Entscheid	frz: Übereinstimmung der Offerte mit dem Pflichtenheft
50	1999-09-03	BRK 1999-06	64.30	Entscheid	dt: Zuschlag im selektiven Verfahren
51	1999-10-29	BRK 1999-07		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
52	1999-12-09	BRK 1999-11	64.63	Entscheid	frz: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren in einem Wettbewerb
53	2000-02-08	BRK 1999-12		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
54	2000-02-23	BRK 2000-02	64.61	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Zuständigkeit
55	2000-02-29	BRK 1999-08		Entscheid	dt.: Wettbewerbsausschreibung Rahmenprogramm "Schulen und Gesundheit"
56	2000-02-29	BRK 1999-09	64.6	Verfügung	frz: Präsidialverfügung, Wettbewerb zur Erteilung einer Finanzhilfe
57	2000-02-29	BRK 1999-10		Entscheid	ital: Wettbewerb zur Erteilung einer Finanzhilfe
58	2000-03-01	BRK 1999-13	64.59	Entscheid	dt: Zuschlag im offenen Verfahren
59	2000-04-26	BRK 2000-01	64.62	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
60	2000-06-27	BRK 2000-05	65.10	Entscheid	dt: Zuschlag im selektiven Verfahren
61	2000-08-11	BRK 2000-11		Zwischenentscheid	dt: Aufschiebende Wirkung
62	2000-08-25	BRK 2000-06	65.9	Entscheid	dt: Zuschlag im offenen Verfahren
63	2000-08-30	BRK 2000-13	65.12	Zwischenentscheid	frz: Aufschiebende Wirkung gegen Zuschlag im selektiven Verfahren
64	2000-09-01	BRK 2000-09	65.11	Entscheid	dt: Zuschlag im selektiven Verfahren
65	2000-11-03	BRK 2000-07	65.41	Entscheid (Leading)	dt: Freihändige Vergabe von Dienstleistungen
66	2000-12-18	BRK 2000-20		Entscheid	dt: Zuschlag im selektiven Verfahren
67	2001-01-22	BRK 2000-13	65.78	Entscheid	frz: Zuschlag im selektiven Verfahren; Varianten
68	2001-01-26	BRK 2000-18	65.77	Entscheid	dt: WTO-Ausschreibung im offenen Verfahren
69	2001-03-26	BRK 2000-21/23	65.80	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
70	2001-03-26	BRK 2000-22	65.79	Entscheid	dt: Ausschluss aus dem Vergabeverfahren
71	2001-07-05	BRK 2001-03	65.94	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
72	2001-07-25	BRK 2001-07		Zwischenverfügung	frz: Präsidialverfügung Verfahrenssprache; "production des pièces"
73	2001-09-19	BRK 2001-08		Zwischenverfügung	frz: Beschaffung Güter; Zuschlag im offenen Verfahren; Begehren um aufschiebende Wirkung
74	2001-09-28	BRK 2001-07	66.5	Entscheid	frz: Anwendungsbereich; Kosten
75	2001-10-11	BRK 2001-09	66.4	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Anwendungsbereich; Zuständigkeit
76	2001-11-09	BRK 2001-08		Zwischenverfügung	frz: Akteneinsicht
77	2001-11-16	BRK 2001-05	66.39	Entscheid (Leading)	dt: Abbruch des Vergabeverfahrens
78	2001-11-16	BRK 2001-11	66.38	Entscheid (Leading)	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
79	2001-11-16	BRK 2001-14	66.37	Zwischenentscheid	dt: Aufschiebende Wirkung
80	2001-12-28	BRK 2001-08		Zwischenentscheid	frz: Zuschlag in einem offenen Verfahren; Feststellung des Sachverhalts
81	2002-03-19	BRK 2002-03		Zwischenverfügung	dt: Akteneinsicht; zweiter Schriftenwechsel
82	2002-04-17	BRK 2001-08	66.54	Entscheid	frz: Zuschlag im offenen Verfahren; technische Spezifikationen; Bewertung der Offerten
83	2002-06-26	BRK 2002-03		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
84	2002-06-26	BRK 2002-04	66.86	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
85	2002-10-08	BRK 2002-11	67.5	Entscheid	dt: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren
86	2002-10-09	BRK 2002-08		Verfügung (Abschr.)	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Rückzug Beschwerde; Kosten- und Entschädigungsfolgen
87	2002-12-06	BRK 2002-12		Entscheid	dt: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren
88	2003-01-29	BRK 2002-15		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
89	2003-01-29	BRK 2002-08	67.65	Entscheid	dt: Ausschluss vom Verfahren
90	2003-02-04	BRK 2002-16		Verfügung (Abschreiber)	dt: offenes Verfahren; Ausschluss vom Verfahren; Wiedererwägung

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

S.	Datum	BRK	VPB/www	Entscheidart	Sprache, Regeste
91	2003-03-04	BRK 2003-02	67.66	Entscheid	frz: Dienstleistung; Los 3 Tunnel von Pinchat; Teilnehmerwahl im Selektiven; Anwendungsbereich; Eintreten; Nichtigkeit
92	2003-03-04	BRK 2003-03		Entscheid	frz: Teilnehmerwahl im selektiven Verf.; Rechtswahl; Anwendungsbereich; Nichtigkeit
93	2003-03-06	BRK 2002-13	67.67	Entscheid	dt: Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens
94	2003-03-27	BRK 2003-04	www (005)	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Zuständigkeit
95	2003-03-27	BRK 2003-07		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Zuständigkeit
96	2003-05-23	BRK 2003-12		Zwischenverfügung	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren, aufschiebende Wirkung
97	2003-06-03	BRK 2003-15		Zwischenverfügung	frz: aufschiebende Wirkung
98	2003-07-03	BRK 2003-14		Zwischenentscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht
99	2003-07-23	BRK 2003-16	67.108	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
100	2003-09-01	BRK 2003-15	68.10	Entscheid	frz: Baute, Zuschlag im offenen Verf., finanz. Eigung d. Zuschlagsempfängerin, Eignungs- & Zuschlagskriterien
101	2003-10-02	BRK 2003-19		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
102	2003-10-28	BRK 2003-20		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Anwendungsbereich BoeB
103	2003-11-05	BRK 2003-21	68.11	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
104	2003-11-11	BRK 2003-22	68.47	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
105	2003-11-21	BRK 2003-23		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Verhandlungen; Eignungskriterien
106	2003-12-04	BRK 2003-18		Entscheid	dt: Neuausschreibung wegen geänderten Ausschreibungsbedingungen, Frist
107	2003-12-12	BRK 2003-29	68.65	Entscheid	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
108	2003-12-16	BRK 2003-25		Zwischenentscheid	ital: Verfahrensausschluss; aufschiebende Wirkung
109	2004-01-08	BRK 2003-24	68.66	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
110	2004-03-17	BRK 2003-25		Entscheid	ital: Ausschluss aus dem Zuschlagsverfahren
111	2004-03-22	BRK 2004-03	68.88	Entscheid	dt: Architektur/Generalplanungs-Projektwettbewerb im selektiven Verf.; Ausschreibung
112	2004-03-30	BRK 2004-01		Entscheid	dt: Geltungsbereich BoeB
113	2004-04-29	BRK 2003-32		Zwischenentscheid	dt: Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung
114	2004-05-04	BRK 2004-04	68.89	Zwischenentscheid	frz: Zuschlag im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht
115	2004-06-15	BRK 2003-32	68.120	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
116	2004-06-30	BRK 2004-04	68.119	Entscheid	frz: Bewertung vom Eignungsgrad als Zuschlagskriterium; Überprüfung Vergabestelle
117	2004-09-22	BRK 2004-07	www	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
118	2004-11-02	BRK 2004-09		Zwischenverfügung	dt: offenes Verfahren; Sistierung im Beschwerdeverfahren
119	2004-11-09	BRK 2004-06	www	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
120	2004-11-30	BRK 2004-12	69.32	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
121	2004-12-17	BRK 2004-15	69.55	Entscheid	dt: Ausschluss vom Verfahren
122	2005-02-09	BRK 2004-16		Zwischenentscheid	frz: Zuschlag im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Einsichtsrecht
123	2005-02-10	BRK 2004-17		Zwischenentscheid	frz: aufschiebende Wirkung; Einsichtsrecht
124	2005-02-15	BRK 2005-02		Zwischenverfügung	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verf., vorsorgliche Massnahmen, Akteneinsicht
125	2005-03-11	BRK 2004-10/11	69.56	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren
126	2005-03-11	BRK 2004-14	69.79 / www	Entscheid (Leading)	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
127	2005-03-17	BRK 2005-03	www	Zwischenverfügung	frz: aufschiebende Wirkung; Einsichtsrecht
128	2005-03-29	BRK 2004-18	69.81 / www	Entscheid	dt: Mangel in der Ausschreibung; zulässiger Beschwerdegrund; Nichteintreten
129	2005-04-14	BRK 2005-01	69.8 / www	Zwischenentscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, aufschiebende Wirkung, Akteneinsicht
130	2005-05-30	BRK 2005-02	69.105 / www	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

S.	Datum	BRK	VPB/www	Entscheidart	Sprache, Regeste
131	2005-08-11	BRK 2005-04	www	Entscheid	dt: Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren; Ausschlussverfügung
132	2005-09-08	BRK 2004-17	70.3 / www	Entscheid	frz: Dienstleistung, Studienauftrag, Zuschlag im selektiven Verfahren
133	2005-11-02	BRK 2005-19		Verfügung (Absch.)	dt: Widerruf der Zuschlagsverfügung
134	2005-11-09	BRK 2005-18		Zwischenentscheid	it: Dienstleistung; aufschiebende Wirkung und Akteneinsicht
135	2005-11-21	BRK 2005-16	www	Zwischenentscheid	dt: aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht
136	2005-11-23	BRK 2005-10/13	www	Entscheid	dt: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
137	2005-12-07	BRK 2005-07		Entscheid	ital: Lieferung
138	2005-12-12	BRK 2005-22		Zwischenentscheid	ital: aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht
139	2005-12-23	BRK 2005-17	70.33	Entscheid	dt. Zuschlag im offenen Verfahren
140	2005-12-28	BRK 2005-15	70.34	Entscheid	dt. Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung
141	2005-12-28	BRK 2005-24		Zwischenentscheid	dt.: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung
142	2006-01-23	BRK 2005-08	www	Zwischenverfügung	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung
143	2006-01-24	BRK 2005-14	www	Zwischenverfügung	dt. Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; Akteneinsicht
144	2006-01-27	BRK 2005-26	www	Entscheid	ital: Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren
145	2006-02-13	BRK 2005-16	70.5	Entscheid	dt.: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
146	2006-02-21	BRK 2005-18		Entscheid	fr.: Dienstleistung
147	2006-02-24	BRK 2006-01	www	Zwischenverfügung	dt: Zuschlag bzw. Ausschluss vom Vergabeverfahren; aufschiebende Wirkung
148	2006-05-11	BRK 2006-01	www	Entscheid	dt: Zuschlag bzw. Ausschluss vom Vergabeverfahren; Legitimation
149	2006-05-18	BRK 2005-25	www	Entscheid	dt.: Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren
150	2006-06-06	BRK 2005-24	www	Entscheid	dt.: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
151	2006-06-15	BRK 2005-22		Entscheid	ital.: Dienstleistung; Zuschlag im offenen Verfahren
152	2006-06-15	BRK 2005-23	70.8	Entscheid	ital.: Dienstleistung; Zuschlag im offenen Verfahren
153	2006-06-20	BRK 2006-03	www	Zwischenentscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um aufschiebende Wirkung; Gesuch um Akteneinsicht
154	2006-06-26	BRK 2006-04		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
155	2006-08-22	BRK 2006-11	www	Zwischenverfügung	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht
156	2006-08-28	BRK 2006-10	www	Zwischenverfügung	dt: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; aufschiebende Wirkung
157	2006-09-11	BRK 2006-08	www	Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
158	2006-10-31	BRK 2006-16		Zwischenverfügung	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um aufschiebende Wirkung; Gesuch um Akteneinsicht
159	2006-12-05	BRK 2006-16		Entscheid	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren
160	2006-12-08	BRK 2006-18		Verfügung	dt: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Geltungsbereich BoeB

Entscheid vom 3. Juni 1996, BRK 001/96

Regeste: Teilnehmerauswahl im Beschaffungswesen

Sachverhalt:

A. Durch Ausschreibung im SHAB vom 2. Februar 1996 eröffnete die Vergabestelle das selektive Beschaffungsverfahren in Sachen Beratungstätigkeit. Für den Antrag auf Einladung zur Angebotsabgabe wurde in der Ausschreibung eine Frist angesetzt bis 29. Februar 1996. Am 7. März 1996 überbrachte die Leiterin Administration der Beschwerdeführerin dem Projektdelegierten ein vom 6. März 1996 datiertes Schreiben dieses Unternehmens, in dem unter Berufung auf interne Missverständnisse um eine verspätete Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ersucht wurde. Der Projektkoordinator teilte dem Geschäftsstellenleiter der Beschwerdeführerin tags darauf mit, eine nachträgliche Zulassung zum Ausschreibungsverfahren müsse abgelehnt werden, und er wies darauf hin, dass ein formelles Ausschlussverfahren einzuleiten wäre, falls der Antrag aufrechterhalten würde. Mit Schreiben vom 11. März 1996 zog die Beschwerdeführerin den Antrag zur Einladung zur Angebotsabgabe zurück. **B.** Die Vergabestelle erliess am 19. März 1996 eine Verfügung, wonach 29 einzeln aufgeführte Anbieter im Beschaffungsverfahren in Sachen Beratungstätigkeit zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Zur Begründung wurde festgehalten, dass einzig die genannten Firmen die gemäss Ausschreibung im SHAB vom 2. Februar 1996 verlangten Eignungskriterien erfüllten. Die Publikation der Verfügung erfolgte im SHAB vom 22. März 1996. **C.** Gegen die in dieser Verfügung getroffene Teilnehmerauswahl erhebt die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. April 1996 Beschwerde bei der BRK mit dem Antrag, es sei ihr die Teilnahme an dieser Ausschreibung ebenfalls zu ermöglichen. Zur Begründung macht sie geltend, aufgrund eines internen Missverständnisses habe sie den Antrag auf Einladung zur Angebotsabgabe mit wenigen Tagen Verspätung gestellt. Ein Fernbleiben ihres Unternehmens in dieser Ausschreibung brächte der Eidgenossenschaft erhebliche Nachteile.

Rechtsfragen:

1. Was sind die Voraussetzungen für die Anwendung des BoeB/VoeB? 2. Ist ein Antrag auf Teilnahme, der sieben Tage zu spät eingereicht wird, vom Verfahren auszuschliessen?

Erwägungen:

1. Zur Anfechtung (Erw. 1 und 2): BoeB und VoeB finden auf sämtliche geplanten Aufträge Anwendung, die nach dem 1. Januar 1996 ausgeschrieben werden oder, falls die Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden, über die vor dem Inkrafttreten noch kein Vertrag geschlossen wurde. Für das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB, nicht dagegen für das anschliessende Beschwerdeverfahren, sind insbesondere die Artikel über den Stillstand sowie Wiederherstellung der Fristen des VwVG nicht anwendbar. Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung binnen der 20-tägigen Beschwerdefrist angefochten, wobei es den Fristenstillstand an Ostern zu beachten gilt. Gegen alle in Art. 29 BoeB erwähnten Verfügungen kann selbständig Beschwerde erhoben werden. Dies hat zur Folge, dass bei einem Beschwerdeverzicht, z.B. beim Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren, dieser Entscheid nicht mehr im Rahmen der späteren Zuschlagsverfügung angefochten werden kann. **2. Zu den Fristen und Formen** (Erw. 3): Bei selektiven Verfahren, bei denen keine ständige Liste qualifizierter Anbieter verwendet wird, darf die Frist für die Vorlage des Antrags auf Einladung zur Angebotsabgabe in keinem Fall kürzer sein als 25 Tage, gerechnet vom Zeitpunkt der Veröffentlichung an. Die Vergabestelle setzte in ihrer Ausschreibung vom 2. Februar 1996 eine Frist von 27 Tagen an für den Antrag auf Einladung zur Angebotsabgabe, womit sie die gesetzlichen Vorschriften einhielt. Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB schliesst die Auftraggeberin Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus. Der sieben Tage nach Ablauf der Frist überbrachte Antrag der Beschwerdeführerin hätte als klarerweise verspätete und folglich mit einem wesentlichen Formfehler versehene Eingabe vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müssen, wäre er nicht zurückgezogen worden. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Verspätung mit internen Missverständnissen begründet und zudem auch eine Wiederherstellung einer Frist aus unverschuldetem Grund im Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB grundsätzlich nicht in Frage gekommen wäre. Aus den gleichen Überlegungen kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie in ihrer Verfügung betreffend Teilnehmerauswahl die Beschwerdeführerin nebst den 29 Firmen, die fristgerecht und vollständig Antrag gestellt haben, nicht als Anbieterin zur Angebotsabgabe eingeladen hat. Entsprechend kann dem Begehren, der Beschwerdeführerin sei die Teilnahme an der Ausschreibung ebenfalls zu ermöglichen, nicht stattgegeben werden. Daran vermag auch die in der Beschwerdeschrift vorgebrachte Behauptung, ein Fernbleiben der Beschwerdeführerin in dieser Ausschreibung brächte der Schweizerischen Eidgenossenschaft erhebliche Nachteile, nichts zu ändern.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die Verfügung der Vergabestelle vom 19. März 1996 betreffend Teilnehmerauswahl bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 600.-- (Spruch- und Schreibgebühren) werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.-- verrechnet.

Entscheid vom 9. Oktober 1996, BRK 1996-003

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

hat der Präsident der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen als Einzelrichter

nach Einsicht

- in den im SHAB vom 3. September 1996 veröffentlichten Zuschlagsentscheid;
- in die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. September 1996;
- in das Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen an die Beschwerdeführerin vom 11. September 1996, in welchem die Beschwerdeführerin unter der Voraussetzung, dass sie ihre Beschwerde aufrechterhalten wolle, in Anwendung von Art. 63 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 800.-- bis spätestens 25. September 1996 aufgefordert wurde;

Rechtsfragen:

Was sind die Folgen bei einem Rückzug der Beschwerde?

in Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin im Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, im Säumnisfall werde auf die Beschwerde nicht eingetreten;
- die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss bis heute nicht geleistet hat;
- auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist;

erkannt:

1. Auf die Beschwerde vom 9. September 1996 wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich eröffnet.

Decisione incidentale del 29 novembre 1996, CRM 1996-007 (c. 2.5.97)

Regeste: in merito alla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso formulato contro la decisione sulla scelta dei partecipanti nell'ambito della procedura selettiva per la fornitura di servizi

Ritenuto in fatto:

A. Con pubblicazione sul FOSC del 12 agosto 1996, l'appaltatrice ha dato avvio alla procedura di aggiudicazione nella forma di procedura selettiva per la fornitura di servizi (prolungamento della NFTA da Lugano a Milano; esame di opportunità e rapporto di impatto ambientale di primo livello). **B.** In data 9 settembre 1996 il ricorrente in conformità alle condizioni poste dal bando di concorso, ha inoltrato all'appaltatrice la propria domanda di partecipazione. **C.** Con decisione 9 ottobre 1996 l'appaltatrice ha rigettato la candidatura del consorzio postulante sulla scorta delle seguenti motivazioni: buona valutazione per i settori pianificazione dei trasporti, costruzione di gallerie e pianificazione del territorio; valutazione insufficiente per i settori ambiente e redditività; scarsa partecipazione di ditte con particolari conoscenze delle esigenze specifiche della Svizzera. **D.** Contro questa decisione insorge, con tempestivo ricorso, il ricorrente postulando in via cautelare il conferimento dell'effetto sospensivo al ricorso e in via principale l'accoglimento del ricorso e l'annullamento della predetta decisione. Il Presidente della CRM, in data 29 ottobre 1996, ha invitato l'appaltatrice a formulare le proprie osservazioni sulla richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo ed ha ordinato di non dar seguito ad alcuna misura esecutiva, finché non venga presa una decisione sull'effetto sospensivo. L'appaltatrice con scritto 8 novembre 1996 si oppone alla concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, ritenuto che un ritardo nella procedura renderebbe impossibile all'amministrazione del progetto assegnare il mandato entro fine anno 1996, ciò che causerebbe una perdita finanziaria di circa CHF 100'000.- prevista dalla gestione finanziaria 1996.

La questione giuridica: Quali sono le condizioni per l'effetto sospensivo (cons. 2 ss.)?

Considerato in diritto:

In applicazione dell'art. 28 cpv. 1 LAPub., il ricorso contro le decisioni del committente non ha effetto sospensivo. La CRM può comunque, su richiesta, accordarlo. Come rilevato dal Consiglio federale, in occasione di una richiesta di concessione dell'effetto sospensivo la CRM deve procedere ad una ponderazione degli interessi in gioco. Le prospettive d'esito favorevole o sfavorevole del ricorso nel merito possono entrare in considerazione, al fine della concessione o meno dell'effetto sospensivo. Esso dovrebbe comunque essere in ogni caso negato quando, già a prima vista, il gravame appaia manifestamente sprovvisto di probabilità di successo. **Nella ponderazione degli interessi, infine, la CRM deve anche tener presente le peculiarità dell'art. XX par. 7 lett. a del GPA.** Esso obbliga gli Stati membri di adottare delle misure transitorie e rapide per rimediare alle violazioni dell'Accordo e preservare le possibilità commerciali. Tali misure possono comportare pure la sospensione del processo di aggiudicazione dell'appalto. Procedendo alla ponderazione degli interessi in gioco, giova qui esporre succintamente le tesi sviluppate da una parte dal Consorzio ricorrente e d'altra parte dall'appaltatrice. Il ricorrente citando in particolare la dottrina postula la concessione dell'effetto sospensivo. Esso evidenzia come, in caso contrario, la protezione giuridica accordata dall'art. 27 LAPub verrebbe vanificata. A sostegno della tesi contraria, l'appaltatrice rileva che, la concessione dell'effetto sospensivo renderebbe impossibile un'aggiudicazione della commessa entro la fine del 1996, causando una perdita finanziaria per la stazione appaltante di circa fr. 100'000.-. **A favore della tesi espressa dal ricorrente occorre evidenziare che la procedura selettiva è sostanzialmente caratterizzata da due fasi ben distinte. Appare evidente che, data la particolarità del procedimento appena citato, in caso di mancato accoglimento dell'istanza di concessione dell'effetto sospensivo, al ricorrente verrebbe de facto preclusa ogni ulteriore possibilità di accedere alla seconda fase e di conseguenza di aspirare in una possibile aggiudicazione del mandato. In un caso, la Corte europea ha nella sostanza concluso che l'elemento finanziario, seppur importante non è determinante al fine del conferimento dell'effetto sospensivo. Certo le esigenze budgetarie possono, in certi casi, costituire un criterio di apprezzamento pertinente. In questo caso rimangono comunque dei motivi di incertezza. In effetti, da un lato, non è stabilito che l'appaltatrice sia totalmente sprovvista di un margine di manovra e di flessibilità nella ripartizione delle somme necessarie al compimento delle sue mansioni. Nella fattispecie, non occorre infatti dimenticare che per far fronte agli impegni di progettazione delle opere previste nell'ambito dell'Altransit, l'Amministrazione federale dispone di un impegno finanziario la cui durata supera l'anno di preventivo. La natura stessa di questi crediti è quella di godere, nella loro utilizzazione su diversi periodi contabili, di una certa flessibilità. D'altra parte, è pure incerto che l'aggiudicazione possa aver luogo ancora per l'anno in corso e ciò in ragione del termine minimo di 40 giorni concesso ai concorrenti prescelti per la presentazione.** Questi interrogativi possono comunque rimanere insoluti in quanto, in ogni caso, la ponderazione degli interessi propende a favore del consorzio ricorrente. In caso di rifiuto dell'effetto sospensivo, l'insorgente perderebbe l'opportunità di poter partecipare alla seconda fase della procedura e di vedersi eventualmente assegnare il mandato. Per contro, la concessione dell'effetto sospensivo causerebbe all'Ufficio dei trasporti degli inconvenienti sopportabili ed in ogni caso di molto inferiori a quelli subiti dal ricorrente in caso di suo rifiuto.

La decisione:

1. Al ricorso è concesso l'effetto sospensivo. 2. All'appaltatrice viene assegnato un termine scadente per presentare le proprie osservazioni di merito al ricorso. 3. Le spese processuali e le ripetibili verranno assegnate con il merito.

Entscheid vom 17. Dezember 1996, BRK 006/96

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren (Auftrag als Generalplaner)

hat die Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

nach Einsicht:

- in die im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 10. Juni 1996 veröffentlichte Ausschreibung;
- in die Verfügung der Vergabestelle vom 21. September 1996, mit welcher den Beschwerdeführern die Nichtberücksichtigung ihrer Offerte eröffnet wurde;
- in den im SHAB vom 8. Oktober 1996 veröffentlichten Zuschlagsentscheid der Vergabestelle;
- in die Beschwerde der Beschwerdeführer vom 10. Oktober 1996;
- in das Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen an die Beschwerdeführer vom 23. Oktober 1996, in welchem die Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 63 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 800.-- bis spätestens 6. November 1996 aufgefordert wurden;
- in die Telefax-Mitteilung der Bank X vom 11. November 1996;

Rechtsfragen:

Was sind die Folgen einer verspätet einbezahlten Kautions?

In Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführer im Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. Oktober 1996 ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, im Säumnisfall werde auf ihre Beschwerde nicht eingetreten;
- die Beschwerdeführer den Zahlungsauftrag für die Bezahlung des Kostenvorschusses mit dem Vermerk „dringend/Val. 6.11.96“ bezeichnet hatten und ihn am 5. November 1996 abends in den Briefkasten der Bank X einwarfen, der Zahlungsauftrag am 6. November 1996 an das Verarbeitungszentrum der Bank weitergeleitet wurde, die Verarbeitung aber - wie die Beschwerdeführer selbst einräumen - frühestens am 7. November 1996 erfolgte;
- die Beschwerdeführer die Aufforderung zur Bezahlung des Kostenvorschusses vom 23. Oktober 1996 gemäss Rückschein bereits am 24. Oktober 1996 erhalten hatten und ihnen somit 13 Tage zur Bezahlung der Fr. 800.-- zur Verfügung standen;
- gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses eingehalten ist, wenn der geforderte Betrag spätestens am letzten Tag der Frist bei der schweizerischen Post einbezahlt oder dieser ein entsprechender Überweisungsauftrag übergeben wird (BGE 111 V 407 E. 1b mit Hinweisen); bei der Benützung des Sammelauftragsdienstes der PTT die Zahlung zudem als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn die mit der Zahlung beauftragte Bank den letzten Tag der Frist als Fälligkeitsdatum angibt und den Datenträger vor Ablauf der Frist der schweizerischen Post übergeben hat (BGE 118 Ia 12, 117 Ib 222);
- die Ausführung des Zahlungsauftrages durch die Bank X unbestrittenemassen erst nach Ablauf der Frist und somit verspätet erfolgte;
- es keine Rolle spielt, ob die verspätete Zahlung des Kostenvorschusses durch die Beschwerdeführer selbst oder die beauftragte Bank erfolgte, weil das Verhalten einer Hilfsperson, deren sich die Beschwerdeführer zur Erfüllung der Kostenvorschusspflicht bedienen, ihnen wie ein eigenes zuzurechnen ist (BGE 114 Ib 71);
- auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist;
- mit diesem Verfahrensausgang die Beschwerdeführer im Prozessurteil unterlegen sind, weshalb ihnen die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühren, aufzuerlegen sind; die Beschwerdeinstanz im Dispositiv den Kostenvorschuss mit den Verfahrenskosten zu verrechnen und einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff., insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]);

verfügt:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 250.- (Spruch- und Schreibgebühren) werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit dem verspätet geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.-- verrechnet. Den Beschwerdeführern wird der Überschuss von Fr. 550.-- zurückerstattet. 3. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin und Vergabestelle schriftlich mitgeteilt.

Entscheid vom 15. Januar 1997, BRK 1996-004

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren, Akteneinsicht

hat der Präsident der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen als Einzelrichter

nach Einsicht

- in die Verfügung vom 23. September 1996;
- in die Eingabe vom 4. Oktober 1996;
- in das Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen an die Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 1996;
- in das Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 14. November 1996;
- in die Antwort der Vergabestelle an die Beschwerdeführerin vom 15. November 1996;
- in das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 25. November 1996, in dem sie der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen mitteilt, sie halte ihre Beschwerde aufrecht;
- in das Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen an die Beschwerdeführerin vom 27. November 1996, in welchem die Beschwerdeführerin in Anwendung von Art. 63 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 700.-- bis spätestens 13. Dezember 1996 aufgefordert wurde;

Rechtsfragen:

Was sind die Folgen, wenn die Kautions nicht rechtzeitig bezahlt wird?

in Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin im Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. November 1996 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, im Säumnisfall werde auf die Beschwerde nicht eingetreten;
- die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss bis heute nicht geleistet hat;
- auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist;

erkannt:

1. Auf die Beschwerde vom 4. Oktober 1996 wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich eröffnet.

Zwischenentscheid vom 17. Februar 1997, BRK 008-096 (vgl. Endentscheid v. 5.3.97)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Erteilung aufschiebender Wirkung; Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 24. Mai 1996 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle, eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Durchführung einer Erhebung bei privaten Haushalten zur Ermittlung eines neuen Waren- und Gewichtungsschemas als Verbrauchsgrundlage für die Revision des Landesindex der Konsumentenpreise. Die Vergabestelle behielt sich das Recht vor, mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit einer Piloterhebung zu beauftragen. Für diese Ausschreibung reichten die X AG und die Y AG als Bietergemeinschaft ein Angebot ein. **B.** Am 22. Juli 1996 fand zwischen der erwähnten Bietergemeinschaft und der Vergabestelle ein Offertgespräch statt (Vorgehen, die Beantwortung der Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen, Erörterung von Fragen zu den verhandelten Angebotsbestandteilen). Im Hinblick auf das weitere Vorgehen wurde der Bietergemeinschaft eine Frist bis zum 26. Juli 1996 gesetzt, um ihre Offerte zu bereinigen. Gegenstand der Bereinigung waren u.a. das Nachreichen einer schriftlichen Bestätigung über die Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutz- und des Bundesstatistikgesetzes sowie Vorschläge für eine Vereinfachung der Piloterhebung und die Stichprobenverwaltung durch das Institut. Ein zweites Offertgespräch fand am 14. August 1996 statt (Projektorganisation, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Erhebungsvarianten, Kosten). Mit Fax vom 20. August 1996 reichte die Bietergemeinschaft ihre Angaben zu den Einsparungsmöglichkeiten für die verschiedenen Erhebungsvarianten ein. **C.** Die Vergabestelle erteilte am 4. September 1996 den Zuschlag an die Arbeitsgemeinschaft Z. Tags darauf teilte sie der Bietergemeinschaft telefonisch mit, dass ihre Offerte nicht berücksichtigt werden konnte. Auf deren Gesuch informierte sie die Vergabestelle mit Schreiben vom 13. September 1996 über das Auswahlverfahren und die Gründe, welche zur Vergabe an die Z führten. Am 17. Oktober 1996 wurde der Vertrag geschlossen. In der Folge begann die berücksichtigte Anbieterin unverzüglich mit den Piloterhebungen. **D.** Mit Veröffentlichung im SHAB vom 23. Oktober 1996 wurde die Vergabe publiziert. In der Rechtsmittelbelehrung wurde auf den Beschwerdeweg an die BRK hingewiesen.

Rechtsfragen: 1. Formelle Anforderungen 2. Aufschiebende Wirkung - „verfrühter“ Vertrag. 3. Akteneinsicht.

Erwägungen:

1. Zum Formellen (Erw. 1): Gemäss Botschaft GPA sind die Verfügungen mit einer summarischen Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die Eröffnung kann durch eine Veröffentlichung im SHAB oder Postzustellung erfolgen. Ausschreibung und Zuschlag sind zudem immer zu veröffentlichen. Die telefonische Mitteilung erfüllt die Vorgaben des BoeB nicht. Das Schreiben vom 13. September 1996 war nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und fällt daher als rechtsgenügeliche Eröffnung einer Verfügung ebenfalls ausser Betracht. **2. Zum Vertrag** (Erw. 2): Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung können nicht weitergehende Wirkungen erzielt werden, als mit dem Entscheid in der Sache selbst. Folglich ist festzuhalten, dass der noch nicht abgeschlossene Vertrag an sich Grundvoraussetzung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist. Der Vertrag darf erst abgeschlossen werden darf, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben wurde, oder eine Beschwerde erhoben wurde, welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt, oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt worden ist. In der Tat kann nur auf diese Weise den in jedem Verwaltungsverfahren zu beachtenden Prinzipien von Treu und Glauben und Fairness sowie dem Gebot der Wirksamkeit des Verfahrens Rechnung getragen und Art. 22 BoeB staatsvertragskonform ausgelegt werden. Eine Ausnahme kann sich nur rechtfertigen, wenn die Beschaffung aus dringenden Gründen sofort ausgeführt werden muss. Die Dringlichkeit muss dabei auf äussere, unvorhersehbare Umstände zurückzuführen sein und nicht etwa auf ein Verhalten der Vergabestelle, mit dem diese die rechtsgültige Eröffnung des Zuschlags ohne Grund hinausgezögert hat. Unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung des Submissionsverfahrens hätte sich vorliegend zudem eine direkte Eröffnung an die nichtberücksichtigte Bietergemeinschaft aufgedrängt. **3. Zur Akteneinsicht** (Erw. 3): Das Recht auf Akteneinsicht richtet sich für das Verfahren vor der BRK nach dem VwVG. Es erstreckt sich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheides zu bilden; es findet seine Grenzen an wesentlichen öffentlichen Interessen des Bundes und berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter. Nicht jedes entgegenstehende öffentliche oder private Interesse rechtfertigt die Verweigerung der Akteneinsicht. Es ist Aufgabe der Verwaltungsbehörde oder des Richters, im Einzelfall abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich wesentliche Interesse an Akteneinsicht überwiegt. Im öffentlichen Beschaffungswesen ist die Auftraggeberin verpflichtet, der BRK sämtliche das Vergabeverfahren betreffenden Unterlagen auszuhändigen, damit diese - allenfalls nach Rücksprache mit Dritten - die erforderliche Interessenabwägung in voller Kenntnis der Akten vornehmen kann. Es ist hingegen nicht auszuschliessen, dass eine vollständige Akteneinsicht allfällige Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin verletzen könnte. Die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen ist in freier Prüfung durch die BRK vorzunehmen. Damit diese das von der Verwaltung als vorgehend erachtete Geheimhaltungsinteresse Dritter zuverlässig beurteilen kann, ist vorgängig auch der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern und ihrerseits ein rechtliches Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht darzutun.

Entscheid:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen. 2. Der Zuschlagsempfängerin wird Gelegenheit gegeben, der BRK allfällige Einwände gegen eine vollständige Akteneinsicht der Beschwerdeführerinnen mitzuteilen. 3. Über die Kosten- und Entschädigung wird im Endentscheid befunden.

Verfügung vom 5. März 1997, BRK 8/96 (vgl. Zwischenentscheid v. 17.2.97)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Akteneinsicht

Hat der Präsident der BRK

nach Einsicht in:

den im SHAB vom 23. Oktober 1996 veröffentlichten Zuschlagsentscheid der Vergabestelle vom 4. September 1996; die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen vom 12. November 1996; die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 20. November 1996 betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung; die Verfügung der BRK vom 15. Januar 1997; die Eingaben der Beschwerdeführerinnen vom 6. und 23. Januar 1997; die Schreiben der Vergabestelle vom 23. Januar und 3. Februar 1997; die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 7. Februar 1997 in der Sache selbst; den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997; die Stellungnahme der Zuschlagsempfängerin vom 25. Februar 1997; die von der Vergabestelle eingereichten vollständigen Akten;

Rechtsfragen:

Was sind die Anforderungen an das Recht auf Akteneinsicht?

in Erwägung, dass:

die Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht beantragen; sich die Vergabestelle dagegen ausspricht; die Zuschlagsempfängerin beantragte, die Einsicht in die Akten (insbesondere act. x), die sie im Vorfeld der Auftragserteilung erstellte, sei nicht zu gewähren; mit der Einsichtnahme eine Verletzung des geistigen Eigentums befürchtet werden müsse; sich das Recht auf Akteneinsicht auf alle Akten erstreckt, die geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheids zu bilden; es hingegen durch wesentliche öffentliche Interessen der Vergabestelle und berechtigte Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin beschränkt wird, wobei es Aufgabe des Richters ist abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich wesentliche Interesse an der Akteneinsicht überwiegt; act. x Offerten von Drittanbietern beinhalten; sich diese Akten von vornherein als verfahrensirrelevant erweisen, weshalb sie von der Akteneinsicht auszunehmen sind; mit einer Herausgabe von act. x schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin verletzt würden, da diese Aktenstücke Informationen über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen und Qualifikationsprofile von Mitarbeitern enthalten; die genannten Unterlagen daher von der Einsichtnahme durch die Beschwerdeführerinnen auszunehmen sind; der Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin (act. x) als vorläufig nicht beweisheblich zu betrachten ist, weshalb auch dieses Schriftstück von der Akteneinsicht auszuschliessen ist; act. x nicht die Zuschlagsempfängerin betreffen und das Vergabestelle keine diesbezüglichen öffentlichen Interessen geltend macht, weshalb diese Aktenstücke den Beschwerdeführerinnen zur Einsichtnahme zu überlassen sind; act. x zwar die Offerte der Zuschlagsempfängerin betreffen, darin aber keine so detaillierten Angaben gemacht werden, durch deren Preisgabe die Zuschlagsempfängerin in ihren berechtigten privaten Geheimhaltungsinteressen beeinträchtigt würde; die Vergabestelle keine konkreten Gründe zur Verweigerung der Akteneinsicht der vorgenannten Unterlagen geltend macht und im übrigen solche auch nicht ersichtlich sind; act. x Akten des Vergabestelle betreffen, die Hinweise auf die Meinungsbildung betreffend den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin enthalten; diese Aktenstücke geeignet sind, Grundlage des Entscheides zu bilden und das Recht auf Akteneinsicht in diesem Fall das öffentliche Interesse der Vergabestelle überwiegt, weshalb die genannten Akten den Beschwerdeführerinnen zur Einsichtnahme zuzustellen sind; wenn sich im weiteren Verlauf des Instruktionsverfahrens ergeben sollte, von der Akteneinsicht ausgenommene Aktenstücke seien im Sachentscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen, die BRK den Beschwerdeführerinnen vorgängig in geeigneter Form von ihrem, für die Sache wesentlichen Inhalt, Kenntnis und Gelegenheit geben würde, sich dazu zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG); den Beschwerdeführerinnen eine Frist anzusetzen ist, innert der sie sich zu den ihnen überlassenen Akten äussern können; die Stellungnahme dabei auch Bemerkungen zur Vernehmlassung der Vergabestelle enthalten kann, wobei die Beschwerdeführerinnen darauf aufmerksam zu machen sind, dass es im Endentscheid der BRK nur noch darum gehen kann, über ihr Subeventualbegehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung zu befinden;

verfügt:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, und es werden ihnen die Akten der Vergabestelle zur Einkommens- und Verbrauchserhebung 1998 - mit Ausnahme von act. x bis zum **31. März 1997** zur Einsicht- und Stellungnahme zugestellt. 2. Innert der gleichen Frist erhalten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, sich zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 7. Februar 1997 zu äussern. 3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheids befunden.

Décision du 26 mars 1997, CRM 1997-004

Regeste: le choix des participants à une procédure sélective

Vu:

- la décision de l'adjudicatrice publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce du 31 janvier 1997,
- le recours interjeté le 20 février 1997 par le recourant contre la décision précitée,
- le courrier adressé par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics au recourant en date du 25 février 1997,

Question juridique:

Non-paiement de frais: quelles sont les conséquences?

considérant:

- 1.– Qu'en date du 25 février 1997, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a, conformément à l'article 63 al. 4 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), requis du recourant qu'il s'acquitte d'une **avance de frais de fr. 600.-** jusqu'au 12 mars 1997;
- 2.– Que, par ce même courrier, le recourant a été expressément rendu attentif au fait que le recours serait déclaré irrecevable en cas de non-paiement;
- 3.– **Que le recourant n'a pas payé l'avance de frais dans le délai fixé;**
- 4.– **Que le recours doit donc être déclaré irrecevable;**

Le président de la CRM, statuant en qualité de juge unique,

prononce:

1. Le recours est déclaré irrecevable. 2. Il n'est pas perçu de frais de procédure. 3. La présente décision est notifiée au recourant et à l'adjudicatrice.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97 (vgl. Endentscheid vom 13.6.97)

Regeste: Marchés publics (choix des participants à la procédure sélective concernant un concours)

En fait:

A. Le 10 octobre 1996, le pouvoir adjudicateur a publié dans la FOSC un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective. L'appel à candidatures vise à choisir 12 à 18 groupes de projet appelés ensuite à participer à un concours pour la conception du pavillon suisse de l'EXPO 2000 à Hanovre. Le pavillon doit mettre en valeur le bois et être axé sur le thème principal des transports. Le concours est organisé par la Commission de coordination pour la présence de la Suisse à l'étranger (COCO) et le pouvoir adjudicateur. Les participants sont choisis par un jury dont les décisions sont contraignantes pour le pouvoir adjudicateur, sous réserve de l'approbation de la COCO et du Conseil fédéral. Le montant total des prix décernés lors du concours est de CHF 180 000.-. En outre, les organisateurs du concours envisagent d'attribuer à l'adjudicataire un marché d'étude supplémentaire dont le montant total s'élève au maximum à CHF 2 000 000.-. Le montant disponible pour la construction du pavillon, son équipement et la réalisation de l'exposition s'élève à CHF 9 000 000.-. **B.** Le 2 décembre 1996, dans le délai imparti, A, B, C, D, E et F ont déposé un dossier de candidature. **C.** Les participants à la procédure de préqualification dont la candidature n'a pas été retenue ont été informés de cette décision par un courrier de la COCO et du pouvoir adjudicateur reçu le 31 janvier 1997. Le 31 janvier 1997, la FOSC a effectivement publié la décision relative au choix des participants sélectionnés pour prendre part au concours, avec mention de la voie et du délai de recours ainsi que de l'autorité à laquelle le recours devait être adressé. **D.** Le 10 février 1997, A et B ont adressé à la COCO, avec copie à J., un courrier recommandé relatif à la procédure de préqualification et portant en exergue la mention de «Recours». Ils y concluaient à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure de préqualification. Par courrier du 21 février 1997, reçu par A et B le 25 février 1997, la COCO a accusé réception de la lettre de recours et a informé les recourants qu'elle la transmettait au pouvoir adjudicateur. **E.** Le 3 mars 1997, la CRM a reçu un recours formulé en date du 28 février 1997 par M^e P., conseil de A, agissant au nom et pour le compte du groupe de projet composé en outre de B, C, D, E et F.

Questions juridiques:

1. Recevabilité et langue de procédure. 2. Quelles sont les conditions pour l'octroi de l'effet suspensif?

En droit:

1. Recevabilité et langue (c. 1 f.): Il suffit de constater que seule la décision publiée dans la FOSC du 31.1.1997 constitue une décision valablement notifiée qui comporte l'indication de la voie de recours. Le pouvoir adjudicateur peut communiquer ses décisions soit par publication, soit par notification individuelle. En choisissant, pour la décision relative au choix des participants à la procédure sélective, de publier une décision comportant les seuls noms des participants retenus et d'adresser une notification individuelle aux participants non retenus, le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de confidentialité. La CRM admet à titre exceptionnel un mémoire rédigé dans une autre langue que celle des recourants, en particulier lorsque l'autorité est invitée à se déterminer dans un bref délai en raison de l'urgence de la cause (décision sur mesures provisionnelles). L'adjudicateur est toutefois invité à respecter désormais dans cette procédure les principes résultant du nouvel art. 116 Cst. ainsi que de l'art. 37 PA et à rédiger ses mémoires dans la langue officielle en laquelle les recourants ont pris leurs conclusions. Même si, en cas d'admission du recours au fond, seul un groupe restreint composé de A et B (architectes) était réadmis dans le processus de passation du marché, à l'exclusion des autres membres du groupe (construction métallique, écrivain, architecte-paysagiste et peintre), ce groupe restreint serait encore en mesure de déposer une offre disposant d'une chance d'être acceptée. Rien ne l'empêcherait en effet de mandater les autres membres du groupe dans le cadre de l'élaboration de l'offre. Les deux recourants tireraient dès lors un avantage réel de la modification de la décision entreprise. Conformément à l'art. 21 al. 2 PA, lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente, le délai est réputé observé. **2. Effet suspensif** (c. 3): En conséquence, la requête d'effet suspensif déposée après l'échéance du délai de recours est recevable. Il convient toutefois de souligner que le recourant qui ne demande pas dans le délai de recours l'effet suspensif manque de diligence et agit à ses risques. En présence d'un recours déposé sans demande d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut, de bonne foi, aller de l'avant et conclure le contrat avec l'adjudicataire. L'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée concerne le rejet de candidatures dans la première phase d'une procédure sélective. Il ne signifie pas que l'effet suspensif ne peut être ordonné qu'exceptionnellement. On ne saurait non plus en déduire que le législateur a voulu que la CRM accorde un poids systématiquement prépondérant à l'intérêt invoqué par le pouvoir adjudicateur à la passation ininterrompue du marché, ni que le recourant doit invoquer des raisons particulièrement prépondérantes pour obtenir l'effet suspensif. Pour donner suite à la requête des recourants, il n'est pas nécessaire de suspendre complètement tout le processus de passation jusqu'à droit jugé. Il suffit de réintroduire provisoirement les recourants dans la procédure de passation du marché, en leur donnant la possibilité d'élaborer et de déposer une offre, à leurs propres frais et risques, en plus des 18 candidats déjà sélectionnés.

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé au sens des considérants. 2. Les recourants doivent chacun soumettre une procuration jusqu'au 25 avril 1997. 3. Un délai au 25 avril 1997 est imparti au pouvoir adjudicateur pour faire parvenir sa détermination, en français, sur le fond du litige. 4. Les frais et dépens seront réglés dans la décision sur le fond.

Decisione del 2 maggio 1997, CRM 1996-007 (vgl. Zwischenentscheid: 29.11.96)

Regeste: concernente la scelta dei partecipanti nell'ambito della procedura selettiva per la fornitura di servizi.

In Fatto:

A. Con pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio l'aggiudicatore ha dato avvio alla procedura di aggiudicazione di procedura selettiva, per la fornitura di servizi. **B.** Dai documenti di concorso pubblicati si evince che la selezione dell'ingegnere e dell'esperto di pianificazione sarebbe avvenuta "in base alle qualifiche migliori, considerando la particolare idoneità a svolgere i compiti di pianificazione previsti e tenendo conto dell'efficienza, dell'esperienza e delle qualifiche tecniche dei candidati". **C.** In data 6 settembre 1996 la ricorrente ha inoltrato la propria domanda di partecipazione. **D.** Con decisione 9 ottobre 1996 l'aggiudicatore ha rigettato la candidatura della ricorrente sulla scorta delle seguenti motivazioni: buona valutazione per i settori pianificazione dei trasporti, costruzione di gallerie e pianificazione del territorio e del paesaggio/valutazione insufficiente per i settori ambiente e redditività/scarsa partecipazione di ditte con particolari conoscenze delle esigenze specifiche della Svizzera. **E.** Contro questa decisione insorge il ricorrente l'accoglimento del gravame. **F.** In sede di risposta l'aggiudicatore rileva che al fine della gara d'appalto vera e propria sono stati ritenuti unicamente i candidati qualificatisi ai primi quattro posti della graduatoria allestita dal committente in conformità ai criteri di idoneità fissati dal bando di concorso. Il ricorrente, pur disponendo in linea di massima delle conoscenze specifiche necessarie per lo svolgimento del previsto studio di pianificazione, si è qualificato al sesto posto tra le dieci domande di partecipazione ricevute. **G.** In sede di replica, il ricorrente rileva che il committente ha arbitrariamente limitato la partecipazione al concorso a soli quattro candidati. **H.** In sede di duplice l'aggiudicatore osserva che la limitazione del numero di candidati invitati a presentare l'offerta è dettata dall'urgenza di giungere ad una rapida aggiudicazione della commessa, e ciò entro fine anno 1996.

Questione giuridiche:

1. La scelta è libera tra i due tipi di procedura? 2. Il committente può (e a quali condizioni) limitare il numero dei partecipanti alle fasi successive nella procedura selettiva?

In Diritto:

1. Scelta libera (cons. 2): Nell'ambito della legge federale sugli acquisti pubblici il committente può, in linea di massima, scegliere liberamente tra due tipi di procedura, quella libera e quella selettiva. Tra le due formalità di messa a concorso non vige nessuna particolare gerarchia. **2. Limitazione dei candidati** (cons. 3): Nella procedura selettiva, di principio tutti i candidati idonei dovrebbero venir invitati alla fase successiva. È vero che al committente è permesso di limitare il numero dei candidati invitati ad inoltrare l'offerta, ma unicamente nell'ipotesi in cui altrimenti l'aggiudicazione non può essere realizzata efficacemente. Una concorrenza efficace dev'essere tuttavia garantita. Nondimeno il committente non è, di principio, libero di restringere il numero di candidati da invitare nella seconda fase, se questi rispondono ai requisiti posti dagli atti di concorso. Questa possibilità è giustificata unicamente se un'eccessiva schiera di candidati sia di ostacolo all'instaurarsi di una procedura di aggiudicazione efficace, tenuto in particolare conto della totalità degli interessi in causa e del principio della proporzionalità. Questa condizione si verifica ad esempio quando non esiste un corretto rapporto tra i costi legati alla procedura di valutazione e il valore della commessa. Una limitazione ingiustificata violerebbe, in effetti, il testo e lo spirito del GPA. Si ricorda inoltre che il committente deve selezionare in modo leale e non discriminatorio i candidati ammessi a partecipare alle procedure selettive. La volontà di limitare il numero degli invitati alla seconda fase deve figurare nel bando di concorso. Ora, la riduzione del numero dei partecipanti ad una procedura selettiva, seppur legalmente giustificata, è da ritenersi una limitazione al principio della libera concorrenza. Viene infatti operata una selezione supplementare, indipendente dai criteri di idoneità e di aggiudicazione, entrambi soggetti a pubblicazione. Questo fa sì che il committente deve poter giustificare una tale limitazione già al momento dell'apertura della procedura d'appalto e far pertanto figurare nei documenti di gara un numero fisso o variabile (forchetta) di partecipanti che saranno ammessi alla presentazione dell'offerta. Dai documenti di concorso allegati all'incarto non risulta la volontà del committente di voler restringere a soli quattro candidati la possibilità di presentare l'offerta definitiva. In assenza di questa indicazione, una riduzione a posteriori dovrebbe, di principio, essere esclusa. Essa potrebbe essere ammessa solo in casi del tutto eccezionali, ossia quando ci si trovasse confrontati con un numero sproporzionato di candidati idonei. Nella fattispecie l'aggiudicatore giustifica la sua esigenza di limitare il numero degli invitati, adducendo l'esistenza di un'urgenza d'ordine temporale. Questa motivazione, peraltro già conosciuta al momento dell'allestimento degli atti di concorso, avrebbe semmai dovuto essere segnalata nel bando e non utilizzata a posteriori. Essa non regge comunque al cospetto dei requisiti posti ed è in urto pure con il principio di trasparenza. Si noti pure al proposito, la possibilità per il committente di ridurre, in caso d'urgenza, il termine per la presentazione delle offerte conformemente all'art. 19 cpv 4 OAPub e all'art. XI:3 c GPA.

Decisione:

1. Il ricorso è accolto, la decisione dell'aggiudicatore è annullata. 2. Di conseguenza il ricorrente deve essere invitato a presentare la propria offerta secondo le modalità fissate. 3. Non si prelevano spese processuali. 4. L'aggiudicatore deve corrispondere al ricorrente la somma di CHF 5'000.--.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 005/97 (vgl. 006/007 und 008/97)

Regeste: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren; Art. 29 lit. c BoeB

Sachverhalt:

A. Mit Publikation im SHAB vom 10. Oktober 1996 hat die Vergabestelle einen Projektwettbewerb für den Beitrag der Schweiz an der Weltausstellung 2000 in Hannover ausgeschrieben. Für dieses Projekt wurde das selektive Verfahren gemäss Art. 15 BoeB gewählt. Es haben sich 129 Teilnehmer beworben, von denen die Vergabestelle schliesslich 18 Planungsteams selektioniert und zum Projektwettbewerb eingeladen hat. Die entsprechende Verfügung wurde durch Publikation im SHAB vom 31. Januar 1997 eröffnet. Das Planungsteam des Beschwerdeführers befand sich nicht unter den ausgewählten Teilnehmern. **B.** Gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 31. Januar 1997 erhebt er deshalb mit Eingabe vom 20. Februar 1997 Beschwerde bei der BRK. Er stellt folgende Anträge: „Die Verfügung vom 31. Januar 1997, publiziert im SHAB, ist aufzuheben; die Ausschreibung EXPO 2000 Hannover, Selektionsverfahren, ist neu auszuschreiben; die Aufwendungen der irreführten Bewerber sind zu entschädigen“. **C.** In den Akten befindet sich ein Schreiben der „Teilnehmer am Projektwettbewerb“ vom 23. April 1997, aus welchem hervorgeht, dass die Vergabestelle vier nicht selektionierte Planungsteams nachträglich provisorisch zum Projektwettbewerb zugelassen hat. Dabei handelt es sich um jene Teams - einschliesslich desjenigen des Beschwerdeführers - die bei der BRK Beschwerde gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 31. Januar 1997 erhoben haben. **D.** In der Vernehmlassung vom 25. April 1997 beantragt die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer teilte der Vergabestelle mit Schreiben vom 3. Juni 1997 mit, dass sein Planungsteam auf das Angebot des Amtes, nachträglich und mit provisorischem Status am Wettbewerb teilnehmen zu können, nicht eingehen möchte. Die Einsprache habe auf eine Wiederholung des Verfahrens für alle Bewerber gezielt.

Rechtsfragen:

1. Inhalt eines Präqualifikationsentscheides? 2. Ist jemand aktiv legitimiert, der die weitere Teilnahme selber ablehnt?

Erwägungen:

1. Zur Präqualifikation (Erw. 1): Das auf den 1. Januar 1996 in Kraft getretene BoeB bringt in Art. 26 ff. einen öffentlichrechtlichen Beschwerdeschutz, der den nicht berücksichtigten Mitbewerbern ermöglicht, widerrechtliche Entscheide der Vergabebehörden durch förmliche Beschwerde anzufechten. Darunter fällt auch der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren. Eine solche Verfügung besteht aus zwei Teilen: aus einem positiven Teil, in dem festgehalten wird, es würden die namentlich aufgeführten Teams selektioniert und aus einem sich konkludent ergebenden negativen Teil, gemäss dem die übrigen sich bewerbenden Kandidaten nicht selektioniert sind und vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Die nicht berücksichtigten Mitbewerber können mit Beschwerde verlangen, die angefochtene Verfügung sei zufolge Verletzung von Bundesrecht insofern (teilweise) aufzuheben, als sie nicht selektioniert und vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sind. **2. Zur Aktivlegitimation** (Erw. 2): Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BoeB i.V.m. Art. 48 lit. a VwVG verfolgt grundsätzlich der Beschwerdeführer, dessen rechtliche oder tatsächliche Stellung durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann. Das schutzwürdige Interesse muss aktuell, d.h. im Zeitpunkt der Beschwerde und des Entscheides noch vorhanden sein. Fällt es im Verlaufe des Verfahrens dahin, so wird die Sache aus diesem Grund gegenstandslos und ohne Entscheid als erledigt erklärt. Der Beschwerdeführer bzw. sein Team waren für sich allein genommen, als nicht berücksichtigte Mitbewerber an sich ohne weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert. Da er für seine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt und die Möglichkeit, die ihm die Vergabestelle dessen ungeachtet geboten hat, nämlich nachträglich und mit provisorischem Status am Wettbewerb teilnehmen zu können, ausschlug, hat er indessen keinen praktischen Nutzen und kein Rechtsschutzinteresse mehr daran, dass die angefochtene Verfügung wegen Verletzung von Bundesrecht insofern teilweise aufgehoben wird, als er nicht selektioniert und vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde. Weil das selektive Verfahren nur eine Etappe in einem grundsätzlich ohne Verzug durchzuführenden ganzheitlichen Beschaffungsverfahren darstellt, hätte der Beschwerdeführer auch bei Gutheissung der Beschwerde keinen unbedingten Anspruch, nachträglich noch selektioniert zu werden. Um seine Ansprüche vollständig zu wahren, hätte er die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen, oder zumindest von der ihm offerierten Möglichkeit der nachträglichen provisorischen Angebotseinreichung Gebrauch machen müssen. Da der Beschwerdeführer in dem Umfang, in dem seine Beschwerde grundsätzlich zulässig ist, kein aktuelles praktisches Interesse an seinem Rechtsschutzansuchen (mehr) hat, ist die Beschwerde insoweit bereits aus diesem Grund gegenstandslos geworden. Es kann daher offenbleiben, ob in seiner Erklärung vom 3. Juni 1997 nicht auch ein Beschwerderückzug zu sehen ist für den Fall, dass sich sein Antrag, eine Wiederholung des Verfahrens für alle Bewerber bewirken zu können, als unzulässig erweist.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird, soweit diese nicht gegenstandslos geworden ist, nicht eingetreten. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 006/97 (vgl. 005/007 und 008/97)

Regeste: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren; Art. 29 lit. c BoeB

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 10. Oktober 1996 bezeichnete die Auftraggeberin die öffentliche Ausschreibung als selektiven Projektwettbewerb. Unter dem Stichwort „Auswahlkriterien“ führt sie folgende Punkte an und erklärt, diese seien für die Auswahl der Wettbewerbsteilnehmer massgebend: „Übereinstimmung der Ideenskizzen mit dem Leitbild und den Spezifikationen; Architektur- und Ausstellungskonzept; Eignung des Teams (Zusammensetzung); Referenzen.“ Ausserdem wurden die einzureichenden Bewerbungsunterlagen spezifiziert. Danach mussten die interessierten Teams innert einer angesetzten Frist folgende Unterlagen einreichen: „Die Zusammensetzung des Planungsteams mit Bezeichnung der federführenden Stelle; Referenzen zu den einzelnen Projektbereichen oder eine Liste von realisierten Projekten; Ideenskizzen zu den Bereichen, Ausstellungsthemen, Architektur, Gestaltung und Betrieb.“ Die Vergabestelle publizierte daraufhin die Einladung von 18 Planungsteams zu einem Projektwettbewerb. Dagegen wurde Beschwerde bei der BRK erhoben mit dem Antrag: „Die Verfügung vom 31. Januar 1997, publiziert im SHAB, ist aufzuheben. Die Ausschreibung, Selektionsverfahren Projektwettbewerb, ist neu auszuschreiben oder die irreführenden Bewerber/Innen zu entschädigen.“ Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, gemäss den Ausschreibungsunterlagen hätte ein Selektionsverfahren durchgeführt werden sollen, von einem Ideenwettbewerb sei keine Rede gewesen. Dem vom Berater der Auftraggeberin und Ersatzpreisrichter X verfassten Bericht vom 24. Januar 1997 sei zu entnehmen, dass die Bewerbung der Beschwerdeführer anonymisiert wurde und damit als Ganzes nicht mehr les- und beurteilbar war. Durch die Beurteilung der anonymisierten Bewerbungsunterlagen habe das Auswahlgremium den Ideenskizzen offenbar höhere Priorität eingeräumt als den anderen Vergabekriterien. Damit hätte die Auftraggeberin das Selektionsverfahren zu einem Ideenwettbewerb gemacht. Eine Änderung des in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltenen Beurteilungsverfahrens sei unzulässig. Schliesslich hätten sie eindeutig andere Unterlagen eingereicht, wenn sie gewusst hätten, dass das Selektionsverfahren in der durchgeführten Form ablaufen würde.

Rechtsfragen:

Darf in einem selektiven Verfahren eine erste Selektion allein aufgrund von Ideenskizzen erfolgen (Erw. 4)?

Erwägungen:

Zu den Ideenskizzen: Das neue Submissionsrecht hat in Ausführung des GPA eine Stärkung des Wettbewerbs zum Ziel. Diese Zielsetzung muss gerade beim Einsatz und bei der Ausgestaltung des selektiven Verfahrens, welches gegenüber einer Ausschreibung im offenen Verfahren eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt, im Auge behalten werden. Gerade dann, wenn es darum geht, aus dem Kreis von an sich geeigneten Anbietern, die eine Offerte einreichen möchten, einzelne zwecks Beschränkung der Zahl der zur Angebotseinreichung Einzuladenden auszuschliessen, ist besondere Sorgfalt anzuwenden. Das GPA verpflichtet die Beschaffungsstellen, die Anbieter in gerechter und nichtdiskriminierender Weise auszuwählen. Ferner sind die Bedingungen für die Teilnahme am Präqualifikationsverfahren auf solche zu beschränken, welche wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Vergabestelle legt nicht dar, worauf sie sich stützt, um bereits im Rahmen der Präqualifikation von den Bewerbern eine Ideenskizze einzuverlangen. Sie verweist in diesem Zusammenhang zwar auf ein Literaturzitat, das jedoch seine Auffassung nicht stützt. In der Tat wird dort mit Bezug auf die „objektspezifischen Kriterien“ lediglich auf Anhang 3 Ziff. 9 der VoeB verwiesen, wo für diese Art von Eignungskriterien bei Planungswettbewerben folgende Beispiele angeführt werden: Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis. Von Ideenskizzen ist nicht die Rede. Die bezüglich der Art der einzuverlangenden Eignungsnachweise offene Legiferierungsmethode überlässt der Auftraggeberin einen Ermessensspielraum. Die konkret einzuverlangenden Nachweise sind danach auf diejenigen auszurichten, die wesentlich sind um sicherzustellen, dass die selektionierten Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen können. Aus dieser Auslegung des Gesetzes ergibt sich, dass *auftragsspezifische* Eignungskriterien zu wählen sind. Mit anderen Worten kann bezüglich eines bestimmten Eignungsnachweises nicht generell gesagt werden, ob dieser (in jedem Fall) zulässig ist oder nicht; es kommt dafür auf den konkret in Frage stehenden Auftrag an. Ergibt sich der Umstand, dass die Selektion, in einer ersten Phase, allein aufgrund der Ideenskizzen erfolgt, nicht mit absoluter Klarheit und Deutlichkeit aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen, kann es auch nicht angehen, dass die Vergabestelle die Eignungsprüfung faktisch auf die 18 Teams beschränkte, deren Ideenskizzen vom Preisgericht ausgelesen worden sind. Das Preisgericht muss diesfalls eine Gesamtwürdigung der massgebenden Eignungskriterien bezüglich eines jeden Anbieters vornehmen und aufgrund dieser Analyse die Präqualifikation durchführen. Die Auftraggeberin hat unter den Anbietern, die ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen haben, diejenigen zu bezeichnen die ein Angebot einreichen dürfen. Es ist ihre Sache, die Eignungskriterien so festzulegen, dass das Preisgericht auch tatsächlich in der Lage ist, eine solche Gesamtwürdigung vorzunehmen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 007/97 (vgl. 005/006 und 008/97)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren; Art. 29 lit. c BoeB

Sachverhalt:

Die Vergabestelle publizierte am 10. Oktober 1996 unter dem Titel „selektiver Projektwettbewerb“ die Vergabe für den Schweizerpavillon an der EXPO 2000 in Hannover. Unter dem Stichwort „Auswahlkriterien“ führt sie folgende Punkte an und erklärt, diese seien für die Auswahl der Wettbewerbsteilnehmer massgebend: „Übereinstimmung der Ideenskizzen mit dem Leitbild der EXPO 2000 und den schweizerischen Spezifikationen; Architektur- und Ausstellungs-konzept; Eignung des Teams (Zusammensetzung); Referenzen.“ Ausserdem wurden die einzureichenden Bewerbungsunterlagen spezifiziert. Danach mussten die interessierten Teams innert einer angesetzten Frist der Beschwerdegegnerin folgende Unterlagen einreichen: „Die Zusammensetzung des Planungsteams mit Bezeichnung der federführenden Stelle; Referenzen zu den einzelnen Projektbereichen oder eine Liste von realisierten Projekten; Ideenskizzen zu den Bereichen, Ausstellungsthemen, Architektur, Gestaltung und Betrieb.“ In den Ausschreibungsunterlagen vom 20. September 1996 werden die Auswahlkriterien sowie die einzureichenden Bewerbungsunterlagen erneut im gleichen Sinne wie in der Ausschreibung aufgeführt. Präzisierend wird bei den Bewerbungsunterlagen angeführt, dass diese auf max. acht A4- oder vier A3-Seiten zu beschränken seien. Es gingen 129 anonymisierten Ideenskizzen ein. Aus diesen selektionierte das Preisgericht 18 Bewerber, die anschliessend (nach unter notarieller Aufsicht erfolgter Ermittlung der Namen) auf ihre Eignung hin geprüft. Alle (vorselektierten) Teams bestanden diese Prüfung. Der Vertreter hat namens des Planungsteams „X“ mit Eingabe an die BRK vom 20. Februar 1997 die von der Vergabestelle im SHAB vom 31. Januar 1997 publizierte Verfügung angefochten, in der 18 Planungsteams zum Projektwettbewerb eingeladen und - implizit - das Planungsteam „X“ nicht zum Wettbewerb zugelassen wurde.

Rechtsfragen:

Wurden Eignungskriterien und die Nachweise in der Ausschreibung(-unterlagen) in rechtsgenügender Art und Weise bekannt gegeben und durfte dabei von den Anbietern eine sogenannte Ideenskizze verlangt werden (Erw. 5)?

Erwägungen:

Zur Eignung (Ideenskizzen): Das GPA verpflichtet die Beschaffungsstellen, die Anbieter in gerechter und nicht-diskriminierender Weise auszuwählen. Ferner sind die Bedingungen für die Teilnahme am Präqualifikationsverfahren auf solche zu beschränken, welche wesentlich sind um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Schliesslich sind alle wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, finanziellen Garantien und Angaben oder Unterlagen, die von den Anbietern verlangt werden, in der Ausschreibung bzw. Unterlagen aufzuführen. Bei der Präqualifikation geht es um die Feststellung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter. Im Hinblick auf diese Gesichtspunkte sind Eignungskriterien aufzustellen. Art 9 VoeB stellt klar, dass insbesondere die im Anhang 3 aufgeführten Nachweise, diese Leistungsfähigkeit belegen sollen. Von Ideenskizzen ist weder im genannten Anhang noch in den übrigen gesetzlichen Bestimmungen die Rede. Damit ist noch nicht gesagt, dass Ideenskizzen auf dieser Verfahrensstufe von den Auftraggeberinnen nicht einverlangt werden können, denn sowohl der Text als auch Anhang 3 der VoeB bringen den nicht abschliessend gemeinten Charakter der aufgezählten Eignungsnachweise klar zum Ausdruck. Andererseits ist die Zulässigkeit der einzelnen genannten Eignungskriterien am Massstab des GPA und des Gesetzes zu messen. Bei Planungswettbewerben ist weiter darauf zu achten, dass im Falle der Anwendung eines selektiven Verfahrens - die Präqualifikation der Teilnehmer nicht in unzulässiger Weise mit dem Wettbewerb als solchem vermischt wird: Planungswettbewerbe können als Ideenwettbewerbe zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben durchgeführt werden. Es kann nicht angehen, das Erbringen solcher Lösungsvorschläge, welche den Inhalt eines Ideenwettbewerbs darstellen und für welche die VoeB eigene Regeln enthält, einfach ins Präqualifikationsverfahren zu verweisen. Denn während eine Selektion im Präqualifikationsverfahren nur zur Folge haben kann, dass der betreffende Anbieter ein Angebot einreichen darf, haben die Urheber von Wettbewerbsbeiträgen grundsätzlich Anspruch auf eine Abgeltung. Ergibt sich der Umstand, dass die Selektion, in einer ersten Phase, allein aufgrund der Ideenskizzen erfolgt, nicht mit absoluter Klarheit und Deutlichkeit aus der Ausschreibung(sunterlagen), darf die Beschwerdegegnerin die Eignungsprüfung nicht auf die Teams beschränken, deren Ideenskizzen vom Preisgericht ausgelesen worden sind. Letzteres muss eine Gesamtwürdigung der massgebenden Eignungskriterien bezüglich eines jeden Anbieters vornehmen und aufgrund dieser Analyse - im Rahmen der für die Angebotseinreichung festgelegten Anzahl der einzuladenden Anbieter - die Präqualifikation vornehmen. Es ist Sache der Vergabestelle, die Eignungskriterien so festzulegen, dass das Preisgericht auch tatsächlich eine solche Gesamtwürdigung vornehmen kann.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vergabestelle in dem Umfange aufgehoben, als sie die Kandidatur der Beschwerdeführer zurückweist. Die Eignung des Planungsteams „X“ wird vom Preisgericht gesondert zu prüfen sein. Wird die Eignung bejaht, ist das Planungsteam „X“ definitiv selektionierte und einzuladen, einen Wettbewerbsbeitrag im Projektwettbewerb einzureichen. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigung.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 009/97

Regeste: Legitimation zur Anfechtung des Zuschlages

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle und die Beschwerdeführer schlossen einen Vertrag über die Gesamtleitung und Architektenleistungen für Planung und Bau der Bundesbauten auf dem Flughafen Bern-Belp. Der Auftrag umfasste vorerst nur die Phasen „Vorprojekt- und Projektphase“. Für die Auftragserteilung der weiteren Phasen wurde die schriftliche Form vorbehalten. Nach Abschluss der Vorprojektphase entschied sich die Vergabestelle, den Auftrag an einen Generalunternehmer zu vergeben. Mit Publikation im SHAB vom 5. Dezember 1996 veröffentlichte sie eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für diesen Generalunternehmerauftrag. In den Ausschreibungsunterlagen wurde die Beschwerdeführerin in „Projektorganisation“ als Architekt genannt. In „Übernahme Planungsteam“ wurde festgehalten: „Der Architekt, der Bauingenieur und die Fachingenieure haben mit der Vergabestelle Honorarverträge abgeschlossen. Der Generalunternehmer muss das gesamte Planungsteam übernehmen.“ Ebenfalls wurde unter „Inhalt des Pauschalangebots“ darauf hingewiesen, dass das Honorar für das Planungsteam im Pauschalangebot enthalten ist. Im Entwurf für den GU-Werkvertrag wurde festgehalten, dass im Vertragsumfang die noch zu erbringenden Leistungen des vom Generalunternehmer zu übernehmenden Planungsteams inbegriffen sind. Die Beschwerdeführerin hat selber kein Angebot eingereicht, sondern war als Hilfsperson bei einem anderen Angebot eines Generalunternehmers vorgesehen. **B.** Am 19. März 1997 erfolgte der Zuschlag an die Konkurrentin, die mit den vorgesehenen Bauingenieuren und den Fachingenieuren, gemäss den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Verpflichtung, Verträge abschloss. In den Verhandlungen zwischen ihr und der Beschwerdeführerin verlangte letztere, die gestalterische Leitung müsse mit der örtlichen Bauleitung gekoppelt werden. Der Generalunternehmer-Werkvertrag wurde am 26. März 1997 abgeschlossen. Darin verpflichtete sie sich zur Übernahme des gesamten Planungsteams. Die Vergabe des Auftrages wurde am 2. April 1997 publiziert. Mit Schreiben teilte die Zuschlagsempfängerin der Beschwerdeführerin mit, da sie daran festhalte, für das übrige Projekt die gestalterische Leitung nur gekoppelt mit der örtlichen Bauleitung zu übernehmen, wolle sie von diesem Angebot keinen Gebrauch machen. **C.** Am 16. April 1997 ging die Beschwerde ein.

Rechtsfragen: Was sind die Anforderungen an die Legitimation (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zur Legitimation: Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Dem Erfordernis des „Berührtseins“ kommt neben demjenigen des „schutzwürdigen Interesses“ keine selbständige Bedeutung zu. Das Anfechtungsinteresse kann rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein und es genügt, wenn rein tatsächliche, praktische, wirtschaftliche, ideelle oder andere Interessen der beschwerdeführenden Person verletzt werden. Gefordert wird, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Damit diese Beziehungsnähe gegeben ist, muss das Interesse ein unmittelbares, eigenes und persönliches sein. Die besondere Beziehungsnähe ist vom Beschwerdeführer selbst darzulegen, da sich die Begründungspflicht auch auf die Frage der Beschwerdebefugnis erstreckt. Ein schutzwürdiges Interesse liegt nur vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann oder anders ausgedrückt: es besteht ein praktischer Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte. **Zur Einlegung des Rechtsmittels sind einmal all jene befugt, gegenüber denen die Verwaltung eine sie direkt belastende Verfügung erlassen hat, bzw. die mit ihrem Rechtsbegehren vor der Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen sind.** Zu diesen primären Adressaten gehören bei einem öffentlichen Vergabeverfahren nach GPA in erster Linie die nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Mitbewerber. Auch Drittbetroffenen, den sog. sekundären Adressaten, wird die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen können. Bei der Beschwerde durch Dritte kommt dabei den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache spezielle Bedeutung zu. Ob diese Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Die Beschwerdeführerin war im vorliegend durchgeführten Vergabeverfahren nicht Anbieterin und fällt daher als direkte Mitbewerberin und primäre Adressatin ausser Betracht. Zu prüfen bleibt, ob sie als Drittbetroffene eine ausreichende Beziehungsnähe zur Streitsache hat. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen liegen klarerweise ausserhalb des Schutzbereiches des Submissionsrechts. Die Interessen der Beschwerdeführerin stehen nicht in einer genügend engen Verbindung zu den erwähnten Vergaberegeln, deren Verletzung gerügt werden kann, und zu deren Durchsetzung die BRK auf Beschwerde hin berufen ist. Ihr ist daher die besondere Beziehungsnähe, die für die Beschwerdelegitimation erforderlich ist, abzusprechen.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen..

Décision du 13 juin 1997, CRM 008/97 (vgl. Entscheid vom 26.3.97 sowie 005-007/97)

Regeste: adjudication dans une procédure sélective, choix des participants à l'issue de la première phase d'un concours en procédure sélective (projet de pavillon suisse à l'EXPO 2000 à Hanovre) recevabilité et fond du litige.

En fait:

A. Le 10 octobre 1996, le pouvoir adjudicateur a publié dans la FOSC un avis de concours de projets proprement dit passé selon la procédure sélective pour la conception du pavillon suisse de l'EXPO 2000. La première phase de la procédure visait à sélectionner 12 à 18 groupes de projets appelés ensuite à déposer un projet. Le pavillon suisse devra mettre en valeur le bois et être axé sur le thème principal des transports. Le concours est organisé par la Commission de coordination pour la présence de la Suisse à l'étranger (COCO) et le pouvoir adjudicateur. Un jury intervient aussi bien dans la première que dans la seconde phase du concours; ses décisions sont contraignantes pour le pouvoir adjudicateur, sous réserve de l'approbation de la COCO et du Conseil fédéral. **B.** Selon l'avis de concours, les critères de sélection des candidats dans la première phase du concours étaient: concordance de l'exposé des intentions avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et les spécifications suisses; concept de l'architecture et des expositions; compétences du groupe de projet (composition); références. Selon l'avis de concours, les candidats devaient fournir dans leur dossier les documents suivants: compositions du groupe de projet, avec indication du principal responsable; références pour chacun des domaines concernés ou liste des projets réalisés; bref exposé des intentions dans les différents domaines (approche thématique, architecture, aménagement interne et exploitation). **C.** L'avis de concours et la documentation relative au concours ne mentionnaient pas que l'appréciation des propositions d'idées se ferait en respectant le principe de l'anonymat. **D.** Dans le délai imparti par l'avis de concours, les recourants déposèrent un dossier de candidature. **E.** Par décision publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur communiqua la liste des 18 groupes de projets retenus suite à la première phase du concours, rejetant ainsi implicitement toutes les autres candidatures, dont celle des recourants.

Question juridique:

Est-ce que c'est possible de sélectionner avec des esquisses d'idée dans des concours de projets (cons. 3)?

En droit:

Esquisses d'idée: Le concours constitue ainsi une quatrième procédure de passation, à côté des procédures ouverte et sélective et de la procédure de gré à gré. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a organisé un concours de projets proprement dit («Projektwettbewerb», traduit de manière imprécise dans l'avis de concours par le terme de «concours») au sens de l'art. 42 al. 1 let. b OMP, selon la procédure sélective. Le concours passé en procédure sélective est caractérisé par la succession de deux phases, ce qui le rapproche du concours en plusieurs étapes. Toutefois, concours en procédure sélective et concours en plusieurs étapes doivent être distingués. La LMP et l'OMP sont muettes sur l'admissibilité de principe d'une exigence relative au projet lui-même, telle que la présentation d'une proposition d'idées, au stade de la première phase d'un concours passé en procédure sélective. En effet, en jugeant les candidats, dans la première phase déjà, sur la base des esquisses d'idées présentées, le pouvoir adjudicateur s'est livré à une première appréciation des projets en anticipant ainsi la deuxième phase du concours. Un tel mode de procéder du pouvoir adjudicateur pourrait aboutir à éluder les règles du concours d'idées, lequel se caractérise par l'attribution de prix au(x) lauréat(s). Or il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre une esquisse d'idée et une idée comme telle. En particulier, le temps et le coût nécessaire à l'élaboration d'une esquisse d'idée peuvent ne pas beaucoup différer de ceux qu'implique la préparation d'une idée proprement dite dans le cadre d'un concours d'idées. L'exigence d'une esquisse d'idée dans la première phase d'un concours de projets proprement dit en plusieurs phases ne doit pas aboutir à contourner les règles du concours d'idées. Afin de garantir la transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit annoncer dans l'avis de concours, conformément au ch. 3 de l'annexe 6 OMP, les types exacts de concours et de procédure de passation qu'il entend utiliser. Il doit en particulier annoncer clairement l'organisation d'un concours en plusieurs étapes. La simple mention du lancement d'un concours de projets proprement dit en procédure sélective, telle qu'elle figure dans l'avis de concours paru dans la FOSC du 10 octobre 1996, ne suffit pas car elle ne renseigne pas les candidats potentiels sur l'existence simultanée, dans la première phase de sélection, d'une forme simplifiée de concours d'idées. En outre, et surtout, le pouvoir adjudicateur a omis d'informer les candidats que l'exposé des intentions serait traité de manière anonyme. En l'absence d'une telle indication, les candidats pouvaient de bonne foi penser que leur esquisse d'idées devait rester succincte, en particulier afin d'éviter une reconnaissance du projet qu'ils déposeraient ensuite dans la seconde phase de la procédure.

Décision:

1. Le recours est irrecevable quant à sa deuxième conclusion et sans portée quant à la première conclusion 2. Le recours déposé le 10 février 1997 est admis et la décision du 31 janvier 1997 partiellement annulée en ce qu'elle rejette la candidature des recourants. La qualification des recourants doit être examinée séparément par le jury. Si leur aptitude est admise, les recourants seront définitivement admis à déposer un projet dans la seconde phase du concours. 3. Pas de frais de procédure (4.) mais aux recourants la somme de 1'500.-- Frs à titre de dépens réduits.

Entscheid vom 7. Juli 1997, BRK 012-97

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

1. Die Vergabestelle führte für die Sanierung und den Ausbau des Waffenplatzes Brugg in Sachen BKP 226 verputzte Aussenwärmedämmungen ein Ausschreibungsverfahren (selektives Verfahren) durch. Mit Verfügung vom 29. April 1997 erteilte es in diesem Verfahren dem Angebot der Anbieterin X den Zuschlag. Die Zuschlagsverfügung wurde im SHAB vom 27. Mai 1997 publiziert. Mit Schreiben vom 2. Juni 1997 dankte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin für ihre Beteiligung am selektiven Verfahren und wies sie auf eine beiliegende Abschrift der im SHAB publizierten Verfügung hin. Daraus ersehe die Beschwerdeführerin, dass der Zuschlag eine andere Unternehmung erhalte. Mit Eingabe vom 18. Juni 1997 (Postaufgabe: 20. Juni 1997) erhob die Beschwerdeführerin bei der BRK Beschwerde. Darin wird im Wesentlichen geltend gemacht, die beigelegte Nachtragsofferte mittels Fax vom 10. April 1997 entspreche nicht den Submissionsvorschriften. Auf Grund dieser Feststellung sei die Beschwerdeführerin der Meinung, die Auftragsvergabe sei nicht der Submissionsverordnung entsprechend durchgeführt worden. Der Auftrag müsse nach der ersten Eingabe vergeben und der Nachtrag neu ordentlich eingegeben werden. Die Beschwerdeführerin lege ihrer Beschwerde ausserdem das Schreiben der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 samt der Abschrift der Verfügung, die im SHAB vom 27. Mai 1997 publiziert wurde, bei.

Rechtsfragen:

1. Wird eine Beschwerdefrist durch die nachträgliche Zusendung eines Orientierungsschreibens verlängert? 2. Sind bei verspätet eingereichter Beschwerde die Kosten zu bezahlen?

Erwägungen (befunden und erwogen):

1. Zum Fristenbeginn (Erw. 2): Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 29. April 1997 stellt eine Verfügung dar, die mit Beschwerde bei der endgültig entscheidenden BRK angefochten werden kann. Die Beschwerdefrist beträgt gemäss Art. 30 BoeB 20 Tage seit Eröffnung der Verfügung. Die Auftraggeberin eröffnet summarisch begründete Verfügungen nach Art. 29 BoeB durch Veröffentlichung im SHAB oder durch Zustellung. Der Zuschlag ist - wie auch die Ausschreibung - immer zu veröffentlichen. Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung wurde im SHAB vom 27. Mai 1997 veröffentlicht. Der publizierte Text enthält eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung. Die Beschwerdefrist von 20 Tagen begann folglich am 28. Mai 1997 zu laufen und endete am Montag, 16. Juni 1997 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB i.V.m. Art. 20 VwVG). Die am 20. Juni 1997 der Post übergebene Beschwerdeschrift ist damit verspätet eingereicht worden. Aus der Zustellung des Orientierungsschreibens der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Dieses Schreiben fällt vorliegend schon deswegen als rechtsgenügende und den Fristenlauf auslösende Eröffnung einer Verfügung ausser Betracht, weil es keine Rechtsmittelbelehrung enthält (vgl. Art. 38 VwVG). Im Schreiben vom 2. Juni 1997 wurde die Beschwerdeführerin auch klar auf die in Abschrift beigelegte Verfügung, wie sie im SHAB vom 27. Mai 1997 publiziert wurde, hingewiesen. Aus dem beigelegten Text der Verfügung ist einerseits ersichtlich, dass gegen diese Verfügung innert 20 Tagen seit Eröffnung bei der BRK schriftlich Beschwerde geführt werden kann und andererseits, dass die Zuschlagsverfügung den Anbietern und Anbieterinnen durch Publikation im SHAB zu eröffnen ist. Diese Form der Eröffnung der Verfügung ist daher bei diesem Stand der Dinge gegenüber der Beschwerdeführerin als allein massgebend zu bezeichnen. Im Zeitpunkt, in dem die Beschwerdeführerin das Orientierungsschreiben der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 erhielt, war die Frist zur Anfechtung der im SHAB vom 27. Mai 1997 veröffentlichten Verfügung im übrigen noch längst nicht abgelaufen. Schliesslich gilt die beim Zuschlag obligatorisch vorgesehene Veröffentlichung der Verfügung gerade dazu, dass die Anbieterinnen und Anbieter selbst ohne persönliche Postzustellung als rechtsgenügend informiert betrachtet werden können. Es wäre auch der Rechtssicherheit abträglich, wenn ein Orientierungsschreiben von der Art des vorliegenden ein Hinausschieben des Beginns des Fristenlaufs der bereits rechtsgültig durch Publikation eröffneten Verfügung zu bewirken vermöchte (vgl. Art. 20 Abs. 2 VwVG). Auf die verspätet eingereichte Beschwerde der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten. **2. Zu den Kosten** (Erw. 3): Da es die Beschwerdeführerin womöglich aufgrund des Schreibens der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 - in allerdings nicht entschuldbarer Weise - versäumt hat, rechtzeitig Beschwerde zu erheben, kann ausnahmsweise darauf verzichtet werden, ihr Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 letzter Satz VwVG).

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Es werden keine Kosten erhoben. 3. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich eröffnet.

Décision incidente du 15 juillet 1997, CRM 010/97 (vgl. Endentscheid : 7.11.97)

Regeste: marchés publics; adjudication dans une procédure sélective ; demande d'octroi de l'effet suspensif.

En fait:

A. Le 6 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur le transport des éléments de six ponts flottants du sud de la France à Thoun. La documentation précisait notamment que l'offre devrait indiquer le montant des frais de douane, celui des taxes et autorisations de transport, l'itinéraire routier envisagé ainsi que les noms des agents en douanes en France et en Suisse. Par ailleurs, chaque soumissionnaire devait s'engager jusqu'au 31 mai 1997 quant au prix offert. **B.** A fit une offre pour un prix forfaitaire comprenant tous les frais, sauf le dédouanement. Le détail des frais n'était pas mentionné. L'offre s'élevait à Fr. 491 400.- (variante I), respectivement à Fr. 415 800.- (variante II), frais de dédouanement non compris. B déposa une offre comportant le détail de chacun des postes composant le prix. Celui-ci s'élevait à Fr. 506 160.- (variante I), respectivement à Fr. 431 070.- (variante II), frais de dédouanement compris (Fr. 3 900.-). Le 4 avril 1997, par téléphone, puis le 7 avril 1997, par télécopie, l'adjudicateur signala à A que son offre ne correspondait pas aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres, le détail des frais de transport faisant défaut. Le délai vint à échéance sans que A ne remédie à ces lacunes. **C.** Le 8 avril 1997, l'adjudicateur chargea B d'effectuer les deux premières livraisons. Celles-ci, initialement prévues pour mai et septembre 1997, selon la documentation relative à l'appel d'offres, devaient être exécutées au plus tard le 5 mai 1997. **D.** Le 14 avril 1997, l'adjudicateur adjugea le marché à B, ce que A apprit incidemment le 24 avril 1997. **E.** Le 25 avril 1997, A a interjeté recours auprès de la CRM. **F.** Par courrier du 29 avril 1997, le président de la Commission de recours a informé la recourante ainsi que le pouvoir adjudicateur que l'instruction du recours était suspendue jusqu'à ce que la notification de la décision d'adjudication intervienne. **G.** Le 29 avril 1997, respectivement le 1^{er} mai 1997, B et l'adjudicateur ont signé le contrat portant sur le transport des éléments de ponts flottants. Ni la CRM, ni la recourante n'ont alors été informées de la signature du contrat. Le 21 mai 1997, ignorant la conclusion du contrat, A a requis l'effet suspensif. **H.** Le 5 mai 1997, l'adjudicateur a publié dans la FOSC la décision d'adjudication du marché à B.

Question juridique: Quelles sont les conditions pour l'octroi de l'effet suspensif (conclusion du contrat)?

En droit:

L'octroi de l'effet suspensif : Encore faut-il toutefois que le contrat ait été valablement conclu. Si la CRM devait constater, à titre préjudiciel, la nullité du contrat conclu, elle pourrait ensuite, en cas de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée. Il en résulte que l'effet suspensif peut être accordé lorsque le contrat conclu est nul ou, à tout le moins, lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat. Lorsque la décision d'adjudication est immédiatement exécutée par la conclusion du contrat, la seule réparation que peut obtenir le recourant consiste dans le versement de dommages-intérêts dont le montant est plafonné aux seuls frais d'élaboration de l'offre et de recours. En ce cas, le recourant a un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif, seul à même de préserver ses possibilités commerciales et de lui garantir la protection juridictionnelle effective exigée par l'AMP. La conclusion du contrat constitue le mode d'exécution de la décision d'adjudication. **Elle ne permet pas de contourner les barrières du droit public par une «fuite dans le droit privé».** L'Etat ne saurait en effet utiliser le droit privé pour contourner l'application des procédures de droit administratif destinées à assurer la légalité et la protection des droits des administrés. La conclusion du contrat ne doit pas non plus servir à éluder les procédures de droit public mises en place pour assurer la passation régulière des marchés publics. L'existence d'un contrat conclu et en cours d'exécution ne saurait faire obstacle à l'octroi d'un effet suspensif lorsque doit être envisagée une éventuelle nullité du contrat. En effet, la constatation préjudicielle de la nullité du contrat permettrait ensuite à la CRM d'annuler éventuellement la décision d'adjudication, lors de l'examen du bien-fondé du recours. **Le pouvoir adjudicateur qui conclut le contrat avant la notification de la décision ou avant l'échéance du délai de recours, sans invoquer une urgence particulière, viole le principe de l'interdiction de l'abus de droit, élément du principe général de la bonne foi également applicable en droit public, et en particulier en matière de marchés publics.** En conséquence, il convient d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question de l'urgence lorsque l'octroi de la mesure provisionnelle ne prolonge pas de manière importante la procédure et ne cause aucun préjudice sensible au pouvoir adjudicateur ou à l'adjudicataire. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, l'exécution de la décision d'adjudication est déjà en cours, l'octroi d'une mesure provisoire a pour effet de suspendre cette exécution. Dès lors que les deux premières livraisons sont déjà en cours d'exécution, l'effet suspensif ne concerne que les quatre transports restant à effectuer. La suspension des quatre livraisons restantes permet la sauvegarde provisoire des intérêts du recourant sans engendrer ni perte financière ni retard pour le pouvoir adjudicateur ou pour l'adjudicataire.

Decision:

1. L'effet suspensif est accordé au recours au sens des considérants. 2. Un délai est imparti au pouvoir adjudicateur pour faire parvenir sa détermination sur le fond du litige. 3. Les frais et dépens sont réglés dans la décision au fond.

Entscheid vom 7. November 1997, BRK 008-96

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 24. Mai 1996 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Durchführung der Einkommens- und Verbrauchserhebung 1998. Als Zuschlagskriterien wurden bestimmt: a) Eignung; b) Preis-/Leistungsverhältnis; c) Verständnis des Auftrages; d) Organisation und Qualifikation des Projektteams (Leitung, Mitarbeiter); e) konzeptionelle und fachliche Inhalte des Projektes (Erhebungsunterlagen, Informatik, Änderungsvorschläge, Varianten); f) Erhebungsablauf. Für diese Ausschreibung reichten unter anderem die X AG und die Y AG als Bietergemeinschaft ein Angebot ein. **B.** Am 22. Juli 1996 fand zwischen der erwähnten Bietergemeinschaft und der Vergabestelle ein Offertgespräch statt. Gegenstand des Gespräches war eine Erklärung der Vergabestelle über das Vorgehen, die Beantwortung der Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen und die Erörterung von Fragen zu den verhandelten Angebotsbestandteilen. Der Bietergemeinschaft wurde Frist bis zum 26. Juli 1996 gesetzt, um ihre Offerte zu bereinigen (u.a. Nachreichen einer schriftlichen Bestätigung über die Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutz- und des Bundesstatistikgesetzes sowie Vorschläge für eine Vereinfachung der Piloterhebung und die Stichprobenverwaltung durch die Bietergemeinschaft). Ein zweites Offertgespräch fand am 14. August 1996 statt. Gesprächsthema waren die Projektorganisation, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Erhebungsvarianten und die Kosten. Mit Fax vom 20. August 1996 reichte die Bietergemeinschaft ihre Angaben zu den Einsparungsmöglichkeiten für die verschiedenen Erhebungsvarianten ein. **C.** Die Vergabestelle erteilte am 4. September 1996 den Zuschlag an die Arbeitsgemeinschaft Z. Tags darauf teilte sie der Bietergemeinschaft telefonisch mit, dass ihre Offerte nicht berücksichtigt werden könne. Auf deren Gesuch wurde sie von der Vergabestelle mit Schreiben vom 13. September 1996 über das Auswahlverfahren und die Gründe, welche zur Vergabe an die Z führten, informiert. Am 17. Oktober 1996 schloss die Vergabestelle mit der Z den Vertrag. In der Folge begann die berücksichtigte Anbieterin unverzüglich mit den Piloterhebungen. **D.** Mit Veröffentlichung im SHAB vom 23. Oktober 1996 wurde die Vergabe des Auftrages an die Z publiziert. **E.** Gegen den Zuschlag erheben die X und Y AG als Bietergemeinschaft mit Eingabe vom 12. November 1996 Beschwerde bei der BRK.

Rechtsfragen:

1. Schadenersatz
2. Übernahme der Gesamtverantwortung als unabdingbare Zuschlagsvoraussetzung
3. Befangenheit.
4. Anforderungen vom Gleichbehandlungsgebot in Verhandlungen.
5. Preis und Gewichtung von Zuschlagskriterien.

Erwägungen:

1. Zum Schadenersatz: Nachdem die BRK auf die beiden Zwischenverfügungen in diesem Entscheid (v. 17.2. und 5.3.97) hingewiesen hat, hält sie fest, dass einzig die Frage der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung zu prüfen sei. **2. Zur Gesamtverantwortung:** Die Vergabestelle habe keine bestimmte Rechtsform verlangt, sondern allein sicherstellen wollen, dass die Verantwortung in den einzelnen Phasen einem bestimmten Ansprechpartner zugeordnet werden konnte. **3. Befangenheit und Bevorzugung:** Es gelten die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG. Sie sind indessen nur auf natürliche Personen, die eine Verfügung treffen oder vorbereiten, nicht aber auf eine Behörde als solche anwendbar. Das Bundesgericht lehnt es überdies ab, sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen, eine Behörde als Ganzes für ausstandspflichtig zu erklären, auch wenn Interessenkollisionen möglich sind, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Bezugnahme auf eine Stellungnahme in einem vorausgehenden Vergabeverfahren stelle gemäss BRK noch keine unsachgemässe Bevorzugung dar, zumal die Beurteilung für die Vergabe nicht ausschlaggebend war. **4. Zu den Verhandlungen:** Ziel der Verhandlungen mit den beiden Anbieterinnen war, eine bestmögliche Vergleichbarkeit der beiden Offerten zu erreichen. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Dies verstösst nicht gegen Art. 20 BoeB. Dass das Know-how aus früher abgewickelten Aufträgen verwendet wurde, betrifft nicht Informationen über das Konkurrenzangebot im zu beurteilenden Vergabeverfahren. In diesem Sinne liegt auch keine Verletzung des Verbotes vor, keine Informationen über Konkurrenzangebote abzugeben. Gemäss BRK ergibt sich, dass die von der Vergabestelle angestrebte Vergleichbarkeit der Offerten in den Verhandlungen erreicht werden konnte. Dies machte aber unterschiedliche Fragen notwendig, um den jeweils unterschiedlichen Konzepten Rechnung tragen zu können. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Gegen ein solches Vorgehen ist nichts einzuwenden, sofern beiden Anbieterinnen Gelegenheit gegeben wurde, ihre Kalkulationen in den entsprechenden Bereichen zu überprüfen. **5. Zur Gewichtung der Zuschlagskriterien:** Bereits aus der Ausschreibung ergibt sich daher, dass der Preis nur eines von acht zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien darstellt und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Erst die Bewertung und Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien gestattet es der Vergabebehörde, den Zuschlag zu erteilen. Die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen. Die Auflistung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung schliesst deren Gleichwertigkeit nicht aus.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen, und festgestellt, dass die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle kein Bundesrecht verletzt.
2. Die Verfahrenskosten werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

Décision du 7 novembre 1997, CRM 010/97 (vgl. Zwischenentscheid vom 15.07.97)

Regeste: adjudication dans une procédure sélective

En fait:

A. Le 6 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur le transport d'éléments de ponts flottants. **B.** Le pouvoir adjudicateur invita plusieurs entreprises ayant demandé à participer au marché à déposer une offre en leur transmettant la documentation relative à l'appel d'offres. Selon l'appel d'offres, les critères d'adjudication étaient: satisfaction aux exigences selon la documentation de soumission; rapport prix/prestation; délais de livraison. La documentation relative comportait la liste des critères d'adjudication: „Erfüllung der Anforderungen gemäss Ausschreibung vom 6.1.97, Punkt 10, Preis/Leistung, Liefertermine, Agent/Spediteur in Frankreich“. Le point 10 demandait les preuves de compétence suivantes: "Pour les transports spéciaux, la disponibilité d'un nombre suffisant de véhicules (au moins 5), appartenant au soumissionnaire doit être prouvée; Existence d'un système de garantie de qualité; Références; Connaissances de la législation routière française et suisse (les autorisations spéciales doivent être demandées pour chaque transport); Responsabilité CMR au minimum Fr 500'000.-" La définition du prix était traitée à la documentation relative. Chaque soumissionnaire devait s'engager quant au prix offert, celui-ci devant en outre inclure toutes les autorisations de transport et les taxes nécessaires en France et en Suisse. La documentation exigeait que les points suivants figurent en détail dans l'offre: "Kosten für Transportbewilligung in Frankreich; Gebühren für Polizeibegleit in F; Polizeibewilligung in der CH; ev. Polizeibegleit in der Schweiz; Gebühren für Zollabfertigung in F und der CH; Detaillierte Transportroute; Agent in F; Verzollungsagent in der CH." **C.** La recourante adressa une offre, la quelle comportait un prix forfaitaire de Fr. 6'300.- net par élément, comprenant tous les frais, sauf le dédouanement. Le détail des frais n'était pas mentionné. Les frais de dédouanement, non compris dans les prix, devaient s'ajouter à ces montants.

Question de droit:

Est-ce qu'on peut exclure une offre pour ne pas respecter la structure du prix demandée (cons. 2)?

En droit:

Le marché ne peut être adjugé qu'à une offre qui répond aux conditions de l'appel d'offres. La conformité aux conditions de l'appel d'offres et à la documentation relative à ce dernier constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par l'adjudicateur pour un marché particulier. En conséquence, une offre qui ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimales. L'énumération exemplative des motifs d'exclusion de l'art. 11 LMP n'est qu'exemplative, et non exhaustive. Elle ne s'oppose pas à ce qu'une offre fasse l'objet d'une décision expresse séparée. En l'absence d'une telle décision expresse, l'exclusion résulte implicitement du fait de l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire. Le soumissionnaire ne saurait modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales (par ex. des spécifications techniques discriminatoires) ou constitueraient un formalisme excessif. Si la recourante voulait soumettre un prix forfaitaire, elle avait la possibilité de le faire sous la forme d'une variante, en plus de la soumission d'un prix comportant le détail des postes requis par la documentation. Ni l'appel d'offres ni la documentation n'excluaient la présentation de variantes. En règle générale, les offres doivent être appréciées telles qu'elles ont été déposées. Toutefois, le soumissionnaire peut donner des explications quant à son offre entre le dépôt de celle-ci et l'adjudication. De telles explications ne peuvent que préciser certains points de l'offre, mais non la modifier au risque de porter atteinte à l'égalité de traitement. Le soumissionnaire doit en tout cas avoir la possibilité de corriger des erreurs involontaires de forme, pour autant qu'il n'y ait pas discrimination. Les explications données par la recourante ne constituent pas une précision ou une correction de l'offre. La conclusion même du contrat peut être affectée de nullité. En outre, la conclusion du contrat, avant l'échéance du délai de recours, sans être justifiée par une urgence particulière, viole l'exigence de protection juridictionnelle effective de l'art. XX para. 2 AMP ainsi que le principe de l'interdiction de l'abus de droit comme élément du principe général de la bonne foi. Un contrat qui viole une disposition de droit public n'est nul, en l'absence d'une disposition expresse de la loi, que si cette nullité résulte du sens et du but de la norme violée, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de l'effet combattu. Selon doctrine et jurisprudence, un contrat est nul lorsque la décision sur laquelle il est basé souffre de nullité absolue et que la sanction de nullité respecte le principe de proportionnalité. Lorsque la décision d'adjudication elle-même s'avère bien fondée, l'invalidation du contrat conclu en violation des règles de la bonne foi, avant l'échéance du délai de recours, apparaît disproportionnée par rapport à l'effet combattu (la garantie d'une protection juridictionnelle effective). En l'espèce, les motifs invoqués se sont avérés mal fondés. La décision a été valablement prise et doit être maintenue. En conséquence, la conclusion du contrat, bien qu'entachée d'un vice provisoire du fait de sa conclusion prématurée, doit rester valide.

Décision:

1. Le recours est rejeté et la décision du 14 avril 1997 confirmée. 2. Les frais de procédure (Fr. 900.--) sont mis à la charge de la recourante. 3. Il n'est pas alloué de dépens à la recourante.

Decisione incidentale del 14 novembre 1997, CRM 16/1997

Regeste:

In merito alla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo al ricorso formulato contro la decisione di aggiudicazione per la prestazione di servizio, esame di opportunità e rapporto sulla sostenibilità ambientale di I livello, studio di pianificazione Sud - fase C (prolungamento della NFTA da Lugano a Milano)

Ritenuto in fatto:

A. Con pubblicazione sul FUSC del 12 agosto 1996, l'appaltatrice ha dato avvio alla procedura di aggiudicazione nella forma di procedura selettiva, per la fornitura di servizi (prolungamento della NFTA da Lugano a Milano, esame di opportunità e rapporto di impatto ambientale di primo livello). **B.** Dai documenti di concorso pubblicati ed in particolare dal punto 4.4. delle "Condizioni per i candidati della fase C- Esame di opportunità e rapporto d'impatto ambientale di I livello", si evince che la selezione delle offerte, oltre alle condizioni personali dei singoli candidati, sarebbero state valutate in base ai seguenti criteri: analisi del mandato (soluzione proposta, metodo applicato, svolgimento del progetto), onorario (rapporto prezzo/prestazioni, livello ed altre condizioni dei prezzi), impressione personale in occasione del colloquio. **C.** Dopo la prima fase di procedura selettiva, in data 8 settembre 1997, l'appaltatrice ha aggiudicato la commessa al Consorzio X (decisione pubblicata sul FUSC del 16 settembre 1997 e comunicata per raccomandata ai concorrenti in data 17 settembre 1997). La decisione di aggiudicazione è suffragata dalle seguenti motivazioni: il Consorzio prescelto si è distinto per l'eccellente soluzione proposta; esso ha saputo riconoscere che l'obiettivo principale della Fase C consiste nella conclusione di una convenzione bilaterale tra l'Italia e la Svizzera concernente la pianificazione e che l'esame di opportunità ne costituisce il fondamento; il progetto coinvolge in uguale misura gli ambienti politici svizzeri, italiani e delle regioni interessate; il Consorzio dispone di un gruppo equilibrato di specialisti qualificati per i settori richiesti e dotati di grande dimestichezza per quanto concerne la situazione al di qua e al di là della frontiera. **D.** Con tempestivo ricorso del 6 ottobre 1997 il Consorzio Y contesta l'avvenuta aggiudicazione, postulando nel contempo la concessione dell'effetto sospensivo. Esso rileva, in particolare, che la propria offerta, se confrontata con quella dell'aggiudicatario, risulta essere più economica. Nel merito censura il giudizio e la valutazione effettuata dall'appaltatrice.

Questione di diritto:

Esiste il controllo giudiziario dell'inadeguatezza?

Considerato in diritto:

Effetto sospensivo / inadeguatezza: Le prospettive di esito favorevole o sfavorevole del ricorso nel merito possono entrare in considerazione al fine della concessione o meno dell'effetto sospensivo. Esso dovrebbe comunque essere in ogni caso negato quando, già a prima vista, il gravame appaia manifestamente sprovvisto di ogni possibilità di successo. Nella ponderazione degli interessi, infine, la CRM deve tener presente le peculiarità dell'art. XX par. 7 lett. a GPA. Esso obbliga gli Stati membri ad adottare misure transitorie e rapide per rimediare alle violazioni dell'Accordo e preservare le possibilità commerciali. Tali misure possono comportare pure la sospensione del processo di aggiudicazione dell'appalto. **Nella fattispecie, al fine di procedere ad una corretta ponderazione degli interessi, occorre tener conto del limitato potere d'esame di questa Commissione nell'ambito delle decisioni d'aggiudicazione. Giusta l'art. 31 LAPub., infatti, nella procedura di ricorso non può essere ammesso il motivo dell'inadeguatezza. Ciò sta a significare che, su tal punto, la cognizione della CRM è limitata. La possibilità di controllare l'esercizio del potere di apprezzamento dell'istanza amministrativa inferiore è praticamente ristretta all'arbitrio. Questa Commissione non può pertanto sostituire il proprio apprezzamento a quello della precedente istanza, scegliendo la soluzione che, a suo avviso, meglio corrisponde alle concrete circostanze del caso. L'esercizio del margine discrezionale, di cui fruisce l'autorità amministrativa, può infatti essere censurato soltanto se integra gli estremi dell'abuso di potere e disattende cioè i principi fondamentali del diritto, facendo apparire la decisione di codesta istanza come manifesta-mente insostenibile. Nel proprio gravame il Consorzio ricorrente solleva sostanzialmente censure legate all'adeguatezza della decisione di delibera. Come rilevato in precedenza, in applicazione dell'art. 31 LAPub, l'apprezzamento effettuato dall'ente appaltante al fine di individuare l'offerta più favorevole dal profilo economico (art. 21 LAPub.), come pure le valutazioni delle offerte per rapporto ai criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, sfuggono al potere di controllo della Commissione di ricorso. Il controllo giudiziario dovrebbe, in questi casi, limitarsi all'eccesso o all'abuso del potere d'apprezzamento. Da un esame "prima facie" della documentazione di gara e del rapporto di valutazione dei singoli candidati, non si possono ravvisare gli estremi di un eccesso o di un abuso del potere di apprezzamento da parte della stazione appaltante. Alla luce di un tale esame risulta inoltre legittimo accordare, nella ponderazione degli interessi in gioco, un'importanza preponderante all'interesse (pubblico) tendente ad una rapida conclusione del contratto.**

Pronuncia:

1. La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta. 2. All'appaltatrice viene assegnato un termine scadente, per presentare le sue osservazioni di merito al ricorso. 3. Questa facoltà è pure concessa ai rappresentanti della ricorrente.

Entscheid vom 4. Dezember 1997, BRK 11/97

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen; Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Der Waffenplatz Brugg wird in Etappen ausgebaut und saniert. In einer ersten Etappe wird ein Neubau für die Verpflegung erstellt und die Kaserne saniert. Mit Ausschreibung im SHAB vom 6. Juni 1996 hat die Vergabestelle die diesbezüglichen Arbeiten im selektiven Verfahren ausgeschrieben. Die Ausschreibung umfasste u.a. die Arbeitsgattung 358 „Kücheneinrichtungen“. Für diese haben sich 7 Firmen beworben, die gemäss der Vergabestelle allesamt die Eignungskriterien erfüllten und folglich zur Offerteinreichung eingeladen wurden. Die Beschwerdeführerin offerierte die ausgeschriebenen Arbeiten zu einem Nettopreis inkl. MwSt. von Fr. 365'048.-. Aufgrund geänderter Vorgaben für das Ausgabebuffet reichte sie mit Fax vom 11. März 1997 eine neue Preiskalkulation dieses Teilbereiches ein. Entsprechend den daraus resultierenden Mehrkosten revidierte die Vergabestelle, unter Berücksichtigung dieses gewährten Rabatts und Skontos sowie unter Einbezug der Mehrwertsteuer, die Offertkosten und setzte für das Angebot neu einen Betrag von Fr. 371'858.20 ein. **B.** Am 18. März 1997 erteilte sie den Zuschlag an eine Konkurrentin, welche die Kücheneinrichtungen für Fr. 365'300.- offeriert hatte und schloss mit dieser Anbieterin am 23. März. 1997 einen Werkvertrag ab. Die Eröffnung der Zuschlagsverfügung erfolgte mit Publikation im SHAB vom 15. Mai 1997. **C.** Mit Eingabe vom 3. Juni 1997 erhebt die Beschwerdeführerin bei der BRK Beschwerde. Darin wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Zuschlagsempfängerin sei ein Handelsunternehmen, deren Einrichtungen und Apparate in Italien hergestellt und lediglich durch sie montiert würden. Diese ausländischen Produkte könnten einem Qualitätsvergleich mit ihren schweizerischen Geräten nicht standhalten. Die Beschwerdeführerin beschäftige nur wenige Mitarbeiter und sei durch ihren Warenimport aufgrund des Währungsvorteils in einer günstigeren Position. Zudem sei ihr Firmensitz in der Nähe von Brugg und somit betreffend Service usw. wirtschaftlicher gelegen. Schliesslich liege das Angebot innerhalb der Toleranzgrenze der Submissionsverordnung.

Rechtsfragen:

1. Was sind die Anforderungen an die Rechtsbegehren? 2. Dürfen protektionistische Kriterien verwendet werden?

Erwägungen:

1. Zu den Rechtsbegehren (Erw. 1): Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG das Vorliegen eines Begehrens. An ein solches sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Speziell bei einer Eingabe, die von einem Laien in rechtlichen Belangen formuliert wird, dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand im Verfahren vor der BRK bestimmt. So kann beispielsweise die aufschiebende Wirkung nur auf ein entsprechendes Gesuch hin erteilt werden. Vorliegend kann der Beschwerdeschrift wenigstens implizit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung anstrebt. **2. Zu protektionistischen Kriterien** (Erw. 2): Es geht nicht nur darum, die ausländischen Anbieter gleich zu behandeln wie die inländischen (und umgekehrt), sondern auch um die Gleichbehandlung der inländischen und ausländischen Anbieter jeweils unter sich. Weder die Herkunft eines bestimmten Produktes noch die Tatsache, dass der Firmensitz der Beschwerdeführerin in der Nähe liegt, sowie ihre wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für die betreffende Region sind von den Vergabebehörden des Bundes bei der Submission zu berücksichtigen. Die Vergabe aufgrund von protektionistischen Kriterien, wie sie die Beschwerdeführerin für sich in Anspruch nehmen will, ist unter dem neuen Recht des öffentlichen Beschaffungswesens für Aufträge des Bundes ausgeschlossen. Die Auftraggeberin hat sich einzig nach den von ihr - entsprechend dem GPA und BoeB - aufgestellten Zuschlagskriterien zu richten. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabestelle die folgenden Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgelistet: Preis/Leistungsverhältnis, Termine, Ökologie, Erfahrung, Referenzen, Teuerung. Die einzelnen von den Anbietern offerierten Geräte wurden in eine Tabelle aufgenommen, um die bereinigten Angebote bezüglich ihres Preises vergleichbar zu machen. Dieser Gegenüberstellung der Angebote zufolge erwies sich die Offerte der Beschwerdeführerin um 1.8% teurer als jene der Zuschlagsempfängerin, deren Kücheneinrichtung gemäss Vergabestelle den Anforderungen des Pflichtenheftes entspricht. Zudem würden die von der berücksichtigten Anbieterin vorgelegten Referenzen die Qualität der angebotenen Geräte belegen. Aufgrund der vorliegenden Akten ist ersichtlich, dass die Vergabestelle die Angebote gemäss den aufgestellten Zuschlagskriterien pflichtgemäss prüfte. Die Erteilung des Zuschlags an die Anbieterin mit dem preisgünstigsten Angebot ist damit nicht zu beanstanden, zumal der BRK bei der Prüfung der technischen Anforderungen, wie z.B. der Qualität der angebotenen Geräte, nicht in den Beurteilungsspielraum der Verwaltung eingreift bzw. sie die Unangemessenheit einer solchen Beurteilung nicht prüfen kann.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die Zuschlagsverfügung bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.- verrechnet.

Entscheid vom 18. Dezember 1997, BRK 013-97

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Ausschreibung im SHAB vom 27. November 1996 eröffnete die Vergabestelle ein Submissionsverfahren im Zusammenhang mit dem „Ausbau für die mech. Art., 3. Etappe Kommando-/Freizeitgebäude“ auf dem Waffenplatz Frauenfeld. Im Rahmen dieses im offenen Verfahren ausgeschriebenen Beschaffungsgeschäfts wurde u.a. die Lieferung und die Montage von „Kälteanlagen“ (BKP 346) nachgefragt. Die Beschwerdeführerin reichte dafür ein Angebot ein. **B.** Der Zuschlag erfolgte mit Verfügung vom 5. Juni 1997. Gegen diese im SHAB vom 21. Juli 1997 publizierte Zuschlagsverfügung erhebt sie mit Eingabe vom 7. August 1997 Beschwerde bei der BRK und macht geltend, trotz ihres günstigeren Angebots seien die Arbeiten an eine Konkurrentin vergeben worden. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde ausgeschlossen mit der Begründung, es entspreche nicht den Bedingungen der Ausschreibung. Sie offerierte in den Anlagen 2 und 3 das Kältemittel Freon R404A, obschon in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen das Kältemittel Freon R134A vorgeschrieben war. Die Vergabestelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 19. September 1997 die Abweisung der Beschwerde, die Auferlegung der Verfahrenskosten an die Beschwerdeführerin und die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Vergabestelle.

Rechtsfragen:

1. Wie muss ein Beschwerdebegehren formuliert sein? 2. Impliziter Ausschluss aufgrund Formfehlers.

Erwägungen:

1. Zum Begehren (Erw. 1): Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist das Vorliegen eines Begehrens. An ein solches sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Speziell bei einer Eingabe, die von einem Laien in rechtlichen Belangen formuliert wird, dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand im Verfahren vor der BRK bestimmt. So kann beispielsweise die aufschiebende Wirkung nur auf ein entsprechendes Gesuch hin erteilt werden. Die Beschwerdeführerin stellt sinngemäss den Antrag, es sei die Zuschlagsverfügung zugunsten der Zuschlagsempfängerin aufzuheben, und es sei das Beschaffungsgeschäft über sie abzuwickeln, da sie das preisgünstigste Angebot eingereicht habe. Die Beschwerdeführerin stellt indes keinen Antrag auf Gewährung des Suspensiveffektes. Bei dieser Sachlage wäre die Vergabestelle berechtigt, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin trotz des vorliegenden Verfahrens abzuschliessen. **Die Berechtigung zum Vertragsabschluss ändert aber nichts daran, dass die Vergabestelle einen solchen Vertragsabschluss der BRK umgehend zu melden hätte.** Nachdem bis anhin keine solche Meldung bei der BRK eingegangen ist, muss davon ausgegangen werden, dass noch kein Vertragsabschluss erfolgt ist und der angefochtene Zuschlag bei Gutheissung der Beschwerde daher aufgehoben werden könnte (Art. 32 Abs. 2 BoeB e contrario). **2. Zum Ausschluss** (Erw. 2): Die Vergabestelle schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus. Die Vergabestelle hat den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht mit einer selbständig anfechtbaren Verfügung angeordnet, sondern - implizit - im Rahmen der Zuschlagsverfügung. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, da nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind. Es fragt sich indes, ob die Beschwerdeführerin durch die Aufnahme eines nicht ausschreibungskonformen Kühlmittels in ihre Offerte einen Formfehler beging, der als wesentlich zu bezeichnen ist, denn nur ein solcher fällt für einen Ausschluss in Betracht. **Das Gesetz präzisiert den Begriff des wesentlichen Formfehlers nicht näher. Selbstverständlich bleibt - wie bei allen Formvorschriften - auch hier das auf Art. 4 BV beruhende Verbot des überspitzten Formalismus vorbehalten. Fest steht, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht - jedenfalls insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen - ein hoher Stellenwert zukommt. Dies ist zum Beispiel im Hinblick auf das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote der Fall. Die Gleichbehandlung kann nur dann gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist zum vornherein dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote durch die einseitige, ausschreibungswidrige Abänderung der Offerteingabe durch einen Anbieter aufgehoben oder beeinträchtigt wird. Solche Änderungen stellen grundsätzlich einen wesentlichen Formfehler dar.** Falls der Anbieter eine Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen als unzweckmässig einstuft oder glaubt, sonstwie eine bessere, höherwertigere oder preisgünstigere Ausführungsart vorschlagen zu können, so berechtigt ihn dies nicht, den von der Vergabestelle festgelegten Inhalt des Beschaffungsgeschäfts einseitig abzuändern. Der Anbieter hat in einem solchen Fall jedoch die Möglichkeit, zusätzlich zu dem von der Vergabestelle verlangten Leistungsinhalt seinem Angebot eine Variante anzufügen, mit welcher er den seiner Auffassung nach optimalen Leistungsinhalt samt den entsprechenden Preisangaben unterbreiten kann.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die im SHAB publizierte Zuschlagsverfügung bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Zwischenentscheid vom 26. Januar 1998, BRK 1997-017

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 25. März 1997 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Einführung der elektronischen Zeiterfassung (EZ). Der Zuschlag, wurde im SHAB vom 28. Oktober 1997 publiziert. **B.** Dagegen wurde mit Eingabe vom 17. November 1997 Beschwerde erhoben. Beantragt wird die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin; eventuell sei die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Ferner wird um Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde ersucht. **C.** In ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 1997 vertritt die Vergabestelle den Standpunkt, dem Gesuch sei im Zusammenhang mit der Beschaffung der elektronischen Zeiterfassung eines bestimmten Bundesamtes nicht zu entsprechen. Im Übrigen erklärt sie sich mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde einverstanden. **D.** In ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 1997 zur Vernehmlassung der Vergabestelle hält die Beschwerdeführerin an einer vollumfänglichen Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde fest. Sie beantragt zudem, über die gänzliche oder teilweise Erteilung sei erst nach Einholung einer Stellungnahme der Vergabestelle zu befinden, in welchem sich diese zum System der EZ der Beschwerdeführerin geäußert habe. Sie erklärt sich ferner bereit und in der Lage, der Vergabestelle noch vor den Festtagen, allenfalls Anfang Januar 1998 das eigene Zeiterfassungssystem zu präsentieren. Schliesslich werden verschiedene materielle Bemerkungen zum Zuschlag gemacht, die bereits in der Beschwerde angeführt wurden. **E.** Mit Schreiben teilte die BRK der Vergabestelle mit, dass kein Anlass bestehe, mit dem Zwischenentscheid betreffend aufschiebende Wirkung zuzuwarten, bis sich die Vergabestelle zum Zeiterfassungssystem der Beschwerdeführerin geäußert habe.

Rechtsfragen:

Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung – Genehmigung auch für einen Teilbereich?

Erwägungen:

Die Vergabestelle hätte das Submissionsverfahren durch sofortige Zustellung des Vergabeentscheides unmittelbar nach Erteilung des Zuschlages beschleunigen können. Es ist nur schwer verständlich, weshalb die Vergabestelle mit der Eröffnung der Zuschlagsverfügung nach dem Zeitpunkt, in dem sie sich bereits für eine bestimmte Submittentin entschieden hatte, ohne ersichtlichen Grund noch zwei Monate zuwartete, jedoch heute Dringlichkeit geltend macht. Die geltend gemachte Dringlichkeit darf von der Verwaltung nicht selbst verschuldet sein und deshalb sind namentlich Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann. Auch die Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens ist bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Wie alle für die vorzunehmende Rechtsgüterabwägung vorgebrachten Aspekte sind auch rein finanzielle Risiken, wie die Verteuerung eines Bauprojektes durch eine damit verbundene verzögerte Beschaffung oder durch die nicht termingerechte Submission selbst, durch die Verwaltung soweit möglich zu belegen. Diese Risiken sind grundsätzlich in die Rechtsgüterabwägung einzubeziehen, wobei das Argument umso stärker ins Gewicht fällt, je grösser der drohende Schaden für die öffentliche Hand ist und je besser er belegt ist. Die Interessen der Beschwerdeführerin sind gewichtig. Wird der Vertrag nämlich abgeschlossen, so kann die BRK lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Desungeachtet kann im vorliegenden Fall mit Bezug auf das öffentliche Interesse der Verwaltung eine besondere Sachlage nicht verkannt werden. Die Mitarbeiter des einen Amtes werden den Neubau per 1. September 1998 beziehen. Würde die aufschiebende Wirkung in bezug auf die EZ auch hierfür gewährt, müsste damit gerechnet werden, dass das fragliche Gebäude - zumindest in der Anfangszeit - über kein Zeiterfassungssystem und damit insbesondere auch über keine Zutrittskontrolle verfügen würde. Dies könnte zu einer schweren Beeinträchtigung des Verwaltungsablaufs führen, die sich gegenüber den Interessen der Beschwerdeführerin an der Zuschlagserteilung für diesen Teilbereich der Vergabe nur schwer rechtfertigen liesse, zumal sich die Beschwerdeführerin bei Gutheissung ihrer Beschwerde offenbar mit einer Aufteilung des Auftrags abfinden könnte. Bei diesem Stand der Dinge ist in Abwägung der gegenseitigen Interessen und in Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Bezug auf die Beschaffung der EZ für ein Amt grundsätzlich abzusehen. Ein Vertragsabschluss für diesen Teilbereich kann indessen nur insoweit in Frage kommen, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrags zukommen darf. Sollte die Vergabestelle hinsichtlich des zu beschaffenden Zeiterfassungsproduktes an einem einheitlichen System und einem einheitlichen Vertragspartner für das ganze Departement festhalten, so ist vorläufig auch von einem Vertragsabschluss im Zusammenhang mit der Beschaffung der EZ für das eine Amt abzusehen und der Entscheid der BRK in der Sache abzuwarten. Für diesen Fall wird der Beschwerde folglich die aufschiebende Wirkung vollumfänglich erteilt.

Entscheid:

1. Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird im Sinne der Erwägungen entsprochen. 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.

Zwischenentscheid vom 6. Februar 1998, BRK 019/97

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Sachverhalt:

A. Der Waffenplatz Frauenfeld wird in Etappen ausgebaut. In der dritten Etappe wird ein neues Kommando- und Freizeitgebäude erstellt. Die für den Neubau notwendigen Arbeiten sind von der Vergabestelle im SHAB ausgeschrieben worden. Die im offenen Verfahren durchgeführte Ausschreibung beinhaltete unter anderem auch die Installation der Schwach- und Starkstromanlagen (BKP 232.1). Im Herbst 1997 wurde mit den Anbietern eine weitere Verhandlungsrunde durchgeführt, wobei eine Pauschalofferte verlangt wurde. Die Vergabestelle erteilte schliesslich am 21. November 1997 den Zuschlag mit Bezug auf den BKP 232.1 an X und eröffnete die Zuschlagsverfügung durch Veröffentlichung im SHAB. Gegen diese Verfügung erhebt die A AG bei der BRK Beschwerde. Zur Begründung der Beschwerde wird im wesentlichen geltend gemacht, die Vergabestelle habe bereits im Mai 1997 der Beschwerdeführerin den Zuschlag für die in Frage stehenden Arbeiten erteilt, mit ihr mündlich einen Werkvertrag geschlossen und sie in der Folge auch beauftragt, die Einlegearbeiten in Angriff zu nehmen und weiterzuführen. Mit seinem Vorgehen im Rahmen der zweiten Vergabungsrunde (nachträgliche Aufforderung zur Einreichung einer Pauschalofferte) habe die Vergabestelle zudem gegen Vorschriften des BoeB und der VoEB verstossen. **B.** Die BRK übermittelte die Eingabe der Beschwerdeführerin gleichentags per Fax der Vergabestelle zur Kenntnisnahme. Der Präsident der BRK hat der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Dezember 1997 superprovisorisch bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung den Suspensiveffekt zuerkannt und die Vergabestelle zur Vernehmlassung betreffend die aufschiebende Wirkung aufgefordert. Die Vergabestelle teilte der BRK am 23. Dezember 1997 mit, dass der Vertrag zwischen ihr und X bereits abgeschlossen wurde. In seiner Vernehmlassung vom 16. Januar 1998 schliesst die Vergabestelle auf Abweisung des Gesuches um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und macht insbesondere geltend, die einschränkende Auslegung von Art. 22 BoeB durch die BRK im Ergebnis dazu führe, dass der Beschwerde faktisch die aufschiebende Wirkung zukomme und das in der BV formulierte Gewaltenteilungsprinzip verletze.

Rechtsfragen:

Aufschiebende Wirkung: „Verfrüht“ abgeschlossener Vertrag (1.) und Interessenabwägung (2.).

Erwägungen:

1. Verfrüht abgeschlossener Vertrag (E. 2): Gemäss Art. 114^{bis} Abs. 3 BV sind die Bundesgesetzgebung und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für die BRK massgebend. Diese Bindung bedeutet nicht ein ausschliessliches Abstellen auf den Wortlaut einer Bestimmung. Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Immerhin steht auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund. Schliesslich ist innerstaatliches Recht staatsvertragskonform auszulegen. Entgegen einer vordergründigen Lektüre ist der Wortlaut von Art. 22 BoeB nicht klar. Denn es wäre widersprüchlich, einerseits einen förmlichen und effektiven Rechtsschutz zu Gunsten des Submittenten zu schaffen, andererseits der Verwaltung aber die Möglichkeit zu geben, einseitig und ohne sich auf zwingende Gründe des öffentlichen Interesses berufen zu müssen, diesen Rechtsschutz wieder illusorisch zu machen. Der Sinn und Zweck der Bestimmung liegt in der Unterstützung des auch vom GPA geforderten wirksamen Rechtsschutzes, mit dem der Anbieter die wirtschaftlichen Chancen des Submissionsverfahrens grundsätzlich soll wahren können. Andererseits soll die Bestimmung auch eine effiziente Beschaffung durch die Verwaltung gewährleisten. Gerade wegen dieses Gesichtspunktes kommt der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu, sondern hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass die BRK auf ein entsprechendes Gesuch hin jeweils die im Spiele stehenden öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abwägen muss. Unterstützt wird dieses Ergebnis weiter durch die Vorschrift von Art. 28 Abs. 2 BoeB, wonach die BRK die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen kann. Beim Zuschlag würde der Rechtsschutz indes zur Farce verkommen, wenn die Verwaltung der Gewährung einer aufschiebenden Wirkung durch raschen Abschluss des Vertrages zuvorkommen könnte. Eine staatsvertragskonforme Auslegung führt zum gleichen Resultat. Die Tatsache, dass die Vertragsstaaten keine «standstill»-Klausel in das GPA aufgenommen haben, bedeutet nicht, dass damit das Gebot eines wirksamen Rechtsschutzes in Frage gestellt worden wäre. Die wirtschaftlichen Chancen aus dem Vergabeverfahren können nun aber mit der vom schweizerischen Gesetzgeber bei bereits erfolgtem Vertragsabschluss vorgesehenen, beschränkten Schadenersatzlösung nur gewahrt werden, wenn im Einzelfall die Rechtmässigkeit des Zuschlags überprüft und dieser gegebenenfalls aufgehoben werden kann. Um dies zu gewährleisten, muss mit dem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung bei gegebenen Voraussetzungen ein Vertragsabschluss bis zum Sachentscheid der BRK verhindert werden können. Unzutreffend ist ferner, dass die Gesetzesauslegung der BRK im Ergebnis dazu führe, dass der Beschwerde faktisch die aufschiebende Wirkung zukomme. **2. Zur Interessenabwägung** (E. 3): Eine *prima-facie*-Würdigung der Erfolgchancen ergibt, dass diese keineswegs als von vornherein offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist.

Entscheid:

1. Der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.

Entscheid vom 3. April 1998, BRK 020/1997

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 3. September 1997 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach offenem Verfahren zur Beschaffung eines Röntgenaufnahme-Systems zur Thoraxuntersuchung für das Schweizerische Rote Kreuz. Die in der Ausschreibung erwähnten Zuschlagskriterien sind: das wirtschaftlich günstigste Angebot, die Ausführung, die Serviceleistung und der Liefertermin. Zur besseren Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten hat die Vergabestelle eine Vergleichstabelle erstellt und die Betriebskosten über 10 Jahre für die einzelnen angebotenen Geräte errechnet. Dabei ergab sich eine Preisdifferenz zugunsten des Gerätes der Beschwerdeführerin im Verhältnis zur Röntgenanlage der Zuschlagsempfängerin im Anschaffungspreis von ca. 30% und bei den Betriebskosten über 10 Jahre von ca. 20%. Der Zuschlag erfolgte am 3. Dezember 1997 und wurde im SHAB vom 17. Dezember 1997 publiziert. **B.** Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde bei der BRK. Sie beantragt eine erneute Überprüfung des ausgeschriebenen Auftrages und macht geltend, es sei nicht die Offerte mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis berücksichtigt worden. **C.** Die Vergabestelle hält in ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 1998 am Vergabeentscheid fest und beantragt sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung wird insbesondere angeführt, das von der Beschwerdeführerin vertriebene Produkt sei technisch unausgereift. Aus diesem Grund sei eine Anschaffung des von der Beschwerdeführerin angebotenen Röntgengeräts nicht zu vertreten. Der günstigere Preis gegenüber der berücksichtigten Offerte vermöge daran nichts zu ändern.

Rechtsfragen:

1. Was sind die prozessualen Anforderungen an die Rechtsbegehren? 2. Stellenwert des Preises?

Erwägungen:

1. Zu den Rechtsbegehren (Erw. 1): Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist das Vorliegen eines Begehrens. An ein solches sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Speziell bei einer Eingabe, die von einem Laien in rechtlichen Belangen formuliert wird, dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Die Beschwerdeführerin verlangt eine erneute Überprüfung des ausgeschriebenen Auftrags unter Berücksichtigung der von ihr in der Beschwerde aufgeführten Fakten und Preiszusammenstellungen. Damit kann der Beschwerdeschrift wenigstens implizit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung anstrebt. **2. Zu den Zuschlagskriterien** (Erw. 2): Gemäss BoeB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit und technischer Wert. Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen. Welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so weit bereinigt hat, dass sie objektiv vergleichbar sind. Nur bei der Beschaffung standardisierter oder weitgehend standardisierter Güter darf die Vergabestelle ausschliesslich auf das Kriterium des niedrigsten Preises abstellen. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich somit, dass der Preis nur eines von mehreren zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien darstellt und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Für die BRK ist erstellt, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene Gerät nicht den speziellen Anforderungen der Vergabestelle bzw. des Schweizerischen Roten Kreuzes entspricht. Aufgrund der vorliegenden Akten und des durchgeführten Beweisverfahrens gibt es zudem keine Anzeichen die darauf hinweisen, die Vergabebehörde hätte ihren Beurteilungsspielraum missbraucht, in anderer Weise Bundesrecht verletzt, oder den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt. Vielmehr hat es die zur Auswahl stehenden Röntgenanlagen in technischer und kostenmässiger Hinsicht gewissenhaft geprüft, wobei anzufügen ist, dass die BRK bei der Prüfung der technischen Anforderungen, wie z.B. der Leistungsfähigkeit und Qualität der angebotenen Geräte, nicht in den Beurteilungsspielraum der Verwaltung eingreift bzw. sie die Unangemessenheit einer solchen Beurteilung nicht prüfen kann. Dass die Vergabestelle eine Anlage, die es als noch in der Entwicklung stehend bezeichnet und deren Bedienungssoftware nicht ihren Anforderungen entspricht, unter dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht berücksichtigte und der Anlage der Zuschlagsempfängerin mit der Begründung des besten Preis-/Leistungsverhältnisses und des bewährten Systems den Zuschlag erteilte, ist daher nicht zu beanstanden. Der günstigere Preis vermag daran nichts zu ändern, zumal bei der vorliegenden Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dem Preis allein keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann, wenn die geforderte Leistung nicht sichergestellt werden kann.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die publizierte Zuschlagsverfügung bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss von Fr. 800.- verrechnet.

Entscheid vom 29. April 1998, BRK 1997-017

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 25. März 1997 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Einführung der elektronischen Zeiterfassung (EZ) für ein Departement. Der Zuschlag vom 18. August 1997 wurde im SHAB vom 28. Oktober 1997 publiziert. **B.** Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. November 1997 Beschwerde. **C.** Mit Zwischenentscheid vom 26. Januar 1998 entsprach die BRK dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Sinne der Erwägungen. **D.** In der Sache selbst beantragt die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 5. Januar 1998 (recte: 5. Februar 1998) die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. **E.** Am 12. März 1998 fand in vorliegender Beschwerdesache eine öffentliche Verhandlung statt. Dabei wurden A, Departementsinformatiker, der auf Seiten der Vergabebehörde massgeblich mit der verwaltungsinternen Vorbereitung des zu beurteilenden Beschaffungsgeschäfts befasst war, und B, Geschäftsführer der Zuschlagsempfängerin zur Befragung als Auskunftspersonen vorgeladen. Von der Zuschlagsempfängerin erschien C, Verkaufsleiter und Mitglied der Geschäftsleitung, zur Verhandlung; er wurde ebenfalls als Auskunftsperson befragt. Ferner nahmen an der Sitzung seitens der Beschwerdeführerin D und die Rechtsvertreter der Parteien teil. Gemäss den Ausführungen von A war für die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin „die unklare Situation der Systemeinführungskosten und der Wartungskosten je Arbeitsplatz“ entscheidend. Er versuchte im Rahmen seiner Bemühungen zur Bereinigung der Offerten, diese mittels telefonischer Besprechungen mit den 3 bestplazierten Anbietern vergleichbar zu machen, wobei der Inhalt dieser Telefonate vom 6. August 1997 in wesentlichen Teilen umstritten blieb. Am 15. August 1997 reichte die Zuschlagsempfängerin eine Nachtragsofferte mit wesentlich günstigeren Preisen ein. Es wurde weder aufgrund dieser neuen Eingabe mit den Konkurrenten Rücksprache genommen noch sichergestellt, dass die behauptete Aufforderung an die Beschwerdeführerin, ebenfalls eine Nachtragsofferte einzureichen, aktenkundig wäre.

Rechtsfragen:

1. Abänderungen von Offerten in technischen Bereinigungen. 2. Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen (Erw. 2)

Erwägungen:

1. Zur Abänderung bei Offertbereinigungen: Die Offertbereinigung hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie anschliessend anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können. Grundsätzlich ist sie nur denkbar als vertiefte Prüfung, im Rahmen welcher technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Dies darf aber - abgesehen von einer allfälligen Korrektur von Rechnungsfehlern gemäss Art. 24 Abs. 3 OR - nicht zu einer Änderung der Angebote führen; vielmehr sind diese Angebote so, wie sie im Zeitpunkt der Offertöffnung vorliegen (und nicht wie sie sein könnten) zu prüfen, sowie für den Zuschlag in Betracht zu ziehen. Die Bereinigung der Angebote ist demnach ein rein verwaltungsinterner Vorgang. Mit der Führung von Telefongesprächen mit den drei bestplazierten Anbietern ist die Vergabestelle über den Rahmen der Offertbereinigung hinausgegangen und nahm mit den Submittenten Verhandlungen auf. Aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses steht aber fest, dass die Formvorschriften für Verhandlungen nicht eingehalten wurden, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. **2. Zur selbstständigen Anfechtbarkeit:** Ob die Ausschreibungsunterlagen des zu beurteilenden Beschaffungsgeschäfts den Anforderungen des Gesetzes genügen, erscheint fraglich. Indessen war bereits gegen die Ausschreibung die Beschwerde an die BRK möglich. Die entsprechende Beschwerdefrist lief ab dem 26. März 1997, weshalb auch die Ausschreibungsunterlagen, die bis zum 4. April 1997 angefordert werden konnten, in eine allfällige Beschwerde hätten mit einbezogen werden können. Nachdem gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben worden ist, liegt hier formelle Rechtskraft vor. Sind die Ausschreibungsunterlagen infolge Nichtanfechtung in Rechtskraft erwachsen, so sind sie selbst dann für das konkrete Beschaffungsgeschäft massgeblich, wenn sie mangelhaft sind. Denn die abschliessend aufgezählten Anfechtungsgegenstände des Submissionsverfahrens des Bundes sind gemäss ausdrücklicher Vorschrift „selbstständig“ anfechtbare Verfügungen. Das bedeutet, dass der Überprüfungsanspruch verwirkt, wenn der betreffende Verfahrensabschnitt nicht innert der dafür vorgesehenen Frist angefochten wird. Mit anderen Worten muss diesfalls das Beschaffungsgeschäft, insoweit es zu Ende geführt werden soll, mit mangelhaften Ausschreibungsunterlagen auskommen. Die Vergabebehörde kann dann gegebenenfalls mit Verhandlungen - sofern diese im konkreten Beschaffungsgeschäft zulässig sind - Abhilfe schaffen. Das Beschaffungsgeschäft ist somit - im Falle des Festhaltens der Vergabebehörde am vorliegenden Verfahren - nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung. Dabei sind in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur die Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin als ursprünglich berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die anderen Teilnehmer den erfolgten Zuschlag nicht angefochten haben.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben, die Sache zurückgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die Vergabestelle hat eine Parteientschädigung von CHF 5'000.— auszurichten.

Entscheid vom 11. Mai 1998, BRK 004/1998

Regeste: neue Projektierung Bahnhof Zug; Umgehung der Vergabevorschriften

Sachverhalt:

1. Mit Schreiben vom 1. April 1998 hielt die SBB u.a. fest, aufgrund eines Vertrages zwischen ihr, dem Kanton und der Stadt Zug betreffend Vorprojekt für einen neuen Bahnhof Zug obliege ihr die Federführung für das Ausarbeiten des Vorprojektes. Sie schlossen die entsprechenden Auftrags- bzw. Werkverträge in der Planungsphase ab und führten das Vergabeverfahren alleine durch. Es kämen somit das BoeB sowie die VoeB zur Anwendung. Gemäss Art. 37 BoeB finde das BoeB auf sämtliche geplanten Aufträge Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1996 ausgeschrieben würden. Die Stadt Zug und die SBB hätten bereits 1988/89 einen Ideenwettbewerb mit öffentlicher Ausschreibung für einen neuen Zuger Bahnhof durchgeführt. Die 1996 wieder aufgenommene Planung sei eine Fortsetzung der damaligen Planungsarbeiten, wenn auch in reduzierter Form. Aufgrund dieser altrechtlichen Planung sei eine nochmalige öffentliche Ausschreibung des Architektenauftrages durch das BoeB nicht vorgeschrieben. 2. Mit Eingabe vom 24. April 1998 wurde gegen dieses Schreiben Beschwerde bei der BRK erhoben. Beantragt wird, es sei festzustellen, dass die SBB zusammen mit dem Kanton und der Stadt Zug die massgebenden öffentlichrechtlichen Vergabevorschriften des GATT, des Bundes und des Kantons Zug verletzen, wenn sie den Projektierungsauftrag für die neue Planung des Bahnhofes Zug unter Missachtung der Vergabevorschriften und ohne öffentliche Submission direkt vergeben. Die SBB sowie der Kanton Zug und die Stadt Zug seien zu verpflichten, die Vorschriften des GATT, des BoeB und der IVöB sowie die kantonalen und kommunalen Vergabevorschriften zu beachten. Ebenso seien sie zu verpflichten, den Auftrag für die Neuplanung im Gebiet Bahnhof Zug gemäss den öffentlichen Vergabevorschriften ordnungsgemäss öffentlich auszuschreiben und gemäss diesen Vorschriften zu vergeben. Der Beschwerde sei schliesslich im Sinne von Art. 28 BoeB die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Eine entsprechende Beschwerde haben die Beschwerdeführer am 7. April 1998 auch beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug eingereicht. Das Verwaltungsgericht hat ihr vorläufig aufschiebende Wirkung erteilt. Die Beschwerde an die BRK werde vorsorglich als Ergänzung zur kantonalrechtlichen Beschwerde erhoben, der zweifellos der Vorrang gebühre. Soweit die vorliegende Beschwerde nicht submissionsrechtlich als formelles Rechtsmittel behandelt werden sollte, sei sie ex officio an die zuständige Instanz als Aufsichtsbeschwerde weiterzuleiten.

Rechtsfragen:

Ist die BRK zuständig bei Vergaben der SBB zusammen mit Kanton und Stadt Zug (Erw. 3)?

Erwägungen:

Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Beschaffungen durch Auftraggeber auf Bundesebene, die von der Aufzählung in Art. 2 BoeB nicht erfasst sind, sind dem BoeB nicht unterstellt. Nach Art. 2 Abs. 2 BoeB bezeichnet der Bundesrat die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten unter das BoeB fallen. Massgebend für die Unterstellung ist dabei der Annex 3 der Schweiz zum GPA. Nicht erfasst vom BoeB sind deshalb bis heute die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahn (insbesondere die SBB) und Telekommunikation. Die Nicht-Unterstellung der SBB unter das Gesetz bedeutet in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss der Aufträge der SBB vom Rechtsmittelsystem. Die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen (SBB) und Telekommunikation sowie die privatrechtlichen Organisationen aus den erwähnten Sektorenbereichen sollen dem Gesetz - gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BoeB - erst unterstellt werden, wenn ein entsprechendes Abkommen mit der EU abgeschlossen und ratifiziert sein wird. Für nicht dem GPA unterstellte Auftraggeberinnen des Bundes (z.B. die SBB) hat der Bundesrat das Vergabeverfahren auf Verordnungsstufe bestimmt, und zwar unter der Bezeichnung „übrige Beschaffungen“ im 3. Kapitel der Verordnung (Art. 32 bis 39 VoeB). Für diesen Bereich hat der Bundesrat gestützt auf die autonome Regelung von Art. 2 Abs. 3 BoeB das Gesetz oder einzelne Bestimmungen zwar auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklärt (vgl. als Beispiele Art. 34 Abs. 2 und 37 VoeB oder speziell mit Bezug auf die SBB Art. 34 Abs. 3 VoeB mit dem Verweis auf Art. 18 Abs. 2 BoeB). Der Rechtsmittelweg des BoeB steht jedoch für Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB nicht offen. Dies ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 3 in fine BoeB. Insofern ist die mit Art. 39 VoeB angestrebte Nichtanwendbarkeit der Beschwerde von Art. 27 ff. BoeB auf die sogenannten „übrigen Beschaffungen“ denn auch bloss eine konsequente Umsetzung der BoeB-Vorgabe. Bei diesem Stand der Dinge steht somit zwingend fest, dass - vorläufig wenigstens - das Rechtsmittelverfahren des BoeB auf die SBB nicht zur Anwendung gelangt, mögen es die Beschwerdeführer auch bedauern, dass damit ein wesentlicher Teil der grossen Auftragsvergaben durch den Bund, nämlich jene der SBB, keinem bundesrechtlichen Rechtsschutz untersteht. Da der Geltungsbereich des BoeB nur Beschaffungen auf Bundesebene und nicht auch diejenigen auf der Stufe der Kantone und Gemeinden erfasst, scheiden der Kanton und die Stadt Zug als Auftraggeber, die dem BoeB unterstehen, ebenfalls aus.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten CHF 700.— werden den Beschwerdeführern auferlegt. 3. Mitteilungsziffer.

Décision du 29 juin 1998, CRM 015/1997

Regeste: un marché public (la question de la recevabilité en fonction du type de marché; le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse; les négociations)

En fait:

A. Le 13 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective, pour des travaux d'assainissement de cases climatisées. Les soumissionnaires avaient la possibilité de proposer, à titre de variante, le remplacement des cases plutôt que leur assainissement. L'avis de marché énonçait les critères suivants, par ordre d'importance: 1) respect des exigences selon les documents détaillés de l'appel d'offres; 2) organisation, structure et effectif de l'entreprise; 3) délais; 4) qualité; 5) prix; 6) service après-vente; 7) qualité des prestations antérieures; 8) justification du paiement des cotisations sociales. A la suite de la sélection des candidatures, 4 entreprises furent invitées à soumettre une offre. Trois d'entre elles donnèrent suite à l'invitation. L'analyse des offres fut confiée au Bureau X. Le pouvoir adjudicateur opta finalement pour l'assainissement des cases. S'agissant de cette variante, le rapport d'analyse établi par le Bureau X retint les montants corrigés suivants: Fr. 1'526'930.-- pour l'offre de l'adjudicataire et Fr. 1'445'761.-- pour celle de la recourante. Sur la base de ce rapport, le pouvoir adjudicateur attribua le marché à une date que la publication dans la FOSC du 2 septembre 1997 fixe au 15 juillet 1997. Le contrat fut signé ce même 15 juillet 1997. Il avait pour objet l'assainissement de onze cases climatisées pour un prix de Fr. 1'469'700.--. La différence entre le montant figurant dans l'offre et celui finalement retenu dans la décision d'adjudication – soit Fr. 57'230.-- – s'explique par le fait que l'adjudicateur a convoqué le soumissionnaire à une séance, le 11 juillet 1997, et que leurs discussions ont abouti, entre autres, à la réduction des délais de livraison et, par voie de conséquence, à la diminution du montant de l'offre. La décision d'adjudication, publiée dans la FOSC du 2 septembre 1997, fut également communiquée à la recourante par un courrier daté du 3 septembre 1997. **B.** Par mémoire du 23 septembre 1997 la recourante a recouru contre la décision d'adjudication.

Question de droit:

1. Qualification de la prestation 2. Notion d'offre la plus avantageuse 3. Negotiation.

En droit:

1. Qualification (cons. 1 f.): La dénomination du contrat conclu entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu n'est pas décisive quant à la qualification du marché adjugé. En particulier, l'existence d'un contrat d'entreprise n'exclut aucunement que l'on soit en présence d'un marché de fournitures. On est en présence d'un marché qui comporte des prestations dont certaines, prises isolément, sont des constructions, d'autres des fournitures, d'autres encore, des services. Le Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GPA du 19 septembre 1994 ne comporte pas d'explication pertinente sur la qualification du marché dans une situation de ce genre. En l'espèce, l'objet principal du marché est la livraison de cases climatisées. Ainsi que l'explique l'intimé, l'enveloppe des cases est conservée et les installations techniques sont remplacées. Les travaux nécessaires se limitent au rafraîchissement des revêtements et des joints, au nettoyage, à la peinture et au réglage des portes. Leur portée est donc sans conteste accessoire et leur valeur clairement inférieure à celle des fournitures. Or, comme les prestations attendues du soumissionnaire ne sont pas dissociables, la prestation principale, à savoir la livraison de fournitures, qualifie l'ensemble du marché. **2. Notion d'offre la plus avantageuse** (cons. 3): D'une part, la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise. Lorsque la CRM se prononce sur l'interprétation donnée à une telle notion, elle doit faire preuve de retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé. D'autre part, dans l'application de la règle qui prescrit le critère de l'offre la plus avantageuse économiquement, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation dont l'exercice échappe, en principe, au contrôle de la Commission de recours. En effet, le grief de l'inopportunité ne peut pas être soulevé dans la procédure de recours; seuls l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, constitutifs d'une violation du droit fédéral, peuvent être invoqués. Lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation. **3. Negotiation** (cons. 4): En tous les cas, il apparaît suffisamment vraisemblable que l'intimé a considéré, au plus tard au mois de juin, que les autres soumissionnaires n'entraient plus en ligne de compte. La réunion qui s'en est suivie avait pour but de préciser les termes exacts du contrat et d'éclaircir ou d'évaluer l'offre de l'adjudicataire. Il est vrai qu'à l'issue de cette rencontre, le prix offert par cette entreprise s'est trouvé légèrement diminué. Il ne s'agit cependant pas du résultat de négociations ainsi que le soutient la recourante, mais simplement de la conséquence de la réduction du temps d'exécution.

Prononce:

1. Le recours est rejeté. 2. Il est constaté que la décision d'adjudication ne viole pas le droit fédéral. 3. Les frais de procédure, par Fr. 800.-- sont mis à la charge de la recourante. 4. Il n'est pas alloué de dépens à la recourante.

Entscheid vom 9. Juli 1998, BRK 002/98

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle hat im SHAB 14. Mai 1997 den Auftrag im selektiven Verfahren für die Lieferung verschiedener Transportmittel öffentlich ausgeschrieben. Der Gesamtauftrag wurde in drei Lose aufgeteilt. Mit Bezug auf die Lieferung der Wechselbehälter (Los 1) wurden schliesslich sieben Teilnehmer zur Angebotsabgabe eingeladen. Im Pflichtenheftes vom 11. Juli 1997 wurde die folgenden Bewertungs- bzw. Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung aufgelistet: Qualität und Konstruktion, Kosten, Projektmanagement, Wartungskonzept, Termine. Der X AG wurde vorerst zwar eine Absage erteilt, doch kam die Vergabestelle auf ihren Entscheid zurück und bestätigte mit Schreiben vom 4. August 1997 im Sinne einer Wiedererwägung die nachträgliche Einladung zur Angebotsabgabe bis zum 1. September 1997. Diese Bestätigung erfolgte in Form einer Verfügung und versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung. Die X AG wurde am 6. August 1997 per Fax über die bisherigen Fragen der verbliebenen Teilnehmer sowie die entsprechenden Antworten informiert, damit sie für die Angebotsabgabe über denselben Kenntnisstand verfügte wie die übrigen Konkurrenten. Am 15. August 1997 wurden sodann die definitiven Bewertungs- bzw. Zuschlagskriterien gleichzeitig an alle Bewerber verschickt, und zwar mit dem Hinweis auf deren Gewichtung entsprechend der aufgeführten Reihenfolge. Nach dem Zusammenschluss der Firmen X AG/Y mit Z zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) gingen dann binnen der angesetzten Frist 6 Offerten ein, die von der Vergabebehörde am 2. September 1997 geöffnet wurden. Die einzelnen Offerten wurden alsdann umfassend geprüft und das Ergebnis in einem detaillierten Bericht vom 3. Dezember 1997 festgehalten. Gestützt auf diesen entschieden sich die Verantwortlichen am 16. Januar 1998 für das von der Firma U AG zum Preis von Fr. 25'200.-- pro Wechselbehälter angebotene Produkt. Der ARGE teilte sie mit Schreiben vom 20. Januar 1998 (inkl. Rechtsmittelbelehrung) mit, sie könne ihr mit Bezug auf diese Ausschreibung keinen Zuschlag erteilen. **B.** Die ARGE erhebt gegen diesen Bescheid Beschwerde. **C.** Die BKR wies das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 17. April 1998 ab. **D.** Die Vergabestelle liess der BRK eine Kopie des unterzeichneten schriftlichen Vertrages zukommen.

Rechtsfragen:

Wie weit geht das Ermessen der Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung (Erw. 3)?

Erwägungen:

Nur bei der Beschaffung standardisierter oder weitgehend standardisierter Güter darf die Vergabestelle ausschliesslich auf das Kriterium des niedrigsten Preises abstellen. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich somit, dass der Preis nur eines von mehreren Kriterien darstellt, die es zu berücksichtigen gilt, und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Das Ergebnis der Evaluation der verschiedenen Angebote ist in einem einlässlichen Bericht mit etlichen Vergleichstabellen festgehalten worden. Aus der Tabelle betreffend Gewichtung der Punktwertung geht hervor, dass bei den Kriterien Projektmanagement und Firmenprofil die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin ähnlich abgeschnitten haben (60/57 bzw. 60/75 Punkte) und von einer willkürlichen Tieferbewertung der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den Konkurrenzfirmen nicht die Rede sein kann. Beim an erster Stelle gesetzten Kriterium Qualität und Konstruktion weist die Beschwerdeführerin dagegen gegenüber der berücksichtigten Anbieterin einen klaren Rückstand von 55 gewichteten Punkten auf. Weshalb das Produkt der Zuschlagsempfängerin insbesondere wegen des angebotenen Schiebetürsystems als für die Bedürfnisse klar bestes Angebot bewertet worden ist, wird im Evaluationsbericht ausreichend begründet. Anzeichen dafür, dass sachfremde Kriterien in die Beurteilung eingeflossen wären, liegen keine vor. Weiter fügt die Beschwerdeführerin zwar bei, dass diese Fr. 250.-- wegfallen, wenn sie bezüglich der zwei anvisierten Lieferanten für die Ladegutsicherung frei auswählen könne. Im Sinne eines verbindlichen Offertpreises seitens der Beschwerdeführerin konnte die Vergabestelle bei diesem Stand der Dinge jedoch mit Fug die Fr. 250.-- als Mehrkosten hinzurechnen, zumal diese Vertikalstangen von allen Anbietern verlangt wurden und auch im Vergleichspreis der Zuschlagsempfängerin bereits enthalten waren. Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle von einer Preisdifferenz pro Wechselbehälter von Fr. 450.-- bzw. von insgesamt Fr. 360'000.-- ausging. Dass die Vergabestelle aber einen in diesem Umfang, d.h. im Umfang von knapp 2% der Auftragssumme, höheren Preis als durch die bessere Qualität und vor allem durch die stabilere unten geführte Schiebetüre als mehr als kompensiert betrachtete, lag im Ermessensbereich, welcher ihr bei einem Zuschlag zukommt. Daran würde im übrigen auch nichts ändern, wenn mit der Beschwerdeführerin von einer Preisdifferenz von gesamthaft Fr. 560'000.-- bzw. knapp 3% des Auftragsvolumens auszugehen wäre. Selbst bei einer solchen Ausgangslage könnte nicht darauf geschlossen werden, dass die Vergabebehörde ihren Beurteilungsspielraum missbraucht hätte, zumal sie ja von Beginn weg der Qualität und Konstruktion und nicht dem Preis erste Priorität beimass.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird festgestellt, dass die Zuschlagsverfügung vom 16. Januar 1998 nicht Bundesrecht verletzt. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Entscheid vom 4. August 1998, BRK 005/1998

Regeste: Zuschlagserteilung „Asbestsanierung EMPA Dübendorf“

Sachverhalt:

A. Mit Publikation im SHAB vom 11. September 1997 veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung im offenen Verfahren betreffend den Umbau und die Sanierung der Bauhalle der EMPA Dübendorf. Am 3. April 1998 erteilte sie mit Bezug auf die betreffende Asbestsanierung (BKP 112) den Zuschlag. Die Zuschlagsverfügung wurde im SHAB vom 20. April 1998 veröffentlicht. B. Gegen diese Verfügung wurde mit Eingabe vom 4. Mai 1998 Beschwerde bei der BRK erhoben. Aufgrund der fehlenden Qualitätsnachweise und der unseriösen Arbeitsweise der Zuschlagsempfängerin begehre die Beschwerdeführerin die Neubeurteilung dieser Vergabe. Die Seriosität des Preisangebotes der Zuschlagsempfängerin müsse in Frage gestellt werden. Des Weiteren sei festzuhalten, dass früher die von dieser Firma verwendeten Absauganlagen nicht fachgerecht auf deren Gesamtauglichkeit für kanzerogene Stoffe geprüft gewesen seien. Das Belastungsrisiko der Öffentlichkeit bei solchen Arbeiten durch kanzerogene Stoffe bei unsachgemässer Sanierung sei zu gross, um die Tiefstpreisofferte einer unseriösen Sanierungsfirma zu berücksichtigen. Als unbeteiligte Zulieferfirma der Asbestbranche beantrage die Beschwerdeführerin daher die Neuprüfung unter Einbezug der aufgeführten, bisher nicht berücksichtigten Fakten und Akten sowie die Neuvergabe der Arbeiten.

Rechtsfragen:

Kann ein nicht am Verfahren Beteiligter Beschwerde führen bzw. hat er die notwendige Legitimation (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zur Beschwerde an die BRK ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Legitimiert sein können grundsätzlich aber auch Drittbetroffene der in Frage stehenden submissionsrechtlichen Verfügung, die sog. sekundären Adressaten. Zu denken ist etwa an einen Konkurrenten, der an einer Teilnahme am Markt gehindert wurde. Um eine Popularbeschwerde auszuschliessen, kommt den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache bei der Beschwerde durch Dritte spezielle Bedeutung zu. Damit die Beschwerdelegitimation gegeben ist, muss auch der Dritte ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen können. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse genügt nicht. Dabei ist von objektiven Kriterien auszugehen und nicht davon, ob jemand sich subjektiv betroffen und in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt. Die besondere Beziehungsnähe ergibt sich nicht bereits daraus, dass sich der Beschwerdeführer für eine Frage aus ideellen Gründen besonders interessiert oder sich aus persönlicher Überzeugung für oder gegen ein Projekt engagiert. Bezüglich der Legitimation von Konkurrenten kann festgehalten werden, dass allein das Interesse an der Wahrung des Qualitätsstandards einer Berufsbranche die Beschwerdelegitimation nicht zu begründen vermag. Ob die Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Die Beschwerdeführerin war im vorliegend durchgeführten Vergabeverfahren nicht Anbieterin, sondern, wie sie selbst angibt, unbeteiligte Zulieferfirma der Asbestbranche. Sie fällt mithin als direkte Mitbewerberin und primäre Adressatin ausser Betracht. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin im Lichte vorstehender Ausführungen als Drittbetroffene eine ausreichende Beziehungsnähe zur Streitsache hat. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die Anbieterin, die den Zuschlag erhalten hat, verfüge nicht über die erforderliche Eignung im Sinne von Art. 9 BoeB. Damit macht sie an sich die Verletzung einer wesentlichen Bestimmung des Beschaffungsrechts geltend. Dennoch ist sie durch die angefochtene Zuschlagsverfügung nicht stärker als jedermann betroffen. Ein besonderes, das Interesse der Allgemeinheit übersteigendes Interesse kommt ihr nicht zu. Mit der Vergabestelle ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihre Legitimation vorab auf das Interesse der Öffentlichkeit an der Vermeidung von Belastungsrisiken im Zusammenhang mit der Asbestsanierung abstützt. Damit versucht sie Interessen der Allgemeinheit bzw. der Öffentlichkeit zu vertreten, was eine besondere Beziehungsnähe nicht zu begründen vermag. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen liegen zudem ausserhalb des Schutzbereiches des Submissionsrechts. Gemäss Art. 1 BoeB will der Bund mit diesem Gesetz das Vergabeverfahren regeln und transparent gestalten, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern stärken, deren Gleichbehandlung gewährleisten und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Die Interessen der Beschwerdeführerin stehen nicht in einer genügend engen Verbindung zu den erwähnten Vergaberegeln, deren Verletzung gerügt werden kann und zu deren Durchsetzung die BRK auf Beschwerde hin berufen ist. Denn es ist, wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung zu Recht vermerkt, nicht dargetan oder ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin aus einer allfälligen Aufhebung der Zuschlagsverfügung einen unmittelbaren, eigenen und selbständigen Nutzen ziehen könnte. Der Beschwerdeführerin ist daher die besondere Beziehungsnähe, die für die Beschwerdelegitimation erforderlich ist, abzusprechen.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 4. Mai 1998 wird nicht eingetreten. 2. Die reduzierten Kosten des Verfahrens von Fr. 500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Verfügung vom 10. August 1998, BRK 011/1998

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Zuständigkeit

Sachverhalt:

Am 16. Juli 1998 (Postaufgabe: 20. Juli 1998) wurde gegen den Zuschlag des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 7. Juli 1998 betreffend die Lieferung von Fertigteilen für die Tunnels der Staatsstrasse Nr. 15/17, Umfahrung Wagen-Eschenbach-Schmerikon und die der Beschwerde beigegebenen Beilagen Rekurs bei der BRK erhoben.

Rechtsfragen:

Ist die BRK zuständig in Bezug auf die Vergabe durch den Regierungsrat des Kantons St. Gallen?

Erwägungen:

- die Rekurskommission ihre Zuständigkeit von Amtes wegen prüft (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021] in Verbindung mit Art. 26 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1996 [BoeB; SR 172.056.1]);
- dem BoeB und damit dem bundesrechtlichen Rechtsschutz nur jene Vergabeverfahren unterstehen, die durch einen der in Art. 2 genannten Auftraggeber durchgeführt werden und einen öffentlichen Auftrag des Bundes betreffen;
- **der Regierungsrat des Kantons St. Gallen als kantonale Behörde folglich kein Auftraggeber ist, der dem BoeB untersteht;**
- es demnach mit Bezug auf die vorliegende Beschwerde an der Zulässigkeit des Rechtsmittelweges an die Rekurskommission fehlt, so dass diese mangels Zuständigkeit auf die bei ihr eingereichte Beschwerde nicht eintreten kann;
- **aufgrund des Inhalts der Beschwerdeschrift, namentlich der mehrmaligen Anrufung von Bestimmungen des BoeB, davon auszugehen ist, dass seitens der Beschwerdeführerin eine Behauptung der Zuständigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VwVG vorliegt, weshalb die Rekurskommission eine formelle Verfügung über ihre Zuständigkeit zu erlassen hat;**
- **im übrigen die Sache in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 VwVG an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen zu überweisen ist, damit diese Behörde ihrerseits über ihre allfällige Zuständigkeit befinden kann;**
- auf die Erhebung von Verfahrenskosten ausnahmsweise verzichtet werden kann (Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG);

Entscheid (Verfügung):

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Sache wird zur Abklärung der Zuständigkeit an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen überwiesen. 3. Es werden keine Kosten erhoben. 4. Diese Verfügung wird der Beschwerdeführerin und dem Baudepartement des Kantons St. Gallen schriftlich eröffnet sowie dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mitgeteilt.

Décision du 13 août 1998, CRM 001/97

Regeste: un marché public (validité d'une demande tardive de participation)

En fait:

A. Le 31 octobre 1996, le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective, pour l'acquisition de 1500 assortiments d'éléments de barrière. L'avis précisait : "Délai pour le dépôt de la demande de participation : dans les 25 jours suivant la publication du présent avis (par écrit)." Par une lettre recommandée, datée du 26 novembre 1996, reçue par le pouvoir adjudicateur le 28 novembre 1996, la recourante manifesta son souhait "de recevoir les dessins et descriptifs des soumissions pour la fabrication de ces éléments"; elle joignit des "descriptifs profils de [ses] entreprises". Par un courrier daté du 13 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur communiqua à l'entreprise sa décision de ne pas prendre en considération sa demande de participation. La communication indiquait, sous "votre référence": "26.11.96". Elle donnait les motifs suivants: "En application de l'article 15 LMP, nous avons déterminé, selon les critères de qualification publiés, les soumissionnaires qui peuvent présenter une offre. De même, le nombre des soumissionnaires était limité." La décision comportait encore l'indication de la voie et du délai de recours. **B.** Le 20 janvier 1997, la recourante a adressé un recours à la Commission de recours. **C.** Par un courrier du 16 avril 1997, le pouvoir adjudicateur a complété la motivation de sa décision en rappelant le déroulement de la procédure et en expliquant la méthode suivie pour évaluer les candidatures. Son argumentation repose, d'une part, sur les caractéristiques de l'entreprise et, d'autre part, sur la nécessité, en l'espèce, de "limiter le nombre d'offres entrant en ligne de compte". **D.** Entretemps, le marché a été attribué à une entreprise tierce. La décision a été publiée dans la FOSC du 28 avril 1997. Le contrat avec l'adjudicataire avait été préalablement conclu, le 18 avril 1997.

Questions juridiques:

1. Est-ce que le recours est recevable. 2. Est-ce que la demande de participation est tardive?

En droit:

1. Recevabilité (Cons. 2): L'intimé conteste cependant la recevabilité du recours en invoquant la tardiveté de l'offre. Il invoque ce motif pour la première fois dans son mémoire de réponse. Il soutient qu'une remise avec retard ne devrait pas être prise en considération, alors même qu'il est entré en matière sur la demande de participation, qu'il l'a évaluée et qu'il a motivé son rejet par des arguments de fond, et cela aussi bien dans la communication initiale que dans les compléments fournis à la requête de la recourante. Son argumentation est donc contradictoire. Plus encore, elle est dépourvue de pertinence puisque la tardiveté de la demande de participation concerne la validité de la candidature mais qu'elle est sans effet sur la recevabilité d'un recours formé contre une décision qui écarte une demande de participation pour des motifs de fond. En conséquence, les arguments de l'intimé doivent être écartés et le recours considéré comme recevable. Il convient donc d'entrer en matière. **2. Tardiveté** (Cons. 3): Dans les procédures sélectives sans liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de présentation d'une demande à l'effet d'être invité à soumissionner ne doit pas être inférieur à 25 jours à compter de la parution de l'appel d'offres. L'art. 19 al. 1 LMP prescrit aux soumissionnaires de remettre leur demande de participation dans les délais fixés. La loi fait obligation à l'adjudicateur d'écarter de la procédure les demandes de participation contenant de graves vices de forme. Certes, la notion de gravité doit être interprétée avec retenue, dans le souci d'éviter tout formalisme excessif. Il faut toutefois souligner que l'exigence du respect des délais revêt précisément une grande importance, notamment pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires et la transparence des procédures de passation des marchés. Il convient en effet de protéger les intérêts directs des différents soumissionnaires en excluant les offres formulées hors délai. C'est pourquoi le non-respect des délais de la procédure de passation des marchés publics constitue un grave vice de forme au sens de l'art. 19 al. 3 LMP. Il y a lieu de constater qu'en l'espèce, la recourante a formulé et remis sa demande après l'échéance du délai imparti. En effet, celui-ci venait à échéance le 25 novembre 1996. Or, la demande de la recourante est datée du lendemain. Il est vrai que dans la cause tranchée le 3 juin 1996 et citée supra, le dépassement du délai était plus important que dans le présent litige puisqu'il atteignait sept jours. Dès lors, la recourante pourrait être tentée de faire valoir que son propre retard revêt une moindre importance et devrait demeurer sans conséquences. Cependant, il serait risqué de développer une casuistique à propos des dépassements des délais impartis pour déposer des demandes de participation ou des offres en cherchant à déterminer à partir de combien de jours le non-respect d'un délai doit être considéré comme grave. Toute pratique laxiste dans ce domaine pourrait ouvrir la porte à des comportements arbitraires et incontrôlables. Au contraire, le délai fixé expressément dans l'appel d'offres apparaît comme une limite clairement déterminable, dont il convient d'exiger le strict respect. En conséquence, une demande de participation ou une offre déposée tardivement doit être écartée, ce d'autant plus qu'en vertu de l'art. 26 al. 2 LMP, aucune restitution de délai au sens de l'art. 24 PA n'est envisageable dans le cadre de la section 4 de la LMP, laquelle concerne précisément les procédures d'adjudication.

Décision:

1. Le recours est rejeté. 2. Les frais de procédure par CHF 300.— sont mis à la charge de la recourante. 3. Il n'est pas alloué de dépens à la recourante.

Décision du 8 octobre 1998, CRM 003/98

Regeste: un marché public; le choix des participants à une procédure sélective

En fait:

A. Le 26 novembre 1997 le pouvoir adjudicateur publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la planification générale de la construction d'un village d'exercices de trente bâtiments (valeur estimée: 11 millions de francs) et d'ouvrages de génie civil (valeur estimée: 10 millions de francs). Le mandataire recherché devait, dans un premier temps, retravailler l'avant-projet et le cahier des charges établis par un expert antérieurement mandaté par le pouvoir adjudicateur et présenter un projet avec un devis général établi selon le code de frais par éléments ainsi qu'élaborer des variantes d'exécution. Après l'approbation des crédits de construction, le mandataire devait préparer l'exécution, puis assister la direction générale des travaux (assumée par le pouvoir adjudicateur ou un autre office désigné comme responsable) durant toute la réalisation du projet, voire assumer lui-même certaines tâches de direction générale et de coordination. Il était spécifié dans l'appel d'offres que 4 à 6 groupes d'étude seraient sélectionnés pour participer à la suite de la procédure, sur la base d'un dossier de candidature fourni par le pouvoir adjudicateur. Les candidats devraient donner toute information utile permettant de juger de leur compétence dans le domaine du projet et de l'exécution, de leur créativité, de leur capacité à fournir la prestation envisagée et à travailler dans un groupe constitué. Les critères de préqualification étaient annoncés dans l'appel d'offres par ordre d'importance. **B.** 68 bureaux d'architectes et d'ingénieurs manifestèrent l'intention de participer au concours. La documentation relative à l'appel d'offres leur fut remise. Il y était précisé que les bureaux d'architectes et d'ingénieurs civils devraient former des groupes d'étude. Aussi les 68 bureaux intéressés se regroupèrent-ils en 22 équipes. Les critères de qualification, énoncés par ordre d'importance, étaient les mêmes que ceux mentionnés dans l'appel d'offres, si ce n'est que le critère de "capacité" avait disparu. Qui plus est, il était précisé que la présentation ne devrait cependant pas excéder une page A4. Sur les 22 équipes ayant envoyé leur dossier de candidature dans le délai prescrit – au nombre desquelles celle de la recourante – le pouvoir adjudicateur en sélectionna 8, qui furent admises à déposer une offre. La liste des candidatures retenues fut publiée dans la FOSC. **C.** Par courrier daté du 11 mars 1998, la recourante a interjeté recours contre cette décision.

Question juridiques:

1. C'est quel type de marché? 2. Quelles sont les conditions pour la réduction des participants?

En droit:

1. Type de marché (cons. 1 ff): Ni la LMP ni l'OMP ne contiennent de règle relative à la délimitation entre les divers types de marchés. Ni l'appel d'offres, ni la documentation relative à l'appel d'offres n'indiquent que l'adjudicataire du marché obtiendrait simultanément l'attribution de l'exécution des travaux de construction et de génie civil. Il en ressort au contraire qu'il ne fera qu'assister la direction des travaux, voire dirigera certains de ceux-ci. En conséquence, le marché en cause constitue un pur marché de services – et non un marché de travaux portant conjointement sur la conception et l'exécution. **2. Réduction des participants** (cons. 4 ff.): Le pouvoir adjudicateur est par conséquent soumis à une double obligation. D'une part, il doit être en mesure de justifier immédiatement de la nécessité de restreindre le nombre de candidats retenus. D'autre part, il doit indiquer dans l'appel d'offres la volonté de limiter le nombre de candidats et le nombre maximal qui sera admis à participer à la procédure. Une contestation ultérieure, au stade de la décision portant sur le choix des candidats, n'est plus possible, sous réserve de l'hypothèse où la justification de la limitation ou le nombre de candidats initialement retenu serait affecté de nullité absolue. Rien dans le dossier n'indique toutefois qu'en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a augmenté le nombre de candidats préqualifiés en vue de favoriser indûment les candidats classés en 7^{ème} et 8^{ème} positions, ni que des concurrents potentiels ont renoncé à déposer leur candidature au vu de la fourchette initialement annoncée. Bien que cette modification a posteriori viole le principe de la transparence, force est de constater que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, elle a avant tout pour conséquence d'ouvrir plus largement le marché à la concurrence et qu'elle n'a porté préjudice ni aux candidats retenus ni au recourant. Dans les circonstances du cas d'espèce, une balance des intérêts en jeu permet d'admettre, exceptionnellement, que l'atteinte au principe de la transparence peut être contrebalancée par l'augmentation de la mise en concurrence et l'absence d'indice d'une violation de l'égalité de traitement. Il convient en premier lieu de tenir compte des caractéristiques du marché à adjuger. On peut toutefois admettre que la réalisation nécessite des groupes d'études disposant d'un bon degré d'aptitude et d'une expérience établie. Les offres à déposer par ces équipes comportant une planification relativement complexe ainsi que des variantes pour l'exécution, cela implique un travail d'évaluation important de la part du pouvoir adjudicateur avant de procéder à l'adjudication. Il est par conséquent justifié que le nombre de candidats appelés à déposer une offre soit limité à ceux dont le mode d'organisation et le système de gestion de la qualité sont les plus compatibles avec ceux du maître de l'ouvrage, ceci afin de réduire au minimum les problèmes de collaboration lorsqu'il s'agira de diriger les travaux.

Décision:

1. Le recours est rejeté. 2. Les frais de procédure (CHF 700.--) sont mis à la charge de la recourante.

Verfügung vom 5. November 1998, BRK 1998-012 (vgl. Endentscheid: 4.2.99)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Aktenherausgabe

Rechtsfrage: In welche Akten kann Einsicht gewährt werden?

Der Präsident der BRK hat

befunden und erwogen:

1. Im Zwischenentscheid vom 28. August 1998 wurde in Ziffer 2 des Dispositivs der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin Frist angesetzt, um sich unter anderem zur Frage der beantragten Aktenherausgabe (Beschwerdeantrag Ziffer 5) zu äussern. Die Vergabestelle hat sich zu diesem Punkt nicht vernehmen lassen. Die Zuschlagsempfängerin hingegen widersetzt sich in ihrer fristgerecht eingegangenen Stellungnahme vom 18. September 1998 ausdrücklich einer Einsichtnahme durch die Beschwerdeführerin in die von ihr eingereichten Unterlagen. Mit Bezug auf alle anderen Unterlagen erhebt sie keine Einwände gegen eine Herausgabe an die Beschwerdeführerinnen. 2. Im Beschwerdeverfahren vor der BRK finden die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) über die Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG) Anwendung, gilt doch die Einschränkung von Art. 26 Abs. 2 BoeB nur für das Verfügungsverfahren. Falls der Aktenherausgabe ein privates oder öffentliches Interesse entgegensteht, ist über die Herausgabe der Akten im Rahmen einer Abwägung der im Spiele stehenden Interessen zu entscheiden. Verfahrensirrelevante Akten und solche Unterlagen, an denen kein Verfahrensbeteiligter Geheimhaltungsinteressen geltend macht, können herausgegeben werden, falls auch keine Drittinteressen als betroffen erscheinen. Nicht herausgegeben werden in der Regel Akten von Beteiligten des Submissionsverfahrens, die nicht in das Beschwerdeverfahren einbezogen wurden. **Generell bleibt bei Verweigerung der Akteneinsicht Art. 28 VwVG vorbehalten, wonach diesfalls zum Nachteil der Partei nur dann auf das Aktenstück abgestellt werden darf, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis gibt und ihr ausserdem die Möglichkeit einräumt, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu nennen. Dokumente, die aus der internen Meinungsbildung der Auftraggeberin für die Vergabe hervorgegangen sind, sind insoweit herauszugeben, als sie für den angefochtenen Entscheid relevant sind. Allgemein fordert der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass verwaltungsinterne Akten einsehbar sind, wenn ihr Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens wesentlich sein könnte.** 3. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen ist wie folgt über die Aktenherausgabe zu entscheiden: a) Die Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin können nicht herausgegeben werden, da sie glaubhaft machen konnte, dass sie Geschäftsgeheimnisse enthalten. Ebensovienig wird die Einsichtnahme in die eingereichten Offertunterlagen der übrigen Submittenten gewährt. Nicht herausgegeben werden dürfen sodann der Namenschlüssel für die Submittenten sowie die weiteren, nachfolgend in Erwägung 3b nicht ausdrücklich erwähnten Akten. Immerhin sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Verweigerung der Akteneinsicht unter dem Vorbehalt von Art. 28 VwVG steht. b) Als unbedenklich können zur Einsicht freigegeben werden: die Beurteilung der Vergabebehörde über die Auswahl der drei Submittenten, mit denen alsdann Verhandlungen geführt wurden, die „Checkliste zum Beurteilungsblatt der Offerten WK-ML“, die Einladungsschreiben für Verhandlungen an die drei dafür ausgewählten Submittenten, die Protokolle betreffend die durchgeführten Verhandlungen, die Unterlagen der Vergabebehörde über die „2. Evaluationsrunde“, sowie die „Zusammenstellung der Kosten z.H.d. Beschwerdekommision“. **Soweit erforderlich werden die in diesen Dokumenten aufgeführten Namen vor der Herausgabe abgedeckt.** 4. Den Beschwerdeführerinnen wird die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 27. November 1998 eine schriftliche Replik einzureichen. Diese Frist ist angesichts der gewährten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und der damit verbundenen Dringlichkeit des Beschwerdeverfahrens nicht erstreckbar.

und verfügt:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, und es werden ihnen die in Erwägung 3b dieser Verfügung genannten Akten in Kopie zugestellt. 2. Den Beschwerdeführerinnen wird eine nicht verlängerbare Frist zum Einreichen einer schriftlichen Replik bis zum 27. November 1998 angesetzt. Im Säumnisfall wird aufgrund der Akten entschieden. 3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheids befunden. 4. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 9. Dezember 1998, BRK 009/1998 (vgl. 010/1998)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren)

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 25. April 1997 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für die Erweiterung und Sanierung von Gebäuden. Die Teilnehmerauswahl für den Baukostenplan 245 (Klimaanlagen), mit der neun Firmen zur Angebotseinreichung eingeladen wurden, wurde im SHAB vom 18. August 1997 veröffentlicht. Um den hohen Anforderungen im Präzisionslaborbereich entsprechend Rechnung zu tragen, hat sich die Vergabestelle entschlossen, den selektionierten Firmen die Möglichkeit zu geben, neben einer Grundvariante, bei der es den Anbieterinnen freistand, für die Klimaanlagen von ihnen gewählte Geräte und Produkte vorzuschlagen, auch eine Offerte einzureichen, bei der verschiedene Fabrikate von der Auftraggeberin vorbestimmt waren (sog. Fabrikatvariante). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war bei der Fabrikatvariante u.a. das Lüftungsgerät der Firma 7-Air zwingend zu berücksichtigen. Von den selektionierten Firmen reichten neben der Beschwerdeführerin noch vier weitere Unternehmen ein Angebot ein. Im vorliegenden Fall haben alle Anbieterinnen sowohl eine Grundvariante als auch eine Fabrikatvariante eingereicht. Die berücksichtigte Anbieterin hat in ihrer Grundvariante das Monobloc-Gerät der Firma Orion offeriert und die Beschwerdeführerin das 7-Air-Lüftungsgerät. Es ist ferner unbestritten, dass im Zeitpunkt der Offerteingabe die technischen Angaben für das Orion-Gerät lückenhaft waren und nicht in der gemäss den Ausschreibungsunterlagen verlangten Detaillierung vorlagen. Der Zuschlag vom 23. Juni 1998 wurde im SHAB vom 9. Juli 1998 publiziert. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin datiert vom 25. Juni 1998. **B.** Gegen den Zuschlag wurde mit Eingabe vom 20. Juli 1998 Beschwerde bei der BRK erhoben.

Rechtsfragen:

Darf verlangt werden, dass in einer Variante ein bestimmtes Gerät zwingend berücksichtigt werden muss (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zu den technischen Spezifikationen: Aus den vorliegenden Akten geht hervor, dass die Ausschreibungsunterlagen in enger Zusammenarbeit zwischen der Vergabestelle beauftragten Spezialingenieur und der Firma 7-Air ausgearbeitet wurden. Es ist somit davon auszugehen, dass letztere genau wusste, welche Unterlagen verlangt würden und über die nötige Zeit verfügte, eine umfassende technische Dokumentation zu erarbeiten. Für die Wahrung des fairen Wettbewerbs hätte sich der Vergabebehörde die Möglichkeit geboten, entweder die Anbieterinnen von Produkten der Firma 7-Air auszuschliessen oder die Anbieterinnen des Orion-Gerätes aufzufordern, ihr Angebot binnen einer bestimmten Frist zu ergänzen. Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass sich die enge Zusammenarbeit zwischen dem Ingenieurbüro und der Firma 7-Air nachteilig auf die berücksichtigte Anbieterin bzw. ihr „Orion-Angebot“ ausgewirkt hat. Auch mit Blick auf die staatsvertragliche Regelung von Art. VI Ziff. 4 GPA - die den Vergabebehörden verbietet, in einer den Wettbewerb ausschaltenden Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einzuholen oder anzunehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können - erweist sich die enge Zusammenarbeit in Bezug auf die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zwischen dem von der Vergabebehörde beauftragten Ingenieurbüro und der Herstellerfirma 7-Air als nicht unproblematisch. Diesen heiklen Punkt konnte die Vergabestelle jedoch nicht dadurch umgehen, dass es der berücksichtigten Anbieterin ermöglichte, ihre Grundvariante bezüglich des Orion-Gerätes zu vervollständigen. War die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf das Fabrikat der Firma 7-Air vorgespurt, war es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug des Orion-Gerätes in die Beschaffung einseitig, d.h. nur zugunsten der Zuschlagsempfängerin, zu berücksichtigen. Denn diejenigen Anbieterinnen, die sich an die Offertvorgaben hielten und wie die Beschwerdeführerin ausschliesslich das 7-Air-Gerät anboten, weil die verlangten Gerätespezifikationen von der Firma Orion nicht beizubringen waren, wurden durch ihr „korrektes Offertverhalten“ gegenüber der berücksichtigten Anbieterin massgeblich benachteiligt. Daran vermag nichts zu ändern, dass nur diese in ihrer Grundofferte ausschliesslich das Lüftungsgerät der Firma Orion vorschlug. Denn es ist nicht nur denkbar, sondern der Rekurskommission aus einem weiteren Beschwerdeverfahren gegen die zu beurteilende Beschaffung sogar bekannt, dass zumindest eine Anbieterin auf die Offerte des Orion-Apparates verzichtet hat, weil die verlangten Gerätespezifikationen von dieser Firma nicht beizubringen waren. Um dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs genüge zu tun, hätte die Vergabebehörde allen Anbieterinnen mitteilen müssen, dass sie das Orion-Gerät als den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls entsprechend ansehe und es ihnen freistehe, im Rahmen einer allfälligen Zusatzofferte diesen Apparat anzubieten.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, und es wird festgestellt, dass die publizierte Zuschlagsverfügung insofern Bundesrecht verletzt, als sie in Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter zustande gekommen ist. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigung.

Entscheid vom 9. Dezember 1998, BRK 010/1998 (vgl. 009/1998)

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 25. April 1997 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für die Erweiterung und Sanierung von Gebäuden. Die Teilnehmerauswahl für den Baukostenplan 245 (Klimaanlagen), mit der neun Firmen zur Angebotseinreichung eingeladen wurden, wurde im SHAB vom 18. August 1997 veröffentlicht. Um den hohen Anforderungen im Präzisionslaborbereich entsprechend Rechnung zu tragen, hat sich die Vergabestelle entschlossen, den selektionierten Firmen die Möglichkeit zu geben, neben einer Grundvariante, bei der es den Anbieterinnen freistand, für die Klimaanlagen von ihnen gewählte Geräte und Produkte vorzuschlagen, auch eine Offerte einzureichen, bei der verschiedene Fabrikate von der Auftraggeberin vorbestimmt waren (sog. Fabrikatvariante). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war bei der Fabrikatvariante u.a. das Lüftungsgerät der Firma 7-Air zwingend zu berücksichtigen. Von den selektionierten Firmen reichten neben der Beschwerdeführerin noch vier weitere Unternehmen ein Angebot ein. Im vorliegenden Fall haben alle Anbieterinnen sowohl eine Grundvariante als auch eine Fabrikatvariante eingereicht. Die berücksichtigte Anbieterin hat in ihrer Grundvariante das Monobloc-Gerät der Firma Orion offeriert und die Beschwerdeführerin das 7-Air-Lüftungsgerät. Es ist ferner unbestritten, dass im Zeitpunkt der Offerteingabe die technischen Angaben für das Orion-Gerät lückenhaft waren und nicht in der gemäss den Ausschreibungsunterlagen verlangten Detaillierung vorlagen. Der Zuschlag vom 23. Juni 1998 wurde im SHAB vom 9. Juli 1998 publiziert. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin datiert vom 25. Juni 1998. **B.** Gegen den Zuschlag wurde mit Eingabe vom 20. Juli 1998 Beschwerde bei der BRK erhoben. Es werden gravierende Vergabefehler gerügt v. a., dass die berücksichtigte Anbieterin vom Verfahren ausgeschlossen hätte werden müssen und dass in deren Angebot das Monobloc-Fabrikat der Firma Orion enthalten sei, ohne dass jedoch im Zeitpunkt der Angebotseinreichung die diesbezüglichen technischen Angaben hätten vorgewiesen werden können.

Rechtsfragen:

Darf verlangt werden, dass in einer Variante ein bestimmtes Gerät zwingend berücksichtigt werden muss (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zu den technischen Spezifikationen: Aus den vorliegenden Akten geht hervor, dass die Ausschreibungsunterlagen in enger Zusammenarbeit zwischen der Vergabestelle beauftragten Spezialingenieur und der Firma 7-Air ausgearbeitet wurden. Es ist somit davon auszugehen, dass letztere genau wusste, welche Unterlagen verlangt würden und über die nötige Zeit verfügte, eine umfassende technische Dokumentation zu erarbeiten. Für die Wahrung des fairen Wettbewerbs hätte sich der Vergabebehörde die Möglichkeit geboten, entweder die Anbieterinnen von Produkten der Firma 7-Air auszuschliessen oder die Anbieterinnen des Orion-Gerätes aufzufordern, ihr Angebot binnen einer bestimmten Frist zu ergänzen. Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass sich die enge Zusammenarbeit zwischen dem Ingenieurbüro und der Firma 7-Air nachteilig auf die berücksichtigte Anbieterin bzw. ihr „Orion-Angebot“ auswirkt hat. Auch mit Blick auf die staatsvertragliche Regelung von Art. VI Ziff. 4 GPA - die den Vergabebehörden verbietet, in einer den Wettbewerb ausschaltenden Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einzuholen oder anzunehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können - erweist sich die enge Zusammenarbeit in Bezug auf die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zwischen dem von der Vergabebehörde beauftragten Ingenieurbüro und der Herstellerfirma 7-Air als nicht unproblematisch. **Diesen heiklen Punkt konnte die Vergabestelle jedoch nicht dadurch umgehen, dass es der berücksichtigten Anbieterin ermöglichte, ihre Grundvariante bezüglich des Orion-Gerätes zu vervollständigen. War die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf das Fabrikat der Firma 7-Air vorgespurt, war es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug des Orion-Gerätes in die Beschaffung einseitig, d.h. nur zugunsten der Zuschlagsempfängerin, zu berücksichtigen. Denn diejenigen Anbieterinnen, die sich an die Offertvorgaben hielten und wie die Beschwerdeführerin ausschliesslich das 7-Air-Gerät anboten, weil die verlangten Gerätespezifikationen von der Firma Orion nicht beizubringen waren, wurden durch ihr „korrektes Offertverhalten“ gegenüber der berücksichtigten Anbieterin massgeblich benachteiligt. Um dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs Genüge zu tun, hätte die Vergabebehörde allen Anbieterinnen mitteilen müssen, dass sie das Orion-Gerät als den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls entsprechend ansehe und es ihnen freistehe, im Rahmen einer allfälligen Zusatzofferte diesen Apparat anzubieten.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, und es wird festgestellt, dass die publizierte Zuschlagsverfügung insofern Bundesrecht verletzt, als sie in Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB) zustande gekommen ist. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Es werden keine Parteientschädigung zugesprochen.

Entscheid vom 4. Februar 1999, BRK 1998-012 (vgl. Verfügung vom 5.11.98)

Regeste: Nichtberücksichtigung einer Offerte im offenen Verfahren. Eignungskriterien. Verhandlungen.

Sachverhalt:

A. Mit Publikation im SHAB vom 2. Dezember 1997 schrieb die Vergabestelle die «Wirkungskontrolle der Moorlandschaften von nationaler Bedeutung» im offenen Verfahren aus. Grundlage und Anlass dieser Ausschreibung waren die Schutzbestimmungen, die seit Januar 1996 gelten und unter anderem die Einführung einer Wirkungskontrolle verlangen. 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 folgenden Kriterien am besten erfülle: Sicherstellung der Leistungen gemäss Pflichtenheft / Disposition der Projektleitung / Effizienz / Kosten (Wirtschaftlichkeit) / Verfügbarkeit von fachlich ausgewiesenen Mitarbeitern für das Projekt. Die Ausschreibung präziserte, dass keine Verhandlungen geführt würden. Mit Verfügung vom 3. Juli 1998 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag, der im SHAB 10. Juli 1998 veröffentlicht wurde. **B.** Mit Eingabe vom 30. Juli 1998 erhebt die Beschwerdeführerin Beschwerde an die BRK.

Rechtsfragen:

1. Muss auch im offenen Verfahren immer eine selbstständige Eignungsprüfung erfolgen? 2. Unter welchen Voraussetzungen darf verhandelt werden und mit wem?

Erwägungen:

1. Eigenständige Eignungsprüfung (Erw. 2): Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hat die Vergabestelle eine «Checkliste», ein besonderes «Offertbeurteilungs-Formular» abgefasst, und einen Bericht über die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens verfasst. Dieser Bericht reicht von einer stichwortartigen Beschreibung der «Eckdaten» der Submission bis zu den Kosten des ganzen Vergabegeschäfts. Er umschreibt ferner in Stichworten auch das Vorgehen der Vergabebehörde vom Eingang der Offerten bis zum Zuschlag. Unter dem Titel «Formulare zur Evaluation» erwähnt er auch ein «Beurteilungsblatt Teil I (Eignung)». Bei diesen «Formularen zur Evaluation» handelt es sich offensichtlich um die «Offertbeurteilungs-Formulare», die sich aber entgegen der diesbezüglichen Erwähnung im Bericht nicht mit der Eignung der Anbieterinnen, sondern mit den Zuschlagskriterien befassen. Das BoeB 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. 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. Aus den von der Vergabestelle vorgelegten Unterlagen ist jedoch nicht ersichtlich bzw. nicht aktenmässig nachvollziehbar, ob die Eignung der Submittenten anhand der publizierten Eignungskriterien (im Einzelnen) geprüft worden ist.

2. Verhandlungen (Erw. 3): Eine Ziffer des Ausschreibungstextes lautet: «Verhandlungen: werden keine geführt». Die Vergabestelle hat gleichwohl mit den drei gemäss seiner «Schlussbewertung» bestplatzierten Submittenten Verhandlungen geführt. Es begründet dieses Vorgehen mit einem Hinweis darauf, dass kein Angebot als das günstigste erschien. 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 lit. b BoeB. Denn ein Ausschluss lediglich von diesen Verhandlungen 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 die Vergabestelle angesichts des Umfangs und der Unbestimmtheit der vorliegenden Leistung überhaupt wirksam auf Verhandlungen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. b BoeB verzichten konnte. Wie es sich damit verhält, braucht vorliegend nicht weiter untersucht zu werden, da die angefochtene Zuschlagsverfügung wegen des erfolgten Ausschlusses der Beschwerdeführerin von den Verhandlungen ohnehin aufzuheben ist. Die Vergabestellen haben sicherzustellen, dass die Ablehnung von Teilnehmern an den Verhandlungen im Einklang mit den Kriterien der Bekanntmachungen oder der Vergabeunterlagen erfolgt. 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. Aus diesem Grund ist erst recht nicht verständlich, weshalb die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer «knappen fachlichen Auseinandersetzung» von den Verhandlungen ausgeschlossen worden ist.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Zuschlag aufgehoben. 2. Das Vergabeverfahren ist gemäss den Erwägungen zu wiederholen. 3. Keine Verfahrenskosten 4. Parteientschädigung von CHF 5'000.--.

Entscheid vom 3. März 1999, BRK 1998-001

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Beschwerderückzug; Parteientschädigung

Befunden und erwogen:

1. Die Vergabestelle schrieb Arbeiten im SHAB vom 25. April 1997 im selektiven Verfahren aus. Für die Vornahme der speziellen Gipsarbeiten wurden 14 Anbieter selektioniert, darunter die Zuschlagsempfängerin und Beschwerdeführerin, was im SHAB vom 24. März 1998 veröffentlicht wurde. Die Beschwerdeführerin reichte ihr Angebot am 20. November 1998 ein. Am 14. Dezember 1998 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag (Publikation SHAB am 17. Dezember 1998). Gegen diesen Vergabeentscheid erhebt die Beschwerdeführerin, mit Eingabe vom 5. Januar 1999 Beschwerde. Sie beantragt, der angefochtene Vergabeentscheid sei aufzuheben und das Vergabestelle anzuweisen, den Zuschlag für die speziellen Gipsarbeiten an die Beschwerdeführerin gemäss deren Angebot vom 20. November 1998 zu erteilen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In seiner Stellungnahme vom 22. Januar 1999 äussert sich die Vergabestelle sowohl zum Gesuch um aufschiebende Wirkung wie auch zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin. Sie beantragt die Abweisung von Gesuch und Beschwerde. In der Stellungnahme teilt sie – unter Beilage des entsprechenden Vertrages – mit, der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin sei am 14. Dezember 1998 abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 1. Februar 1999 teilt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin der BRK mit, er stelle aufgrund der Vernehmlassung fest, dass dieses den Werkvertrag bereits am 14. Dezember 1998 abgeschlossen habe und dass die speziellen Gipsarbeiten schon in Angriff genommen worden seien. Der Zuschlag sei übrigens erst drei Tage später, am 17. Dezember 1998, im SHAB bekannt gegeben worden. In Anbetracht dieser Situation mache eine Aufrechterhaltung der Submissionsbeschwerde (zwecks blosser Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit des Zuschlages) keinen Sinn, weshalb er diese zurückziehe. Er erlaube sich immerhin den höflichen Hinweis, dass es im Hinblick auf die Durchsetzung der Submissionsbestimmungen grundsätzlich unbefriedigend sei, wenn Werkverträge noch vor der Rechtskraft des Vergabeentscheides abgeschlossen würden. Bedauerlich sei auch, dass das Bundesamt nicht von allem Anfang an klar gestellt habe, dass es den Werkvertrag schon abgeschlossen habe. Wenn die Beschwerdeführerin darum gewusst hätte, hätte sie sich die Beschwerde sicher erspart. In Anbetracht dieser Situation sei davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund des Verhaltens der Vergabestelle in guten Treuen zur Beschwerdeerhebung veranlasst gesehen habe. Darum könne ihr eine Parteientschädigung zugesprochen werden. Der Präsident der BRK wies den Vertreter der Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit hin, eine Kostennote einzureichen, während er dem Bundesamt Gelegenheit gab, sich zum Begehren um Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu äussern. Der Vertreter der Beschwerdeführerin reichte am 8. Februar 1999 seine Kostennote ein, lautend auf total Fr. 1'951.--. Das Bundesamt hielt mit Eingabe vom 11. Februar 1999 fest, der Entscheid, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung habe, stehe im Ermessen der BRK. Es werde aber noch einmal darauf hingewiesen, dass die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte und unter diesen Umständen – wenn überhaupt – nur eine reduzierte Parteientschädigung ausgerichtet werden könne. 2. Der von der Beschwerdeführerin erklärte Rückzug der Beschwerde hat zur Folge, dass das Verfahren vor der BRK als erledigt abzuschreiben ist, ohne dass die in der Sache ins Recht gelegten Ansprüche und Verpflichtungen weiter zu prüfen wären. Für das Beschwerdeverfahren sind bei diesem Verfahrensausgang keine Kosten zu erheben. Die begehrte Zusprechung einer Parteientschädigung an die Vergabestelle als verfügende Bundesbehörde kommt von vornherein und ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens nicht in Betracht. Eine Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin ist an sich nur bei ganzem oder teilweise Obsiegen zuzusprechen. Indes können die Kosten verhältnismässig verteilt werden, wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen konnte. Die Beschwerdeführerin konnte sich einerseits auf die rechtskräftige und veröffentlichte Rechtsprechung der BRK verlassen, gemäss welcher der Abschluss des Vertrages mit dem Anbieter vor Ablauf der Beschwerdefrist und erst recht vor Eröffnung des Zuschlages grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich ausserordentlicher Dringlichkeit, unzulässig ist. Andererseits musste sie nicht damit rechnen, dass sich ein Bundesamt über die erwähnte Praxis eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts hinwegsetzt und auf diese Weise das demokratische Prinzip der Gewaltenteilung verletzt. Von einer besonderen Dringlichkeit und einer eigentlichen Zwangslage zur sofortigen Unterzeichnung des Vertrages kann vorliegend nicht die Rede sein. Dies geht bereits daraus hervor, dass im Vertrag als Termin für die Ausführung der Gipsarbeiten Mai bis Juni 1999 genannt wird. Nach der Publikation des Zuschlages im SHAB vom 17. Dezember 1998 wäre die BRK in Lage gewesen, Ende Januar 1999 über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden, so dass es im Falle einer Abweisung des Gesuches zu einer nur sehr unbedeutenden Verzögerung beim Vertragsschluss gekommen wäre. Abgesehen davon darf auf die Dringlichkeit einer Beschaffung in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen (unzureichenden) Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist.

erkannt:

1. Das Verfahren wird als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschlossen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 900.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.

Entscheid vom 19. Juli 1999, BRK 1999-005

Regeste: Einladungsverfahren, Beschwerdemöglichkeiten, aufschiebende Wirkung

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle führte für die Vergabe des Generalplanerauftrages für die Kanzleierweiterung der Schweizer Botschaft in Peking ein Einladungsverfahren durch. Zur Offertstellung eingeladen wurden zwei Planungsbüros. Der Auftrag wurde zu einem Pauschalpreis von Fr. 375'597.– vergeben; der Pauschalpreis der Beschwerdeführerin betrug Fr. 406'500.–. Sie wurde vom negativen Entscheid mit Schreiben vom 21. April 1999 in Kenntnis gesetzt. Deren Rechtsvertreter bat darauf am 30. April 1999 um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Am 4. Mai 1999 antwortete die Vergabestelle, dass sein Vergabeentscheid keine anfechtbare Verfügung sei, so dass es der Arbeitsgemeinschaft keine beschwerdefähige Verfügung zustellen könne. In der Tat würden Arbeiten und Dienstleistungsaufträge für Botschaften in der Regel direkt oder im Einladungsverfahren vergeben. Die Sicherheit von Botschaftsangehörigen und ihren Familien verlange, dass Bau- und Dienstleistungen nicht nach den Bestimmungen des BoeB vergeben würden. Sie würden im freihändigen Verfahren vergeben. Wenn es die Umstände erlaubten, würden jedoch zwei oder drei Anbieter eingeladen, ein Angebot einzureichen. **B.** Dagegen erhebt die nicht berücksichtigte Anbieterin bei der „Vergabestelle, Rekurskommission“ Beschwerde. Zur Begründung führt sie insbesondere aus, die Voraussetzungen für ein freihändiges Verfahren im Sinne von Art. 16 BoeB seien gemäss Art. 13 VoeB offensichtlich nicht gegeben. Es liege keine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BoeB vor, sei doch nicht ersichtlich, inwieweit die angerufene Sicherheit von Botschaftsangehörigen und ihren Familien durch die Beobachtung der gesetzlichen Vergabeverfahren, beispielsweise des selektiven Verfahrens, gefährdet werden könnte. Die Vergabestelle übermittelte die bei ihm eingereichte Beschwerde der BRK. Im Begleitschreiben stellte es sich auf den Standpunkt, der Zuschlag sei keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 29 BoeB, wenn der Auftrag im Einladungsverfahren vergeben werde. Es sei der Ansicht, die BRK könne auf die Beschwerde nicht eintreten. Die Beschwerdeführerin hätte eine Aufsichtsbeschwerde einreichen müssen. Zur beantragten aufschiebenden Wirkung führt die Vergabestelle aus, der Vertrag sei am 20. April 1999 und die Ausführungsplanung sei praktisch abgeschlossen worden.

Rechtsfragen:

1. Kann die vergabewidrige Wahl des Einladungsverfahrens gerügt werden? 2. Wann kann die sogenannte „Sicherheits-Ausnahmeklausel“ angerufen werden?

Erwägungen:

1. Zur Zuständigkeit (Erw. 1): Die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf eine dem BoeB unterstehende Verfahrensart und eine entsprechende öffentliche Ausschreibung verzichtet worden ist, kann nicht gänzlich der Rechtskontrolle entgehen. Denn die Vergabebehörde hätte es ansonsten in der Hand, eine richterliche Kontrolle durch blosser Berufung auf einen Ausnahmetatbestand (Art. 3 Abs. 2 BoeB) nach eigenem Ermessen zu umgehen. Eine solche Auslegung kann nicht Sinn und Zweck des Gesetzes und staatsvertraglicher Verpflichtung entsprechen. Wird gerügt, es sei eine falsche Verfahrensart gewählt und gerade zu Unrecht keine öffentliche Ausschreibung durchgeführt worden, da die Voraussetzungen für das freihändige Verfahren bzw. das Einladungsverfahren nicht vorgelegen hätten, so muss diese Frage vielmehr in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen durch Umgehung der Vorschriften über das anzuwendende Vergabeverfahren ausgehöhlt würde. Die Vergabebehörde trägt mit der Wahl des Einladungs- bzw. des freihändigen Verfahrens ihrerseits das Risiko, dass eine selbständig anfechtbare Verfügung grundsätzlich eben erst mit dem Zuschlag ergeht und die gewählte Verfahrensart somit noch in einem späten Verfahrensstadium in Frage gestellt werden kann. **2. „Sicherheitsklausel“** (Erw. 2): Eine Ausnahmemassnahme zum Schutze der (...) öffentlichen Sicherheit darf nicht ungerechtfertigt diskriminierend oder versteckt protektionistisch sein, und muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und die den Umständen entsprechend am wenigsten einschneidende Massnahme darstellen. Die Vergabestelle hat in keiner Weise dargelegt und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Sicherheit der Botschaftsangehörigen (und ihrer Familien) bzw. die Pflicht zur Wahrung des vertraulichen Charakters von Informationen im Rahmen der Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung eines Beschaffungsgeschäfts der vorliegenden Art in Frage gestellt wäre. Die Möglichkeit der Vergabestelle, im Rahmen der Eignungsprüfung – z.B. eines selektiven Verfahrens – die Anbieter daraufhin zu untersuchen, ob sie in der Lage sind, den im nationalen Interesse an die Vertraulichkeit und die Sicherheit zu stellenden Anforderungen bei Beschaffungsgeschäften im Zusammenhang mit Auslandsvertretungen Genüge zu tun, kann in gleichem Masse erfolgen, ob das betreffende Beschaffungsgeschäft nun ausgeschrieben wird oder nicht. Diese Abklärungen hängen also nicht von der Frage der Ausschreibung eines Beschaffungsgeschäfts ab, und vermögen daher den Verzicht auf ein Vergabeverfahren mit öffentlicher Ausschreibung nicht zu rechtfertigen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und festgestellt, dass die im vorliegenden Fall getroffene Wahl des Einladungsverfahrens und der Nichtanwendung des Gesetzes Bundesrecht verletzt hat. 2. Verfahrenskosten werden keine erhoben. 3. Der Beschwerdeführerin sind CHF 1'600.— Parteientschädigung zu entrichten.

Entscheid vom 22. Juli 1999, BRK 1999-006 (vgl. Endentscheid vom 3.09.99)

Regeste: Zuschlag im selektiven Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 4. Juni 1999 schlug die Vergabestelle den Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr (VEG) für Batterien und Akkumulatoren der X bzw. der noch zu gründenden Genossenschaft Y zu. Zu diesem Dienstleistungsauftrag gehörte gemäss der Ausschreibung im SHAB vom 11. November 1998 ausserdem die Erstellung eines flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes, die Beschaffung von Daten über den Kreislauf von Batterien und Akkumulatoren sowie weitere Aufgaben nach Anhang der Stoffverordnung. Das vorliegende Beschaffungsgeschäft wurde im selektiven Verfahren durchgeführt. In der Präqualifikationsverfügung vom 27. Januar 1999 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass sie die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung erfülle und daher zur Offerteinreichung eingeladen werde. In der Verfügung vom 4. Juni 1999 teilte die Vergabestelle ihr aber mit, ihr Angebot sei „insbesondere aus folgenden (zwei) Gründen“ nicht berücksichtigt worden (zusammenfassend): Die Beschwerdeführerin habe zwar erstens das „kostengünstigste Angebot“ eingereicht, doch sei sie von „sehr optimistischen Annahmen“ ausgegangen. Zweitens betrachte die Vergabestelle „Kenntnisse des Batteriemarktes als unabdingbar“, um den Auftrag kompetent und selbständig ausführen zu können. Gemäss ihrer Offerte gedenke die Beschwerdeführerin den Auftrag ohne fachliche Begleitung durch Experten oder die betroffene Branche abzuwickeln; zumindest seien dafür in der Offerte keine finanziellen Mittel vorgesehen. „Unseres Wissens verfügt die X auch über kein Beziehungsnetz zu den wichtigsten Partnern der von der VEG betroffenen Branchen, mit dessen Hilfe die fehlenden Detailkenntnisse des Marktes teilweise kompensiert werden könnten.“ **B.** Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Voraussetzungen für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. 2. Akteneinsichtsrecht.

Erwägungen:

1. Zur aufschiebenden Wirkung (Erw. 2 f.): Die für das einzelne Vergabegeschäft massgeblichen Zuschlagskriterien sind von der Vergabebehörde für jedes einzelne Beschaffungsgeschäft neu festzulegen, sowie obligatorisch und umfassend bekanntzugeben. Dabei ist es Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter mit ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen. Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien und Unterkriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein, wobei trotzdem noch ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt. Bei der Frage der von der Beschwerdeführerin verlangten Kenntnisse des Batteriemarktes scheint es sich tatsächlich um Eignungs- und nicht um Zuschlagskriterien zu handeln. Denn die hier strittigen Kenntnisse betreffen die Beschwerdeführerin selbst und nicht deren Angebot; es geht hier letztlich um die „technische Leistungsfähigkeit“. Die Vergabestelle hat denn auch in der Ausschreibung vom 11. November 1998 „Kenntnisse im Bereich des Abfall-Entsorgungswesens“ als Eignungskriterium angeführt. Dann dürfen die hier strittigen Kenntnissen des Batteriemarktes beim hier in Frage stehenden Zuschlag keine Rolle mehr spielen. Denn die Eignung der Anbieter ist im Rahmen der Präselektion abschliessend zu beurteilen und darf bei der Zuschlagserteilung nicht erneut ins Gewicht fallen; vielmehr gelten alle präselektionierten Anbieter als geeignet und es ist unzulässig, einem präqualifizierten Anbieter den Zuschlag wegen minderer Eignung zu verweigern. Nachdem ein Element in der Beurteilung des Preis-/Leistungsverhältnisses der beiden Angebote nicht berücksichtigt werden durfte, stellt sich die Frage, ob das Angebot der X ohne Ermessensfehler noch immer als dasjenige mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis angesehen werden durfte, was jedenfalls nicht ohne weiteres bejaht werden kann. Aufgrund der erfolgten prima facie-Würdigung kann daher nicht gesagt werden, die Beschwerde sei materiell aussichtslos. Schliesslich hat die Vergabebehörde, die sich zwecks Vermeidung des Suspensiveffektes auf Dringlichkeit berufen will, die einzelnen Tatbestandselemente (unvorhersehbare Dringlichkeit, fehlendes Selbstverschulden) zu begründen und – soweit möglich – zu belegen. **2. Zur Akteneinsicht** (Erw. 5): Es besteht auch für das Verfahren vor der BRK ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten. Die Offerte der Beschwerdeführerin und die Vergleichstabelle mit Daten der Beschwerdeführerin können – vorläufig wenigstens – aufgrund des vorrangigen Geheimhaltungsinteresses der Beschwerdeführerin nicht herausgegeben werden. Vorbehalten bleibt eine allfällige teilweise Kenntnissgabe des Inhalts dieser Dokumente anlässlich der Instruktionsverhandlung.

Entscheid:

1. Der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung zuerkannt. 2. Es wird eine Instruktions- und Beweisverhandlung angesetzt, wo die Parteien Gelegenheit zur Replik und Duplik erhalten werden. 3. Dem Akteneinsichtsgesuch wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen. 4. Über Kosten- und Entschädigung wird im Endentscheides befunden.

Décision du 16 août 1999, CRM 1999-002

Regeste: un marché public de travaux; adjudication dans une procédure ouverte;

En fait:

A. Le 24 novembre 1997, le pouvoir adjudicateur a publié dans la FOOSC un appel d'offres en procédure ouverte pour des travaux de construction. **B.** Selon la documentation relative à l'appel d'offres, les critères d'adjudication, formulés dans leur ordre d'importance, étaient: rapport qualité/prix; délai de livraison des fournitures; capacité du soumissionnaire. Les moyens de preuve de l'aptitude mentionnés exigeaient des soumissionnaires qu'ils fournissent des informations sur l'organisation de leur entreprise, l'effectif de leur personnel, les références ainsi que les noms des associés et des principaux sous-traitants; la possibilité de demander une garantie financière à l'adjudicataire était réservée aussi. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur exigeait le respect des conditions de travail, celui des règles relatives à la protection des travailleurs ainsi que l'égalité de traitement salariale entre hommes et femmes pour les prestations fournies en Suisse. Selon la documentation relative à l'appel d'offres, la date limite de dépôt des offres était fixée au 11 décembre 1998. L'appel d'offres autorisait le dépôt d'offres par des consortia et réservait la possibilité de négociations. **C.** L'ouverture des offres a eu lieu le 15 décembre 1998. Après analyse des sept offres déposées dans un rapport d'évaluation du 31 décembre 1998, le pouvoir adjudicateur a déterminé que seules les offres utilisant un parquet de marque Hamberger répondaient aux spécifications techniques prévues dans le cahier des charges. Seules trois soumissionnaires entraient en ligne de compte sur cette base. **D.** Par une décision du 8 février 1999, publiée dans la FOOSC du 12 février 1999, l'adjudicatrice a adjugé le marché à l'adjudicataire. **E.** Le 26 février 1999 la recourante a formé recours contre la décision d'adjudication. En l'espèce, alors que le soumissionnaire évincé est un consortium formé de x SA et de y SA, le recours a été déposé par la seule x SA, agissant en son propre nom. Bien qu'elle ait déclaré ne pas vouloir se joindre au recours, y a par ailleurs confirmé qu'elle restait partie au consortium et qu'elle réaliserait le marché avec x si celui-ci devait leur être adjugé.

Questions juridiques:

1. Droit de recourir d'un membre d'une société simple? 2. Une entente illicite? 3. La rôle de l'aptitude financière?

En droit:

1. Droit de recourir (cons. 1 f.): En l'espèce, x SA dispose, seule, d'un intérêt suffisant car la décision contestée prive le consortium auquel elle participe de l'adjudication du marché. X SA n'a pas indiqué recourir expressément au nom du consortium, mais agit uniquement en son propre nom, de sorte qu'il serait excessif d'exiger qu'elle fournisse une procuration signée de y par laquelle celle-ci se joindrait au recours. Il suffit d'observer qu'une acceptation du recours bénéficierait au consortium et que y a déclaré vouloir maintenir le consortium et être prête à exécuter le marché avec x SA en cas d'admission du recours. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur considère que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection car elle ne peut obtenir aucun bénéfice du recours. Même si le recours était admis, le marché ne pourrait être attribué à x SA, mais devrait l'être à z qui a remis une offre plus avantageuse. Une telle argumentation ne saurait être suivie. Z, bien que soumissionnaire, n'a pas recouru dans les délais contre l'adjudication du marché à l'adjudicataire. En conséquence, la décision d'adjudication est devenue définitive à son égard et ne saurait être remise en cause. Une annulation de l'adjudication accompagnée d'instructions impératives à l'attention du pouvoir adjudicateur ferait par contre renaître les chances de X SA. La Commission de céans pourrait même attribuer directement le marché à la recourante. **2. Entente illicite** (cons. 3): Il faut toutefois réserver les cas où un accord soit n'affecterait pas de manière notable la concurrence sur le marché en cause, soit, bien qu'affectant la concurrence, serait justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 Lcart). Lorsque des soumissionnaires concluent des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace, le pouvoir adjudicateur peut, selon le stade auquel l'illégalité est découverte et son impact sur la procédure de passation en cours, exclure les soumissionnaires en cause de la procédure de passation et continuer la procédure avec les soumissionnaires non parties à l'entente, interrompre la procédure de passation et lancer un nouvel appel d'offres, ou révoquer l'adjudication. L'adjudication du marché à l'adjudicataire, qui incorporait la sous-traitance illicite, est illégale et doit être annulée déjà pour cette raison. **3. L'aptitude financière** (cons. 4): La capacité financière relève des critères d'aptitude qui doivent faire l'objet d'une publication dans l'appel d'offres ou la documentation relative à l'appel d'offres. Il découle du principe général de transparence des procédures de passation une obligation de publication suffisante des critères d'aptitude financière et des moyens de preuve demandés à cet égard. En l'espèce, le seul critère d'aptitude financière figurait dans la documentation relative à l'appel d'offres, au troisième et dernier rang des critères d'adjudication qui mentionnait de manière générale la capacité du soumissionnaire ("capacità della ditta"). Le pouvoir adjudicateur a violé les règles sur les marchés publics en adjugeant le marché à une offre ayant fait l'objet d'une entente, et en approuvant cette entente, ainsi qu'en n'effectuant pas une évaluation complète de la capacité financière des soumissionnaires.

Décision:

1. Le recours est admis et la décision est annulée. 2. Le marché est adjugé au consortium formé de x SA. 3. Il n'est pas perçu de frais de procédure. 4. Une indemnité à titre de dépens de frs. 3'500.-- est allouée à la recourante.

Entscheid vom 25. August 1999, BRK 1999-004

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle hat im SHAB vom 2. Oktober 1998 die Beschaffung von 1'600 ballistischen Unterziehwesten im offenen Verfahren ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterien wurden (in dieser Reihenfolge) die Funktionalität, der Tragkomfort, die Logistik (Kundenservice), der Preis, der Liefertermin und die Umweltverträglichkeit aufgeführt. Im Pflichtenheft werden die Zuschlagskriterien gemäss SHAB wiederholt. Zudem wird unter dem Titel Beschreibung der Schutzpakete an erster Stelle auf den "ballistischen Schutz" hingewiesen. Es wird dazu ausgeführt, die Schutzpakete hätten der deutschen Schutzklasse I zu entsprechen. Ausserdem sei eine möglichst hohe Reserve der Schutzwirkung (v_{50}) erwünscht und zu belegen. **B.** Gestützt auf diese Ausschreibung und die weiteren Unterlagen reichte neben anderen Anbietern auch die Beschwerdeführerin eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 21. April 1999, publiziert im SHAB vom 30. April 1999, erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an eine Konkurrentin. Zur Begründung wurden die Funktionalität des Produkts sowie die Leistungsfähigkeit des Anbieters angeführt. **C.** Gegen diese Zuschlagsverfügung erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. Mai 1999 Beschwerde. Sie beantragt, es sei ihr und den anderen Anbietern bekanntzugeben, welches die maximal erlaubte Traumatiefe, die verwendete Munition sowie die Geschossgeschwindigkeit sei. Ausserdem seien die Beschüsse mit einer auf diese Bedingungen abgestimmten Weste zu wiederholen. Schliesslich habe in Anbetracht der Komplexität des Produkts und des für eine objektive Beurteilung benötigten Fachwissens eine neutrale Stelle, welche über das nötige Fachwissen im Bereich Schutzwesten sowie im öffentlichen Beschaffungswesen verfüge, die Ausschreibung, die Spezifikation und den Entscheid zu begutachten.

Rechtsfragen:

1. Müssen schusssichere Westen ausgeschrieben werden? 2. Wann ist ein Zuschlagskriterium unklar bzw. irreführend (in concreto: „Funktionalität“)?

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 1): Da Schutzwesten nicht unter den Begriff Kriegsmaterial fallen, ist insbesondere auch der Ausnahmetatbestand von Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB nicht gegeben. **2. Zu den Zuschlagskriterien** (Erw. 2 f.): Die BRK wiederholt ihre Rechtsprechung zu den Zuschlagskriterien (vgl. Entscheid vom 4. Februar 1999) und führt weitergehend aus: Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die in der Ausschreibung publizierten bzw. im zusätzlich abgegebenen Pflichtenheft aufgeführten Zuschlagskriterien sie bei der Abgabe ihrer Offerte irreführt hätten. Sie habe gestützt auf diese Zuschlagskriterien nicht wissen können, dass dem ballistischen Schutz der Westen bei der Vergabe erste Priorität zukommen würde. Aufgrund der von ihr vorgelegten Zertifikate genüge ihr Produkt den von der Auftraggeberin gestellten Anforderungen an den ballistischen Schutz. Unter dem Begriff der „Funktionalität“ muss im Zusammenhang mit einer ballistischen Unterziehweste in erster Linie der Schutz eines künftigen Trägers vor den Folgen eines Beschusses durch Dritte verstanden werden. Eine andere Auslegung ist in diesem Zusammenhang kaum vorstellbar. Wenn somit die Funktionalität der Schutzweste als erstes Zuschlagskriterium gewählt wurde, ist ohne weiteres ersichtlich, dass die Beschaffungsbehörde dem ballistischen Schutz der Weste oberste Priorität zumass. Dies musste auch für die Beschwerdeführerin erkennbar sein. Darüber hinaus wurde im Pflichtenheft ausdrücklich hervorgehoben, dass die Vergabestelle "eine möglichst hohe Reserve der Schutzwirkung (v_{50})" wünsche, wobei diese von den Anbietern zu belegen sei. Schliesslich wurde der "ballistische Schutz" der "Schutzpakete" auch bei der Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes im Pflichtenheft, welches der Beschwerdeführerin zur Verfügung stand, an erster Stelle genannt. Bei dieser Sachlage hätte die Beschwerdeführerin bei sorgfältiger Offertbearbeitung selber feststellen können, dass der ballistische Schutz der Unterziehwesten vor anderen Kriterien Priorität haben würde. Wäre sie dennoch unsicher gewesen, hätte sie eine entsprechende (präzise) Anfrage an die Vergabestelle richten können. Dass sie diese Abklärungen nicht getroffen hat, hat sie sich selbst zuzuschreiben. Auf angeblich unklare oder irreführende Zuschlagskriterien kann sie sich jedenfalls nicht berufen. Die weitere Frage, ob die Vergabestelle überhaupt verpflichtet war, zum voraus bekanntzugeben, dass Beschiessungsversuche mit den Angeboten unternommen würden, kann bei dieser Sachlage offen bleiben. Nachdem gemäss den in den Vorakten dokumentierten Auswertungen des Wissenschaftlichen Forschungsdienstes Zürich das Produkt, welches von der Zuschlagsinhaberin angeboten wurde, über den besseren ballistischen Schutz bzw. über eine geringere Traumatiefe verfügt als jenes der Beschwerdeführerin, ist unter den gegebenen Umständen keine Verletzung des Vergaberechts ersichtlich. Das ausgewählte Konkurrenzprodukt durfte im Lichte der Zuschlagskriterien als das wirtschaftlich günstigere qualifiziert werden, selbst dann, wenn auch das Angebot der Beschwerdeführerin die von der Vergabestelle vorgegebenen Anforderungen noch, bei gewissen Versuchen allerdings nur knapp, erfüllte.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die Zuschlagsverfügung vom 21. April 1999 bestätigt. 2. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 800.-- werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

Décision du 31 août 1999, CRM 1998-014

Regeste: un marché public de fournitures; procédure ouverte; adéquation de l'offre choisie au cahier des charges

En fait:

A. Le pouvoir adjudicateur, entretient un dialogue technique avec la recourante quant aux spécifications techniques nécessaires pour l'achat d'un spectromètre de masse. Ce dialogue technique se déroula sur plusieurs mois. Le 8 octobre 1998, eut lieu une autre visite. **B.** Le 3 novembre 1998, l'adjudicatrice publia dans la FOOSC un appel d'offres en procédure ouverte. **C.** Selon le cahier des charges, le spectromètre de masse devait en particulier être capable d'analyser des composés biologiques de très haut poids moléculaire, comme des protéines, des peptides et des anticorps. L'appel d'offres réservait la possibilité de mener des négociations. **E.** Quatre offres furent déposées dans le délai imposé. Par une décision du 15 décembre 1998, publiée dans la FOOSC du 22 décembre 1998, l'adjudicatrice adjugea le marché. Le 23 décembre 1998, l'adjudicatrice adressa un courrier directement à la recourante en l'informant que son offre n'avait pas été retenue. **F.** Par courrier du 29 décembre 1998, la recourante a formé un recours contre la décision d'adjudication. La recourante considère que le spectromètre LCT, fourni par l'adjudicataire, ne remplit pas certaines des spécifications techniques du cahier des charges. **G.** Dans sa réponse, l'adjudicatrice conclut au rejet du recours. La seule offre qui répondait à toutes les exigences techniques du cahier des charges avait dû être écartée car elle était trop élevée par rapport au cadre financier admis par la direction de l'adjudicatrice. Il souligne que ce sont les deux premiers critères d'adjudication, i.e. l'adéquation de l'offre à ses besoins ainsi que la qualité et la performance de l'équipement requis, qui avaient été déterminants pour la décision d'adjudication. Dans ce cadre, il avait accordé la plus haute priorité à la qualité intrinsèque des mesures (c.-à-d. la plage de mesure de masse, la précision de cette mesure de masse et la limite de détection/sensibilité), plutôt qu'à la variété des options dont l'utilité dépendait nécessairement de la qualité intrinsèque des mesures de masse.

Question de droit:

1. L'offre répond-elle aux conditions d'appel d'offres; 2. Fardeau de preuve; 3. Dialogue technique.

En droit:

1. Correspondance de l'appel d'offre (cons. 1): En règle générale, les offres qui ne correspondent pas aux conditions de l'appel d'offres doivent être écartées. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où, comme dans le cas d'espèce, aucune des offres restant en considération ne remplit entièrement les spécifications techniques du cahier des charges, sans que les divergences par rapport aux exigences du pouvoir adjudicateur ne soient telles que l'objet du marché ne puisse être acquis. Dans un tel cas, la latitude de jugement du pouvoir adjudicateur lui permet de donner la priorité aux spécifications techniques permettant de remplir la tâche de base à laquelle sera assigné l'objet du marché par rapport aux autres spécifications qui constituent des options supplémentaires non indispensables. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur s'est concentré sur les spécifications techniques destinées à lui permettre de réaliser au mieux son but de recherche scientifique principal. Les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur a choisi de mettre l'accent sont d'autant plus légitimes qu'il s'agit des mêmes spécifications techniques pour lesquelles le pouvoir adjudicateur avait d'emblée formulé des exigences minimales supplémentaires dans la documentation relative à l'appel d'offres.

2. Fardeau de preuve (cons. 2): En règle générale, la preuve doit être considérée comme apportée lorsque le juge, sur la base de l'appréciation des preuves, est convaincu que l'état de fait s'est réalisé. En matière d'assurances sociales, la règle usuelle est celle du degré de vraisemblance prépondérante. Ce n'est que lorsque l'état de fait n'est pas prouvé et reste douteux à l'issue de l'administration et de l'appréciation des preuves que les règles sur la répartition du fardeau de la preuve s'appliquent. Lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut raisonnablement attendre de l'autorité de recours qu'elle les recueille, la règle de l'art. 8 du CC a une portée générale et est applicable par analogie en droit public. En règle générale, il faut trancher en défaveur de celui qui aurait pu tirer des droits du fait allégué, mais non établi. En conséquence, le fardeau de la preuve des faits constitutifs d'un droit incombe au requérant qui entend obtenir une décision en sa faveur. Ces principes doivent toutefois s'appliquer conformément aux règles de la bonne foi. Ainsi, l'administration ne saurait faire supporter à l'administré les conséquences de la répartition du fardeau de la preuve, lorsque l'intéressé n'a aucune raison de savoir sur quel point particulier on attend de lui une preuve. L'administration doit avoir indiqué d'emblée ou précisé par la suite les preuves qu'elle exigeait.

3. Dialogue technique (cons. 3 f.): Un tel dialogue technique entre un pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire a pour but, comme en l'espèce, d'assister le pouvoir adjudicateur dans la définition de l'objet du marché. Il est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence. En l'espèce, rien n'indique que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ait été violée par ce dialogue technique, qui s'est terminé lors du lancement de l'appel d'offres.

Décision:

1. Le recours déposé le 29 décembre 1998 est rejeté. La décision d'adjudication du 15 décembre 1998 est confirmée.
2. Les frais de procédure, par 600.-- sont mis à la charge de la recourante et imputés sur l'avance des frais de 600.--.

Entscheid vom 3. September 1999, BRK 1999-006 (Entscheid v. 22.07.99)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Zuschlag im selektiven Verfahren)

Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 4. Juni 1999 schlug die Vergabestelle den Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Batterien und Akkumulatoren der X bzw. der noch zu gründenden Y zu. Zu diesem Dienstleistungsauftrag gehörte gemäss Ausschreibung ausserdem die Erstellung eines flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes, die Beschaffung von Daten über den Kreislauf von Batterien und Akkumulatoren sowie weitere Aufgaben gemäss Stoffverordnung. Das vorliegende Beschaffungsgeschäft wurde im selektiven Verfahren durchgeführt. **B.** Die Beschwerdeführerin verlangt bei der BRK vor allem die Aufhebung der Zuschlagsverfügung. In materieller Hinsicht macht sie insbesondere geltend, sie hätte namentlich in Bezug auf das Entsorgungskonzept, die Kosten und den Werbeaufwand das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht. **C.** Mit Zwischenentscheid wurde die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Gesuch um Akteneinsicht teilweise entsprochen. **D.** In seiner Vernehmlassung beantragt die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde, da insbesondere zweifelhaft sei, ob der Auftrag überhaupt einer der im Anhang 1 VoeB bzw. Anhang 1 Annex 4 vom GPA aufgelisteten Dienstleistungen zugeordnet werden könne. In materieller Hinsicht wird ausgeführt, die u.a. als Grund für die Nichtberücksichtigung angeführte „fehlende Kenntnis des Batteriemarktes“ beziehe sich nicht auf die Eignung, sondern auf ihr wirtschaftlich weniger günstiges Angebot. Die Zuschlagsempfängerin beantragt in ihrer Vernehmlassung auf die Beschwerde sei mangels Zuständigkeit der BRK nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen. Sie führt vor allem aus, der zu vergebende Auftrag bestehe in der Delegation von Vollzugaufgaben, d.h. von Tätigkeiten mit hoheitlichem Charakter. Mit Blick auf die Regelungen der Europäischen Union und Österreichs handle es sich bei der vorliegenden Vergabe um eine Dienstleistungskonzession, die nicht vom GPA erfasst werde und somit auch nicht dem Geltungsbereich des BoeB unterstehe.

Rechtsfragen:

1. Begriff „öffentliches Beschaffungsgeschäft“? 2. Voraussetzungen für Ausstand? 3. Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit der Evaluation. 4. Marktkenntnis als Eignungskriterium?

Erwägungen:

1. Zum „öffentliches Beschaffungsgeschäft“ (Erw. 1): Eine Begriffsbestimmung fehlt sowohl im GPA als auch im BoeB. Es kann festgehalten werden, dass es für die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern sowie im Dienste des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sehr wohl auch in Fällen, in denen sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt, massgeblich darauf ankommt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt wird. Ferner kann auch die Gleichbehandlung nur gewährleistet werden, wenn die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen auf die genannten Fälle Anwendung finden. Schliesslich gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber Fälle wie den vorliegenden vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausnehmen wollte. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das strittige Geschäft grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fällt. Nachfolgend gilt abzuklären, ob die weiteren Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind: Eine spezifischere Güterklassifikationsnummer existiert in der CPC nicht. Gleichwohl ist festzustellen, dass die Anknüpfungsbegriffe je verschiedene Teilbereiche des in Frage stehenden Beschaffungsgeschäfts betreffen, wobei der Bereich der Abfallbeseitigung und -entsorgung den Kern des strittigen Geschäfts beschlägt. **2. Zum Ausstand** (Erw. 2): Herr x hat einerseits den Evaluationsbericht erstellt und andererseits als Delegierter der Behörden in der Verwaltung der Zuschlagsempfängerin mitgewirkt. Dadurch wurde die Ausstandspflicht verletzt. **3. Zur Nachvollziehbarkeit** (Erw. 3): Dass keine Beurteilungsmatrix erstellt wurde, schadet der fraglichen Beschaffung nicht. Der Grundsatz der Transparenz erfordert jedoch, dass die Gewichtung der Angebote nach den bekannt gegebenen Kriterien beurteilt wird. Werden diese ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzlich Kriterien herangezogen handelt sie vergaberechtswidrig. Bezüglich der Unterkriterien führt die Vergabestelle aus, diese liessen sich ohne Weiteres den einzelnen Zuschlagskriterien zuordnen. Diese Ansicht trifft nicht zu. Weder hält sich der Evaluationsbericht an Reihenfolge und Inhalt der Zuschlagskriterien, noch ergibt sich ein nachvollziehbarer Bezug zu denselben. Die vorgenommene Bewertung der Offerten verletzt den Grundsatz der Transparenz. **4. Zur Marktkenntnis** (Erw. 4): es geht hier letztlich um die „technische Leistungsfähigkeit“. Weshalb nun die Kenntnisse der Entsorgung im Batteriemarkt, um den es hier konkret geht, Zuschlags- und nicht Eignungskriterien sein sollen, sei nicht ersichtlich. Angesichts der erwähnten „Kenntnisse des Batteriemarktes“ und der nicht in allen Punkten nachvollziehbaren Bewertung der Offerten anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien vermag der Standpunkt der Vergabebehörde auch bezüglich des Preis/Leistungsverhältnisses nicht zu überzeugen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit einzutreten wird, gemäss Erwägungen gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben, die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten, Parteientschädigung von Fr. 4'000.

Entscheid vom 29. Oktober 1999, BRK 1999-007

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 17. März 1999 das Beschaffungsgeschäft „Unterstützung der Vergabestelle bei der Projektsteuerung der Neuen Eisenbahn-Alpentransversalen NEAT auf Stufe Bundesbehörde“ als Dienstleistungsauftrag aus (offenes Verfahren). Als Zuschlagskriterien wurde u.a. genannt: 1. Die vollständige Unabhängigkeit von den NEAT-Erstellern Alp-Transit Gotthard AG und BLS AlpTransit AG sowie deren Mutterhäusern während der ganzen Dauer des Mandates (Musskriterium). Die wesentlichen Aufgaben würden in der methodischen Beratung und Unterstützung bei der Projektsteuerung auf Behördenstufe, der Unterstützung der Vergabestelle bei der praktischen Anwendung und Umsetzung der NEAT-Controlling-Weisung, der allgemeinen Beratung und Unterstützung in speziellen Fachfragen, der Unterstützung bei der Datenaufbereitung für die Berichterstattung, der Unterstützung beim Ausbau und der Anwendung der Informatik-Werkzeuge und in der allgemeinen Unterstützung der Sektion AlpTransit im Controlling und bei den Kontrollen, sowie bei der Überbrückung von personellen Kapazitätsengpässen liegen. Schliesslich ist dem Pflichtenheft zu entnehmen, allfällige Rückfragen könnten bis am 7. April 1999 schriftlich an die Vergabestelle gerichtet werden. Auf entsprechende Anfrage der Beschwerdeführerin hin gab die Vergabestelle mit einem Antwortprotokoll weitere Auskunft zur Frage der vollständigen Unabhängigkeit der Beraterfirma von den NEAT-Erstellern. **B.** Am 10. Mai 1999 reichte die Beschwerdeführerin ein Angebot ein. Mit Publikation im SHAB vom 23. August 1999 teilte die Vergabestelle mit, dass der Zuschlag am 9. August 1999 an die Y ergangen sei. Auf Begehren der Beschwerdeführerin erliess die Vergabestelle ihr gegenüber am 6. September 1999 eine „begründete Absageverfügung“, in welcher ihr die massgeblichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die weiteren Informationen nach Art. 23 Abs. 2 BoeB dargelegt wurden. Sie führte insbesondere aus, die Beschwerdeführerin habe das Muss-Kriterium der vollständigen Unabhängigkeit von den Erstellern der NEAT nicht erfüllt, weshalb ihr Angebot zwingend nicht berücksichtigt werden können. **C.** Mit Eingabe vom 10. September 1999 führt die Beschwerdeführerin bei der BRK Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Verwirkung des Rekursrechtes. 2. Prozessuale Anforderungen an die behaupteten Rügen.

Erwägungen:

1. Zum Rekursrecht (Erw. 2): Soweit sich die Beschwerde gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien, also gegen den Inhalt der Ausschreibung, richtet, wurde sie verspätet eingereicht; diesbezüglich kann von vornherein nicht darauf eingetreten werden (vgl. Entscheid vom 19. Juli 1999). Daran kann auch der Hinweis nichts ändern, wonach das Kriterium der vollständigen Unabhängigkeit in der Fragenbeantwortung nach Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Publikation erheblich ausgeweitet worden sei. Neu sei von den NEAT-Erstellern gefordert worden, auch von Drittanbietern, die irgendwelche Mandate von den NEAT-Erstellern erhalten hätten, unabhängig zu sein. Angesichts der besonderen Natur des vorliegenden Beschaffungsgeschäfts ist es verständlich, dass die Vergabestelle hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit der Anbieter von den zu überwachenden NEAT-Erstellern und deren Mutterhäusern stellte. Denn die auszuwählende Beratungsfirma hat mittelbar Einfluss auf die Projektsteuerung und -aufsicht der Vergabestelle. Es ist daher unschwer einsehbar, dass die Vergabestelle grossen Wert auf eine strenge Unabhängigkeit der Anbieterfirma von den betroffenen Kreisen verlangt. Diesem Umstand trug sie Rechnung, indem es die „vollständige Unabhängigkeit“ der Anbieter bei den Zuschlagskriterien an erster Stelle nannte und dieses Kriterium überdies als „Musskriterium“ bezeichnete. Die Wichtigkeit der vollständigen Unabhängigkeit war somit für die Anbieter ohne weiteres erkennbar. Da die Beschwerdeführerin selbst als Auftragnehmerin der SBB AG auftritt, welche gemäss Antwortprotokoll der Vergabestelle ein Mutterhaus der NEAT-Ersteller ist, steht fest, dass sie das gestellte und im vorliegenden Fall rechtskräftige – da nicht angefochtene – Kriterium der „vollständigen Unabhängigkeit von den NEAT-Erstellern (...) bzw. ihren Mutterhäusern“ nicht erfüllt. **2. Zu den Prozessanforderungen** (Erw. 3): Es ist grundsätzlich Sache des Beschwerdeführers, in seiner Beschwerde die notwendigen Sachvorbringen vorzutragen, die den Schluss auf eine Bundesrechtsverletzung durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid ermöglichen. Soweit möglich hat er seine Sachvorbringen ausserdem zu belegen. Daran kann auch der im Bundes-Submissionsrecht geltende Untersuchungsgrundsatz, wonach die BRK den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, nichts ändern. Denn dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist er eingebunden in den Verfügungsgrundsatz, das Erfordernis der Begründung der Rechtschrift, die objektive Beweislast sowie in die Regeln der Sachabklärung und Beweiserhebung mit richterlichen Obliegenheiten und Mitwirkungspflichten der Parteien. Nachdem in der vorliegenden Beschwerde keine Gründe vorgebracht werden, welche die angefochtene Zuschlagsverfügung als rechtswidrig erscheinen lassen könnten, besteht für die BRK kein Anlass für eigene Abklärungen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Kosten des Verfahrens vor der BRK im Betrage von Fr. 1'000.-- (Spruch- und Schreibgebühren) werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Décision du 9 décembre 1999, CRM 1999-011

Regeste: marché public (choix des participants à la procédure sélective concernant un concours)

En fait:

A. Le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'un concours de projets proprement dit en procédure sélective. De plus, le règlement SIA 142 pour les concours d'architectes et d'ingénieurs était déclaré applicable à la procédure de passation du concours. L'appel à candidatures visait à choisir environ 15 groupes de projets appelés à participer à un concours pour la conception d'un projet d'adaptation et d'extension d'une infrastructure. Parmi ces 15 groupes, 3 devaient être dirigés par un bureau d'architectes composé majoritairement de jeunes spécialistes de la branche. Les participants étaient choisis par un jury dont la composition figurait dans l'appel à candidatures et dont les décisions étaient contraignantes pour le pouvoir adjudicateur. **B.** Selon l'avis de concours, les critères de sélection des candidats dans la première phase du concours étaient: composition du groupe; formation; pratique; qualité du projet; dossier de candidature. **C.** Dans le délai, 97 équipes ont déposé un dossier de candidature. **D.** Le pouvoir adjudicateur adressa aux membres du jury une compilation des dossiers de candidature accompagnés d'une liste de contrôle en fonction des 5 critères de sélection mentionnés dans l'appel à candidatures. Le jury siégea durant toute la journée pour apprécier les candidatures déposées. Le choix des candidatures eut lieu en quatre rondes successives et à l'unanimité: 1^{er} tour: élimination de 25 équipes parce qu'elles ne remplissaient pas les critères d'aptitude publiés ou parce qu'elles n'étaient pas légitimées à participer selon le règlement SIA 142. 2^e tour: 35 équipes furent éliminées, en particulier celles qui ne remplissaient que de justesse les critères d'aptitude publiés (aussi la recourante). 3^e tour: Sélection des 8 équipes les mieux classées, c'est-à-dire celles qui remplissaient entièrement les critères d'aptitude et de la meilleure façon par rapport aux autres candidatures et de 4 équipes de relève les mieux classées. 4^e tour: décision, en relation avec la limitation du nombre de candidats figurant dans l'appel à candidatures, de retenir un total de 18 candidatures, dont 4 équipes de relève. Le jury procéda à ce choix par tirage au sort.

Question juridique:

Est-ce que cette procédure de sélection est régulière?

En droit:

Concours: Même si le concours constitue une quatrième procédure de passation, dans l'organisation et le déroulement de laquelle les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté, ils doivent assurer la traçabilité de la procédure de sélection choisie, de manière à ce que l'autorité de recours puisse en vérifier la régularité. Il en résulte que le choix des candidats doit être effectué sur la base de leur aptitude, de manière loyale, conformément aux principes de l'égalité de traitement et de la transparence. Le pouvoir adjudicateur peut se référer additionnellement au règlement SIA 142 pour le détail du déroulement du concours, mais il ne peut de ce fait modifier la nature de droit public de la procédure de passation, ni restreindre les obligations qui lui sont imposées par la loi, ni contraindre les participants au concours à entrer simultanément avec lui dans une relation contractuelle régie par le règlement SIA 142. Dans le cadre de ces principes, et compte tenu de la liberté dont il dispose dans l'organisation d'un concours, le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer le mode exact de sélection. Il peut notamment s'agir d'un classement des candidats selon un système de points attribués aux différents critères de sélection ou d'un procès-verbal détaillé des délibérations du jury dont ressortiraient les motifs essentiels de choix ou rejet de chaque candidature. Il est en tout cas indispensable que la procédure de sélection choisie soit transparente, de manière à ce que l'autorité de recours puisse vérifier le respect de l'exigence de sélection non-discriminatoire en fonction des critères publiés. En l'espèce, il n'est pas possible de constater dans quelle mesure le jury, et le pouvoir adjudicateur lié par la décision de ce dernier, a effectué une appréciation individuelle des candidatures en fonction des critères de sélection publiés, ni dans quelle mesure chaque candidat remplissait ces critères. L'explication du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'élimination des recourants résulte de la décision négative unanime prise par 12 jurés qualifiés, après examen des candidatures déposées, ne permet pas de retracer la motivation de la décision du jury. Une telle procédure viole le principe de la transparence, qui exige que la procédure de sélection choisie par le pouvoir adjudicateur soit traçable, c'est-à-dire vérifiable. Tirage au sort: **A ce titre, la CRM observe que le pouvoir adjudicateur ne saurait s'en remettre au hasard pour sélectionner par tirage au sort tout, ou même seulement partie des candidats aptes.** Il doit procéder à une sélection loyale et non discriminatoire en fonction des critères d'aptitude publiés. Cette obligation, même si elle impose un surcroît de travail au pouvoir adjudicateur, ne représente pas une charge disproportionnée. Or, le hasard ne repose par essence sur aucune règle, mais dépend du seul caprice du destin. Qu'il y ait une "égalité dans l'arbitraire" entre les candidats exposés au tirage au sort, en ce sens que chacun a la même probabilité d'être retenu, ne change rien à la nature essentiellement arbitraire du procédé. Le recours au tirage au sort rend de plus illusoire le contrôle juridictionnel destiné à garantir aux soumissionnaires le respect des principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination.

Décision:

1. Dans la mesure où il est recevable, le recours est admis. 2. La décision du pouvoir adjudicateur est partiellement annulée. La recourante est admise à déposer un projet dans la seconde phase du concours. 3. Pas de frais de procédure. 4. Une indemnité de CHF 1'800.-- est allouée au recourant.

Entscheid vom 8. Februar 2000, BRK 1999-012

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 19. Mai 1999 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für Architektur- und Ingenieurleistungen. Die Ausschreibungsunterlagen, die dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. August 1999 zugestellt wurden, enthalten bezüglich der Honorarofferten die Vorgabe, dass die Offerten zu berechnen und darzustellen sind. Den Anbietern wurde freigestellt, die Offertberechnung nach den SIA-Normen 102, 103 und 108 mit Angabe der entsprechenden Teilleistungen, Schwierigkeitsgrade und Korrekturfaktoren oder als Pauschale mit den vorgenannten detaillierten Angaben vorzunehmen. Sodann wurde der Kostenrahmen von ca. Fr. 30 Mio. ausdrücklich erwähnt und auf die Kostenzusammenstellung hingewiesen. Der Auftrag war in fünf Lose aufgeteilt. Für das Los Nr. 5 wurde der Zuschlag am 11. Oktober 1999 erteilt und im SHAB vom 21. Oktober 1999 veröffentlicht. Mit Schreiben vom 12. Oktober 1999 teilte die Vergabestelle dem ebenfalls selektionierten Planungsteam X mit, dass dessen Angebot auf Grund der Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt werden konnte. Die Offerte sei von der Beurteilung ausgeschlossen worden, weil sie – mangels ersichtlichen Angebotspreises – unvollständig gewesen sei. B. Gegen den Zuschlag erhebt letztere mit Eingabe vom 28. Oktober 1999 Beschwerde bei der BRK und beantragt sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Der Beschwerdeführer rügt zunächst die Mangelhaftigkeit der Ausschreibungsunterlagen. Er ist der Auffassung, diese seien für eine genaue Kalkulation mit verbindlichen Angaben zur Honorarfestsetzung zu wenig detailliert. Gestützt auf die vorgegebenen Angaben könne die honorarberechtigte Bausumme nur auf Grund von Erfahrungswerten auf das Planungsteam aufgeteilt werden. Er führt aus, die Offerte entspreche der Honorarvergütung gemäss Ausschreibungsunterlagen, die eine Angabe der entsprechenden Teilleistungen, der Schwierigkeitsgrade und der Korrekturfaktoren verlangten. Er habe sich für eine Vergütung im Kostentarif nach effektiven Bausummen entschieden. Damit sei das Honorar eindeutig fixiert. Zusammen mit seiner Beschwerde hat der Beschwerdeführer der BRK eine Honorarberechnung eingereicht.

Rechtsfragen:

1. Wie genau müssen Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Honorarfestsetzung sein? 2. Kann im offenen Verfahren ein Ausschluss auch implizit mit der Zuschlagsverfügung an einen Dritten erfolgen?

Erwägungen:

1. Zu den Ausschreibungsunterlagen (Erw. 2): Es mag zutreffen, dass es auf Grund der Ausschreibungsunterlagen schwierig war, die honorarberechtigten Bausummen für die einzelnen Teilbereiche und die verschiedenen Fachplaner zu bestimmen. Dies hat aber die übrigen selektionierten Anbieter nicht daran gehindert, gestützt auf diese, einen konkreten Offertpreis anzugeben. Offenbar war es denn auch dem Beschwerdeführer möglich, eine Honorarofferte zu erstellen. Mit der nachträglichen Einreichung einer ziffernmässig bestimmten Honorarofferte hat der Beschwerdeführer indes seine eigene Argumentation entkräftet. Die Tatsache, dass die Anbieter allenfalls Erfahrungswerte für ihre Kalkulation heranzuziehen hatten, ändert daran nichts. Von Bedeutung ist ferner, dass die Offerenten in den Ausschreibungsunterlagen darauf aufmerksam gemacht wurden, bis 30. August 1999 könnten sie ihre Fragen schriftlich bei der Vergabestelle einreichen. Die Fragen würden anschliessend beantwortet, und allen Teilnehmern bis am 6. September 1999 zugestellt. Sodann wurde am 24. August 1999 für alle an der Ausschreibung beteiligten Teilnehmer eine Besichtigung vor Ort durchgeführt. Diese zusätzlichen Massnahmen gaben dem Beschwerdeführer zumindest die Gelegenheit, sich zusätzliche Hinweise für die Ausarbeitung der Honorarofferte zu beschaffen. Gegenteiliges ergibt sich weder aus den Akten, noch wird solches von dem Beschwerdeführer in seiner Beschwerde vom 12. Oktober 1999 geltend gemacht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer unter den konkreten Umständen durchaus möglich war, für seine Offerte eine ziffernmässig bestimmte Honorarberechnung zu erstellen. **2. Zum impliziten Ausschluss:** (Erw. 3): Die BRK wiederholt ihre Rechtsprechung gemäss Entscheid vom 31. August 1999 und führt des Weiteren aus: Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer – mit Ausnahme von gewissen Nebenkosten, der Kosten für die Grundlagenbeschaffung und für die Bauphysik – lediglich die Leistungsanteile und Schwierigkeitsgrade der einzelnen Bauposten aufgelistet. Eine Bezifferung der darauf entfallenden Honorare hat er in seiner Offerte nicht vorgenommen. Der Beschwerdeführer ist sich dieser Tatsache bewusst, führt er doch in seiner Beschwerde selbst aus, er habe keinen Angebotspreis offeriert. Die Offerte ist damit als unvollständig zu bezeichnen. Auf Grund seiner Unvollständigkeit hätte das Angebot des Beschwerdeführers daher bereits nach Sichtung der Offerten wegen eines wesentlichen Formfehlers im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden können. Dass die Vergabebehörde die Variante des impliziten Ausschlusses durch Zuschlag an eine andere Anbieterin wählte, ist mit Blick auf die gesetzliche Regelung, wonach nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind (Art. 29 lit. d BoeB), und die Rechtsprechung der BRK nicht zu beanstanden (vgl. auch Entscheid vom 18. Dezember 1997).

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.-- verrechnet.

Entscheid vom 23. Februar 2000, BRK 2000-002

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Zuständigkeit)

Rechtsfragen:

Ist der persönliche Anwendungsbereich des BoeB gegeben (Erw. 3)?

befunden und erwogen:

1. Die Vergabestelle schrieb am 18. Oktober 1999 die Stahlbauarbeiten, Fabrikation und Montage einer Stahltragkonstruktion für das Projekt Ausbau Bahnhof Disentis/Mustér, Gleis-/Perronüberdachung, im offenen Verfahren aus. Die Bauausschreibung wurde im Amtsblatt des Kantons GR vom 21. Oktober 1999 und offenbar auch im SHAB sowie im Submissionsanzeiger des Schweizerischen Baublatts publiziert. Mit einer Rechtsmittelbelehrung war die Ausschreibung nicht versehen. Am 17. Dezember 1999 teilte die Rhätische Bahn AG den 13 Anbietern per Fax mit, dass ihr Verwaltungsrat mit Datum vom 16. Dezember 1999 die Stahlbauarbeiten auf Grund der bereinigten Offerten und der vorgegebenen Zuschlagskriterien der Zuschlagsempfängerin zum Nettopreis von Fr. 694'873.80 (inkl. MwSt) vergeben habe. Der Mitteilung des Vergabeentscheides war eine Rechtsmittelbelehrung an „Eidg. Finanzdepartement, Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen“ beigefügt. 2. Mit Eingabe vom 7. Januar 2000 erhebt die Beschwerdeführerin als eine der nicht berücksichtigten Anbieterinnen gegen diese Vergabe Beschwerde bei der „Bundesverwaltung Finanzdepartement eidg. Rekurskommission für das öffentliche Bauwesen“. Das Bundesamt für Bauten und Logistik, bei dem die Eingabe eingelangt war, hat diese zuständigkeitshalber an die BRK weitergeleitet. Mit Schreiben vom 31. Januar 2000 liess sich die Vergabestelle vernehmen. Darin bejahte sie die Zuständigkeit der BRK zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde. Die Zuständigkeit lasse sich aus Art. 11 der Vereinbarung vom 6. Dezember 1994 zwischen dem Bundesamt für Verkehr und den SBB mit der Vergabestelle betreffend die Erschliessung der Alp Transit-Baustelle Gotthard-Basistunnel, Zwischenangriff Sedrun, ableiten. Für die Ausschreibung und Vergabe der Arbeiten für den Ausbau der bestehenden Eisenbahnanlagen der Rhätischen Bahn AG zur Erschliessung der SBB-Baustelle AlpTransit Gotthard-Basistunnel, Zwischenangriff Sedrun, komme das Submissionsrecht des Bundes zur Anwendung. Die Vergabestelle schreibe aus und vergebe sämtliche Arbeiten im Zusammenhang mit der erwähnten Vereinbarung im Verfahren nach BoeB/VoeB, so auch die vorliegend angefochtenen Stahlbauarbeiten. 3. Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Nach Art. 11 der Vereinbarung vom 6. Dezember 1994 zwischen dem Bundesamt für Verkehr und den SBB einerseits und der Vergabestelle andererseits ist bei der Ausschreibung und Vergabe von Arbeiten für Planung, Projektierung und Ausbau von AT Surselva Art. 13 des Bundesbeschlusses vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss, ATB; SR 742.104) bindend. Das jeweils geltende Submissionsrecht des Bundes sowie die Richtlinie des BAV betreffend Vergabe von Aufträgen im Rahmen der Realisierung NEAT sind anzuwenden (in Kraft seit 1. September 1993). Gemäss Art. 13 Abs. 1 ATB stellt der Bund im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicher. Art. 13 ATB verweist mithin auf das Submissionsrecht des Bundes. Bei Erlass des Alpentransit-Beschlusses bestand dieses in der Submissions- und in der Einkaufsverordnung. Die beiden Erlasse sind durch Richtlinien des BAV betreffend Vergabe von Aufträgen im Rahmen der Realisierung der NEAT ergänzt worden. Dieses Submissionsrecht ist am 1. Januar 1996 durch die BoeB und VoeB abgelöst worden. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, welche konkreten Rechtsmittel dem Bewerber zur Verfügung stehen, der sich im Rahmen des ATB gegen eine ihn beschwerende Entscheidung zur Wehr setzen will. Wie noch zu zeigen sein wird, unterstehen die Beschaffungen durch die SBB und andere Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen – auch im Rahmen der NEAT – dem BoeB nicht. Nach Art. 2 Abs. 2 BoeB bezeichnet der Bundesrat die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben, und für diese Tätigkeiten unter das BoeB fallen. Massgebend für die Unterstellung ist dabei der Annex 3 der Schweiz zum GPA. Darin sind die Beschaffungsstellen aufgezählt, die unter das Übereinkommen oder andere völkerrechtliche Verträge fallen und damit vom Bundesrat auch dem BoeB unterstellt werden müssen. Nicht erfasst vom BoeB sind bis heute die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen (insbesondere die SBB) und Telekommunikation. Die Nichtunterstellung der SBB sowie der übrigen Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen unter das Gesetz bedeutet in erster Linie einen – vorläufigen – Ausschluss entsprechender Aufträge vom Rechtssystem. Bei diesem Stand der Dinge steht somit zwingend fest, dass – vorläufig wenigstens – das Rechtsmittelverfahren des BoeB auf die Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen nicht zur Anwendung gelangt, mag man es auch bedauern, dass damit ein wesentlicher Teil der grossen Auftragsvergaben durch den Bund, nämlich jene im Rahmen der Realisierung der NEAT, keinem bundesrechtlichen Rechtsschutz untersteht.

erkannt:

1. Auf die Beschwerde vom 7. Januar 2000 wird nicht eingetreten. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Entscheid vom 29. Februar 2000, BRK 1999-008 (vgl. 1999-009 und 010)

Regeste: Wettbewerbsausschreibung Rahmenprogramm „Schulen und Gesundheit“

Rechtsfragen:

Ist die BRK zuständig?

Der Präsident der BRK hat als Einzelrichter in Anwendung von Art. 10 Bst. b der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen (VRSK; SR 173.31)

nach Einsicht in:

- das Schreiben der Vergabestelle an die Beschwerdeführerin vom 27. September 1999;
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 1. Oktober 1999;

in Erwägung, dass:

- mit dem von der Vergabestelle und der Schweizerischen Konferenz der Kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) getragenen Rahmenprogramm „Schulen und Gesundheit“ beabsichtigt ist, die Anstrengungen der Schule als Lern- und Erfahrungsort gesundheitsfördernder Anliegen zu unterstützen;
- dies mittels finanzieller Unterstützung förderungswürdiger Projekte zur Verbesserung der Gesundheitserziehung an den Schulen geschehen soll und aus diesem Grund ein Wettbewerb ausgeschrieben wurde, um die vom Bund finanziell zu unterstützenden Projekte zu bestimmen;
- es sich bei einem allfälligen Unterstützungsbeitrag des Bundes für den fraglichen Wettbewerb um eine Finanzhilfe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) handelt;
- Finanzhilfen nicht vom Geltungsbereich des BoeB erfasst werden (vgl. die ausführliche Begründung im beiliegenden Entscheid der BRK vom heutigen Tag i.S. C. gegen dieselbe Vergabestelle);
- die BRK für die Behandlung der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 1. Oktober 1999 nicht zuständig ist und auf diese folglich nicht eingetreten werden kann;
- die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, die Sache der zuständigen Behörde zu überweisen hat (Art. 8 Abs. 1 VwVG; SR 172.021); die Sache demnach in Anwendung von Art. 35 SuG i.V.m. Art. 47a VwVG dem Eidgenössischen Departement des Innern zur weiteren Bearbeitung zu überweisen ist;
- bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind, da er sich auf die unkorrekte Rechtsmittelbelehrung im Schreiben der Vergabestelle vom 27. September 1999 verlassen durfte (vgl. Entscheid des Bundesrates vom 25. Mai 1991, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 56/1992 Nr. 18 S. 158 in fine);

erkannt:

1. Auf die Beschwerde vom 1. Oktober 1999 wird nicht eingetreten. 2. Die Sache wird samt den Beilagen dem Eidgenössischen Departement des Innern zur weiteren Bearbeitung überwiesen. 3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 4. Dieser Entscheid wird dem Beschwerdeführer und dem Bundesamt für Gesundheit schriftlich eröffnet.

Décision du 29 février 2000, CRM 1999-009 (comp. 1999-009 et 010)

Regeste:

La procédure de concours pour l'octroi d'aides financières dans le cadre du programme « Ecoles et santé »

Question juridique:

Le recours est-il recevable?

Vu:

- la communication de l'adjudicatrice à la recourante du 27 septembre 1999, indiquant comme autorité de recours la CRM;
- le recours de la recourante du 9 octobre 1999;

Considérant:

- que le programme « Ecoles et santé », conçu par l'adjudicatrice et la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'éducation publique, a pour but d'encourager les projets permettant de promouvoir la santé à l'école et que, pour cette raison, un concours a été mis en place, afin de déterminer les projets devant être soutenus financièrement par la Confédération ;
- qu'un éventuel financement de la Confédération dans le cadre du concours susmentionné doit être considéré comme une aide financière au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, LSu ; RS 616.1) ;
- que les aides financières n'entrent pas dans le champ d'application de la LMP, loi qui détermine la compétence de la CRM (voir la motivation détaillée figurant dans la décision ci-jointe de la CRM de ce jour, en la cause C. contre la même adjudicatrice) ;
- qu'en l'occurrence, le litige porte sur l'octroi d'une aide financière et que la CRM n'est pas compétente pour traiter du présent recours ;
- qu'en vertu de l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), l'autorité qui se tient pour incompétente transmet l'affaire à l'autorité compétente ; qu'il convient donc, eu égard à l'art. 35 LSu en relation avec l'art. 47a PA, de transmettre le dossier au Département fédéral de l'intérieur ;
- que, vu l'issue de la procédure, les frais de procédure doivent être remis à titre exceptionnel à la recourante, en vertu de l'art. 63 al. 1 PA 3^e phr., dans la mesure où celle-ci était fondée à se baser sur l'indication erronée des voies de droit mentionnée par le courrier de l'adjudicatrice du 27 septembre 1999 (cf. décision du Conseil fédéral du 25 mai 1991, publiée dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC], 56.18 *in fine*) ;

le président de la CRM, statuant en qualité de juge unique en application de l'art. 10 lit. b de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage (RS 173.31),

Décide:

1. Le recours est déclaré irrecevable. 2. Le dossier est transmis, avec les annexes, au Département fédéral de l'intérieur. 3. Il n'est pas prélevé de frais de procédure. 4. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante et à l'adjudicatrice.

Decisione del 29 febbraio 2000, CRM 1999-010 (vgl. 1999-008 und 009)

Regeste: concernente la procedura di concorso per l'assegnazione d'aiuti finanziari nell'ambito del programma scuola e sanità

In fatto:

A. Nel corso del mese di dicembre 1998 l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP), unitamente alla Conferenza svizzera dei direttori cantonali della pubblica istruzione, indiceva un concorso per la promozione della sanità in seno alla scuola nell'ambito di un programma pilota denominato «Scuola e sanità». L'obiettivo del concorso consisteva nell'assegnare aiuti finanziari a progetti legati alla promozione della sanità nella scuola, con preferenza data a quelli aventi carattere intercantonale o cantonale. **B.** In data 23 giugno 1999 il C. inviava all'UFSP il proprio progetto denominato «Progetto Incontro». **C.** Con decisione del 27 settembre 1999 l'UFSP comunicava al C. l'esclusione del suo progetto dal programma d'aiuto federale e indicava quale istanza ricorsuale la BRK. **D.** Contro la suddetta decisione è stato fatto un ricorso. L'UFSP, in sede di risposta, ha contestato la competenza della BRK, in quanto l'indicazione del rimedio giuridico è avvenuta erroneamente, essendo la decisione del 27 settembre 1999 definitiva.

Questioni giuridiche:

Un aiuto finanziario può essere una commessa pubblica (cons. 1)?

In diritto:

Aiuto finanziario: L'art. 5 LAPub definisce la commessa pubblica un contratto tra il committente e un offerente riguardante l'acquisto di beni mobili (commessa di forniture), la fornitura di prestazioni di servizio (commessa di servizi) o l'esecuzione di lavori edilizi o del genio civile (commessa edile). Per l'interpretazione della nozione di «contratto» può essere utile far riferimento alla regolamentazione delle Comunità europee, ritenuto che il legislatore ha voluto assicurare, nella misura del possibile, l'eurocompatibilità. La direttiva settoriale prevede che una commessa pubblica è un contratto a titolo oneroso. Di conseguenza, affinché siano dati gli estremi di una commessa pubblica, è necessario che sia versata una remunerazione all'offerente in cambio della sua prestazione. La commessa pubblica ha quindi carattere sinallagmatico. Non vi è in particolare contratto a titolo oneroso in caso di prestazioni unilaterali, quali gli aiuti finanziari, la messa a disposizione di capitali o i trasferimenti contabili che permettono al beneficiario di svolgere determinati compiti nell'interesse pubblico. Vista l'assenza di uno scambio di prestazioni (prestazione e controprestazione), un aiuto finanziario non può essere qualificato quale commessa pubblica. In effetti, gli aiuti finanziari sono «vantaggi pecuniari». Secondo la dottrina, un vantaggio pecuniario o un sussidio si distinguono dal fatto che il beneficiario non deve fornire nessuna controprestazione conformemente alle regole abituali di mercato. Non si tratta pertanto di uno scambio di prestazioni come nel caso di un contratto di vendita, di appalto o di una retribuzione salariale. Ciò non significa tuttavia che il beneficiario non debba fornire alcuna prestazione, nella misura in cui essa possa essere pretesa in ragione delle sue capacità economiche. In sostanza gli aiuti finanziari consistono nel prezzo pubblico che versa lo Stato per ridurre i costi di un'operazione al fine di incrementare certi settori, indipendentemente da qualsiasi vantaggio diretto che dall'opera ridonda all'Ente sussidiante. Scopo finale del concorso indetto dall'UFSP è di assegnare aiuti finanziari a progetti legati alla promozione della sanità nella scuola. Nella fattispecie l'UFSP non riceverà nessuna controprestazione dalle entità che egli intenderà sostenere con i sussidi. Queste entità hanno unicamente l'obbligo di realizzare i progetti sovvenzionati, che consistono in azioni tendenti a promuovere l'educazione e la promozione della sanità nelle scuole. I sussidi rappresentano una prestazione unilaterale dell'UFSP e non un contratto a titolo oneroso. Ora, la procedura adottata dall'ente pubblico per l'assegnazione di un aiuto finanziario non rientra nel campo d'applicazione della LAPub. Tale procedura, infatti, non tende alla fornitura da parte dell'offerente di una prestazione di servizio a titolo oneroso, quanto e piuttosto all'ottenimento da parte del richiedente di una prestazione positiva dall'ente pubblico. Constatato il mancato adempimento delle condizioni di una commessa pubblica ai sensi dell'art. 5 LAPub, discende che la CRM non è competente per esaminare il gravame. Il regime giuridico applicabile ai sussidi deve essere distinto da quello relativo alle concessioni. Sia nel caso di sussidi che nel caso di concessioni, il beneficiario del servizio non è il «committente» (come nel caso di una commessa), bensì un terzo estraneo al rapporto contrattuale, generalmente l'insieme degli utenti. Tuttavia, se per il concessionario la remunerazione per il servizio fornito consiste nel prezzo pagato dai beneficiari del servizio medesimo, per l'entità sussidiata essa consiste nel sussidio erogato. Inoltre e soprattutto, il sussidio ha lo scopo di far assumere al «committente» il rischio economico che deriva dalla prestazione di un servizio d'interesse generale, mentre nel caso della concessione, tale rischio è assunto dal concessionario. Come già ricordato sopra, nel caso in esame i sussidi versati dall'UFSP servono a finanziare i progetti atti a promuovere l'educazione e il promovimento della sanità nelle scuole. Le entità sovvenzionate non assumono pertanto il rischio derivante dalla realizzazione dei progetti. Ne discende che tali sussidi non possono essere assimilati alle concessioni e non soggiacciono pertanto al medesimo regime giuridico.

Decisione:

1. Il ricorso è irricevibile. 2. La causa è trasmessa al Dipartimento federale dell'interno con i relativi allegati. 3. Non si prelevano spese processuali.

Entscheid vom 1. März 2000, BRK 1999-013

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlag im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 18. Juni 1999 im SHAB veröffentlichte die Vergabestelle eine Ausschreibung im offenen Verfahren für das Mandat der Informations- und Wissenstransfer-Stelle. Die Ausschreibungsdokumentation bestand aus folgenden Unterlagen: Informationsblatt, dt. und frz., Ansätze für Sitzungen etc., Ausschreibungstext für SHAB, AGB's des Bundes für Dienstleistungsaufträge, Jahresbericht 1998. Sie enthielt einen Hinweis auf mögliche Verhandlungen. Folgende Eignungs- und Zuschlagskriterien wurden vorgesehen: 10. Nachweis/Eignung, Firmen, welche in der Lage sind, die Ergebnisse der Energieforschung systematisch aufzuarbeiten und der interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Erfahrungen im Wissensmanagement, Vertriebswesen und Publizistik. Professionelle Kommunikation auf dt. und frz. 11. Zuschlagskriterien; Wirtschaftlichkeit (Preis/Leistung), Verfügbarkeit / Kundendienst, Zielerfüllung, Umsetzungstiefe, Zweckmässigkeit. Die Informationen zur Ausschreibung sahen u.a. vor, dass Gespräche mit den Kandidaten der engeren Wahl stattfinden würden. Insgesamt gingen 8 Offerten ein. Diese wurden von einem Team von vier Mitarbeitern unabhängig voneinander geprüft. Auf Grund der Evaluation wurden 3 Anbieter in die engere Wahl einbezogen. 5 Angebote, u.a. jenes der Beschwerdeführer, schieden aus dem weiteren Verfahren aus. Dies wurde ihnen mit Schreiben vom 21. September 1999 mitgeteilt mit der Erläuterung, dass einige Offertsteller überzeugendere Eingaben gemacht hätten. Ihr Vorschlag bestehe im Wesentlichen in einer Fortschreibung der bisherigen, jährlich eingereichten Jahresprogramme. Demgegenüber beinhalteten die in die engere Wahl gezogenen Offerten interessante, neuartige Lösungsansätze, mit denen der Transfer der Forschungsergebnisse gezielter und effizienter erfolgen könne. Am 28. Oktober 1999 eröffnete die Vergabestelle allen 8 Bewerbern, dass der Zuschlag erteilt worden sei. Der Entscheid wurde damit begründet, das Angebot der Zuschlagsempfängerin erweise sich gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien als das beste, wobei insbesondere die grosse Professionalität auf dem Gebiet des Technologietransfers und das hierfür einsetzbare, breite Beziehungsnetz überzeugt hätten. B. Dagegen wurde am 18. November 1999 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Pflicht zum Einbezug der Offerte eines geeigneten Anbieters in die Verhandlungen? 2. Wurden Kriterien erfüllt?

Erwägungen:

1. Zur „Verhandlungspflicht“ (Erw. 2): Es ist sicher zutreffend, dass keine Verhandlungen über Angebote zu führen sind, die zum Vornherein nicht für die Zuschlagserteilung in Frage kommen, insoweit eine solche Beurteilung unter antizipierter Würdigung des Verhandlungsergebnisses überhaupt möglich ist. Diese Voraussetzung dürfte nur in seltenen Fällen vorliegen, wo Angebote geeigneter Anbieter, welche die Zuschlagskriterien grundsätzlich erfüllen, zur Beurteilung anstehen. Von diesen Fällen abgesehen hat daher weiterhin zu gelten, dass alle Angebote geeigneter Anbieter in die Verhandlungen einzubeziehen sind, wenn diese die den Anbietern bekannt gegebenen Zuschlagskriterien grundsätzlich erfüllen. Es kann nicht darauf ankommen, ob dieses Angebot bereits vor der Verhandlungsführung als das wirtschaftlich günstigste erscheint. Es muss genügen, dass das betreffende Angebot die Zuschlagskriterien grundsätzlich zu erfüllen scheint, wenn auch diese Offerte unter Umständen vor der Verhandlungsführung insgesamt als wirtschaftlich weniger günstig erscheint als ein anderes Angebot. Abgesehen von reinen Preisverhandlungen, dienen ja die Verhandlungen gerade dazu, die Stärken und Schwächen der einzelnen Angebote (besser) zu erkennen. Ein Angebot kann daher nach durchgeführten Verhandlungen durchaus in einem anderen Licht erscheinen als vorher und sich letztlich als die wirtschaftlich günstigste Offerte erweisen, welcher der Zuschlag zu erteilen ist, selbst wenn die Vergabestelle ohne die Verhandlungen einem anderen Angebot den Vorzug gegeben hätte. **2. Zu den Kriterien** (Erw. 3): Für die Pflicht zum Einbezug in die Verhandlungen kann es zunächst nicht darauf ankommen, ob das Angebot die Zuschlagskriterien „Wirtschaftlichkeit“, „Verfügbarkeit/ Kundendienst“ und „Zweckmässigkeit“ aus heutiger Sicht in geringerem Masse erfüllt als dasjenige der berücksichtigten Anbieterin. Es genügt für die Pflicht zum Einbezug in die Verhandlungen, dass auch die Vergabestelle die Erfüllung dieser Zuschlagskriterien durch die Beschwerdeführer nicht grundsätzlich in Frage stellt. Es ist in der Tat nicht klar, was unter der „Vernetzung“ verstanden wird. Hätte die Vergabestelle die Anbieter anhalten wollen, zum Stichwort „Vernetzung (der an der Energieforschung Beteiligten)“ eigene Vorschläge einzubringen, so wäre eine ausdrückliche diesbezügliche Frage in den Zuschlagskriterien oder allfälligen (vorgängig bekannt zu gebenden) Subkriterien zu formulieren gewesen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die „Syntheseberichte“. Die Vergabestelle nimmt mit den Ausführungen zum Zuschlagskriterium „Umsetzungstiefe“ letztlich eine Offertevaluation vor. Es sagt aber nicht, dass auf Grund des hier angedeuteten Unterschieds der beiden betrachteten Offerten zum Vornherein – also sogar schon vor der Verhandlungsführung – mit Sicherheit gesagt werden könne, dass die Beschwerdeführer deshalb keine Chance mehr auf den Zuschlag haben würden.

Entscheid:

1. Beschwerde wird gutgeheissen, Zuschlagsverfügung aufgehoben, die Sache zur teilweisen Wiederholung des Vergabeverfahrens im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten 3. Parteientschädigung 3'500.-

Entscheid vom 26. April 2000, BRK 2000-001

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation im SHAB vom 22. Dezember 1999 veröffentlichte die Vergabestelle die Vergabe von 120 Crates. Der Zuschlag datierte vom 17. Dezember 1999. **B.** Gegen diesen wurde fristgerecht Beschwerde eingereicht und die Erteilung des Lieferauftrages sowie die „Ungültigerklärung“ des angefochtenen Zuschlags, jedoch kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin an, der Zuschlag verletze das Gleichbehandlungsgebot. Sie habe das preislich tiefste Angebot eingereicht. Es scheine ausserdem, dass der Liefertermin für die Zuschlagserteilung den Ausschlag gegeben habe. Nachdem ihre eigene „Lieferzeit“ realistisch und angemessen sei, könnten die kürzeren Lieferfristen der berücksichtigten Firma nur darauf beruhen, dass bereits im Vorfeld der Ausschreibung Tatsachen geschaffen worden seien, die gewisse Anbieter gegenüber andern begünstigt hätten. **D.** Die Vergabestelle bestreitet dies. Der Evaluationsbericht habe ergeben, dass sich das Angebot der Zuschlagsempfängerin im direkten Vergleich hinsichtlich Backplane, Kühlung und Lieferfristen als das technisch bessere Angebot erweise. Beim Backplane handle es sich um eines der wichtigsten Elemente. Wohl sei das Angebot der Beschwerdeführerin preislich etwas tiefer, doch vermöge die diesbezügliche Differenz von rund Fr. 30'000.– die Vorteile des Angebotes der Zuschlagsempfängerin nicht aufzuwiegen. **F.** In ihrer Replik weist Beschwerdeführerin zunächst darauf hin, dass ihr Angebot nach abgelaufener Eingabefrist gemäss dem Evaluationsbericht gegenüber demjenigen der Zuschlagsempfängerin einen Preisvorteil von Fr. 79'722.– aufgewiesen habe. Nur dieser sei in der Folge offenbar Gelegenheit geboten worden, ihr Angebot nachzubessern. Der Evaluationsbericht stelle auch in materieller Hinsicht eine krasse Fehlentscheidung dar. Die Vergabestelle führt aus, der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin sei am 23. Dezember 1999 abgeschlossen worden. Zwar sei deren Angebot preislich abgeändert worden sei, wodurch sich die Differenz zur Offerte der Beschwerdeführerin verringert habe. Im Übrigen wäre aber ohnehin das Angebot der Zuschlagsempfängerin auch im Rahmen der ursprünglichen Preisdifferenz von Fr. 79'722.– vorzuziehen gewesen, da einzig sie die Einhaltung der terminlichen Vorgaben gewährleistet habe, was von grosser Bedeutung sei, da ein Verspätungsschaden die Preisdifferenz wesentlich überstiegen hätte.

Rechtsfragen:

1. Folgen des verfrühten Vertragsschlusses? 2. Protokollierungspflicht bei Verhandlungen?

Erwägungen:

1. Zum verfrühten Vertragsabschluss (Erw. 1): Entgegen der Rechtsprechung, die den Vertragsschluss u.a. vor Ablauf der Beschwerdefrist grundsätzlich ausschliesst, hat die Vergabestelle nach eigenen Angaben den Vertrag unmittelbar nach dem Zuschlag abgeschlossen, ohne dieses Vorgehen weiter zu begründen und insbesondere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses (z.B. besondere Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) für einen solchen Schritt darzutun. Dieses Verhalten verstösst klar gegen die Praxis der BRK und ist zu missbilligen. **Im vorliegenden Fall** hat die Beschwerdeführerin indes kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt. Sie ist auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen. **2. Zur Protokollierungspflicht bei Verhandlungen** (Erw. 3): Bei den Abschlussgesprächen ging es u.a. um Detailbesprechungen im Zusammenhang mit der Spezifikation der Vergabestelle. Zumindest die Zuschlagsempfängerin hatte angefragt, eine gewisse Modifikation ihrer Offerte vorzunehmen. Ausserdem wurde ihr Gelegenheit gegeben, ihre Offerte (rechnerisch) zu überprüfen. Die technischen Abschlussgespräche sind als Verhandlungen gemäss Art. 20 BoeB zu qualifizieren. Solche sind denn auch in der Ausschreibung ausdrücklich vorbehalten worden. In der Tat liegt stets eine Verhandlung im Sinne von Art. 20 BoeB vor, wenn die Vergabestelle über eine blosse Bereinigung und Prüfung der Angebote nach Art. 25 VoeB – was einen rein verwaltungsinternen Vorgang darstellt – hinausgeht und in direkten Kontakt zu den Anbietern tritt. **Liegen Verhandlungen vor, so sind die Formvorschriften stets einzuhalten.** Verhandlungen über die Angebote beinhalten erhebliche Gefahren bezüglich der Gleichbehandlung der Submittenten. Die Einhaltung von Formvorschriften bei Verhandlungen gewährleistet demgegenüber eine gewisse Transparenz, die gerade mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot von grosser Bedeutung ist. Im Vergaberecht des Bundes ist die Protokollierungspflicht das zentrale Element der Formvorschriften, die bei Verhandlungen einzuhalten sind. **Dabei hat das obligatorisch zu erstellende Protokoll inhaltlich die umschriebenen Mindestangaben bezüglich Namen der anwesenden Personen, verhandelten Angebotsteilen und Ergebnisse der Verhandlungen zu enthalten und ist von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen.** Die Beschwerdeführerin hat zwar die Unterlassung der Protokollierungspflicht der Vergabestelle nicht ausdrücklich als Rechtsverletzung gerügt, doch hat die BRK diesbezüglich eine Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen. In den eingereichten Unterlagen fehlt ein Protokoll über die mit den Anbietern – bzw. einzelnen von ihnen – offenbar geführten Verhandlungen. Es ist davon auszugehen, dass die Vergabestelle es unterlassen hat, die von ihr geführten Verhandlungen zu protokollieren.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, und festgestellt, dass die Zuschlagsverfügung in Verletzung von Bundesrecht zustande gekommen ist. 2. Keine Verfahrenskosten 3. Keine Parteientschädigung.

Entscheid vom 27. Juni 2000, BRK 2000-005

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Zuschlag im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 4. Juni 1999 schlug die Vergabestelle den Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Batterien und Akkumulatoren der X bzw. der noch zu gründenden Y zu. Zu diesem Dienstleistungsauftrag gehörte gemäss Ausschreibung im SHAB vom 11. November 1998 ausserdem die Erstellung eines flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes, die Beschaffung von Daten über den Kreislauf von Batterien und Akkumulatoren sowie weitere Aufgaben nach Stoffverordnung. Das Beschaffungsgeschäft wurde im selektiven Verfahren durchgeführt. **B.** Auf Beschwerde hob die BRK mit Entscheid vom 3. September 1999 die Zuschlagsverfügung vom 4. Juni 1999 auf und wies die Vergabestelle an, das Beschaffungsgeschäft, allerdings ohne die Ausschreibung und das Präqualifikationsverfahren, zu wiederholen. **C.** In der Folge gab diese die Vorbereitung und Durchführung des nochmals aufzurollenden Submissionsverfahrens ab der Stufe Offertstellung bei einem unabhängigen, externen Beratungsunternehmen in Auftrag. Diese lud die beiden Konkurrentinnen sowie die A AG zur (erneuten) Offertstellung ein. Die Beschwerdeführerin liess ihre Offerte der Vergabestelle am 11. Februar 2000 zukommen, die Zuschlagsempfängerin am 14. Februar 2000, bei welcher Offerte sich die A. AG als Kooperationspartnerin beteiligte. **D.** Aufgrund der mit Hilfe einer Beurteilungsmatrix vorgenommenen Bewertung der Offerten durch das Beratungsunternehmen erteilte die Vergabestelle den Zuschlag (neu) an die Zuschlagsempfängerin. Die Zuschlagsverfügung eröffnete es den Konkurrentinnen je mit Schreiben vom 7. April 2000. **E.** Daraufhin wurde mit Eingabe vom 1. Mai 2000 Beschwerde bei der BRK erhoben.

Rechtsfragen:

1. Darf eine ausgeschiedene Anbieterin als Unterakkordantin wieder teilnehmen? 2. Was sind Ausstandsgründe?

Erwägungen:

1. Zur Unterakkordantin (Erw. 2): Die A. AG ist lediglich eine Unterakkordantin. Es war den Offertstellern aber im Rahmen der teilweisen Wiederholung des Submissionsverfahrens nicht verwehrt, ihre Offerten zu überarbeiten, soweit damit das Ergebnis des Präqualifikationsverfahrens nicht in Frage gestellt wurde. **Durch den Beizug der Beraterin als Unterakkordantin der berücksichtigten Anbieterin wurde das Präqualifikationsverfahren jedoch in keiner Weise verfälscht, da der Zuschlag nur der Zuschlagsempfängerin selbst erteilt wurde.** **2. Zum Ausstand** (Erw. 3): Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion. Es genügt, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, den Anschein von Befangenheit zu begründen (eine tatsächlich vorhandene Voreingenommenheit ist nicht erforderlich). Im vorliegenden Fall liegen aber keine Umstände vor, die geeignet sind, den Anschein einer Befangenheit von Dr. B zu begründen. So hat die BKR bereits im Zwischenentscheid vom 25. Mai 2000 darauf hingewiesen, dass seine Unabhängigkeit von der Zuschlagsempfängerin bereits dadurch manifestiert hat, dass er am 4. Juni 1999 die (erste) Verfügung erlassen hat, mit welcher der Zuschlag nicht dieser, sondern der Beschwerdeführerin erteilt worden ist. Hinzu kommt, dass das wieder aufgenommene Submissionsverfahren von der A. AG vorbereitet und durchgeführt wurde, und die Vergabestelle der (neuen) Zuschlagsverfügung deren Empfehlung zu Grunde gelegt hat. Auch steht Dr. B. bereits seit dem 28. März 1998 in keinerlei Beziehung mehr zur Zuschlagsempfängerin. **3. Zur relativen Gewichtung** (Erw. 4): Die Vergabestelle hat den Offerenten die massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung sowie zusätzliche Unterkriterien in seiner Einladung zur Offertstellung bekanntgegeben. Hingegen fehlt es an einer Präzisierung der relativen Gewichtung der einzelnen Zuschlags- respektive Unterkriterien. Eine relative Gewichtung wurde erst nach Eingang der Offerten von der A. AG vorgenommen. Aufgrund dieser von der A. AG und der Vergabestelle als „Beurteilungsmatrix“ bezeichneten Punktebewertung hat letztere den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt. **Sobald jedoch eine relative Gewichtung eingeführt wird, muss auch diese den Offerenten vorgängig bekannt gegeben werden. Dass die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung bekannt gegeben wurden, genügt nicht. Insofern liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung unter Berücksichtigung der nachfolgenden Weisungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Den beiden Konkurrenten wird Gelegenheit gegeben, aufgrund der Einladung der Vergabestelle zur Offertstellung und unter Berücksichtigung des der positiven, respektive negativen Zuschlagsverfügung beigefügten Evaluationsberichtes bzw. der Beurteilungsmatrix, ihr Angebot bis zum 7. August 2000 zu ergänzen und innert dieser nicht erstreckbaren Frist bei der Vergabestelle einzureichen. Gegen das Vorsehen eines Beizuges von Unterakkordanten durch in ihrer Offerte ist nichts einzuwenden. 3. Die Vergabestelle hat auf der Grundlage der ergänzten Offerten nach Massgabe der Beurteilungsmatrix eine neue Zuschlagsverfügung zu erlassen. 4. Keine Verfahrenskosten. 5. Parteientschädigung von Fr. 4'000.--.

Zwischenentscheid vom 11. August 2000, BRK 2000-011 (vgl. 16.11.01)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, aufschiebende Wirkung

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 9. Dezember 1999 im SHAB schrieb die Vergabebehörde im offenen Verfahren den Lieferauftrag für die Beschaffung von sechs Beatmungsgeräten für den Einsatzbereich in der Intensivpflegestation aus. Die Auftragsvergabe aufgrund folgender, in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgeführter Zuschlagskriterien: Abdeckung der Anforderung gemäss technischem Pflichtenheft; Preis-/Leistungsverhältnis und Bedingung zur Zusammenarbeit; Einhaltung der Termine. Als Grundlage werden in der Ausschreibung auf ein technisches Pflichtenheft verwiesen, welches angefordert werden konnte. **B.** Am selben Tag, an dem die Ausschreibung im offenen Verfahren publiziert wurde, hat die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin in einem mit „Offertanfrage“ betitelten Schreiben um die Zustellung einer Offerte gebeten. In diesem Schreiben wurden folgende „Anforderungen; Technisches Pflichtenheft“ bekanntgegeben: Einsatz für die Kurz- und Langzeitbeatmung von erwachsenen Personen; Möglichkeit von druck- und volumenkontrollierten Beatmungsverfahren; Integrierter Monitor zur Überwachung der relevanten Parameter; Atemgasbefeuchter mit Temperaturregler; Mobil einsetzbar (auf Wagen oder Stativ); Bedienungsanleitung d/f/i/e. Das oben erwähnte Schreiben vom 9. Dezember 1999 erwähnt als Beilage lediglich „Allgemeine Einkaufsbedingungen“. Ein Hinweis darauf, dass ein die obenstehende Aufzählung der technischen Anforderungen ergänzendes technisches Pflichtenheft beigelegt wurde, ist im Schreiben selbst nicht enthalten. **C.** Fristgerecht reichten vier Anbieter eine Offerte ein. Alle Angebote wurden in der Folge einem Truppenversuch unterzogen. Im Anschluss wurde durch die Sektion X eine fachtechnische, und die Sektion Y eine kommerzielle Nutzwertanalyse erstellt, welche jeweils auf einer Beurteilungsmatrix basierte. **D.** Am 16. Juni 2000 wurde der Zuschlag erteilt und im SHAB vom 26. Juni 2000 publiziert. Mit Schreiben vom 6. Juli 2000 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vergabebehörde um Bekanntgabe der wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung. Mit Schreiben vom 7. Juli 2000 teilte die Vergabebehörde mit, die Basis für die Beurteilung und den Entscheid bilde das Evaluationsergebnis aus der Nutzwertanalyse. Zudem wurden als ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes die Möglichkeit, die Spracheinstellung ohne Ausschalten des Gerätes umzustellen, die Darstellung von Beatmungskurven auf dem Monitor sowie die sehr guten multimedialen Schulungs- und Ausbildungsunterlagen für Truppe und Auslandseinsatz erwähnt. **E.** Daraufhin wurde mit Datum vom 17. Juli 2000 Beschwerde bei der BRK erhoben.

Rechtsfragen:

Sind die Voraussetzungen zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegeben (Erw. 2 f.)?

Erwägungen:

Zur aufschiebenden Wirkung: Die BRK wiederholt ihre bisherige Praxis zur aufschiebenden Wirkung und ergänzt: Die Fach- als auch technische Nutzwertanalyse erfolgten aufgrund einer unterschiedlich gewichtete Kriterien umfassenden Beurteilungsmatrix. Weder lassen sich die dort verwendeten Kriterien direkt auf das technische Pflichtenheft zurückführen, noch fehlen Hinweise darauf, dass die verwendete Beurteilungsmatrix den Offerenten bekanntgegeben wurde. Im Rahmen der prima-facie-Würdigung der Begründetheit des vorliegenden Rekurses anlässlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung kann hingegen festgestellt werden, dass dem Rekurs durchaus Erfolgsaussichten zukommen, falls - was im derzeitigen Verfahrensstadium nicht ausgeschlossen werden kann - die Vergabe aufgrund von Kriterien erfolgte, welche der Beschwerdeführerin nicht mitgeteilt wurden. Im jetzigen Zeitpunkt kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabe aufgrund einer der Beschwerdeführerin nicht mitgeteilten relativen Gewichtung erteilt hat. Somit ergibt eine prima-facie-Würdigung der Erfolgsaussichten der vorliegenden Beschwerde aufgrund der gegebenen Aktenlage, dass diese nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden kann. Da der Beschwerde somit durchaus Aussicht auf Erfolg zukommt, sind die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Interessen der Beschwerdeführerin sind als gewichtig zu bezeichnen, denn wird der Vertrag mit der anderen Anbieterin abgeschlossen, so kann die BRK den Zuschlag selbst bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Die Vergabebehörde macht zeitliche Dringlichkeit geltend. Die Vernehmlassung der Vergabebehörde enthält keinerlei Ausführungen darüber, inwiefern die Vergabestelle, namentlich durch genügend langfristige Planung, das ihr Zumutbare unternommen hat, um den Eintritt von Dringlichkeit vom vorliegenden Beschaffungsgeschäft abzuwenden. Das fehlende Selbstverschulden der Vergabestelle an einer allfälligen Dringlichkeit ist daher nicht einmal glaubhaft gemacht. Im Übrigen macht die Vergabebehörde keine von einem überwiegenden öffentlichen Interesse herrührende zeitliche Dringlichkeit geltend, welche einen unverzüglichen Vertragsschluss und die Durchführung des Beschaffungsgeschäfts rechtfertigen würde. Auch macht sie keine Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität der Personen, die noch mit dem heute im Einsatz stehenden Beatmungsgerät behandelt werden, geltend.

Entscheid:

1. Der Beschwerde wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Über Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Entscheides befunden.

Entscheid vom 25. August 2000, BRK 2000-006

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Zuschlag im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Publikation vom 11. Oktober 1999 im SHAB schrieb die Vergabestelle den Lieferauftrag für die Beschaffung von Selbstbedienungs-Tankautomaten aus. Als Grundlage in der Ausschreibung wird auf ein Detail-Pflichtenheft verwiesen, welches bei der Vergabestelle angefordert werden konnte. Als Zuschlagskriterien wurden „Preis, Qualität, Kundendienst, Integration in bestehende Tankstellen“ bekanntgegeben. **B.** Fristgerecht reichten 6 Anbieter ein Angebot ein. Die Angebote wurden am 29. November 1999 geöffnet und die Öffnung protokolliert. Durch die Berater der Vergabestelle wurden die verschiedenen Angebote ausgewertet und ein erster Bericht mit Datum vom 3. Februar 2000 verfasst. Am 4. und 7. Februar 2000 (Protokoll vom 16. Februar 2000) wurde der Ausschluss von 2 der 5 verbliebenen Anbieter sowie die Änderung des Beschaffungsgegenstandes, nur Outdoor-Versionen, beschlossen. Mit Schreiben vom 15. Februar 2000 wurden die drei verbliebenen Anbieter um weitere Informationen gebeten. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Pflichtenheft vorgesehen waren. **C.** An der Sitzung vom 15. März 2000 wurden die Offerten inklusive der eingereichten Nachträge nochmals ausgewertet. Nach dem Eingang der verlangten Antworten wurde ein weiterer Bewerber ausgeschlossen und der Entscheid gefällt, die verbleibenden 2 Anbieter zu besuchen. Anlässlich dieses Besuches wurden den Bewerbern unter anderem verschiedene Fragen gestellt, welche durch sie anschliessend schriftlich beantwortet wurden. **D.** Mit Schreiben vom 6. und 16. April 2000 reichten die verbliebenen Bewerber die Antworten zum Fragenkatalog und ihre rektifzierten Angebote ein. In der Folge wurden Wert- und Kostenanalysen der Angebote ausgearbeitet. An der Sitzung vom 18. April 2000 wurde beschlossen, den Auftrag zu vergeben. Mit Schreiben vom 20. April 2000 wurde der Entscheid der Beschwerdeführerin mitgeteilt und am 5. Mai 2000 im SHAB publiziert. **E.** Die Beschwerdeführerin erhob mit Datum vom 8. Mai 2000 gegen diesen Entscheid Beschwerde bei der BRK. Sie macht im Wesentlichen geltend, der Hinweis auf eine negative Wertanalyse fehle und die Beurteilung halte einer detaillierten Überprüfung nicht stand. Es wird darauf hingewiesen, dass das vorhandene Pflichtenheft zu rudimentär und nicht geeignet sei, als Grundlage für einen solchen Entscheid zu dienen und dass gewisse technische Anforderungen im Pflichtenheft nicht vorgesehen waren. Zusätzlich wird auch die Unabhängigkeit der Projektleitung in Frage gestellt.

Rechtsfragen:

Was sind die Anforderungen an die Zuschlagskriterien: Bewertung, Rangfolge, Gewichtung (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zu den Zuschlagskriterien: Die für das einzelne Vergabegeschäft massgeblichen Zuschlagskriterien sind von der Vergabebehörde für jedes Beschaffungsgeschäft neu festzulegen, sowie obligatorisch und umfassend bekanntzugeben. Dabei ist es Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; nimmt sie eine relative Gewichtung dieser Kriterien vor, so ist auch diese vorgängig bekannt zu geben. 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. Ziel des öffentlichen Beschaffungsrechts ist es, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten. Dazu muss die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes für Aussenstehende nachvollziehbar sein. Es bedarf somit eines Evaluationsberichtes, welcher es der BRK ermöglicht, den Zuschlagsentscheid im Lichte der publizierten Zuschlagskriterien zu überprüfen. Eine Bewertung der eingegangenen Offerten im Lichte dieser Zuschlagskriterien ist nicht erfolgt. Hingegen wurde eine sogenannte „Wertanalyse“ erstellt, mit welcher der „Nutzwert“ der Offerten der Beschwerdeführerin sowie der berücksichtigten Anbieterin ermittelt werden sollte. Berücksichtigt wurden hier die Kriterien Logistische Infrastruktur (Betriebsstoffe), Geräteparameter (Automat) sowie Service, wobei jeweils mehrere Teilziele sowie Zielkriterien formuliert wurden, welche sich nicht direkt auf das den Offerenten abgegebene technische Pflichtenheft beziehen und je eine unterschiedliche relative Gewichtung erfuhren. Indem die Vergabebehörde den Zuschlagsentscheid nicht aufgrund der publizierten Zuschlagskriterien getroffen hat, handelte sie vergaberechtswidrig. Soweit die Zuschlagskriterien überhaupt in die erstellte Wertanalyse eingeflossen sind, wurden sie einer relativen Gewichtung unterzogen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekanntgegeben wurde. Im Übrigen ist nur bedingt nachvollziehbar, inwiefern die Vergabebehörde das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt hat. Ein Evaluationsbericht, welcher es der BRK ermöglichen würde, den Zuschlagsentscheid im Lichte der publizierten Zuschlagskriterien zu überprüfen, liegt nicht vor. Auch hierdurch wird gegen das Transparenzprinzip verstossen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten aber eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zu Gunsten der Beschwerdeführerin.

Décision incidente du 30 août 2000, CRM 2000-013 (Endentscheid: 22.1.01)

Regeste: marché public de travaux; adjudication dans une procédure sélective; demande d'octroi de l'effet suspensif

En fait:

A. Le pouvoir adjudicateur publia dans la FOOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la construction d'un village d'exercices de 30 bâtiments et d'ouvrages de génie civil. Il était réparti en 7 lots indépendants. Le lot n° 2 portait sur la construction des 30 maisons en béton armé. Les documents d'appel d'offres acceptaient le dépôt de variantes. Le budget total était de 19 millions de francs. **B.** Le choix des participants à l'issue de la première phase de sélection fit l'objet d'une publication dans la FOOSC du 29 février 2000. **C.** Le consortium N. déposa une offre pour le lot n° 2, comportant une offre de base et une variante. Le 7 juillet 2000, le pouvoir adjudicateur procéda à l'adjudication des 7 lots. Le lot n° 2 fut adjugé au consortium C. Sàrl. Par courrier du 13 juillet 2000, le pouvoir adjudicateur informa le recourant que son offre n'avait pas été retenue, car elle n'était pas la plus avantageuse sur la base du rapport qualité/coûts. Le pouvoir adjudicateur n'avait pas retenu la variante, car le standard de construction ne répondait pas à son attente. L'offre du recourant ne comportait pas, entre autres, les prix des prédalles-coffrages ou du béton des murets de fondation. Le pouvoir adjudicateur avait tenu compte d'une moins-value de 100 000 francs pour la pose de murs en brique au lieu de murs intérieurs préfabriqués. **D.** Par courrier reçu par la CRM le 27 juillet 2000, le recourant a formé recours contre la décision d'adjudication du lot n° 2. **E.** Par courrier du 27 juillet 2000, le Président de la CRM a informé le pouvoir adjudicateur du dépôt d'un recours contre l'adjudication du lot n° 2 et lui a imparti un délai au 10 août 2000 pour se prononcer sur la requête d'effet suspensif, et au 4 septembre 2000 sur le fond de l'affaire. Il a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

Question juridique:

Quelles sont les conditions pour l'effet suspensif (c. 2)?

En droit:

L'effet suspensif: La LMP n'indique pas les critères à prendre en compte pour l'octroi de l'effet suspensif. Selon la doctrine et la jurisprudence relative à l'art. 55 al. 1 PA, il convient de prendre en compte l'apparence de bien-fondé du recours, le risque d'un dommage irréparable ainsi que la pondération des différents intérêts en jeu. **Dans le cadre de l'examen *prima facie* d'une requête d'effet suspensif, la CRM tranche en règle générale sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires. La mesure de la preuve est la même pour les deux parties. En l'espèce, le recourant lui-même n'a pas fourni avec son recours une copie de son offre, de sorte qu'il n'est pas possible à la Commission de vérifier si le prix des prédalles-coffrages était inclus dans l'offre du recourant, comme celui-ci le soutient, ou s'il ne l'était pas. Sur ce point, le recourant n'a pas démontré l'apparence du bien-fondé de son recours. Inversement, le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus fourni de copie de l'offre du recourant, de sorte qu'il n'a pas non plus démontré que le recours était manifestement mal fondé sur ce point. La CRM ne peut en conséquence trancher sur le *fumus boni juris* quant à l'argument d'une inclusion du prix des prédalles-coffrages.** En conséquence, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu et de l'application du principe de proportionnalité, qui joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Lorsque les différents lots destinés à la réalisation d'un même ouvrage sont attribués indépendamment, ils constituent des marchés distincts, et non un seul marché. Le cumul de la valeur des marchés de travaux nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage est uniquement destiné à déterminer si le seuil déterminant pour l'application des règles de la LMP est atteint. **Le recours déposé par le recourant n'a, à juste titre, pour objet que l'adjudication du lot n° 2. Il en résulte qu'un éventuel effet suspensif ne peut formellement avoir d'effet que pour l'adjudication du lot n° 2, et en conséquence que pour l'adjudicataire de ce lot d'environ 5 millions de francs. Toute application du principe de la proportionnalité est superflue à ce titre. L'exécution du marché doit être d'emblée planifiée et annoncée aux soumissionnaires en tenant compte de l'éventuel report causé par une procédure de recours. De même, les engagements demandés aux soumissionnaires quant à leurs prix et conditions doivent porter sur une durée qui inclut raisonnablement l'éventualité d'un recours.** De plus, le coût supplémentaire de 1 million de francs évalué par le pouvoir adjudicateur constitue une extrapolation maximaliste qui paraît exagérée. Le pouvoir adjudicateur a d'abord basé ses prévisions et ses demandes aux adjudicataires sur un retard de 6 mois dans l'exécution du marché. Cette prévision semble excessive. **En l'état actuel du dossier, un jugement au fond devrait pouvoir être rendu à bref délai après le mémoire-réponse du pouvoir adjudicateur sur le fond et après l'envoi par celui-ci du dossier complet relatif à la passation du marché. Même l'hypothèse d'un second échange d'écritures ne permet pas de conclure à une durée de 6 mois de la procédure de recours.**

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé au recours contre l'adjudication du lot no 2. 2. Le recourant doit indiquer s'il agit au nom de tous les membres du consortium ou à défaut, démontrer que les autres membres du consortium ont toujours l'intention d'exécuter le marché en cas d'acceptation du recours. 3. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.

Entscheid vom 1. September 2000, BRK 2000-009

Regeste: Zuschlag im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 15. November 1999 schrieb die Vergabestelle den Dienstleistungsauftrag für den Umzug eines Departements zur Vergabe aus. Als Zuschlagskriterien wurden genannt: Vollständigkeit der Angebotsunterlagen; Präsentation; Lösungsansätze zu Projektrisiken; Preis. **B.** Nach durchgeführtem Präqualifikationsverfahren wurden den selektionierten Unternehmen die vom 28. Januar 2000 datierenden, von der X erstellten Angebotsunterlagen zugestellt, aufgrund derer diese ihre Angebote bis zum 20. März 2000 einzureichen hatten. Nunmehr sollte der Auftrag aufgrund folgender Zuschlagskriterien vergeben werden: 1. Vollständigkeit der Angebotsunterlagen; 2. Präsentation; 3. Aufgabenbezogene Organisationsstruktur des Anbieters; 4. Lösungsansätze zu den Projektrisiken; 5. Preis /Leistungsverhältnis. **C.** Nach Auswertung der Angebote schlug die Vergabestelle mit Verfügung vom 11. Mai 2000 den Auftrag zu. Dieser Entscheid wurde im SHAB vom 18. Mai 2000 publiziert. Der Beschwerdeführerin, die sich am Vergabeverfahren ebenfalls beteiligt hatte, wurde der Entscheid unter Beilage einer Kopie der Veröffentlichung im SHAB mit Schreiben vom 19. Mai 2000 mitgeteilt. **D.** Diese erhebt mit Eingabe vom 7. Juni 2000 gegen diesen Entscheid Beschwerde bei der BRK. Sie beantragt, die Vergabe an die Z AG aufzuheben und das Verfahren an die Vergabestelle zur Neuvergabe zurückzuweisen. Eventuell sei der Auftrag der Beschwerdeführerin zu vergeben. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Rechtsfragen:

1. Ist die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben? 2. Ist das Kriterium „Preis-Leistungsverhältnis“ zulässig? 3. Muss der Verfahrensfehler kausal zur Zuschlagserteilung sein?

Erwägungen:

1. Zur Gewichtung (Erw. 2): Im vorliegenden Fall wurden die im SHAB vom 15. November 1999 publizierten Zuschlagskriterien „Vollständigkeit der Angebotsunterlagen“, „Präsentation“, „Lösungsansätze zu den Projektrisiken“ sowie „Preis“ in den Angebotsunterlagen um das (an dritter Stelle platzierte) Zuschlagskriterium „Aufgabenbezogene Organisationsstruktur des Anbieters“ ergänzt. Zudem wurde das an letzter Stelle stehende Zuschlagskriterium „Preis“ nunmehr in „Preis/Leistungsverhältnis“ umbenannt. Da diese Änderung der Zuschlagskriterien den selektionierten Offerenten jedoch noch vor der Angebotseinreichung mitgeteilt wurde, sie mithin ihre Angebote im Hinblick auf diese (geänderten) Zuschlagskriterien einreichen konnten, dürfte hierin noch kein Verstoss gegen die Gebote der Transparenz bzw. der Gleichbehandlung liegen. In der von der X erstellten Angebotsauswertung vom 27. April 2000 wurden nunmehr die Kriterien 1 bis 4 der in den Angebotsunterlagen bekannt gegebenen fünf Zuschlagskriterien je zu einem Viertel gewichtet. Dadurch wurde eine relative Gewichtung vorgenommen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekannt gegeben wurde. Auch die gleich starke Gewichtung der erwähnten Zuschlagskriterien stellt eine relative Gewichtung dar, welche hätte offen gelegt werden müssen. Nur so kann der Gefahr von Missbrauch und Manipulation seitens des Auftraggebers wirksam begegnet werden. **2. Zum „Preis-Leistungsverhältnis“** (Erw. 3): Die Bezeichnung des fünften Zuschlagskriteriums mit „Preis-/Leistungsverhältnis“ ist unzutreffend. Die Ermittlung des Preis-/Leistungsverhältnisses ist ja gerade Sinn und Zweck des ganzen Vergabeverfahrens, mithin der Würdigung aller Zuschlagskriterien. Vielmehr wird hier das Ergebnis der Würdigung der ersten vier Zuschlagskriterien, welche Auskunft über die „Leistungsverhältnisse“ oder, mit den Worten der Vergabebehörde, das „Leistungspotential“ der einzelnen Offerenten gibt, dem Zuschlagskriterium „Preis“ gegenübergestellt. Durch eine solche Vorgehensweise kommt dem letzten Zuschlagskriterium in der Tat dasselbe Gewicht wie der Gesamtheit der übrigen Zuschlagskriterien zu. Auch darin liegt ein Verstoss gegen Art. 21 Abs. 2 BoeB, wonach die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen sind. Zudem wird hiermit wiederum eine relative Gewichtung vorgenommen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekannt gegeben wurde, und somit das Transparenzgebot verletzt. **3. Zur Kausalität** (Erw. 4): Die Vergabestelle bringt schliesslich vor, selbst wenn sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen begründet wären, würde dies nicht zu einem anderen Zuschlag führen. Ob die von der Vergabebehörde vorgenommene relative Gewichtung im vorliegenden Fall einen Einfluss auf den Vergabeentscheid gehabt hat, kann indes offen gelassen werden. Denn die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Gesichtspunkte ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung vorgenannter Regel auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist. Entsprechend kann auch offen gelassen werden, wie es sich mit den übrigen Rügen der Beschwerdeführerin verhält. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Zuschlagsentscheid der Vergabestelle vom 11. Mai 2000 demnach aufzuheben.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Beurteilung an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Parteientschädigung von Fr. 3'000.--.

Entscheid vom 3. November 2000, BRK 2000-007

Regeste: Freihändige Vergabe von Dienstleistungen

Sachverhalt:

A. Der Bund hat mit den zwei in der Schweiz tätigen Nachrichtenagenturen insgesamt drei Verträge abgeschlossen. **B.** Der erste wurde am 13. Dezember 1996 unterzeichnet und galt erstmals für das Jahr 1997. **C.** Die anderen beiden Verträge wurden 1990 bzw. 1994 mit der zweiten Agentur geschlossen. Der letztere der beiden Verträge wurde im Dezember 1994 unterzeichnet und galt erstmals für das Jahr 1995. Beide Verträge erneuern sich stillschweigend, falls sie nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Jahr gekündigt werden. Zu ihrem Inhalt: Vertrag Nr. 2: Umfassender Agenturdienst; Übersetzungen für die Tessiner Medien; Sicherstellung eines detailliert geregelten Alarmdienstes für Krisensituationen für den Bund ausserhalb der Bürozeiten; Zugang für die Bundesverwaltung und die Bundeshausjournalisten zu ihrer laufend aktualisierten Datenbank ELSA. Vertrag Nr. 3: Dem Bund wird ermöglicht, im Maximum 500 Seiten pro Jahr via Original Text Service verbreiten zu lassen. Damit erhält der Bundesrat die Möglichkeit, den Redaktionen Erklärungen oder Communiqués von ausserordentlicher Bedeutung im Wortlaut unmittelbar zukommen zu lassen (Fr. 140'000.-- pro Jahr). **D.** Auf ihren Wunsch konnte die Beschwerdeführerin ihre Leistungen umfassend präsentieren und offerieren. **E.** Die Wettbewerbskommission teilte auf Anfrage mit, sie sehe keinen Anlass, eine Untersuchung oder eine Vorabklärung zu eröffnen. **F.** Auf Ersuchen der Beschwerdeführerin verfügte die Vergabestelle am 17. April 2000 gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB, dass die zwischen ihr und der einer Agentur abgeschlossenen Verträge von 1991/1995 nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Zur Begründung brachte sie vor, es handle sich um sehr spezifische Dienstleistungen, die nur von einer Agentur in der notwendigen hohen Qualität und unter Berücksichtigung der technischen Besonderheiten erbracht werden könnten. Im Übrigen wies die Vergabestelle darauf hin, dass die Verträge von 1991/1995 nach wie vor gültig und durch das Inkrafttreten des BoeB nicht hinfällig geworden seien. Ihre Verfügung versah sie mit einer Rechtsmittelbelehrung an die BRK. **G.** Die Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe vom 10. Mai 2000 Beschwerde. Im Rahmen ihrer Replik fügte sie hinzu, dass sich die Frage stelle, ob das Leistungsangebot nicht unterteilt werden müsste. Zwischen der Vermittlung von Nachrichten und dem Übersetzungsdienst für das Italienische bestehe z.B. kein Zusammenhang.

Rechtsfragen:

1. Unterstehen die Dienstleistungen dem BoeB? 2. Dürfen sie freihändig vergeben werden?

Erwägungen:

1. Zur sachlichen Zuständigkeit (Erw. 2): Sowohl das GPA als auch der Anhang 1 der VoeB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen und verweisen im Übrigen auf die Referenz-Nummern der Zentralen Produktklassifikation (CPC) der UNO (Ausgabe 1991). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BoeB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen. Die im ersten Vertrag erwähnten Agenturdienstleistungen (Nr. 962) und Übersetzungen (Nr. 87905) sind im abschliessend zu verstehenden Anhang zur VoeB bzw. des GPA nicht aufgeführt und unterstehen demnach nicht dem Anwendungsbereich des BoeB. Dasselbe gilt für den Zugang zur Datenbank ELSA (Nr. 9631), nicht aber die Dienstleistung aus dem dritten Vertrag, die unter den sachlichen Anwendungsbereich des BoeB fällt (Nr. 752). Seine Laufzeit ist unbestimmt, so dass für die Berechnung des Schwellenwertes auf die monatliche Rate multipliziert mit 48 abzustellen ist (demnach CHF 560'000.--). Dann prüfte die BRK die intertemporale Frage: Beim Vertragsschluss vor dem 1. Januar 1996 untersteht die freihändige Vergabe dem alten, bei einem Vertragsschluss danach dem neuen Recht. Die BRK verneint, dass die Vergabestelle gehalten wäre, einen Vertrag zu beenden, der vor dem Inkrafttreten des BoeB abgeschlossen worden ist, dessen Erfüllung sich aber durch die von Jahr zu Jahr erfolgte stillschweigende Weiterführung über das Inkrafttreten hinaus erstreckt (unechte Rückwirkung). Der Bundesgesetzgeber sei sich der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst gewesen, so dass er ins BoeB keine Bestimmung aufgenommen hat, welche die Dauer solcher Verträge begrenzen würde. Insofern liege eine Lücke vor. Diese brauche hier jedoch aufgrund der intertemporalen Regelung gemäss BoeB nicht ausgefüllt zu werden. **2. Zur freihändigen Vergabe** (Erw. 4): Trotz der fehlenden sachlichen Zuständigkeit hält die BRK noch fest, dass die Beschwerde materiell Bestand gehabt hätte. Nachdem sie ihre Rechtsprechung zur freien Wahl des Verfahrens zwischen offenen und selektiven Verfahren sowie der Beweislast zu Ungunsten der Vergabestelle festhielt (Urteil v. 19. Juli 1999) führt sie aus: Die Vergabestelle ist nicht nur verpflichtet, zur Rechtfertigung der Anwendung des freihändigen Verfahrens das Vorliegen technischer Gründe darzutun, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und - wenn möglich - belegen, dass diese technischen Gründe es unbedingt erforderlich machen, den Vertrag an die einzelne Anbieterin zu vergeben. Dieser beinhaltet vorliegend einen Übermittlungsdienst, mit dem Daten wichtiger Erklärungen oder Communiqués des Bundesrates, die direkt den Redaktionen übermittelt werden. Es ist unersichtlich, weshalb diese Dienstleistung nur von einer Agentur erbracht werden könne.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 1'000.— werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

Entscheid vom 18. Dezember 2000, BRK 2000-020 (vgl. 3.9.1999)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Zuschlag im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schlug den Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Batterien und Akkumulatoren zu. Das Beschaffungsgeschäft wurde im selektiven Verfahren durchgeführt. **B.** Auf Beschwerde hob die BRK mit Entscheid vom 3. September 1999 die Zuschlagsverfügung auf. **C.** Sie gab die Vorbereitung und Durchführung des nochmals aufzurollenden Submissionsverfahrens ab der Stufe Offertstellung bei einem unabhängigen, externen Beratungsunternehmen in Auftrag. Diese lud die beiden Konkurrentinnen sowie die A AG zur (erneuten) Offertstellung ein. Beide gaben erneut Offerten ab, wobei die A. AG sich als Unterakkordantin damaligen Beschwerdeführerin beteiligte. **D.** Aufgrund der mit Hilfe einer Beurteilungsmatrix vorgenommenen Bewertung der Offerten durch das Beratungsunternehmen erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die Beschwerdeführerin. **E.** Auf Beschwerde der nunmehr ehemaligen Zuschlagsempfängerin hob die BRK mit Entscheid vom 27. Juni 2000 die Zuschlagsverfügung erneut auf und wies das die Vergabestelle an, das Beschaffungsgeschäft in dem Sinne zu wiederholen, als dass beiden Gelegenheit gegeben wird, ihr Angebot zu ergänzen, und es auf der Grundlage der ergänzten Offerten nach Massgabe der dem Evaluationsbericht vom 7. April 2000 beigelegten Beurteilungsmatrix eine neue Zuschlagsverfügung zu erlassen habe. Mit Schreiben vom 4. Juli 2000 führte die Vergabestelle u.a. aus, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beurteilung der beiden gemäss vorstehenden Vorschriften ergänzten Offerten ergeben werde, dass diese in Bezug auf die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien gleichwertig sein werden, deshalb: "Wir würden in diesem Fall den Zuschlag nach Art. 21 Abs. 1 BoeB demjenigen Angebot erteilen, das den günstigeren Preis offeriert. Wir bitten Sie, diese Eventualität bei der Ergänzung ihrer Offerten zu berücksichtigen." Mit Schreiben vom 12. Juli 2000 hat die Vergabebehörde das Kriterium des "günstigsten Preises" näher ausgeführt. Entscheidend sei der Preis für die Verwaltungstätigkeit, das heisst die Kosten, die für die Tätigkeit der Organisation im Rahmen des in Frage stehenden Auftrages anfallen, ungeachtet dessen, ob sie selbst oder durch Unterakkordanten erbracht werde. Der massgebliche Preis werde aus der (zu veranschlagenden) Summe der Aufwendungen für die Jahre 2001 bis 2005 ermittelt. Diese Definition wird durch eine exemplifikatorische Aufzählung von zu berücksichtigenden Aufwendungen ergänzt. **F.** In der Folge reichten beide ergänzte Angebote ein. Das Vergabestelle beurteilte diese erneut und erteilte mit Verfügung vom 10. Oktober 2000 der erstmaligen Zuschlagsempfängerin den Zuschlag. Es führte aus, nunmehr würden beide Offerten die Maximalpunktzahl von 100 erreichen und wären somit gleichwertig. Da die ehemalige Zuschlagsempfängerin einen deutlich tieferen Preis für die Verwaltungstätigkeit anbieten erhalte ihre Offerte den Zuschlag. **G.** Gegen diese Verfügung wurde Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Darf nachträglich für den Fall gleichwertiger Angebote ein zusätzliches Kriterium nachgeschoben werden? 2. Darf die Vergabestelle den Bruttopreis minus die vorgezogenen Zinsen berücksichtigen?

Erwägungen:

1. Zum nachträglichen Kriterium (Erw. 2): Mit dem genannten Vorgehen hat die Vergabebehörde im Hinblick auf die (teilweise) Wiederholung des Vergabeverfahrens ein neues (zusätzliches) Zuschlagskriterium, den Preis, eingeführt, weil für die Vergabebehörde absehbar war, dass beide Anbieterinnen mit Bezug auf die bisherigen Zuschlagskriterien die maximal mögliche Bewertung erreichen würden, und daher eine Pattsituation entstehen könnte. Die Vergabebehörde hat dieses neue Kriterium den Anbieterinnen rechtzeitig vor der Offerteinreichung bekannt gegeben; bei dieser Sachlage ist vorliegend weder eine Verletzung des Gleichbehandlungs- noch des Transparenzgrundsatzes zu erkennen. Im Vorgehen der Vergabebehörde kann auch keine Verletzung der Rückweisungsbestimmungen der BRK erblickt werden; vielmehr erscheint das gewählte Vorgehen als sachgerecht zur Vermeidung der befürchteten Pattsituation bei der Bewertung der beiden Offerten. Das Vorgehen der Vergabebehörde war daher sachgerecht und ist nicht zu beanstanden. **2. Zum Kriterium Preis** (Erw. 3): Da bei der Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr aus den erhobenen, aber noch nicht verwendeten Gebührengelder, Zinserträge anfallen, liess es die Vergabestelle zum Abzug von den Bruttokosten zu. Während die Zuschlagsempfängerin unter diesem Titel einen Abzug von Fr. 10'000.-- pro Jahr bereits vorgesehen hatte, bereinigte die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin ex officio um die von dieser zwar ausgewiesenen, aber nicht im Preis eingerechneten durchschnittlichen Fr. 62'000.-- pro Jahr. Abgesehen davon, dass durch dieses Vorgehen ja gerade das Angebot der Beschwerdeführerin begünstigt wurde, ist insofern auch im Hinblick auf die Bindung an die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nichts zu beanstanden. Vielmehr gebietet der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel, welcher eine Hauptzielsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist, dass auf die effektiven Kosten der Verwaltungstätigkeit abgestellt wird. Das Zuschlagskriterium "günstigster Preis" wurde somit von der Vergabebehörde korrekt ermittelt, eine Verletzung des Transparenzgebots liegt mithin nicht vor.

Entscheid:

Die Beschwerde wird abgewiesen und die Zuschlagsverfügung bestätigt. Die Verfahrenskosten (Fr. 1'000.--) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Beschwerdeführerin hat eine Parteientschädigung (Fr. 2'500.--) auszurichten.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013

Regeste: adjudication de travaux dans une procédure sélective; variante

En fait:

A. Le 10 janvier 2000, le pouvoir adjudicateur publia dans le FOSC un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la construction d'un village d'exercice de trente bâtiments et d'ouvrages de génie civil. Il était réparti en 7 lots indépendants. Le lot no 2 portait sur la construction des 30 maisons en béton armé. **B.** La recourante se présentant comme une «entreprise virtuelle en formation», déposa une demande de participation pour le lot no 2. En cas d'adjudication du marché, le groupement annonçait qu'il se constituerait en société simple. **C.** Les critères d'adjudication étaient énumérés dans leur ordre d'importance: 1. Prix; 2. Délais; 3. Qualité de l'organisation; 4. Critères d'élimination. **D.** Par courrier du 28 mars 2000, la recourante adressa deux questions à la mandataire du pouvoir adjudicateur. La seconde question se référait à la possibilité de déposer des variantes et demandait s'il existait un plan d'utilisation et de sécurité relatif aux maisons à construire, selon la norme SIA 160. **E.** Par lettre du 7 avril 2000, le mandataire du pouvoir adjudicateur adressa à tous les candidats retenus pour le lot Nr. 2 ses réponses aux deux questions et en particulier le plan de sécurité et d'utilisation demandé.

Questions juridiques:

1. Quelle est la qualité pour recourir si un associé est sorti du groupement? 2. Est-il possible de modifier la pondération des critères d'adjudication? 3. Les variantes et les exigences techniques minimales; 4. Substitution des motifs.

En droit:

1. Qualité pour recourir (cons. 1): Si une substitution d'associé est exclue par les règles sur les marchés publics, il faut encore vérifier si le marché pourrait être adjugé aux quatre associés restants du groupement, dont la capacité avait été vérifiée et approuvée par le pouvoir adjudicateur. En effet, lorsqu'il est évident que les associés restants disposent toujours de la capacité économique, technique et financière nécessaire à la bonne exécution du marché en cause dans le délai prescrit, le pouvoir adjudicateur ne doit entreprendre aucune réévaluation des associés restants, ni évaluation ab ovo d'un nouvel associé. Dans une telle hypothèse, l'exclusion du groupement du fait du retrait d'un associé surnuméraire constituerait un formalisme excessif. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. Une légère variation parmi les collaborateurs d'une entreprise entre dans la fluctuation ordinaire des ressources humaines et, pour autant qu'il ne s'agisse pas des personnes clés pour la réalisation du marché, ne remet pas en cause l'aptitude de l'entreprise. **2. Modification des critères** (cons. 2): Le pouvoir adjudicateur a sensiblement modifié la pondération des critères d'adjudication par rapport à celle annoncée et a remplacé un sous-critère lié à la qualité par un autre, non annoncé. Enfin, le pouvoir adjudicateur a tenu compte d'un critère esthétique supplémentaire pour l'évaluation des offres, et dont la pondération est de surcroît inconnue. En appliquant à l'appréciation des offres et variantes des critères d'adjudication partiellement nouveaux ainsi qu'une pondération des critères différente de celle annoncée dans la grille d'évaluation communiquée aux soumissionnaires avec le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé l'art. 21 al. 2 LMP ainsi que le principe de la transparence. **3. Exigences techniques minimales** (cons. 3): En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimales. En revanche, un soumissionnaire est libre de présenter une variante en plus de l'offre de base, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement –, soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Il résulte enfin des principes de l'égalité de traitement et de la transparence qu'une variante doit être examinée sur la base des mêmes critères d'adjudication publiés que les autres offres. La variante litigieuse n'était pas adéquate sur un point par rapport à l'objet du marché, dès lors qu'elle a violé une exigence minimale impérative. En conséquence, même si le rejet de la variante est essentiellement motivé par des désavantages imputés à l'utilisation d'éléments préfabriqués sous l'angle du prix et de la qualité, il n'en demeure pas moins que cette variante devait en toute hypothèse être écartée du fait de son non-respect d'une spécification technique minimale impérative et, partant, de son inadéquation avec l'objet du marché. **4. Substitution des motifs** (cons. 4): En l'espèce, il convient d'effectuer une substitution de motifs et de confirmer la décision attaquée au motif que la variante devait être écartée du fait du non-respect d'une exigence minimale impérative et, partant, de sa non-conformité à l'objet du marché.

Décision:

1. Le recours est rejeté et la décision du pouvoir adjudication est confirmée au sens des considérants. 2. Les frais de procédure de CHF 1'200.— sont mis à la charge de la recourante. 3. Pas de dépens.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018 (Zwischenentscheid: 30.8.00)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (WTO-Ausschreibung im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle hat von 1996 bis 1999 unter Beizug einer externen Beratungsfirma ein Grobkonzept und eine umfassende Evaluation für die Rationalisierung ihrer Informatik-Applikationen durchgeführt. Am 15. November 1999 hat die Geschäftsleitung der Vergabestelle beschlossen, das Projekt mit der WIDAS-Software der Beschwerdeführerin zu realisieren, was dieser mit Schreiben vom 23. November 1999 eröffnet wurde. Darin werde von einem bedingten Entscheid zu Gunsten der Software WIDAS der Beschwerdeführerin gesprochen. Am 9. März 2000 hat der Direktor der Vergabestelle der Beschwerdeführerin eine Bestätigung der bedingten Verfügung vom 29. November 1999 zugestellt. Anschliessend hat sich die Vergabestelle aufgrund eines Rechtsgutachtens entschieden, eine WTO-Ausschreibung durchzuführen und hat im SHAB vom 10. Oktober 2000 den Dienstleistungsauftrag einer Systementwicklung CODAM (Corporate Data Management) im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben. Die Ausschreibung erfolgte nach WTO, nannte eine Frist von 40 Tagen für die Einreichung des Angebotes und enthielt eine Rechtsmittelbelehrung an die BRK. **B.** Die Beschwerdeführerin erhebt mit Eingabe vom 26. Oktober 2000 gegen die Verfügung vom 10. Oktober 2000 Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung der Vergabestelle aufzuheben und der Beschwerde nach Massgabe von Art. 28 Abs. 2 BoeB aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Rechtsfragen:

1. Kann ein Wechsel vom freihändigen in das offene Verfahren angefochten werden, weil evt. mehr als nur eine Anbieterin in Frage kommt? 2. Voraussetzungen für den Abbruch.

Erwägungen:

1. Zum Verfahrenswechsel (Erw. 2): Das Schreiben vom 23. November 1999 stellt einen Entscheid dar, mit welcher die Vergabebehörde das im konkreten Fall anzuwendende Vergabeverfahren festgelegt hat. Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Sie leitet lediglich einen Verfahrensabschnitt ein, in dem die Vergabebehörde frei mit einem von ihr ausgewählten Anbieter verhandelt. Kommt es zwischen ihr und einem Anbieter zu einer Einigung, vergibt sie den Auftrag im freihändigen Verfahren. Danach folgt der Vertragsschluss. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Auch war die Evaluation der Schnittstelle noch nicht beendet. Schliesslich wurde von der „CODAM-Steering Group“ noch über eine andere technische Variante diskutiert, so dass noch weitere Unternehmen in Betracht gezogen wurden. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen. Die Auftraggeberin kann den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, sofern aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will. Im vorliegenden Fall hat sowohl das Ergebnis des Benchmarktests als auch der Detailevaluation ergeben, dass die SAS/DB-Lösung durchaus in Betracht zu ziehen ist. Grundsätzlich steht es dem Auftraggebenden zudem frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als im konkreten Einzelfall erforderlich wäre. **2. Zum Abbruch** (Erw. 3): Das Prinzip von Treu und Glauben gebietet, dass der Abbruch eines Vergabeverfahrens durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Die Tatsache, dass eine Beschaffung im offenen Verfahren ausgeschrieben werden muss, begründet ein öffentliches Interesse. Selbst wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, könnte einem Abbruch des Vergabeverfahrens jedoch auch das allgemeine Vertrauensprinzip in dem Sinne entgegenstehen, dass die Vergabebehörde an die von ihr geschaffene Vertrauensgrundlage gebunden wäre. Auch wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens des Bürgers in eine unrichtige Auskunft erfüllt sind, bleibt jedoch abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht dennoch dem Vertrauensschutz vorzugehen hat. Vorliegend hätte eine Vergabe im freihändigen Verfahren die übrigen Anbieter jeglicher Möglichkeiten, am Vergabeverfahren teilzunehmen, beraubt. Zudem ist das Interesse der Beschwerdeführerin an einem freihändigen Vergabeverfahren nicht allzu hoch einzuschätzen, wäre es ihr doch unbenommen gewesen, auch am offenen Verfahren teilzunehmen und eine (unter Umständen modifizierte) Offerte einzureichen. Die Chancen, den Auftrag zu erhalten, werden somit nicht zunichte gemacht, sondern - infolge der nunmehr bestehenden Konkurrenzsituation - lediglich vermindert. Somit besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an richtiger Rechtsanwendung, zumal dadurch auch die betroffenen Drittinteressen geschützt werden.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-021 und –023 (vgl. 022)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Mit Veröffentlichung im SHAB vom 29. August 2000 schrieb die Vergabestelle einen Dienstleistungsauftrag aus, bei dem um die Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr auf Getränkeverpackungen aus Glas, das Ausarbeiten eines Konzepts für die Verteilung der verfügbaren Mittel, die Kontrolle der Tätigkeit im Zusammenhang mit der Sammlung und Verwertung von Altglas, die Information der Öffentlichkeit sowie um alle weiteren Aufgaben gemäss Art. 9-17 der Verordnung über Getränkeverpackungen geht. In den Ausschreibungsunterlagen wurde verlangt, dass das Angebot zwingend nach den Eignungs- und Zuschlagskriterien gegliedert werden müsse und es wurde festgehalten, dass die Offerten nach den Zuschlagskriterien gemäss der Ausschreibung ausgewertet würden. Nach dem sich auf Art. 32a^{bis} Umweltschutzgesetz abstützenden Art. 15 Abs. 1 Satz 2 der bundesrätlichen Verordnung über Getränkeverpackungen vom 5. Juli 2000 (VGV) darf die von der Vergabestelle mit der Erhebung, der Verwaltung und der Verwendung der Gebühr beauftragte Organisation keine wirtschaftlichen Interessen im Zusammenhang mit der Herstellung, der Ein- oder Ausfuhr, der Abgabe oder der Entsorgung von Getränkeverpackungen wahrnehmen. Die Einhaltung dieser Bestimmung wurde in der Ausschreibung ausdrücklich als Eignungskriterium aufgeführt. Hierzu wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten: „Weil sowohl die Gebührenpflichtigen als auch die Entsorger im gegenseitigen Wettbewerb stehen können, darf die Organisation keine wirtschaftlichen Interessen im Zusammenhang mit der Ein- oder Ausfuhr, der Abgabe oder der Entsorgung von Getränkeverpackungen wahrnehmen (Art. 15 Abs. 1 VGV). Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hat die Organisation Zugang zu sensiblen Daten von Gebührenpflichtigen und Anspruchsberechtigten. Die Organisation muss von ihrer Struktur her gewährleisten, dass keine Personen mit entsprechenden wirtschaftlichen Interessen Zugang zu solchen Daten haben.“ Auf Grund dieser Ausschreibung wurden vier Angebote eingereicht. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2000 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Zur Begründung wurde angeführt, deren Angebot habe bei maximal 100 möglichen Punkten mit 75,0 Punkten (gegenüber 73,0 Punkten der Beschwerdeführerin 021 respektive 72,4 Punkten der Beschwerdeführerin 023) das beste Ergebnis erzielt und die Zuschlagskriterien insgesamt am besten erfüllt.

B. Dagegen erheben die beiden mit Eingaben vom 22. Dezember 2000 sowie vom 29. Dezember 2000 Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Erfüllt die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium der „wirtschaftlichen Unabhängigkeit“? 2. Unter welchen Voraussetzungen entscheidet die BRK in der Sache selbst?

Erwägungen:

1. Zu den Eignungskriterien (Erw. 2 f.): Art. 15 Abs. 1 VGV schliesst nicht nur direkte Konkurrenten von Getränkeverpackungen aus Glas von der Auftragsvergabe aus. Diese Bestimmung fordert vielmehr eine wirtschaftliche Unabhängigkeit von der gesamten Getränkeverpackungsbranche. Die Zuschlagsempfängerin setzt sich aus einem Verein und der Eidg. Weinhandelskontrollkommission zusammen. Der Einwand, ein Mitglied weise eine «grundsätzlich nicht gewinnorientierte Ausrichtung» auf, vermag nichts daran zu ändern, dass der Verein keine im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VGV geeignete private Organisation ist. Die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen ist nämlich nicht mit Gewinnstreben gleichzusetzen. Das Konzept der Bietergemeinschaft sieht jedoch nicht vor, dass deren Mitglieder selbst die mit der Erhebung, der Verwaltung und der Verwendung der Gebühr beauftragte Organisation sein sollen. Auftragnehmerin sei vielmehr die noch zu gründende AG (Verwaltung und Administration vorgezogener Entsorgungsgebühren auf Getränkeverpackungen). Da diese aber eine 100%-Tochter des Vereines und der Verwaltungsrat (zumindest in der Startphase) mit dessen Vorstand identisch sein soll, fehlt es dieser im selben Masse wie ihrer Muttergesellschaft an der erforderlichen wirtschaftlichen Unabhängigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VGV. Hinzu kommt, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin auch dem Erfordernis nach hinreichender Datensicherheit nicht genügt. Der Zuschlagsempfängerin fehlt die Eignung zusätzlich auch, weil es sich nicht um eine private Organisation handelt, wie es in Art. 15 Abs. 1 VGV verlangt wird. Bei der Eidg. Weinhandelskontrollkommission handelt es sich um eine Behörde mit hoheitlichen Funktionen.

2. Zum Direktzuschlag (Erw. 5): Die BRK bestätigt ihre Rechtsprechung, dass ein Entscheid in der Sache selbst in der Regel lediglich dann erfolgt, wenn der Sachverhalt vollständig erstellt ist und bloss eine Anbieterin für den Zuschlag in Frage kommt (Entscheid v. 16. August 1999). Es blieben nur noch die beiden Beschwerdeführerinnen übrig (eine Anbieterin wurde zu Recht ausgeschlossen und die Zuschlagsempfängerin ist nicht geeignet). Da die Beschwerdeführerin –021 von der Vergabestelle unbestrittenermassen als geeignet erachtet wurde und das gegenüber der Beschwerdeführerin –023 günstigere Angebot eingereicht hatte, kann dieser unabhängig von der Eignung der Beschwerdeführerin –023 der Zuschlag erteilt werden.

Entscheid:

1. Das Verfahren betreffend die Beschwerden BRK 2000-021 und BRK 2000-023 wird zusammengelegt. 2. Die Beschwerde -021 wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt. 3. Die Beschwerde –023 wird insofern gutgeheissen, als die Zuschlagsverfügung aufgehoben wird. Ansonsten wird diese Beschwerde abgewiesen. 4. Die Kosten werden anteilmässig auferlegt. 5. Keine Parteientschädigungen.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-022 (vgl. 021 und 023)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Ausschluss aus dem Vergabeverfahren

Sachverhalt:

A. Mit Veröffentlichung im SHAB vom 29. August 2000 schrieb die Vergabestelle einen Dienstleistungsauftrag aus, bei dem es um die Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr auf Getränkeverpackungen aus Glas, das Ausarbeiten eines Konzepts für die Verteilung der verfügbaren Mittel, die Kontrolle der Tätigkeit im Zusammenhang mit der Sammlung und Verwertung von Altglas, die Information der Öffentlichkeit sowie um alle weiteren Aufgaben der Organisation Verordnung über Getränkeverpackungen geht. In den Ausschreibungsunterlagen wurde verlangt, dass das Angebot zwingend nach den Eignungs- und Zuschlagskriterien gegliedert werden müsse und es wurde festgehalten, dass die Offerten nach den Zuschlagskriterien gemäss der Ausschreibung ausgewertet würden. Auf Grund dieser Ausschreibung wurden vier Angebote eingereicht. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2000 erteilte die Vergabebehörde den Zuschlag. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, ihr Angebot müsse auf Grund eines wesentlichen Formfehlers vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Ihr Angebot sei unvollständig, da es keinerlei Angaben darüber enthalte, auf welche Weise sie die Zuschlagskriterien erfüllen wolle. Es enthalte bezüglich der Zuschlagskriterien lediglich einen Verweis auf das Angebot des Schweizerischen Vereins für umweltgerechte Getränkeverpackungen (SVUG) sowie die Erklärung, dass sie sich der Darstellung in der Eingabe des SVUG vollumfänglich anschliesse. Dieser Verweis genüge jedoch nicht. Ihre Eingabe könne auf diese Weise nicht als eigenständiges Angebot angesehen werden. Selbst wenn man das Angebot als vollständig betrachten würde, könnte der Zuschlag nicht ihr erteilt werden. Gehe man nämlich davon aus, dass ihr Angebot bezüglich der Darstellung der Zuschlagskriterien identisch sei mit jenem des SVUG, dann komme für ihr Angebot die gleiche Bewertung zur Anwendung wie für das Angebot des SVUG. Dieses gelte aber nach ihrer Beurteilung nicht als das wirtschaftlich günstigste und könne daher nicht berücksichtigt werden. Es erreiche bei maximal 100 möglichen Punkten lediglich 72,4 Punkte (gegenüber 75,0 der Zuschlagsempfängerin). **B.** Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin (wie auch die beiden nicht berücksichtigten Konkurrenten) Beschwerde.

Rechtsfragen:

Wann liegt ein wesentlicher Formfehler vor, der zum Ausschluss der Offerte vom Verfahren führt?

Erwägungen:

Zum wesentlichen Formfehler: Die Gründe für einen Ausschluss vom Verfahren werden in Art. 11 BoeB nicht abschliessend aufgezählt. Es ist demnach möglich, ein ungültiges bzw. unvollständiges Angebot gestützt auf Art. 11 BoeB durch separate Verfügung auszuschliessen. Liegt keine ausdrückliche separate Verfügung vor, kann sich ein Ausschluss eines (unvollständigen) Angebots implizit aus dem Zuschlag an eine andere Anbieterin ergeben (Entscheide vom 8. Februar 2000 und vom 22. Januar 2001). **Ist ein impliziter Ausschluss im erwähnten Sinne möglich, so kann ein unvollständiges Angebot erst recht auch ausdrücklich in der (negativen) Zuschlagsverfügung ausgeschlossen werden.** Doch selbst wenn das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 als (eigenständiges) Angebot im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BoeB qualifiziert würde, würde diesem - wie die Vergabebehörde in ihrer Verfügung vom 6. Dezember 2000 zutreffend und von der Beschwerdeführerin unwidersprochen festgestellt hat - ein wesentlicher Formfehler im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB anhaften, welcher - gleichfalls - einen Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigen würde. **Die Einhaltung der Bestimmungen über die Vollständigkeit des Angebots haben sowohl die Anbieter wie auch die Vergabebehörde zu beachten. Denn eine richtige Abwicklung des Vergabeverfahrens bildet eine Grundvoraussetzung für die Gleichbehandlung der Anbieter. Entsprechend würde die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzen. Ein solches Angebot ist daher grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt das Verbot des überspitzten Formalismus, aufgrund dessen nur unwesentliche, formelle Mängel einer Offerte einen Ausschluss nicht zu rechtfertigen vermögen (Entscheid vom 18. Dezember 1997). Fraglich ist zunächst einmal, ob es sich bei dem als „Angebot“ betitelten Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 an die Vergabebehörde überhaupt um ein (eigenständiges) Angebot im Sinne von Art. 19 BoeB handelt. Wie bereits ausgeführt, enthält das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 an die Vergabebehörde - abgesehen vom Verweis auf das Angebot des SVUG - überhaupt keine Ausführungen bezüglich der Zuschlagskriterien. Insofern handelt es sich - wenn überhaupt - höchstens um ein unvollständiges Angebot, welches gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigen würde.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen, und der mit Schreiben vom 6. Dezember 2000 verfügte Ausschluss vom weiteren Verfahren wird bestätigt. 2. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 1'000.-- (Spruch- und Schreibgebühren) werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- im Teilbetrag verrechnet. Der Überschuss wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Die Beschwerdeführerin hat der Zuschlagsempfängerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 500.-- auszurichten.

Entscheid vom 5. Juli 2001, BRK 2001-003

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

1. Die Vergabestelle schrieb das Mandat zur Förderung der energetischen Optimierung respektive Energienutzung der Infrastruktur-Anlagen Abwasserentsorgung, Kehrlichtverbrennung und Wasserversorgung im Rahmen des Nachfolgeprogramms zu Energie 2000 zur Vergabe aus. Das Mandat umfasst alle erforderlichen Massnahmen, die zur vermehrten Energieverwendung in den genannten Bereichen führen. Aufgrund der Präqualifikation wurden die Beschwerdeführerin sowie die Zuschlagsempfängerin als geeignet beurteilt und zur Offertstellung eingeladen. Die Vergabestelle definierte dabei die Zuschlagskriterien gemäss der «Allgemeinen Beschreibung» wie folgt:

Nr.	Kriterium:	Gewicht
1.	Fach- und Methodenkompetenz	4
2.	Verankerung des Offertstellers am Markt, Abdeckung CH	4
3.	Berücksichtigung und Integration des Umfeldes	3
4.	Vollständigkeit der Abdeckung des Mandates	3
5.	Finanzierungsvorschlag (-> Eigenleistungen)	2
6.	Originalität der Offerte (vorgeschlagene Marketingaktivitäten)	2
7.	Referenzen (aus früheren Aktivitäten)	2
8.	Vorschlag zur Quantifizierung und Messbarkeit der Resultate	1

Schliesslich entschied die Vergabestelle, den Zuschlag der Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin bei der BRK Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Können im selektiven Verfahren die Zuschlagskriterien noch mit dem Zuschlag angefochten werden? 2. Was sind die Anforderungen an die Zuschlagskriterien (z.B. Preis oder allgemein in komplexen Vergaben)?

Erwägungen:

1. Anfechtbarkeit (Erw. 3): In Rechtskraft erwachsen demnach die Ausschreibung bzw. der darin enthaltene Katalog der Eignungskriterien sowie die Verfügung betreffend die Zulassung zur Offertstellung, nicht aber die Zuschlagskriterien, die den Anbietern erst mit oder nach der Verfügung zugestellt werden. Demnach können auch der Kriterienkatalog bzw. die Zuschlagskriterien als solche Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. **2. Zu den Zuschlagskriterien** (Erw. 3 ff.): *Zum Preis:* Zur Auswahl der Zuschlagskriterien ist vorab festzuhalten, dass der Preis fehlt. Entsprechend enthielt die „Allgemeine Beschreibung“ den Hinweis, dass während fünf Jahren von einem Jahresbudget von Fr. 400'000.-- auszugehen sei. Jedenfalls bei komplexen Dienstleistungsaufträgen kann es sich rechtfertigen, das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch zu ermitteln, dass ein festes Kostendach vorgegeben, und nach der überzeugendsten Leistung für den eingesetzten Preis gefragt wird. Während bei der Beschaffung eines weitgehend standardisierten Produkts der Preis ausschliesslich entscheidend sein kann, liegt das Schwergewicht bei komplexen Mandaten wie im vorliegenden Fall bei der zu erbringenden Leistung. *Nachträgliche Kriterien:* Der Teil Gesichtspunkt «Neutralität am Markt» ist unter das Hauptkriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld» in der Definition der Vergabestelle nicht subsumierbar, denn bei der «Berücksichtigung/Integration» geht es um ein Ausführungskonzept, bei der «Neutralität am Markt» hingegen um ein anbieterbezogenes Merkmal, das klassischerweise Gegenstand eines Eignungskriteriums oder auch einer durch die Vergabestelle gesetzten Rahmenbedingung bildet. Durch das Gewicht, welches die Vergabestelle diesem Gesichtspunkt beigemessen hat, wird im Ergebnis ein Kriterium eingeführt, welches den Anbietenden nicht bekannt gegeben worden ist. Damit ist der Grundsatz der Transparenz auch durch die Berücksichtigung eines nicht publizierten Kriteriums verletzt. *Zur Dokumentation:* Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinne versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen. Insbesondere bei komplexen Aufträgen sind höhere Anforderungen an die auf die Umschreibung der Zuschlagskriterien verwendete Sorgfalt zu stellen. Dies namentlich dann, wenn Rückfragen der Anbieter nicht zulässig sein sollen. Der Vergabeentscheid muss so dokumentiert sein, dass er für Dritte nachvollziehbar ist. Wenn die Sachbearbeiter die Angebote der Anbietenden nach dem ihnen zustehenden Ermessen unabhängig voneinander evaluieren und sich nicht auf eine gemeinsame Begründung einigen, verlangt es der Grundsatz der Transparenz, dass jede Bewertung schriftlich begründet wird.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die Vergabestelle hat eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 3'500.— auszurichten.

Décision présidentielle du 25 juillet 2001, CRM 2001-007

Regeste: une adjudication de travaux (langue de la procédure ; production de pièces)

Vu:

- le recours déposé le 28 juin 2001 par la recourante auprès de la CRM;
- les courriers adressés le 4 juillet 2001 par le Président de la CRM à la recourante et au pouvoir adjudicateur;
- la lettre de la représentante du pouvoir adjudicateur du 9 juillet 2001 ;
- la réponse du Président de la CRM à la lettre précitée en date du 10 juillet 2001 ;
- le mémoire de réponse du pouvoir adjudicateur du 18 juillet 2001, rédigé en allemand ;
- les appels téléphoniques du 23 et 24 juillet 2001 et le fax du représentant de la recourante transmis à la CRM en date du 25 juillet 2001 ;

Questions juridiques:

Quelle est la langue de la procédure ? Quelle doit-être la production de pièces ?

Considérant:

1. Langue de la procédure: Les autorités fédérales notifient leurs décisions dans la langue officielle en laquelle les parties ont pris ou prendraient leurs conclusions. Selon la doctrine, les agents de l'administration fédérale décentralisée doivent utiliser la langue officielle fédérale du lieu où ils exercent leur activité. Il appartient à la CRM, conformément à la maxime officielle, de déterminer la langue de la procédure. La recourante est une société ayant son siège à l'étranger, mais qui s'est faite représenter par un avocat établi à Genève auprès duquel elle a aussi fait élection de domicile. Le mémoire de recours est rédigé en français, ce qui est conforme aux exigences posées en matière de procédure devant une autorité fédérale. L'auteur de la décision contestée a son siège à Genève. La localisation de l'intimé peut être rapprochée de la situation d'une autorité décentralisée qui est tenue d'utiliser la langue officielle fédérale du lieu où elle exerce son activité. Les différents éléments de rattachement pointent tous en faveur de la langue française. Ils ne sont pas contrebalancés par le seul fait que les représentants de l'intimé sont domiciliés à Zoug et s'expriment en allemand, ce d'autant moins que le recours vise l'intimée en sa possible qualité de pouvoir adjudicateur, assimilable à une autorité fédérale. La CRM décide que la langue déterminante dans cette procédure de recours est le français, langue officielle en laquelle la recourante a pris ses conclusions.

2. Production de pièces: Elle doit donner une copie de ses statuts et de son règlement, un état de son actionnariat, une liste des membres de son conseil d'administration accompagnée de la mention de la fonction ou de la profession exercée par ces membres, ainsi que toute autre pièce propre à démontrer le mode de prise de décision et de contrôle sur la société. Il n'est pas nécessaire que l'ensemble des pièces du dossier de passation lui soient transmis déjà au stade de la réponse sur la requête d'effet suspensif, respectivement sur la compétence de la CRM, voire de l'assujettissement du pouvoir adjudicateur à la LMP; que les pièces fournies doivent néanmoins être suffisantes pour permettre à la CRM de se prononcer sur sa compétence ainsi que sur l'apparence de bien-fondé du recours, qui constitue l'une des conditions posées à l'octroi de l'effet suspensif.

Décide:

1. La langue déterminante dans cette procédure de recours est le français. Un délai échéant le 9 août 2001 est imparti au pouvoir adjudicateur pour faire parvenir à la CRM une traduction française de son mémoire de réponse du 18 juillet 2001.
2. Un délai échéant le 9 août 2001 est imparti au pouvoir adjudicateur pour soumettre à la CRM une copie de ses statuts et de son règlement, un état de son actionnariat, une liste des membres de son conseil d'administration accompagnée de la mention de la fonction ou de la profession exercée par ces membres, ainsi que toute autre pièce propre à démontrer le mode de prise de décision et de contrôle sur la société. Le pouvoir adjudicateur est en particulier invité à se prononcer expressément sur l'affirmation de la recourante selon laquelle la Confédération helvétique détiendrait 99.85% de son capital-actions.
3. Un délai échéant le 9 août 2001 est imparti au pouvoir adjudicateur pour adresser à la CRM la copie de tous les contrats conclus ainsi que toute autre pièce du dossier de passation permettant de vérifier l'apparence de bien-fondé du recours dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif.
4. Dans le même délai, le pouvoir adjudicateur a la faculté de produire un mémoire de réponse complémentaire, rédigé en français, sur la question de la compétence de la CRM.
5. Il est rappelé au pouvoir adjudicateur que toute exécution du marché, y compris toute exécution de contrat conclu, est provisoirement suspendue jusqu'à droit jugé sur la requête d'effet suspensif.
6. Le délai au 16 août 2001 pour la réponse sur le fond est suspendu en l'état et un nouveau délai sera communiqué ultérieurement.
7. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.
8. La présente décision est communiquée par écrit à la recourante et au pouvoir adjudicateur.

Décision incidente du 19 septembre 2001, CRM 2001-008 (vgl. 9.11.01)

Regeste: marché public de fourniture; adjudication dans une procédure ouverte; demande d'octroi de l'effet susp.

En fait:

A. Le 3 avril 2001, le pouvoir adjudicateur publia dans la FOSC un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte. Le marché portait sur la fourniture de 10 à 18 appareils pour l'étalonnage des analyseurs des émissions de gaz dans les stations de mesure. L'évaluation était effectuée par le LFEM. Les critères d'adjudication étaient (par ordre d'importance décroissante) les suivants: conformité aux performances requises selon le chiffre 3b; bonne stabilité, reproductibilité et temps de montée brefs; facilité d'exploitation et d'entretien; rentabilité, rapport prix /performances, temps de réaction pour les travaux de services et d'entretien ainsi que coûts/tarifs de ses travaux; organisation après-vente; réputation du fabricant; garantie, garantie de livraison des pièces de rechange. Selon l'appel d'offres, les négociations étaient réservées. **B.** Par publication dans la FOSC du 31 juillet 2001 et courrier à la recourant du 4 août 2001, le pouvoir adjudicateur, respectivement l'LFEM firent savoir que le marché avait été adjugé, en date du 24 juillet 2001, à X en raison de la meilleure conformité de l'offre aux critères d'adjudication. **C.** Par courrier du 9 août 2001 au pouvoir adjudicateur, la recourante évoqua des erreurs d'utilisation de ses appareils et demanda un réexamen partiel de ces derniers. Répondant en date du 13 août 2001, l'LFEM contesta avoir commis des erreurs de manipulation. Le 14 août 2001, la recourante demanda au pouvoir adjudicateur de motiver plus clairement le rejet de son offre. Par lettre du 15 août 2001, l'LFEM indiqua que les principales raisons du rejet de l'offre étaient les suivantes: «zu lange Einlaufzeit bis zum Erreichen der konstanten Endkonzentration, Ozonkonzentration wird durch den NO-Kanal beeinflusst, geringe NO/NOx-Verluste». Quant à l'offre choisie, celle-ci présentait les avantages suivants: «kurze Einlaufzeit bis zum Erreichen der konstanten Endkonzentration, vollständige Unabhängigkeit der einzelnen Kanäle (vollständig modularer Aufbau des Geräts)». **D.** Par courrier portant le sceau postal du 20 août 2001, reçu par la CRM le 22 août 2001, la recourante a formé recours contre la décision d'adjudication.

Questions juridiques:

Conclusion du contrat et effet suspensif (cons. 2 ff.)

En droit:

Effet suspensif et contrat : En l'espèce, le pouvoir adjudicateur invoque le fait qu'un contrat a déjà été conclu fin juillet 2001 avec le soumissionnaire choisi. Eu égard aux considérations qui précèdent, il n'est pas exclu que le contrat conclu entre soit affecté de nullité. Celle-ci découlerait de la conclusion du contrat alors que la question de l'effet suspensif se posait encore. Au demeurant, le pouvoir adjudicateur a lui-même eu conscience du problème puisqu'il a ajouté au contrat une clause dont la teneur est la suivante: «Sollte ein Mitbewerber [...] Beschwerde einreichen, gilt der Auftrag bis zur definitiven Rechtsbeurteilung sistiert». Au vu de cette clause, on pourrait même se demander si le contrat en cause doit être considéré comme parfait au sens du droit privé ou s'il ne sera réputé conclu qu'au moment où la question de l'effet suspensif aura été tranchée. Il convient en conséquence d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet. Si le pouvoir adjudicateur avait attendu l'échéance du délai de recours avant de conclure le contrat, la recourante aurait eu la possibilité de demander l'annulation de la décision et la suspension provisoire de la procédure. Dès lors que c'est l'art. 32 al. 1 LMP qui s'applique à la résolution du litige au fond en cas de nullité du contrat, il n'existe pas de raison d'exclure a priori un examen de la suspension de l'exécution de la décision d'adjudication selon l'art. 28 al. 2 LMP. En conséquence, l'octroi de l'effet suspensif ne violerait nullement l'art. 32 al. 2 LMP. Il se justifie dès lors d'examiner le recours afin de déterminer s'il est téméraire ou manifestement mal fondé. Il faut dès lors constater que l'adjudication attaquée devrait être annulée, s'il s'avérait que des négociations ont effectivement eu lieu et que c'est à tort que la recourante n'a pas été intégrée à celles-ci. En l'espèce, dans le cadre d'un examen prima facie, ceci ne paraît pas être le cas, puisque l'offre retenue mentionne clairement les rabais accordés à partir de divers montants de commandes. Cependant, certains éléments, notamment la manière dont les prix totaux ont été calculés, ne sont pas totalement éclaircis. Ainsi, par exemple, le nombre de pièces commandées à la soumissionnaire choisie selon le contrat ne semble pas correspondre à l'équipement nécessaire pour le réseau de mesure. Il n'est ainsi pas possible de considérer ce grief comme manifestement mal fondé ou téméraire. En ce qui concerne la manière dont les tests effectués ont été réalisés, les points de discorde sont nombreux. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public prépondérant pour justifier la conclusion immédiate du contrat et l'exécution du marché. Il mentionne le fait qu'un retard dans l'exécution du marché aurait un effet sur la qualité des mesures réalisées, voire que les séries de données pourraient souffrir de lacunes. Certes, on ne saurait méconnaître l'intérêt de disposer de mesures fiables et continues dans le domaine sensible de la pollution atmosphérique. Toutefois, même en évoquant la possibilité d'une brève interruption des mesures, qui n'est au surplus pas avérée au vu des considérations susmentionnées, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune menace importante pour un intérêt public prépondérant.

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé au recours. 2. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.

Décision du 28 septembre 2001, CRM 2001/007

Regeste: marché de fournitures et de services portant sur un système de gestion du trafic aérien; champ d'application de la réglementation; dépens

En fait:

A. En avril 1997, Swisscontrol (devenue en janvier 2001 Skyguide), a lancé un «Request for Information» dans le cadre du projet ATMAS («Air Traffic Management System») portant sur la modification et le renouvellement de son système pour la gestion du trafic aérien civil. Cette première étape a été suivie par trois «Request for Quotation (RFQ)». **B.** Selon la procédure suivie par Swisscontrol/Skyguide, le nombre de candidats initialement invités était progressivement réduit à chaque étape de la procédure jusqu'à deux pour le RFQ III, qui était divisé en trois étapes. Pour la première phase, Swisscontrol a conclu des contrats avec deux entreprises, la recourante et Y. Chaque entreprise devait collaborer avec Swisscontrol pour développer son système ATM. Le 1^{er} septembre 2000, Swisscontrol a fait usage du droit de suspension prévu par le contrat en notifiant à la recourante qu'elle avait décidé de ne pas poursuivre l'évaluation parallèle des deux offres, mais qu'elle allait d'abord demander à Y de continuer ses travaux et de déposer sa meilleure offre jusqu'à la fin de l'année 2000. Dans l'intervalle, et conformément à l'art. 8 du contrat, X devait suspendre tous les travaux en cours relatifs à la partie 1. Le 23 novembre 2000, Swisscontrol a proposé de reporter la suspension à fin février 2001, ce que la recourante a accepté. Le 26 février 2001, Skyguide a exercé son droit de résilier ledit contrat pour la phase 1 avec la recourante et de ne pas signer avec cette dernière entreprise un contrat pour la phase 2. Le 1^{er} mars 2001, la recourante a demandé, sans obtenir de réponse, que Skyguide l'informe si un contrat avait été signé avec Y pour les phases 2 et 3 du projet ATMAS. Elle a répété sa demande le 4 juin 2001. Le 7 juin 2001, Skyguide a répondu qu'elle avait décidé de ne pas retenir X pour la phase 2. **C.** Par courrier du 28 juin 2001, reçu par la CRM le 2 juillet 2001, la recourante a formé recours contre la décision de Skyguide du 7 juin 2001.

Question juridique:

Est-ce que le marché est-il assujéti à la LMP et à l'AMP (cons. 2 ff.)?

En droit:

Marché: Il s'agit ainsi d'un marché mixte de fournitures et de services. Si l'élément de services est prépondérant, il faut qualifier le type exact de services faisant l'objet du marché. En l'espèce, les services que voulait acquérir Swisscontrol/Skyguide dans le cadre du projet ATMAS relèvent des services informatiques et services connexes qui sont assujétiés à la LMP. L'annexe 4 AMP ne porte pas sur des pouvoirs adjudicateurs qui seraient assujétiés en fonction de leur activité; elle vise le service faisant l'objet du marché. Dès lors que la recourante est une soumissionnaire ayant son siège dans un autre Etat partie à l'AMP, il faut en outre vérifier si la Suisse a exclu dans ses notes générales et dérogations l'accès des soumissionnaires américains pour le type spécifique de services faisant l'objet du présent marché. Cette restriction, formulée dans les notes des principales parties à l'AMP, constitue une clause de stricte réciprocité: l'accès à un marché de service particulier n'est ouvert aux soumissionnaires d'une autre partie que si celle-ci a pris un engagement couvrant le même service. Il faut dès lors vérifier les engagements pris par les Etats-Unis au titre de l'annexe 4. Les services faisant l'objet du présent marché ne figurent pas parmi les services retranchés de la liste MTN.GNS/W/120 par l'annexe 4 américaine. Dans la mesure où les Etats-Unis offrent aux soumissionnaires suisses un accès équivalent pour le même type de services, l'accès au marché en cause ne saurait être refusé aux soumissionnaires américains, et *in casu* à la recourante, sur la base du point 3, dernier tiret, des notes générales et dérogations déposées par la Suisse. Un marché lancé avant l'entrée en vigueur d'une modification de la LMP devait être entièrement exécuté selon l'ancien droit. Swisscontrol/Skyguide ne fait pas partie de l'administration générale de la Confédération. Les seules entités actives dans le secteur du transport aérien qui sont assujétiées à l'annexe 3 de l'appendice I à l'AMP sont celles exploitant des aéroports. Le contrôle de la navigation aérienne est une activité distincte. Au demeurant, en l'absence d'une clause de réciprocité, les soumissionnaires américains sont exclus des marchés passés par les entités suisses actives dans le secteur des aéroports. Même si le contrôle exercé par la Confédération sur Swisscontrol/Skyguide fait que celle-ci pourrait remplir la définition donnée aux organismes de droit public et aux entreprises publiques par l'annexe 3, ces deux types génériques d'entités ne sont pas inclus dans l'annexe 1 qui ne contient qu'une énumération exhaustive des entités du gouvernement central assujétiées à l'AMP. Les parties à l'AMP ont expressément voulu un champ d'application à géométrie variable, de sorte qu'il ne se justifie pas d'étendre le champ d'application de l'AMP au-delà de ce qui est positivement inclus dans les annexes, en l'absence d'indices clairs que deux entités forment une unité effective ou que l'une agit comme agent pour le compte de l'autre. En l'espèce, les différents éléments indiquent une relation de contrôle entre la Confédération et Skyguide, mais celle-ci ne suffit pas. N'étant pas tenue par la Confédération de respecter des «prescriptions particulières», Swisscontrol/Skyguide ne tombe pas dans le champ de l'art. I § 3 AMP.

Décision:

1. Le recours est irrecevable. 2. Les frais de procédure par CHF 3'000.—sont mis à la charge de la recourante. 3. Il n'est pas alloué de dépens.

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Anwendungsbereich BoeB; Zuständigkeit

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 5. März 2001 den Auftrag für die Umsetzung des Interventionsplans HIV/Aids-Prävention sowie die Erarbeitung eines Konzepts und Umsetzung mittels geeigneter personeller und infrastruktureller Ressourcen im offenen Verfahren öffentlich aus. Auftragsinhalt ist die Umsetzung der Studie "Interventionsplan HIV/Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen" vom Dezember 2000. Der Auftragnehmer konzipiert unter direktem Einbezug der Zielgruppe, ein Projekt zur HIV-/Aids-Prävention und setzt dieses um. Beim zu offerierenden Grobkonzept sind insbesondere Angaben zu den folgenden Rahmenbedingungen der künftigen Interventionen zu machen: Vermeiden einer zusätzlichen Stigmatisierung; Berücksichtigung der Heterogenität der Zielgruppe und Einbezug der Organisations- und Vernetzungsstrukturen; Berücksichtigung des geschlechtsspezifischen Zugangs zur Thematik; Förderung der Zugangsmöglichkeiten zu Versorgungsdiensten; Förderung der Enttabuisierung; Zeitplan und Meilensteine; Projektmanagement. Gemäss Ausschreibung besonders begrüsst wurden Bietergemeinschaften, die sich aus Organisationen aus dem HIV-/Aids- und dem Migrationsbereich zusammensetzen. Gefordert wurde der hinreichende (Eignungs-)Nachweis über Kenntnisse, Erfahrungen und personelle Ressourcen. Die Ausschreibung erfolgte ausdrücklich nach GPA. 2 Offerten wurden eingereicht. Am 28. Juni 2001 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Mit Schreiben vom 28. Juni 2001 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden können, da sie die in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien nicht in allen Punkten erfülle. In Aussicht gestellt wurde eine mündliche Begründung der Absage. Im SHAB vom 5. Juli 2001 wurde der Zuschlag veröffentlicht. Sowohl die Ausschreibung als auch die Veröffentlichung des Zuschlags enthielten die Rechtsmittelbelehrung mit der Beschwerdemöglichkeit an die BRK. **B.** Mit Eingabe vom 20. August 2001 erhebt die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung vom 28. Juni 2001 Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Ist die fragliche Dienstleistung unterstellt? 2. Falls nein, gilt der BoeB-Rechtsschutz dennoch?

Erwägungen:

1. Zum sachlichen Anwendungsbereich (Erw. 1 f.): Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen. Gemäss Art. 39 VoeB stellen "Entscheide, die in Vergabeverfahren nach diesem Kapitel erlassen werden, ... keine Verfügungen dar". In der (eindeutigeren) französischen Fassung lautet die Bestimmung wie folgt: "Les décisions prises conformément aux procédures d'adjudication prévues dans le présent chapitre ne sont pas sujettes à recours". Der Rechtsmittelweg gemäss Art. 27 ff. BoeB ist für diese Vergabeentscheide damit ausgeschlossen. Der Begriff "Dienstleistungsauftrag" ist vom Bundesgesetzgeber mit dem eindeutigen Ziel eingeschränkt worden, den Geltungsbereich des BoeB nicht über die im Annex 4 des ÜoeB aufgelisteten Dienstleistungen hinaus auszudehnen. An der Rechtsprechung der BRK, wonach der Geltungsbereich des BoeB auf die in der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 4 ÜoeB abschliessend genannten Dienstleistungskategorien beschränkt ist, ist demgemäss festzuhalten. Der im vorliegenden Fall zu beurteilende Auftrag hat das Erbringen von Dienstleistungen zum Gegenstand, die schwergewichtig dem Gesundheits- und Sozialbereich, also dem Abschnitt 9 der CPC, zugeordnet werden müssen. Es geht - im Unterschied zum Abschnitt 8 - nicht um Dienstleistungen im Rahmen wirtschaftlicher Belange, wie sie typischerweise auch ein privates Unternehmen beansprucht, sondern um Gesundheitsvorsorge einerseits, und das Erreichen der sozialen Integration und Akzeptanz einer bestimmten Bevölkerungsgruppe andererseits. Der Staat überträgt hier einen Teilbereich des öffentlichen Gesundheits-, Fürsorge- und Sozialwesens auf private Institutionen. Der Umstand, dass die angestrebte Aids-Prävention bei der betroffenen Zielgruppe namentlich durch Information, Beratung und entsprechende Motivierung erreicht werden soll und dazu auch in der kommerziellen Werbung verbreitete Mittel eingesetzt werden sollen, ändert am nichtkommerziellen Grundcharakter des zu vergebenden öffentlichen Auftrags nichts. Damit aber fällt er generell nicht in den Abschnitt 8 der CPC und damit auch nicht unter die Referenznummern aus diesem Abschnitt, auf die in den Anhängen zum GPA und zur VoeB verwiesen wird. Am ehesten liesse sich der Auftrag wohl unter die CPC-Nr. 9112 subsumieren. **2. Zum Rechtsschutz:** (Erw. 3): Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden. Eine Inkraftsetzung von Art. 29a BV ist bislang noch nicht erfolgt, weshalb diese Verfassungsbestimmung zur Zeit keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Das Beschaffungsrecht des Bundes schliesst eine solche gerichtliche Durchsetzung bei nicht dem BoeB unterstehenden Beschaffungen ausdrücklich und in generell-abstrakter Weise aus. Demnach können sich nur die Anbieter, deren Angebote sich auf in den Geltungsbereich des BoeB fallende Dienstleistungen beziehen, auf die Garantien des Art. 6 EMRK berufen, weshalb sich im vorliegenden Fall auch daraus kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten lässt.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde und Feststellungsbegehren der Vergabestelle wird nicht eingetreten. 2. Die Beschwerde wird Departement x überwiesen. 3. Reduzierte Verfahrenskosten an Beschwerdeführerin. 4. Keine Parteientschädigungen.

Décision incidente du 9 novembre 2001, CRM 2001-008 (vgl. 28.12.01)

Regeste: une adjudication de travaux; consultation du dossier

Vu :

- la publication d'un appel d'offres par le pouvoir adjudicateur dans la FOSC du 3 avril 2001;
- l'adjudication du marché à l'adjudicateur le 24 juillet 2001, publiée dans la FOSC du 31 juillet 2001;
- le recours déposé le 22 août 2001 par la recourante auprès de la CRM contre la décision d'adjudication;
- la décision incidente de la CRM du 19 septembre 2001;
- la réponse du 26 octobre 2001 déposée par le pouvoir adjudicateur qui conclut principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement, à son rejet ;
- les pièces produites sous bordereaux n° I et II par le pouvoir adjudicateur à l'appui de sa réponse;
- l'onglet de pièces sous bordereau n° II contenant l'offre de la recourante (pièce 1) et un rapport d'évaluation du Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (ci-après: EMPA) du 10 juillet 2001 (pièce 2);
- le courrier du 1^{er} novembre 2001 de la recourante qui requiert de pouvoir consulter les bordereaux n° I et II, ainsi que la prolongation du délai pour requérir des débats publics et un deuxième échange d'écritures;
- le courrier du 2 novembre 2001 du pouvoir adjudicateur qui s'oppose à la consultation par la recourante des seules pièces du bordereau n° II, faisant valoir qu'il s'agit de pièces confidentielles;

Questions juridiques:

Consultation des pièces du dossier

Considérant :

1. que s'agissant du droit de consulter le dossier, il s'agit de différencier les pièces confidentielles produites par l'adjudicataire lors de la procédure de soumission des pièces internes du pouvoir adjudicateur;
2. que conformément à l'art. 27 al. 1 let. b et al. 2 PA, la consultation du dossier peut être refusée si des intérêts privés importants l'exigent, ce refus ne pouvant s'étendre qu'aux pièces qu'il y a lieu de garder secrètes; que le droit d'accès au dossier doit ainsi être refusé s'il s'agit de protéger les secrets d'affaires ou le savoir-faire de l'adjudicataire; qu'en particulier, s'agissant de l'offre de l'adjudicataire, elle ne saurait, en principe, être consultée si ce dernier n'a pas donné son accord;
3. que s'agissant des pièces internes du pouvoir adjudicateur, elles doivent être remises pour consultation si elles ont influencé l'adjudication et sont pertinentes pour apprécier la décision entreprise;
4. qu'en l'espèce, s'agissant des pièces sous bordereau n° I, elles ne contiennent pas d'élément confidentiel; qu'au demeurant, le pouvoir adjudicateur ne s'oppose pas à ce que ces pièces soient remises à la recourante; que dans ces conditions, il y a lieu de faire droit à la requête de cette dernière;
5. que s'agissant des pièces sous bordereau n° II, l'offre de l'adjudicataire (pièce 1) doit être considérée comme une pièce confidentielle; qu'elle contient des données relevant du secret des affaires de l'adjudicataire; que l'adjudicataire n'a pas donné son accord à la consultation; que la pièce n° 1 ne saurait, en tout cas pour le moment, être remise à la recourante; qu'en revanche, le rapport d'évaluation de l'EMPA (pièce 2) peut être consulté par la recourante; qu'il a été pris en compte dans la décision d'adjudication; qu'aucun intérêt prépondérant du pouvoir adjudicateur ou de l'adjudicataire ne s'oppose à sa consultation;
6. qu'un délai au 16 novembre 2001 est imparti à la recourante pour retourner à l'adresse de la CRM l'onglet de pièces sous bordereau n° I et la pièce 2 du bordereau n° II qui seront annexées à la présente décision;
7. qu'un délai au 16 novembre 2001 est également fixé à la recourante pour présenter des réquisitions et, notamment, requérir un deuxième échange d'écritures ou des débats publics.

Décide:

1. La demande de consultation des pièces sous bordereau n° I et II présentée par la recourante est admise en tant qu'elle concerne les pièces du bordereau n° I et la pièce 2 du bordereau n° II.
2. Un délai au 16 novembre 2001 est imparti à la recourante pour retourner à l'adresse de la CRM les pièces du bordereau n° I et la pièce 2 du bordereau n° II.
3. Un délai au 16 novembre 2001 est imparti à la recourante pour présenter des réquisitions au sens de l'art. 57 PA ou demander des débats publics au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH.
4. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.
5. La présente décision est notifiée à la recourant et au pouvoir adjudicateur ainsi que communiquée à l'adjudicataire.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-005

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Abbruch des Vergabeverfahrens)

Sachverhalt:

A. Das Vergabestelle hat im SHAB vom 3. Juli 2000 das Mandat zur Förderung folgerichtiger (integraler) Gebäudesanierungen im selektiven Verfahren öffentlich ausgeschrieben. Die genannten Aufgaben sollten im Rahmen des Nachfolgeprogramms von Energie 2000 an ein privates Unternehmen delegiert werden. Am 24. September 2000 stimmte das CH-Volk über die Energievorlagen ab. Aufgrund der Präqualifikation wurden am 5. Oktober 2000 zwei von sechs Anbietern, worunter die Beschwerdeführerin, als geeignet beurteilt; dies wurde den Anbietern mit Verfügung vom 31. Oktober 2000 mitgeteilt. **B.** Am 1. Dezember 2000 wurden die selektierten Anbieter zur Offertstellung eingeladen unter Hinweis auf die beiliegenden Ausschreibungsunterlagen zum Mandat. Hierzu wurde den Anbietern eine Frist von 40 Tagen gesetzt. Dies wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. Dezember 2000 nochmals bestätigt, wobei der 10. Januar 2001 als Termin genannt wurde. Am 9. Januar 2001 reichte sie ihre Offerte ein. Mit elektronischer Mitteilung vom 30. Januar 2001 wurde sie aufgefordert, im Sinne eines Nachtrags zur Offerte vier Ergänzungsfragen zu beantworten, was fristgerecht eingereicht wurde. **C.** Mit Verfügung vom 23. März 2001 teilte die Vergabestelle den Anbietern den Abbruch des Vergabeverfahrens mit. Am 30. März 2001 gelangte die Beschwerdeführerin an sie und ersuchte um Entschädigung für die ihr entstandenen Aufwendungen im Rahmen der Erarbeitung der Offerte; dem Schreiben war eine Rechnung über Fr. 42'647.25 beigelegt. Darin hielt sie fest, dass für sie die Argumentation der Vergabestelle nicht nachvollziehbar sei, dass der Hauptgrund des Abbruches der Abstimmungsausgang vom 24. September 2000 sei, da die Präqualifikation erst am 31. Oktober 2000 erfolgte. Zu dieser Eingabe nahm die Vergabestelle mit Schreiben vom 9. April 2001 Stellung. Sie führte aus, dass grundsätzlich kein Anspruch auf eine Vergütung für die Ausarbeitung eines Angebotes bestehe. Überdies handle es sich beim in Frage stehenden Mandat auch nicht um eine planerische Vorleistung. Dabei präzisierte sie, dass nicht der Abstimmungsausgang, sondern die auf Gespräche mit den Kantonen und der Branche zwischenzeitlich notwendig gewordene Neuausrichtung im Bereich des Anlagemarktes Wohnbauten der Abbruchgrund gewesen sei. Neu sei die vermehrte Übernahme von Aufgaben auf die Kantone und Agenturen der Wirtschaft vorgesehen. Sie berief sich dabei auf Äusserungen kantonaler Vertreter an einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 19. Januar 2001 und einer Vorstandssitzung der Konferenz kantonaler Energiefachstellen vom 9. Februar 2001.

Rechtsfragen:

1. Was darf abgebrochen werden? 2. Was sind die Folgen eines vergaberechtswidrigen Abbruches?

Erwägungen:

1. Zu den Abbruchvoraussetzungen (Erw. 2): Dass ein endgültiger Abbruch des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen geschehen darf, sagen die für das Vergaberecht des Bundes massgebenden Vorschriften nicht. Die Vergabestelle verfügt mit Bezug auf den Entscheid, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss insofern aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen, was vorliegend der Fall ist. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet auch, dass das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war. Konkret dürfen die Anbietenden beispielsweise damit rechnen, dass die Vergabestelle mit der gebotenen und ihr möglichen Sorgfalt prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht. Sinngemäss Gleiches hat zu gelten, wenn die Vergabebehörde mit dem selektiven Verfahren ein zweistufiges Verfahren wählt und vorerst ein Präqualifikationsverfahren durchführt. In einem solchen Fall darf der im öffentlichen Interesse liegende Grund für den (späteren) Verfahrensabbruch auch nicht bei der Einladung zur Offertstellung vorhersehbar gewesen sein. Hätte die Vergabestelle die ihr obliegende Sorgfalt angewendet, so hätte sie z.B. die später unternommenen Schritte zeitlich vorgezogen oder die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, d.h. die Einleitung des zweiten Teils mit der Einladung der beiden präqualifizierten Anbieter zur Offertstellung, ausgesetzt. **2. Zum Schadenersatz** (Erw. 3): Verzichtet die Auftraggeberin auf das Projekt definitiv kann eine Aufhebung der - rechtswidrigen - Abbruchverfügung nicht in Betracht kommen. So kann es nicht angehen, die Vergabestelle beispielsweise zum Bau eines Gebäudes zu zwingen, auf dessen Erstellung sie entgegen der Ausschreibung nachträglich verzichten möchte. Nichts deutet darauf hin, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung mit Bezug auf einen definitiven Abbruch des Vergabeverfahrens eine bewusst negative Antwort des BoeB bedeutet, d.h. dass ein sog. qualifiziertes Schweigen vorliegt. Die Materialien sowie die Gesetzessystematik legen vielmehr den Schluss nahe, Art. 32 Abs. 2 BoeB bei definitivem Abbruch des Vergabeverfahrens gemäss Art. 30 Abs. 1 VoeB auf dem Wege der Lückenfüllung anzuwenden: Es ist die Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügung festzustellen. Damit ist auch gewährleistet, dass (später) gegen eine erlassene Verfügung des EFD betreffend Schadenersatz der Rechtsweg an die BRK offen steht.

Entscheid:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Rechtswidrigkeit der Verfügung vom 23. März 2001 festgestellt. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Parteientschädigung von CH 2'500.--.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-011 (Entscheid v. 11.08.00)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb am 19.03.2001 im SHAB die Lieferung von 20 Defibrillatoren aus im offenen Verfahren öffentlich aus. Für den Produktebeschrieb wurde auf die bei der Vergabestelle zu beziehenden Unterlagen verwiesen. Die Ausschreibungsunterlagen wurden 7 Interessentinnen zugestellt. Innert Frist gingen 4 Angebote ein, die am 4. Mai 2001 geöffnet wurden. Die Durchsicht der Offerten zeigte, dass keines der Angebote die im Pflichtenheft geforderten Muss-Kriterien erfüllte. Die Vergabestelle erliess deshalb am 13. Juni 2001 folgende Verfügung: "1. Das ursprüngliche Pflichtenheft vom 8. März 2001 wird wiedererwägungsweise durch das beiliegende, überarbeitete Pflichtenheft vom 11. Juni 2001 ersetzt. 2. Den Verfügungsadressaten steht es frei, an der bereits eingereichten Offerte festzuhalten oder der Vergabestelle eine neue Offerte innert 10 Tagen nach Erhalt dieser Verfügung einzureichen. 3. Gegen diese Verfügung, das darin festgelegte Vorgehen und die Neudefinition nachfolgend aufgeführter Kriterien kann bei der Vergabestelle innert 10 Tagen nach Eröffnung Einsprache erhoben werden. Ein Einspruch zieht den Abbruch des im SHAB vom 19. März 2001 publizierten Beschaffungsverfahrens von 20 Defibrillatoren durch die Vergabestelle nach sich." Diese Verfügung wurde allen 7 Anbietern, welche die Ausschreibungsunterlagen angefordert hatten, zusammen mit den geänderten Ausschreibungsunterlagen zugestellt. Die 4 bisherigen Offerenten reichten in der Folge überarbeitete Angebote ein. Am 14. August 2001 erteilte die Vergabebehörde den Zuschlag, der im SHAB vom 17. August 2001 veröffentlicht wurde. **B.** Daraufhin wird gegen den Zuschlag Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Sind Anordnungen der Ausschreibung(-unterlagen) später im Verfahren anfechtbar? 2. Ist die Notwendigkeit/Zweckmässigkeit von Vergaben anfechtbar? 3. Diskriminierende Produktvorgaben/technische Spezifikationen?

Erwägungen:

1. Zur nachträglichen Anfechtbarkeit (Erw. 2 f.): Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind nicht selbstständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung nach Art. 29 BoeB mündet, anzufechten. In der Regel wird dies der Zuschlag sein. Was schliesslich die Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung bzw. die Frage der Verwirkung des entsprechenden Beschwerderechts anbelangt, gilt: Am Gebot der unmittelbaren Anfechtung (mit der Konsequenz der Verwirkung) muss in jedem Fall für diejenigen Anordnungen festgehalten werden, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Dies gilt in der Regel z. B. für Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Zulässigkeit und Rechtsformen von Bietergemeinschaften, Teilangeboten und Varianten, Losbildung oder Verfahrenssprache(n). Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich nicht nur aufgrund von Art. 29 BoeB, sondern auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich auch die Anbietenden zu verhalten haben. Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar sind und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, muss die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten bleiben. Solche Anordnungen können insbesondere den Gegenstand der Beschaffung oder die Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. Teile davon betreffen. Gerade solche für das Vergabeverfahren grundlegende Punkte werden in der öffentlichen Ausschreibung häufig nur rudimentär und stichwortartig aufgeführt, und ihre tatsächliche Bedeutung wird erst zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen vollumfänglich erkenn- und beurteilbar. Dies lässt sich nicht vermeiden, können in der Publikation doch naturgemäss keine umfangreichen und umfassenden Ausführungen gemacht werden. Daraus darf den Interessenten indessen kein Rechtsverlust erwachsen. Ob eine selbständige Anfechtung einer in der öffentlichen Ausschreibung enthaltenen Anordnung möglich war oder nicht, die Anordnung mit andern Worten dafür inhaltlich ausreichend bestimmt war, muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden. Vorliegend konnte die Beschwerdeführerin Inhalt und Umfang der Beschaffung erst aufgrund der Ausschreibungsunterlagen mit ausreichender Bestimmtheit erkennen. **2. Zum Leistungsgegenstand** (Erw. 5 a): Es ist ausschliesslich Sache der zuständigen Vergabebehörde, über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Beschaffung zu befinden. **3. Zu den technischen Spezifikationen** (Erw. 5 b): Produktvorgaben bzw. technischen Spezifikationen sind so zu bezeichnen, dass sie nicht gezielt einzelne Anbieter oder Leistungen bevorzugen. Grundsätzlich müssen in einem öffentlich ausgeschriebenen Verfahren alle interessierten (und geeigneten) Anbieter der betreffenden Branche die gleichen Möglichkeiten haben, für die zu vergebende Leistung ein Angebot zu unterbreiten, welches auch eine effektive Chance auf den Zuschlag hat (Gebot der neutralen Gestaltung der technischen Spezifikationen). Es kann auch auf ein Datenblatt eines Produktes zurückgegriffen werden, sofern die technischen Anforderungen noch so offen formuliert sind, dass sie von einem anderen Produkt erfüllt werden können.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und der Zuschlag der Vergabestelle vom 17. August 2001 bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten (CHF 2'000.—) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Keine Parteientschädigungen.

Zwischenentscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-014

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Sachverhalt:

A. Die Schweizerische Post schrieb die Leistung „Lieferung eines Förder- und Verteilersystems für das Auswechslungsamt Basel“ zur Vergabe im selektiven Verfahren aus. Die Anlage dient ausschliesslich dem Paketimport. Aufgrund der Präqualifikation wurden 8 Anbieter eingeladen. Anschliessend wurden 4 dieser Angebote einer Nutzwertanalyse unterzogen und mit 2 Anbietern (Zuschlagsempfängerin und Beschwerdeführerin) Verhandlungen geführt. Mit einem als Verfügung bezeichneten Schreiben vom 24. September 2001 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die anderweitige Vergabe mit. Am 2. Oktober 2001 wurde der Zuschlag (datiert auf 26. September 2001) publiziert. **B.** Dagegen erhebt die nicht berücksichtigte Anbieterin am 15. Oktober 2001 Beschwerde und beantragt unter anderem die Aufhebung des Zuschlages und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. **C.** Am 19. Oktober 2001 erteilte die BRK der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. **D.** Mit Schreiben vom 23. Oktober 2001 teilte die Vergabestelle der BRK mit, den Vertrag bereits abgeschlossen zu haben.

Rechtsfragen:

1. Wann sind Vergaben der Schweizerischen Post dem BoeB unterstellt? 2. Wann wird die aufschiebende Wirkung trotz geschlossenem Vertrag erteilt? 3. Wie weit geht die Akteneinsicht?

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 1): Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post sind dem BoeB als Auftraggeberin unterstellt, soweit diese nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GPA nicht unterstehen. Nach Postgesetz ist unter anderem die Beförderung von Paketen im internationalen Verkehr von den reservierten Diensten ausgenommen. Die nicht reservierten Dienste erbringt die Post in Konkurrenz zu den privaten Anbietern. Von diesen nicht reservierten Diensten im Bereich des Universaldienstes zu unterscheiden sind die Wettbewerbsdienste, welche die Schweizerische Post im Unterschied zur Grundversorgung (Universaldienst) gar nicht erbringen muss. Da im vorliegenden Fall ein Förder- und Verteilsystem für den Import von Paketen Gegenstand der Vergabe bildet, spräche allein der Wortlaut der genannten Bestimmungen eher dafür, die Post als Auftraggeberin dem BoeB nicht zu unterstellen. Zusätzlich ist aber zu berücksichtigen, dass das Förder- und Verteilsystem nicht nur der Post, sondern auch den Zollbehörden dient. Die Förderanlage bildet Teil eines integrierten Gesamtkonzepts, welches auf der engen Zusammenarbeit der Bediensteten basiert; diese arbeiten „Hand in Hand“. Auch die Anzahl im einschlägigen Bereich des Auswechslungsamts beschäftigter Mitarbeiter der Zollverwaltung entspricht etwa derjenigen der Schweizerischen Post. Nach dem Gesagten ergibt sich vorliegend eine Konstellation, die - obwohl die Beförderung von Paketpost im internationalen Verkehr nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht zu den reservierten Diensten gehört - der Situation im Bereich der reservierten Dienste eher entspricht. Es liefe dem Sinn der Regeln über den Geltungsbereich des BoeB zuwider, wenn der Umstand, dass die Beförderung von Paketpost im internationalen Verkehr nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 lit. b PG zu den nicht reservierten Diensten gehört, bei den gegebenen Verhältnissen für die Frage der Unterstellung der Auftraggeberin unter dieses Gesetz ausschlaggebend wäre. **2. Zur aufschiebenden Wirkung** (Erw. 2): Die BRK prüft die Voraussetzungen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, obwohl zwar der Vertrag schon abgeschlossen wurde, eine allfällige Nichtigkeit desselben aber prima facie nicht auszuschliessen ist. Indessen bleibt der Vertragsabschluss vor Ablauf der Beschwerdefrist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses vorbehalten. In einem solchen Fall (z.B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) ist es an der Vergabestelle, einen derartigen Grund darzutun. Im vorliegenden Fall spreche der Verfahrensablauf gegen eine notstandsähnliche Situation (Erstreckung der Frist zur Angebotseinreichung), weshalb die Vergabestelle den Entscheid über die aufschiebende Wirkung hätte abwarten müssen. Im Rahmen der Interessenabwägung schliesst die BRK, dass die Erfolgchancen durchaus intakt sind und die Interessen der Beschwerdeführerin als gewichtig zu bezeichnen sind, da einerseits die Bewertungsmaassstäbe nicht absolut klar aus den Unterlagen ersichtlich sind und andererseits die Voraussetzungen an die Bekanntmachung der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien möglicherweise nicht eingehalten wurden. Angesichts des von der Vergabestelle glaubhaft dargelegten enormen Schadens, der bei einem weiteren Unterbinden des Vertragsvollzuges mit der Zuschlagsempfängerin durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung einzutreten droht, überwiegt das öffentliche Interesse an der Verweigerung des beantragten Suspensiveffektes aber dennoch, und zwar unabhängig vom einem möglichen Selbstverschulden. **3. Zur Akteneinsicht** (Erw. 3): Die Gewährung ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Das bezieht sich auf alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke mit Ausnahme der Akten, bei denen ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt. Dies gilt insbesondere für die Konkurrenzofferten aber auch für die technische Auswertung der Offerten, soweit daraus schützenswerte Angaben der Konkurrentin ersichtlich sind.

Entscheid:

1. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen. Dem Gesuch auf Akteneinsicht wird teilweise (ohne Konkurrenzofferte, Angebotsauswertung) entsprochen. 2. Die Beschwerdeführerin hat zur Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung zu nehmen. 3. Über die Kosten wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

Décision incidente du 28 décembre 2001, CRM 2001-008 (vgl. 19.9.01)

Regeste: marché public de fournitures; adjudication dans une procédure ouverte constatation des faits

En fait:

A. Le 3 avril 2001, l'adjudicateur publia dans le FOSC un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte. Le marché portait sur la fourniture de 10 à 18 appareils pour l'étalonnage des analyseurs des émissions de gaz dans les stations de mesure du réseau national d'observation des polluants atmosphériques (NABEL). L'évaluation était effectuée par le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (LFEM) à Dübendorf, à qui l'adjudicateur a aussi délégué l'exploitation du réseau NABEL. **B.** Par publication dans la FOSC du 31 juillet 2001 et courrier à la recourante du 4 août 2001, l'adjudicateur, respectivement le LFEM firent savoir que le marché avait été adjugé, en date du 24 juillet 2001, à x SA, à Baden, en raison de la meilleure conformité de l'offre aux critères d'adjudication. **C.** Par courrier portant le sceau postal du 20 août 2001, reçu par la Commission de recours le 22 août 2001, la recourante a formé recours contre la décision d'adjudication. Elle invoque en particulier la constatation inexacte des faits pertinents, dans la mesure où les résultats comparativement peu satisfaisants de son appareil seraient dus à des erreurs lors de l'installation et de la manipulation de cet équipement par les techniciens du LFEM. **D.** Par décision incidente du 19 septembre 2001, la Commission de recours a accordé l'effet suspensif au recours. Un double échange d'écritures sur le fond a eu lieu entre les parties. Il a été suivi d'une audience d'instruction le 19 décembre 2001.

Question juridique:

Quelles sont les conditions pour une juste constatation des faits (cons. 1 ff.)?

En droit:

Constatation des faits: L'instruction du recours clarifie au besoin l'état des faits et recueille les preuves. L'art. 12 PA charge l'autorité de constater les faits d'office et, à cette fin, d'administrer les preuves. Le juge instructeur ordonne la procédure probatoire qu'exige la détermination des faits. Le pouvoir adjudicateur justifie en particulier son rejet de l'appareil de la recourante par un temps de stabilisation trop long. La recourante conteste ce motif et considère qu'il résulte d'une mauvaise constatation des faits par le LFEM. Il ressort que le LFEM n'a effectué de tests que pour les trois gaz les plus importants et qui nécessitent une dilution durant l'opération de calibration, à savoir les oxydes d'azote (NO), l'ozone (O₃) et le dioxyde de soufre (SO₂). Les résultats des tests effectués par le LFEM et produits lors de l'audience d'instruction montrent que ces tests ont été réalisés tant selon un montage «en parallèle» des appareils de calibration que selon un montage «en simple» du seul appareil de la recourante. Le LFEM a mesuré des temps de stabilisation trop longs (plus de 30 minutes). En effet, les mêmes temps de montée trop long ont été observés par l'EMPA dans les tests réalisés «en simple» avec l'appareil de calibration, alors même qu'aucun volume mort n'est généré dans une telle hypothèse. En conséquence, le grief de la recourante selon lequel le temps de montée trop long résulterait du volume mort causé par le montage en parallèle choisi par le LFEM pour effectuer les tests, montage qui serait étranger aux conditions d'utilisation d'un appareil de calibration *in situ*, ne paraît pas fondé. La recourante argumente aussi que les temps de stabilisation trop longs résulteraient du fait que le LFEM n'a pas utilisé la fonction «purge» (Spülung) dont l'emploi serait impératif. Le LFEM a confirmé qu'aucune mesure n'a été effectuée avec une purge préalable durant les tests ayant précédé l'adjudication du marché. On ne saurait en conséquence admettre sans autre que les tests réalisés sur son appareil par la recourante et produits à l'appui de son recours ne correspondraient pas aux conditions d'utilisation réelles de l'appareil dans les stations du réseau NABEL. La technologie à buse sonique assure une très bonne reproductibilité des mesures, qui est soulignée par la recourante elle-même. Dès lors, les temps de montée comparativement très courts mesurés par la recourante au cours des tests réalisés par elle-même durant environ 24 heures ne sauraient être écartés pour le seul motif qu'ils seraient le fruit du hasard d'un test ponctuel et incomparables avec les tests effectués par le LFEM. L'examen des pièces produites, l'audition des parties et des témoins ne permettent pas d'expliquer la raison pour laquelle les temps de montée des gaz NO_x et SO₂ mesurés pour l'appareil diffèrent dans un rapport de 1 à 10 selon que les tests «en simple» sont réalisés par la recourante ou par le LFEM respectivement. Des erreurs dans le montage avec l'analyseur de gaz et/ou dans la manipulation de l'appareil – en particulier dans l'utilisation de la fonction «purge» – sont possibles, erreurs qui auraient résulté en une mauvaise constatation des faits par le pouvoir adjudicateur.

Décision:

1. L'EMPA procède à une nouvelle série de tests limités aux gaz NO_x et SO₂, avec le seul appareil de la recourante, en montage simple, avec des tubulures de 2 mètres, et en utilisant la fonction «purge» conformément aux indications figurant dans le manuel d'utilisation de l'appareil Sonimix 6000. Les tests sont effectués au LFEM. Un ou plusieurs représentants de la recourante assistent au montage de l'appareil avec l'analyseur de gaz ainsi qu'aux tests eux-mêmes. Ces tests sont répétés durant 5 jours consécutifs, à une date à fixer d'entente entre les parties. Les résultats des tests, sous forme de données et de graphiques, doivent être fournis à la CRM au plus tard le 31 janvier 2002. 2. Dans le même délai, les deux parties ont la faculté de faire parvenir à la CRM une détermination limitée aux résultats des tests complémentaires effectués. 3. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.

Verfügung vom 19. März 2002, BRK 2002-003 (Endentscheid vom 26.6.02)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Akteneinsicht; zweiter Schriftenwechsel)

Nach Einsicht in:

- die im SHAB vom 16. Januar 2002 veröffentlichte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 11. Januar 2002;
- die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 4. Februar 2002;
- die Zwischenverfügung des Präsidenten der BRK vom 27. Februar 2002, die aufschiebende Wirkung erteilt wurde;
- die Vernehmlassung der x AG vom 4. März 2002;
- die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 11. März 2002;
- die von der Vergabestelle eingereichten Akten;
- die mit Aktennotiz festgehaltene mündliche Stellungnahme der x AG vom 18. März 2002 zum Gesuch um Akteneinsicht, soweit die Beilagen 10a und 12a zur Vernehmlassung der Vergabestelle in Frage stehen;

Rechtsfragen: Voraussetzungen für die Akteneinsicht und für einen zweiten Schriftenwechsel

in Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin volle Akteneinsicht und einen zweiten Schriftenwechsel beantragt;
- die Vergabestelle sinngemäss die Abweisung des Akteneinsichtsgesuchs für Konkurrenzofferten und die darauf basierenden Auswertungen beantragt, und einen weiteren Schriftenwechsel als nicht erforderlich bezeichnet;
- die Zuschlagsempfängerin sich nicht geäußert hat, ihr Gelegenheit gegeben worden ist, Einwände gegen die auszugswise Einsichtnahme in ihre aktualisierte Offerte bzw. Offertergänzung vorzubringen; sie keine Einwände gegen die Einsicht in bestimmte Kalkulationspositionen hat (Arbeitsstunden für Service, Verschleissteilaustausch und Reparaturarbeiten und die berechneten Preise, die totalen Kosten pro Fahrzeug bzw. pro Betriebsstunde);
- Die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung dagegen die Ausnahme darstellt, wobei vom allgemeinen Einsichtsrecht jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, ausgenommen bleiben;
- für das Verfahren vor der Rekurskommission ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten besteht;
- die Offerten von Drittanbietern im Zweifel keine verfahrensrelevanten Angaben enthalten und selbst für den Fall, dass dies anders wäre, die Geheimhaltungsinteressen der Drittanbieter die Interessen der Beschwerdeführerin an der Einsichtnahme grundsätzlich überwiegen: sie ist von der Akteneinsicht jedenfalls vorläufig auszuschliessen;
- die Offerte der Zuschlagsempfängerin schützenswerte Angaben, namentlich technische Angaben sowie detaillierte Kalkulationsgrundlagen enthält, womit sie von der Akteneinsicht vorläufig auszunehmen ist;
- die aktualisierte Offerte sowie die Ergänzung der Zuschlagsempfängerin betreffend die Fullservicekosten technische Angaben und namentlich detaillierte Kalkulationsgrundlagen enthalten, grundsätzlich von der Akteneinsicht auszunehmen sind, für bestimmte Posten aber deren Einverständnis besteht und deshalb Einsicht gewährt wird.
- bezüglich des Erprobungsberichtes der Mehrzweckfahrzeuge zwar Daten zu Drittanbietern sowie technische Daten des von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeugs, aber zugleich die technische Beurteilung enthalten, die nach deren Angaben ohne irgendwelche Anpassung in die abschliessende Beurteilung eingeflossen ist, womit dem Akteneinsichtsgesuch teilweise entsprochen wird, wobei die Angaben zu den von Drittanbietern offerierten Fahrzeugen und die technische Beurteilung derselben durch die Vergabestelle insoweit unkenntlich zu machen sind, als sie die Bezeichnung der von Dritten offerierten Fahrzeuge enthalten; dieselben Grundsätze gelten für die beiliegenden Protokolle, die Fahrzeuge von Drittanbietern betreffen, die von der Akteneinsicht auszunehmen sind, wogegen die keine schützenswerten technischen Daten enthaltenden Protokolle betreffend die Erprobung der Fahrzeuge der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsempfängerin zugänglich zu machen sind;
- bezüglich der Nutzwertanalysen und Preisaufstellungen betreffend die Offerten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin, nicht aber Hinweise auf schützenswerte technische Daten oder detaillierte Kalkulationsgrundlagen enthält, davon auszugehen ist, dass diese dem Akteneinsichtsrecht unterliegt, soweit die Nutzwertanalysen und Preisberechnungen nicht Drittanbieter betreffen, die detaillierten Angaben der Zuschlagsempfängerin zum Kraftstoffverbrauch vorläufig ausgenommen bleiben;
- bezüglich der Beilage 6 festzuhalten ist, dass die in Frage stehenden Dokumente für das Verfahren irrelevant sind;
- der Antrag auf Beschränkung der Anbieter für das weitere Verfahren grundsätzlich der Akteneinsicht unterliegt, dies indes nicht für die Drittanbieter betreffenden Angaben gilt;
- der Vertragsentwurf grundsätzlich keine verfahrensrelevanten Angaben enthält, ausser bezüglich „Fullservice“, demzufolge grundsätzlich von der Akteneinsicht auszunehmen ist, nicht hingegen die „Optionen“;

Entscheid:

1. Dem Akteneinsichtsgesuch wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen, und es werden ihr die Akten der Vergabestelle, soweit sie der Akteneinsicht unterliegen, bis zum 10. April 2002 zur Einsicht- und Stellungnahme zugestellt.
2. Innert dieser Frist erhält sie Gelegenheit, sich zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 11. März 2002 zu äussern.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001/008

Regeste: marché public de fournitures ; adjudication par une procédure ouverte, spécifications techniques, appréciation des offres

En fait:

A. Le 3 avril 2001 le pouvoir adjudicateur publia un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte. Le marché portait sur la fourniture de 10 à 18 appareils pour l'étalonnage des analyseurs des émissions de gaz. Selon le point 19 de l'appel d'offres, les négociations étaient réservées. Les critères d'adjudication étaient (par ordre d'importance décroissante) les suivants: conformité aux performances requises selon le chiffre 3b (indépendance des canaux); bonne stabilité, reproductibilité et temps de montée brefs; facilité d'exploitation et d'entretien; rentabilité, rapport prix-performance, temps de réaction pour les travaux des service et d'entretien ainsi que coûts tarifs de ses travaux; organisation après-vente; réputation du fabricant; garantie de livraison des pièces de rechange. La possibilité de négociations était réservée. **B.** Trois offres furent soumises. Par publication dans la FOSC du 31 juillet 2001 et courrier du 3 août 2001 le pouvoir adjudicateur a communiqué que le marché avait été adjugé, en raison de la meilleure conformité de l'offre aux critères d'adjudication. Alors que l'appel d'offres prévoyait que le délai de livraison des appareils était de trois mois après l'adjudication du marché, le contrat est conclut le jour même de l'adjudication du marché, le 24 juillet 2001. Mais le pouvoir adjudicateur stipula toutefois que le contrat était suspendu en cas de recours contre l'adjudication, et cela jusqu'à droit jugé sur le fond du recours. De plus, le contrat prévoyait que aucun frais ne serait supporté dans l'hypothèse où l'autorité de recours annulerait l'adjudication. **C.** Par lettre du 15 août 2001, le pouvoir adjudicateur indiqua que le principale raison de rejet de l'offre étaient les suivant: « zu lange Einlaufzeit bis zum Erreichen der konstanten Endkonzentration, Ozonkonzentration wird durch den NO-Kanal beeinflusst, geringe NO/Nox Verluste ». **D.** Par courrier portant le sceau postal du 20 août 2001, reçu par la CRM le 22 août 2001, la recourante a formé recours contre l'adjudication.

Question de droit:

1. Qualité pour agir?
2. Est-ce qu'il faut éliminer une offre, qui ne remplit pas une condition de l'appel d'offres?
3. Quelle rabais contourne les dispositions légales sur les négociations?
4. De quelle liberté dispose le pouvoir adjudicateur fixant les spécifications techniques?

En droit:

1. Qualité pour agir (cons. 2): Il en résulte que le candidat ou soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt pratique suffisant à demander l'annulation de la décision attaquée du seul fait qu'il obtient un rétablissement de ses chances – quelles qu'elle soient – s'il est réintégré dans la procédure de passation. Il serait excessif d'exiger que le recourant ait pu obtenir le marché sans la violation. **Un recourant a en règle général qualité pour agir même s'il apparaît en définitif que son offre devait être exclue du fait qu'elle ne remplissait pas une condition essentielle de l'appel d'offres.** **2. Exclusion** (cons. 5): La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres, et en particulier aux spécifications technique du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier. **En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimes. Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur.** **3. Rabais** (cons. 7): Le rabais final, un « Rundungsrabatt », figurant dans le contrat conclu, n'a pas été introduit dans la comparaison des prix en vue de l'adjudication du marché. Il a été convenu postérieurement à l'adjudication. **Compte tenu aussi du fait que ce rabais final ne représente que 1.48% du prix total de la commande, on peut admettre que ce rabais négocié après l'adjudication ne contourne pas les dispositions légales sur les négociations, mais qu'il entre dans la possibilité limitée de négociations précontractuelles que le pouvoir adjudicateur peut mener avec l'adjudicataire en vue de finaliser les détails du contrat, et tout en respectant la décision d'adjudication.** **4. Spécification techniques** (cons. 9): Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge de liberté quant à la définition de l'objet du marché, aux spécifications techniques de celui-ci et à l'usage qu'il entend faire de cet objet. Les spécifications techniques ne sont pas fixées de manière arbitraire, mais en fonction de la prestation requise, c'est-à-dire « en fonction des propriétés d'emploi du produit ». Les spécifications techniques, si elles ne sont pas expressément formulées dans la documentation relative à l'appel d'offres, peuvent découler implicitement de l'usage auquel sera affecté l'objet du marché, lorsque cet usage figure dans l'appel d'offres ou les document d'appel d'offres ou qu'il est généralement connu des soumissionnaires ou qu'il peut l'être facilement du fait notamment des publications du pouvoir adjudicateur et des autres informations librement accessibles sur le site web de celui-ci.

Décision:

1. Le recours est rejeté.
2. La décision du 31 juillet 2001 est confirmée.
3. Les frais de procédure par CHF 2'000.— sont mis à la charge de la recourante.
4. Il n'est pas alloué de dépens.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-003 (Verfügung v. 19.3.02 und 2002-004)

Regeste: Öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren).

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 22. Juni 2000 die Lieferung von 11 Reinigungswagen für Flugplätze und 19 Mehrzweckfahrzeuge mit Anbaugeräten (z.B. Schneepflüge) im selektiven Verfahren öffentlich aus. Teilangebote wurden ausgeschlossen. In den Unterlagen wurden die Zuschlagskriterien und ihre Reihenfolge nach deren Wichtigkeit genannt. Anschliessend wurden die einzelnen Fahrzeuge der Anbieter erprobt. Aufgrund der Präqualifikation wurden nebst 7 weiteren Bewerbern auch die beiden Verfahrensbeteiligten als geeignet beurteilt und mit Offertanfrage vom 4. September 2000 um Zustellung einer Offerte für die ausgeschriebenen Reinigungs- und Mehrzweckfahrzeuge gebeten. Die Beschwerdeführerin offerierte 11 Kehrmaschinen und 19 Geräteträger (Gesamtangebot). Die Zuschlagsempfängerin offerierte 11 Kompakt-Kehrmaschinen und 19 Mehrzweckfahrzeuge des Typs I (Alternative Typ II). Die verbleibenden Anbieter wurden aufgefordert, ihre Offerten zu aktualisieren. Neu wurden verbindliche Angaben zu den Fullservicekosten verlangt. Die Leistungen wurden pro Fahrzeugtyp an zwei unterschiedlichen Anbieterinnen zugeschlagen. Mit Schreiben vom 14. Januar 2002 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass das von ihr offerierte *Mehrzweckfahrzeug* sich zwar als truppentauglich erwiesen habe, wegen der im Vergleich zur Konkurrenz höheren Fullservicekosten den Zuschlag indes nicht erhalten habe. Im SHAB vom 16. Januar 2002 wurde der Zuschlag veröffentlicht. **B.** Dagegen wurde Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Voraussetzungen für Teilvergaben. 2. Zuschlagskriterien (Anforderungen an Publikation und nachträgliche Abänderung)? 3. Inwieweit kann im Rahmen von Verhandlungen der Ausschreibungsinhalt erweitert werden?

Erwägungen:

1. Zur Teilvergabe (Erw. 2): Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreibe 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 oder wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will. Schliesslich kommt eine Aufteilung des Auftrags auch nicht in Frage, wenn darauf nicht vorgängig in der Ausschreibung aufmerksam gemacht worden ist. Es ist bei dieser Sachlage davon auszugehen, dass die 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 grundsätzlich um zwei verschiedene Aufträge handelte, und Gesamtangebote wohl erwünscht, aber nicht zwingend verlangt waren. Dementsprechend war die Vergabestelle befugt, die Lieferungen auch ohne entsprechende Ankündigung getrennt zu vergeben. Die wie ausgeführt unklare und missverständliche Formulierung der Ausschreibung allein stellt vorliegend keinen derart schwerwiegenden Rechtsmangel dar, der notwendigerweise zur Aufhebung der beiden Teilvergaben führen müsste. **2. Zu den Zuschlagskriterien** (Erw. 3 f.): Die blosse 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. 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 Unterlagen bekannt gegebenen Reihenfolge im Rahmen der Bewertung das gleiche Gewicht beimass. Art. XIV Ziff. 4 lit. b ÜoEB gestattet zwar das nachträgliche Ändern der Kriterien im Rahmen von Verhandlungen mit den Anbietern, sofern diesen die Änderungen schriftlich mitgeteilt werden. Diese Mitteilung der Kriterienänderung müsste indessen auf jeden Fall genügend klar erfolgen. **3. Zur Erweiterung** (Erw. 5): Die Vergabestelle hat im Rahmen der Verhandlungen nicht nur die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung verändert, sondern sie hat überdies eine nachträgliche Leistungsänderung bzw. -erweiterung verlangt, indem nun zusätzlich auch die Fullservicekosten verbindlich zu offerieren waren und die Vergabe des Fullservices zumindest als Option vorgesehen wurde. Eine solche Änderung im Rahmen von Verhandlungen geht so oder so klar über die zulässig erklärten Änderungsmöglichkeiten bezüglich Kriterien und technische Anforderungen hinaus. Zu beachten ist, 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. 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 Departement – verstösst auch gegen diese Bestimmungen und erweist sich submissionsrechtlich als nicht haltbar.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Zuschlag aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen.
2f. Ein Anteil der Verfahrenskosten und Prozessentschädigung (CHF 8'000.--) werden der Konkurrentin auferlegt.

Entscheid vom 26. Juni 2002, 2002-004 (vgl. 2002-003)

Regeste: Öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren).

Sachverhalt:

Vorliegend war eine andere Anbieterin Beschwerdeführerin und rekurrierte nicht gegen die Vergabe der Mehrzweckfahrzeuge, sondern gegen die Vergabe der *Reinigungsfahrzeuge*. Die Erwägungen in beiden Urteilen decken sich mehrheitlich. Nachfolgend soll der Platz genützt werden noch weitere Sachverhaltselemente oder Erwägungen aufzulisten, die in beiden (Bewertungsmatrix) oder nur in diesem Urteil vorkommen.

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
Akzeptierung 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
			Tot. Nutzen Kommerz	25%	100%		
	Total Nutzen	50%		50%	100%		
Beschaffungskosten	Kosten		Beschaffung	50%	100%	25%	2
Lebenswegkosten (Betriebskosten)	Kosten		Betrieb			25%	2
	Total Kosten	50%					
						100%	

Von der Beschwerdeführerin wird zusätzlich geltend gemacht, dass das von der Zuschlagsempfängerin offerierte Fahrzeug gar nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, da es nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprach. Es habe zum Zeitpunkt des Testes der Fahrzeuge noch nicht einmal ein Prototyp existiert, weshalb dieser nicht zur Begutachtung und Erprobung zur Verfügung gestanden habe. Die Zuschlagsempfängerin behauptet hingegen, dass es sich beim offerierten Fahrzeugtyp um ein weiterentwickeltes Fahrzeug desjenigen Fahrzeugtyps, der an der Vorführung benutzt wurde. Letzteres war als tauglich angesehen worden, mit der Auflage, dass die Kipphöhe des Kehrgutbehälters für Abfallcontainer und Schuttmulden geeignet ist. Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, dass es sich lediglich um eine Weiterentwicklung desselben Fahrzeugs und nicht um ein neues Fahrzeug handle. Die Unterschiede würden nicht im Konzept, sondern in den Details liegen. Die für das Reinigungsergebnis relevanten Komponenten seien bei beiden Typen baugleich, lediglich die Anordnung des Saugmundes sei unterschiedlich.

Rechtsfragen:

1. Zu den Voraussetzung für den Zuschlag (Erw. 6). 2. Voraussetzungen für den Direktzuschlag durch BRK.

Erwägungen:

1. Zum Zuschlag (Erw. 6): Die BRK hält fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen 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“ verlangt werde. Dagegen hat die Vergabestelle aber verstossen, indem sie nicht das zu beschaffende Fahrzeug selbst, sondern das Vorgängermodell im Einsatz erprobt hat. Die beiden Fahrzeugtypen unterscheiden sich namentlich in Bezug auf den Motor, die Lenkung (Vierrad anstelle Hinterrad) und die geänderte Anordnung des Saugmundes. Dabei handle es sich durchaus um konzeptionelle Änderungen. 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 könne auch das Gegenteil eintreten. Die BRK zieht die Schlussfolgerung, dass die Vergabestelle gegen das Transparenz- und gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen habe: Gegen das Transparenzgebot versties sie, indem sie einem Fahrzeug entgegen ihren eigenen Ausschreibungsbedingungen den Zuschlag erteilt hat, das von ihr gar nie getestet worden ist. Überdies habe sie das Gebot, einen Zuschlag nur an ein Angebot zu erteilen, das bei der Öffnung den wesentlichen Anforderungen der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen entspricht, missachtet. Gegen das Gleichbehandlungsgebot versties sie, weil sie ein Anbieter in wettbewerbsverfälschender Weise bevorzugt hatte. **2. Zum Direktzuschlag** (Erw. 7): Da das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht und somit vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre, könne nur noch das Angebot der Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage kommen. Der Zuschlag für die Lieferung der Reinigungswagen ist mithin direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und der Zuschlag für die Lieferung der 11 Reinigungswagen der Beschwerdeführerin erteilt. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Parteientschädigung von CHF 4'000.-.

Entscheid vom 8. Oktober 2002, BRK 2002-011

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle veröffentlichte im SHAB vom 28. Juni 2002 einen Auftrag zur Lieferung von Reinigungsmaterial (Microfaser) und -geräten im selektiven Verfahren. Es wurden insbesondere auch folgende Eignungsnachweise gefordert: Referenzliste von vergleichbaren Abnehmern (Aufträge, inkl. Kontaktperson und Tel. Nr., Leistungsumfang, Auftragsvolumen)/Nachweis der Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern. Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge war der 23. Juli 2002, 24.00 Uhr. Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 22. Juli 2002 einen Teilnahmeantrag ein, unter Beilage verschiedener Dokumente. Am 5. August 2002 teilte ihr die Vergabestelle mit, dass sie die geforderten Nachweise (Referenzen von vergleichbaren Abnehmern, Nachweise der Steuerverwaltung und Sozialversicherungen) nicht vollumfänglich erbracht habe und sie deshalb leider diesmal nicht zur Offerteingabe eingeladen werden könne. **B.** Gegen diese Verfügung erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. August 2002 Beschwerde. Sie legt je eine Bestätigung der Ausgleichskasse A und B vom 19. bzw. 9. August 2002 und des Gemeindesteueramtes X vom 12. August 2002 sowie Zahlen betreffend den Umsatz 2001 (Immobilien Bewirtschaftung der Y) bei. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht sie mit Bezug auf die Nachweise der Steuerverwaltung und Sozialversicherungen geltend, sie sei der Meinung gewesen, dass diese Nachweise mit dem Betriebsauszug sowie dem Revisionsstellenbericht und dem Anhang zum Geschäftsbericht vollumfänglich erbracht seien. Hinsichtlich des Nachweises von vergleichbaren Abnehmern ist sie der Meinung, dass Kundenzahlen geschützte Daten seien und nicht ohne deren Einwilligung an Dritte weitergegeben werden könnten. Sie hätte drei grössere Kunden mit Firmennamen, Bezugsperson und ungefährem Umsatzvolumen angegeben. **C.** In ihrer Vernehmlassung führt die Vergabestelle aus, es seien insgesamt 23 Anträge auf Teilnahme eingegangen. Gestützt auf die publizierten Eignungskriterien und geforderten Nachweise seien schliesslich 13 Anbieter eingeladen worden, bis zum 20. September 2002 eine konkrete Offerte einzureichen. Ein Antrag sei zu spät eingereicht worden und 9 Antragsteller hätten abgewiesen werden müssen, weil sie die Eignungsnachweise nicht oder nicht in der geforderten Form eingereicht hätten bzw. deren Leistungsfähigkeit gestützt auf die Unterlagen als ungenügend eingestuft worden seien.

Rechtsfragen:

Müssen alle für den Eignungsnachweis verlangten Unterlagen binnen Frist eingereicht werden (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zu den fristgerechten Unterlagen: Eine besondere Rolle spielen die Eignungskriterien im selektiven Verfahren. Hier wird die Eignung der Anbieter aufgrund eines Teilnahmeantrags in einem gesonderten Verfahren vorab geprüft (sog. Präqualifikation). Nur wer die Eignungskriterien (in genügendem Mass) erfüllt, darf im selektiven Verfahren ein Angebot einreichen. Zweck der - gegenüber dem offenen Verfahren zusätzlich vorgeschalteten - Eignungsprüfung ist die frühzeitige Ermittlung derjenigen Anbieter, die grundsätzlich fähig und in der Lage sind, den konkret ausgeschrieben Auftrag angemessen auszuführen bzw. die (rechtzeitige) Ausscheidung derjenigen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Die Vergabestelle setzte in ihrer Ausschreibung vom 28. Juni 2002 eine Frist an von 25 Tagen für die Einreichung der Teilnahmeanträge, womit sie die genannte Minimalfrist einhielt. In Ziff. 3.4 der Ausschreibung stellte sie zur Hauptsache auf die Leistungsfähigkeit des Anbieters ab und forderte zur Prüfung dieses Eignungskriteriums in Ziff. 3.5 von den Interessenten verschiedene Nachweise. Dabei handelt es sich, wie die Vergabeinstanz zutreffend vorbringt, durchwegs um zulässige Eignungsnachweise, wie sie auch in Anhang 3 VoeB als Beispiele aufgeführt werden. Art. 9 Abs. 1 VoeB hält in diesem Sinne fest, die Auftraggeberin könne für die Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen. Damit steht auch fest, dass die Eignung durch die Vergabebehörde zu prüfen ist, und zwar aufgrund der mit dem Teilnahmeantrag binnen Frist eingereichten Unterlagen. Werden die verlangten Nachweise erst nach Ablauf der Antragsfrist - etwa im Laufe eines Beschwerdeverfahrens vor der BRK - erbracht, so können sie als verspätet nicht (mehr) berücksichtigt werden. Denn nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Den Anforderungen an die Vollständigkeit ist die Beschwerdeführerin, mit Bezug auf die von der Vergabebehörde für die Eignungsnachweise verlangten Unterlagen, binnen Frist nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen. So fehlten namentlich die eigentlichen Nachweise mit Bezug auf die Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern sowie betreffend vergleichbarer Abnehmer. Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin die Nachweise nicht rechtzeitig erbracht hat, kann dabei keine Rolle spielen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die Verfügung betreffend Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.— werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Entscheid vom 9. Oktober 2002, BRK 2002-008

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Rückzug Beschwerde; Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sachverhalt:

A. Die BLS AlpTransit AG veröffentlichte unter der Rubrik «Ausschreibungen, nicht der WTO unterstellt» einen Bauauftrag betreffend Lötschberg-Basislinie (LBL) Bahntechnik und Ausrüstung. Am 25. Juni 2002 erteilte sie der Bietergemeinschaft Z. den Auftrag. Der Zuschlag wurde im SHAB vom 1. Juli 2002 unter der Rubrik «Vergebene Aufträge, nicht der WTO unterstellt» publiziert. **B.** Gegen diesen Zuschlag erhebt die M. AG fristgerecht bei der BRK Beschwerde. **C.** Mit Schreiben vom 13. August 2002 erklärt die Beschwerdeführerin den vorbehaltlosen Rückzug der Beschwerde. Im Zusammenhang mit der Kostenregelung bringt sie den Hinweis an, dass die Bietergemeinschaft Z. auf eine Anwaltskostenentschädigung verzichtet habe; zum Beweis dafür legt sie eine entsprechende Erklärung der Bietergemeinschaft Z. bei. **D.** Der Rechtsvertreter der BLS AlpTransit AG beantragt daraufhin, die Verfahrenskosten seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, ihr eine angemessene Parteientschädigung gemäss beiliegender Kostennote zu bezahlen. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, bei der BLS AlpTransit AG handle es sich um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, deren Aktien zu 100% von der BLS Lötschbergbahn AG gehalten werden. Der Bund sei an der BLS AlpTransit AG derzeit überhaupt nicht beteiligt und dürfe dies gemäss der Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der BLS Lötschbergbahn AG auch nie mehrheitlich sein. Die Situation unterscheide sich damit grundlegend von jener der SBB oder der Skyguide, denen eine Parteientschädigung versagt worden sei. Beide Gesellschaften erfüllten (permanent) einen öffentlichen Auftrag. Von Bedeutung sei schliesslich, dass die BLS AlpTransit AG von der Bundesverwaltung selbst nicht als Bundesbehörde behandelt werde. So sei sie insbesondere gebührenpflichtig (z. B. bei Bezahlung einer Plangenehmigungsgebühr). Mit Bezug auf die BLS AlpTransit AG seien auch die Voraussetzungen der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private nicht erfüllt. Ein weiteres Argument gegen die Annahme einer Behördenstellung sei, dass die BLS AlpTransit AG - jedenfalls nach dem auf die vorliegende Beschwerde anwendbaren Recht - nicht befugt sei zu verfügen; dies gelte namentlich auch mit Bezug auf das Vergabewesen. Der Zuschlag sei daher im vorliegenden Verfahren nicht in Form einer Verfügung erfolgt. Schliesslich sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde ausschliesslich die ihr angeblich zustehenden privatrechtlichen Ansprüche verfolge. Sie sei offenbar lediglich als Subunternehmerin vorgesehen gewesen und stehe in keiner Rechtsbeziehung zur BLS Alp Transit AG. **E.** Die Beschwerdeführerin widerspricht, da die BLS AlpTransit kein gewinnorientiertes Unternehmen der Privatwirtschaft sei, sondern Handlungsinstrument des Bundes zur Erfüllung des Auftrages gemäss Alpentransit-Beschluss. Ein Zuschlag, der mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge zum anfechtbaren Entscheid geworden sei, könne nur in der Form einer Verfügung erfolgen. Dass es der Beschwerdeführerin einzig um die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegangen sei, in welche die BLS AlpTransit AG nicht involviert sei, treffe nicht zu.

Rechtsfragen:

Wem ist bei Beschwerderückzug eine Parteientschädigung zu entrichten und wer bezahlt das Verfahren (Erw. 3)?

Erwägungen:

Zum Beschwerderückzug: Eine Parteientschädigung wird gegebenenfalls auch dann festgesetzt wenn die Beschwerde aufgrund eines Rückzuges gegenstandslos wird. Unnötige Kosten, Kosten von Bundesbehörden und, in der Regel, Kosten von anderen Behörden, die als Parteien auftreten, begründen keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Hinter dieser Regelung steckt der Gedanke, dass die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel über den nötigen Sachverstand verfügen, so dass sich eine anwaltliche Prozessvertretung erübrigt und auch der eigene Aufwand für die Prozessführung sich in bescheidenen Grenzen hält. Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben auch andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügen. In der Regel ergibt sich die direkte Unterstellung einer Organisation unter das Beschaffungsrecht des Bundes anhand von zwei alternativen Kriterien: entweder aufgrund des beherrschenden Einflusses des Bundes auf die betreffende Organisation oder aufgrund des Tätigwerdens dieser Organisation auf dem Gebiete der ganzen Schweiz gestützt auf ein besonderes oder ausschliessliches Recht. Im Sektorenbereich Eisenbahnen sind die SBB sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BoeB direkt unterstellt. Ausserdem sind die NEAT-Ersteller aufgrund des Alpentransit-Beschlusses enthaltenen konkretisierten Verweises dem Beschaffungsrecht des Bundes ebenfalls - indes indirekt - unterstellt. Daraus folgt, dass die BLS AlpTransit AG eine dem Bundesrecht unterstellte Vergabebehörde ist, und zwar ungeachtet dessen, dass sich diese Eigenschaft nicht direkt aus dem BoeB ergibt, sondern nur indirekt durch den Alpentransit-Beschluss vorgesehenen Verweis. Da die NEAT-Ersteller somit Gegenstand einer speziellen Unterstellung bilden, spielt es auch keine Rolle, dass die BLS AlpTransit AG nicht durch den Bund beherrscht wird.

Entscheid:

1. Das Verfahren wird als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschlossen. 2. Es werden weder Verfahrenskosten auferlegt noch Parteientschädigungen ausgerichtet.

Entscheid vom 6. Dezember 2002, BRK 2002-012

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Beschwerdegegnerin veröffentlichte die Vergabe von Beraterdienstleistungen in Bezug auf die Projektsteuerung im Rahmen des Projektes GST XXI (selektives Verfahren). Der detaillierte Aufgabenbeschrieb verlangte konkretisierend folgende Beraterdienstleistungen: Coaching der involvierten Projektleiter/Teilprojektleiter, Beratung und Ausbildung in methodischen und inhaltlichen Fragen sowie die Projektumsetzung. Verlangt wurden folgende inhaltliche Beiträge: Gestaltung von Führungsprozessen und Strukturen, Erstellen von entsprechenden Dokumenten etc. Als Nachweise wurden einverlangt: Firmenporträt, Referenzen Ausgangslage (inkl. Auftraggeberreferenzen), Liste der fachlich/methodisch kompetenten Mitarbeiter (inkl. persönliche Referenzen), Nachweis der Kontinuität über mehrere Jahre, besondere Kompetenzen auf dem Gebiet der Militärwissenschaften (Gesamtstrategisch/militärstrategisches Denken, Doktrinlehre, Doktrinentwicklung, Computerunterstützte Entscheidungsfindung, ausländische Sicherheits- und Armeestrukturen, Militärtechnologie) sowie „freie Gesichtspunkte“. Die Beschwerdeführerin reichte fristgerecht ihre Bewerbungsunterlagen ein. Am 3. September 2002 teilte ihr die Vergabestelle aber mit, dass sie aufgrund der bei der Präqualifikation erzielten Resultate und infolge der Notwendigkeit der Einschränkung aus Effizienzgründen nicht in die engere Wahl komme. Auf ein entsprechendes Ersuchen hielt die Vergabestelle unter Beilage der Bewertungstabelle fest, aus Effizienzgründen hätten von 40 Bewerbungen nur die besten 15 zu einer Offertstellung aufgefordert werden können; davon würden 3 bis 6 zu einem Vortrag eingeladen werden. **B.** Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. September 2002 Beschwerde und machte im Wesentlichen geltend, dass die mit der Auswertung nachgereichten Eignungskriterien nicht mit denjenigen der Ausschreibung übereinstimmen. Des Weiteren wird der Abzug beim Kriterium der Militärwissenschaften als nicht nachvollziehbar erachtet. **C.** Die Vergabestelle beantragte in der Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde und hielt auch fest, dass eine Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin nunmehr als kontraproduktiv erachtet werde.

Rechtsfragen:

1. Eintretensfragen. 2. Was sind die Mindestangaben der Leistungsbeschreibung und Eignung bzw. was sind die Anforderungen an die Umschreibung der Eignung im selektiven Verfahren? Müssen die bewerteten Eignungsaspekte vollkommen mit der Ausschreibung übereinstimmen?

Erwägungen:

1. Zum Eintreten (Erw. 1): Die Vergabestelle hat die Ausschreibung als Verfügung entsprechend im SHAB eröffnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. **Indes enthält das Schreiben vom 3. September 2002 betreffend Präqualifikation keine Rechtsmittelbelehrung, weshalb es als Verfügung nicht rechtsgenügend eröffnet wurde.** Aus diesem Mangel sind der Beschwerdeführerin, die als bei der Präqualifikation nicht berücksichtigte Antragstellerin zur Beschwerde legitimiert ist, dagegen keine Rechtsnachteile erwachsen, da sie die Verfügung rechtzeitig und sachgerecht anfechten konnte, so dass der Mangel als geheilt betrachtet werden kann. **2. Zur Präqualifikation** (Erw. 2): Die BRK bestätigt ihre Rechtsprechung zur Eignung und insbesondere daran, dass es einer transparenten Teilnehmerauswahl bedarf, die es ihr ermöglicht, den Auswahlentscheid betreffend der Teilnahme im selektiven Verfahren im Lichte der publizierten Eignungskriterien zu überprüfen (Erw. 2). Was die Leistungsbeschreibung angeht (Erw. 3a) hält sie fest, dass in keiner der beiden Ausschreibungen der zu vergebende Auftrag klar umschrieben ist. **Zwar geht es um Beraterleistungen, die aber nur allgemein umschrieben werden; eine derartige Aufgabenumschreibung ist als wenig präzise anzusehen. Gegenstand und Umfang sind jedoch Grundvoraussetzungen, die als Mindestangabe für eine öffentliche Ausschreibung auch eines Auftrages im selektiven Verfahren erforderlich sind.** Dann zur Eignung (Erw. 3b): Steht nicht eindeutig fest, wozu der Bewerber geeignet oder befähigt sein soll, kann seine Eignung, mithin die Befähigung zur Ausführung des Auftrages, auch nicht sachgemäss geprüft werden. Die Vergabestelle hat die Eignungskriterien aufzustellen und diese in der Ausschreibung bekannt zu geben. **Es ist aber insbesondere im selektiven Verfahren zu verlangen, dass die Ausschreibung oder allenfalls die weiteren Unterlagen, welche die Anbieter im Hinblick auf die Erstellung ihres Teilnahmeantrages bei der Vergabebehörde beziehen können, eine klare präzise und vollständige Umschreibung der Eignungskriterien enthalten. Zwar lassen sich die relevanten Eignungskriterien sinngemäss aus dem – ungenügenden – Aufgabenbeschrieb und allenfalls im Ansatz aus der Ausschreibung aus den geforderten Nachweisen entnehmen. Dies ist aber insgesamt als ungenügend anzusehen.** Im Übrigen hat das Kriterium „freie Gesichtspunkte“ als unzulässig zu gelten, da es gänzlich unbestimmt ist. Auch stimmen die bewerteten Aspekte in der Tat nur teilweise mit der Ausschreibung überein. Die von der Vergabestelle vorgenommenen Punkteabzüge in der Bewertung sind denn auch nicht eigentlich nachvollziehbar.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Präqualifikationsverfügung aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten und Parteientschädigungen.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-007

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Das Vergabestelle schrieb im SHAB vom 24. Oktober 2001 die Generalplanerleistungen für einen Umbau (Umbau der Fabrikationsanlage, Einbau von Produktionseinrichtungen, Sanierung der Haustechnikanlagen) im selektiven Verfahren öffentlich aus. In der Ausschreibung wurden „nur informative Verhandlungen bei Bedarf“ vorbehalten. Aufgrund der Präqualifikation wurden unter anderem auch die Beschwerdeführerin und die *x Engineering Contracting AG* als geeignet beurteilt. Mit beiden fanden Offertbesprechungen statt. Mit Schreiben vom 25. März 2002 reichte die Beschwerdeführerin einen Nachtrag zu ihrer Offerte ein. Den Zuschlag erhielt sie aber nicht. Die Beschwerdeführerin hatte beim Zuschlagskriterium „Qualifikation“ lediglich 12.2 von 20 Punkten erhalten. Daraufhin wurde der Zuschlag publiziert, der allerdings an die *X Management Services AG* (und nicht an die *X Engineering Contracting AG*) erfolgte. In der verlangten Begründung wurde ausgeführt, dass die wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung in der Unvollständigkeit der Unterlagen zum Qualitätssicherungskonzept lagen. Die eingereichten Unterlagen hätten lediglich Auskunft über ein normales Baucontrolling gegeben. Auf die wesentlichen Fachbegriffe sei nicht eingegangen worden. Im Organigramm seien diese Begriffe mit Zusatz „falls erwünscht“ erwähnt worden. Die Frage, ob diese Kosten im Angebot enthalten seien, habe an der extra hierfür einberufenen Sitzung Unsicherheit ausgelöst und habe nicht beantwortet werden können. **B.** Der Zuschlag wurde in der Folge angefochten, wobei die Beschwerdeführerin rügt, dass der Zuschlag an ein nicht präqualifiziertes Unternehmen erteilt worden und deshalb nichtig sei. Sie rügt auch die fehlende Bestimmtheit des Zuschlagskriterium „Qualifikation“. Und: Die geführten Verhandlungen versties gegen Art. 20 BoeB/Art. 26 VoeB.

Rechtsfragen:

1. Was sind die Folgen der fehlerhaften Wiedergabe des firmenrechtlichen Zusatzes der Zuschlagsempfängerin? 2. Ist das Zuschlagskriterium „Qualifikation“ genügend bestimmt?

Erwägungen:

1. Zum Fehler im firmenrechtlichen Zusatz (Erw. 2): Die Publikation des Zuschlags erweist sich in Bezug auf die Firmenbezeichnung als offensichtlich falsch. Die Berichtigung ist dazu bestimmt, Redaktions- und Rechnungsfehler sowie Kanzleiversehen zu beheben. Gemäss Art. 69 Abs. 3 VwVG kann die Beschwerdeinstanz Redaktions- oder Rechnungsfehler, die keinen Einfluss auf die Entscheidungsformel oder auf den erheblichen Inhalt der Begründung ausüben, jederzeit berichtigen. Eine Berichtigung von solchen Kanzleifehlern ist zulässig, wenn sie ohne zeitliche Verzögerung erfolgt und soweit sie mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes im Einklang steht. Erforderlich ist, dass sich das Versehen nachträglich ohne weiteres feststellen und berichtigen lässt. Falsche tatsächliche Annahmen, Tatsachen- oder Rechtsirrtümer oder Fehler in der Erhebung oder Eingabe der Daten, die dem Entscheid zugrunde liegen, können nicht auf dem Weg der Berichtigung korrigiert werden. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Es steht vielmehr zweifelsfrei fest, dass die *X Engineering Contracting AG* am Submissionsverfahren teilgenommen hat und ihr der Zuschlag erteilt wurde. Die *X Management Services AG* hingegen hat kein Angebot für die Generalplanerleistung eingereicht; sie ist in keiner Phase des Vergabeverfahrens in Erscheinung getreten. Die Möglichkeit, dass die Vergabestelle diesem Unternehmen den Zuschlag erteilen wollte, ist schlichtweg ausgeschlossen. Es handelt sich somit bei der unrichtigen Firmenbezeichnung eindeutig um ein Redaktionsversehen, das der Berichtigung durch die BRK zugänglich ist. **2. Zum Zuschlagskriterium „Qualifikation“:** Die BRK wiedergibt die bisherige Rechtsprechung zum Zuschlag (Erw. 3). Anschliessend hält sie fest (Erw. 4), dass das mit 20% gewichtete Zuschlagskriterium nirgends näher z.B. durch Subkriterien definiert wird. Der Begriff „Qualifikation“, der vom reinen Wortsinn her eher auf ein Eignungskriterium hinweist, ist erläuterungsbedürftig. Die Verwendung eines derart offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig seine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien, die den Bewerbern bereits in der Ausschreibung oder jedenfalls in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden müssen, damit diese sie in ihrer Offerte berücksichtigen können. Der Vergabestelle ist ein solches Vorgehen zumutbar, sei es doch nicht einzusehen, weshalb sie nicht in der Lage sein sollte, die Subkriterien im Voraus festzulegen, wenn sie dasselbe im Zusammenhang mit der Offertevaluation tun kann. Da deshalb dieses Zuschlagskriterium nicht genügend bestimmt ist, und da die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien (und deren Gewichtung) formeller Natur ist, ist der Zuschlag aufzuheben, auch wenn eine Kausalbeziehung zwischen ihm und dem Verfahrensfehler fehlt bzw. nicht dargetan ist. **3. Zu den Verhandlungen** (Erw. 5): Die Vergabestelle hat weder der Zuschlagsempfängerin eine schriftliche Einladung versandt, noch das Protokoll von allen Anwesenden unterschreiben lassen. Dies stellt eine ungenügende Beachtung massgeblicher Formvorschriften dar.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben, die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Parteientschädigung von CHF 7'500.—. 3. Keine Auf-erlegung von Verfahrenskosten.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-015

Regeste: Ausschluss vom Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb die Lieferung von Planerleistungen (Projektphase 1: Vorprojekt, Bauprojekt und Auflageprojekt/Umweltverträglichkeitsprüfung) im selektiven Verfahren aus. Die Ausschreibung nannte den 22. November 2002 als Schlusstermin für die Einreichung der Angebote für die Stufe 1 (Präqualifikation). In den Ausschreibungsunterlagen wurde mit Bezug auf den Eingabetermin präzisiert, dass die Angebote bis Freitag, 22. November 2002 (A-Post, Poststempel einer Schweizer Poststelle) an die Vergabestelle einzureichen seien. Enthalten war auch der Hinweis, dass nicht rechtzeitig eingegebene Angebote vom Verfahren ausgeschlossen werden. Die Beschwerdeführerin (eine Planergemeinschaft) reichte neben zwölf weiteren Anbietern eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2002 teilte die Vergabestelle der Planergemeinschaft den Ausschluss vom Verfahren mit, da das Angebot nicht rechtzeitig eingegeben worden sei. **B.** Dagegen erhebt die nicht berücksichtigte Anbieter am 20. Dezember 2002 Beschwerde: Die Verfügung sei aufzuheben, ihre Offerte (weil rechtzeitig eingereicht) im Rahmen des Qualifikationsverfahrens zu berücksichtigen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Als Begründung wird im Wesentlichen aufgeführt, dass die Offerte korrekt frankiert am 22. November 2002 um 17.30 Uhr der Poststelle übergeben worden sei. Diese habe sie aber aus unbekanntem Gründen erst am nächsten Tag abgestempelt und den Zustellungsnachweis erfasst, sowie die Quittierung im Empfangsbescheinigungsbuch vorgenommen. Als Beweis hierfür habe am 16. Dezember 2002 der zuständige Posthalter die rechtzeitige Postaufgabe schriftlich bestätigt. Dieses Schreiben sei am darauf folgenden Tag weitergeleitet worden. Die Vergabestelle hingegen ging vom Poststempel aus und liess sich dessen Richtigkeit aufgrund einer Nachfrage beim zuständigen Postamt aufgrund des Systems „Track & Trace“ bestätigen. Auch hätten die Beschwerdeführer am 25. November 2002 die Gelegenheit gehabt, die nun mehr in ihrer Beschwerde gerügten „Ungereimtheiten“ zu bemerken. Eine Reaktion gegenüber der Vergabestelle sei hingegen erstmals am 13. Dezember 2002 telefonisch erfolgt.

Rechtsfragen:

1. Unterliegt die Vergabe dem Anwendungsbereich des BoeB? 2. Anforderungen an den Beweis der fristgerechten Angebotseingabe im selektiven Verfahren?

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 1): Die Vergabestelle besteht aus fünf Mitgliedern, von denen eines durch den Bundesrat, die übrigen durch die Regierungen der beteiligten Kantone (ZH, SZ, GL, SG) bezeichnet werden. Der Präsident der Kommission wird vom Bundesrat aus der Zahl der fünf Mitglieder ernannt. Die Arbeiten am Werk sind in der Regel an Unternehmer zur Ausführung zu vergeben. Gemäss Ausschreibung handle es sich bei der Vergabestelle um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes. Auf der Internetseite des Bundes wird sie als **ausserparlamentarische Kommission des Bundes** aufgeführt, die (administrativ) dem UVEK zugeordnet ist. Entgegen der missverständlichen Bezeichnung der Ausschreibung geht es nicht um eine Lieferung, sondern um eine Dienstleistung, die vom Annex 1 GPA erfasst ist (CPC-Referenz Nr. 867). Die Vergabestelle hat im Übrigen die Verfügungen betreffend Ausschreibung und Ausschluss vom Verfahren entsprechend eröffnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung an die BRK versehen. **2. Zum Ausschluss** (Erw. 2): Die Vergabestelle schliesst Angebote oder Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus und zwar selbst dann, wenn die Frist nur geringfügig überschritten wird (Bestätigung der Rechtsprechung). Die Frist für eine schriftliche Eingabe ist gewahrt, wenn diese am letzten Tage der Frist (spätestens um Mitternacht) der (Bundes-)Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Der Poststempel erbringt den Nachweis der Postaufgabe. Da der Absender die Beweislast für die Wahrung der Frist trägt, obliegt es ihm, die durch den Poststempel geschaffene Vermutung umzustossen, wenn er geltend macht, die Sendung sei am letzten Tag der Frist der Post übergeben, aber erst am folgenden Tag durch die Post abgestempelt worden. Die aus dem Poststempel folgende Vermutung verspäteter Postaufgabe ist mit allen tauglichen Beweismitteln widerlegbar. Dazu gehören unabhängige Zeugen, namentlich aber auch zuverlässige Bestätigungen von Stellen. Der von der Vergabestelle als Beweis offerierter Auszug „Track & Trace“, der offenbar mit Bezug auf das Aufgabdatum der Sendung allein auf den Poststempel abstellt, schliesst nicht aus, dass die darauf geschaffene Vermutung verspäteter Postaufgabe durch andere taugliche Beweismittel umgestossen werden kann. Vorliegend ergibt sich aus dem Bestätigungsschreiben des Halters der zuständigen Poststelle beweismässig ausreichend, dass die Postaufgabe der Offerte nicht gemäss Poststempel, sondern einen Tag vorher erfolgt ist. Damit gelte der Beweis als erbracht.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, die Verfügung der Vergabestelle aufgehoben. 2. Keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die Vergabestelle hat eine Parteientschädigung von CHF 1'300.-- auszurichten.

Entscheid vom 4. Februar 2003, BRK 2002-016

Regeste: offenes Verfahren; Ausschluss vom Verfahren; Wiedererwägung

Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2002 eröffnete die Vergabestelle der Beschwerdeführerin, sie werde im Projekt „Hosting SHAB-Applikation“ wegen Nichterfüllung einiger Eignungskriterien aus dem Evaluationsverfahren ausgeschlossen. Gegen diese Verfügung erhebt diese mit Eingabe vom 30. Dezember 2002 bei der BRK Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben. **B.** Der Präsident der BRK hat die Vergabestelle am 31. Dezember 2002 eingeladen, bis zum 23. Januar 2003 ihre Vernehmlassung einzureichen. Die Vergabestelle teilt der BRK mit Schreiben vom 20. Januar 2003 mit, es habe die Verfügung vom 19. Dezember 2002 betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin vom fraglichen Vergabeverfahren in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG in Wiedererwägung gezogen und widerrufen. Da die neue Verfügung vom 20. Januar 2003 das Anfechtungsobjekt der Beschwerdeführerin vollumfänglich ersetze, beantrage die Vergabestelle, das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos vom Protokoll abzuschreiben (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Sollte dieser Antrag abgewiesen werden, werde eventualiter beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, subeventualiter sie vollumfänglich abzuweisen. In der Begründung der Widerrufsverfügung wird ausgeführt, anders als im selektiven Verfahren würden im offenen Vergabeverfahren die Eignungs- und die Zuschlagskriterien gleichzeitig und nicht in zwei verschiedenen Verfahren geprüft. Dies habe zur Folge, dass ein Anbieter, der die Eignungskriterien nicht erfülle und deshalb für den Zuschlag nicht in Betracht kommen dürfe, insofern vom Verfahren „ausgeschlossen“ werde, als der Zuschlag an einen anderen Anbieter erfolge. Der Ausschluss werde demzufolge eben nicht mittels Verfügung angeordnet. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom fraglichen Vergabeverfahren hätte demnach nicht gestützt auf Art. 11 Bst. a BoeB verfügt werden dürfen. Die Verfügung vom 19. Dezember 2002 erweise sich daher als ursprünglich fehlerhaft, weshalb diese in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG mittels neuer Verfügung zu widerrufen sei.

Rechtsfragen:

Kann eine Anbieterin wegen fehlender Eignung in einem offenen Verfahren auch erst implizit mit dem Zuschlag und nicht mit einer separaten Verfügung „ausgeschlossen“ werden (Erw. 1)?

Erwägungen:

Zur Ausschlussverfügung: Gemäss Rechtsprechung der Rekurskommission kann der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen. Dies gilt nicht nur mit Bezug auf unvollständige oder mit schweren Formfehlern belastete Angebote, sondern auch bei mangelnder Eignung in einem offenen Verfahren. Das heisst in erster Linie, dass kein Anspruch auf eine separate Verfügung besteht, dass der Erlass einer separaten Ausschlussverfügung – entgegen der Meinung der Vergabestelle – aber keineswegs ausgeschlossen ist, zumal die Gründe für einen Ausschluss vom Verfahren in Art. 11 BoeB nicht abschliessend aufgezählt sind. Da die Anbieter in einem offenen Verfahren keinen Anspruch darauf haben, dass vorweg über einen allfälligen Ausschluss wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien entschieden wird, liegt es auch im Ermessen der Vergabebehörde, die zuerst ausgesprochene, separate Ausschlussverfügung in Wiedererwägung zu ziehen, zu widerrufen und den diesbezüglichen Entscheid im Rahmen des Zuschlags zu treffen. Der Beschwerdeführerin entsteht dadurch kein Nachteil, wird sie doch auch einen implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten ausgesprochenen Ausschluss vom Verfahren, wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien wiederum mit Beschwerde bei der Rekurskommission anfechten können. Mit der Widerrufsverfügung vom 20. Januar 2003 aber fällt das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin gegen den (ursprünglichen) Ausschluss angestrebten Verfahrens dahin. Die Beschwerde vom 30. Dezember 2002 ist entsprechend als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Entscheid:

1. Die Beschwerde vom 30. Dezember 2002 gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 19. Dezember 2002 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. 2. Es werden weder Kosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Diese Verfügung wird der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich eröffnet.

Décision du 4 mars 2003, CRM 2003-002 (comp. 2003-003)

Regeste: marché de services (Lot 3); choix des candidats dans une procédure sélective; élection de droit; champ d'application de la réglementation; recevabilité; nullité

En fait:

Un Département de l'Etat de Genève (DAEL) a publié un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective. L'appel visait à choisir des pools de mandataires appelés à participer à la phase d'un avant-projet ferroviaire. Il était limité au lot 3 du projet. L'appel à candidatures et le dossier de candidatures ne comportaient pas de limitation du nombre de candidats qualifiés qui seraient invités à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure sélective. Tant l'appel à candidatures que les instructions et directives accompagnant le dossier de candidature désignaient comme pouvoir adjudicateur le Canton de Genève, représenté par le DAEL. Toutefois, les instructions et directives ainsi que le dossier de candidature précisaient que le Canton de Genève et les Chemins de fer fédéraux (CFF) SA assuraient la co-maîtrise d'ouvrage de la phase d'avant-projet. Selon l'appel à candidatures ainsi que les instructions et directives, le droit applicable au marché en cause était l'AMP, la LMI, l'AIMP de même que le droit cantonal genevois sur les marchés publics etc. Le candidat a formé recours devant le tribunal administratif genevois et parallèlement auprès de la CRM contre la décision de non-sélection. Le rejet de la candidature était motivé par le fait que d'autres candidats présentaient des meilleures aptitudes eu égard aux critères de sélection publiés. Le courrier ne mentionnait aucune voie de recours et la décision n'a pas non plus fait l'objet d'une publication. Les recourantes invoquent, pour l'essentiel, une violation du droit d'être entendu ainsi qu'une violation du principe de la transparence. Dans sa réponse le DAEL conclut à l'incompétence de la CRM. Bien que le projet soit conduit en co-maîtrise d'ouvrage par l'Etat de Genève et les CFF, ces deux entités auraient conventionnellement convenu que l'Etat de Genève avancerait la totalité des coûts relatifs à la phase des études d'avant-projet, et qu'il serait seul compétent pour adjudger les marchés y relatifs. Les CFF ajoutent, que la question du droit applicable serait entièrement et valablement réglée par la convention cadre entre le Canton de Genève et les CFF du 14 mai 2003. L'attribution de la compétence d'adjudication pour la phase d'avant-projet au Canton de Genève serait justifiée par le fait que le Canton de Genève avancerait la totalité du financement de cette phase, que les autorités exécutives genevoises répondraient devant le Grand Conseil genevois des dépenses effectuées et que le Canton de Genève aurait un intérêt prépondérant à la réalisation du projet.

Questions juridiques:

1. La CRM est-elle compétente? 2. Quelles sont les conséquences d'incompétence d'adjudicateur?

En droit:

1. Compétence (cons. 1 ss.): En l'espèce, il convient d'abord de déterminer le droit applicable au marché en cause, i.e. de vérifier si ce marché entre dans le champ d'application de la LMP. Si tel est le cas, il faut ensuite vérifier si une disposition légale permet de déroger à ce droit, c.-à-d. à la compétence de principe de la Commission de recours. En conséquence, la CRM constate que le marché d'étude d'avant-projet est passé en commun par un pouvoir adjudicateur soumis au droit fédéral (les CFF) et un pouvoir adjudicateur soumis au droit cantonal (le Canton de Genève, agissant par le DAEL). La condition posée par l'art. 2c OMP d'une adjudication commune entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit fédéral et au droit cantonal paraît ainsi réalisée. L'art. 2c OMP pose une règle de compétence de caractère impératif et est applicable au cas d'espèce. Le droit applicable à un marché passé en commun par la Confédération et un canton ou une commune doit être déterminé dans le cadre de l'art. 2c OMP, à la lumière de la répartition constitutionnelle verticale des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de marchés publics. Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante. En conséquence ce sont les CFF. En conséquence, l'art. 2c OMP s'applique à la passation du marché en cause. En désignant conventionnellement un pouvoir adjudicateur unique (le Canton de Genève) alors même que le marché en cause est passé en co-maîtrise d'ouvrage, l'Avenant n° 2 du 14 mai 2002 entre les CFF et le Canton de Genève viole la règle impérative de répartition des compétences en cas d'adjudication commune prévue par l'art. 2c OMP. L'élection de droit qui en découle est aussi illégale.

2. Conséquences (cons. 7): La CRM, ayant admis sa compétence, limite ainsi le dispositif de sa décision. Elle constate la nullité de la décision de non-sélection des recourantes, en tant qu'elle a été prise par un pouvoir adjudicateur incompétent agissant de surcroît à tort sur la base du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral. Pour des motifs de proportionnalité, la CRM restreint en outre dans le temps les effets de la nullité à partir de l'évaluation et du refus de la candidature des recourantes, et non dès la publication de l'appel à candidatures.

Décision:

1. La CRM est compétente et le recours est ainsi recevable. 2. Elle constate la nullité de la décision. Une nouvelle évaluation de la candidature du groupement doit être entreprise par les CFF sur la base du droit fédéral en matière de marchés publics. 3. Il n'est pas prélevé de frais de procédure. 4. Le DAEL et les CFF, solidairement, doivent verser aux recourantes la somme de Fr. 2'000.- à titre de dépens.

Décision du 4 mars 2003, CRM 2003-003 (vgl. 2003-002)

Regeste: marché de services (Lot 5); choix des candidats dans une procédure sélective ; élection de droit; champ d'application de la réglementation; recevabilité; nullité

En fait:

Un Département de l'Etat de Genève (DAEL) a publié un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective. L'appel visait à choisir des pools de mandataires appelés à participer à la phase d'un avant-projet ferroviaire. Il était limité au lot 5 du projet. L'appel à candidatures et le dossier de candidatures ne comportaient pas de limitation du nombre de candidats qualifiés qui seraient invités à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure sélective. Tant l'appel à candidatures que les instructions et directives accompagnant le dossier de candidature désignaient comme pouvoir adjudicateur le Canton de Genève, représenté par le DAEL. Toutefois, les instructions et directives ainsi que le dossier de candidature précisait que le Canton de Genève et les Chemins de fer fédéraux (CFF) SA assureraient la co-maîtrise d'ouvrage de la phase d'avant-projet. Selon l'appel à candidatures ainsi que les instructions et directives, le droit applicable au marché en cause était l'AMP, la LMI, l'AIMP de même que le droit cantonal genevois sur les marchés publics etc. Le candidat a formé recours devant le tribunal administratif genevois et parallèlement auprès de la CRM contre la décision de non-sélection. Le rejet de la candidature était motivé par le fait que d'autres candidats présentaient des meilleures aptitudes eu égard aux critères de sélection publiés. Le courrier ne mentionnait aucune voie de recours et la décision n'a pas non plus fait l'objet d'une publication. Le recourantes invoquent, pour l'essentiel, une violation du droit d'être entendu ainsi qu'une violation du principe de la transparence. Dans sa réponse le DAEL conclut à l'incompétence de la CRM. Bien que le projet soit conduit en co-maîtrise d'ouvrage par l'Etat de Genève et les CFF, ces deux entités auraient conventionnellement convenu que l'Etat de Genève avancerait la totalité des coûts relatifs à la phase des études d'avant-projet, et qu'il serait seul compétent pour adjudger les marchés y relatifs. Les CFF ajoutent, que la question du droit applicable serait entièrement et valablement réglée par la convention cadre entre le Canton de Genève et les CFF du 14 mai 2003. L'attribution de la compétence d'adjudication pour la phase d'avant-projet au Canton de Genève serait justifiée par le fait que le Canton de Genève avancerait la totalité du financement de cette phase, que les autorités exécutives genevoises répondraient devant le Grand Conseil genevois des dépenses effectuées et que le Canton de Genève aurait un intérêt prépondérant à la réalisation du projet.

Questions juridiques:

1. La CRM est-elle compétente? 2. Quelles sont les conséquences d'incompétence d'adjudicateur?

En droit:

1. Compétence: En l'espèce, il convient d'abord de déterminer le droit applicable au marché en cause, i.e. de vérifier si ce marché entre dans le champ d'application de la LMP. Si tel est le cas, il faut ensuite vérifier si une disposition légale permet de déroger à ce droit, c.-à-d. à la compétence de principe de la Commission de recours. En conséquence, la CRM constate que le marché d'étude d'avant-projet est passé en commun par un pouvoir adjudicateur soumis au droit fédéral (les CFF) et un pouvoir adjudicateur soumis au droit cantonal (le Canton de Genève, agissant par le DAEL). La condition posée par l'art. 2c OMP d'une adjudication commune entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit fédéral et au droit cantonal paraît ainsi réalisée. L'art. 2c OMP pose une règle de compétence de caractère impératif et est applicable au cas d'espèce. Le droit applicable à un marché passé en commun par la Confédération et un canton ou une commune doit être déterminé dans le cadre de l'art. 2c OMP, à la lumière de la répartition constitutionnelle verticale des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de marchés publics. Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante. En conséquence, ce sont les CFF. En conséquence, l'art. 2c OMP s'applique à la passation du marché en cause. En désignant conventionnellement un pouvoir adjudicateur unique (le Canton de Genève) alors même que le marché en cause est passé en co-maîtrise d'ouvrage, l'Avenant n° 2 du 14 mai 2002 entre les CFF et le Canton de Genève viole la règle impérative de répartition des compétences en cas d'adjudication commune prévue par l'art. 2c OMP. L'élection de droit qui en découle est aussi illégale. **2. Conséquences:** La CRM, ayant admis sa compétence, limite ainsi le dispositif de sa décision. Elle constate la nullité de la décision de non-sélection des recourantes, en tant qu'elle a été prise par un pouvoir adjudicateur incompétent agissant de surcroît à tort sur la base du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral. Pour des motifs de proportionnalité, la CRM restreint en outre dans le temps les effets de la nullité à partir de l'évaluation et du refus de la candidature des recourantes, et non dès la publication de l'appel à candidatures.

Décision:

1. La CRM est compétente et le recours est ainsi recevable. 2. Elle constate la nullité de la décision. Une nouvelle évaluation de la candidature du groupement doit être entreprise par les CFF sur la base du droit fédéral en matière de marchés publics. 3. Il n'est pas prélevé de frais de procédure. Le DAEL et les CFF, solidairement, doivent verser aux recourantes la somme de Fr. 2'000.- à titre de dépens.

Entscheid vom 6. März 2003, BRK 2002-013

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens)

Sachverhalt:

Die Vergabestelle saniert zwei Gebäudekomplexe, um sie einer neuen Nutzung zuzuführen. Das Vorhaben wurde inhaltlich (Leistungspaket = Werkgruppe mit einer oder mehreren Arbeitsleistungen je Los) und zeitlich gestaffelt:

	Teilprojekt 1 CAB/CNB		Teilprojekt 2 CHN	
Primärsystem	Am 18. Juni 2001 bereits ausgeschrieben und anschliessend vergeben			
Sekundärsystem Ausschreibung im offenen Verfahren am 10. Juni 2002 inkl. Kostenschätzung	Leistungspaket Nr. 07		Leistungspaket Nr. 07	
	Leistungspaket Nr. 08	Los 1	Leistungspaket Nr. 08	Los 1
		Los 2		Los 2
		Los 3		Los 3
		Los 4		Los 4
	Leistungspaket Nr. 09		Leistungspaket Nr. 09	
	2 Einzelsubmissionen		2 Einzelsubmissionen	
Tertiärsystem	Noch offen			

Teilangebote waren, sofern sie mindestens ein Los umfassten, zulässig. Wie beim Primärsystem wurden bewusst branchenübergreifende Werkgruppen (z.B. Nr. 8 Los 1: Brandschutz, Fugen, Gipser, Maler) ausgeschrieben. Angebote nach Arbeitsgattungen (z.B. Gipser) konnten nicht berücksichtigt werden. Die Beschwerdeführerin gab ein GU-Angebot für das Leistungspaket 8 und ein Teilangebot für Los 4 des ersten Teilprojektes ein (schattierte Flächen). Mit Publikation im SHAB vom 6.11.2002 verfügte die Vergabestelle (aufgrund unvorhersehbaren Wettbewerbsverzerrungen) den Abbruch des am 10. Juni 2002 ausgeschriebenen Vergabeverfahrens und kündigte die Wiederholung in Form von Einzelausschreibungen an. Dagegen wurde am 26. November 2002 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Legitimation. 2. Darf ein Verfahren abgebrochen und wiederholt werden, weil wenig Angebote eingehen, welche die geschätzten Kosten deutlich übersteigen?

Erwägungen:

1. Zur Legitimation (Erw. 1): Die Beschwerdeführerin hat gestützt auf die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens Aufwendungen erbracht, um ihre beiden Angebote (GU-Offerte für Leistungspaket Nr. 08 und Teilangebot für Los 4 für CAB/CNB) auszuarbeiten. Infolge des Abbruchs sieht sie sich um ihre Chancen geprellt, im vorliegenden Submissionsverfahren für diese Leistungen den Auftrag zu erhalten. Daran ändert unter dem Gesichtspunkt der Legitimation auch die Tatsache nichts, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren in Form von Einzelausschreibungen nach Arbeitsgattungen (und nicht mehr nach Werkgruppen) zu wiederholen beabsichtigt und die Beschwerdeführerin gegebenenfalls dort wieder neu offerieren kann. Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinausgehend die vollumfängliche Aufhebung des publizierten Abbruchs beantragt, ist nicht einzutreten. **2. Zu Abbruch und Wiederholung** (Erw. 2 f.): Art. 30 VoeB ist staats- und gesetzeskonform auszulegen. Das GPA enthalte zwar keinen Katalog von zulässigen Abbruchgründen, halte aber fest, dass die Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, eine Leistung nicht zu vergeben. Die Vergabestelle verfügt zwar in Bezug auf den Entscheid, ob sie ein Verfahren beenden oder abbrechen will über ein weites Ermessen. Will sie aber abbrechen und wiederholen, hat sie hierfür ein ausreichendes öffentliches Interesse darzutun, welches das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegt. Diese Interessenabwägung hat in jedem Einzelfall neu zu erfolgen. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin ist aufgrund zweier Tatsachen durchaus nachvollziehbar und ein ausreichendes öffentliches Interesse erscheint als gegeben: 1. Es sind auffallend wenige Offerten eingegangen (z.B. nur eine Gesamtofferte für Los Nr. 8). 2. Diese übersteigen die geschätzten Kosten deutlich (z.B. 61 %). Dadurch liege eine Wettbewerbsverzerrung vor, die einen Abbruch rechtfertigt, muss doch eine Bundesvergabebehörde nicht zu jedem Preis eine Leistung vergeben. Der Grund sei wohl das ungewohnte Ausschreibungskonzept (Werkgruppenbildung) und das zum Teil beachtliche Volumen zurückzuführen, welche einen Zusammenschluss zu branchenübergreifenden Arbeitsgemeinschaften praktisch voraussetze (sofern nicht eine GU-Offerte eingereicht wird). Diese Wettbewerbsverzerrung sei deshalb zwar selber verursacht, nicht aber vorhersehbar gewesen, waren doch Branchenvertreter in die Vorbereitung der Ausschreibung einbezogen worden und bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine unseriöse, fehlerhafte Schätzung, die auch nicht behauptet wurde. Auch könne eine abermalige Ausschreibung nach Arbeitsgattungen durchaus die Stärkung des Wettbewerbes durch die Erhöhung der Konkurrentinnen und den wirtschaftlicheren Einsatz öffentlicher Mittel mit sich bringen, weshalb auch ein ausreichendes öffentliches Interesse für eine Wiederholung besteht. Dieses ist höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin, kann diese doch wiederum eine Offerte eingeben und zumindest teilweise auf bereits erstellte Berechnungen zurückgreifen, womit diese Kosten nicht umsonst waren.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Abbruchverfügung wird bestätigt. 3. Keine Parteientschädigung.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-004 (vgl. 2003-05)

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Zuständigkeit.

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 19. November 2002 die Lieferung von 270'000 Stück T-Shirt, oliv, gemäss technischer Spezifikation im offenen Verfahren öffentlich aus unter der Rubrik „Ausschreibungen nicht der WTO unterstellt“. Der Auftrag wurde in 3 Lose aufgeteilt. Mit Schreiben vom 25. November 2002 verlangte die Beschwerdeführerin die betreffenden Ausschreibungsunterlagen, welche ihr in der Folge zugestellt wurden. Gemäss Brief vom 10. Dezember 2002 reichte sie 7 T-Shirts sowie Unterlagen und Preisangaben für das erste Los ein. Am 7. Januar 2003 fand die Öffnung der eingegangenen Angebote statt. Da offenbar viele Anbieter die geforderten Nachweise nicht eingereicht hatten, verzichtete die Vergabestelle entgegen der öffentlichen Ausschreibung - bis auf eine Anbieterin - auf den Ausschluss aus dem Verfahren und forderte die Anbieter mit Fax-Schreiben vom 9. Januar 2003 auf, die fehlenden Unterlagen nachzureichen. Mit Eingabe vom 10. Januar 2003 reichte die Beschwerdeführerin verschiedene Unterlagen nach. Aufgrund der Nutzwertanalyse wurde der Zuschlag drei ausländischen Anbietern offenbar am 17. Januar 2003 erteilt. Mit Schreiben vom 20. Januar 2003 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot unter Beachtung der Zuschlagskriterien nicht habe berücksichtigt werden können. Der Zuschlag erfolge an Anbieter mit einer höheren Bewertung. Entsprechende Schreiben vom 20. und 23. Januar 2003 waren an weitere nicht berücksichtigte Anbieter gerichtet. **B.** Mit Eingabe vom 21. Januar 2003 wurde gegen die Erteilung des Zuschlags vom 17. Januar 2003 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Liegt die Vergabe im Anwendungsbereich des BoeB? 2. Ist die EMRK im 3. Kapitel VoeB anrufbar?

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 3 f.): Das GPA und BoeB sind nicht anwendbar für die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee. Offensichtlich geht es beim Beschaffungsgegenstand der T-Shirts weder um Bauten noch um Waffen oder Munition im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB. Fraglich erscheint indes der Begriff des Kriegsmaterials. Diesbezüglich kann auf das Kriegsmaterialgesetz zurückgegriffen werden. Die vorliegend zur Diskussion stehenden T-Shirts bilden eine Lieferung für den zivilen Gebrauch. Die Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 GPA wurde als solche vom Anhang 1 übernommen, wie er von der Schweiz als Anhang 1 des alten GATT-Kodexes vom 12. April 1979 hinterlegt worden war; eine Änderung der Liste wurde nicht vorgenommen. Beide Positivlisten beziehen sich auf die Kapitel und Nummern der Nomenklatur der Waren, wie sie beim Abschluss des GATT-Kodexes im Rahmen der Tokyo-Runde im Jahre 1979 bestanden. Demnach ist für die Auslegung der schweizerischen Positivliste des GATT-Kodexes von 1979 wie des GPA vorderhand auf die NRZZ abzustellen. Heute kann die NRZZ noch indirekt beigezogen werden über den Schweizerischen Zolltarif, wie er 1979 in Kraft war. Die vorliegend in Frage stehenden T-Shirts lassen sich unter keines der Kapitel der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum GPA subsumieren. Der ausschliessliche Charakter der Liste ist das Resultat der zwischen den Vertragsstaaten bei den internationalen Übereinkommen auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens gegenseitig ausgehandelten Konzessionen. Eine weite Auslegung der Positivliste würde demgegenüber zu einer einseitigen Öffnung von Beschaffungen der Verteidigung führen, welche die Schweiz nicht dem GPA unterstellen wollte. Es ist mithin davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des GPA, des bilateralen Abkommens Schweiz-EG und des EFTA-Übereinkommens sowie jener des BoeB zusammen fallen. Aus den Materialien geht nirgends hervor, dass der Gesetzgeber den Geltungsbereich des BoeB über denjenigen des GPA hinaus erweitern wollte. Nachdem fest steht, dass der hier vergebene öffentliche Auftrag nicht dem BoeB untersteht, ist er grundsätzlich als übrige Beschaffung des Bundes im Sinne des 3. Kapitels VoeB anzusehen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 BoeB kann der Bundesrat zwar das BoeB auf weitere Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Gegenüber ausländischen Anbietern und Anbieterinnen gilt eine solche Ausdehnung des Geltungsbereiches indes nur, soweit schweizerischen Anbietern und Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8 (BoeB). Im vorliegenden Fall liegt es freilich nicht an der BRK, diesbezüglich weitere Instruktionsmassnahmen durchzuführen. Denn die BRK wäre so oder so nicht zuständig, gegen allfällige Verletzungen von Bestimmungen des Vergaberechts einzuschreiten. Auf die übrigen Beschaffungen des 3. Kapitels VoeB aber ist die Anwendung des Rechtsmittelverfahrens (nach Art. 26 ff. BoeB) ausgeschlossen. Gemäss Art. 39 VoeB stellen Entscheide, die in Vergabeverfahren nach dem 3. Kapitel erlassen werden, keine Verfügungen dar. Sinn dieser – in der deutschen Fassung missglückten – Bestimmung ist, dass solche Vergabeentscheide nicht mit Beschwerde bei der BRK angefochten werden können. **2. Zur EMRK** (Erw. 5): Im vorliegenden Fall lässt sich auch aus Art. 6 EMRK kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Sie wird dem zuständigen Departement überwiesen. 3. Die Verfahrenskosten (CHF 800.--) werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-007 (vgl. 2003-04)

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; Zuständigkeit.

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 2. Mai 2002 den Auftrag für die Lieferung des Gepäcksets 04, aus Polyamidgewebe einseitig PVC-beschichtet, oliv, fünfteilig, gemäss technischer Spezifikation, im selektiven Verfahren unter der Rubrik „Ausschreibungen nicht der WTO unterstellt“ öffentlich aus. Auftragsinhalt ist die Lieferung des Gepäcksets 04. Die Taschen und der Rucksack sind aus Polyamidgewebe, einseitig PVC-beschichtet, gefertigt. Der Auftrag wurde in 6 Lose aufgeteilt. Mit Offertanfrage vom 25. Juli 2002 lud die Vergabestelle u.a. die Bietergemeinschaft X, sowie Y und Z zur Angebotsabgabe ein. Mit Eingabe vom 23. September 2002 reichte die genannte Bietergemeinschaft (inkl. der A) ihr Angebot ein. Mit Schreiben vom 7. Februar 2003 teilte die Vergabestelle der Bietergemeinschaft mit, dass aufgrund der Resultate der Nutzwertanalyse ihr Angebot nicht berücksichtigt werden können. Den Zuschlag hätten Anbieter mit einer höheren Bewertung erhalten. Der entsprechende Zuschlagsentscheid wurde im SHAB vom 12. Februar 2003 veröffentlicht. Als berücksichtigte Anbieter wurden genannt: die Bietergemeinschaft L, sowie die M und N. Dieser Zuschlagsentscheid war mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Im SHAB vom 27. Februar 2003 wurde indes festgehalten, dass die Veröffentlichung vom 12. Februar 2003 irrtümlich mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen sei. **B.** Mit Eingabe vom 25. Februar 2003 erheben die X, Y und Z gegen den Zuschlag Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Liegt die Vergabe im Anwendungsbereich des BoeB? 2. Ist die EMRK im 3. Kapitel VoeB anrufbar?

Erwägungen:

1. Zum sachlichen Anwendungsbereich (Erw. 3): Das vorliegend zu beurteilende Gepäckset 04 entspricht der Klassifikation 4202. Das Kapitel 42 der NRZZ ist indes nicht in der CH Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 GPA aufgeführt. Lediglich Kapitel 43 findet sich in der Positivliste, doch deckt dies bloss die Pelzfelle, Waren aus Pelzfellen, künstliches Pelzwerk (auch konfektioniert) ab, so dass das Gepäckset entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht darunter subsumiert werden kann. Eine Unterstellung unter Kapitel 76 (Aluminium) in Bezug auf den Transportwagen kommt ebenso wenig in Frage, kann es doch letztlich auch nicht Sinn und Zweck der Positivliste sein, eine zusammengesetzte Ware, wie das hier fragliche Gepäckset, in seine Einzelteile aufzuteilen und unter die entsprechenden Kapitel der Positivliste zu subsumieren oder, ausgehend vom charakteristischen Merkmal der Ware, einem einzigen Kapitel zu unterstellen. Was namentlich das Kapitel 98 (verschiedene Waren) betrifft, welches in der NRZZ wie im Anhang 1 Annex 1 GPA enthalten, in der HS aber verschwunden ist, enthält dieses Kapitel verschiedene Gegenstände, die offensichtlich nicht in einem anderen Kapitel eingereiht werden konnten: Knöpfe, Druckknöpfe, Manschettenknöpfe, Reissverschlüsse, Federhalter, Stylographen, Schreibfedern, Bleistifte, Schiefertafeln, Petschafte, Nummernstempel, Farbbänder für Schreibmaschinen, Siegellack für Büro Zwecke, Feuerzeuge und Anzündler, Tabakpfeifen, Frisierkämmen, Haarspangen, Zerstäuber für Toilettenzwecke, Isolierflaschen, Schneiderpuppen (siehe die erwähnte Liste LIX – Schweiz). Das Gepäckset kann daher auch nicht unter den verschiedenen Waren im Sinne von Kapitel 98 klassifiziert werden. **2. Zu Art. 6 Abs. 1 EMRK** (Erw. 5): Der Gesetzgeber hat diesbezüglich klar zum Ausdruck gebracht, beim Status quo ante bleiben zu wollen. Ziel und kombinierte Wirkung der Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB und 39 VoeB bestehen darin, bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel VoeB jeglichen gerichtlichen Rechtsschutz generell auszuschliessen. Art. 6 Abs. 1 EMRK bezieht sich nur auf Streitigkeiten, die im nationalen Recht enthaltene zivilrechtliche Ansprüche bzw. Verpflichtungen zum Gegenstand haben. Als Ansprüche kommen in jedem Fall nur solche Rechte in Betracht, von denen mit vertretbaren Gründen gesagt werden kann, dass sie im nationalen Recht verankert sind. Art. 6 EMRK kann also nicht zur Anerkennung von Rechten führen, die im nationalen Recht materiellrechtlich keine Grundlage haben. Ein Recht besteht nicht, wenn generell in einem Bereich die gerichtliche Durchsetzung ausgeschlossen wird, solange dieser Ausschluss nicht willkürlich ist. Der Ausschluss der Beschwerde bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB beruht auf drei Gründen: Die ersten beiden Gründe betreffen die Kosten eines (gerichtlichen) Beschwerdeverfahrens und die Eurokompatibilität der für das Schweizer Recht gewählten Lösung. Drittens hätte die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes bei öffentlichen Beschaffungen, die dem BoeB nicht unterstellt sind und selbständig im 3. Kapitel der VoeB geregelt werden, auf internationaler Ebene eine einseitige Konzession der Schweiz ohne Garantie des Gegenrechts seitens der anderen Staaten bedeutet. Schliesslich gilt es zu beachten, dass der Ausschluss der Beschwerde bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB die in ihren Rechten verletzten Anbieter nicht daran zu hindern vermag, von der Vergabebehörde gegebenenfalls in einem Verantwortlichkeitsprozess Schadenersatz zu verlangen.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Sie wird dem zuständigen Departement überwiesen. 3. Die Verfahrenskosten (CHF 2000.--) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 4. Keine Parteientschädigungen.

Zwischenentscheid vom 23. Mai 2003, BRK 2003-012

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung)

Nach Einsicht in:

- die im SHAB vom 13. Februar 2003 durch die Vergabestelle erfolgte Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags mit der Projektbezeichnung „Digitalisierung Bundesbauten“;
- die im SHAB vom 25. März 2003 veröffentlichte Auswahl der 18 Teilnehmer, die im vorliegenden Vergabeverfahren zur Angebotsabgabe eingeladen werden;
- die Beschwerde der nicht selektionierten Beschwerdeführerin vom 14. April 2003, in der in prozessualer Hinsicht der Antrag gestellt wird, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
- das Schreiben des Präsidenten der BRK vom 15. April 2003, mit welchem dem Vergabestelle unter superprovisorischer Erteilung der aufschiebenden Wirkung eine Frist bis zum 7. Mai 2003 angesetzt wurde, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen;
- die auf Gesuch der Vergabestelle erteilte Fristerstreckung bis 19. Mai 2003;
- die Vernehmlassung des Vergabestelle vom 19. Mai 2003 zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit den Begehren, das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, die Beschwerdeführerin provisorisch in das Zuschlagsverfahren aufzunehmen;

Rechtsfragen:

Voraussetzungen für die aufschiebende Wirkung?

In Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 14. April 2003 das Gesuch gestellt hat, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
- der Beschwerde am 15. April 2003 bis zum Entscheid über das Begehren betreffend aufschiebende Wirkung dieselbe superprovisorisch erteilt wurde;
- das Vergabestelle die Prozessvoraussetzungen zur Anfechtung der Verfügung durch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet;
- die BRK einer Beschwerde auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
- beim jetzigen Stand der Dinge im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage und aufgrund der vorliegenden Akten nicht gesagt werden kann, die Beschwerde erweise sich als offensichtlich unbegründet;
- über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung daher aufgrund einer Interessenabwägung zu befinden ist;
- die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung an sich gewichtig sind, da die nicht selektionierte Beschwerdeführerin bei Nichtgewährung des Suspensiveffektes definitiv vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wäre und die Vergabebehörde den Vertrag mit der letztlich den Zuschlag erhaltenden Anbieterin abschliessen könnte, so dass die BRK nach erfolgtem Vertragsschluss den Zuschlag selbst bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen könnte, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB);
- die Frage, ob die seitens der Vergabebehörde geltend gemachte zeitliche Dringlichkeit gegeben ist, nicht abschliessend beantwortet zu werden braucht, da die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im jetzigen Verfahrensstadium nicht zwingend bewirkt, dass eine zeitliche Verzögerung in Kauf zu nehmen wäre, zumal die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall nicht bedeutet, dass das ganze weitere Verfahren bis zum Sachentscheid über die Beschwerde blockiert werden müsste;
- dem Suspensiveffekt vielmehr auch dadurch nachgelebt werden kann, dass der Beschwerdeführerin zusammen mit den 18 bereits selektionierten Teilnehmern die Möglichkeit gegeben wird, ein Angebot einzureichen, und sie somit – unter Vorbehalt des Endentscheids über die Frage der Präqualifikation und *auf eigenes Kostenrisiko* – ebenfalls zur Offerteingabe eingeladen wird, was im Ergebnis dem Eventualbegehren des Vergabestelle entsprechen würde;
- die dadurch erfolgende – provisorische – Erhöhung der selektionierten Teilnehmer um einen weiteren keine ersichtlichen Nachteile zur Folge hätte;
- ein solches Vorgehen vorliegend sowohl dem Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin als auch dem Interesse der Vergabebehörde bzw. der 18 bereits ausgewählten Teilnehmer an einer unverzüglichen Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerecht zu werden vermag;

Entscheid:

1. Der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung im Sinne der Erwägungen erteilt. 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden. 3. Diese Zwischenverfügung wird der Beschwerdeführerin sowie der Vergabestelle mitgeteilt.

Décision présidentielle du 3 juin 2003, CRM 2003-015

Regeste: l'effet suspensif

Vu:

- l'adjudication d'un marché le 25 mars 2003 par le pouvoir adjudicateur, publiée dans la FOSC du 22 avril 2003 ;
- le recours déposé le 12 mai 2003 par la recourante auprès de la CRM contre la décision d'adjudication, réclamant l'effet suspensif ;
- la détermination du pouvoir adjudicateur du 23 mai 2003 ;
- l'avance de frais de CHF 2'000.-- versée le 27 mai 2003 par la recourante ;

Questions juridiques:

Quelle sont les condition pour l'effet suspensif ?

Considérant:

- que la recourante a déposé une requête d'effet suspensif en date du 12 mai 2003;
- que, par courrier du 13 mai 2003, le Président de la CRM a informé l'autorité intimée du fait qu'aucune mesure d'exécution ne pourrait être entreprise avant que la CRM n'ait statué sur la requête d'effet suspensif;
- que, par courrier du 23 mai 2003, le pouvoir adjudicateur a déclaré ne pas s'opposer à la requête d'effet suspensif;
- que X, bénéficiaire de l'adjudication susmentionnée, ne s'est pas prononcée sur la requête d'effet suspensif dans le délai imparti;
- que l'art. 28 al. 1 de la LMP prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique, mais que la CRM peut toutefois, sur requête, accorder un tel effet suspensif (art. 28 al. 2);
- qu'il découle d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que le recours n'apparaît pas d'emblée dénué de chances de succès;
- que, pour décider de l'octroi de l'effet suspensif, il convient d'effectuer une pondération des intérêts en jeu;
- que l'intérêt de la recourante à l'octroi de l'effet suspensif est considérable, étant donné qu'à défaut la CRM ne pourrait pas, dans l'hypothèse de l'admission du recours, annuler l'adjudication si le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, mais devrait se limiter à constater la violation du droit fédéral (art. 32 al. 2 OMP);
- qu'il n'a pas été fait état d'intérêts (publics) prépondérants nécessitant une conclusion immédiate du contrat;
- que la pesée des intérêts se révèle favorable à la recourante, dans la mesure où ni le pouvoir adjudicateur ni l'adjudicataire ne s'opposent à l'octroi de l'effet suspensif;

Décide:

1. L'effet suspensif est accordé au recours.
2. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.
3. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante et au pouvoir adjudicateur. Elle est également communiquée à l'adjudicataire.

Zwischenentscheid vom 3. Juli 2003, BRK 2003-014

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebenden Wirkung; vollumfängliche Akteneinsicht.

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 11. Juli 2002 schrieb die Vergabestelle die Lieferung von Archivsoftware und Jukeboxhardware für die Lagerung elektronischer Daten und Akten im offenen Verfahren öffentlich aus. Die Lieferung steht im Zusammenhang mit dem Projekt LEDA (Lagerung elektronischer Daten und Akten). Die öffentliche Ausschreibung enthielt u.a. Angaben zu den Basisanforderungen in Bezug auf die Archivsoftware und die Jukeboxhardware. Sodann wurde eine ganze Reihe von mit dem Angebot einzureichenden Eignungsnachweisen verlangt, ansonsten nicht auf die Offerte eingegangen werden könne. Der verlangte Nachweis Nr. 8 lautete: „Nachweis für die Bereitschaft zur unentgeltlichen Präsentation einer Testinstallation beim Anbieter (in der Schweiz)“. Die Beschwerdeführerin hatte zu diesem Nachweis Nr. 8 ausgeführt: „Wir bieten kostenlose Testlizenzen für eine Software-Testinstallation an. Wir gehen davon aus, dass diese erforderliche Hardware (insbesondere Scanner, Server; Jukeboxen) vom Auftraggeber bereitgestellt werden kann bzw. simuliert werden kann (Jukeboxen, Massenspeicher). Für Aufbau und Präsentation rechnen wir mit einem Aufwand von ca. 5 Stunden, die kostenlos im Rahmen des Testangebots in Bern erbracht werden. Darüber hinausgehende Aufwände berechnen wir mit einem Tagessatz von CHR 1'500.“ Innert Frist wurden 9 Angebote abgegeben. Da kein Angebot die verlangten Eignungsnachweise vollständig enthielt, führte die Vergabestelle mit sämtlichen Anbietern Verhandlungen zur Bereinigung bzw. Vervollständigung der Offerten in Bezug auf die geforderten Eignungsnachweise durch. Drei Anbieter erfüllten danach alle Anforderungen. Die weitere Evaluation beschränkte sich auf diese Angebote. Der vom 14. April 2003 datierende Zuschlag wurde im SHAB vom 17. April 2003 publiziert. Mit Schreiben vom 22. April 2003 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die anderweitige Vergabe mit und wies sie auf die Möglichkeit eines Debriefing hin. Mit Eingabe vom 2. Mai 2003 ersuchte deren Rechtsvertreter erstere um eine schriftliche Begründung der Nichtberücksichtigung. Diesem Begehren wurde mit Schreiben vom 5. Mai 2003 entsprochen. **B.** Dagegen wurde mit Eingabe vom 7. Mai 2003 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Aufschiebende Wirkung; offensichtlich unbegründete Beschwerde. 2. Akteneinsicht.

Erwägungen:

1. Zur aufschiebenden Wirkung (Erw. 2 f.): Es stellt sich somit - die aufgrund einer prima-facie-Würdigung der von den Parteien vorgebrachten Argumente und der Akten zu beantwortende - Frage, ob die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin wegen des Nichtbringens eines verlangten Eignungsnachweises zu Recht von der weiteren Evaluation ausgeschlossen hat. Beim Nachweis Nr. 8 handelt es sich im Gegensatz zu den meisten andern geforderten Nachweisen zwar nicht um einen Nachweis, der in Anhang 3 zur VoeB explizit enthalten ist, d.h. nicht um einen typischen Eignungsnachweis. Dies lässt das Erfordernis eines solchen Nachweises indessen nicht als unzulässig erscheinen. Zum einen ist die Auflistung in Anhang 3 VoeB nicht abschliessend zu verstehen. Der Nachweis der Bereitschaft zur unentgeltlichen Präsentation einer Testinstallation beim Anbieter ist bei einem Auftrag der vorliegenden Grössenordnung sachlich gerechtfertigt und lässt sich durchaus in Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit und damit der Eignung des Anbieters bringen. Zum anderen war für die Anbietenden klar zu erkennen, dass dieser Nachweis zwingend zu erbringen war, um einen Ausschluss des Angebots von der weiteren Evaluation zu verhindern, insofern ein "Muss-Kriterium" vorlag. Die Notwendigkeit einer Testinstallation der zu liefernden Software im Rahmen des Evaluationsverfahrens wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Frage gestellt. Das Erfordernis der Testinstallation *beim Anbieter* (und nicht bei der Auftraggeberin) begründet die Vergabebehörde nachvollziehbar damit, dass die dafür notwendige Hardware, insbesondere die Jukeboxen, bei ihr nicht vorhanden sei. Die Beschwerdeführerin hat es - wie andere Anbieter auch - unterlassen, mit ihrem Angebot die in der Ausschreibung genannten Eignungsnachweise vollständig beizubringen. Insbesondere schieg sich ihr Angebot auch zur verlangten Testinstallation aus; es fehlte der Nachweis Nr. 8. Im Rahmen der zur Bereinigung der Eignungskriterien und formellen Erfordernissen mit ihr durchgeführten Verhandlung wurde sie aufgefordert, u. a. auch die entsprechenden Informationen zur Testinstallation noch nachzuliefern. Die Beschwerdeführerin reichte unter dem Datum vom 29. Oktober 2002 verschiedene Ergänzungen zu den Eignungskriterien ein. Die Angaben entsprechen nun klarerweise nicht dem in der öffentlichen Ausschreibung geforderten und eindeutig umschriebenen Nachweis Nr. 8, wonach die Präsentation der Testinstallation *beim Anbieter* (in der Schweiz) zu erfolgen hat, und zwar *kostenlos*. **2. Zur Akteneinsicht** (Erw. 4): Dem Gesuch um vollumfängliche Akteneinsicht kann nicht stattgegeben werden. Insbesondere sind neben der Konkurrenzofferte der Zuschlagsempfängerin auch die übrigen Offerten sowie sämtliche Unterlagen betreffend die Bewertung des siegreichen Angebots und der beiden anderen in die Evaluation einbezogenen Offerten anhand der Zuschlagskriterien vom Akteneinsichtsrecht auszunehmen.

Entscheid:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. 2. Dem Gesuch auf Akteneinsicht wird teilweise entsprochen. 3. Frist zur Stellungnahme. 4. Verfahrenskosten im Endentscheid. 5. Parteientschädigung.

Entscheid vom 23. Juli 2003, BRK 2003-016

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

Die Vergabestelle schrieb am 17. Januar 2003 im SHAB eine Dienstleistung mit der Projektbezeichnung „Sourcing-Projekt Bürokommunikation“ im offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung führte aus: „Verhandlungen bleiben vorbehalten. Es werden keine Preisverhandlungen (sogenannte Abgebotsrunden) durchgeführt. Allfällige Verhandlungen dienen lediglich der Bereinigung der Offerten; diese können begründete Preisanpassungen nach sich ziehen“. In den Ausschreibungsunterlagen wurde das Evaluationsverfahren umschrieben. Nicht explizit vorgesehen waren Nachverhandlungen nach Erstellung einer Shortlist. Vielmehr sahen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass die betreffenden Anbieter zu „Anbieterpräsentationen“ eingeladen werden könnten, wobei von den Anbietern noch verlangt werden könnte, ausgewählte Referenzen zu kontaktieren oder besuchen zu dürfen. Gemäss Evaluationsbericht wurden nach Eingang der Angebote mit verwaltungsinterner Bereinigung 6 Angebote einer Bewertung unterzogen, wobei das Angebot der (ersten) Zuschlagsempfängerin mit dem fünften und dasjenige der Beschwerdeführerin mit dem ersten Rang bewertet wurde. Daraufhin wick die Projektleitung aber bewusst vom beschriebenen Vorgehen in den Ausschreibungsunterlagen ab und gemäss Evaluationsbericht wurde daraufhin beschlossen, der „Bedeutung und Tragweite der ersten Ausschreibung für ein derartiges IT-Sourcing im Bund“ in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass „nicht mit der minimalen Anzahl von (3) Anbietern in die Nachverhandlungen“ gegangen werden sollte, sondern alle fünf verbliebenen Angebote in die Nachverhandlungen einbezogen werden sollten. Der Zuschlag an die (erste) Zuschlagsempfängerin wurde von der Beschwerdeführerin angefochten, wobei sie vor allem den Umstand rügt, dass die (erste) Zuschlagsempfängerin ihren Offertpreis im Rahmen der Nachverhandlungen gemäss Evaluationsbericht um rund 32% reduzierte und ihr Angebot somit vom fünften auf den ersten Platz rutschte.

Rechtsfragen:

Was sind die Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung bei Verhandlungen (Erw. 4)?

Erwägungen:

Zu den Verhandlungen: Mit der vorgenannten Selbstbeschränkung hat die Vergabebehörde für das vorliegende Submissionsverfahren eine Verhandlungsregel stipuliert, welche den Ausschluss von Abgebotsrunden vorsieht. Preisanpassungen der Anbieter während des Submissionsverfahrens nach Ablauf der Eingabefrist müssen danach „begründet“ sein und dürfen sich lediglich aus der Bereinigung der Offerten ergeben. Die Möglichkeit der Verhandlungsführung über Angebote nach Ablauf der Eingabefrist verbunden mit der individuellen Abänderbarkeit von Angebotsbestandteilen birgt in der Tat grosse Risiken bezüglich Verletzung des Gebots, die Anbieter gleich zu behandeln, in sich. Diese Risiken lassen sich auch mit den formalen Sicherungen, welche die VoeB für solche Verhandlungsführungen vorsieht, nicht vollständig ausschliessen. Umso strenger ist es mit der Einhaltung dieser Vorschriften zu halten, wenn nicht der Möglichkeit der Willkür während der Verhandlungen Tür und Tor geöffnet werden soll. Dies gilt umso mehr für hochkomplexe Submissionsverfahren wie dem vorliegenden. Die Protokollierungspflicht ist das von der Bundesgesetzgebung vorgesehene zentrale Mittel zur Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter im Rahmen von Verhandlungen. Die beiden über die Nachverhandlungen mit der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsempfängerin erstellten Protokolle enthalten nicht über alle traktandierten Punkte Aufzeichnungen. Die VoeB ist aber erst dann verletzt, wenn die Aufzeichnungen im Protokoll Lücken bezüglich „der verhandelten Angebotsteile“ enthalten. Das allerdings ist vorliegend schon beim zweiten Traktandum „Vorstellung Firma“ der Fall. Denn die Firma und insbesondere auch die vom Anbieter vorzuweisenden Kunden im Bereich der Bürokommunikation Schweiz finden in den im strittigen Submissionsverfahren geltenden Zuschlagskriterien ihren direkten Niederschlag in „Firma (Qualität, Angebot, Referenzen)“. Allfällige im Rahmen der Verhandlung vom Anbieter vorgetragene bzw. von diesem in den Verhandlungsprozess eingebrachte Besonderheiten oder Noven, welche die Modifikation der Beurteilung des Anbieters oder seines Angebots im Verhältnis zur ursprünglichen Offerte bewirken könnten, sind sodann explizit im Protokoll festzuhalten, jedenfalls dann, wenn sie eine offenkundig erhebliche Bedeutung haben und das Angebot u.U. für sich allein schon in einem anderen oder gar einem völlig anderen, neuen Licht erscheinen lassen. Letzteres war im vorliegenden Vergabegeschäft offenkundig für die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihrer Offertpräsentation bei den Nachverhandlungen vorgetragene massive Preisreduktion von 32,23% der Fall, da diese eine entscheidende Bedeutung für die Rangierung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin hatte, was für die Vergabestelle sofort erkennbar war. Die Vergabebehörde durfte diese Preisreduktion nicht einfach ungeprüft entgegennehmen. Vielmehr war sie verpflichtet zu prüfen, ob die Preisreduktion „begründet“ ist oder sich aus der Bereinigung der Offerten ergibt.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben, die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Die (erste) Zuschlagsempfängerin hat den Anteil von CHF 2'000 der Verfahrenskosten zu bezahlen. 4. Der Beschwerdeführerin wird die Parteientschädigung von CHF 12'000 zugesprochen, wovon die Vergabestelle 9'000.--, die (erste) Zuschlagsempfängerin CHF 3'000.-- bezahlen müssen.

Décision du 1^{er} septembre 2003, CRM 2003-015

Regeste: un marché de travaux; adjudication en procédure ouverte; capacité financière de l'adjudicataire; critères d'aptitude et d'adjudication

En fait:

A. Le pouvoir adjudicateur a publié dans la FOOSC un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte concernant la construction d'une halle et d'un atelier. Le marché était divisé en plusieurs lots, en particulier le lot n° 345 relatif à des installations de ventilation et de climatisation. Dans le délai, la recourante a déposé une offre pour ce lot. Par décision du 25 mars 2003, publiée dans la FOOSC du 22 avril 2003, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché pour le lot précité à l'adjudicataire. **B.** La recourante a formé recours contre la décision d'adjudication. Elle y allègue d'abord que son offre aurait dû être considérée comme économiquement la plus avantageuse, tout en soulignant qu'elle était en outre la meilleure marché. En second lieu, elle estime que l'adjudicataire ne disposerait pas de la capacité financière nécessaire, en raison des poursuites engagées contre cette entreprise pour un montant de CHF 701'141.45, dont environ CHF 200'000 de charges sociales (extrait du registre des poursuites en date du 9 mai 2003). **C.** Par décision incidente du 3 juin 2003, la CRM a accordé l'effet suspensif au recours. **D.** Le pouvoir adjudicateur conclut au rejet du recours. Il expose avoir évalué correctement les offres déposées, sur la base des critères d'adjudication publiés par ordre d'importance. L'adjudication se justifierait par la meilleure note obtenue par cette adjudicataire pour le critère le plus important, soit la qualité des installations techniques et du personnel. Le fait que la recourante a déposé l'offre la meilleure marché (CHF 666'669, TVA comprise), alors que l'offre de l'adjudicataire s'élevait à CHF 695'686, ne serait pas un argument déterminant, car le critère du prix n'était classé qu'en 3^e position. Par ailleurs, suite à la remise en cause de la capacité financière de l'adjudicataire dans le recours déposé, le pouvoir adjudicateur a adressé des questions complémentaires à l'adjudicataire. Selon l'extrait des poursuites alors fourni par cette dernière, les poursuites engagées en date du 23 mai 2003 s'élevaient encore à CHF 450'844.65. A la suite du dépôt du recours, l'adjudicataire aurait en grande partie réglé les arriérés de cotisations sociales et primes faisant l'objet de poursuites et convenu d'un plan de remboursement pour le solde. Selon les explications données par l'adjudicataire, les poursuites encore pendantes pour partie résulteraient de litiges avec des sous-traitants et pour une autre partie devraient être radiées. Enfin, suite à la requête formulée le 23 mai 2003 par le pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire a fourni un engagement de La Bâloise Assurances à établir une garantie d'exécution de CHF 50'000.

Questions juridiques:

1. Est-ce que la prise en compte de critères d'aptitude au stade de l'adjudication du marché est légale ? 2. Quelle est la manière d'apprécier l'aptitude financière (moment du contrôle)?

En droit:

1. « Mehreignung » (c. 2): Dans sa jurisprudence rendue en matière de procédure sélective, la CRM considère que la vérification des critères d'aptitude doit avoir lieu de manière complète et définitive dans la première phase de préqualification. Un nouvel examen de l'aptitude dans le cadre de l'évaluation ultérieure des offres au regard des critères d'adjudication est illicite. Serait aussi illicite une pondération finale entre le résultat de l'évaluation des offres et le degré d'aptitude de chaque soumissionnaire, visant à prendre en compte la meilleure ou moins bonne aptitude de chaque soumissionnaire (décision du 3 septembre 1999). La question d'une prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire (*Mehreignung*) au stade de l'évaluation des critères d'adjudication dans le cadre d'une procédure ouverte est controversée en doctrine; En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de la légalité de la prise en compte de critères d'aptitude au stade de l'adjudication du marché, car le recours doit être accepté pour un autre motif. **2. Aptitude financière** (c. 3): Le pouvoir adjudicateur évalue en règle générale l'aptitude financière du soumissionnaire telle qu'elle existe à la date du dépôt de l'offre, et sur la seule base des moyens de preuve soumis, sous la double réserve des renseignements communiqués dans le cadre de l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif. Cependant, lorsque des circonstances spéciales sont propres à éveiller un doute quant à la capacité financière du soumissionnaire à exécuter le marché, le pouvoir adjudicateur doit procéder à des investigations complémentaires. En outre, l'art. 11 LMP impose au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des faits et moyens de preuve nouveaux, antérieurs ou postérieurs au délai de dépôt des offres et même à la date de l'adjudication, qui seraient portés à sa connaissance et qui seraient susceptibles de remettre en cause l'aptitude financière d'un soumissionnaire à exécuter le marché correctement et dans le délai prévu. Les poursuites résultant de litiges avec les sous-traitants, même si le résultat de ces litiges est incertain, portent sur des montants importants (CHF 454'461.95 au 1^{er} juillet 2003). Un nouveau commandement de payer a été adressé pour un montant de CHF 47'334.05. En plus la garantie d'exécution doit être délivrer seulement dans certains délais et conditions.

Décision:

1. Le recours formé est admis. La décision d'adjudication est annulée en ce qu'elle porte sur le lot No 345, tout en subsistant pour les autres lots. Le marché relatif au lot No 345 est attribué à la recourante. 2. Il n'est pas prélevé de frais de procédure. 3. Le pouvoir adjudicateur verse à la recourante la somme de CHF 1'500.—à titre de dépens.

Entscheid vom 2. Oktober 2003, BRK 2003-019

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb einen Bauauftrag betreffend den Ausbau und der Teilsanierung einer Baute aus. Unter der Baukostenplannummer (BKP) 271 wurden die inneren Verputzarbeiten ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterien wurden in den Ausschreibungsunterlagen in der Rangfolge nach folgende Kriterien genannt: „Erfahrung und Qualifikation“ (Gewichtung 50%), „Preis“ (Gewichtung 30%), „Leistungsfähigkeit“ (Gewichtung 20%). Was das Kriterium „Erfahrung und Qualität“ betrifft, so hatten die Anbieter drei Referenzen anzugeben. Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, genaue Referenzen anzugeben, sondern einfach auf die beigelegte, dreizehnteilige, nur nach Regionen unterteilte, sonst aber kaum strukturierte Referenzliste verwiesen. Die Preisspanne der Angebote reichte von CHF 327'629.60 bis 541'203.65. Den Zuschlag vom 23. Mai 2003 (publiziert im SHAB am 30. Mai 2003) erhielt aber nicht die Beschwerdeführerin, deren Angebot den tiefsten Preis beinhaltete. Sie hatte bei einer Skala von 1 bis 10 (Höchstnote) beim Kriterium „Erfahrung und Qualität“ die Note 8, beim „Preis“ die Note 10 und bei der „Leistungsfähigkeit“ die Note 9 erhalten. **B.** Die nicht berücksichtigte Anbieterin erhob am 17. Juni 2003 fristgerecht Beschwerde und rügt die von der Vergabestelle vorgenommene Bewertung der Angebote im Lichte der drei Zuschlagskriterien. Sie macht im Bezug auf die einzelnen Kriterien insbesondere geltend, dass sie beim Kriterium „Erfahrung und Qualifikation“ dafür bestraft worden sei, dass sie zu viele Referenzen angegeben habe. Der Zufall habe es gewollt, dass irgendwelche Architekturbüros angefragt worden seien und diese vielleicht ihren Unmut gegen die Firma preisgegeben hätten. Auf ihrer Referenzliste hätten aber auch viele Adressen gestanden, die vorzüglich Referenzen hergäben. Die aufschiebende Wirkung wurde nicht beantragt. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin wurde nach Ablauf der Rekursfrist am 24. Juni 2003 geschlossen.

Rechtsfragen:

1. Ist der Schwellenwert erreicht? 2. Durfte der Vertrag abgeschlossen werden. 3. Liegt der Entscheid noch im Ermessen der Vergabestelle oder liegt ein Missbrauch oder ein Überschreiten des Ermessens vor?

Erwägungen:

1. Zur Bagatellklausel (Erw. 1): Mit Bezug auf den Auftragswert ergibt sich, dass die Preisspanne für den BKP 271 zwischen Fr. 327'629.60 und 541'203.65 liegt, dass indes der Gesamtwert massgebend ist, welcher der Realisierung eines Bauwerkes zukommt. Dieser wird in der für den Ausbau und die Teilsanierung erstellten Projektdokumentation mit Kostenvoranschlag auf Fr. 15'200'000.-- festgelegt. Der bei Bauwerken erforderliche Schwellenwert von Fr. 9'575'000.-- ist vorliegend damit erreicht bzw. überschritten. Dass die Bagatellklausel nach Art. 14 VoeB vorliegend zum Zuge kommen könnte, ist nicht ersichtlich. **2. Zum Vertragsabschluss** (Erw. 2): Nachdem die Beschwerdeführerin kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hatte und auch die zwanzigtägige Beschwerdefrist abgelaufen war, stand dem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nichts im Wege. 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. **3. Zum Ermessen beim Zuschlag** (Erw. 3): Zuschlagskriterium „Erfahrung und Qualifikation“: Die Anbieter hatten auf Blatt A3/Seite 4 drei Referenzarbeiten anzugeben, die mit den ausgeschrieben Arbeiten möglichst vergleichbar sein sollten. Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, an dieser Stelle genaue Referenzen anzugeben, sondern einfach auf die beigelegte, 13-seitige, nur nach Regionen unterteilte, sonst aber kaum strukturierte Referenzliste verwiesen. Wenn die Vergabestelle bei diesem Stand der Dinge die Auswahl aufgrund der gesamten Liste selber treffen musste und die Auskünfte schlechter ausfielen, als dies bei einer gezielten Nennung von drei Referenzen durch die Beschwerdeführerin möglicherweise der Fall gewesen wäre, so hat dies die Beschwerdeführerin ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Dass die der Beschwerdeführerin von der Beschwerdeführerin aufgrund der tatsächlich eingeholten Auskünfte erteilte Note 8 (bei einer Skala von 1 bis 10) einer Überschreitung oder einem Missbrauch des Ermessens gleichkäme, ist nicht ersichtlich. Beim Kriterium „Preis“ erhielt die Beschwerdeführerin wiederum aufgrund einer Skala von 1 bis 10 die Höchstnote 10 für den tiefsten Preis (Fr. 327'629.59). Dass die Zuschlagsempfängerin für eine um 17% höheren Offerte mit der Note 8 bewertet wurde, liegt im Ermessen der Vergabebehörde und entspricht im Übrigen jener Bewertung, welche die Beschwerdeführerin selbst für (höchstens) angebracht erachtet. Hinsichtlich des Kriterium „Leistungsfähigkeit“ lässt sich der Unterschied von einer Note (10 für die Zuschlagsempfängerin, 9 für die Beschwerdeführerin) ohne Verletzung von Bundesrecht damit begründen, dass aufgrund der eingeholten Referenzauskünfte bei der Beschwerdeführerin gewisse Vorbehalte angebracht waren mit Bezug auf die Einhaltung der Termine.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die Zuschlagsverfügung bestätigt. 2. Die Kosten des Verfahrens (CHF 1500.--) werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Entscheid vom 28. Oktober 2003, BRK 2003-020

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Anwendungsbereich BoeB

Sachverhalt:

A. Die Swissmedic hat am 6. März 2003 im SHAB einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel „Austausch und Neuverteilung von Kaliumiodidtabletten“ ausgeschrieben. Detailliert lautete der Aufgabenbeschrieb:

- Austausch und Neuverteilung der Kaliumiodidtabletten an rund 2.2 Mio. in Haushalten lebende Personen (1 Packung 12 Tabletten 65 mg mit Informationsmaterial, verpackt und adressiert);
- Verteilung der Tabletten an die jeweils Verantwortlichen in Betrieben, Schulen, Verwaltungen und weiteren öffentlichen und privaten Einrichtungen in den rund 500 betroffenen Gemeinden (individuelle Verpackungsgrössen);
- Verteilung des Informationsmaterials an die betroffenen Kantons- und Gemeindevertreter;
- Sicherstellung der Lagerung von Jodtabletten für die Nachlieferung an Gemeinden und weiteren Verteil- und Abgabestellen während 6 Jahren (Nach- und Ersatzlieferungen);
- Sicherstellung der Verteilung der Nachlieferungen sämtlicher mit der Information/Kommunikation verbundenen Drucksachen sowie der Verteilung der Nachlieferungen von Jodtabletten während 6 Jahren.

Innert Frist (bis 15. April 2003) wurden drei Angebote eingereicht. Die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin wurden mit Schreiben vom 19. Mai 2003 auf den 5. Juni 2003 zur Präsentation ihrer Offerte eingeladen. Nach einer am 6. Juni 2003 per E-Mail an alle Offertsteller gesendeten Aufforderung zur Neuofferte aufgrund geänderter Anforderungen (Änderung des Formats der Verpackungen) wurden von zwei Anbietern neue Angebote eingereicht. Die Offerte der Beschwerdeführerin hingegen blieb unverändert. Mit Verfügung vom 13. Juni 2003 wurde ihr durch die Swissmedic mitgeteilt, dass die Konkurrentin den Zuschlag erhalten habe. Die Publikation des Zuschlags erfolgte im SHAB vom 24. Juni 2003. **B.** Daraufhin wird mit Eingabe vom 25. Juni 2003 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

Subjektiver (1.) und sachlicher (2.) Anwendungsbereich des BoeB. 3. Berechnung Schwellenwert. 4. Überweisung.

Erwägungen:

1. Zur Vergabestelle (Erw. 2): Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a untersteht die allgemeine Bundesverwaltung dem BoeB. Die Bundesverwaltung umfasst die Departemente, die Bundeskanzlei und die dezentralisierten Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse (Art. 1 Abs. 1 und 2 RVOG). Die zentrale Rechtsgrundlage der Swissmedic, des Schweizerischen Heilmittelinstituts, ist das Heilmittelgesetz. Gemäss Art. 68 Abs. 1 und 2 ist das Institut eine öffentlich-rechtliche Anstalt und wird durch den Bund (unter Mitwirkung der Kantone) betrieben. Nach Art. 71 HMG ernannt der Bundesrat die Organe des Instituts. Es handelt sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes, welche im Übrigen dem EDI angegliedert ist (vgl. Anhang RVOV sowie Internetseite Swissmedic). Sie ist demnach als Auftraggeberin gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a BoeB zu betrachten. **2. Zur Leistung** (Erw. 3): Der Abklärung bedarf, wie es sich bezüglich Dienstleistungen im Bereich des Transports von Gütern verhält, welche von der Schweizerischen Post als Monopolistin ausgeführt werden. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Postgesetzes hat die Post das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern. Diese Dienstleistungen sind ihr als Monopolanbieterin vorbehalten (sog. "reservierte Dienste"). In diesen Bereich fallen im vorliegenden Fall die Einzelverpackungen („Pendelverkehrs- und Einwegverpackungen“), welche an die Haushalte verschickt werden – unabhängig davon ob ihr Versand als Briefe oder Pakete erfolgt. Der Transport von Briefen und Paketen durch die "Nationale Postadministration" - also die Schweizerische Post - wird von den Anhängen der VoeB bzw. des GPA nicht erfasst. Dass solche Fälle nicht unter das GPA fallen sollen, verdeutlicht das Abkommen auch, indem es im Anschluss an den Katalog von Dienstleistungen unter dem Titel "Anmerkungen betreffend Annex 4" eine einschlägige Ausnahmbestimmung enthält. Derjenige Teil des vorliegenden Auftrages, welcher die reservierten Dienste betrifft, untersteht nicht dem BoeB. Nicht unter den Geltungsbereich fallen auch die längerfristige Lagerung einer bestimmten Menge von Packungen während 6 Jahren, allenfalls auch die Zwischenlagerung der Jodtabletten bis zur Verteilung (jedenfalls soweit sie nicht mehr als kurzfristig angesehen werden kann): Dienstleistungen, die nur im weiteren Sinn mit dem Transport zu tun haben, bilden eine eigene CPC Kategorie 74, auf welche in den Anhängen des GPA und der VoeB nicht verwiesen wird und die somit nicht dem BoeB unterstehen. Unter dieser Kategorie findet sich insbesondere die Lagerung von Waren (Nr. 742). **3. Zum Schwellenwert** (Erw. 4): Die dem BoeB nicht unterstellten Posten dürfen zur Berechnung des vorliegend relevanten Auftragswertes nicht einbezogen werden. Der Wert der übrig bleibenden Dienstleistungen macht lediglich einen minimalen Teil des Betrages für den Gesamtauftrag aus und erreicht den genannten Schwellenwert bei weitem nicht. **4. Zur Überweisung** (Erw. 5): Die Beschwerde ist gestützt auf Art. 8 Abs. 1 dem EDI zu überweisen, wobei es dem Departement zu überlassen ist, ob es sie als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 47a oder als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG beurteilt.

Entscheid:

1. Auf die Begehren wird nicht eingetreten. 2. Die Beschwerde wird an das Departement des Innern überwiesen. 3./4. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 22. April 2003 Leistungen im Forstbereich entlang Bahnlinien im offenen Verfahren öffentlich aus und wies darauf hin, dass die Leistungen in einzelnen Losen vergeben werden, wobei insgesamt 28 Lose zur Ausführung kämen. Gemäss Ausschreibung hatten die Leistungen zum Inhalt: Bearbeitung der Sicherheitsstreifen entlang der Bahnstrecken zur Vermeidung von Betriebsstörungen durch Äste etc. Umfasst werden insbesondere die folgenden Tätigkeiten: Zusammenstellen der relevanten Objekte aus der bestehenden Kartierung der Gehölzflächen, Erstellen Jahresbudgets, Geldbegehung zur Begutachtung, Arbeitsplanung, Arbeitsvorbereitung, Bauleitung, qualitative und quantitative Kontrolle der Arbeitsrapporte, Kostenkontrolle etc. Die Beschwerdeführerin reichte für die Lose 3, 5, 6, 7, 10, 14, 15 und 16 ein Angebot ein. Sie erhielt den Zuschlag für das Los 10. Die restlichen Lose wurden an verschiedene andere Anbieter, darunter auch Unternehmen der öffentlichen Hand, vergeben. Im SHAB vom 7. Juli 2003 wurden die berücksichtigten Anbieter und die jeweiligen Vergabepreise veröffentlicht. **B.** Daraufhin legte diese gegen die Erteilung der Zuschläge für die Lose 7, 15, 18, 19, 20, 22 und 23 Beschwerde ein und beantragte die Sistierung der Vergabe sieben anderer Lose. Die Vergabestelle solle angewiesen werden, von allen Anbietern entweder eine Vollkostenrechnung zwecks Transparenz über allfällige öffentliche Beiträge (Subventionen) herzustellen oder quersubventionierte Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Es solle eine Neuvergabe stattfinden (inkl. Neuausschreibung). Der Beschwerde wurde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt, die anschliessend auf zwei Lose beschränkt wurde.

Rechtsfragen:

1. Fällt diese Vergabe in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des BoeB? 2. Folgen einer falschen Rechtsmittelbelehrung.

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 1): *Subjektiv:* Das Bilaterale Abkommen CH-EU erfasst direkt auch Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs (SBB und andere Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen), weshalb das BoeB auf diese anwendbar ist, sofern die in Frage stehenden Tätigkeiten unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Die zu vergebenden Dienstleistungen dienen der Wahrung der Bahnsicherheit und erfüllen diese Voraussetzung, da sie der für den Personen – und Güterverkehr genutzten Infrastruktur dienen. *Sachlich:* Analog der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für Bauwerke muss auch im vorliegenden Fall der Gesamtwert des Auftrages – also der Wert aller gleichzeitig vergebenen 28 Lose – massgeblich sein. Der für eine Unterstellung unter das BoeB massgebende Schwellenwert von Fr. 640'000.-- ist damit klar erreicht. Die ausgeschriebenen Leistungen lassen sich zwar – jedenfalls zusammen mit den eigentlichen Rodungsarbeiten die aber nicht Gegenstand der strittigen Vergabe bilden – als Unterhalts- und Instandstellungsarbeiten im weiteren Sinn an den Bahnanlagen der Vergabestellen qualifizieren; sie lassen sich aber selbst bei sehr extensiver Interpretation klarerweise keiner der in den genannten CPC-Nummern umschriebenen Dienstleistungen zuordnen. Um Architekturdienstleistungen handelt es sich vorliegend offensichtlich nicht. Mithin kommt eine Zuordnung zu den Klassen 8671 und 8674 nicht in Frage. Hingegen ist näher zu prüfen, ob die zu vergebenden Leistungen allenfalls als Ingenieurdienstleistungen von der CPC-Referenz-Nr. 867 erfasst werden. Forest Engineering wird zwar in Nr. 867 nirgends ausdrücklich erwähnt, indessen enthalten die "Engineering Services" (8672) eine Unterklasse "Other engineering services" (86729). Die Arbeiten sind auch nicht als Ingenieurleistungen umschrieben. Die offenbar bewusst gewählte Formulierung in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen weist darauf hin, dass es nicht um eine rein technische Beratung und Planung gehe, sondern vielmehr um die Festlegung von Rodungsarbeiten und deren Vorbereitung, sowie die Auswahl etc. von Forstunternehmungen, welche die Arbeiten entlang der Bahnanlagen ausführten und die internen Forstabteilungen personell und administrativ unterstützen. Wohl geht es vorliegend um Beratung, Planung und Unterstützung der zuständigen Revierförster, doch stehen die technischen Aspekte, welche Ingenieurleistungen üblicherweise definieren, nicht im Vordergrund. Die inhaltliche Umschreibung der zu vergebenden Leistungen lässt vielmehr darauf schliessen, dass es nicht oder höchstens am Rande um Forstingenieurleistungen geht, sondern primär um andere nicht-forsttechnische Aspekte, die eine Subsumption unter die CPC-Nr. 867 nicht nahe legen. **2. Zur falschen Rechtsmittelbelehrung** (Erw. 2): Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des (sinngemäss gestellten) Antrages auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die superprovisorisch für die Lose 7 und 15 erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Nichteintretensentscheides dahin.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten (CHF 1'000) hat die Beschwerdeführerin zu tragen. 3. Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.

Entscheid vom 11. November 2003, BRK 2003-022

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

Die Vergabestelle publizierte die Vergabe einer Bauleistung betreffend einer Teilsanierung eines Laborgebäudes im offenen Verfahren. Unter der Nummer 272 BKP wurden die Metallbauarbeiten, mithin diverse Ergänzungsarbeiten, Brandabschnitttüren T 30 ausgeschrieben. Verhandlungen wurden vorbehalten. Die Anbieter hatten in einer Angebotsübersicht den Angebotspreis brutto, gegebenenfalls einen Rabatt und einen Skonto, die MWSt sowie den Angebotspreis netto inkl. MWSt anzugeben. Zusätzlich fanden sich in den Formularen, welche den Anbietern abgegeben wurden, Hinweise auf die allgemeinen Bestimmungen der Vergabestelle. Diese seien integrierender Bestandteil der Offerte. Gemäss denselben ist die fällige Schlussrechnung innert 60 Tagen zu bezahlen, ansonsten die Vergabestelle in Verzug gerät. Für die Abgebote galten dieselben Zahlungsbedingungen. Die Beschwerdeführerin reichte eine Offerte zum Preis von CHF 42'574.65 ein. Diesem legte sie ein Schreiben bei, 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. Anschliessend wurde schriftlich mit Bezug auf das ausschlaggebende Kriterium des Preises verhandelt. Nach Aufforderung durch die Vergabestelle reduzierte die Beschwerdeführerin ihren Nettopreis auf CHF 39'329.15, wobei darin ein Abzug für einen Skonto in der Höhe von CHF 1'923.75 enthalten war. Diesem Angebot war auch ein Begleitschreiben beigelegt. Der Zuschlag wurde unter Angabe der Preisspanne von CHF 40'163.— bis 49'928.— am 29. Juli 2002 veröffentlicht. Dagegen erhob die nicht berücksichtigte Anbieter fristgerecht Beschwerde. Sie rügt die Bewertung ihres Angebotes im Lichte der Zuschlagskriterien „günstigster Preis“ sowie der veröffentlichten Preisspanne. Nach Ablauf der Beschwerdefrist schloss die Vergabestelle am 9. September 2002 den Vertrag. Erst anschliessend verlangte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik (Poststempel: 11. September 2002) die „aufschiebende Wirkung der Bestellung“ und Ersatz der entstandenen Kosten für Rechtsberatung und Aufwendungen in der Höhe von CHF 1'500.--.

Rechtsfragen:

1. Wurde der Vertrag verfrüht abgeschlossen? 2. Hätte der Skonto berücksichtigt werden müssen?

Erwägungen:

1. Zum Vertragsabschluss (Erw. 2): 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“ umfasst kein solches Gesuch; dieses muss vielmehr zusätzlich zu den materiellen Begehren gestellt werden – und auch die zwanzigtägige Beschwerdefrist abgelaufen war, stand dem Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nicht im Wege. Der Vertrag ist denn auch gemäss Eingabe der Vergabestelle am 9. September 2003 abgeschlossen worden. Insofern ist das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 11. September 2003 betreffend aufschiebende Wirkung wirkungslos. **2. Zum Skonto** (Erw. 3): Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Begleitschreiben zum Abgebot keine Einschränkung der Zahlungsfrist beinhaltete und die vorgegebenen Bedingungen insbesondere auch die Zahlungsfrist von 60 Tagen vorbehaltlos anerkannt wurden. Die BRK hält fest, dass das Begleitschreiben einzig auf das Angebot verwies und den Zusatz enthielt, der auf eine mögliche Kontaktperson bei Fragen verwies. Wenn die Vergabestelle bei diesem Stand der Dinge beim Angebotsvergleich den offerierten Skontoabzug (Preisnachlass bei Zahlung vor Fälligkeit) nicht berücksichtigte, hat dies die Beschwerdeführerin ihrem eigenen Verschulden zuzuschreiben. 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. Im ersten Angebot wurde ein Vorbehalt bezüglich Zahlungsfrist angebracht, der im Abgebot ebenso ausdrücklich hätte widerrufen werden müssen. Die vordergründige Akzeptanz der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Unterschrift genügt nicht. Es ist auch dafürzuhalten, dass bei der 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 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 AGB's schriftlich zu erfolgen, weshalb auch insoweit ein ausdrücklicher schriftlicher Widerruf des fraglichen Vorbehalts durch die Beschwerdeführerin notwendig gewesen wäre.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, die Zuschlagsverfügung bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten (CHF 700.--) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigung zugesprochen.

Entscheid vom 21. November 2003, BRK 2003-023

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Verhandlungen, Eignungskriterien

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle veröffentlichte im SHAB vom 28. Januar 2003 einen Bauauftrag betreffend das Projekt Altbauten (Teilprojekt), der unter anderem die Lieferung und Montierung von Wandschränken und Fronten als Komplett-einheiten beinhaltet. Dabei führte sie unter dem Titel der Zuschlagskriterien aus, dass „Für die Wahl des Anbieters wird das Kriterium des Preises den Ausschlag geben. Dementsprechend wird das Angebote mit dem günstigsten Preis den Zuschlag erhalten. Angebotsverhandlungen bleiben vorbehalten.“ Die Ausschreibungsunterlagen präzisierten, dass sich die Verhandlungen über die ganzen Bestandteile der Offerte einschliesslich Angebotspreise erstrecken können. Die Verhandlungen hätten zum Ziel, dass der Bauherr sich einen Überblick über die Stärken und Schwächen der Angebote verschaffen kann. Die Beschwerdeführerin reichte ein Angebot CHF 1'065'512.— netto ein, dass sie im Rahmen von Preisverhandlungen (insgesamt zwei Verhandlungsrunden) noch auf CHF 934'131.78 reduzierte. Die Vergabestelle vergab den Zuschlag aber an eine Anbieterin, die schliesslich noch einen tieferen Preis geboten hatte. Der Zuschlag wurde im SHAB veröffentlicht unter Angabe einer Preisspanne von Fr. 868'283.40 bis Fr. 2'466'378.--.

B. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob die nicht berücksichtigte Anbieterin Beschwerde. In der Begründung wird vorgebracht, reine Abgebotsrunden seien nicht zulässig. Zudem sei von der Vergabestelle der Vertraulichkeitsgrundsatz verletzt worden, indem im Rahmen der Abgebotsverhandlungen den Anbietern das tiefste und das höchste eingegangene Angebot eröffnet worden sei. Im Weiteren erfülle die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien und die Submissionsbedingungen nicht, so dass ihr der Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen. Mit Präsidialverfügung vom 17. September 2003 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

Rechtsfragen:

1. Sind reine Abgebotsrunden zulässig - darf das tiefste Angebot in Verhandlungen bekannt gegeben werden? 2. Wie tief muss die Eignung geprüft werden?

Erwägungen:

1. Zu den reinen Abgebotsrunden (Erw. 2): Die Verhandlungen dürfen auf Bundesebene (anders als im kantonalen Bereich) auch reine sogenannte „Abgebotsrunden“ beinhalten, d.h. Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsverzeichnisses. In der Lehre wurde an dieser aktuellen Rechtslage verschiedentlich Kritik geübt und auf Gefahren von Preisverhandlungen hingewiesen. Dass reine Abgebotsrunden in Vergaben des Bundes nicht zulässig seien, wird jedoch auch von diesen Autoren nicht behauptet bzw. dargetan. An der Rechtsprechung (Entscheide vom 7. November 1997 und vom 1. März 2000), wonach reine Preisverhandlungen auf Bundesebene zulässig seien, ist aufgrund des klaren Willens des historischen Gesetzgebers festzuhalten. Bei der Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen handelt es sich um einen allgemeinen Vorbehalt von Verhandlungen, der alle Möglichkeiten betreffend Gegenstand derselben - inklusive Preis - offen lässt. Es ist ohne weiteres zulässig, die Verhandlungen danach auf einen bestimmten Aspekt einzuschränken. Die Vergabestelle ist frei in der Entscheidung, ob sie eine (grundsätzlich vorbehaltene) Verhandlung durchführen will und über welche Angebotsbestandteile sie diskutieren will - ausser sie habe den Verhandlungsgegenstand im Voraus eingeschränkt. Da der Preis laut Submissionsunterlagen das einzige Zuschlagskriterium bildet, musste die Beschwerdeführerin zudem damit rechnen, dass allfällige Verhandlungen nur über diesen Punkt geführt werden, eine davon abweichende Vertrauensgrundlage wurde demnach nicht geschaffen. Die Frage nach der Rechtmässigkeit der vorgängigen Bekanntgabe des tiefsten Angebots bei Verhandlungen kann im Lichte der konkreten Sachlage des vorliegenden Falles offen gelassen werden, denn es erweist sich, dass die Beschwerdeführerin durch den (allfälligen) Verfahrensfehler nicht nur nicht benachteiligt worden wäre, sondern dass sie daraus sogar erhebliche Vorteile hätte ziehen können (wobei sie dazu offenbar nicht in der Lage war, da sie den tiefsten Preis nicht hat unterbieten können).

2. Zur Eignungsprüfung (Erw. 3): Es liegen keine Anzeichen vor, dass die Vergabestelle die Eignungskriterien nicht sorgfältig geprüft haben sollte. Im Gegenteil hat sie einen Offertvergleich über alle Angebote erstellt, aus welchen hervorgeht, dass die Zuschlagsempfängerin alle nötigen Unterlagen eingereicht hat, keine Subunternehmer angegeben hat und die Eignungskriterien erfüllt. Da sich keine Hinweise ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen „weitgehend weitervergift“ entbehrt auch die Befürchtung jeglicher Grundlage, sie könne dem Leistungsortsprinzip und dem Prinzip der gleich langen Spiesse nicht gerecht werden. Im Übrigen ist nicht einzusehen und es wird von der Beschwerdeführerin nicht näher ausgeführt, weshalb die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sein sollte, die geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen einzuhalten.

Entscheid:

Die Beschwerde wird abgewiesen, die Zuschlagsverfügung bestätigt, die Verfahrenskosten (CHF 3'000.--) der Beschwerdeführerin auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Entscheid vom 4. Dezember 2003, BRK 2003-018

Regeste: Neuausschreibung wegen geänderter Ausschreibungsbedingungen; Frist

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 16. April 1999 die Durchführung eines Pilotversuchs sowie die anschliessende Lieferung, Montage und Wartung eines automatischen Kontrollsystems zur Überprüfung der Abgabensicherheit der Leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (LSVA) im offenen Verfahren öffentlich aus. Für das automatische Kontrollsystem sind nur 2 Angebote eingegangen. Neben der X mit der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin für den Bereich Videotechnik, reichte Y eine Offerte ein, die (wie der Vergabestelle bekannte war) die Muttergesellschaft der X war. Die beiden Angebote unterschieden sich nur bezüglich der Technologie bei den Kontrollanlagen. Die Kontrollstation der Muttergesellschaft wurde im Wesentlichen durch Systemteile von A realisiert, diejenige der Tochtergesellschaft durch Systemteile von B (Teilbereich gehört Muttergesellschaft) und von der Beschwerdeführerin. Am 29. Juli 1999 erteilte die Vergabestelle der Tochter den Auftrag. Der Zuschlag wurde am 5. August 1999 im SHAB publiziert, der Beschaffungsvertrag am 3./10. Dezember 1999 abgeschlossen. Ende September 2000 fusionierten Mutter und Tochter, wobei alle Rechte und Verpflichtungen sowie alle laufenden Projekte auf die Mutter übergingen. Neue Vertragspartnerin der Vergabestelle für das zu beschaffende Kontrollsystem war damit die Mutter. Sie schlossen im November 2000 einen entsprechenden Nachtrag zum Beschaffungsvertrag. Die Pilotanlage des Kontrollsystems wurde in der Folge von der Mutter unter Mitwirkung der Beschwerdeführerin fertiggestellt. Am 26. September 2001 unterbreitete die Muttergesellschaft der Vergabestelle ein Angebot für den weiteren Ausbau des Kontrollsystems. Während das ursprünglich berücksichtigte Angebot der Tochter auf dem auf Tageslichtbeleuchtung ausgelegten Video- und Kennzeichenerfassungssystem beruhte, als dessen Lieferantin die Beschwerdeführerin vorgesehen war (das Enforcementsystem der Pilot-Kontrollanlage war nach ihrer Darstellung von der Beschwerdeführerin aufgebaut worden), bot die Muttergesellschaft die Kontrollanlagen nun neu mit einer Infrarotbeleuchtung eines anderen Unternehmens. Am 11. Dezember 2001 wurde ein Nachtrag (Ausbau Kontrollsystem) zum Beschaffungsvertrag unterzeichnet. Mit Teilvertrag, wurde am 18. Juli 2002/9. August 2002 auch für diese Anlage der Umbau des Videosystems auf das Infrarotsystem vereinbart. **B.** Mit Eingabe vom 11. März 2003 wurde Beschwerde erhoben mit dem Antrag, die Zuschlagserteilung sei wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben und der Vergabestelle aufzutragen, die Vergabe für ein automatisches Kontrollsystem (Enforcementsystem) für die LSVA neu auszuschreiben.

Rechtsfragen:

Wann muss die Beschwerde spätestens für die Rüge des Unterbleibens einer Ausschreibung eingereicht sein (Erw. 2)?

Erwägungen:

Vorliegend wäre zu prüfen, ob die Änderungen am Beschaffungsgegenstand (Änderung des Video- und Kennzeichenerfassungssystems, das von einem System der Tageslichtbeleuchtung zu einem System Infrarotbeleuchtung modifiziert wurde) derart wichtig sind, dass es sich um eine neue, freihändige Vergabe handelt, welche nicht von den im Gesetz vorgesehenen Fällen erfasst ist. Die Frage kann jedoch insofern offen bleiben, als auf die Beschwerde aus einem anderen Grund nicht einzutreten ist. Die rechtswidrige freihändige Vergabe kann mit Beschwerde angefochten werden, wobei die massgebende Rechtsmittelfrist entweder durch die Publikation der als submissionsrechtswidrig erachteten Vergabe, oder (bei Fehlen jeglicher Publikation) durch die Kenntnisnahme dieser freihändigen Vergabe durch den Beschwerdeführer ausgelöst wird. Aus einem Schreiben der Vertreterin der Beschwerdeführerin, vom 20. September 2002 an die Vergabestelle geht nun hervor, dass die Beschwerdeführerin allerspätestens im September 2002 gesicherte Kenntnis davon hatte, dass die von ihr bei der Pilotanlage erstellte Testanlage abgebaut worden war und dass sich die Muttergesellschaft und die Vergabestelle betreffend des Kamerasystems für ein anderes Produkt (Infrarot-System) entschieden hatten. In der Beschwerdeschrift verweist die Beschwerdeführerin zudem auf ein Schreiben der Muttergesellschaft vom 23. Juli 2002, worin ihr mitgeteilt worden sei, dass sich die Vergabestelle für ein System mit Infrarotkamera entschieden habe. Mit Schreiben vom 14. November 2002 machte die Beschwerdeführerin die Vergabestelle darauf aufmerksam, dass mit einer Infrarotlösung die technischen Vorgaben der Ausschreibung nicht mehr erreicht werden könnten; eine neue Ausschreibung des Auftrags verlangte sie in diesem Schreiben indes genau so wenig wie im Schreiben vom 14. November 2002 an den Bundespräsidenten. In der Folge wiesen sowohl die Vergabestelle als auch Bundespräsident die Beschwerdeführerin daraufhin, dass ein Vertragsverhältnis der Vergabestelle ausschliesslich zur Muttergesellschaft bestehe, nicht aber zur Beschwerdeführerin, die (lediglich) Sublieferantin der Muttergesellschaft sei. Die Rüge, infolge der geänderten Ausschreibungsbedingungen und der wichtigen Änderungen am Beschaffungsgegenstand hätte der Auftrag neu öffentlich ausgeschrieben werden müssen, wurde erstmals in der vorliegenden Beschwerde, die vom 11. März 2003 datiert, erhoben. Sie erweist sich vor dem dargestellten Hintergrund jedenfalls als verspätet, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 2'000.-- hat die Beschwerdeführerin zu tragen. 3. Keine Parteientschädigungen.

Entscheid vom 12. Dezember 2003, BRK 2003-029

Regeste: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Beschaffungsgemeinschaft, bestehend aus den X und Y, schrieb im SHAB vom 16. Juni 2003 einen kombinierten Lieferauftrag für die Beschaffung von Fahrausweis-Ausgabegeräten und zugehöriger Backend-Systeme unter Verwendung einer standardisierten Datenschnittstelle öffentlich aus. Als Verfahrensart wurde das selektive Verfahren gewählt. Zur Wahrung der Effizienz des Verfahrens wurde in der Ausschreibung die Anzahl der zum Angebot eingeladenen Bewerber auf 3 bis maximal 6 beschränkt. Innert Frist gingen 12 Anträge auf Teilnahme ein, worunter jener der Bietergemeinschaft A/B, unter Federführung ersterer. Die Bewerbungsunterlagen wurden in der Folge je einzeln und unabhängig voneinander von den Partnern der Beschaffungsgemeinschaft sowie von einem neutralen Experten geprüft und bewertet. Die Beurteilungen ergaben, dass alle 12 Antragsteller grundsätzlich geeignet gewesen wären, zur 2. Stufe im Vergabeverfahren zugelassen zu werden. Entsprechend ihrem Vorbehalt mit Bezug auf die Beschränkung der Anzahl der zum Angebot einzuladenden Bewerber hielt die Beschaffungsgemeinschaft aber daran fest, nur die maximal 6 bestbewerteten Anbieter zu präqualifizieren. In einer Tabelle vom 2. September 2003 wurden die von der X und Y je einzeln durchgeführten Beurteilungen zusammengetragen und konsolidiert. Anschliessend wurde das Ergebnis auch noch mit der Bewertung des unabhängigen Dritten verglichen. Aufgrund der geringen Unterschiede bezüglich der Rangierung hielt die Beschaffungsgemeinschaft an ihrem konsolidierten Ergebnis fest. Je mit Verfügung vom 8. September 2003 wurde den 12 Antragstellern das Ergebnis der Eignungsprüfung sowie die Namen der präqualifizierten Anbieter mitgeteilt. **B.** Dagegen erhebt A mit Eingabe vom 28. September 2003 Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Beschwerdelegitimation bei Bietergemeinschaften. 2. Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Erwägungen:

1. Zur Beschwerdelegitimation (Erw. 2): Im Falle einer Bietergemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) kann grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag bzw. an einer weiteren Teilnahme am Submissionsverfahren nicht mehr interessiert sind. Die B hat am 28. November 2003 (fristgemäss) eine Erklärung nachgereicht, gemäss der sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft von A sei; das Gleiche ergibt sich auch aus dem Fax der B vom 11. Dezember 2003. Die Beschwerdelegitimation der A kann folglich anerkannt werden, wobei diese mangels Vertretungsvollmacht der B im vorliegenden Verfahren alleine als Beschwerdeführerin anzusehen ist. Auch mit Bezug auf die formellen Voraussetzungen, die eine Beschwerde an die BRK zu erfüllen hat, vermag die Eingabe vom 26. September 2003 den Anforderungen gemäss Art. 52 VwVG zu genügen. Immerhin enthält sie das (sinngemässe) Begehren, die Bietergemeinschaft A/B sei – ebenfalls – für die Angebotsphase zuzulassen. Die Minimalanforderungen, die an eine Begründung der Beschwerde zu stellen sind, können ebenfalls als erfüllt betrachtet werden. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten. **2. Zur wirt. Leistungsfähigkeit** (Erw. 3 f.): Insbesondere die Note 1 der Bietergemeinschaft beim Unterkriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ erweist sich als nicht nachvollziehbar. Die Vernehmlassung und die Befragung von deren Vertreter durch das Gericht ergab keine Klärung, ein konkreter Grund für diese schlechte Note konnte nicht genannt werden. Ein fehlender Geschäftsbericht könnte allenfalls für die Benotung des Unterkriteriums „Umsatz“ relevant sein; hier hat die Bietergemeinschaft jedoch wie alle andern Anbieter die Note 3 erhalten. Ein durch die BRK vorgenommener Vergleich der von den anderen präqualifizierten Bewerbern mit betreffend „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ besseren Noten (insbesondere derjenigen mit Note 3) eingereichten Unterlagen mit denjenigen der Bietergemeinschaft lieferte ebenfalls keinen Aufschluss darüber, weshalb die Bietergemeinschaft in jener Kategorie so markant schlechter abschnitt. Es besteht Grund zur Annahme, dass jedenfalls bei diesem Teilkriterium mit ungleichen Ellen gemessen wurde. Zusammenfassend ergibt sich nach Einsicht in die Unterlagen des Präqualifikationsverfahrens und Anhörung der Parteien, dass für die schlechte Benotung der Bietergemeinschaft bei dem Kriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ eine sachlich haltbare Begründung auch nicht ansatzweise erkennbar ist. Im Gegenteil ist aufgrund des Vergleichs mit den andern Anbietern davon auszugehen, dass die Note eins (unter Berücksichtigung der Kooperation mit der B) eindeutig zu niedrig ist. Die Bewertung bewegt sich damit ausserhalb des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens. Nach Berechnung durch die BRK würde bereits eine minimale Korrektur (hin zu einer durchschnittlichen Note) der Bewertung von „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ zu einem besseren Rang der Bietergemeinschaft - unter die ersten 6 - führen und somit zu ihrer Zulassung zur Angebotsabgabe. Bei diesem Stand der Dinge erübrigt sich eine nähere Überprüfung der weiteren Kriterien. Die von der Vergabebehörde im erwähnten Punkt vorgenommene Bewertung hält einer Überprüfung durch die BRK nicht Stand; insofern liegt eine Verletzung von Bundesrecht vor.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Beschwerdeführerin ist zur Angebotsabgabe eine angemessene, relativ kurze Zeit anzusetzen. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigungen.

Decisione incidentale del 16 dicembre 2003, CRM 2003-025 (17.3.04)

Regeste: Commessa di servizio esclusione dalla procedura di aggiudicazione; effetto sospensivo

In Fatto:

A. Il committente ha pubblicato il bando relativo all'apertura della gara a procedura libera per l'aggiudicazione della commessa di servizio, per la gestione di certe portinerie. La commessa ingloba tra l'altro anche l'attività di portinaio degli stabili (Hauswartung) ivi compresa l'amministrazione dei Park+Rail e la sorveglianza dei lavori di pulizia. **B.** Il ricorrente ha inoltrato sua offerta. Il 5 agosto 2003 è stata fatta la decisione d'aggiudicazione. Il 9 settembre, la committente ha comunicato al ricorrente la sua esclusione dalla procedura. La committente motiva sua decisione (non munita dei termini e mezzi di ricorso), che l'offerta del ricorrente non adempie ai criteri di idoneità e partecipazione fissati dal bando. Il 11 settembre 2003 l'aggiudicazione è stata pubblicata. **C.** Su richiesta precisa: "In Ihrer Offerte fehlten die nachfolgend aufgeführten Unterlagen/Angaben, welche in der Ausschreibung ausdrücklich verlangt waren: Versicherungsausweis, unterzeichnet: nicht unterzeichnet / Vollständig ausgefüllte und unterzeichnete Erklärung des Anbieters betreffend Einhaltung der Arbeitsbedingungen: nicht unterzeichnet / Vorhandener Help-Desk, Ort, Personal, und Tel-Nummer des Help-Desk, Organisation: Help-Desk in geforderter Qualität heute nicht vorhanden / Aktueller Geschäftsbericht, dessen Richtigkeit durch die Geschäftsstelle bestätigt wurde; Geschäftsbericht 2001, keine Zahlen zur Beschwerdeführerin, Bestätigung der Revisionsstelle fehlt...". **D.** La ditta esclusa ha richiesto, che le siano assegnati i lotti relativi a certe regioni, rilevando che la decisione del committente pecca di formalismo eccessivo. Essa evidenzia, che l'offerta presentata consta di un intero fascicolo e che la firma della ditta apposta sulle prima pagina è da ritenersi valida per tutti gli allegati. Di più il ricorrente ha parimenti invocato la violazione della parità di trattamento per il modo in cui la sua offerta è stata esclusa e il modo in cui sono state valutate le offerte delle due ditte aggiudicatrici. **E.** Nella risposta l'aggiudicatrice si riconferma, che la ricorrente non soddisfa le condizioni del bando di concorso. **F.** In data 29 settembre 2003, il Presidente della CRM ha concesso, in via super provvisoria l'effetto sospensivo al ricorso. **G.** In data 6 novembre 2003 il committente ha comunicato alla CRM la conclusione dei contratti il 4/9 settembre. Tale decisione è motivata dal fatto di potere rispettare l'inizio dell'attività a partire dal gennaio 2004. **H.** Al pubblico dibattito la CRM ha fatto una proposta di soluzione bonale, attribuendo la parte della commessa riguardante un certo territorio al ricorrente, quale è stata respinta dalla committente.

Questioni giuridiche:

1. Qual'è la qualificazione delle commesse? 2. Si deve accordare l'effetto sospensivo, perché (prima vista) l'esclusione dell'offerta può essere illegale (formalismo eccessivo, discriminazione)?

In Diritto:

1. Competenza CRM (c. 1): La commessa in oggetto è suddivisa in due diverse attività. È composta da servizi previsti e da prestazioni non comprese nel campo di applicazione. Non esiste nessun obbligo di suddividere la commessa al fine di aggiudicare, secondo procedure distinte, i servizi soggetti da quelli non soggetti. Resta riservato il caso in cui il committente raggruppi artificialmente in un'unica commessa, servizi prioritari e non, con l'unico scopo di eludere l'applicazione integrale. Perciò decide il valore. **2. Effetto sospensivo** (c. 2): Bisogna ponderare tra un danno irreparabile per il ricorrente e tra l'interesse pubblico all'esecuzione immediata della commessa invocato dal committente, nonché con altri interessi privati di terzi, in particolare dell'aggiudicatario. La facoltà di accordare l'effetto sospensivo non deve però condurre ad accordare al ricorso, seppur provvisoriamente, più effetti di quanto non ne possa beneficiare nel caso di una decisione favorevole nel merito. Il committente non può di principio concludere il contratto prima della notifica della decisione di aggiudicazione o prima della scadenza del termine di ricorso, né a maggior ragione se è stato inoltrato un ricorso con domanda di effetto sospensivo o se l'effetto sospensivo è stato accordato. Resta riservata unicamente l'ipotesi in cui la conclusione immediata del contratto e l'esecuzione della commessa sia giustificata da una situazione di urgenza derivante dalla messa in pericolo di un interesse pubblico predominante, nella misura in cui l'urgenza non sia stata creata dal committente stesso. La CRM rileva che il committente ha notevolmente contribuito a creare la situazione di urgenza in cui si trova. Tale omissione impedirebbe di principio che la ponderazione degli interessi in causa abbia esito favorevole per la parte inadempiente. Tuttavia tenuto conto delle circostanze della fattispecie e della gravità del rischio, la CRM non deve agire in modo tale da non aggravarlo ulteriormente. Il rischio che talune di queste case non disporrebbero più di servizi di manutenzione e di portineria, unicamente di un servizio insufficiente a partire dal gennaio 2004 implica una messa in pericolo grave e imminente della sicurezza e della salute degli utenti. Questo rischio, pur essendo causato dall'inadempimento organizzativo e dalla politica del fatto compiuto perseguita dal committente, riveste nondimeno carattere preponderante rispetto agli interessi di natura economica o commerciale.

Decisione:

1. La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è respinta. 2. Eventuali spese verranno decise nell'ambito dell'evasione nel merito del ricorso.

Entscheid vom 8. Januar 2004, BRK 2003-024

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb unter dem Projekttitel „Leistungspaket x zu übergeordnetem Projekt y“ die Lieferung eines Informatikgesamtsystems im offenen Verfahren aus. Bereits die öffentliche Ausschreibung bezog sich in ihrem detaillierten Produktebeschrieb mehrfach auf das Produkt PeopleSoft: Einerseits musste sowohl das Leistungspaket (Werkzeug, Tool) als auch das übergeordnete Projekt (Plattform) auf dieser Software aufbauen, in der auch die Projektmitarbeiter fachliche Kenntnisse nachzuweisen hätten. Auch im Pflichtenheft wurde auf PeopleSoft Bezug genommen. Es enthielt einen Anforderungskatalog mit verschiedenen Beurteilungskriterien, die in (technische) Grundkriterien und Anforderungen unterteilt waren. Die Grundkriterien mussten vollständig erfüllt werden; die Erfüllung war nachzuweisen. Bei den Anforderungen hatten die Anbieter nähere Angaben über den Erfüllungsgrad (erfüllt, teilweise erfüllt, nicht erfüllt) zu machen. Der Anforderungskatalog diente der Vergabestelle zur Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Erfüllung der Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen“. Verschiedene dieser Anforderungen bezogen sich auf die Standard Software PeopleSoft: Eines der Ziele des Leistungspaketes liege darin, dass ein hoher Anteil der Standardkomponente PeopleSoft verwendet und dass das übergeordnete Projekt auf dieser Technologie betrieben werden soll. Die Anbieter hatten nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit, schriftlich Rückfragen zu stellen. Auf die Frage, ob zwingend das Standardwerkzeug PeopleSoft-Tool eingesetzt werden müsse oder die Leistung auch mit einem unabhängigen Entwicklungs-Werkzeug realisiert werden könnte, das über standardisierte PeopleSoft-Integrationsmodule verfüge, hielt die Vergabestelle fest: Alternativvorschläge im Groblösungskonzept des Lieferanten sind möglich. Die Zusammenfassung der Fragen und Antworten ist allen Anbietern, welche die Ausschreibungsunterlagen verlangt hatten kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zugestellt worden. Die Beschwerdeführerin, eine Bietergemeinschaft, reichte daraufhin eine Offerte über CHF 1'495'449.-- ein. Die Preisspanne aller fünf eingereichten Offerten reichte von CHF 297'645.-- bis CHF 1'775'400.--. Den Zuschlag erhielt das günstigste Angebot, das gleichzeitig den tiefsten Preis enthielt. Es basierte - wie zwei andere Offerten - nicht auf dem Standardprodukt PeopleSoft, sondern auf selbst entwickelten Lösungen. **B.** Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung desselben an einen Anbieter, welcher die in der öffentlichen Ausschreibung sowie im Pflichtenheft definierten Anforderungen erfüllt. Es sei eine andere Plattform oder Basis für das Projekt verwendet worden als People-Soft. Diese Plattform sei zwingend vorgegeben und Alternativlösungen nur bei den einzusetzenden Werkzeugen zulässig gewesen.

Rechtsfragen:

1. Ist die Beschwerdeführerin legitimiert? 2. Hat die Vergabestelle vergaberechtswidrig die Anforderungen der Ausschreibung oder die Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise nachträglich geändert?

Erwägungen:

1. Zur Legitimation (Erw. 1): Gemäss BRK ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert, auch wenn sie die Erteilung des Zuschlages an (irgend-) ein ausschreibungskonformes Angebot verlangt, da sie jedenfalls (auch) mit diesem Begehren ihre eigenen Chancen auf den Zuschlag verfolgt und wahrht. **2. Zur Zulässigkeit der Alternativlösung** (Erw. 2): Gemäss BRK sei unbestritten, dass die Vergabestelle zuerst das Standardwerkzeug „People-Tool“ einsetzen wollte (in der Ausschreibung und im Pflichtenheft noch ausdrücklich verlangt), dann aber im Rahmen der Fragebeantwortung auf ein anderes Entwicklungswerkzeug Novell (SilverStream) wechselte. Die BRK erachtet diese Alternativlösung als zulässig, da bereits das Pflichtenheft diesen Spielraum offen liess, der im Rahmen der Fragebeantwortung präzisiert und konkretisiert wurde. Bei den streitigen Anforderungen des Pflichtenheftes in Bezug auf die Plattform und Entwicklungswerkzeuge handle es sich um relative Gesichtspunkte (Integration und Kompatibilität). Diese konnten in mehr oder weniger hohem Masse erfüllt sein, was bei der Bewertung berücksichtigt wurde. Selbst die Nichterfüllung einer Anforderung des Pflichtenheftes führt somit - nach der grundsätzlich unangefochten gebliebenen Konzeption der Vergabebehörde - nicht zum Ausschluss des betreffenden Angebots vom Verfahren, sondern lediglich zu einer entsprechenden Schlechterbewertung bei einem Zuschlagskriterium. Die technischen Spezifikationen dürfen im Regelfall nicht derart eng umschrieben werden, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt in Frage kommt und nur wenige Anbieter überhaupt offerieren können. Um das Angebot einer unzulässigen Variante handelt es sich auch nicht, da es sich nicht um eine innovative Leistung sondern lediglich um eine Abweichung von der (zu) engen Vorgabe bzw. Umschreibung der einsetzbaren Software mit einer bestimmten „Marke“ (PeopleSoft) gemäss Ausschreibung handelt. Was die fehlende Eignung betrifft, ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine unzutreffende Beurteilung der Vergabebehörde. Da es sich um eine Standard-Software handle, sei davon auszugehen, dass die Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin sich auch ohne direkte Zusammenarbeit mit PeopleSoft die erforderlichen Kenntnisse aneignen können.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, der Zuschlag bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten (CHF 3'000.—) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Decisione del 17 marzo 2004, CRM 2003-025 (Zwischenentscheid v. 16.12.03)

Regeste: Commessa di servizio esclusione dalla procedura di aggiudicazione; effetto sospensivo

In fatto:

A. Sul FUSC, il committente ha pubblicato il bando relativo all'apertura della gara a procedura libera per l'aggiudicazione della commessa di servizio, per la gestione di portineria. La commessa ingloba l'attività di custode, portinaio, guardiano degli stabili (Hauswartung), ivi compresa l'amministrazione dei Park+Rail e la sorveglianza dei lavori di pulizia. **B.** Nel termine previsto dal bando, la ricorrente ha inoltrato la propria offerta. In data 9 settembre 2003 il committente, con decisione sprovvista dei termini e mezzi di ricorso, ha comunicato alla questa l'esclusione dalla procedura. L'offerta, a mente della stazione appaltante, non adempie ai criteri di idoneità e partecipazione fissati dal bando. Il committente ha nel contempo comunicato che la commessa è stata aggiudicata alle ditte X e Y. La decisione di aggiudicazione, avvenuta il 5 agosto 2003, è stata pubblicata sul FUSC dell' 11 settembre 2003. **C.** Con comunicazione del 12 settembre 2003 la ditta esclusa ha chiesto al committente di meglio precisare i motivi alla base dell' esclusione. Questa ha preso posizione in data 17 settembre 2003, motivando la propria decisione come segue: " *In Ihrer Offerte fehlten die nachfolgend aufgeführten Unterlagen / Angaben, welche in dem Ausschreiben ausdrücklich verlangt waren: Versicherungsausweis und vollständig ausgefüllte und unterzeichnete Erklärung des Anbieters betreffend Einhaltung der Arbeitsbedingungen nicht unterzeichnet; Help-Desk in geforderter Qualität heute nicht vorhanden; Geschäftsbericht 2001, keine Zahlen; Bestätigung der Revisionsstelle fehlt...* " **D.** In data 26 settembre 2003 la ricorrente ha interposto ricorso e chiede, in via preliminare, che al ricorso sia concesso effetto sospensivo. Nel merito postula che l'aggiudicazione sia annullata e gli atti rinviati al committente, affinché aggiudichi la commessa alla ditta ricorrente o, in subordine, che le siano assegnati i lotti relativi a tre regioni, o ancora a una regione. Essa contesta, nella sostanza, che l'aggiudicazione sia avvenuta al miglior offerente. Non avendo avuto la possibilità di prendere visione degli atti, essa ritiene non aver potuto compiutamente contestare l'aggiudicazione. In merito alla sua esclusione la ricorrente rileva che la decisione del committente pecca di formalismo eccessivo. Essa evidenzia, in particolare, che l'offerta presentata consta di un intero fascicolo e che la firma della ditta apposta sulla prima pagina è da ritenersi valida per tutti gli allegati. **G.** Il 6 novembre 2003 il committente ha comunicato la conclusione dei contratti, il 4 e 9 settembre 2003 per la motivazione di poter rispettare l'inizio dell'attività a partire dal 1° gennaio 2004.

Le domande giuridiche:

1. Legittimazione? 2. Fin quando si possono correggere le offerte? 3. Quando si giustifica l'estromissione?

In diritto:

1. Legittimazione (c. 1): Le regole per la legittimazione valgono di principio indipendentemente della concreta possibilità di aggiudicazione e anche qualora il contratto con gli aggiudicatari sia già stato concluso. **2. Correzioni delle offerte** (c. 2): Un'offerta incompleta deve pertanto venire, di principio, esclusa e non può comunque essere completata in proseguo di procedura, riservati i casi di chiarimenti forniti nell'ambito della rettifica delle offerte e del divieto di formalismo eccessivo. Al fine di garantire la parità di trattamento tra i concorrenti e di evitare che il committente possa di fatto modificare a posteriori l'oggetto del concorso, definito nel bando e nella relativa documentazione di gara, è di principio vietato apportare dei correttivi alle offerte una volta trascorso il termine utile per la loro presentazione. Questa regola è pure applicabile nel caso di commesse aggiudicate in virtù dell'Accordo bilaterale. **3. Estromissione** (c. 3 f.): *protezione del lavoro*: I fatti verificati anteriormente alla presentazione dell'offerta, e i mezzi di prova ad essi relativi non possono più essere invocati da un offerente che ha omesso di farli valere in tempo utile, riservati i chiarimenti forniti nell'ambito della rettifica delle offerte e il divieto di formalismo eccessivo. Nel caso in esame l'estromissione della ricorrente per questo motivo appare poco conciliabile con il principio della proporzionalità, ed in particolare con il divieto di formalismo eccessivo, nonché con lo spirito dell'art. 6 OAPub. Il committente avrebbe potuto facilmente sanare il vizio di forma, assegnando alla ricorrente un termine adeguato per compilare correttamente il formulario di autocertificazione. *Assicurazione*: Il principio della parità di trattamento domina la procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche. Esso obbliga in particolare il committente ad assicurare lo stesso trattamento a tutti i concorrenti in funzione di un'aggiudicazione imparziale. Per ammissione dello stesso committente, una copertura assicurativa sufficiente è basilare per la commessa in questione, la sua mancanza è quindi da considerarsi una lacuna essenziale. Per contro la BRK ha osservato, che malgrado una mancanza di una parte della polizza, un lotto della commessa è stata aggiudicato ad una terza concorrente. Il committente ha violato il principio della parità di trattamento. *Garanzia*: La dichiarazione, con la quale si impegna, in caso di aggiudicazione ad ottemperare alle condizioni poste da committente, non è da ritenersi sufficiente. *HelpDesk*: Gli atti e la tabella di valutazione allestita dal committente attestano come la ditta ricorrente non disponga di un sistema operante. La ditta vincente ha però beneficiato di un termine supplementare per completare la sua offerta, che significa violazione della parità.

La decisione:

1. Il ricorso è accolto nel senso dei considerandi. La ricorrente potrà far valere in separata sede le sue pretese di risarcimento danni. 2. Niente spese processuali. 3. Somma per la procedura per il committente di CHF 7'000.—.

Entscheid vom 22. März 2004, BRK 2004-003

Regeste: Architektur/Generalplanungs-Projektwettbewerb im selektiven Verfahren; Ausschreibung

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb am 20. Januar 2004 im SHAB einen Architektur/Generalplanungs-Projektwettbewerb aus. Die erfolgte im selektiven Verfahren mit Präqualifikation und darauf gestützter Beschränkung auf sieben Bewerber. Gemäss Ausschreibung besteht die Wettbewerbsaufgabe in der Erarbeitung (als Generalplaner) eines Projektvorschlags für ein Trainingszentrum mit Dreifachturnhalle auf dem Areal der Vergabestelle für die Lehre und Forschung des Instituts für Sportwissenschaften. Als Auswahlkriterien wurden aufgeführt: Referenzen (50%), Qualifikation Schlüsselpersonen (18%), Spezialkompetenzen (16%), Leistungsfähigkeit (16%). In der Ausschreibung wurde festgehalten, dass das Preisgericht zwei Teams im Sinne der Nachwuchsförderung bestimmen könne. In der Ausschreibung wurde auch darauf hingewiesen, dass eine Gesamtpreisumme von CHF 100'000.-- zur Verfügung steht und jeder Teilnehmer an der zweiten Phase des Projektwettbewerbs für ein vollständig eingereichtes Projekt eine fixe Nebenkostenentschädigung von CHF 5'000.-- erhält. Auch wurde die Beauftragung mit weiteren Planungsschritten in Aussicht gestellt. **B.** Gegen diese Ausschreibung wurde Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt: Erstens soll die Notwendigkeit einer zahlenmässigen Begrenzung der Teilnehmer geprüft werden. Zweitens solle die Teilnehmerauswahl durch eine neutrale Prüfungsstelle, ohne Jury, unter Aufsicht eines Notars, in zwei anonymen Losverfahren (Nachwuchs- und ältere Büros), mit unmittelbarer objektiver Eignungsprüfung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit durchgeführt werden. Drittens seien allfällige Verfahrenskosten von der Vergabestelle zu übernehmen. In der Begründung der Beschwerde wird auch gerügt, dass die aufgeführten Auswahlkriterien, insbesondere dasjenige der Referenzen mit einem Gewicht von 50% absichtlich diskriminierend und unverbindlich offen formuliert worden sei. Somit schaffe die Vergabestelle bereits in der ersten anonymen Phase den nötigen Freiraum für unkontrollierte Ermessens- alias Gefälligkeits- Qualifikationen. Der Vergabestelle wird vorgeworfen, das Gebot der Transparenz und den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt zu haben.

Rechtsfragen:

1. Unter welchen Voraussetzungen darf in einem Projektwettbewerb im selektiven Verfahren die Teilnehmerzahl beschränkt werden? 2. Darf in Projektwettbewerben die Jury die Präqualifikation anhand eines Losentscheides durchführen? 3. Dürfen bei Projektwettbewerben Referenzen als Eignungskriterium verlangt und mit 50% gewichtet werden?

Erwägungen:

1. Zur Beschränkung der Teilnehmerzahl (Erw. 3): Die Vergabestelle kann die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Vergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein. Die Beschränkung der Teilnehmerzahl zielt in erster Linie darauf ab, den bei der Vergabestelle anfallenden Aufwand für die Abwicklung des Vergabeverfahrens in einem tragbaren Rahmen zu halten. Beim Entscheid darüber, ob sich eine Beschränkung der Teilnehmerzahl rechtfertigt, sind einerseits die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung, andererseits der Wert der zu vergebenden Leistung zu berücksichtigen. Ein Präqualifikationsverfahren, bei dem die ausgewählten Anbieter für ihre Offerten bzw. ihre Projekte entschädigt werden, ist ohnehin regelmässig mit der zahlenmässigen Beschränkung der Teilnehmer verbunden. Andernfalls wären die Kosten des Vergabeverfahrens kaum mehr kalkulierbar. Auch weist die BRK darauf hin, dass bereits 130 Interessierte die Unterlagen angefordert hätten. **2. Zur Zuständigkeit der Präqualifikation** (Erw. 4a): Die BRK bestätigt ihre Rechtsprechung über die Art und Weise, wie eine Präqualifikation bei Planungswettbewerben abzulaufen hat. Dies gelte auch, wenn eine Jury eingesetzt worden ist. Insbesondere lehnt sie den (vom Beschwerdeführer verlangten) Losentscheid als Verletzung des Nichtdiskriminierungs-, des Gleichheits- und des Transparenzgrundsatzes ab. Dann hält sie fest: Das von der Vergabestelle gewählte Verfahren ist bundesrechtskonform, so dass der Beschwerdeführer nicht verlangen kann, es durch ein Vorgehen zu ersetzen, das ihm offenbar besser passen würde. **3. Zu den Referenzen als Eignungskriterium** (Erw. 4b): Der Vergabestelle steht bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser wird gar als noch weitergehend bezeichnet als bei ordentlichen Beschaffungen. Bei Planungswettbewerben umfassen die Eignungskriterien auch objektspezifische Nachweise, insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis. Dies führt dazu, dass die Vergabestelle auch die Angabe von Referenzobjekten verlangen darf. Auch die Gewichtung des Kriteriums der Referenzen mit 50% liegt in dem der Vergabestelle bei Festlegung der Eignungskriterien zustehenden Ermessensentscheid. Die unterschiedliche Behandlung von Nachwuchsleuten schliesslich ist vorliegend zulässig.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 1'200.— dem Beschwerdeführer auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Entscheid vom 30. März 2004, BRK 2004-001

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Geltungsbereich BoeB

Sachverhalt:

A. In einem Auswechslungsamt der Schweizerischen Post am Rande des Flughafengeländes Zürich werden Teile des Importes und Exportes von Luftpostsendungen (Briefe und Pakete) verarbeitet. Für eine Förder- und Sortieranlage muss eine Steuerungsanlage ersetzt werden. Die Schweizerische Post schrieb diese Leistung nicht öffentlich aus, ersuchte aber einige potenzielle Anbieter um Offerten. Am 18. Dezember 2003 wurde einer der Anbieterinnen mitgeteilt, dass sie nicht berücksichtigt wurde. Diese richtete mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 einen „Rekurs“ an die Schweizerische Post, der am 9. Januar 2004 an die BRK weitergeleitet wurde. **B.** Der Präsident der BRK beschränkte das Verfahren auf die Zuständigkeitsfrage und erteilte superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. **C.** Die Schweizerische Post hielt daraufhin in ihrer Stellungnahme fest, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, weil die Vergabe weder dem BoeB noch der VoeB unterstellt sei. Zur Begründung führt sie insbesondere das Folgende aus: Im internationalen Verkehr sei die Beförderung von Paketen und abgehenden Briefpostsendungen von den reservierten Diensten ausgenommen, die Post handle in diesem Bereich in Konkurrenz zu privaten Anbietern. Nur der Import von Briefpostsendungen betreffe den Bereich der reservierten Dienste, in welchem die Post als Vergabestelle gemäss BoeB in Frage käme. Die fraglichen Anlagen und die zu beschaffende Steuerung würden jedoch überhaupt nicht für die Bearbeitung der eingehenden Briefpost in Anspruch genommen. Zur Zusammenarbeit mit den Zollbehörden bemerkte die Schweizerische Post unter anderem, dass die Teile Post und Zoll in Zürich autonom liefen und die Zollbehörden sich finanziell nicht an der neuen Steuerungsanlage beteiligten. **D.** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Eingabe insbesondere dadurch, dass die Sortier- und Förderanlage sowohl den Aufgaben der Post wie den Aufgaben des Zolls diene. Zudem werde die Anlage auch im Rahmen des Imports von Briefpostsendungen benutzt. Die in Frage stehende Steuerung könne im Übrigen auch auf andere Förderanlagen der Briefpost (welche für den reservierten Bereich genutzt würden) an einen anderen Ort übertragen werden.

Rechtsfragen:

Wann unterstehen Beschaffungen durch die Schweizerische Post dem Geltungsbereich der Erlasse über das öffentliche Beschaffungswesen d.h. dem BoeB (1.) oder dem VoeB (2.)?

Erwägungen:

1. Anwendungsbereich BoeB: Die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post sind als Vergabestellen dem BoeB nicht unterstellt, soweit diese Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GPA nicht unterstehen. Gemäss Postgesetz erbringe die Schweizerische Post die nicht reservierten Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbietern, weshalb unter anderem die Beförderung von Paketen und abgehenden Briefpostsendungen im internationalen Verkehr von den reservierten Diensten ausgenommen ist. Zu den reservierten Diensten gehören somit namentlich noch die aus dem Ausland eingehenden Briefpostsendungen, nicht aber der Export. Die Beschwerdeführerin hat aber gemäss BRK nicht genügend begründet oder belegt, dass Briefpostsendungen exportiert werden. Als nicht stichhaltig wurde auch die Behauptung angesehen, dass die Anlage auch für andere Förder- und Verteilanlagen der Post an einem anderen Ort gebraucht werden könnte. Die blossе Eignung für dem BoeB unterstehende Beschaffungen kann nicht ein Kriterium sein für die Frage, ob die konkrete Beschaffung dem Geltungsbereich des BoeB unterstehe oder nicht. Eine Unterstellung käme allenfalls in Betracht, wenn die Anlage auch der eidgenössischen Zollverwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen würde (vgl. Zwischenentscheid vom 16. November 2001). Tatsächlich stehen gemäss BRK die Tätigkeiten der Post und der Zollverwaltung bei der Behandlung des internationalen Postverkehrs generell in Bezug zueinander. Hinsichtlich der vorliegend in Frage stehenden Anlage interessiert nur die Behandlung der Pakete, da die Verzollung der Briefpost in der Sihlpost vorgenommen wird. Davon, dass die Zollbehörden und die Schweizerische Post „Hand in Hand“ arbeiten, könne nicht generell gesprochen werden. Den 93 Personaleinheiten der Schweizerischen Post stehen nur 10 der Zollbehörden gegenüber. Offensichtlich spielt die in Frage stehende Anlage für die Post eine weit wichtigere Rolle. Der Import von Paketen betrifft überdies nur einen kleinen Teil des gesamten bearbeiteten Volumens. Die Zollbehörden haben sich denn auch nicht finanziell an der neuen Steuerungsanlage beteiligt. Es kommt hinzu, dass die Anlage den Zollbehörden nur insofern dient, als die importierten Pakete hin- und wegtransportiert werden (typische Postdienstleistungen). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Anlage nur in sehr untergeordnetem Rahmen auch der Zollabfertigung dient. Eine Unterstellung unter das BoeB kann dadurch nicht gerechtfertigt werden. **2. Anwendungsbereich VoeB:** Auf das vorliegenden Beschaffungsgeschäft kommen aber die Vorschriften der VoeB zur Anwendung, wobei aufgrund von Art. 39 VoeB jedoch der Rechtsschutz durch die BRK ausgeschlossen ist.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.—werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

Zwischenentscheid vom 29. April 2004, BRK 2003-032

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung)

Nach Einsicht in:

- die im SHAB vom 18. März 2003 durch die Vergabestelle erfolgte Ausschreibung eines Lieferauftrags mit dem Projekttitel „Ersatz der ALV-Finanzanwendung mit Mandanten in der ganzen Schweiz“;
- die im SHAB vom 16. Dezember 2003 veröffentlichte Zuschlagserteilung vom 13. Oktober 2003 für das Projekt an die Zuschlagsempfängerin;
- die Beschwerde der nicht berücksichtigten Beschwerdeführerin vom 24. Dezember 2003 an die BRK, in der in prozessualer Hinsicht u.a. der Antrag gestellt wird, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
- das Schreiben des Präsidenten der BRK vom 29. Dezember 2003, mit welchem die Vergabestelle unter superprovisorischer Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufgefordert wird, zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen;
- die innert erstreckter Frist eingereichte Vernehmlassung der Vergabestelle vom 30. Januar 2004 u.a. mit dem Antrag, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen;
- die Replik der Beschwerdeführerin vom 27. Februar 2004;
- die innert erstreckter Frist eingereichte Duplik der Vergabestelle vom 31. März 2004;
- das Protokoll der öffentlichen und mündlichen Verhandlung vom 29. April 2004;
- die übrigen Eingaben und Begründungen zu Handen der BRK, sofern sie für diesen Zwischenentscheid relevant erscheinen;

Rechtsfragen:

Anforderungen an die Erteilung der aufschiebenden Wirkung

In Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 24. Dezember 2003 das Gesuch gestellt hat, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
- der Beschwerde am 29. Dezember 2003 bis zum Entscheid über das Begehren betreffend aufschiebende Wirkung dieselbe superprovisorisch erteilt wurde;
- die Vergabestelle die Prozessvoraussetzungen zur Anfechtung der Verfügung durch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet;
- die BRK einer Beschwerde in Anwendung von Art. 28 Abs. 2 BoeB auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
- im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage und aufgrund der vorliegenden Akten sowie des Ergebnisses der Verhandlung vom 29. April 2004 nicht gesagt werden kann, die Beschwerde erweise sich als offensichtlich unbegründet;
- über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung daher aufgrund einer Interessenabwägung zu befinden ist;
- die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung an sich gewichtig sind, die BRK doch nach erfolgtem Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag selbst bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen könnte, inwiefern die angefochtene Zuschlagserteilung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB);
- gemäss Ausschreibungsunterlagen die Pilotinstallation für das 2. Quartal 2004 und die produktive Einführung der neuen Finanzanwendung per 1. Januar 2006 geplant ist; im Übrigen eine zeitliche Dringlichkeit nicht ersichtlich ist und auch seitens der Vergabebehörde nicht geltend gemacht wird;
- insgesamt die Interessen der Vergabebehörde an einer unverzüglichen Fortsetzung des Vergabeverfahrens, ohne der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, die gegenteiligen Interessen der Beschwerdeführerin nicht zu überwiegen vermögen; der Beschwerde demnach die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist;

Entscheid:

1. Der Beschwerde wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden. 3. Der Endentscheid wird den Parteien zu gegebener Zeit schriftlich eröffnet. 4. Dieser Zwischenentscheid wird dem Vertreter der Beschwerdeführerin sowie der Vergabestelle schriftlich eröffnet und dem Vertreter der Zuschlagsempfängerin mitgeteilt.

Décision incidente du 4 mai 2004, CRM 2004-004 (Endentscheid v. 30.6.04)

Regeste: marché de services ; adjudication en procédure ouverte ; effet suspensif ; consultation du dossier

En fait

A. Le 25 juillet 2003, le pouvoir adjudicateur a publié un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte concernant des prestations de mandataire général (architecte, ingénieur civil, ingénieur CVSE) pour la ré-affectation d'une halle. Dans le délai échéant, après deux prolongations décidées par le pouvoir adjudicateur, au 10 décembre 2003, la recourante déposa une offre. Par décision du 29 janvier 2004, publiée dans la FOSC du 6 février 2004, le pouvoir adjudicateur adjugea le marché à l'adjudicataire. **B.** Par courrier du 25 février 2004, la recourante a formé recours y allègue des violations de caractère tant formel que matériel. Elle requit, à titre provisoire, que l'effet suspensif soit accordé et, au titre de mesures d'instructions, sollicita un accès au dossier original et complet de la procédure de passation, la faculté de déposer un mémoire ampliatif après avoir eu connaissance dudit dossier et enfin la tenue d'une audience de jugement après la clôture de l'échange d'écritures. Sur le fond, la recourante conclut à la réforme de la décision attaquée dans le sens d'une nouvelle adjudication en sa faveur, subsidiairement à son annulation, avec suite de frais et dépens. **C.** Par courrier des 26 février et 2 mars 2004, le Président de la CRM a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif, qui a été prolongé à la demande des deux partis au 15 mars 2004. **D.** Dans le délais, l'adjudicataire a annoncé qu'il renonçait à intervenir dans la procédure de recours. Il s'est par ailleurs opposé à la consultation de son offre par la recourante. Le pouvoir adjudicateur s'oppose à un octroi de l'effet suspensif aux motifs que le recours serait manifestement dépourvu de chances de succès et que l'intérêt public à une réalisation rapide du marché primerait sur l'intérêt privé de la recourante. Sur le fond, elle conclut au rejet du recours. Tout retard impliquerait une sous-capacité de l'infrastructure nécessaire. Une alternative comporterait le risque d'un abandon du projet.

Questions juridiques:

1. Quelles sont les conditions pour l'effet suspensif et (2.) pour la consultation du dossier?

En droit:

1. L'effet suspensif (cons. 2): Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit en examen prima facie de l'apparence du bien-fondé du recours. Celui-ci a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès. Il faut que le résultat ne fasse aucun doute («eindeutig»). Inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire. Lorsque le recours ne semble à première vue ni manifestement mal fondé, ni manifestement bien fondé, il convient de constater et de pondérer le risque de préjudice. En autres termes, dès lors que l'appréciation des chances de succès du recours ne conduit pas à un résultat sans équivoque, ces chances n'entrent pas en considération dans la pesée des intérêts en présence. Dans ces circonstances, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu et de l'application du principe de proportionnalité, lequel joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Il résulte ainsi d'un examen prima facie, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que les recourants ont un intérêt digne de protection supérieur à celui du pouvoir adjudicateur. Il se justifie en conséquences d'accorder l'effet suspensif au recours. **2. Consultation du dossier** (cons. 3): Une pièce dont la consultation a été refusée ne peut être utilisée au désavantage d'une partie que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel pertinent et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. La limitation du droit à l'accès au dossier dans les recours en matière de marchés publics est justifiée par la protection des intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. Ces derniers ne peuvent avoir accès à des documents couverts par le secret des affaires. Cette limitation restreint les droits du soumissionnaire recourant, mais ne le laisse sans protection. Il peut exiger une motivation pour le rejet de son offre, motivation dont l'autorité de recours vérifiera la validité en se fondant sur une analyse complète des offres. C'est ensuite à l'autorité de recours qu'il appartient d'effectuer, selon les circonstances propres à chaque cas, la pondération prescrite entre le droit d'accès au dossier et la protection du secret des affaires. **Le recourant ne doit pouvoir prendre connaissance directement ou indirectement, du contenu des offres et des documents internes du pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où ceux-ci ont influencé et sont à la base de la décision attaquée.** En outre, l'existence de l'étendue du droit d'accès au dossier en matière de marchés publics dépend des motifs invoqués par le soumissionnaire évincé à l'appui de son recours. Ces éléments doivent être mis en balance avec la protection du secret des affaires des soumissionnaires et en particulier de l'adjudicataire. S'il devait s'avérer au cours de la procédure de recours que la communication – directe ou indirecte – d'autres pièces était nécessaire pour permettre aux recourantes de motiver leur recours, la présente décision incidente sur la consultation pourrait être réexaminée à la requête des recourantes.

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé. 2. Sur les frais et dépens sera statué dans la décision finale. 3. Une consultation partielle de certaines pièces du dossier de passation est accordée.

Entscheid vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032 (vgl. 17. Dezember 2004)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 18. März 2003 den Lieferauftrag für eine Standardsoftware für die Finanzbuchhaltung im offenen Verfahren öffentlich aus. Als Eignungskriterium wurde unter anderem drei Referenzen von einer bereits existierenden Installation der offerierten Finanzbuchhaltungssoftware in der Schweiz verlangt, die mit der vorliegenden Ausschreibung von der Komplexität (Konsolidierung) her vergleichbar sind. Die massgebenden Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in Punkten wurde im Pflichtenheft bekannt gegeben (Grobwiedergabe):

Nr.	Kriterium	Punkte
1	Einsatz von DB2 als Datenbanksystem	10'000
2	Betrieb mit den bestehenden Systemen (IBM e-Server)	10'000
3	Erfüllung der fachlichen Anforderungen	3'000
4	Erfüllung der technischen Anforderungen	2'900
5	Erfüllung der Anforderungen bezüglich Benutzerorientierung	1'000
6	Preise	1'000
7	Betriebskosten	1'000
8	Erfüllung der Sicherheitsanforderungen	800
9	Ausarbeitung des Angebots (Nicht im Fragekatalog)	300
	Maximum der zu erreichenden Punktzahl	30'000

Neben zehn weiteren Anbietern reichte auch die Beschwerdeführerin eine Offerte ein. Die Preisspanne lag zwischen Fr. 1'945'433.-- und Fr. 9'709'410.--. Am 13. Oktober 2003 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Dieser wurde im SHAB vom 16. Dezember 2003 veröffentlicht. Auf Verlangen der Beschwerdeführerin hin erteilte ihr die Vergabestelle mit Schreiben vom 24. Dezember 2003 die Auskünfte gemäss Art. 23 Abs. 2 BoeB. **B.** Mit Eingabe vom 24. Dezember 2003 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde.

Rechtsfragen:

1. Zeitpunkt Eignungsprüfung? 2. Mindestgewichtung des Preises? 3. Gaussche Kurve erlaubt?

Erwägungen:

1. Zur Eignungsprüfung (Erw. 2): Die Vergabestelle nahm (nur) von der Beschwerdeführerin eine vertiefte Eignungsprüfung vor, allerdings erst nachdem diese aufgrund der Bewertung der Angebote und nach den durchgeführten Nachverhandlungen (mit Nachbewertung) für den Zuschlag im Vordergrund stand. Im Grundsatz ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen einer näheren Überprüfung unterzog und gestützt darauf eine Neubeurteilung der Erfüllung des verlangten Eignungsnachweises E7 vornahm. **Zuvor hatte sie bei der von ihr gewählten Vorgehensweise dazu gar keine Veranlassung.** Insofern kann ihr grundsätzlich kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie der Beschwerdeführerin erstmals in der Duplik die Eignung abspricht. Die Vergabestelle hat ihre ursprünglichen Anforderungen in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin aber ganz offensichtlich im Rahmen der Evaluation gelockert. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht es nicht an, die Beschwerdeführerin im Rahmen der nachträglich vorgenommenen Eignungsprüfung nun nach einem wesentlich strengeren Massstab zu beurteilen. **2. Zum Preis** (Erw. 4): Eines der Ziele des BoeB ist es, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. **Auch wenn man vorliegend davon ausgeht, dass es sich trotz der Tatsache, dass es sich um eine Beschaffung handelt, die als komplex zu bezeichnen ist, verletzt die vorliegende Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten mit je nicht einmal 3.5% klarerweise den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und steht im Widerspruch zu genannter Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen.** Ein solches Negieren der finanziellen Aspekte der Beschaffung liegt nicht mehr im Rahmen des der Behörde zustehenden Ermessens. **3. Gaussche Kurve** (Erw. 4): Eine Preisbewertungsmethode, bei der nicht das preisgünstigste gültige Angebot beim Zuschlagskriterium Preis die beste Bewertung erhält, sondern eine preislich wesentlich höher ausgefallene Offerte, erweist sich als rechtlich nicht haltbar. Richtig ist zwar, dass die Vergabebehörde bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots den Preis zu den qualitativen Aspekten der Offerte ins Verhältnis setzen muss. Die Berücksichtigung solch qualitativer Aspekte auch bei der Bewertung des Angebotspreises führt jedoch zu einer Vermischung der Kriterien Preis und Leistung und damit letztlich zur Intransparenz der Bewertung. **Hegt die Vergabestelle den Verdacht, es liege möglicherweise ein Unterangebot vor, hat sie entsprechende Abklärungen vorzunehmen. Führen vertiefte Abklärungen zum Ergebnis, dass der betreffende Anbieter in der Tat nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen, ist er vom Verfahren auszuschliessen. Hingegen ist es sachwidrig und damit unzulässig, derartige Bedenken in qualitativer Hinsicht bei der Preisbewertung Rechnung zu tragen, um so einen unerwünschten Zuschlag zu verhindern.**

Entscheid:

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen (keine Verfahrenskosten und Parteientschädigungen).

Décision du 30 juin 2004, CRM 2004-004 (vgl. Zwischenentscheid vom 4.5.04)

Regeste: marché de services en procédure ouverte ; pris en compte du degré d'aptitude parmi les critères d'adjudication, vérification par le pouvoir adjudicateur

En fait:

Les mêmes faits que dans la décision incidente du 4 mai 2004 (effet suspensif accordé): Faits additionnels: Les soumissionnaires devaient soumettre leurs offres dans deux enveloppes distinctes, relatives pour la première à l'offre technique (partie A, B, C et D) et, pour la seconde, à l'offre financière (partie E). L'évaluation des offres s'est effectuée en plusieurs étapes. Dans une première étape, le pouvoir adjudicateur a procédé à un contrôle formel de conformité (vérification de l'aptitude sur la base de la seule partie A) : bureaux d'études établis et diplômés en Suisse ou dans un Etat signataire de l'AMP qui offre la réciprocité aux mandataires suisses; groupement composé des divers spécialistes exigés par l'appel d'offres (architecture, ingénierie civile, ingénierie CVSE); groupement composé de bureaux qui ne font pas partie d'un autre bureau. Les cinq groupements ayant déposé une offre ont été considérés comme aptes. Dans une deuxième étape, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'évaluation de l'offre technique en se fondant sur les parties B et C. Dans une troisième étape, le pouvoir adjudicateur a évalué l'offre financière, dotée d'une pondération totale de 20%. Les points des parties B, C et E ont été additionnés pour obtenir la note finale.

Questions juridiques:

Est-ce que la prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire (« *Mehreignung* ») au stade de l'évaluation des critères d'adjudication, dans une procédure ouverte, est conforme à la loi (c. 4)?

En droit:

« **Mehreignung** »: Cette question est controversée en doctrine et dans la jurisprudence. Un soumissionnaire ne remplissant pas les exigences minimales figurant dans les critères d'aptitude doit être éliminé de la procédure de passation, ou sa sélection être révoquée. Ces principes valent aussi bien en procédure sélective qu'en procédure ouverte. En revanche, il ne ressort pas du sens et du but de la réglementation légale qu'une meilleure capacité d'un soumissionnaire ne doit jamais entrer en considération en tant que critère d'adjudication, quels que soient le type et la nature du marché en cause ou la procédure de passation utilisée. **Compte tenu du cadre légal existant, qui postule le principe de la vérification séparée des critères d'aptitude et d'adjudication, une telle possibilité doit toutefois être limitée aux seuls marchés où elle s'avère indispensable, et non pas simplement souhaitable ou justifiable.** Dans l'hypothèse de la passation d'un marché de service portant sur une prestation intellectuelle qui ne peut être d'emblée spécifiée avec suffisamment de précision, il est particulièrement difficile d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au moyen de critères d'adjudication (stricto sensu) autres que le prix. **Or, il serait paradoxal et contraire au but poursuivi par la réglementation sur les marchés publics que les marchés de service de prestations intellectuelles, dans lesquels la personne de l'adjudicataire joue un rôle crucial, soient en définitive adjugés au prix le plus bas.** Pour mesurer la qualité de l'offre, le pouvoir adjudicateur doit alors pouvoir utiliser des moyens de preuve indirects, tels que le degré exact d'aptitude technique et organisationnelle du soumissionnaire. Les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ne paraissent pas mis en danger par la prise en compte d'éléments relevant matériellement de l'aptitude dans le cadre des critères d'adjudication, lorsque ces critères sont d'emblée publiés clairement et avec leur pondération exacte. **En conséquence, la CRM considère que la faculté de prendre en compte des critères relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication doit être réservée aux marchés, portant sur des services de prestation intellectuelle dont le contenu ne peut être d'emblée spécifiés clairement, qui sont passés en procédure ouverte.** En l'espèce, il est avéré que plusieurs références relevant matériellement de l'aptitude étaient incluses dans les parties B et C du dossier d'appel d'offres (offre technique et organisationnelle) et qu'elles ont été évaluées au titre des critères d'adjudication. Il ressort du descriptif de l'objet du marché et de la planification élaborée par le pouvoir adjudicateur que, dans une telle prestation de planification, le soumissionnaire ne présente pas directement un projet, mais offre plutôt de pouvoir en élaborer un. Dans un tel cas, il s'avère indispensable, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, de se fonder sur certains éléments relevant matériellement de l'aptitude. La CRM admet dès lors, au regard du type et de la nature du marché en cause ainsi qu'au vu de la procédure de passation utilisée, que le pouvoir adjudicateur pouvait retenir des critères relevant matériellement de l'aptitude dans le cadre de l'adjudication. Il faut encore vérifier que le pouvoir adjudicateur a respecté les principes et obligations imposés par la réglementation en matière de marchés publics. **Mais le très faible degré de vérification sur un point aussi important que le chef du projet est d'autant plus difficilement compréhensible qu'elle a considéré que le marché en cause présentait par ailleurs des caractéristiques telles qu'il convenait de prendre en compte parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude du soumissionnaire. En appliquant un double standard dans la vérification et la notation du critère C1, l'adjudicatrice a violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires.**

Décision:

1. Le recours est admis, la décision d'adjudication est annulée, l'affaire est renvoyée (nouvelle appréciation), au sens des considérants. 2. Pas de frais de procédure, mais une indemnité à titre de dépens (CHF 5'000.—) est allouée au recourant.

Entscheid vom 22. September 2004, BRK 2004-007

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 6. Januar 2004 die Arbeitsgattung BKP 225 Spezielle Dichtungen und Dämmungen, Entfernung von PCB-Fugen, im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziff. 3.5 der Ausschreibung wurde unter dem Titel Eignungskriterien unter anderem auch verlangt: "Gewichtung = 25%: Verfügt über die erforderlichen, festangestellten Spezialisten und hat genügend qualifiziertes Leitungspersonal". In den Ausschreibungsunterlagen wurde unter anderem verlangt: "Mindestens zwei erfolgreich durchgeführte Sanierungen von PCB-haltigen Fugenmassen im Innenbereich". Neben fünf weiteren Anbieterinnen reichte auch die Beschwerdeführerin eine Offerte ein. Am 26. April 2004 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Mit Schreiben vom 25. Mai 2004, welches keine Rechtsmittelbelehrung enthielt, teilte sie der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sie die für die Erfüllung der Eignungskriterien verlangten Nachweise teilweise nicht erbracht habe. Der Zuschlag wurde schliesslich im SHAB vom 22. Juli 2004 publiziert. **B.** Mit Eingabe vom 22. Juni 2004 erhebt die Beschwerdeführerin gegen den Submissionsentscheid beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde und beantragt superprovisorisch, es sei der Vergabestelle zu untersagen, den ausgeschriebenen Auftrag zu erteilen. Dieses Gericht leitete die Beschwerde mangels Zuständigkeit an die BRK weiter. **C.** Mit Verfügung des Präsidenten vom 1. Juli 2004 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 14. Juli 2004 die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ihr sei die Zulässigkeit aller weiteren Vollziehungsvorkehren ausdrücklich zu bestätigen. Das Beschwerdeverfahren soll auf die Frage nach der Befähigung der Beschwerdeführerin beschränkt werden und deren fehlende Eignung wegen fehlender Eignungsnachweise sei festzustellen. In der Begründung hält die Vergabestelle zudem fest, dass der Werkvertrag mit der Zuschlagsempfängerin zwischenzeitlich abgeschlossen worden sei, da man infolge des Zeitablaufs angenommen habe, dass keine Beschwerde erhoben worden sei.

Rechtsfragen:

1. Erfolgte die Beschwerde fristgerecht? 2. Waren die Eignungsanforderungen angemessen?

Erwägungen:

1. Zur Frist (Erw. 1): Zu beachten ist, dass die 20-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 30 BoeB erst am 6. September 2004 abgelaufen ist, nachdem die angefochtene Verfügung erst mit der Publikation im SHAB vom 20. Juli 2004 rechtsgenügend eröffnet worden ist (das Schreiben vom 25. Mai 2004 stellte mangels Rechtsmittelbelehrung keine rechtsgenügende Eröffnung dar) und **der Fristenstillstand gemäss Art. 22a Bst. b VwVG zu beachten war.** **2. Zur Eignung** (Erw. 2): Die verlangten Eignungsnachweise müssen zusammen mit dem Teilnahmeantrag (im selektiven Verfahren) oder mit dem Angebot eingereicht werden. Denn die Anbieter und Anbieterinnen müssen ihre Anträge auf Teilnahme **und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dazu gehören auch die geforderten Nachweise.** Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Aus der Offerte der Beschwerdeführerin einschliesslich ihrer nachträglich überarbeiteten bzw. ergänzten Referenzliste und dem zugehörigen Begleitschreiben geht somit eindeutig hervor, dass die Beschwerdeführerin – zumindest bis Anfang 2004 – im Bereich der Sanierung von PCB-haltigen Kittfugen ausschliesslich Planungs- und Beratungsaufgaben (z.B. Erstellen von technischen Richtlinien, Erarbeiten von Sanierungskonzepten, Abgabe von Empfehlungen, Laboranalysen, Leitung und Überwachung der Ausführung) wahrgenommen hat, nicht aber die handwerklichen Ausführungsarbeiten selbst. Diese, d.h. das Entfernen und Entsorgen des PCB-haltigen Materials, wurde stets Subunternehmern übertragen. Die Entfernung des Fugenmaterials bei der vorliegenden Vergabe sollte entweder durch die Beschwerdeführerin selbst oder allenfalls durch eine genannte Subunternehmerin erfolgen sollte. Für beide Firmen wurden indessen keine einschlägigen Referenzobjekte betreffend PCB-Ausführungsarbeiten genannt. Angaben über die an den Referenzobjekten jeweils beteiligten Personen bzw. Spezialisten (Namen, Angaben zu Ausbildung und Erfahrung) fehlen vollständig. Ebenso wurde bei keinem der aufgelisteten Referenzobjekte das Auftragsvolumen genannt; dem Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es folglich auch am verlangten Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in vergleichbarer Grössenordnung. Damit steht fest, dass der Einwand der Vergabebehörde, die Beschwerdeführerin sei nicht geeignet bzw. habe die Nachweise, dass sie über die für den zu vergebenden Auftrag geforderte Eignung verfüge, nicht erbracht, berechtigt ist. **Es kann auch nicht gesagt werden, bei den zu erfüllenden Eignungskriterien bzw. den verlangten Eignungsnachweisen handle es sich um Anforderungen, die nicht sachgerecht seien. Es liegt fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und der Zuschlag bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 2'500.— werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 3. Keine Parteientschädigungen.

Zwischenverfügung vom 2. November 2004, BRK 2004-009

Regeste: offenes Verfahren; Sistierung des Beschwerdeverfahrens

Nach Einsicht in:

- die Beschwerde vom 2. August 2004 an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) gegen die im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 14. Juli 2004 veröffentlichte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 2. Juli 2004 betreffend Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin;
- die Verrechnungsausweise betreffend die BRK, wonach die Beschwerdeführerin den angeforderten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- innert Frist einbezahlt hat;
- die Vernehmlassung der Zuschlagsempfängerin vom 3. September 2004, in der diese ausdrücklich auf die Stellung von Anträgen verzichtet;
- die Stellungnahme der Vergabestelle vom 6. September 2004 mit den Anträgen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen;
- das Schreiben der Vergabestelle vom gleichen Tag mit dem Antrag, die weiteren Verfahrensschritte bis zum 15. Oktober 2004 zu sistieren;
- die Zwischenverfügung der BRK vom 9. September 2004, mit welcher das vorliegende Beschwerdeverfahren bis und mit 15. Oktober 2004 sistiert wurde;
- die Eingabe der Vergabestelle an die BRK vom 29. Oktober 2004, in welcher diese die Verlängerung der Sistierung beantragt;
- die weiteren für das vorliegende Verfahren entscheidrelevanten Unterlagen;

Rechtsfragen:

Rechtsfolgen bei Antrag auf Verlängerung der Sistierung

In Erwägung, dass:

- die BRK auf Antrag oder von Amtes wegen ein bei ihr eingeleitetes Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren kann, dies namentlich dann, wenn sich unter den gegebenen Umständen ein sofortiger Entscheid über die Beschwerde mit Blick auf die Prozessökonomie nicht rechtfertigen würde, wobei als Grund für die Sistierung etwa die Hängigkeit eines anderen Verfahrens, dessen Ausgang für das bei der Rekurskommission hängige Beschwerdeverfahren von präjudizieller Bedeutung ist, in Betracht kommt oder auch die Aufnahme von Verhandlungen zwischen der Verwaltung und der Beschwerdeführerin betreffend eine allfällige einvernehmliche Lösung (vgl. André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.11);
- im vorliegenden Fall offenbar die Gespräche zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin einerseits und zwischen dieser und der Zuschlagsempfängerin andererseits noch andauern; bei erfolgreichem Abschluss der Verhandlungen die Beschwerde allenfalls zurückgezogen werden könnte; schon aus diesem Grund die Verlängerung der Sistierung gemäss Antrag der Vergabestelle bis zum 22. November 2004 zu gewähren ist;
- die Vergabestelle überdies in ihrer Eingabe vom 29. Oktober 2004 geltend macht, dass eine Sistierung angesagt sei, bis im Beschwerdeverfahren in Sachen BRK 2004-012, das sich auf die selbe Ausschreibung bezieht, die Frage der sachlichen Zuständigkeit der BRK beantwortet sei; dieses genannte zweite hängige Beschwerdeverfahren betreffend dieselbe Ausschreibung für das vorliegende Verfahren hinsichtlich der Zuständigkeit der BRK von präjudizieller Bedeutung ist und sich eine Verlängerung der Sistierung auch aus diesem Grund rechtfertigt;
- bei diesem Stand der Dinge die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis zum 22. November 2004 zu verlängern ist;

Verfügt:

1. Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens in Sachen BRK 2004-009 wird bis und mit 22. November 2004 verlängert. 2. Über die Verfahrenskosten wird im Endentscheid befunden. 3. Diese Zwischenverfügung wird der Beschwerdeführerin und den Vergabestelle schriftlich eröffnet und der Zuschlagsempfängerin mitgeteilt.

Entscheid vom 9. November 2004, BRK 2004-006

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 30. Juni 2003 schrieb die Vergabestelle einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Gegenstand der Ausschreibung war die Realisierung und Lieferung eines direkt erfassten digitalen Terrain- und Oberflächenmodells für die amtliche Vermessung und daraus automatisch abgeleiteter Waldgrenzen, wobei festgehalten wurde: „Verhandlungen bleiben vorbehalten. Es werden keine reinen Preisverhandlungen (sogenannte Abgebotsrunden) durchgeführt. Allfällige Verhandlungen dienen lediglich der ‚Bereinigung‘ der Offerten; diese können begründete Preisanpassungen nach sich ziehen“. Gemäss erstem Evaluationsbericht wurden nach Eingang der Angebote drei Offerten einer Bewertung unterzogen. Der Zuschlag wurde der X AG erteilt, während das Angebot der Y AG (pauschal 3'820'357.--) mit dem zweiten und dasjenige der Beschwerdeführerin (pauschal Fr. 3'801'540.—) mit dem dritten Rang bewertet wurde. Der im SHAB vom 6. November 2003 veröffentlichte Zuschlag an die X AG wurde mit Verfügung vom 7. Januar 2004 von der Vergabestelle widerrufen. In der Folge wurden die verbleibenden beiden Anbieterinnen mit Schreiben vom 9. Januar 2004 informiert, dass das Vergabeverfahren aus unvorhergesehenen Gründen nicht abgeschlossen werden konnte und zur Verlängerung ihrer Offerten aufgefordert. Mit Schreiben vom 3./4. Februar 2004 wurden sie je zu einer Besprechung eingeladen, wobei deren Agenda erst an diesen Sitzungen selbst bekannt gegeben wurde. In deren Verlauf wurde ihnen mitgeteilt, dass der Projektplan, insbesondere der Termin der flugzeuggestützten Datenerfassung, angepasst wurde. Dies könne Auswirkungen haben auf die Punkte Projektplan, Projektmanagement, Realisierungskonzept und Pauschalpreis der Offerten, die somit anzupassen seien. Es würden bei der erneuten Evaluation einzig Anpassungen im Zusammenhang mit dem neuen Projektplan berücksichtigt. Beide wurden gebeten, bis am 25./26. Februar 2004 ein bereinigtes Angebot einzureichen. Sowohl die Beschwerdeführerin (neu zum Pauschalpreis von Fr. 3'385'138.--) als auch die Y AG (neuer Preis Fr. 3'286'000.--) kamen dieser Aufforderung nach. Gemäss SHAB vom 21. Mai 2004 wurde der Zuschlag für die vorliegende Vergabe am 15. Mai 2004 an die Y AG erteilt. **B.** Dagegen wurde mit Eingabe vom 10. Juni 2004 Beschwerde eingereicht.

Rechtsfragen:

1. Was sind die Anforderungen an Verhandlungen? 2. Erfolgte die Bewertung rechtskonform?

Erwägungen:

1. Zu den Anforderungen an Verhandlungen (Erw. 2): Nachdem die Ausschreibung hinsichtlich Projektplan angepasst werden musste und sich Änderungen des Preises einzig auf diese terminlichen Anpassungen stützen sollten, wurde keine reine Abgebotsrunde durchgeführt und die Vergabebehörde hat nicht gegen ihre eigene Einschränkung verstossen. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Preisveränderung der Zuschlagsempfängerin auf anderem als auf der veränderten Projektplanung gründen würde. **Nachdem sich der Preis tatsächlich bei beiden Anbieterinnen in ungefähr gleichem Umfang entwickelte, hat sich eine nähere Prüfung der Begründetheit der Preisveränderungen für die Vergabebehörde nicht aufgedrängt.** Respektiert wurde auch, dass die „Ergebnisse der Verhandlungen“ zu protokollieren sind. Das Ergebnis der in Frage stehenden Verhandlung war die Aufforderung an beide, innert Frist schriftlich eine bereinigte Offerte einzureichen. Des Weiteren wurden die Protokolle unterzeichnet. Den Mindestanforderung des Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzips wurde Beachtung geschenkt, denn von den Anbieterinnen wurden anlässlich der Sitzungen vom 3./4. Februar 2004 noch keine Stellungnahmen oder verbindlichen Zusagen betreffend Anpassung der Offerten erwartet und an der fraglichen Besprechung wurde noch nicht über Angebotsbestandteile verhandelt. **2. Zur Bewertung der Zuschlagskriterien** (Erw. 3): „Anzahl Partner und Subunternehmer“: Die Begründung, weshalb die Zuschlagsempfängerin drei Punkte (Maximum) und die Beschwerdeführerin nur deren zwei erhalten hat, ist mit der grösseren Anzahl beteiligter Firmen bei der Beschwerdeführerin (4) im Vergleich zur anderen Anbieterin (2) zutreffend und genügend begründet. „Lokalisierung der Arbeiten“: Es ergibt sich, dass dieses Kriterium nicht einzig auf ausländische Anbieterinnen abzielt, sondern inländische Offerenten in gleicher Weise betrifft. Betreffend die Sachlichkeit des Kriteriums kann keine Rechtsverletzung festgestellt werden. Die Zuschlagsempfängerin führt das Datenprocessing neu in der Schweiz vor Ort durch. Die bessere Bewertung der Zuschlagsempfängerin (Maximum von 2 Punkten) aufgrund der Tatsache, dass diese die Arbeiten auf weniger Orte verteilt hat als die Beschwerdeführerin (1 Punkt), ist somit nachvollziehbar und eine Verletzung von Vergaberecht nicht dargetan. „Strategie der Lieferungen“: Die Äusserungen des Projektleiters einer früheren Vergabe sind für das vorliegende Verfahren nicht mehr als relevant anzusehen. Die Begründung der Vergabestelle zu dieser Bewertung, wonach die Zuschlagsempfängerin über eine detailliertere und aufschlussreichere Lieferstrategie verfügt hat, ist hinreichend dokumentiert. „Realisierungskonzept“: **Nachdem beide Offerten die erwartete Qualität vollumfänglich erfüllten, hat die Vergabebehörde durch die Zuweisung der maximalen Punktzahl an beide kein Bundesrecht verletzt.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und der Zuschlag bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von CHF 5'000.—werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 3. Keine Parteientschädigungen.

Entscheid vom 30. November 2004, BRK 2004-012

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 8. September 2003 unter dem Projekttitel "Partnerschaft PWLAN" einen Dienstleistungsauftrag im Bereich Fernmeldewesen im offenen Verfahren öffentlich aus. Gemäss dem in der Ausschreibung enthaltenen Aufgabenbeschrieb sucht sie einen Partner zum Aufbau und Betrieb von Public Wireless Local Area Network (PWLAN = drahtlose Breitband-Datenübertragung im öffentlichen Raum) Access Points. Der Betreiber verpflichtet sich, Standorte und Strecken gemäss Vorgaben der Vergabestelle mit PWLAN auszurüsten. Die Vergabestelle will nicht selber als Betreiberin auftreten, deshalb sucht sie eine längerfristige Partnerschaft mit einem PWLAN-Betreiber, dem sie gegen Bezahlung den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten und die Vernetzung aller Antennenstandorte anbietet. Zusätzlich besteht ein namhafter Eigenbedarf der Vergabestelle an mobiler Datenkommunikation: Zum einen soll internen und externen Mitarbeitern PWLAN zu günstigen Konditionen in Begegnungszonen und einzelnen Büros zur Verfügung stehen (Office-Bereich), zum andern hat die Vergabestelle auch das Bedürfnis nach drahtlos stationärer und mobiler Breitband-Datenkommunikation für verschiedene Anwendungen. Der Betreiber hat die Nutzung von PWLAN-Diensten für die ersten zwei Jahre zu gewähren. Am 2. Juli 2004 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die X AG. Der Zuschlag wurde im SHAB vom 14. Juli 2004 veröffentlicht. **B.** Mit Eingabe vom 3. September 2004 erhebt die Beschwerdeführerin gegen die Erteilung des Zuschlags Beschwerde bei der BRK. Sie beantragt, die Zuschlagsverfügung vom 2. Juli 2004 sei aufzuheben. Eventuell sei die Rechtswidrigkeit dieser Zuschlagsverfügung festzustellen. Subeventuell sei vorfrageweise die Nichtigkeit des Vertrages (oder der Verträge) betreffend PWLAN Dienstleistungen festzustellen und die Zuschlagsverfügung aufzuheben.

Rechtsfragen:

1. Bahnunternehmen und Telekom: Liegt eine Vergabe vor? 2. Falsche Rechtsmittelbelehrung

Erwägungen:

1. Zum Anwendungsbereich (Erw. 1): Im vorliegenden Fall sucht die Vergabestelle somit einerseits eine Partnerschaft mit einer PWLAN-Anbieterin. Dabei handelt es sich nicht um ein öffentliches Beschaffungsgeschäft, denn die Vergabestelle tritt hier nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf, sondern sie erbringt ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung (Gebühren und Umsatzbeteiligung) an einen privaten Interessenten, der als eigenständiger Betreiber der PWLAN-Dienste, die von den Kunden genützt werden können, in Erscheinung tritt. Andererseits beabsichtigt die Vergabestelle aber vom ausgewählten Betreiber für zwei Jahre PWLAN-Dienstleistungen für ihren Eigenbedarf zu beziehen. Im Bereich der Eigennutzung tritt die Vergabestelle als Kundin, d.h. als Nachfragerin von Kommunikationsdienstleistungen PWLAN gegen Entgelt auf. Der betreffende Anbieter hat zudem die Nutzung weiterer Hotspots anderer Anbieter ausserhalb des auf Standorten der Vergabestelle befindlichen PWLAN-Netzes mittels Roaming sicherzustellen. Es liegt hier unbestrittenermassen ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor. Nach Angaben der Vergabestelle besteht ein Bedürfnis nach drahtloser und mobiler Breitband-Datenkommunikation für die internen und externen Mitarbeiter, aber auch für verschiedene Bahnanwendungen (z.B. Kunden-Informationssystem, Video-Überwachung, automatische Fahrgastzählung). Die zu vergebenden Dienstleistungen stehen somit jedenfalls teilweise in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb. Es handelt sich nicht um von der Unterstellung unter das BoeB ausgenommene Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Bei PWLAN handelt es sich um Breitbandtechnologie (high bandwidth capacity), die den Benutzern die gleichzeitige Übertragung von Sprache, Daten und/oder Bildern ermöglicht. PWLAN entspricht somit der Definition in der CPC-Unterkategorie Nr. 75260. Nicht stichhaltig ist die Argumentation der Beschwerdeführerin, PWLAN sei Teil des öffentlichen Kommunikationsnetzes, weshalb es sich nicht um "private point-to-point oder multipoint network services" handle. Im Gegensatz zu WLAN (Wireless Local Area Network), d.h. einem drahtlosen lokalen Netzwerk (in der Regel innerhalb eines Gebäudes oder eines Unternehmens), handelt es sich bei PWLAN um ein öffentlich, d.h. der Öffentlichkeit, zugängliches Netzwerk, z.B. an Bahnhöfen oder Flughäfen mit stark wechselnder Kunden-Klientel. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Behauptung der Beschwerdeführerin, bei PWLAN fehle die "flexible, customer controlled network reconfiguration to accommodate changing traffic patterns", es handle sich nicht um ein dynamisches, sondern um ein starres System. Die Zuordnung der vorliegend ausgeschriebenen PWLAN-Dienstleistungen zur CPC-Kategorie 7526 bzw. 75260 "Integrated telecommunications services" erweist sich somit als zutreffend. Nicht richtig erscheint demgegenüber die Zuweisung von PWLAN zu 7523 "Data und message transmission services". **2. Rechtsmittelbelehrung** (Erw. 2): Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtsmittelbelehrung, die sowohl der öffentlichen Ausschreibung als auch der Veröffentlichung des Zuschlags beigefügt war, ableiten.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde vom 3. September 2004 wird nicht eingetreten. 2. Die Verfahrenskosten hat die Beschwerdeführerin in reduziertem Umfang von CHF 1'500.— zu tragen. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

Entscheid vom 17. Dezember 2004, BRK 2004-015 (vgl. 15. Juni 2004)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen, Ausschluss vom Verfahren

Sachverhalt:

C. Im Nachgang an den Rückweisungsentscheid vom 15. Juni 2004 (BRK 2003-032) teilte die Vergabestelle den beiden verbliebenen Konkurrentinnen mit, dass die Eignung anhand der Eignungsnachweise gemäss Ausschreibungsunterlagen erneut dargelegt werden müsse und zwar im Rahmen der Wiederholung des Evaluationsverfahrens. Der Nachweis müsse sich grundsätzlich auf den damaligen Zeitpunkt der Angebotsabgabe (Schlusstermin für die Einreichung der Angebote) beziehen. Ausnahmen bildeten bestimmte Nachweise, die aufgrund der eingetretenen Zeitverzögerung zwingend angepasst werden müssten. Sie hätten deshalb sämtliche Eignungsnachweise gemäss Pflichtenheft in der verlangten Form einzureichen. Dies tat die Beschwerdeführerin und (gemäss Angaben der Vergabestelle) auch deren Konkurrentin form- und fristgerecht. Zur erneuten Überprüfung der Frage, ob die beiden den streitigen Eignungsnachweis E7 ("3 Referenzen von einer bereits existierenden Installation der offerierten Finanzbuchhaltungssoftware in der Schweiz, die mit der vorliegenden Ausschreibung von der Komplexität [Konsolidierung] her vergleichbar sind"), zu erbringen vermögen, stellte X (im Auftrag der Vergabestelle) den von den beiden angegebenen Referenzfirmen einen umfangreichen und detaillierten Fragenkatalog zu. Alle angefragten Firmen beantworteten die Referenzanfragen. Die Vergabestelle prüfte anhand der eingegangenen Unterlagen die Eignung der Beschwerdeführerin und kam zum Schluss, dass diese den Eignungsnachweis E7 nicht erbringen könne. Auf die (gleichzeitige) Eignungsprüfung der Mitkonkurrentin verzichtete sie und verfügte am 12. Oktober 2004, dass die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen werde, da sie die Zuschlagserteilung erforderliche Eignung nicht habe.

D. Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. November 2004 Beschwerde. An der Verhandlung vom 17. November 2004 bestätigte die Vergabebehörde, dass die Eignungsprüfung der Mitkonkurrentin bis dato noch nicht vorgenommen wurde. Diese soll aus verfahrensökonomischen Gründen erst nach dem rechtskräftigen Ausschluss der Beschwerdeführerin erfolgen. Falls sich herausstelle, dass die Mitkonkurrentin wesentliche Formvorschriften nicht eingehalten habe oder ihrerseits eines oder mehrere Eignungskriterien nicht erfülle, werde das Verfahren voraussichtlich abgebrochen und ein freihändiges Verfahren nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a VoeB durchgeführt.

Rechtsfragen:

Darf die Vergabestelle die Eignung der im Beschwerdeverfahren verbliebenen Konkurrentin erst nach rechtskräftigem Ausschluss der Beschwerdeführerin prüfen (Erw. 2 b)?

Erwägungen:

Gestaffelte Eignungsprüfung: Grundsätzlich zulässig ist es auch in einem offenen Verfahren, denjenigen Anbietenden, welche die Eignungsanforderungen nicht erfüllen, den Ausschluss vom weiteren Verfahren umgehend mittels einer anfechtbaren Verfügung und nicht erst mit dem Zuschlagsentscheid zu eröffnen. Eine solche Vorgehensweise kann sich in der Tat mit verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigen. Der betroffene Anbieter, der seinen Ausschluss nicht akzeptiert, muss sich diesfalls sofort, d.h. innert der Rechtsmittelfrist, gegen seinen Ausschluss zur Wehr setzen. Ein rechtskräftig, mangels Eignung vom Verfahren ausgeschlossener Anbieter ist nicht mehr legitimiert, später den Zuschlag anzufechten. Solange der Ausschluss hingegen nicht rechtskräftig feststeht, ist der betreffende Anbieter berechtigt, nicht nur seinen Ausschluss, sondern auch den an einen Dritten erteilten Zuschlag mit Beschwerde anzufechten. Das gewählte Verfahren verstösst zwar nicht von vornherein gegen das Gleichbehandlungsgebot. Es ist auch bei einem gestaffelten Vorgehen denkbar, dass die Vergabebehörde an beide Anbieterinnen die genau gleichen Anforderungen stellt und sie nach dem genau gleichen Massstab beurteilt, sich die Vergabebehörde somit strikte an den Gleichbehandlungsgrundsatz hält (und im vorliegenden Fall das Verfahren tatsächlich abbricht, falls auch die Mitkonkurrentin die Eignungsanforderungen nicht erfüllt). Indessen wird durch die Vorgehensweise der Vergabestelle die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, zu überprüfen bzw. auf dem Rechtsmittelweg überprüfen zu lassen, ob das Gleichbehandlungsgebot auch tatsächlich eingehalten worden ist bzw. werden wird, ausgeschlossen. Ist sie erst einmal rechtskräftig vom Verfahren ausgeschlossen, hat sie keinerlei rechtlichen Möglichkeiten mehr, dagegen einzuschreiten, wenn die Vergabebehörde bei der erst später erfolgenden Eignungsprüfung der Mitkonkurrentin die Anforderungen derart lockert bzw. herabsetzt, dass sie auch von der Beschwerdeführerin erfüllt worden wären, und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Sie hat als rechtskräftig ausgeschlossene Anbieterin auch keinen Anspruch, über die Eignungsprüfung ihrer verbliebenen Konkurrentin und deren Ergebnis auf irgendeine Weise informiert zu werden. Die Eignungsprüfung als Ganzes wird, insbesondere was die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots anbelangt, damit völlig intransparent, und der Beschwerdeführerin wird die Möglichkeit entzogen, sich auf dem Rechtsweg gegen eine Ungleichbehandlung zu wehren. Das von der Vergabestelle gewählte Verfahren verstösst damit gegen den Grundsatz der Transparenz und erweist sich als nicht rechtmässig.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Ausschlussverfügung aufgehoben. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Rückerstattung Kostenvorschuss. 4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

Décision incidente du 9 février 2005, CRM 2004-016

Regeste: marché de services ; adjudication en procédure ouverte ; effet suspensif ; consultation des pièces

Attendu:

1. Que le marché concernant l'étude de l'animalerie du nouveau bâtiment « Science de la Vie » – FSV (Faculté des sciences de la vie) fut adjugé au groupement adjudicataire en date du 1^{er} novembre 2004; 2. Que l'adjudication précitée fut publiée dans la FOSC le 9 novembre 2004; 3. Qu'à l'encontre de cette décision d'adjudication, le groupement des recourantes a interjeté recours auprès de la CRM par acte du 29 novembre 2004, concluant principalement à ce que le marché en cause lui soit adjugé, subsidiairement à l'annulation de la décision entreprise et réclamant l'octroi de l'effet suspensif ainsi que la consultation des pièces du dossier; 4. Que dans le délai imparti à cet effet par courrier du 30 novembre 2004, les recourantes se sont acquittées de l'avance de frais de CHF. 2'400.–; 5. Que par courrier adressé à l'autorité intimée le 30 novembre 2004, la CRM a précisé qu'aucune mesure d'exécution ne pourrait être entreprise avant qu'il ne soit statué sur la requête d'effet suspensif; 6. Que l'autorité intimée a indiqué, par écriture du 14 décembre 2004, qu'elle ne s'opposait pas, en l'état, à l'octroi de l'effet suspensif; 7. Qu'il en va de même du groupement adjudicataire (correspondance du 15 décembre 2004 adressée à la CRM du 13 janvier 2005).

Questions juridiques:

1. Quelles sont les conditions pour obtenir l'effet suspensif et (2.) pouvoir consulter des pièces du dossier?

Considérant:

Qu'à teneur de l'art. 28 al. 1 LMP, le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique, la CRM pouvant toutefois l'accorder sur requête (art. 28 al. 2 LMP); Que dans la mesure où la LMP n'indique pas les critères à prendre en compte pour l'octroi de l'effet suspensif, il convient de se référer à la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 55 al. 1 PA et donc d'apprécier l'apparence de bien-fondé du recours, l'urgence résultant d'un risque de dommage irréparable et la pondération des différents intérêts en jeu; Qu'en l'espèce, l'intérêt des recourantes à l'octroi de l'effet suspensif est considérable, étant donné qu'à défaut la Commission ne serait pas en mesure, dans l'hypothèse de l'admission éventuelle du recours, d'annuler l'adjudication si le contrat a déjà été conclu avec le groupement adjudicataire, mais ne pourrait que se limiter à constater la violation du droit fédéral (art. 32 al. 2 OMP); **Qu'il n'a pas été fait état, dans le cas présent, d'intérêts (publics) prépondérants nécessitant une conclusion immédiate du contrat, les parties intéressées, soit le pouvoir adjudicateur et le groupement adjudicataire, ne s'étant au demeurant pas opposées à l'octroi de l'effet suspensif;** Qu'en conséquence, la pesée des intérêts se révèle *a priori* favorable aux recourantes; Que vu ce qui précède, il convient d'admettre la requête d'effet suspensif déposée par les recourantes à l'appui de leur recours du 29 novembre 2004; Que, s'agissant de la demande de consultation des pièces, le recourant a, en principe, le droit de consulter tous les actes sur lesquels se fonde la décision attaquée, étant toutefois précisé qu'une limitation du droit d'accès peut être justifiée, dans un cas d'espèce, par un intérêt public ou privé prépondérant – et en particulier la confidentialité des informations fournies par les soumissionnaires dans le cadre d'un marché public –; **Que durant la procédure de passation d'un marché public, la confidentialité des offres doit être garantie, ces offres incorporant un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires, ce qui implique que le soumissionnaire évincé ne doit avoir droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication comportant une éviction implicite de son offre;** Que dans le cadre d'une procédure de recours, l'art. 27 al. 1 let. b et al. 2 PA permet de restreindre ou de refuser la consultation de certaines pièces lorsque des intérêts privés prépondérants exigent que le secret des affaires soit sauvegardé; Qu'en l'occurrence, il convient de constater que la consultation réciproque des offres des recourantes et du groupement adjudicataire a pu avoir lieu par envoi de la CRM du 27 janvier 2005 suite à l'accord des parties intéressées en ce sens; **Qu'il convient également de permettre la consultation tant par les recourantes que par le groupement adjudicataire des pièces internes remises par le pouvoir adjudicateur, à savoir les pièces 2 à 4 du bordereau de pièces n° I (soit le rapport de la Commission d'appréciation des offres du 1^{er} novembre 2004, le mémorandum du 24 mai 2004 sur la méthode de notation des prix et le rapport de la Commission d'adjudication du 1^{er} novembre 2004) que ce dernier a remis à la CRM le 23 décembre 2004, dans la mesure où elles ne contiennent pas de secret d'affaires;** Que l'adjudicatrice n'a d'ailleurs pas fait valoir de secret d'affaires concernant ce premier bordereau, au contraire du bordereau n° II, lequel contient les offres des cinq soumissionnaires; **Qu'il n'est pas utile de communiquer la pièce n° 1 du bordereau n° I, s'agissant de l'extrait de l'appel d'offre, dont les parties ont déjà, nécessairement, eu connaissance;** Qu'il s'impose, en revanche, de rejeter la demande de consultation des offres des trois autres soumissionnaires, dans la mesure où elles contiennent clairement **des informations confidentielles**, auxquelles ni les recourantes, ni le groupement adjudicataire ne peuvent avoir accès; Que vu ce qui précède, il convient de n'admettre que partiellement la demande de consultation des pièces du dossier au sens des considérants.

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé au recours. 2. Une consultation des pièces du dossier de passation est partiellement accordée aux recourantes dans le sens des considérants. 3. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.

Décision incidente du 10 février 2005, CRM 2004-017 (Entscheid: 8.9.05)

Regeste: marché de services; adjudication en procédure sélective; effet suspensif; consultation des pièces

Attendu:

1. Que le marché concernant la transformation de la gare de Genève Cornavin fut adjugé au Team X par les adjudicataires en date du 4 novembre 2004 ; 2. Que l'adjudication précitée fut publiée dans la FOSC le 19 novembre 2004; 3. Qu'à l'encontre de cette décision d'adjudication, le groupement Team 3 a interjeté recours auprès de la Commission de recours ou de céans par acte du 6 décembre 2004, concluant entre autres à ce que le marché en cause lui soit adjugé, et, au titre de mesures préalables, à l'octroi de l'effet suspensif, à la consultation partielle du dossier de passation du marché (offre du groupement adjudicataire ; rapports d'évaluation des experts ; rapports de la société Y pour l'analyse du critère économique et du bureau Z pour les concepts de structures et génie civil et CVSE), ainsi qu'à la possibilité de compléter ses écritures après avoir eu connaissance des pièces requises ; 4. Que dans le délai, le recourant s'est acquitté de l'avance de frais de CHF 3'500.- ; 5. Que, par courrier adressé à l'autorité intimée à la même date, la CRM a précisé qu'aucune mesure d'exécution ne pourrait être entreprise avant qu'il ne soit statué sur la requête d'effet suspensif ; 6. Que l'autorité intimée a indiqué qu'elle acceptait la demande d'effet suspensif déposée par le recourant et qu'un accord était intervenu entre parties sur les mesures d'instruction sollicitées par le recourant, à savoir la consultation partielle du dossier en cause ; 7. Que le groupement adjudicataire, par l'intermédiaire de ses conseils, MM A et B, a déclaré également ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif ; 8. Que suite aux réponses déposées par les M, de même que par le groupement adjudicataire le 13, respectivement 17 janvier 2005, la CRM a invité le recourant à déposer sa réplique dans un délai échéant le 15 février 2005.

Questions juridiques:

1. Quelles sont les conditions pour obtenir l'effet suspensif et (2.) pouvoir consulter des pièces du dossier?

Considérant:

1. Effet suspensif: Qu'à teneur de l'art. 28 al. 1 LMP, le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique, la CRM pouvant toutefois l'accorder sur requête; Que dans la mesure où la LMP n'indique pas les critères à prendre en compte pour l'octroi de l'effet suspensif, il convient de se référer à la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 55 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative et donc d'apprécier l'apparence de bien-fondé du recours, l'urgence résultant d'un risque de dommage irréparable et la pondération des différents intérêts en jeu; Que cette pondération des intérêts devant permettre de vérifier si les raisons qui parlent en faveur d'une exécution immédiate de la décision l'emportent sur celles commandant un maintien en l'état de la situation antérieure à la décision jusqu'à droit connu, il faut prendre en compte les intérêts du recourant, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels, ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment des autres participants au processus de passation du marché; Qu'eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts, de même que l'apparence du bien-fondé du recours ne peuvent se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier; Qu'en l'espèce, l'intérêt du recourant à l'octroi de l'effet suspensif est considérable, étant donné qu'à défaut la CRM ne serait pas en mesure, dans l'hypothèse de l'admission éventuelle du recours, d'annuler l'adjudication si le contrat a déjà été conclu avec le groupement adjudicataire, mais ne pourrait que se limiter à constater la violation du droit fédéral; Qu'il n'a pas été fait état, dans le cas présent, d'intérêts (publics) prépondérants nécessitant une conclusion immédiate du contrat, les parties intéressées, soit le pouvoir adjudicateur et le groupement adjudicataire, ne s'étant au demeurant pas opposées à l'octroi de l'effet suspensif; **Qu'en conséquence, la pesée des intérêts se révèle a priori favorable au recourant;** Que vu ce qui précède, il convient d'admettre la requête d'effet suspensif déposée par le recourant à l'appui de son recours du 6 décembre 2004; **2. Consultation du dossier:** Que s'agissant de la demande de consultation des pièces, celle-ci est désormais sans objet vu l'accord réciproque des parties, aux termes duquel le groupement adjudicataire a accordé au recourant la consultation de son offre et inversement; Que les X ont, quant à eux, remis tant au recourant qu'au groupement adjudicataire un double des bordereaux produits à ce jour auprès de la CRM concernant le dossier de passation du marché en cause, savoir les bordereaux n° I et II, lesquels comprennent entre autres les divers rapports d'évaluation expressément demandés par le recourant; Qu'il n'est pas utile de remettre en consultation les bordereaux n° III et IV, lesquels ne contiennent que les offres du groupement adjudicataire et du recourant, vu l'accord précité; Qu'enfin, la conclusion du recourant portant sur la possibilité de compléter son recours est également sans objet, dans la mesure où la possibilité lui a été donnée de déposer une réplique en conformité de l'art. 57 al. 2 PA dans un délai échéant le 15 février 2005, ce qui lui permet ainsi de se déterminer sur les observations déposées par les autres parties, d'une part, et de compléter son recours sur la base des pièces dont il a eu connaissance, d'autre part.

Décision:

1. L'effet suspensif est accordé au recours. 2. Les demandes de consultation des pièces du dossier et de dépôt d'un mémoire complémentaire sont considérées comme étant devenues sans objet. 3. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale. 4. Notification.

Zwischenentscheid vom 15. Februar 2005, BRK 2005-002 (vgl. 30.5.05)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, vorsorgliche Massnahmen, Akteneinsicht

Nach Einsicht in:

- die im SHAB vom 14. Dezember 2004 veröffentlichte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 8. Dezember 2004, gemäss der die X sowie die Y für den öffentlich ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag (Beizug von Experten für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrollen im öffentlichen Verkehr) berücksichtigt worden sind;
- die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 17. Januar 2005 gegen diese Verfügung, in der in prozessualer Hinsicht der Antrag gestellt wird, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem Beschwerdeführer sei Einsicht in die Akten zu gewähren;
- das Schreiben des Präsidenten der BRK vom 17. Januar 2005, mit welchem der Vergabestelle unter superprovisorischer Erteilung der aufschiebenden Wirkung Frist zur Einreichung der Vernehmlassung angesetzt wurde;
- die Stellungnahme der Y vom 26. Januar 2005;
- das Schreiben der X vom 28. Januar 2005, in dem diese den Verzicht auf die Einreichung einer Vernehmlassung erklären;
- die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 8. Februar 2005 mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, sowie dem Vorschlag einer Übergangslösung während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens;

Rechtsfragen:

Aufschiebende Wirkung (Beschränkung auf Teilbereich) und Akteneinsicht

in Erwägung, dass:

- die Vergabestelle sich dem Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht eigentlich widersetzt, indes eine Übergangslösung in dem Sinn vorschlägt, als ihm die Erlaubnis zu erteilen sei, im freihändigen Verfahren einen Vertrag abzuschliessen mit demselben Inhalt, der auch dem Ausschreibungsverfahren zugrunde liege, jedoch wertmässig auf Fr. 50'000.—begrenzt und auf den Zeitpunkt befristet sei, an dem die BRK in der Sache über die vorliegende Beschwerde entschieden haben werde; zur Begründung vorgebracht wird, dass das Risiko bestehe, dass aufgrund einer nicht durchgeführten Inspektion ein Mangel nicht entdeckt werden und zu einem Unfall führen könnte; auch die Y darauf hinweist, dass durch einen vollständigen Aufschub des Beginns der Wagenprüfungen Menschen und Umwelt zu schaden kommen oder einer vermeidbaren Gefährdung ausgesetzt sein könnten;
- die Interessenlage und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es unter Umständen rechtfertigen lassen, statt einer vollständigen Gewährung der aufschiebenden Wirkung auf eine für die Verwaltung weniger einschneidende Massnahme im Sinne von Art. 56 VwVG zu erkennen und z.B. einen ganz spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen; ein Vertragsabschluss mit der berücksichtigten Anbieterin für diesen Teilbereich indessen nur insoweit in Betracht kommen kann, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrages zukommen darf;
- es vorliegend namentlich aufgrund der erwähnten Gefahr für die Sicherheit von Menschen angezeigt ist, mit dem Beginn der Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrollen nicht bis zum Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zuzuwarten und die Vergabestelle daher zu ermächtigen ist, mit der X und der Y einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.—nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheids im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen; dieser im Sinne einer Übergangslösung wertmässig und zeitlich begrenzte Vertrag den Entscheid über die definitive Vergabe weder massgeblich beeinträchtigt noch präjudiziert;
- im Übrigen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen ist;
- ein solches Vorgehen vorliegend sowohl dem Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers als auch dem Interesse der Vergabebehörde und jenem der X und der Y ausreichend gerecht zu werden vermag;
- die Vergabestelle sich in seiner Vernehmlassung nicht gegen die beantragte Akteneinsicht ausspricht;
- dem Beschwerdeführer das Akteneinsichtsrecht in dem Sinn zu gewähren ist, als ihm sowie der X und der Y eine Kopie der Unterlagen betreffend Auswertung der Offerten durch die Vergabestelle auszuhändigen sind; ohne Zustimmung der Betroffenen dagegen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten besteht;

verfügt:

1. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme wird die Vergabestelle ermächtigt, mit der X und der Y einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.—nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheides im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen; im Übrigen wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Dem Beschwerdeführer, der X und der Y werden je eine Kopie der Unterlagen betreffend Auswertung der Offerten durch die Vergabestelle zugestellt. 3. Dem Beschwerdeführer wird eine Frist bis spätestens 4. März 2005 angesetzt, um zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 8. Februar 2005 sowie zur Eingabe der Y vom 26. Januar 2005 Stellung zu nehmen. 4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.

Entscheid vom 11. März 2005, BRK 2004-010/011

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren)

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 29. September 2003 zwei Bauaufträge (je Planung und Ausführung) im selektiven Verfahren öffentlich aus. In der als Präqualifikation bezeichneten ersten Stufe hatten die Bewerber ihre generelle Eignung zur Ausführung des Auftrags glaubhaft darzulegen und mit Referenzauskünften überprüfen zu lassen. Zu erfüllen waren gemäss Ausschreibung die Eignungskriterien: 1. Fachliche Kompetenz, Referenzen, Erfahrung bei vergleichbar komplexen Projekten, insbesondere Bauen unter Eisenbahnbetrieb; 2. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; 3. Qualifikation der Schlüsselpersonen in Projektmanagement, Projektierung und Ausführung; 4. Dem Umfang der Aufgabe entsprechende Organisation des GU. Die Beschwerdeführerin wurde für beide Aufträge selektioniert und reichte entsprechende Angebote ein. In der zweiten Stufe (Angebotsphase) war anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Die Anbietenden hatten hierfür auf separaten Angebotsformularen je ein technisches und ein kommerzielles Angebot einzureichen. Die Qualität des technischen Angebots wurde u.a. aufgrund eines Kriteriums „I. Personelle und technische Leistungsfähigkeit“ beurteilt. Die Maximalpunktzahl lag bei 400 Punkten. Diejenigen (technischen) Angebote, die den Qualitätslevel von mindestens 200 Punkten erreichten, wurden anschliessend einer wirtschaftlichen Prüfung unterzogen. Die Beschwerdeführerin, deren technisches Angebot bei beiden Beschaffungen mit lediglich 90 Punkten (d.h. als technisch bzw. qualitativ ungenügend) erhielt, wurde nicht mehr auf die Wirtschaftlichkeit geprüft. Die Wirtschaftlichkeit beurteilte sich nach den folgenden Kriterien: I. Gesamtpreis (Grundangebot und Varianten, Basis NPV Zins 5%); II. Konditionen für Regiearbeiten; III. Option 1: Bauzeitverlängerung um 6 Monate. Am 19. Juli 2004 erteilten die Vergabestelle die Zuschläge und teilten mit Schreiben vom 21. Juli 2004 der Beschwerdeführerin mit, dass ihre 2 Angebote aus qualitativen Gründen nicht hätten berücksichtigt werden können. Die beiden Zuschläge wurden im SHAB am 26. Juli 2004 veröffentlicht. **B.** Mit Eingabe vom 16. August 2004 wurde Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

1. Abgrenzung Eignungs- und Zuschlagskriterien. 2. Bewertungsermessen der Vergabestelle beim Zuschlag.

Erwägungen:

1. Zur Abgrenzung (Erw. 2 f.): Die bisherige Praxis der BRK zur klaren Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien steht einer Berücksichtigung, ob und inwieweit Sachverhalte, die sich auf die Organisation, das Personal und allgemein auf die fachlichen und technische Leistungsfähigkeit der Anbietenden beziehen, im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen, nicht entgegen. Der Umstand, dass die Schlüsselpersonen sowohl für die Präqualifikation als auch bei der Bewertung im Hinblick auf den Zuschlag von Bedeutung waren, vermag keine unzulässige Doppelprüfung zu begründen. Es liegt in der Natur der Sache, dass dem bei einem Anbieter beschäftigten Schlüsselpersonal nicht nur für die Frage der grundsätzlichen Eignung, sondern auch im Hinblick auf die im Fall der Auftragsvergabe zu erwartende Qualität der Arbeitsleistungen eine wesentliche Bedeutung zukommt. Daher erscheint es ohne weiteres zulässig, das konkret für den Einsatz vorgesehene Personal und dessen Kompetenz auch im Rahmen der Zuschlagskriterien zu beurteilen. In Bezug auf das Kriterium "Qualitätsmanagement" ist festzustellen, dass im Rahmen der Präselektion der Nachweis eines unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements zu erbringen war. Der Beurteilung des technischen Angebots hingegen wurde ein vom Anbieter – aufbauend auf den unternehmensbezogenen QM-Systemen - für den konkreten Auftrag ausgearbeitetes projektbezogenes Qualitätsmanagement zugrunde gelegt. Auch hier sind somit klarerweise unterschiedliche, wenn auch verwandte Gesichtspunkte beurteilt worden. **2. Zum Ermessen** (Erw. 4): Die Beschwerdeführerin ist in weiten Teilen nur ungenügend auf die in den Unterlagen klar kommunizierten Anforderungen und Vorgaben eingegangen. Dass diese Anforderungen und Vorgaben von den Offerenten durchaus erfüllbar waren, zeigen die Angebote der übrigen vier präqualifizierten Anbieterinnen. Namentlich im Vergleich mit den Angeboten der beiden Zuschlagsempfänger erweist sich die Auseinandersetzung der Beschwerdeführerin mit den beiden Bauprojekten als rudimentär und oberflächlich vorgenommen. Unter diesen Umständen hatte die Vergabestelle keinerlei Veranlassung, ihr die Möglichkeit zur Nachbesserung ihrer qualitativ grossenteils ungenügenden technischen Angebote einzuräumen. Dadurch hätte die Vergabestelle - wie sie zu Recht vorbringt - die Beschwerdeführerin im Vergleich zu den übrigen Anbieterinnen unzulässig bevorteilt und damit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen. Die Nichtberücksichtigung der beiden technischen Angebote für das weitere Verfahren (Prüfung der kommerziellen Angebote) ist aufgrund der vorliegend zur Verfügung stehenden Akten, insbesondere der beiden technischen Angebote der Beschwerdeführerin, und der Ausführungen der Verfahrensbeteiligten ohne Weiteres nachzuvollziehen und stellt keine Verletzung des der Vergabestelle zukommenden Ermessensspielraums und des Anspruches auf Gleichbehandlung dar.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Zuschläge werden bestätigt. 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Keine Parteientschädigungen.

Entscheid vom 11. März 2005, BRK 2004-014

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 17. Juni 2004 schrieb die Vergabestelle den Lieferauftrag für zwei Lasergravieranlagen im offenen Verfahren aus. Varianten waren nicht erlaubt. Als Zuschlagskriterien werden in den Unterlagen genannt: 1. Den Anforderungen der Ausschreibung muss in juristischer, kaufmännischer, funktionaler und technischer Hinsicht entsprochen werden; 2. Preis-Leistungsverhältnis, inklusive Lebenswegkosten der Geräte; 3. Leistungsfähiges Unternehmen mit Serviceorganisation für die Schweiz; 4. Implementierte und im Angebot entsprechend dokumentierte Qualitätssicherungssysteme. Leistungsbestandteil war ein „Fokussiersystem zur Ermittlung und Einstellung der Z-Achse“. Die Vergabestelle führte nach Offertöffnung (mittels der Punkte im Pflichtenheft) eine technische Auswertung durch. Bei einzelnen Anbietern folgte ein Gravurtest, wobei bei der (zuerst besuchten) Zuschlagsempfängerin der Zusatznutzen einer integrierten Kamera erkannt wurde. Deshalb wurden alle zum Gravurtest Eingeladenen angefragt, ob sie diese zusätzliche Einstellhilfe anbieten würden. Schliesslich folgte eine Stärken-Schwächen-Analyse zweier verbleibenden Offerten. Gemäss SHAB vom 1. Oktober 2004 wurde der Zuschlag am 28. September 2004 erteilt. **B.** Mit Eingabe vom 13. Oktober 2004 wurde Beschwerde erhoben. Sinngemäss wird die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung beantragt. In der Vernehmlassung beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei mangels ausformulierten Begehrens nicht einzutreten, eventualiter sei sie kostenfällig abzuweisen.

Rechtsfragen:

1. Darf die ausgeschriebene Leistung nach Offertöffnung noch abgeändert werden? 2. Was sind die Anforderungen an Evaluationsbericht und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien?

Erwägungen:

1. Zur Leistungsabänderung (Erw. 2): Eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung nach Offertöffnung ist unzulässig, wenn damit ein einzelner Bewerber einen erheblichen Vorteil erfährt. Bei der Prüfung der Offerten ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Wie bemerkt, wären nach Offertöffnung grundsätzlich nur im Rahmen von Verhandlungen Änderungen des Gegenstandes der Ausschreibung möglich gewesen. Vorliegend wurden jedoch keine Verhandlungen geführt. Dass die Vergabestelle nachträglich eine integrierte Kamera gefordert hat, hat sich zudem klar zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgewirkt, welche genau dieses Kamerasystem (freiwillig) bereits in der Offerte als Option angeboten hat und anlässlich der Tests auch vorführen konnte, während die Beschwerdeführerin erst anlässlich der Tests bei der Dr. X AG mit dieser Forderung konfrontiert worden ist. Die Leistungsänderung bzw. -erweiterung hatte offensichtlich ihre Ursache ausschliesslich im konkreten Angebot der Konkurrentin und nicht etwa in eigenen neuen Erkenntnissen der Vergabebehörde betreffend den Beschaffungsgegenstand. Durch die Änderung des Leistungsinhaltes hat die Zuschlagsempfängerin einen erheblichen Vorteil erfahren und das Vorgehen der Vergabestelle war auch unter diesem Gesichtspunkt unzulässig. Die beschriebene Änderung der ausgeschriebenen Anlage nach Offertöffnung erweist sich als vergaberechtswidrig und widerspricht namentlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz. **2. Zur Bekanntgabe** (Erw. 3): Die von der Vergabebehörde in den Unterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien sind sehr offen formuliert; dies gilt vor allem für das erste und zweite. Ihre Absicht, alle Punkte des Pflichtenheftes zu Zuschlagskriterien zu erheben, hätte sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen klarstellen müssen. Weiter hat sie die Kriterien in der technischen Bewertung relativ gewichtet und ihnen unterschiedliche Bedeutung beigemessen, ohne dies den Anbietern im Voraus zur Kenntnis zu bringen. Es widerspricht jedoch dem Vergaberecht, mithin dem Transparenzprinzip, die Zuschlagskriterien erst im Rahmen der Evaluation, allenfalls nachdem vom Inhalt der Offerten Kenntnis genommen worden ist, herauszubilden. Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzprinzips lässt der Stärken-Schwächen Vergleich auch abgesehen davon, dass nicht bekannt gegebene Kriterien verwendet wurden, zu wünschen übrig. Die Bewertung mit Plus, doppeltem Plus, Minus, doppeltem Minus und Neutral ist reichlich vage. Die Gewichtung der verschiedenen Kriterien ist nicht bekannt. Das Resultat ist nicht rechnerisch ausgewiesen und ist aufgrund der genannten Mängel nicht genügend nachvollziehbar bzw. nachprüfbar. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vergabestelle durch die vage Formulierung der Bewertungskriterien und die Nichtbekanntgabe der einzelnen in der technischen Bewertung und im Stärken-Schwächen Vergleich verwendeten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung den vergaberechtlichen Anforderungen an die Offenlegung der Zuschlagskriterien nicht Genüge getan hat. Die Bekanntgabe der verwendeten Kriterien wäre ihr zudem ohne weiteres zumutbar gewesen; es ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht in der Lage sein sollte, die Zuschlagsinklusive Subkriterien zum Voraus festzulegen, wenn sie dasselbe im Zusammenhang mit der Offertevaluation tun kann. Ebenso mangelt es – namentlich aufgrund der unklaren Gewichtung - an einem genügenden Evaluationsbericht. Nachdem die Pflicht zur Offenlegung der Zuschlagskriterien formeller Natur ist, müsste der Zuschlag unabhängig davon aufgehoben werden, ob der formelle Fehler einen Einfluss auf die Zuschlagserteilung hatte.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigungen.

Décision incidente du 17 mars 2005, CRM 2005-003

Regeste: marché de fournitures ; adjudication en procédure ouverte ; effet suspensif ; consultation du dossier

En fait:

A. Le 31 août 2004, l'adjudicatrice publia dans la FOSC un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, concernant l'acquisition d'un système informatique. Par décision du 14 décembre 2004, publiée dans la FOSC du 3 janvier 2005, l'adjudicatrice adjugea le marché. **B.** Par mémoire du 24 janvier 2005, la recourante a formé recours contre cette décision. Elle y allègue une violation de l'art. 21 LMP en ce sens que l'adjudicataire ne remplirait pas l'ensemble des critères impératifs d'adjudication ressortant de l'appel d'offres. Elle fait également valoir à ce titre une violation du pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice, en raison notamment du fait qu'elle aurait dû tenir compte, dans son évaluation, de cette circonstance. **D.** Par réponse l'adjudicataire a conclu au rejet pur et simple des requêtes provisionnelles. Il s'est notamment opposé formellement à l'octroi de l'effet suspensif, estimant, d'une part, que le recours déposé était manifestement mal fondé et, d'autre part, que la pesée des intérêts devait nécessairement s'effectuer en sa faveur. Il refuse également toute consultation de son offre par la recourante, de même que tout ou partie du rapport d'évaluation établi par l'adjudicatrice concernant son offre, dans la mesure où il contient des informations commerciales confidentielles protégées par le secret des affaires. L'adjudicatrice s'est également opposée à l'octroi de l'effet suspensif, au motif que le recours serait manifestement dépourvu de chances de succès et que l'intérêt public à une réalisation rapide du marché primerait sur l'intérêt privé de la recourante compte tenu notamment d'une situation d'urgence ne pouvant lui être imputée. Dite autorité s'oppose enfin à l'octroi d'un délai de réplique compte tenu de l'urgence que présente l'exécution immédiate du marché. En ce qui concerne la consultation du dossier de passation du marché, l'adjudicatrice ne s'y oppose que partiellement, en ce sens qu'il entend protéger la confidentialité des offres déposées à ce jour. Il accepte ainsi la consultation partielle du seul rapport d'évaluation du 9 décembre 2004. La recourante n'a ainsi eu accès qu'aux données la concernant.

Questions juridiques:

1. Effet suspensif. 2. Droit de consulter le dossier.

En droit:

1. Effet suspensif (cons. 2): L'on retiendra que le milieu informatique évolue à grande vitesse. Le projet étant en outre de grande envergure, il a nécessité la mise en place d'une organisation importante préalablement à la procédure proprement dite de mise en concours. Aussi, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce et le risque important encouru par un grand nombre de chercheurs en Suisse de se retrouver sans infrastructures suffisantes pour mener à bien leurs recherches et procéder aux publications nécessaires y relatives, s'impose-t-il pour la CRM de ne pas aggraver le risque ainsi encouru en accordant l'effet suspensif. Au vu de l'intérêt public en cause et des circonstances de l'espèce, le seul fait que l'état d'urgence dans lequel se trouve l'autorité intimée puisse lui être partiellement imputable ne doit pas conduire à une application stricte du principe « *nemo auditur* ». Les risques de préjudice importants encourus par un grand nombre d'utilisateurs des infrastructures – ces utilisateurs poursuivant en particulier un intérêt public évident de formation et de recherche scientifique – revêtent un caractère prépondérant au regard des intérêts de nature purement économique ou commerciale de la recourante. Il résulte ainsi d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de faits tel qu'il ressort des pièces du dossier, que la pesée des intérêts doit être effectuée en faveur de l'autorité intimée. **2. Consultation dossier** (cons. 3): En l'espèce, la recourante fait valoir deux griefs principaux, l'un ressortant de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, sur lequel la CRM ne devrait pouvoir se pencher qu'avec une grande retenue, et le second en relation avec la violation par l'autorité intimée de l'art. 21 LMP, l'adjudicataire ne réalisant pas, selon ses allégations, deux des critères impératifs d'adjudication. La recourante ne sollicitant pas, à juste titre, la consultation de l'offre de l'adjudicataire, celle-ci contenant manifestement des informations confidentielles devant être protégées par le secret d'affaires. Il sied en outre de relever que, vu les griefs invoqués, seule la partie de l'offre concernant la réalisation aurait pu être mise en consultation. **Il s'agirait toutefois pour l'adjudicataire de dévoiler partie des spécificités techniques du système informatique tel que proposé, lesquelles sont clairement protégées par le secret d'affaires.** S'agissant du seul rapport d'évaluation, l'on constate que la recourante a pu en prendre connaissance partiellement, à tout le moins en tant qu'il porte sur l'évaluation de son offre. En ce qui concerne l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire, il n'est pas utile d'en permettre la consultation en partie pour les mêmes raisons que précédemment invoquées, mais également en raison du fait que la recourante a pu accéder à l'essentiel des informations par le courrier responsif de l'autorité intimée du 12 janvier 2005. La recourante a ainsi eu accès de manière indirecte aux données pertinentes permettant de comprendre l'évaluation effectuée tant de son offre que de l'offre de l'adjudicataire.

Décision:

1. La requête d'effet suspensif est rejetée. 2. La demande de consultation des pièces du dossier est rejetée au sens des considérants. 3. La recourante a la faculté de se prononcer sur les mémoire-réponses dans un délai échéant le 15 avril 2005. 4. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.

Entscheid vom 29. März 2005, BRK 2004-018

Regeste: Mangel in der Ausschreibung; zulässiger Beschwerdegrund; Nichteintreten

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 19. August 2004 einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel „PISA 2006 – Kodierung und Datenerfassung“ im offenen Verfahren aus. In der Ausschreibung findet sich unter dem Titel „Andere Informationen“ folgende Wortlaut: „Geschäftsbedingungen: Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge. Aus logistischen Gründen und Gründen des Datenschutzes müssen die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden.“ Auch die Beschwerdeführerin forderte am 27. August 2004 die Ausschreibungsunterlagen an. Am 1. Oktober 2004 wurde den Interessenten der Katalog mit den eingegangenen Fragen und den zugehörigen Antworten per E-Mail zugesendet. Im Fragen und Antworten-Katalog vom 1. Oktober 2004 findet sich folgende Frage: „Dürfen ausländische Mitarbeiter unserer ausländischen Tochtergesellschaft für die Datenerfassung eingesetzt werden?“ Zugehörige Antwort: „Wenn folgende Voraussetzungen erfüllt werden: Die Datenerfassung findet in der Schweiz statt./Die Mitarbeiter erhalten für die beschriebene Arbeitsperiode einen Arbeitsvertrag, der den Bestimmungen des Schweizerischen Arbeitsgesetzes (ArG) sowie des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) zugrunde liegt./Sehr gute Deutschkenntnisse.“ Innter Frist gingen bei der Vergabestelle 5 Angebote ein, wobei die Beschwerdeführerin keine Offerte einreichte. Am 30. November 2004 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag (veröffentlicht im SHAB vom 16. Dezember 2004). **B.** Gegen diesen wurde Beschwerde erhoben und beantragt, das Ergebnis der Ausschreibung sei nichtig zu erklären und das Vergabeverfahren in solcher Form erneut durchzuführen, dass daran ausländische Bieter gegenüber inländischen ohne Benachteiligung teilnehmen können.

Rechtsfragen:

Verwirkung des Anfechtungsrechts und Voraussetzungen für die Nichtigkeit einer Ausschreibung (Erw. 2 f.)?

Erwägungen:

Die fragliche Anforderung ergibt sich nach objektiver Betrachtungsweise bereits aus der Formulierung der Ausschreibung, wonach „die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen“. Die Bedeutung und Tragweite dieser „Geschäftsbedingung“ war für die Interessenten durchaus erkennbar. Insbesondere konnte sich die von der Beschwerdeführerin gerügte Rechtswidrigkeit bereits aus dieser Anordnung in der Ausschreibung selbst ergeben. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass die fragliche Passage der Ausschreibung zu wenig bestimmt war, so dass die Bedeutung erst aufgrund des Frage und Antworten-Katalogs erkennbar geworden wäre. Aus ihr ergibt sich, dass der Dienstleistungsauftrag zwei Aufgabenbereiche erfasste, nämlich die Kodierung und die Erfassung der Antworten des Testmaterials. Dass mit dem Begriff „die Arbeiten“ die Datenerfassung ebenso gemeint war, ist mühelos ersichtlich. Die Anordnung war somit ausreichend bestimmt, um gemäss Rechtsprechung zu verlangen, dass die fragliche Rüge unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht wird und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Diese Verpflichtung ergibt sich ebenfalls aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher auch die Anbieter bindet. Die Beschwerdeführerin verhält sich treuwidrig, wenn sie vorerst eine ihrer Meinung nach rechtswidrige Ausschreibungsanforderung unangefochten lässt, obwohl sie den geltend gemachten Mangel ohne Weiteres bereits hätte erkennen können, und sodann erst im Rahmen des Zuschlags Beschwerde erhebt mit der Begründung, die fragliche Anforderung sei unzulässig. Vorbehalten bleibt die Frage einer allfälligen Nichtigkeit. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn sich aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels eine Nichtigkeit ergibt. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel nur zu deren Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit. Vorausgesetzt wird ein schwerwiegender Rechtsfehler wie schwere Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler oder gravierende inhaltliche Mängel. Weiter muss der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich. Das GPA und das BoeB verpflichten die Beschaffungsstellen, die Anbieter in gerechter und nichtdiskriminierender Weise auszuwählen und halten ausdrücklich die Gleichbehandlung der Anbieter fest. Anbieter aus Vertragsstaaten dürfen gegenüber Anbietern aus andern Vertragsstaaten nicht diskriminiert werden. Zur Begründung der Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung müssten diese Grundsätze jedoch in schwerwiegender Weise verletzt worden sein. Gerade bei inhaltlichen Fehlern ist die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen mit ausserordentlich schwer wiegenden Mängeln zu bejahen. In der vorliegenden zur Diskussion stehenden Ausschreibungsanforderung ist keine solche schwere Verletzung des Gleichbehandlungsgebots oder des Diskriminierungsverbotes zu sehen, so werden ausländische Anbieter insbesondere nicht generell ausgeschlossen, es wird von ihnen „nur“ verlangt, dass sie die Datenerfassung in der Schweiz ausführen. Ob die fragliche Bestimmung in der Ausschreibung die genannten Prinzipien verletzt, kann offen bleiben, die Ausschreibungsverfügung kann aufgrund des geltend gemachten Mangels jedenfalls nicht als nichtig bezeichnet werden.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 1'000.-- hat die Beschwerdeführerin zu tragen. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

Entscheid vom 14. April 2005, BRK 2005-001 (vgl. 15. Februar 2005)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 21. Mai 2004 schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel "Los 151, Tunnel Erstfeld" den Auftrag für die Tunnelbauarbeiten (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustelle, Bauarbeiten für Tiefbau, Arbeiten für spezialisierte Bauunternehmen) im offenen Verfahren öffentlich aus. In der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1-5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 (Termingewährleistung der Bauzeit: 40%), 2 (Baustellenorganisation: 30%), 3 (Arbeitssicherheit: 15%) und 4 (Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit: 5%) gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die ARGE A. bestehend aus der P. (A-Wien), der W. (vereinigt mit D., D-Aschheim/München) und der P. Suisse AG, reichte am 19. Oktober 2004 fristgerecht eine Offerte für die Tunnelbauarbeiten ein. Vorgesehen waren folgende Beteiligungen (in %): P. 50%, W. 45%, P. Suisse AG 5%. In Bezug auf die Organisation bzw. das Führungspersonal war vorgesehen, dass die W. den technischen Leiter sowie einen der beiden Baustellenleiter stellen würde. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 teilte die Vergabestelle der ARGE A. mit, dass sie im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt werden könne, da sie weder den in den Kriterien 1 und 2 geforderten Mindestwert von 3.0 Punkten noch den geforderten Zielwert von 360 Punkten erreicht habe. **B.** Mit Eingaben vom 11./21. Januar 2005 erheben die P., W. und die P. Suisse AG Beschwerde. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Mit Schreiben vom 1. Februar 2005 teilen die Beschwerdeführerinnen mit, dass die W. AG gleichentags in Deutschland Insolvenz angemeldet habe.

Rechtsfragen:

1. Aufschiebende Wirkung? 2. Akteneinsicht?

Erwägungen:

1. Zur aufschiebenden Wirkung (Erw. 3): Es stellt sich vorab die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen überhaupt noch beschwerdelegitimiert sind. Das nachträgliche Ausscheiden eines Konsortianten einer Arbeitsgemeinschaft stellt nämlich eine wesentliche Änderung des Angebots dar. Das Angebot umfasst nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem bestimmten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbietet es daher, eine Anbietergemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder Austausch einzelner ihrer Mitglieder. Das Ausscheiden eines Konsortianten hat damit zur Folge, dass die Legitimation der übrigen Gesellschafter zur Anfechtung des Vergabeentscheides entfällt. Denn diese könnten selbst bei einer Gutheissung der Beschwerde allein nicht den Zuschlag erhalten, weil sie allein keine Offerte eingereicht haben. **Angesichts einer Beteiligung an der ARGE zu 45% hat das Ausscheiden der W. in jedem Fall eine erhebliche Veränderung des Angebots zur Folge, müsste deren Leistungsanteil doch durch die beiden verbleibenden Gesellschafterinnen übernommen werden, was ohne eine - jedenfalls teilweise - nachträgliche Anpassung des Angebots, z.B. beim Schlüsselpersonal, nicht möglich ist. Mithin stellt nicht nur das Ausscheiden der W. als solches eine unzulässige nachträgliche Offertänderung dar, sondern das ursprüngliche technische Angebot müsste überdies überarbeitet und an die geänderten Verhältnisse angepasst werden, um anhand der Zuschlagskriterien (neu) bewertet werden zu können.** Aus diesem Grund kommen die Beschwerdeführerinnen auch für den Fall, dass sich ihre gegen den Ausschluss erhobene Beschwerde als begründet erweisen sollte, für den Zuschlag nicht mehr in Frage. **2. Zur Akteneinsicht** (Erw. 4): Dem Gesuch ist stattzugeben, was die Auswertung ihres eigenen Angebots und auch das Eröffnungsprotokoll sowie die Vollmacht betrifft. Hingegen sind sämtliche Unterlagen betreffend die Bewertung der übrigen Angebote anhand der Zuschlagskriterien sowie die den betreffenden Anbietern zugestellten Fragekataloge auszunehmen. Sie enthalten einerseits geschützte Informationen und sind andererseits für die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen zu Recht von der weiteren Evaluation ausgeschlossen worden sind, grundsätzlich unerheblich. Letzteres gilt auch für das Eröffnungsprotokoll (finanzielle Angebote). Insofern kommt den Beschwerdeführerinnen kein schützenswertes Interesse an einer Einsichtnahme in diese Unterlagen zu. Im Übrigen handelt es sich bei den von der Vergabestelle eingereichten Beilagen 1 – 29 und 41 ausschliesslich um Aktenstücke, von deren Inhalt die Beschwerdeführerinnen entweder bereits Kenntnis haben oder die nicht das vorliegende Vergabeverfahren betreffen (und überdies teilweise vertrauliche Informationen enthalten).

Entscheid:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Wegfall der superprovisorischen Wirkung). Der Vergabestelle ist es gestattet, das Vergabeverfahren ohne die Beschwerdeführerinnen weiterzuführen. 2. Dem Akteneinsichtsgesuch wird nur in Bezug auf bestimmte Beilagen zur Vernehmlassung entsprochen. 3. Den Beschwerdeführerinnen wird eine Frist bis zum 6. Mai 2005 angesetzt, um zur Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung zu nehmen. 4. Über die Kosten wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

Entscheid vom 30. Mai 2005, BRK 2005-002 (vgl. Endentscheid vom 15.02.05)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle publizierte im SHAB vom 27. August 2004 unter dem Projekttitel „Experten für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrolle im öffentlichen Verkehr“ einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren. Gemäss detailliertem Aufgabenbeschrieb wurden Experten für die fachliche Unterstützung der behördlichen Überwachung von Gefahrguttransporten im öffentlichen Verkehr (insbesondere technische Eisenbahnwagenkontrollen und Wagenprüfungen) gesucht. In der Ausschreibung wurden unter anderem auch folgende drei Zuschlagskriterien genannt: **Priorität 30:** Qualifikation der Experten (gleiche Gewichtung der drei Bereiche: Wagenprüfungen nach UIC 471-3, technische Wagenprüfungen, Kontrollen von Gefahrgutprozessen); **Priorität 20:** Unabhängigkeit der Anbieter zu Eisenbahnverkehrsunternehmungen; **Priorität 10:** Preise und Konditionen, Honorarangebot. Neben 2 weiteren Offerenten reichte die Beschwerdeführerin fristgerecht ihr Angebot ein. Am 8. Dezember 2004 (Veröffentlichung im SHAB am 14. Dezember 2004) erteilte die Vergabestelle den Zuschlag für den fraglichen Dienstleistungsauftrag an die X und an die Y. Der Zuschlagsentscheid wurde der Beschwerdeführerin überdies mit Brief vom 16. Dezember 2004 mitgeteilt. **B.** Mit Eingabe vom 17. Januar 2005 führt diese Beschwerde. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Mit Vernehmlassung vom 8. Februar 2005 stellt die Vergabestelle den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Im Zusammenhang mit dem Begehren um aufschiebende Wirkung schlägt sie eine Übergangslösung vor, indem sie im freihändigen Verfahren einen Vertrag unterhalb des Schwellenwerts von Fr. 50'000.-- abschliesst, welcher auf den Zeitpunkt des Entscheides der BRK über die vorliegende Beschwerde befristet wird. **E.** Die Y nimmt Stellung zur Beschwerde, verzichtet aber ausdrücklich auf das Stellen formeller Anträge. Die X verzichten mit Schreiben vom 28. Januar 2005 auf eine Stellungnahme und stellen keine Anträge. **F.** Mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2005 wird die Vergabestelle im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ermächtigt, mit der X und Y einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.-- nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheides im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen.

Rechtsfragen:

1. Unabhängigkeit: ein Eignungs- und/oder Zuschlagskriterium? 2. Bietergemeinschaft oder Subakkordant? 3. Preis: Anpassungen und Bewertung. 4. Nachträglich eingeführte Zuschlagskriterien.

Erwägungen:

1. Zur Unabhängigkeit (Erw. 3): Die Unabhängigkeit im Sinne der Ausschreibung ist ein Merkmal des Anbieters und nicht des Angebots bzw. der konkret offerierten Leistung. Liegt die Unabhängigkeit vor, führt dies nicht zur Erhöhung des wirtschaftlichen Werts des Angebots, sondern es wird damit ausgewiesen, dass der Auftrag erfüllt werden kann. Ein Zuschlag an X wäre unter zwei Aspekten heikel: Einerseits müsste sie bei der Überwachung der eigenen Tochtergesellschaft mitarbeiten und andererseits wäre sie an der Kontrolle ihrer eigenen Konkurrenten sowie namentlich jener der Tochtergesellschaft beteiligt. Es ergibt sich, dass die X das Eignungskriterium der Unabhängigkeit nicht erfüllen und ihr mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums der Auftrag nicht hätte zugeschlagen werden dürfen. Vorliegend handelt es sich beim in Frage stehenden Unabhängigkeitskriterium nicht um eine Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits genügend erkennbar waren. Die genannte Rüge ist folglich im vorliegenden Verfahren zulässig und von der BRK zu prüfen. **2. Zum Konsortium (Erw. 4a):** Nachdem die Anbieterin in der Offerte nicht als Bietergemeinschaft deklariert wurde, ist davon auszugehen, dass keine solche besteht und dass es sich bei den beigezogenen Personen um blosser Subunternehmer bzw. Unterakkordanten handelt. Der Zuschlag wurde entsprechend korrekt nur an die Y erteilt. Eine Erteilung des Zuschlags an eine Bietergemeinschaft, obwohl das Angebot nur von einer Firma eingereicht worden ist, wäre wegen dem Verbot der nachträglichen Änderung eines Angebots unstatthaft gewesen. **3. Zum Preis (Erw. 4c/d):** Gibt die Vergabestelle einem Anbieter alleine die Gelegenheit, sein Angebot anzupassen, verletzt sie den Gleichbehandlungsgrundsatz. In die Bewertung hätten folglich die Preise gemäss ursprünglicher Offerte einbezogen werden müssen. Vorliegend kann tatsächlich von einem relativ komplexen und vom Sicherheitsaspekt her heiklen Auftrag gesprochen werden, welcher eine weniger gewichtige Bemessung des Preiskriteriums zu rechtfertigen vermag. Es ist möglich, dass ein Zuschlagsempfänger mit mehr Erfahrung weniger Stunden aufzuwenden hätte als ein wenig erfahrener. Die Gewichtung des Preiskriteriums mit 10% liegt noch im Rahmen des recht weitgehenden Ermessensspielraums. **4. Zum nachträglichen Zuschlagskriterium (Erw. 4e):** Indem die Vergabestelle die „Allgemeine Qualifikation im Bereich TgG“ in der Bewertung als eigenes Unterkriterium verwendet und diesem überdies verglichen mit den übrigen drei Unterkriterien die doppelte Gewichtung zumisst, hat sie in vergabe-rechtswidriger Weise nachträglich ein neues, nicht bekannt gegebenes Kriterium eingefügt und bewertet.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigungen.

Entscheid vom 11. August 2005, BRK 2005-004

Regeste: Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren; Ausschlussverfügung

Sachverhalt:

A. Die Auftraggeberin schrieb im SHAB einen Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren aus. Gemäss Ausschreibung war Gegenstand des Auftrages die Planung und Ausführung des „Neubaus Betriebsgebäude“. **B.** Im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens wurden mit Publikation im SHAB sechs Firmen zur Teilnahme ausgewählt und zur Angebotseingabe eingeladen, darunter auch die Beschwerdeführerin. In der Folge reichten alle selektionierten Teilnehmer ein Angebot ein, unter anderem die Beschwerdeführerin mit dem Projekt „Besserstein“. Mit Publikation im SHAB (Präzisierung: „2. Stufe, Einladung zur Überarbeitung“) wurden nunmehr zwei Firmen zur Teilnahme ausgewählt und zur Angebotsabgabe (bzw. Eingabe von überarbeiteten Angeboten) eingeladen. In der Publikation wurde zur Begründung ausgeführt, die genannten Anbieter erfüllten die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung. Es fand sich folgende Bemerkung: „Die Projekte der beiden zur Überarbeitung eingeladenen Anbieter erfüllen die Zuschlagskriterien am besten. Die Projekte haben jedoch noch nicht die Reife für einen Zuschlag. Die Projekte - NANO, Verfasser (...) – Besserstein, Verfasser Beschwerdeführerin wurden wegen Überschreitung des Kostendachs von der Jurierung ausgeschlossen.“ **C.** Gegen diese Verfügung vom 31. Januar 2005 wurde mit Eingabe vom 17. Februar 2005 Beschwerde eingereicht. Die Vergabestelle lässt beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. **D.** Im Rahmen einer Instruktionmassnahme fordert die BRK die Vergabestelle zu schriftlicher Stellungnahme auf, ob der vorliegende Auftrag den Schwellenwert erreicht.

Rechtsfragen:

Wie wird der Wert bei Gesamtleistungswettbewerben berechnet (Erw. 2)?

Erwägungen:

Gesamtleistungswettbewerb/Wertberechnung: Als erstes ist im Hinblick auf die Schwellenwerte zu definieren, welche Auftragsart das vorliegende Vergabeverfahren beinhaltet. Laut Ausschreibung soll mittels eines Gesamtleistungswettbewerbs ein Auftrag betreffend die Planung und Ausführung vergeben werden. Ein Gesamtleistungswettbewerb wird durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung. Der Gesamtleistungswettbewerb umfasst neben den Planungsleistungen – anders als ein Planungswettbewerb - auch Bauleistungen. Die Anbieter haben bei solchen Gesamtleistungswettbewerben ein Projekt und die dazugehörigen werkvertraglichen Ausführungsleistungen (mit einem entsprechenden Preis) zu offerieren. Demnach ist von einem gemischten Auftrag auszugehen, der Dienstleistungen, Bauleistungen sowie Lieferaufträge umfasst. Bei gemischten Aufträgen ist zu untersuchen, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt. Der gemischte Auftrag ist einheitlich nach dem Prinzip des überwiegenden Leistungselements zu qualifizieren. Auch bei der gemeinsamen Vergabe von Planer- und Bauleistungen ist die Qualifikation des Auftrags grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der Leistungen vorzunehmen, wobei regelmässig das Übergewicht bei den Bauleistungen liegen wird. Im vorliegenden Fall können die Anteile der einzelnen Leistungsarten aufgrund der Zusammenstellung der Baukosten in der Offerte annäherungsweise bestimmt werden. Bei einem Gesamtpreis von Fr. 9'278'000.-- betragen die eigentlichen Bauleistungen (Bauvorbereitung, Erstellen Rohbau Gebäude, Installationen und Transportanlagen, Ausbau Gebäude, Bauliche Betriebseinrichtungen, Umgebung) demnach ungefähr Fr. 6,5 Mio. und die Honorare belaufen sich auf knapp Fr. 1,5 Mio. Die Lieferungen sind nicht genau eruierbar. Jedenfalls überwiegen die Bauleistungen (Fr. 6,5 Mio.) die Dienstleistungen und Lieferungen betragsmässig eindeutig. Der Auftrag ist gesamthaft als Bauauftrag zu qualifizieren. Bei Gesamtleistungswettbewerben besteht der Wettbewerbswert aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert des zu vergebenden Auftrages. In die Gesamtpreissumme einzurechnen sind auch die für Entschädigungen an die Wettbewerbsteilnehmer reservierten Summen. Für das vorliegende Bauvorhaben wurde dem Parlament ein Baukredit von Fr. 9,6 Mio. beantragt. Vom genannten Baukredit stehen für den ausgeschriebenen Neubau laut Pflichtenheft maximal Fr. 8,5 Mio. zur Verfügung. Diese Summe gilt für die im Pflichtenheft abgeforderten Leistungen inklusive Honorare und Mehrwertsteuer. Folglich ist von einem maximalen geschätzten Auftragswert von Fr. 8,5 Mio. auszugehen. Der im Zusammenhang mit der Problematik des Schwellenwerts relevante Wert ist ohne Mehrwertsteuer zu berechnen, womit sich ein geschätzter maximaler Auftrags- bzw. Wettbewerbswert von unter Fr. 8 Mio. ergibt (Wettbewerbswert abzüglich Mehrwertsteuer). Hinzuzuzählen sind nach dem Gesagten die Pauschalentschädigungen von Fr. 55'000.-- für jeden Anbieter, der eine vollständige Arbeit eingereicht hat, was vorliegend auf höchstens sechs Offerenten zutrifft. Der ausgeschriebene Bauauftrag erreicht somit den massgeblichen Schwellenwert von Fr. 9'575'000.-- klarerweise nicht. Nicht massgeblich für die Fragestellung, ob der Auftragswert über oder unter dem Schwellenwert liegt, ist der Baukredit von 9,6 Mio. (welcher den genannten Schwellenwert knapp übersteigen würde).

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Keine Parteientschädigungen.

Décision du 8 septembre 2005, CRM 2004-017 (Zwischenentscheid: 10.2.05)

Regeste: marché de services ; mandat d'études parallèles ; adjudication en procédure sélective

En fait:

A. En date du 10 juin 2003, le pouvoir adjudicateur publia un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective concernant la planification de la transformation par étapes de l'ensemble d'une gare. L'objet du marché avait pour particularité de consister en un mandat d'études parallèles: les soumissionnaires retenus à l'issue de la 1^{ère} phase de sélection devaient fournir (i) un concept architectural global; (ii) un avant-projet sommaire de la partie A de la gare et (iii) une esquisse de développement pour les parties C, D, E, F et G de la gare. Pour des raisons budgétaires, il était prévu que la partie A serait réalisée dans un premier temps. L'appel à candidatures limitait à 5 le nombre de candidats qui seraient admis à déposer une offre dans la 2^{ème} phase de la procédure sélective. Il réservait la possibilité de négociations et excluait le dépôt de variantes. L'appel à candidatures ne contenait aucune mention concernant des options portant sur des marchés complémentaires. 6 équipes de planification furent qualifiées et invitées à déposer une offre dans la 2. phase, moyennant une rémunération forfaitaire de CHF 30'000.– par équipe. L'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication, montra que les notes finales arrondies au 1/10 étaient identiques pour les 2 meilleurs teams. Toutefois, le collège d'experts observa que leurs avant-projets étaient encore à un stade sommaire du point de vue technique et nécessitaient d'être précisés avant qu'une adjudication ne soit envisageable. Ces précisions devaient aussi permettre de départager les 2 offres. Le pouvoir adjudicateur adressa aux 2 teams un extrait du rapport d'évaluation et des critiques spécifiques du collège d'experts et demanda d'approfondir leurs projets dans le cadre d'une « poursuite des mandats d'études parallèles ». Le pouvoir adjudicateur ayant décidé de réaliser d'abord la partie A de l'ouvrage, le règlement-programme révisé priait les teams de développer leurs projets pour cette partie seulement, en adaptant si nécessaire leur concept global pour éviter des impacts sur les autres parties de l'ouvrage. Le marché est adjugé par décision du 4 novembre 2004, notifiée par courrier du 12 novembre 2004 aux autres teams, et publiée dans la FOSC du 19 novembre 2004. A la demande du futur recourant, le pouvoir adjudicateur lui exposa les motifs. **B.** Par courrier du 6 décembre 2004, le recourant a formé recours.

En droit:

1. Qualification : Etudes parallèles. 2. Numerus clausus des procédures. 3. Violation de plusieurs règles.

Consideration:

1. Qualification (c. 1): Le mandat d'études parallèles (« *Studienauftrag* ») désigne traditionnellement dans la pratique une forme de mise en concurrence par laquelle le pouvoir adjudicateur confie parallèlement à plusieurs mandataires une mission d'étude portant sur la même tâche, afin d'obtenir plusieurs propositions de solutions à un problème donné, et fréquemment avec l'objectif d'attribuer subséquentement directement un marché supplémentaire de poursuite d'études (« *Folgeauftrag* ») à l'un des prestataires mandatés pour les études parallèles, à savoir celui dont la proposition aura été jugée la meilleure. **2. Procédure** (c. 4a): Il découle du principe de légalité que le pouvoir adjudicateur est lié par le *numerus clausus* des procédures de passation. Il ne peut pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi. L'objet du marché ainsi que les critères retenus pour son attribution sont des éléments décisifs aux fins de déterminer quelle procédure de passation prévue par la loi doit être mise en œuvre et d'apprécier ensuite le respect des impératifs propres à la procédure ainsi retenue. **3. Violation de plusieurs règles** (c. 4e): La LMP n'autorise pas à diviser en plusieurs étapes la 2^{ème} phase de la procédure sélective, en requérant des soumissionnaires sélectionnés qu'ils déposent une offre à la fin de chaque étape, puis en éliminant progressivement les offres les moins bien classées au regard des critères d'adjudication et en exigeant des soumissionnaires restés en lice qu'ils déposent à nouveau une offre améliorée. La procédure suivie violerait, au demeurant, plusieurs principes fondamentaux en matière de négociations. L'ensemble des prestations constituerait un seul marché, passé en une procédure de passation unique. Les règlements-programmes ont ainsi manifesté la volonté claire d'acquiescer la complète propriété des 6 offres initiales comme sur les 2 offres ultérieures révisées. De plus, il ne paraît pas possible de justifier que le versement du même montant pour la même prestation soit qualifié tantôt de simple indemnité pour l'élaboration des offres. En conséquence, la procédure de sélection en cause aurait inclus l'adjudication successive de 2 marchés, l'un portant sur des mandats d'études parallèles, l'autre sur le marché subséquent relatif aux prestations des phases N° 3 à 6 SIA 112. L'adjudication successive de 2 marchés ne peut intervenir valablement dans la même procédure sélective sans violer les dispositions légales régissant cette procédure. Le pouvoir adjudicateur ne peut grouper des prestations de diverses natures dans un seul marché que dans la mesure où il existe entre elles un lien de connexité. Il n'était pas en mesure de définir de manière claire l'objet du marché, il a cherché à obtenir des soumissionnaires des propositions de solution portant sur la réfection de la totalité de la gare (d'abord des prestations de conception). Toutefois, il a opté pour une définition très large de l'objet du marché.

Décision:

1. Le recours est admis au sens des considérants. La décision d'adjudication est annulée et l'affaire est renvoyée à l'adjudicatrice pour nouvelle décision au sens du considérant 6. 2. Pas de frais de procédure. 3. Une indemnité à titre de dépens de CHF 7'000.– à charge de pouvoir adjudicateur est allouée au recourant. 4. Notification.

Verfügung vom 2. November 2005, BRK 2005-019

Regeste: Widerruf der Zuschlagsverfügung

nach Einsicht in:

- die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 19. September 2005 an die BRK gegen die im SHAB publizierte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 25. August 2005 betreffend Holzwerkstoffplatten;
- den von der Beschwerdeführerin am 27. September 2005 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.--;
- die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 30. September 2005 betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Gewährung der Akteneinsicht;
- den mit Verfügung vom 28. Oktober 2005 gestützt auf Art. 58 VwVG erfolgten wiedererwägungsweisen Widerruf der angefochtenen Zuschlagsverfügung durch die Vergabestelle;
- das Schreiben der Vergabebehörde vom gleichen Tag an die Rekurskommission, in welchem diese beantragt, das hängige Beschwerdeverfahren zu suspendieren, bis die Rechtskraft der Widerrufsverfügung feststehe;

Rechtsfragen:

Rechtsfolgen eines Widerrufs der Zuschlagsverfügung

in Erwägung, dass:

- die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 19. September 2005 beantragt, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und das Vergabeverfahren zur Durchführung einer ordnungsgemässen, den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Vergabe an Vergabestelle zurückzuweisen;
- die Vergabebehörde die im SHAB vom 31. August 2005 publizierte Zuschlagsverfügung gestützt auf Art. 58 VwVG wiedererwägungsweise widerrufen und verfügt hat, der durch den angefochtenen Zuschlag betroffene Beschaffungsgegenstand werde neu ausgeschrieben;
- durch diesen Widerruf der im SHAB vom 31. August 2005 publizierten Zuschlagsverfügung das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin angestregten Verfahrens dahingefallen und entsprechend die gegen die angefochtene Verfügung erhobene Beschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 680);
- bei dieser Sachlage keine Verfahrenskosten zu erheben sind und der Beschwerdeführerin der von ihr geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten ist;
- die Vergabebehörde der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 8 Abs. 7 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten hat (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 722 in fine);

verfügt:

1. Die Beschwerde vom 19. September 2005 gegen die im SHAB publizierte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 25. August 2005 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. 2. Es werden keine Kosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten. 4. Diese Verfügung wird der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich eröffnet sowie der Zuschlagsempfängerin mitgeteilt.

Decisione incidentale del 9 novembre 2005, CRM 2005-018 (21.2.06)

Regeste: commessa di servizio, effetto sospensivo e consultazione degli atti

In Fatto:

A. Con decisione 11 agosto 2005 il committente ha aggiudicato alla commessa di servizio relativa al mandato per la direzione dei lavori inerenti le opere del raccordo a cielo aperto nord della galleria di base del Monte Ceneri (Nodo di Camorino), al Consorzio DSPP. **B.** Questa decisione è stata pubblicata sul FUSC. **C.** Contro questa decisione il ricorrente, rappresentato dallo studio P, ha interposto ricorso in data 19 settembre 2005 dinanzi alla CRAP. In sostanza, il ricorrente chiede che l'aggiudicazione venga annullata e che gli venga assegnato il mandato. Postula inoltre, in via provvisoria, la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso. Da ultimo, chiede di avere accesso alla visione parziale dell'incarto ed in particolare degli atti alla base della decisione impugnata (offerta del consorzio vincente, rapporto di valutazione ed ogni altro documento pertinente). **D.** Entro il termine fissato dal Presidente della CRAP la parte ricorrente ha provveduto al versamento dell'importo di Fr. 7'000.- a titolo di anticipo spese. **E.** Con comunicazione presidenziale del 21 settembre 2005 la CRAP ha ordinato al committente di astenersi da ogni misura d'esecuzione prima della decisione sulla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo. **F.** Con risposta 3 ottobre 2005 il committente si oppone alla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo, dichiarandosi pure contrario alla richiesta di consultazione dell'incarto. Il Consorzio DSPP con lettera 3 ottobre 2005 rinuncia alla sua facoltà di risposta, opponendosi comunque alla richiesta di prendere visione degli atti di causa. **G.** Con lettera 24 ottobre 2005 il Presidente della CRAP ha richiesto al committente di completare l'incarto con la documentazione mancante, ossia l'offerta del Consorzio aggiudicatario e il rapporto di valutazione. I documenti mancanti sono stati trasmessi alla CRAP in data 26 ottobre 2005.

Questioni giuridiche:

Condizioni per la concessione dell'effetto sospensivo e per la consultazione dell'incarto?

In Diritto:

1. Effetto sospensivo (cons. 8): Quale motivazione per negare la concessione dell'effetto sospensivo, il committente pone l'accento sull'urgenza di iniziare i lavori entro la fine del 2005. Ai sensi dell'art. 18 cpv. 2 lett. b Lferr in relazione con la cifra 3 dell'allegato corrispondente, il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC) è l'autorità competente per l'approvazione dei progetti messi in consultazione conformemente all'art. 12 cpv. 1 del decreto sul transito alpino. Su mandato del DATEC, l'Ufficio federale dei trasporti (UFT) ai sensi dell'art. 11 cpv. 2 lett. g dell'OTrAI si occupa di istruire la procedura d'approvazione dei piani del progetto di pubblicazione. Ora, occorre osservare che la decisione del DATEC non pone definitivamente fine all'iter di approvazione dei piani. Se è pur vero che con decisione n. 212.3 del 28 ottobre 2005 il DATEC ha approvato i piani relativi alla Galleria di base del Ceneri, contro questa decisione è dato ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale ai sensi dell'art. 18h cpv. 5 Lferr. Ora sulla scorta di un'interpretazione conforme al diritto internazionale e sul principio della buona fede, il committente non può di principio concludere il contratto prima della notifica della decisione di aggiudicazione o prima della scadenza del termine di ricorso, né a maggior ragione se è stato inoltrato un ricorso con domanda di effetto sospensivo o se l'effetto sospensivo è stato accordato. Resta riservata unicamente l'ipotesi in cui la conclusione immediata del contratto e l'esecuzione della commessa sia giustificata da una situazione di urgenza derivante dalla messa in pericolo di un interesse pubblico predominante, nella misura in cui l'urgenza non sia stata creata dal committente stesso. Il committente deve integrare nella pianificazione la durata di un'eventuale procedura di ricorso e fissare di conseguenza i differenti termini e tappe dell'aggiudicazione della commessa. Nella fattispecie, in considerazione delle suesposte argomentazioni, al ricorso deve essere concesso l'effetto sospensivo. **2. Consultazione dell'incarto** (cons. 9): La consultazione dell'incarto può essere rifiutata se interessi privati preponderanti lo esigono, ad esempio allorquando occorre proteggere importanti segreti d'affari o il know-how dell'aggiudicatario. Detto rifiuto può unicamente interessare documenti che occorre mantenere segreti. Di principio, il diritto di visionare l'offerta vincente non può essere riconosciuto nel caso di mancato accordo da parte dell'aggiudicatario. Per quanto riguarda invece documenti interni del committente, essi devono essere messi a disposizione della parte ricorrente per consultazione, nella misura in cui hanno influenzato la decisione e sono pertinenti al fine della valutazione della decisione.

Decisione:

1. La richiesta di concessione dell'effetto sospensivo è accolta. 2. La richiesta di consultazione degli atti postulata dalla parte ricorrente viene accolta limitatamente ai documenti da 1 a 11 e 17. Per la restante documentazione la richiesta è respinta. 3. Alla parte ricorrente viene assegnato un termine sino al 25 novembre 2005 per prendere visione e pronunciarsi sulla documentazione di cui al punto 2 e per replicare alla risposta della committente. 4. Le spese processuali veranno definite con la decisione di merito. 5. La presente decisione viene notificata per scritto ai rappresentanti delle parti. È anche comunicata al Consorzio DSPP.

Zwischenentscheid vom 21. November 2005, BRK 2005-016 (13.2.06)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel „Los 151, Tunnel Erstfeld“ einen Auftrag für Tunnelbauarbeiten (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustelle, Bauarbeiten für Tiefbau, Arbeiten für spezialisierte Bauunternehmen) im offenen Verfahren öffentlich aus. In der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1 bis 5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 (Termingewährleistung der Bauzeit: 40%), 2 (Baustellenorganisation: 30%), 3 (Arbeitssicherheit: 15%) und 4 (Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit: 5%) gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die Beschwerdeführerin reichte fristgerecht eine Offerte für die Tunnelbauarbeiten (ein Angebot für die Amtsvariante sowie fünf Unternehmervarianten) ein. Am 11. August 2005 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an eine Konkurrentin. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte sie der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Der Zuschlag wurde im SHAB vom 24. August 2005 veröffentlicht. **B.** Mit Eingabe vom 13. September 2005 erheben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde bei der BRK. **C.** Mit Präsidialverfügung wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

Rechtsfragen:

1. Voraussetzungen für die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und (2.) der Akteneinsicht?

Erwägungen:

1. Zur aufschiebenden Wirkung (Erw. 2): Eine prima-facie-Würdigung der Erfolgchancen aufgrund der Aktenlage ergibt, dass die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann. Im vorliegenden Fall erscheint der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin „unbesehen mit dem Einheitspreis-Angebot der Beschwerdeführerin verglichen, nicht von vornherein unbegründet“. Dem Antrag der Geschäftsleitung an die Mitglieder des Verwaltungsrates bzw. der zugehörigen Begründung, welcher der Charakter eines Evaluationsberichts zukommen dürfte, sind jedenfalls keine Ausführungen zur Möglichkeit bzw. zur Problematik der Vergleichbarkeit der beiden Vergütungsformen zu entnehmen. Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabestelle verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Diesen Vorbringen der Vergabestelle ist entgegenzuhalten, dass die Vergabe durch den Verwaltungsrat ursprünglich für Ende Mai 2005 und die Vertragsunterzeichnung für Ende August 2005 vorgesehen waren, der Zuschlag dann aber erst am 11. August 2005 erteilt und am 24. August 2005 im SHAB veröffentlicht wurde. Der für den 26. September 2005 vorgesehene Arbeitsbeginn hätte damit so oder so nicht eingehalten werden können, so dass Verzögerungen ohnehin unvermeidbar waren. Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6 1/2 Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird. **2. Zum Akteneinsichtsrecht** (Erw. 3): Keine Einsicht zu gewähren ist in die Offerte sowie in die Unterlagen der Technischen Angebotsbereinigung (Fragekataloge/Antworten; in die Zuschlagsprüfung sowie das Teil der Offerte bildende Schreiben betreffend Schlussangebot).. Die Beilagen 35, 37, 39, 41, 42, 44 und 45 betreffen die durchgeführten Unternehmengespräche mit der ARGE AGN bzw. die Bereinigung des Angebotspreises; sie haben ebenfalls vertraulichen Charakter, weshalb den Beschwerdeführerinnen keine Einsicht zu gewähren ist. In die übrigen Beilagen kann die verlangte Einsicht gewährt werden; dies trifft auch auf den Vergabeantrag der Geschäftsleitung zu, der in anonymisierter Form vorliegt. Daraus ersichtlich werden zwar namentlich auch die eingereichten Eingabesummen und deren Entwicklung im Rahmen der Verhandlungen. Hingegen sind darin in Bezug auf die einzelnen Angebote keine derart detaillierten Informationen zu den Preisen enthalten, die Rückschlüsse auf die Offertkalkulationen der Anbieter zulassen würden. Nach derzeitiger Auffassung der BRK erlauben die zur Verfügung stehenden Akten die Beurteilung der Beschwerde. Sollte sich im Verlaufe der weiteren Bearbeitung der Beschwerdesache zeigen, dass relevante Unterlagen fehlen, so würden diese von der BRK umgehend beigezogen.

Entscheid:

1. Der Beschwerde der Arbeitsgemeinschaft wird antragsgemäss aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Den Beschwerdeführerinnen wird mit Frist bis zum 6. Dezember 2005 teilweise Akteneinsicht (in die in E. 3c genannten Akten) gewährt. 3. Den Beschwerdeführerinnen wird eine Frist bis zum 6. Dezember 2005 angesetzt, um sich allenfalls zu den Akten zu äussern und zur Vernehmlassung Stellung zu nehmen. 4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden. 5. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 23. November 2005, BRK 2005-010 bis 013 (28.12.05)

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen (Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren)

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 10.06.2005 einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Sie hat die Bearbeitung des Projekts nach Regionen in 8 Teilprojekte aufgeteilt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde festgelegt: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“ Die Beschwerdeführerin bzw. deren Büros in Olten, Zürich und Bern haben sich insgesamt für 6 Teilprojekte beworben. Je mit Schreiben vom 19.07.2005 wurde der Beschwerdeführerin bzw. den Büros Olten und Zürich mitgeteilt, dass ihr Büro Bern bereits für das Teilprojekt 13 präqualifiziert worden sei und aus diesem Grund auf die Angebote für die 4 genannten Teilgebiete nicht mehr eingetreten werden könne. **B.** Mit Eingaben vom 9.08.2005 erhebt die Beschwerdeführerin bzw. ihre beiden Büros Olten und Zürich mit je 2 Beschwerdeschriften gegen diese Verfügungen Beschwerden. Beantragt wird die Aufhebung der 4 Verfügungen vom 19.07.2005 sowie die Präqualifikation des Büros Olten (21/31) und des Büros Zürich (41/42). Weiter sei den Beschwerden die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In materieller Hinsicht wird geltend gemacht, die verschiedenen Filialen Zürich, Bern und Olten seien im Handelsregister als selbstständige Zweigniederlassungen eingetragen und die Büros würden unter eigener Leitung mit eigenen Mitarbeitern sowie eigenen Büroräumlichkeiten geführt. Alle Filialen würden ihren Betrieb in unternehmerischer, wirtschaftlicher, organisatorischer, administrativer und personeller Hinsicht völlig autonom und unabhängig von den anderen Filialbetrieben führen. Namentlich gestützt auf eine Auskunft des Sachbearbeiters der Vergabestelle und damit aufgrund von Treu und Glauben vertritt sie die Ansicht, dass jeder Filialbetrieb als selbstständiger Anbieter zu betrachten sei und deswegen je eine Filiale präqualifiziert werden könne. **C.** Mit Präsidialverfügung wird den Beschwerden superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Mit Vernehmlassung beantragt die Vergabestelle, die Beschwerden sowie die Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien vollumfänglich abzuweisen. In materieller Hinsicht stellt sie sich auf den Standpunkt, alle 6 Angebote seien als vom gleichen Anbieter stammend zu beurteilen. Nachdem das Büro Bern bereits für ein Teilprojekt präqualifiziert worden sei, könnten gemäss Ausschreibungsunterlagen genannten Grundsatz deren anderen Angebote nicht mehr berücksichtigt werden. Die behauptete Zusage durch einen Sachbearbeiter wird inhaltlich bestritten.

Rechtsfragen:

1. Ist eine Filiale ein „Anbieter“ (Auslegung)? 2. Folgen bei fehlender Belegbarkeit eines Telefonates?

Erwägungen:

1. Zur Auslegung (Erw. 2b): Die Beschwerdeführerin erscheint mit ihrem Hauptsitz und ihren Zweigniederlassungen als einheitliches Ganzes; so präsentiert sie sich in ihrem Internetauftritt in einer einzigen Homepage und die drei gleichen Geschäftsführer mit Einzelunterschrift sind für alle Niederlassungen der Beschwerdeführerin zuständig. Weiter hinterlassen auch die 4 vorliegenden Bewerbungen zur Teilnahme einen einheitlichen Eindruck. Das Firmenportrait, in welchem unter anderem erläutert wird, die Beschwerdeführerin sei ein 25jähriges, unabhängiges Geologie, Ingenieur- und Planungsunternehmen mit rund 15 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, umfasst (namentlich betreffend die 15 Angestellten) die gesamte Unternehmung inklusive aller 3 Standorte. In personeller Hinsicht wurden für das Angebot des Büros Olten H. als Projektleiter und K. als stellvertretender Projektleiter sowie für die Qualitätssicherung vorgesehen, in der Offerte des Büros Zürich gerade umgekehrt. Auch wenn als Sachbearbeiter unterschiedliche Personen eingesetzt waren, kann auch bezüglich der Fachkräfte also nicht von eigenständigen, unabhängigen Angeboten gesprochen werden. Ferner sind die Referenzprojekte grösstenteils (3 von 5) identisch. Auch in den übrigen Punkten sind die 4 Bewerbungen zur Präqualifikation weitgehend übereinstimmend. Zusammengefasst können die verschiedenen Büros bzw. Geschäftsniederlassungen der Beschwerdeführerin nicht als eigenständige Anbieter im Sinne der Anforderung der Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen angesehen werden. **2. Zur Belegbarkeit** (Erw. 2c): Der genaue Inhalt des Telefongesprächs konnte auch an der parteiöffentlichen Verhandlung der BRK, an welcher die beiden Gesprächsteilnehmer befragt worden sind, nicht eruiert werden. Es ist der Beschwerdeführerin damit nicht gelungen, die von ihr behauptete Aussage des Sachbearbeiters nachzuweisen. Nachdem eine Auskunft oder Zusage nicht belegt werden konnte, fehlt es vorliegend bereits an der ersten Voraussetzung für einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens gestützt auf Art. 9 BV, nämlich einer Vertrauensgrundlage.

Entscheid:

1. Die Verfahren BRK 2005-010 bis BRK 2005-013 werden vereinigt. Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügungen betreffend Präqualifikation werden bestätigt. 3. Die Kosten des Verfahrens von insgesamt Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 6'000.-- verrechnet. Der überschüssige Betrag von Fr. 3'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 4. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet. 5. Mitteilungsziffer.

Decisione del 7 dicembre 2005, CRM 2005-007

Regeste: commessa di fornitura

In fatto:

A. In data 7.02.2005, con pubblicazione nel FUSC il committente ha dato avvio alla gara, secondo le modalità previste dalla procedura libera, per l'aggiudicazione della commessa di fornitura di materiale rotabile (cilindri freni per vagoni merci) nell'ambito del progetto relativo al risanamento fonico delle ferrovie che comprende pure la sostituzione del materiale rotabile. Il primo criterio d' idoneità enunciato al punto X.2 del mansionario è la "Hinreichende Befähigung zur Auftrags Erfüllung". Esso esige come mezzi di prova "Referenz über vergleichbare Objekte, bei welcher die Beschaffungsstelle die ordnungsgemässe Erbringung der Leistung überprüfen und insbesondere folgende Informationen einholen kann: (...) Zulassung als Lieferant für die Herstellung von Bremssystemen mindestens einer westeuropäischen Bahn, die mit den Beschaffungsstelle vergleichbare Betriebsverhältnisse aufweist". Del resto il primo criterio di aggiudicazione (punto. XI.3, "Übereinstimmung mit dem Technischen Pflichtenheft") relativo all'adeguatezza tra l'offerta e l'oggetto della commessa rinvia al "Technisches Pflichtenheft". Il punto 1.3 del Technisches Pflichtenheft prevede al titolo "Bedingung" che "Die Hersteller/Lieferanten müssen sich durch ähnliche bzw. Referenzprojekte bei den normalspurigen Bahnen ausweisen". **B.** Con decisione 7.06.2005, pubblicata nel FUSC del 15.06.2005, il committente ha aggiudicato la commessa alla aggiudicataria, per un importo di Fr. 1'994'555.- senza IVA, risultata miglior offerente, sulla scorta dei criteri di aggiudicazione menzionati nella documentazione di gara. **C.** Contro questa decisione la ricorrente ha interposto ricorso. Essa contesta la valutazione della sua offerta per quanto riguarda, in particolare, la concordanza tra il prodotto fornito e le specificità tecniche richieste. Chiede inoltre in via provvisoria la concessione dell'effetto sospensivo. **D.** In sede di risposta il committente evidenzia che, come si evince dalla valutazione tecnica delle offerte del 24.05.2005 (techn. Bewertung der Angebote), la ricorrente ha ricevuto meno punti delle due concorrenti.

Questione di diritto:

1. Duplice esame del criterio della conformità alle esigenze tecniche? 2. Predeterminazione di sotto criteri?

In diritto:

1. Duplice esame (c. 2 f.): L'Accordo CH-CE si riferisce in sostanza ai medesimi principi summenzionati, per quel che concerne i criteri di idoneità e di aggiudicazione. Inoltre la "Dichiarazione comune delle Parti contraenti sulle procedure d'aggiudicazione degli appalti e di contestazione" prevede che la Svizzera rispetti le procedure di aggiudicazione previste dall'art. 4 dell'Accordo CH-CE, se essa applica le regole derivanti dalla LAPub. La CRAP osserva che il committente non dimostra quale sarebbe la differenza tra le referenze richieste per i criteri d'idoneità e quelle richieste al punto 1.3 del Technisches Pflichtenheft quale criterio di aggiudicazione. Non è dato di capire quale differenza vi sia da un lato tra le referenze relative ai sistemi di freni fornite alle ferrovie dell'Europa dell'ovest che presentano delle condizioni di esercizio comparabili a quelle del committente (criterio di idoneità) e, d'altro lato, le referenze di progetti analoghi "bei den normalspurigen Bahnen" (criterio di aggiudicazione). Occorre a questo punto ricordare che i criteri di idoneità fissati in relazione a una commessa pubblica non possono riferirsi a una qualsiasi attitudine generale dell'offerente, ma devono essere direttamente connessi con l'oggetto della commessa, nel senso che permettono di verificare le qualifiche necessarie alla buona esecuzione dell'appalto. Il committente non può introdurre delle distinzioni artificiali e non dimostrabili, all'unico scopo di procedere a una doppia valutazione dell'idoneità. Ad ogni modo l'ente appaltante ha effettuato una duplice valutazione illecita delle medesime referenze per la fornitura di sistemi di freni, una prima volta per il primo criterio di idoneità, una seconda volta nell'ambito del primo criterio di aggiudicazione. La distinzione prevista dalla legge tra criteri di idoneità e di aggiudicazione non è stata pertanto rispettata. **2. Criteri d'aggiudicazione (c. 4 f.):** In sede di valutazione delle offerte pervenutegli, il committente ha quindi stabilito la scala delle note da attribuire al rispetto della concordanza con le mansioni tecniche. Di per sé, i parametri applicati ai fini del giudizio sulla qualità si configurano come sotto criteri. Essi avrebbero pertanto dovuto essere stabiliti già al momento dell'invito a presentare l'offerta. Nulla impediva invero al committente di procedere in tal senso, fissando già con la documentazione del concorso, i parametri ed i relativi fattori di ponderazione che avrebbe utilizzato per valutare la qualità del prodotto offerto. L'inosservanza dell'obbligo di predeterminare anche i sotto criteri di aggiudicazione configura una violazione del principio della trasparenza. La definizione di sotto criteri di aggiudicazione dopo la scadenza del termine di inoltro delle offerte permette, in effetti, al committente di influire indebitamente sull'esito della gara in atto. Nella misura in cui, la valutazione delle offerte è stata eseguita sulla scorta di una tabella di valutazione, ma e soprattutto con l'ausilio di sotto criteri di aggiudicazione e relativa ponderazione non preventivamente indicati sul bando, l'agire dell'ente appaltante viola il diritto federale e come tale l'aggiudicazione deve essere annullata.

Decide:

1. Il ricorso è accolto. La decisione di aggiudicazione 7 giugno 2005 è annullata. Gli atti vengono ritornati aggiudicatrice per nuova decisione ai sensi del considerando 6b della presente decisione. 2. Niente spese processuali. Restituzione dell'anticipo spese. 3. Indennità di fr. 5'000.-- a titolo di ripetibili alla ricorrente. 4. Notificazione.

Decisione incidentale del 12 dicembre 2005, CRM 2005-022 (15.6.06)

Regeste: commessa di servizio, effetto sospensivo e consultazione degli atti

In fatto:

A. Con pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) 48/2005 del 17 giugno 2005 l'aggiudicatrice dava avvio alla gara per procedura libera concernente l'assegnazione della commessa di servizio relativa allo studio di opportunità Alp Transit Sud, Lugano Chiasso- Studio di fattibilità e opportunità. **B.** Alla gara partecipava, con offerta del 12 agosto 2005, il consorzio denominato Z, rappresentato dallo studio B & G. **C.** In data 27 settembre 2005 l'aggiudicatrice comunicava al consorzio Z che la sua offerta era esclusa dalla procedura di aggiudicazione, per non aver raggiunto il punteggio minimo previsto per il criterio qualità 5 "valutazione dell'organizzazione statutaria" punto 3.3.1 del capitolato d'oneri. La commessa veniva aggiudicata al consorzio C 2, rappresentato dallo Studio A con decisione pubblicata sul FUSC 79/2005 del 4 ottobre 2005. **D.** Con ricorso 17 ottobre 2005 dinanzi alla Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (in seguito: CRAP), il consorzio Z (in seguito: ricorrente), postula in via principale l'ammissione alla gara della propria offerta, ritenendo che la stessa sia stata scartata arbitrariamente, e in via subordinata la concessione dell'effetto sospensivo. Chiede infine di prendere visione dell'intero incarto (offerta del consorzio aggiudicatario e rapporti di valutazione). **E.** Entro il termine fissato dal Presidente della Commissione la parte ricorrente ha provveduto al versamento di Fr. 3'000.- a titolo di anticipo spese. **F.** Con comunicazione presidenziale del 18 ottobre 2005 la CRAP ha ordinato all'UFT di astenersi da ogni misura d'esecuzione prima della decisione sull'eventuale concessione dell'effetto sospensivo. **G.** Con risposta 28 ottobre 2005 l'aggiudicatrice si oppone alla richiesta dell'effetto sospensivo, dichiarandosi pure contraria alla richiesta di consultazione dell'incarto. Ad analoghe conclusioni giunge pure il consorzio aggiudicatario nel suo allegato del 7 novembre 2005. **H.** Con lettera del 14 novembre 2005 il Presidente della CRAP ha intimato all'aggiudicatrice di completare l'incarto con la documentazione mancante, l'offerta del ricorrente e del consorzio aggiudicatario e il rapporto di valutazione. L'incarto così completato è stato trasmesso alla CRAP in data 30 novembre 2005.

Questione giuridica:

Premesse per la consultazione degli atti.

In diritto:

1. La CRAP è competente per statuire nel merito del ricorso presentato dal consorzio ricorrente giusta il combinato dei disposti 2 cpv. 1 lett. a, 6 cpv. 1 lett. b e 27 cpv. 1 della LAPub). 2. La legittimazione a ricorrere del consorzio, destinatario della decisione impugnata, è data (art. 29 cpv. 1 lett. c LAPub). Ai sensi dell'art. 31 LAPub in relazione con l'art. 49 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021; PA) il ricorrente può invocare la violazione del diritto federale e l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti. Non può invece addurre il motivo dell'inadeguatezza. 3. In ossequio all'articolo 27 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 PA, la consultazione dell'incarto può essere rifiutata se interessi privati preponderanti lo esigono; detto rifiuto può unicamente interessare documenti che occorre mantenere segreti. La consultazione può essere parimenti rifiutata se occorre proteggere importanti segreti d'affari o il know-how dell'aggiudicatario. Di principio, il diritto di visionare l'offerta vincente non può essere riconosciuto nel caso di mancato accordo da parte dell'aggiudicatario. Per quanto riguarda invece i documenti interni dell'amministrazione committente, essi devono essere messi a disposizione della parte ricorrente per consultazione, nella misura in cui hanno influenzato la decisione e sono pertinenti per la valutazione della decisione. 4. Sulla scorta di quanto precede e da una disamina dell'intero incarto, il Presidente della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici è dell'avviso che, fatta eccezione dei documenti d'offerta, coperti dal segreto, la parte ricorrente può consultare il rapporto di valutazione denominato "Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie, Offertenauswertung-Zuschlagsvorschlag". 5. In via superprovvisoriale, sino a presa di posizione sulla documentazione richiesta, l'aggiudicatrice deve astenersi da ogni misura d'esecuzione. 6. Eventuali spese processuali derivanti dalla presente decisione verranno definite con la decisione finale (art. 65 cpv. 1 PA).

Sulla scorta di quanto precede il Presidente della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici

dichiara:

1. La richiesta di consultazione degli atti postulata dal consorzio Z viene accolta limitatamente al rapporto di valutazione denominato "Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie, Offertenauswertung-Zuschlagsvorschlag", mentre è rifiutata per quel che concerne i documenti relativi all'offerta del consorzio aggiudicatario. 2. Al consorzio Z viene assegnato un termine sino al 30 dicembre 2005 per prendere visione e pronunciarsi sul rapporto di cui al punto 1 nonché, se del caso, sulla risposta dell'Ufficio federale dei trasporti del 7 novembre 2005. 3. Le spese processuali verranno definite con la decisione di merito. 4. La presente decisione viene notificata per scritto ai rappresentanti del consorzio ricorrente e del consorzio aggiudicatario nonché all'aggiudicatrice.

Entscheid vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017

Regeste: öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlag im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 11. Februar 2005 den Lieferauftrag betreffend „Lieferung und Wartung /Reparatur von Erfassungsgeräten, Abnahmestellen-Software und Sicherheitsinfrastruktur zur Erfassung der LSVA“ im offenen Verfahren öffentlich aus. Zwei Anbieter, die spätere Zuschlagsempfängerin sowie die Bietergemeinschaft, bestehend aus A und F, reichten fristgerecht eine Offerte ein. Am 23. August 2005 erteilte die Beschaffungsstelle den Zuschlag (veröffentlicht im SHAB am 29. August 2005). Auf Verlangen begründete sie mit Schreiben vom 1. September 2005 die Nichtberücksichtigung des Konsortiums A/F damit, dass deren Angebot auf der Basis eines formalen Fehlers, nämlich der nicht konformen Unterzeichnung des Angebots, von der vertieften Prüfung habe ausgeschlossen werden müssen. Eine im Zeitpunkt der Abgabefrist nicht im Handelsregister eingetragene und daher nicht berechtigte Person habe das Angebot auf Seiten A unterzeichnet. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin habe hingegen die Kriterien der formalen und rechnerischen sowie der vertieften Prüfung erfüllt. **B.** Mit Eingabe vom 14. September 2005 erheben die A und die F gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde bei der BRK. Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung sowie die Anweisung an diese, das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 15. September 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Mit Vernehmlassung vom 23. September 2005 beantragt die Beschaffungsstelle, die Beschwerde sowie das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin verzichtet auf das Stellen formeller Anträge und auf eine Stellungnahme. **E.** Auf Verlangen der Beschwerdeführerinnen wird ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2005 erstatten die Beschwerdeführerinnen ihre Replik, in welcher sie an den Anträgen in der Beschwerde festhalten. Die Beschaffungsstelle reicht mit Eingabe vom 10. November 2005 eine Duplik ein. **F.** Am 2. Dezember 2005 lässt der Vertreter der Beschwerdeführerin der BRK eine Kopie eines Schreibens des Direktors des BBL vom 25. November 2005 zur Kenntnisnahme zukommen.

Rechtsfragen:

Ausschluss aufgrund Unterschrift ohne Handelsregistereintrag überspitzter Formalismus?

Erwägungen:

Zum überspitzten Formalismus: Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Prozessuale Formen sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Die Rechtsprechung hat sowohl aus dem Vertrauensprinzip als auch aus dem Verbot des überspitzten Formalismus die Verpflichtung der Behörde abgeleitet, in gewissen Situationen den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat, oder die er im Begriff ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. So soll die Verwaltungsbehörde nach Möglichkeit vermeiden, dass formelle Fehler, die zu verhindern gewesen wären, wenn die Behörde den Privaten auf sie aufmerksam gemacht hätte, zu einem Nichteintretensentscheid führen. Die gesamten Umstände legten vorliegend - auch ohne schriftliche Vollmacht oder Handelsregistereintrag, nahe, dass die A. sich von den beiden unterzeichnenden Personen tatsächlich vertreten lassen wollte. So haben Y und X die A bereits in den bisherigen Beziehungen mit der Vergabestelle (bezüglich die 1. Generation LSVA-Erfassungsgeräte) vertreten. Die Vergabestelle ihrerseits hat deren Unterschriften regelmässig - sogar noch nach der Eingabe der neuen Offerte der Beschwerdeführer - als gültig akzeptiert. Weiter wurde die Offerte immerhin von einer - wenn auch nur zu zweien - zeichnungsberechtigten Person unterschrieben. Angesichts dieser Tatsachen hat sich die Vergabestelle, indem sie das Angebot der Beschwerdeführerinnen sofort und ohne weiteres ausgeschlossen hat, überspitzt formalistisch und treuwidrig verhalten. Damit wurde den Beschwerdeführerinnen ohne sachlichen Grund, welcher die Formstrenge zu rechtfertigen vermöchte, die Möglichkeit entzogen, am Vergabeverfahren teilzunehmen; solches Vorgehen steht dem Verbot des überspitzten Formalismus entgegen. In Berücksichtigung der vorliegenden Sachlage und gerade unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Geschäftsbeziehungen zwischen der Vergabestelle und der Bietergemeinschaft muss eine Pflicht der Vergabestelle, die Anbieterin auf den Formmangel aufmerksam zu machen, bejaht werden. Richtigerweise hätte die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen zulassen oder (im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten) die Behebung des Formfehlers verlangen müssen, indem sie die A aufforderte, entweder die Unterschriftsberechtigung der zeichnenden Personen zu belegen (namentlich durch eine gültige Vollmacht) oder das Begleitschreiben von einer zweiten gemäss Handelsregister berechtigten Person unterschreiben zu lassen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde der beiden Beschwerdeführerinnen wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Beschaffungsstelle aufgehoben. 2. Keine Verfahrenskosten. 3. Rückerstattung Kostenvorschuss. 4. Die Beschaffungsstelle hat den Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- zu entrichten. 5. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 28. Dezember 2005, BRK 2005-015 (vgl. 23.11.2005)

Regeste: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Beschaffungsstelle schrieb im SHAB vom 10.06.2005 einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Sie hat die Bearbeitung des Projekts nach Regionen in 8 Teilprojekte aufgeteilt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde festgelegt: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“ Die CIG hat sich für 5 Teilprojekte beworben. Ihr wurde mitgeteilt, dass das Büro CIC bereits für das Teilprojekt 12 präqualifiziert worden sei und deshalb auf die Angebote der CIG für die verschiedenen Teilgebiete nicht mehr eingetreten werden könne. **B.** Mit Eingabe vom 10.08.2005 erhebt die CIG gegen die Verfügung betreffend das Teilprojekt 32 Beschwerde. Sie beantragt, sie sei als präqualifiziert einzustufen. Aufgrund der erreichten Punktezahl habe ihr Angebot den zur Präqualifikation berechtigenden 3. Rang erreicht. Die Beschwerdeführerin als rechtlich eigenständige Firma sei aber in keinem Teilprojekt präqualifiziert worden. **C.** Die Beschaffungsstelle beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Die C-Gruppe, zu der die CIG sowie die CIC und die CTL gehörten, habe insgesamt 8 Angebote eingereicht und sich für eine Präqualifikation in allen 8 Teilprojekten beworben. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Angebot für das Teilprojekt 32 den Platz 5 von 9 erreicht. Die Angebote auf dem 1., 2. und 6. Platz seien für das Teilprojekt 32 präqualifiziert worden, jene auf dem 3., 4. und 5. Platz hätten nicht berücksichtigt werden können, da diese bereits in einem anderen Teilprojekt präqualifiziert worden seien. In materieller Hinsicht seien alle 8 Angebote der C-Gruppe als vom gleichen Anbieter stammend zu beurteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei gemäss dem genannten Grundsatz nicht berücksichtigt worden, weil die CIC, bereits für's Teilprojekt 12 präqualifiziert worden sei.

Rechtsfragen:

Können sich zwei Schwestergesellschaften für zwei Parallelbeschaffungen als Anbieter präqualifizieren (Erw. 2)?

Erwägungen:

Zu Parallelbewerbungen von Töchtern: Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine selbständige Aktiengesellschaft. Sie ist Teil der C-Gruppe, zu welcher als Tochtergesellschaften auch die CTL und die CIC gehören. Die Gruppe weist zudem eine Management-Gesellschaft auf, die C Management AG. Die C Holding AG ist als Muttergesellschaft zu 100% an allen diesen Gesellschaften beteiligt. **Das Vergaberecht regelt nicht, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn wie vorliegend mehrere parallele (selektive) Vergabeverfahren durchgeführt werden und sich für die verschiedenen Vergaben gleichzeitig mehrere Gesellschaften bewerben, die derselben Holding angehören. Prinzipiell spricht nichts dagegen, zwei Bewerber ein und derselben Gruppe für unterschiedliche Teilprojekte zuzulassen. Die Vergabestelle hat aufgrund des Transparenz- und auch des Gleichbehandlungsprinzips die Verpflichtung, möglichst klare und unmissverständliche Ausschreibungsunterlagen zu erstellen. Eine klare Definition des von ihr verwendeten Terminus „Anbieter“ hat die Beschaffungsstelle jedoch unterlassen. Vorliegend ist nicht im Detail bekannt, welchen Einfluss die Muttergesellschaft der C-Gruppe auf ihre Töchter ausübt und inwiefern die Gruppe einheitlich geleitet wird.** Auch wenn von einem Konzernverhältnis und einer einheitlichen Leitung der Gruppe auszugehen wäre, könnte daraus jedoch noch nicht zwingend geschlossen werden, dass die einzelnen Gesellschaften bezüglich der Führung ihrer Geschäfte im konkreten Fall nicht unabhängig sein und als eigenständige Anbieter handeln könnten. **Die beiden vorliegenden Bewerbungen vermitteln im Gegenteil den Eindruck, dass diese als getrennte und unabhängig handelnde Anbieterinnen aufgetreten sind.** Jede Unternehmung verfügt über ihre eigenen Angestellten; bei der angegebenen Anzahl ist davon auszugehen, dass es sich jeweils um Personal der einzelnen Gesellschaft handelt. Es sind auch je eigene Fachkräfte vorgesehen für die betreffenden Projekte. Weiter nennen sie unterschiedliche Referenzen, die soweit ersichtlich nur die eigene Gesellschaft betreffen. Das Firmenportrait wurde zwar wohl für alle Gesellschaften einheitlich ausgearbeitet, es ist aber doch primär auf die einzelne Unternehmung ausgerichtet. Folgerichtig haben die beiden Teilnahmeanträge von der Beschaffungsstelle bei der Auswertung auch unterschiedliche Bewertungen erhalten, so beispielsweise bei den Referenzen, den personellen Ressourcen, der Qualifikation der Schlüsselpersonen und den Erfahrungen im Rahmen der Altlastenbearbeitung. Bei diesen Gegebenheiten sind die zwei Bewerbungen als von unterschiedlichen Anbietern stammend zu beurteilen. **Überdies ist festzustellen, dass der von der Beschaffungsstelle in der Vernehmlassung angegebene Zweck der Regel in der Ausschreibungsunterlagen (Verteilen auf möglichst viele Gutachterbüros; Fachwissen und lokale Kenntnisse möglichst vieler Anbieter; ebenfalls nicht dagegen spricht, mehrere Gesellschaften derselben Gruppe zu selektionieren, falls diese wie vorliegend über eigenes Personal, namentlich eigene Fachkräfte (also unterschiedliches Fachwissen) und durch ihre geografische Verteilung über je unterschiedliche lokale Kenntnisse verfügen.**

Entscheid:

1. Die Beschwerde vom 10.08.2005 wird gutgeheissen, die Verfügung betreffend Präqualifikation (Teilprojekt Nr. 32) vom 19.07.2005 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten. Rückerstattung Kostenvorschuss. 3. Keine Parteientschädigungen. 4. Mitteilungsziffer.

Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005, BRK 2005-024 (6.6.06)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren, Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Sachverhalt:

A. Im SHAB vom 17.5.2005 schrieb A den Auftrag betreffend das Pilotprojekt „Biometrie in Schweizer Reiseausweisen“ im offenen Verfahren öffentlich aus. Im administrativen Bereich (z.B. für die Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen und die Einreichung der Offerten) lag die Zuständigkeit bei B. Gemäss Ausschreibung bildet Gegenstand des Lieferauftrags die Beschaffung von Erfassungs-, Verifikations- und Checkpointsystemen für biometrische Daten in CH Reiseausweisen. Um den zukünftigen Anforderungen, insbesondere denjenigen der Civil Aviation Organization und der EU gerecht zu werden, sollen in einem Pilotbetrieb Erfahrungen in der Herstellung und der Abgabe von CH Reisepässen mit biometrischen Daten gesammelt werden. Das Pilotprojekt hat zum Ziel, den heutigen Reisepass mit biometrischen Daten (Gesichtsbild und voraussichtlich zwei Fingerabdrücken) zu ergänzen. Die Beschwerdeführerin reichte am 27.06.2005 ein Angebot und am 15.09.2005 eine bereinigte Offerte ein. Der vom 28.10.2005 datierende Zuschlag wurde am 2.11.2005 publiziert. Mit Eingabe vom 7.11.2005 ersuchte die Beschwerdeführerin um eine schriftliche Begründung. Diesem entsprach B mit Schreiben vom 10.11.2005. Das ebenfalls verlangte Debriefing mit der Projektleitung fand am 15.11.2005 statt. **B.** Die Beschwerdeführerin erhebt mit Eingabe vom 22.11.2005 Beschwerde. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 24.11.2005 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** A stellt in der Vernehmlassung vom 5.12.2005 das Begehren, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, und der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. Mit Vernehmlassung zur Sache vom 15.12.2005 beantragt A, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

Rechtsfragen:

Voraussetzung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (E. 2 f.).

Erwägungen:

Zur aufschiebenden Wirkung: Eine prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage ergibt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung möglicherweise dadurch verletzt wurde, dass – nach Öffnung der Offerten – die Anforderungen an das Lieferobjekt im Schreiben von A vom 8.06.2005 abgeschwächt wurden und die Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw. dem erwähnten Schreiben nicht eindeutig sind und auch so interpretiert werden können, wie es die Beschwerdeführerin getan hat. Der Grundsatz der Transparenz wurde seinerseits eventuell dadurch verletzt, dass aus dem Evaluationsbericht nicht ersichtlich ist, mit Bezug auf welche Positionen nach der Nachverhandlungsrunde (namentlich der Zuschlagsempfängerin) die Kosten geändert wurden und aus welchem Grund dies geschah. Hinsichtlich dieser Rügen bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids. Da insgesamt bezüglich der Erfolgsaussichten gewisse Zweifel bestehen, ist über das Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen zu befinden. Die Interessen der Beschwerdeführerin sind praxisgemäss als gewichtig zu bezeichnen. Die Vergabebehörde beruft sich ihrerseits auf ein erhebliches öffentliches Interesse am raschen Vertragsabschluss und an der Lieferung des Ausschreibungsgegenstandes, d.h. der Erfassungs- sowie der Checkpoint-Systeme. Das Ausschreibungsverfahren sei im internationalen Kontext zu sehen. Pässe, die ab 26.10.2006 ausgestellt würden, müssten für eine visumsfreie Einreise in die USA im Rahmen des Visa Waiver Programms der USA mit biometrischen Daten versehen sein. Sei es ab diesem Zeitpunkt nicht möglich, biometrische Pässe auszustellen, müssten die betroffenen CH Bürger ein Visums-gesuch für die Einreise in die USA einreichen. Der Bundesrat habe mit Beschlüssen vom 15.09.2004 und 13.04.2005 A beauftragt, im Rahmen eines Pilotprojektes die Produktion von biometrischen Pässen aufzunehmen und so sicherzustellen, dass Schweizer ohne Visum in und durch die USA reisen könnten. Die Abgabe von biometrischen Pässen solle ab September 2006 möglich sein. Mittels diplomatischer Note vom 5.08.2005 habe die CH den USA zugesagt, bis zum geforderten Zeitpunkt biometrische Pässe herzustellen. Eine Verzögerung bei der Lieferung der Erfassungssysteme hätte zur Folge, dass der von den USA gesetzte Termin nicht eingehalten werden könne. Auch die EU bzw. die Schengen-Staaten würden 2006 biometrische Pässe einführen. Die Dringlichkeit des Vertragsschlusses und der Umsetzung des Pilotprojekts sei Folge von Umständen, auf die die Vergabebehörde keinen Einfluss habe. Die CH müsse sich fristgerecht den erwähnten internationalen Verpflichtungen und Regelungen unterziehen, solle sie nicht absichts stehen. Diese Begründung erscheint insgesamt als stichhaltig, und den Interessen der Vergabebehörde ist im Vergleich zu den gegenteiligen Interessen der Beschwerdeführerin der Vorrang einzuräumen. Die öffentlichen Interessen sind vorliegend daher stärker zu gewichten, zumal die Erfolgsaussichten der Beschwerde teilweise zwar als intakt, im Lichte einer prima facie-Würdigung aber nicht als ausgesprochen gross zu bezeichnen sind.

Entscheid:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Über die Verfahrenskosten dieser Zwischenverfügung wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden. 3. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 23. Januar 2006, BRK 2005-008

Regeste: Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

Die Beschaffungsstelle schrieb im SHAB vom 10. Juni 2005 einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen der Armee“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Die Vergabestelle hat die Bearbeitung des Projekts nach Regionen in 8 Teilprojekte aufgeteilt. In der Ausschreibung wurde für den Fall, dass „eine Vielzahl von Eingaben in der Qualifikationsrunde erfolgt“ die Anzahl Bewerber auf fünf beschränkt. Als Grundlage für die Beurteilung des 6. Kriteriums „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“ wurde in den Ausschreibungsunterlagen auf folgenden Abschnitt des auszufüllenden Bewerbungsformulars verwiesen:

4.1 Messgeräte, Datenverarbeitung

- GPS (Global Positioning System): vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Genauigkeit (...)
- Portables XRF-Spektrometer: vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Marke, Strahlungsquelle
- GIS (Geographisches Informationssystem): vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Software, Version.

Die G (federführende Firma) und die P haben sich als Bietergemeinschaft für das Teilprojekt Nr. 42 beworben. Im von der Bietergemeinschaft eingereichten Bewerbungsformular wird der oben genannte Punkt wie folgt dargestellt:

4.1 Datenverarbeitung Beschwerdeführerin

- GPS: vorhanden; [Angaben zur Genauigkeit]
- GIS: vorhanden; [Angaben zu Software, Version]

4.2 Messgeräte

- Die Analytik erfolgt im Labor in Zusammenarbeit mit der Firma X, Ansprechperson [Name, Telefonnummer].

Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 wurde der G von der Vergabestelle mitgeteilt, dass ihr Büro aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht präqualifiziert werden können. Wie sich später herausstellte wurde die Bietergemeinschaft (zusammen mit einer anderen Firma) auf dem 5. Rang platziert und die Vergabestelle hatte die Anzahl Teilnehmer später auf drei beschränkt. B. Mit Eingabe vom 21. Juli 2005 erhebt die G (Beschwerdeführerin) dagegen Beschwerde mit dem Begehren, die Bewertung im Kriterium 6 sei zu korrigieren.

Rechtsfrage:

1. Ausschluss von Angeboten aufgrund „eigenmächtigen Inhaltsänderungen“? 2. Nachträgliche Teilnehmerreduktion.

Erwägungen:

1. Zu den Inhaltsabänderungen (Erw. 3a): Die Vergabestelle ist der Ansicht, dass das Angebot der Bietergemeinschaft wegen der „eigenmächtigen inhaltlichen Abänderungen der Bewerbungsunterlagen“ sogar hätte ausgeschlossen werden können (wovon sie aber abgesehen habe). Es trifft zu, dass der Abschnitt 4 (neben 4.1 und 4.2) des Originalbewerbungsformulars durch die Bietergemeinschaft abgeändert und namentlich neu gegliedert worden ist. Ein Ausschluss aus formellen Gründen kommt allerdings nur bei wesentlichen Formfehlern in Betracht. Die abweichende Darstellung durch die Bietergemeinschaft kann nicht als solcher schwerwiegender Formverstoss und somit nicht als Ausschlussgrund qualifiziert werden. Die Beschwerdeführerin hat überdies plausibel ausgeführt, dass sie eine eigene Darstellung gewählt hat, damit sie – wie in den Ausschreibungsunterlagen explizit verlangt – für die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen einzeln Angaben machen konnte. **2. Zur Reduktion der Präqualifizierten** (Erw. 3b): Die Vergabebehörde kann - unter bestimmten, von ihr nachzuweisenden Voraussetzungen - die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken. Dies bedingt aber nach der dargelegten Rechtsprechung der BRK eine entsprechende Bekanntmachung in der Ausschreibung (oder allenfalls in den Ausschreibungsunterlagen). Vorliegend wurde also korrekterweise bereits in der Ausschreibung eine Beschränkung auf fünf Teilnehmer mitgeteilt (unter dem Vorbehalt, dass eine Vielzahl von Bewerbungen erfolgen würde). Hingegen war die von der Vergabestelle angerufene Limitierung auf drei Bewerber in der Ausschreibung nicht eröffnet worden - und ebenso wenig in den Ausschreibungsunterlagen. Die durch die Vergabestelle offenbar rein intern und vermutlich nachträglich beschlossene sowie den Bewerbern nicht mitgeteilte Beschränkung auf drei Teilnehmer widerspricht damit dem Transparenzprinzip, welches verlangt, dass eine solche Reduktion der Anzahl Teilnehmer bekannt gegeben und nicht nachträglich allein gestützt auf den freien Willen der Vergabebehörde festgesetzt wird. Überdies besteht bei einem solchen Vorgehen auch die Gefahr der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips, denn durch eine entsprechende Festlegung der Limite könnten gewisse Bewerber gezielt benachteiligt werden.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung betreffend Präqualifikation (Nr. 42) insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft G/P nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Diese ist für die Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zu präqualifizieren. 2. Keine Verfahrenskosten. Rückerstattung Kostenvorschuss von Fr. 1'500.--. 3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen. 4. Mitteilung.

Zwischenentscheid vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025

Regeste: Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren; Gesuch aufschiebenden Wirkung, Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 14. März 2005 für die E den Bauauftrag betreffend „Aufstockung und Instandsetzung Bürogebäude, Gesamtleistungswettbewerb“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Sowohl in der Ausschreibung als auch im Wettbewerbsprogramm wurde das erste Kriterium wie folgt formuliert: „Preis-/Leistungsverhältnis (Investitionskosten unter Einhaltung des Kostendachs, Pauschalangebot, Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge) 30%“. Die B bewarb sich um die Präqualifikation und wurde gemäss Publikation im SHAB vom 19. April 2005 neben fünf weiteren Totalunternehmerinnen zum Angebot eingeladen. Mit Datum vom 5. August 2005 reichte die B ihr Projekt mit einem Pauschalpreis von Fr. 10'413'800.-- ein. Mit Jurybericht vom 1. September 2005 wurde vom Preisgericht beschlossen, 2 Anbieter, die B sowie die G zur Überarbeitung ihrer Angebote bis zum 30. September 2005 einzuladen. Fristgemäss reichte die B die überarbeitete Version ihres Projekts ein. Darauf kam es zu einer definitiven Angebotsvereinbarung, die entsprechende Variante mit dem Pauschalpreis von Fr. 12,1 Mio. wurde von der B am 18. Oktober 2005 eingereicht. Am 3. November 2005 (SHAB: 8. November 2005) wurde der Zuschlag an die G erteilt. **B.** Die B lässt mit Eingabe vom 28. November 2005 Beschwerde bei der BRK führen. Sie beantragt die Aufhebung des Zuschlags. Stattdessen sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu geben, eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die zuständigen Behörden zu weisen und subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheides festzustellen. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass die Vergabebehörde beim Zuschlagskriterium „Preis-/Leistungsverhältnis“ (30%) ihr Ermessen nicht richtig ausgeübt bzw. überschritten hat. Dieses Kriterium sei nicht richtig angewendet worden, nachdem die Offerte der Beschwerdeführerin um Fr. 407'316.-- tiefer liege als jene der Konkurrentin. Die Vergabebehörde habe offensichtlich in ihrer Beurteilungsmatrix bei diesem Zuschlagskriterium auf einen Mix mit den Bewertungen aus den anderen Kriterien abgestellt und daraus einen nicht nachvollziehbaren Quotienten produziert.

Rechtsfrage:

1. Aufschiebende Wirkung: Insbesondere Kriterium „Preis-Leistungs“-Verhältnis und Dringlichkeit. 2. Akteneinsicht.

Erwägungen:

1. Zur aufschiebenden Wirkung (Erw. 3): Auch bei einem (Gesamtleistungs-) Wettbewerb gilt, dass die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung angegeben werden müssen. Allerdings ist zu beachten, dass der Auftraggeber im Rahmen eines Gesamtleistungswettbewerbs bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien grundsätzlich ein weiterer Ermessensspielraum zusteht als bei ordentlichen Beschaffungen. Wie sich aus der Beurteilungsmatrix ergibt, hat die Vergabebehörde das Zuschlagskriterium „Preis-/Leistungsverhältnis“ in der Folge - ohne dies den Anbietern mitgeteilt zu haben - durchaus konkretisiert; es wurde ein Quotient gebildet aus dem Preis und der erfolgten Bewertung bei den übrigen Zuschlagskriterien. Durch den angewendeten Quotienten, welcher den Preis ins Verhältnis setzte zur in den anderen 5 Zuschlagskriterien erreichten Punktezahl, erhielten die übrigen fünf Zuschlagskriterien mehr Gewicht als in der Ausschreibung bekannt gegeben, dem Preis hingegen wurde dadurch ein relativ geringes Gewicht zugemessen. Dieses Vorgehen wirft Fragen auf, da nach der Rechtsprechung (wiederum zu den ordentlichen Beschaffungen) die in der Ausschreibung angekündigte Gewichtung nicht nachträglich abgeändert werden darf. Zu untersuchen bliebe allenfalls auch, ob das dem Preis schlussendlich zugemessene (geringe) Gewicht unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel noch statthaft ist. Eine prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage ergibt somit, dass möglicherweise das Transparenzprinzip (und der Gleichbehandlungsgrundsatz) verletzt wurden; dies namentlich durch die Wahl des offenen Kriteriums „Preis-/Leistungsverhältnis“, die unterlassene vorgängige Mitteilung der (später angewendeten) Bewertungsmethode, sowie die Nichtbekanntgabe der effektiven Gewichtung der einzelnen Kriterien. Hinsichtlich dieser Punkte bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids, wobei u.a. zu untersuchen sein wird, inwiefern die allgemeinen Grundsätze und die Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Beschaffungen auch auf das Vergabeverfahren bei Gesamtleistungswettbewerben anwendbar sind. Von einer ausserordentlichen Dringlichkeit kann aber aufgrund dieser Ausführungen nicht gesprochen werden. Offenbar ist es immerhin möglich, den Mietvertrag weiterzuführen. Dass sich aufgrund der Verzögerung spezielle Kosten ergeben würden (welche über die bisher auch anfallenden hinausgehen), ist nicht dargetan. Abgesehen davon ist auf die Rechtsprechung der BRK hinzuweisen, wonach die geltend gemachte Dringlichkeit von der Verwaltung nicht selbst verschuldet sein darf.

2. Zur Akteneinsicht (Erw. 4): Weiter wird Einsicht in den Vorprüfungsbericht verlangt. Wie auch die Vergabebehörde geltend macht, genügt demzufolge eine beschränkte Gewährung der Einsicht in diese Unterlage, nämlich lediglich in Bezug auf Kapitel 8, in welchem das von der Beschwerdeführerin angesprochene Kriterium „Betriebliche Funktionalität und Flexibilität“ abgehandelt wird;

Entscheid:

1. Die Beschwerde vom 28. November 2005 wird antragsgemäss aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Der Beschwerdeführerin wird mit Frist bis zum 2. Februar 2006 Einsicht in die in E. 4b genannten Akten gewährt und sie erhält innert derselben Frist die Gelegenheit, sich dazu zu äussern. 3. Kosten- und Entschädigung: Endentscheides. 4. Mitteilung.

Decisione del 27 gennaio 2006, CRM 2005-014

Regeste: acquisti pubblici (scelta dei partecipanti nell'ambito della procedura selettiva)

Visti:

- la pubblicazione del concorso riguardante la commessa di servizi in procedura selettiva concernente „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen der Armee“ nel FUSC del 10.6.05;
- i documenti di gara, secondo i quali la realizzazione del progetto è suddivisa per regioni in otto progetti parziali e dove alla cifra 2.2 si dispone quanto segue: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert“;
- lo scritto del 19.07.05 alla CTL con la comunicazione che lo studio CSD IC era stato scelto per il progetto parziale n. 12 e che pertanto l'offerta della CTL non poteva essere tenuta in considerazione per il progetto regionale n. 31;
- il ricorso del 10.08.05 della CTL (la ricorrente) dinanzi alla CRAP contro la decisione del 19.07.05 con cui la ricorrente ha postulato l'annullamento della decisione impugnata e la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso, adducendo in sostanza di essere una società anonima a sé stante, che può candidarsi per concorsi e assumere mandati autonomamente e indipendentemente e che non deve essere considerata „Anbieter“ per il progetto parziale n. 12;
- la risposta del 12.09.05 (versione italiana inoltrata il 10.10.05) che postula la reiezione del ricorso con la motivazione che il gruppo C ha inoltrato complessivamente otto offerte, le quali sono state considerate provenire dal medesimo offerente, per cui l'offerta della ricorrente non ha potuto essere tenuta in considerazione alla luce del principio enunciato alla cifra 2.2 dei documenti del bando di concorso;
- la replica della ricorrente del 17.10.05 con cui in sostanza ha addotto che il gruppo C non può essere considerato come un'unica entità (un unico offerente), ritenuto che l'aggiudicatario non ha provato, bensì unicamente supposto, il rapporto di dipendenza tra le società appartenenti al gruppo C e che nei documenti di gara non è limitata la partecipazione di società indipendenti che appartengono ad un medesimo gruppo;
- la duplice del 7.11.05;
- gli ulteriori atti inoltrati alla CRAP, nella misura in cui essi sono rilevanti per la presente decisione;

Questione giuridica:

Sono le due società delle filiali indipendenti?

Considerato che:

- in casu deve essere esaminato se la ricorrente possa ancora essere scelta per il progetto parziale n. 31, benché una società sorella, la CIC, sia già stata selezionata per il progetto parziale n. 12 ;
- il testo letterale della cifra 2.2 della documentazione di gara non permette di rispondere in modo generale alla domanda se in un gruppo di società debbano essere considerati quale „Anbieter“ le singole filiali oppure il gruppo nel suo insieme; nel caso in esame deve essere esaminato se nel gruppo in questione i rapporti di fatto siano tali da considerarlo un'unica entità rispettivamente un unico candidato;
- **da entrambe le candidature della ricorrente e di CIG e dagli altri atti si deve concludere che queste società si sono presentate quali candidati separati e indipendenti e che le tre filiali devono essere considerate per la presente commessa quali candidati indipendenti giusta la cifra 2.2 della documentazione del bando di concorso;**
- alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto e l'incarto deve essere ritornato al aggiudicatario per una nuova decisione sulla scelta dei partecipanti per il progetto parziale n. 31 – con prequalificazione della ricorrente; l'ente appaltante può decidere come procedere, nella misura in cui la parità di opportunità della ricorrente rispetto agli altri partecipanti preselezionati sia garantita, **ritenuto che l'ammissione della ricorrente oltre ai candidati già selezionati è possibile, in quanto il bando di concorso limita a cinque il numero dei candidati da selezionare** (contrariamente alle asserzioni del aggiudicatario nella sua risposta a pag. 4), nel caso in cui vi fossero troppe domande, in difetto di che non sono previste limitazioni;
- **il fatto che la ricorrente abbia raggiunto con la sua offerta per il progetto parziale n. 31 unicamente il sesto posto e che le tre offerte che hanno ottenuto il terzo, quarto e quinto rango non sono state prequalificate per il medesimo motivo della ricorrente (poiché esse erano state considerate in un altro progetto parziale) non muta l'esito della presente vertenza secondo cui la ricorrente deve essere prequalificata; le candidate succitate, che hanno ottenuto un piazzamento migliore rispetto alla ricorrente, hanno contestato senza successo (in un caso) oppure hanno omesso di contestare la decisione, e pertanto, anche se la loro esclusione è avvenuta illecitamente, non possono essere inserite posticipatamente nella prequalificazione;**

Pronuncia:

1. Il ricorso è accolto, la decisione concernente la prequalificazione (progetto parziale n. 31) del 19 luglio 2005 è annullata e la causa è rinviata per una nuova decisione nel senso dei considerandi. 2. Non si prelevano spese processuali. L'anticipo spese versato di Fr. 1'500.-- è restituito alla ricorrente. 3. L'aggiudicatario deve corrispondere Fr. 2'000.-- a titolo di ripetibili alla ricorrente per il ricorso dinanzi alla CRAP. 4. Notificazione.

Entscheid vom 13. Februar 2006, BRK 2005-016 (Zwischentscheid: 21.11.05)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel „Los 151, Tunnel Erstfeld“ einen Auftrag für Tunnelbauarbeiten im offenen Verfahren öffentlich aus. In der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1 bis 5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 (Termingewährleistung der Bauzeit: 40%), 2 (Baustellenorganisation: 30%), 3 (Arbeitssicherheit: 15%) und 4 (Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit: 5%) gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die Beschwerdeführerin reichte fristgerecht eine Offerte für die Tunnelbauarbeiten (ein Angebot für die Amtsvariante sowie 5 Unternehmervarianten) ein. Am 11. August 2005 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an eine Konkurrentin. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte sie der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden können. Der Zuschlag wurde im SHAB vom 24. August 2005 veröffentlicht. **B.** Mit Eingabe vom 13. September 2005 erheben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde bei der BRK. **C.** Mit Zwischenentscheid vom 21. November 2005 erteilte die BRK der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, nachdem dem Gesuch um Erteilung derselben mit Präsidialverfügung vom 14. September 2005 superprovisorisch entsprochen worden war. Zugleich wurde dem Akteneinsichtsbegehren teilweise stattgegeben.

Rechtsfragen:

1. Selbstständige Anfechtbarkeit. 2. Änderungen der Firmenstruktur. 3. Preis: Bewertung, Vergleich (Global/Einheit).

Erwägungen:

1. Zur Anfechtbarkeit (Erw. 2): Das Bewertungssystem mit Unterteilung in 2 Bewertungsphasen ist bereits in der Ausschreibung (und nicht erst in oder zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen) klar und eindeutig umschrieben, und die entsprechenden Konsequenzen für die Zuschlagserteilung waren für die interessierten Unternehmer ohne Weiteres erkenn- und beurteilbar. Das als unzulässig gerügte Bewertungssystem vermag sodann auch nicht zur Nichtigkeit der öffentlichen Ausschreibung führen, welche von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre. **2. Zur Firmenstruktur** (Erw. 3): Änderungen in der Firmenstruktur einer Anbieterin, z.B. durch Verkauf oder Schliessung einzelner Abteilungen, durch Übernahme und Eingliederung anderer Unternehmen oder Unternehmensteile, können insbesondere während länger andauernden Submissionsverfahren durchaus eintreten. Solange sie die Eignung des Anbieters zur Leistungserbringung nicht in Frage stellen oder eine nachträgliche Änderung/Anpassung des Angebots (z.B. in Bezug auf das im Angebot bekannt gegebene Schlüsselpersonal) erfordern, führen sie nicht zwangsläufig zu einem Ausschluss. Im vorliegenden Fall bringt die teilweise Übernahme der W AG durch die Bau Holding der Zuschlagsempfängerin keine Nachteile für die Vergabebehörde mit sich. Ebenfalls nicht ersichtlich ist, inwiefern die Beschwerdeführerinnen durch die Übernahme benachteiligt worden sind. **3. Zum Preis** (Erw. 4): Es stellt sich zunächst die Frage, ob es sich beim Globalpreisangebot um eine zulässige Unternehmervariante zum Grundangebot oder um ein ausschreibungswidriges Angebot, das von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen, handelt. Der Begriff der Variante (gemäss Fremdwörter-Duden „leicht veränderte Art, Form von etwas; Abwandlung; Spielart“) legt es nun keineswegs nahe, als solche nur von den leistungsbezogenen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen („inhaltlich“) abweichende Angebote (i.S.v. Herstellungs-, Projektierungs- oder Ausführungsvarianten), nicht aber abweichende Vergütungsmodi zuzulassen. Entscheidend erscheint vorab die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und nicht ein allfälliger innovativer Charakter des Unternehmervorschlags. Mithin ist daran festzuhalten, dass auch von den Ausschreibungsbedingungen abweichende Preisangebote Varianten im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VoeB darstellen. Der Vergleich zwischen Einheitspreis- und Pauschal- bzw. Globalofferte bietet Probleme, da die Preisbestimmung bei den verschiedenen Vergütungsarten nach unterschiedlichen Grundsätzen erfolgt. Die Vergabestelle wäre zwingend verpflichtet gewesen wäre, angesichts der mit einer Globalofferte verbundenen erhöhten Kostenrisiken, das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Allein schon die geringe Differenz von lediglich rund 0.6 % hätte eine Beurteilung der mit der Globalofferte bei Projekt- und Beststellungsänderungen verbundenen Mehrkosten im Sinne einer Sensitivitätsanalyse notwendig gemacht. Die im „Fragenkatalog Variante“ vorgenommenen Abklärungen genügen diesen Anforderungen nicht. Das erhebliche Mehrkostenrisiko im Falle von Projektänderungen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind, ist nicht beurteilt worden und hat entsprechend im Offertvergleich keine Berücksichtigung gefunden. Das Evaluationsverfahren erweist sich damit in Bezug auf die Globalofferte als klar ungenügend und damit bundesrechtswidrig.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Für das Verfahren vor der BRK werden keine Kosten erhoben. Rückerstattung Kostenvorschuss. 3. Die Vergabestelle hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 25'000.-- auszurichten. 4. Mitteilungsziffer.

Decisione del 21 febbraio 2006, CRM 2005-018 (Zwischenentscheid: 9.11.05)

Regeste: commessa di servizio

In Fatto:

A. Con pubblicazione sul FUSC del 8 novembre 2004 l'aggiudicatrice ha messo a concorso il mandato per la direzione lavori (DL) per il nodo di Camorino, comprendente in particolare, la direzione lavori per le opere di genio civile, nonché le prestazioni di supporto per la direzione generale dei lavori (DGL) e al committente. Dal bando di gara si evidenzia che la migliore offerta sarebbe stata valutata secondo i seguenti criteri (criterio/Nota minima/peso): 1. Adeguatezza al compito ed esperienza del personale chiave proposto (3/35%); 2. Analisi del compito e adeguatezza della proposta di procedimento analisi del compito e dei rischi, soluzioni, misure, composizione della struttura e organizzazione del team, ecc. (3/25%); 3. Pertinenza al compito delle quantità offerte. Dimensione dell'organico, grado di carico, grado di categoria del personale, ecc. (3/20%); 4. Prezzo (importo di apertura) Importo d'apertura dopo il controllo aritmetico ed ev. correzioni. L'importo viene valutato secondo il principio seguente: $Nx = (\frac{P_{min}}{X} : Px) \times 5$ Dove: Nx nota corrispondente al prezzo Px ; Pmin importo dell'offerta più bassa che ha superato il criterio di idoneità (-/15%); 5. Disponibilità nell'organigramma di conoscenze specialistiche pertinenti (-/5%). **B.** Dopo le verifiche e l'esame da parte della commissione di valutazione di conoscenze specialistiche pertinenti (-/5%). **B.** Dopo le verifiche e l'esame da parte della commissione di valutazione di conoscenze specialistiche pertinenti (-/5%), tenendo conto della ponderazione dei criteri di aggiudicazione, ha dato questo risultato: D (386 punti) e ricorrente (312 punti). Il consorzio D è risultato miglior offerente, mentre il ricorrente si è piazzato al 4. posto. **C.** Con decisione 11 agosto 2005 l'aggiudicatrice ha aggiudicato la commessa di servizio concernente il mandato al Consorzio D. Questa decisione è stata pubblicata sul FUSC del 29 agosto 2005. **D.** Contro tale decisione il ricorrente ha interposto ricorso in data 19 settembre 2005. **G.** Con decisione incidentale del 9 novembre 2005 la CRAP ha accolto la richiesta di concessione dell'effetto sospensivo. Per quanto attiene la richiesta di consultazione degli atti, essa è stata accolta limitatamente ai documenti rubricati da 1 a 11 e 17 con eccezione dei restanti 12 a 16.

Questioni giuridiche:

1. Motivazione della decisione (c. 4). 2. Inidoneità (c. 5). 3. Ponderazione sottocriteri (c. 6). 4. Valutazione (c. 7 f.).

In Diritto:

1. Motivazione: Di principio, la motivazione di una decisione con cui il committente aggiudica una commessa può essere considerata sufficiente, quando fornisce una giustificazione adeguata della bontà della scelta operata sulla base dei criteri di idoneità o di aggiudicazione fissati dal bando di concorso. **Eventuali carenze di motivazione possono essere sanate davanti all'istanza di ricorso.** Nella fattispecie, con decisione incidentale del 9 novembre 2005 la CRAP ha concesso la facoltà di un ulteriore scambio di allegati. Al ricorrente è stato quindi concessa la facoltà di pronunciarsi compiutamente su tutte le motivazioni espresse dalla stazione appaltante. La carenza di motivazione ha potuto pertanto essere sanata in sede ricorsuale. **2. Inidoneità:** Il fatto che quest'ultimo funga da ingegnere verificatore nell'ambito del progetto in questione non comporta comunque l'esclusione del consorzio D dalla gara relativa all'assegnazione del mandato di direzione lavori. Questa circostanza comporta semmai l'obbligo del consorzio V di rinunciare, se del caso, al mandato di verificatore per la tratta in questione. Circostanza che il consorzio V ha peraltro riconosciuto. Questa censura deve pertanto essere respinta. **3. Ponderazione sottocriteri:** La stazione appaltante, nel caso che ci occupa, pur rispettando la suddivisione tra criterio principale e sottocriteri annessi ha, nella fattispecie, adottato a posteriori il loro fattore di ponderazione. Questo agire non sovverte, nella fattispecie, l'assetto dei criteri di aggiudicazione principali, stabilito nei documenti di gara. Questa operazione è volta semmai a permettere al committente di esercitare in modo uniforme e rispettoso della parità di trattamento il proprio potere d'apprezzamento nel quadro del singolo criterio di aggiudicazione. **Benché opinabile dal profilo della trasparenza, in simili circostanze, siffatto modo di procedere non integra gli estremi di una violazione del diritto suscettibile di giustificare un annullamento della delibera impugnata con rinvio degli atti al committente affinché renda una nuova decisione, valutando nuovamente le offerte senza avvalersi della ponderazione dei sottocriteri.** **4. Valutazione:** La CRAP deve limitarsi a censurare quelle decisioni che integrano gli estremi di una violazione del diritto sotto il profilo dell'eccesso o dell'abuso di potere. Ipotesi quest'ultima, che si verifica unicamente nei casi in cui la decisione appare insostenibile, siccome priva di giustificazioni oggettive, fondata su considerazioni estranee o altrimenti lesiva dei principi fondamentali del diritto, segnatamente di quelli riferiti alla parità di trattamento o all'adeguatezza. In merito al metodo di calcolo operato dalla stazione appaltante la CRAP osserva che, il rapporto di valutazione non brilla per chiarezza. Contrariamente a quanto sembra di primo acchito, il calcolo della graduatoria deve essere sempre fatto tenendo conto, per ogni singolo sottocriterio, delle note espresse dai singoli esaminatori, a loro volta moltiplicate per il fattore di ponderazione del sottocriterio e quindi mediate. Ora pur procedendo alle correzioni evidenziate ai punti precedenti, la nota finale espressa per i due consorzi dà il seguente risultato: D 382 punti, C 313 punti.

Decisione:

1. Il ricorso è respinto. Di conseguenza è confermata la decisione 11 agosto 2005, con la quale è aggiudicata la commessa di servizio relativa al mandato per la direzione dei lavori relativa. 2. Le spese processuali di Fr. 7'000.- sono poste a carico del ricorrente e computate nell'anticipo spese di Fr. 7'000.-. 3. Niente spese. 4. Notificazione.

Zwischenverfügung vom 24. Februar 2006, BRK 2006-001 (vgl. 11.5.06)

Regeste: Zuschlag bzw. Ausschluss vom Vergabeverfahren; aufschiebende Wirkung

Sachverhalt:

A. Die Beschaffungsgemeinschaft P, bestehend aus X und der Y, schrieb einen kombinierten Lieferauftrag für die Beschaffung von Fahrausweis-Ausgabegeräten und zugehöriger Backend-Systeme unter Verwendung einer standardisierten Datenschnittstelle im selektiven Verfahren öffentlich aus. Innert Frist ging auch der Antrag auf Teilnahme der Bietergemeinschaft A/S (unter Federführung ersterer) ein. Entsprechend ihrem Vorbehalt mit Bezug auf die Beschränkung der Anzahl der zum Angebot einzuladenden Bewerber hielt P daran fest, nur die maximal 6 bestbewerteten Anbieter zu präqualifizieren. Den 12 Antragstellern wurde das Ergebnis der Eignungsprüfung sowie die Namen der präqualifizierten Anbieter mitgeteilt. **B.** Die A erhob dagegen mit Eingabe vom 28. September 2003 Beschwerde. Der Präsident der BRK forderte die A auf, innert 10 Tagen eine Erklärung der S nachzureichen, wonach diese nach wie vor bereit wäre, zusammen mit der A als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilzunehmen. Mit Fax vom 28. November 2003 an die BRK bestätigte die S, dass sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft von A sei. Die BRK hiess die Beschwerde der A im Sinne der Erwägungen gut; die Verfügung der P vom 8. September 2003 betreffend Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren wurde insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft A/S nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Zur Begründung hielt die BRK insbesondere fest, nach Einsicht in die Unterlagen des Präqualifikationsverfahrens und Anhörung der Parteien habe sich ergeben, dass für die schlechte Benotung der Bietergemeinschaft beim Kriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ eine sachlich haltbare Begründung auch nicht ansatzweise erkennbar sei. Im Gegenteil sei aufgrund des Vergleichs mit den anderen Anbietern davon auszugehen, dass die erteilte Note (unter Berücksichtigung der Kooperation mit der S) eindeutig zu niedrig sei. **C.** Mit Verfügung vom 16. Dezember 2005 wurde die A aus dem Vergabeverfahren S ausgeschlossen. Zur Begründung hielt die Vergabebehörde fest, im Rahmen der Verhandlungen vom November 2005 habe sich wiederholt die Frage nach der Vertretungsvollmacht der S zu Gunsten der A gestellt. Am 23. November 2005 habe die S der Y schriftlich mitgeteilt, sie sei bereits per 31. Dezember 2004 aus der Bietergemeinschaft mit der A ausgetreten. Gestützt auf Abklärungen in der Literatur und die klare Rechtsprechung der BRK sehe sich die P veranlasst, die A aus dem Verfahren auszuschliessen. **D.** Die A erhebt für die Bietergemeinschaft A/S mit Eingabe vom 9. Januar 2006 - eingegangen am 17. Januar 2006 - Beschwerde gegen diese Ausschlussverfügung.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen für die aufschiebende Wirkung (Legitimation bei Arbeitsgemeinschaft)

Erwägungen:

Zur Legitimation (E. 3): Die Beschwerdeführerin hat binnen der bis zum 20. Februar 2006 erstreckten Frist weder eine Erklärung der S, wonach die beschwerdeführende Bietergemeinschaft nach wie vor bestehe, noch eine Vollmacht eingereicht. Dass die S aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden ist, geht aber auch aus den Akten hervor. So liegt ein Schreiben vom 23. November 2005 vor, in dem der Y auf deren Wunsch bestätigt wird, dass die konsortiale Zusammenarbeit mit der A per 31. Dezember 2004 endete und eine Bietergemeinschaft nicht mehr bestehe. Was die Beschwerdeführerin gegen die Gültigkeit dieser Erklärung vorbringt, schlägt nicht durch. Denn einerseits wurde das Schreiben nicht von J unterzeichnet, sondern enthält die Unterschriften von K und G, bei denen es sich offenbar um den Leiter bzw. kaufmännischen Leiter Industrial Solutions & Services handelt. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass dieses Schreiben vorab in elektronischer Form (als PDF-Beilage) von R an H (Konzerneinkauf Y) gesandt wurde, mit Kopie an J und L, also ausgerechnet von jener Person, die selbst die Beschwerdeführerin als einen der beiden internen Projektverantwortlichen auf Seiten von S bezeichnet und die seinerzeit den Fax vom 28. November 2003 an die BRK unterzeichnete, mit dem die S im vorhergehenden Beschwerdeverfahren fristgerecht bestätigte, dass sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft von A sei. Dass die Vergabebehörde während der Verhandlungen die Vertretungsbefugnis der S (erneut) überprüfte, nachdem sie diesbezüglich offenbar gewisse Zweifel hatte, lässt sich nicht beanstanden. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass die BRK nach dem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft auf die vorliegende Beschwerde mangels Legitimation nicht wird eintreten können. Damit dürfte auch feststehen, dass die Bietergemeinschaft A/S zu Recht aus dem Vergabeverfahren der P ausgeschlossen worden ist, so dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht kaum Aussichten auf Erfolg hätte, sofern auf sie eingetreten werden könnte. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft vergaberechtswidrig, zumal die A auch alleine die Eignungskriterien erfülle, kann nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang erinnert die Y zu Recht daran, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der S bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge. Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden.

Entscheid:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung vom 18. Januar 2006, mit welcher der Beschwerde vom 9. Januar 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Kosten: Mit Entscheid in der Hauptsache. 3. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 11. Mai 2006, BRK 2006-001 (vgl. 24.02.06 sowie auch 12.12.03)

Regeste: Zuschlag bzw. Ausschluss vom Vergabeverfahren; Legitimation

Sachverhalt:

A. Die Beschaffungsgemeinschaft P (X/Y), schrieb einen kombinierten Lieferauftrag für die Beschaffung von Fahrausweis-Ausgabegeräten im selektiven Verfahren öffentlich aus. Den 12 Antragstellern wurde das Ergebnis der Eignungsprüfung sowie die Namen der präqualifizierten Anbieter mitgeteilt. **B.** Die A erhob dagegen Beschwerde. Der Präsident der BRK forderte die A auf, innert 10 Tagen eine Erklärung der S nachzureichen, wonach diese nach wie vor bereit wäre, zusammen mit der A als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilzunehmen. Dies wurde durch die S bestätigt. Die BRK hiess die Beschwerde gut; die Verfügung der P betreffend Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren wurde insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft A/S nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Zur Begründung hielt die BRK insbesondere fest, nach Einsicht in die Unterlagen des Präqualifikationsverfahrens und Anhörung der Parteien habe sich ergeben, dass für die schlechte Benotung der Bietergemeinschaft beim Kriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ eine sachlich haltbare Begründung auch nicht ansatzweise erkennbar sei. Im Gegenteil sei aufgrund des Vergleichs mit den anderen Anbietern davon auszugehen, dass die erteilte Note (unter Berücksichtigung der Kooperation mit der S) eindeutig zu niedrig sei. **C.** Mit Verfügung vom 16. Dezember 2005 wurde die A aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Zur Begründung hielt die Vergabebehörde fest, in den Verhandlungen habe sich wiederholt die Frage nach der Vertretungsvollmacht der S zu Gunsten der A gestellt. Am 23. November 2005 habe die S der Y schriftlich mitgeteilt, sie sei bereits per 31. Dezember 2004 aus der Bietergemeinschaft mit der A ausgetreten. Die Vergabestelle sah sich (gestützt auf Literatur und Rechtsprechung) veranlasst, die A auszuschliessen. **D.** Dagegen erhebt A für die Bietergemeinschaft A/S Beschwerde. **G.** Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2006 weist der Präsident der BRK das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Am 7. März 2006 reicht die A eine als „Stellungnahme zur Zwischenverfügung vom 24.02.06“ bezeichnete Eingabe ein. Der Präsident der BRK teilt dieser mit, dass aufgrund dieser Eingabe kein Anlass bestehe, auf die Frage der aufschiebenden Wirkung zurückzukommen. Vorbehalten bleibe der das Verfahren abschliessende Entscheid durch die BRK in Dreierbesetzung. **H.** Mit Schreiben vom 1. Mai 2006 teilt die Y der BRK mit, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin am 7. April 2006 unterzeichnet wurde.

Rechtsfragen:

Legitimation bei Veränderungen einer Arbeitsgemeinschaft im Allgemeinen und nach Vertragsschluss im Speziellen.

Erwägungen:

1. Zur Legitimation im Allgemeinen (Erw. 1b): Zu ihrer als „Stellungnahme zur Zwischenverfügung vom 24.02.06“ bezeichneten Eingabe vom 7. März 2006 hat die A überdies eine Erklärung der S vom 22. Februar 2006 eingereicht, wonach diese bedauert, mitteilen zu müssen, dass sie auch nach nochmaliger Prüfung von einer Vollmachterteilung absieht. Es ist vorliegend somit davon auszugehen, dass ein Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert ist. **2. Zur Legitimation und dem Vertragsabschluss** (Erw. 2c): Die Frage ist für das Verfahren vor der BRK zu verneinen, kann es doch mit Bezug auf die Legitimation zu einem ordentlichen Rechtsmittel vernünftigerweise nicht davon abhängen, ob der Vertrag eventuell während des Beschwerdeverfahrens zustande kommt. Der Anspruch auf Sekundärrechtsschutz ist das alter ego desjenigen auf Primärrechtsschutz. Da es sich beim sekundären Vergaberechtsschutz um ein Substitut des primären handelt, kann in seinem Rahmen ein Schadenersatzanspruch nur dann begründet werden, wenn Primärrechtsschutz gegen die angefochtene Verfügung anzuordnen wäre, aber nicht mehr gewährt werden kann. Daraus ist zu folgern, dass auch die Frage der Legitimation nicht anders zu behandeln ist, ob es sich nun um primären oder sekundären Rechtsschutz handelt. Insofern sei lediglich angefügt, dass der Auffassung der A, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft vergaberechtswidrig, zumal die A auch alleine die Eignungskriterien erfülle, nicht gefolgt werden kann. In diesem Zusammenhang weist die Y in ihrer Vernehmlassung nämlich zutreffend darauf hin, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der S bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat. Wenn die A diesbezüglich heute etwas anderes behauptet, sei sie an ihre Aussagen im Beschwerdeverfahren betreffend Präqualifikation erinnert. Dort hat sie – mit Recht – gerügt, die P habe bei der Bewertung der Eignungskriterien nur die A berücksichtigt anstatt die ganze Bietergemeinschaft mit Einschluss der S, was namentlich für das Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gelte. LA führte an der öffentlichen Sitzung vom 12. Dezember 2003 überdies aus, der A sei die Grössenordnung des ausgeschriebenen Projekts bewusst gewesen und sie habe sich aus diesem Grund mit einem Partner zusammengetan. Seiner Meinung nach hätten sie eine Bietergemeinschaft gebildet, wie man es sich besser nicht wünschen könne: ein kleines innovatives Unternehmen kombiniert mit einem grossen finanzstarken Partner.

Entscheid:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. 2. Die Kosten des Verfahrens vor der BRK von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- verrechnet. Der überschüssige Betrag von Fr. 4'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025

Regeste: Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB vom 14. März 2005 für die E den Bauauftrag betreffend „Aufstockung und Instandsetzung Bürogebäude, Gesamtleistungswettbewerb“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Sowohl in der Ausschreibung als auch im Wettbewerbsprogramm wurde das erste Kriterium wie folgt formuliert: „Preis-/Leistungsverhältnis (Investitionskosten unter Einhaltung des Kostendachs, Pauschalangebot, Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge) 30%“. Die B bewarb sich und wurde neben 5 weiteren Totalunternehmerinnen zum Angebot eingeladen. Die B reichte ihr Projekt mit einem Pauschalpreis von Fr. 10'413'800.-- ein. Mit Jurybericht vom 1. September 2005 wurde vom Preisgericht beschlossen, 2 Anbieter, die B sowie die G zur Überarbeitung ihrer Angebote bis zum 30. September 2005 einzuladen. Fristgemäss reichte die B die überarbeitete Version ihres Projekts ein. Darauf kam es zu einer definitiven Angebotsvereinbarung, die entsprechende Variante mit dem Pauschalpreis von Fr. 12,1 Mio. wurde von der B am 18. Oktober 2005 eingereicht. Am 3. November 2005 (SHAB: 8. November 2005) wurde der Zuschlag an die G erteilt. **B.** Die B lässt mit Eingabe vom 28. November 2005 Beschwerde bei der BRK führen. Sie beanstandet insbesondere, dass in der 3. Stufe des Verfahrens (Überarbeitung der Angebote) die Anonymität aufgehoben worden sei, was gegen das Vergaberecht verstosse. Weiter sei dem Grundsatz, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen habe, nicht Rechnung getragen worden. Das Zuschlagskriterium „Preis-/Leistungsverhältnis“ (30%) sei offensichtlich nicht richtig angewendet worden, da die Beschwerdeführerin um Fr. 407'316.-- tiefer offeriert habe als die Konkurrentin. Die Vergabebehörde habe offensichtlich in ihrer Beurteilungsmatrix bei diesem Zuschlagskriterium auf einen Mix mit den Bewertungen aus den anderen Kriterien abgestellt und daraus einen nicht nachvollziehbaren Quotienten produziert. Dadurch werde diese Position von 30% nicht autonom beurteilt und die Beschwerdeführerin aufgrund falscher Sachverhaltsfeststellungen gleich zweimal bestraft, einmal bei der Bewertung des Preis-/Leistungsverhältnisses und einmal bei den übrigen Kriterien. Bemängelt wird auch Übermassensüberschreitung bzw. –missbrauch bei den anderen Zuschlagskriterien und Beurteilungsmatrix und Qualifikation im Jurybericht vom 24. Oktober 2005 widersprüchen sich teilweise.

Rechtsfrage:

1. Teilanonymer Gesamtleistungswettbewerb? 2. Mindestbewertung Preis beim Gesamtleistungswettbewerb?

Erwägungen:

1. Zur Anonymität (Erw. 2): Das öffentliche Vergaberecht, das Wettbewerbsverfahren eingeschlossen, ist vom Legalitätsprinzip beherrscht und somit zwingender Natur. Vorliegend war die Vergabebehörde somit nicht befugt, von Art. 48 Abs. 2 VoeB abzuweichen. Diese Bestimmung sieht die Aufrechterhaltung der Anonymität für das gesamte Wettbewerbsverfahren bis zur abgeschlossenen Beurteilung durch das Preisgericht und dessen Empfehlung an die Vergabebehörde vor, also inklusive einer allfälligen Überarbeitungsphase. Mit der in Art. 48 Abs. 2 VoeB genannten „Empfehlung“ kann nur die abschliessende Empfehlung des Preisgerichts angesprochen sein, welche bei einem Gesamtleistungswettbewerb auf Erteilung des Zuschlags lautet. Die erste „Empfehlung“ des Preisgerichts „für das weitere Vorgehen“ nach Abschluss der 2. Stufe kann demnach nicht als gemäss Art. 48 Abs. 2 VoeB zulässiger Zeitpunkt für die Aufhebung der Anonymität gelten. Die vorliegende Aufhebung des Anonymitätsgrundsatzes für die 3. Phase des Verfahrens war folglich vergaberechtswidrig. **2. Zum Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis, dessen Gewichtung sowie der Bewertung durch das Preisgericht** (Erw. 3): Die Vergabebehörde hätte dieses Kriterium zwingend konkretisieren und den Teilnehmern entsprechend mitteilen müssen. Das in Klammer beigefügte („Investitionskosten unter Einhaltung ...“) kann nicht als ausreichende Konkretisierung in diesem Sinn angesehen werden. Das aufgrund der relativen Gewichtung des ersten Zuschlagskriteriums (30%) in Kombination mit der verwendeten Formel zur Bewertung dieses Kriteriums dem Preis schlussendlich noch zugemessene geringe Gewicht (klar unter 10%) ist unter dem Gesichtspunkt des vergaberechtlichen Ziels der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel problematisch. Das von der Rechtsprechung genannte Mindestgewicht des Preiskriteriums von 20% ist vorliegend nicht annähernd erreicht. Auch bei Gesamtleistungswettbewerben geht es nicht an, dem Preis der Leistung (also dem Preis für die Ausführung des Projektes) ein geradezu unwesentliches Gewicht beizugeben. Die für die gewöhnlichen Beschaffungen herausgebildeten Grundsätze betreffend die Mindestgewichtung des Preises sind hier somit analog (wenn auch unter Umständen nicht mit der gleichen Strenge) zu beachten. Im Rahmen der Wiederholung des Verfahrens ist darauf zu achten, dass das Preisgericht nur durch Personen gebildet wird, die den Teilnehmern mitgeteilt worden sind und dass auch keine weiteren, nicht bekannt gegebenen Personen (z.B. Sachverständige) beigezogen werden. Das vorliegend ausgefertigte Protokoll ist (abgesehen davon, dass es nicht verdeutlicht, ob das Preisgericht selbst die Benotung vorgenommen hat) äusserst rudimentär und könnte jedenfalls den Anforderungen an ein „detailliertes“ Protokoll nicht genügen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Keine Verfahrenskosten und Rückerstattung Kostenvorschuss. 3. Parteienschädigung für Beschwerdeführerin von Fr. 10'000.-- zu Lasten der Vergabestelle. 4. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024 (Zwischenverfügung: 28.12.05)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Beschaffungsstelle schrieb den Auftrag betreffend das Pilotprojekt „Biometrie in Schweizer Reiseausweisen“ im offenen Verfahren öffentlich aus. **B.** Gegenstand des Lieferauftrags bildet gemäss Ausschreibung die Beschaffung von Erfassungs-, Verifikations- und Checkpointsystemen für biometrische Daten in Schweizer Reiseausweisen. Um den zukünftigen Anforderungen, insbesondere der Civil Aviation Organisation und der EU, gerecht zu werden, sollen in einem Pilotbetrieb Erfahrungen in der Herstellung und der Abgabe von Schweizer Reisepässen mit biometrischen Daten gesammelt werden. Das Pilotprojekt hat zum Ziel, den heute bestehenden Reisepass mit biometrischen Daten (Gesichtsbild und voraussichtlich zwei Fingerabdrücke) zu ergänzen. Die Beschwerdeführerin reichte am 27. Juni 2005 ein Angebot und am 15. September 2005 eine bereinigte Preisofferte ein. Der datierende Zuschlag an die S AG wurde im SHAB publiziert. **D.** Die Beschwerdeführerin lässt Beschwerde bei der BRK führen. **G.** Mit Zwischenverfügung der BRK vom 28. Dezember 2005 weist der Präsident der BRK das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, womit die am 24. November 2005 der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung dahinfällt. **H.** Gemäss Bestätigung vom 26. Mai 2006 hat die Vergabestelle den Vertrag mit der S AG inzwischen abgeschlossen.

Rechtsfragen:

Nachträgliche Relativierung der Anforderungen (E. 3)? Angebotsbewertung (E. 4). Vertraulichkeit (E. 5).

Erwägungen:

1. Zur Abänderung der Ausschreibungsunterlagen: Selbst wenn die andern Anbieter nicht (rechtzeitig) über ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes komplettes Testgerät verfügten und die Vergabebehörde einzig aus diesem Grund die Anforderungen entsprechend reduziert hat, würde dies keine unzulässige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bedeuten. Von einer dadurch herbeigeführten unzulässigen Benachteiligung der Beschwerdeführerin kann nicht die Rede sein. **Zum einen hat die Vergabestelle die entsprechende Anforderung allen Anbietern, auch der Beschwerdeführerin, gegenüber reduziert und ihnen dies im Einladungsschreiben für die Evaluationstests auch rechtzeitig bekannt gegeben.** Insoweit ist das Gleichbehandlungsgebot durchaus gewahrt worden. **Zum andern handelt es sich beim Verzicht auf die Lieferung und Installation des Gehäuses beim Testgerät um eine eher geringfügige Relativierung einer Anforderung an das Produkt,** die nicht das definitiv zu liefernde Checkpoint-System betrifft, sondern lediglich das für drei Monate zu liefernde Testgerät. Angesichts des doch untergeordneten Charakters des Gehäuses für den Testbetrieb des Checkpoint-Systems wäre der Ausschluss derjenigen Anbieter vom weiteren Verfahren, die allenfalls nicht in der Lage gewesen sein sollten, die verlangten Testgeräte zur Verfügung zu stellen, klar unverhältnismässig und somit unzulässig gewesen. Ein derart begründeter Ausschluss von Angeboten hätte überdies auch dem Grundsatz, wonach die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen sind, widersprochen. **2. Zur Bewertung der Angebote:** In Bezug auf die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallene Preisbewertung verkennt die Beschwerdeführerin, dass auch die Angebotspreise der übrigen Anbieter die Lieferung eines robusten und kompakten Hardwaresystems mit Gehäuse umfassen. Der Verzicht der Vergabebehörde auf das Gehäuse bezieht sich ausschliesslich auf den Testbetrieb, nicht aber auf die definitive Beschaffung bzw. Lieferung des Checkpoint-Systems. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Vergabestelle der Anregung der Beschwerdeführerin, eine weitere, den Preis betreffende Nachverhandlungsrunde durchzuführen, nicht entsprochen hat. Die Vergabebehörde prüfte das Ansinnen und entschied sich in der Folge vorab aus zeitlichen Gründen dafür, keine weitere Nachverhandlungsrunde bezüglich der Kosten mehr durchzuführen. Dieser Entscheid lag in ihrem Ermessensbereich, zumal eine Nachverhandlung über die Kosten bereits stattgefunden hatte. Die Beschwerdeführerin hatte von der Möglichkeit, eine Preisreduktion zu gewähren, allerdings keinen Gebrauch gemacht. **Ein Rechtsanspruch auf die von ihr nachträglich begehrte weitere Preisverhandlung bestand unter keinem Titel.** Die Zuschlagsempfängerin hat für die Preisreduktion, die vorab aus einer Erhöhung der gewährten Rabatte resultiert, keine Begründung geliefert, sondern im Begleitbrief zum Kostenblatt lediglich festgehalten, sie habe die Kosten erheblich senken können. **Zur Angabe von Gründen für ihre Preissenkung war sie indessen auch nicht verpflichtet.** Mithin steht zwar fest, dass die bei den technischen Zuschlagskriterien und namentlich beim Evaluationstest vorgenommenen Punkteabzüge nicht in allen Teilen gerechtfertigt erscheinen und die Beschwerdeführerin hier an sich besser zu bewerten gewesen wäre. **Auch die Maximalbewertung der Beschwerdeführerin bei den beanstandeten Kriterien hätte indessen nicht dazu geführt, dass der Zuschlag deswegen der Beschwerdeführerin zu erteilen gewesen wäre.** Insoweit erweisen sich die festgestellten Bewertungsfehler als nicht zuschlagsrelevant. **3. Zur Vertraulichkeit:** Unbegründet ist schliesslich die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des Grundsatzes der Vertraulichkeit (Verweis auf Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005).

Entscheid:

1. Die Beschwerde vom 22. November 2005 wird abgewiesen. 2. Die Kosten des Verfahrens vor der BRK von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- verrechnet. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet. 4. Mitteilungsziffer.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-022 (Zwischenentscheid: 12.12.05)

Regeste: commessa di servizio; aggiudicazione nella procedura libera

In fatto:

A. L'aggiudicatrice pubblicò sul FUSC un bando di concorso nell'ambito di una procedura libera di aggiudicazione relativa a una commessa di prestazioni di servizi concernente lo studio di fattibilità e di opportunità delle possibili varianti di tracciato della futura linea ferroviaria tra Lugano e Chiasso. **B.** Entro il termine scadente, sono state trasmesse 6 offerte. Con pubblicazione nel FUSC e lettere agli offerenti l'aggiudicatrice comunicò che la commessa era stata aggiudicata al consorzio C2, che ha presentato il miglior indice di economicità (punto 3.5 della decisione di aggiudicazione). **C.** Con lettera del 17 ottobre 2005, il ricorrente ha impugnato la decisione di aggiudicazione. **D.** Il Presidente della CRAP ha informato l'aggiudicatrice e il consorzio C2 dell'inoltro di un ricorso contro l'aggiudicazione, assegnando loro un termine fino al 28 ottobre 2005 per pronunciarsi sulla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo e fino al 7 novembre 2005 per pronunciarsi nel merito del gravame. Egli ha ordinato infine a titolo superprovvisorio di non intraprendere alcun atto esecutivo fino alla notifica della decisione sulla domanda di effetto sospensivo. **E.** Con lettera del 14 novembre 2005 il Presidente della CRAP ha ordinato all'aggiudicatrice di trasmettere i documenti mancanti, in particolare le offerte del ricorrente e dell'aggiudicatario, nonché il rapporto di valutazione delle offerte. **F.** Con lettera del 6 dicembre 2005 il Presidente della CRAP ha informato l'aggiudicatrice e il ricorrente di un possibile motivo di ricusa nei confronti del giudice M nella presente vertenza, ritenuto che tra i subappaltanti dell'aggiudicatario figura lo studio d'ingegneria di cui il padre del giudice M è titolare. Con lettera del 9 dicembre 2005 l'aggiudicatrice ha ricusato il giudice M. **G.** Con decisione incidentale il Presidente della CRAP ha accordato al ricorrente il diritto di consultare il rapporto di valutazione "Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie, ..." e ha confermato il divieto superprovvisorio di qualsiasi misura di esecuzione da parte dell'aggiudicatrice.

Domande giuridiche:

Doppio esame di idoneità (E. 3); valutazione dei criteri di aggiudicazione (E. 4).

In diritto:

1. Doppio esame di idoneità: La questione di un doppio esame di idoneità o della considerazione dell'idoneità migliore si pone tuttavia solo nell'ipotesi in cui l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri appartenenti materialmente all'idoneità sia stata effettuata illecitamente. Ciò non è il caso nella fattispecie, ritenuto che questa inclusione è considerata lecita dalla CRAP. Pertanto non risulta necessario decidere sulla validità di un sistema di valutazione che pone delle esigenze minime, il cui mancato raggiungimento determina l'eliminazione dell'offerta, in relazione ai criteri di aggiudicazione che materialmente sono dei criteri di idoneità. Se ipoteticamente, il committente avesse giudicato che il ricorrente adempiva i criteri di idoneità da 5 a 8 (risposta sì), e gli avesse poi assegnato una nota insufficiente per uno dei sottocriteri appartenenti ai criteri di aggiudicazione 3 o 4, avrebbe evidentemente agito in modo contraddittorio e conseguentemente arbitrario. La censura del ricorrente secondo cui il committente non ha indicato già nei documenti del bando il metodo che intendeva applicare per valutare concretamente le offerte in relazione al sottocriterio di aggiudicazione 5a, non è fondata. Il ricorso è infondato nella misura in cui invocare una cattiva constatazione dei fatti. **2. Valutazione dei criteri di aggiudicazione:** La facoltà del committente di escludere un'offerta che non adempie o adempie solo in modo imperfetto le condizioni del bando di concorso, deve essere esercitata nel rispetto del principio della proporzionalità e conformemente al divieto di formalismo eccessivo. Pertanto una condizione non adempiuta o non sufficientemente adempiuta su un punto minore comporta unicamente una penalità corrispondente nell'assegnazione delle note. Questa giurisprudenza della CRAP resa in materia di conformità dell'offerta all'oggetto della commessa, vale *a fortiori* per quel che concerne la valutazione dell'offerta rispetto ai criteri di aggiudicazione. Ne discende che, benché la struttura organizzativa presentata dal ricorrente fosse relativamente sommaria, essa risultasse accettabile, potendo dedurre che la catena di comando in seno al consorzio avrebbe funzionato almeno in modo sufficiente. Pertanto il peso relativo del sottocriterio 5a è unicamente del 4% nella determinazione del valore d'uso. Qualora un criterio sia dotato di un peso relativo così debole, prevedere che una nota "insufficiente" implichi un'eliminazione automatica è insostenibile avuto riguardo al principio della proporzionalità. Una decisione è arbitraria se è insostenibile non solo nella sua motivazione, ma anche nel suo risultato. Occorre quindi esaminare se le note attribuite agli altri criteri contestati dal ricorrente ravvisano un eccesso o un abuso del potere di apprezzamento da parte del committente. **Riassumendo, l'interpretazione e l'applicazione dei criteri applicati dal committente per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa non possono essere ricostruite chiaramente.** Tenuto conto delle motivazioni laconiche fornite dal committente, è impossibile per la CRAP comprendere, e *a fortiori* verificare, se le note attribuite all'offerta del ricorrente e a quella dell'aggiudicatario riguardanti i criteri di aggiudicazione 2, 3a, 4a, b, 5a-c sono giustificate o costituiscono un eccesso o un abuso del potere di apprezzamento. Così agendo il committente ha violato l'obbligo di trasparenza e ricostruibilità che ne deriva.

Decisione:

1. Il ricorso del 17 ottobre 2005 è accolto ai sensi dei considerandi. La decisione di aggiudicazione è annullata. L'incanto è rinviato alla aggiudicatrice per un nuovo esame ai sensi del considerando 5. 2. Niente spese e restituzione anticipo. 3. L'aggiudicatrice verserà al ricorrente la somma di Fr. 3'000.- a titolo di ripetibili. 4. Notificazione.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-023 (vgl. 2005-022)

Regeste: commessa di servizio; aggiudicazione nella procedura libera

In fatto:

A. L'aggiudicatrice pubblicò sul FUSC un bando di concorso nell'ambito di una procedura libera di aggiudicazione relativa a una commessa di prestazioni di servizi concernente lo studio di fattibilità e di opportunità delle possibili varianti di tracciato della futura linea ferroviaria tra Lugano e Chiasso. **B.** Entro il termine scadente, sono state trasmesse 6 offerte. Con pubblicazione nel FUSC e lettere agli offerenti l'aggiudicatrice comunicò che la commessa era stata aggiudicata al consorzio C2, che ha presentato il miglior indice di economicità (punto 3.5 della decisione di aggiudicazione). **C.** Con lettera del 18 ottobre 2005, il ricorrente ha impugnato la decisione di aggiudicazione. **D.** Con scritto del 18 ottobre 2005 il Presidente della CRAP ha informato l'aggiudicatrice e il consorzio C2 dell'inoltro di un ricorso contro l'aggiudicazione, assegnando loro un termine fino al 28 ottobre 2005 per pronunciarsi sulla richiesta di concessione dell'effetto sospensivo e fino al 7 novembre 2005 per pronunciarsi nel merito del gravame. Egli ha ordinato infine a titolo superprovvisorio di non intraprendere alcun atto esecutivo fino alla notifica della decisione sulla domanda di effetto sospensivo. **E.** Con lettera del 14 novembre 2005 il Presidente della CRAP ha ordinato all'aggiudicatrice di trasmettere i documenti mancanti, in particolare le offerte del ricorrente e dell'aggiudicatario, nonché il rapporto di valutazione delle offerte. **F.** Il Presidente della CRAP ha informato l'aggiudicatrice e il ricorrente di un possibile motivo di ricusa nei confronti del giudice M nella presente vertenza, ritenuto che tra i subappaltanti dell'aggiudicatario figura lo studio d'ingegneria di cui il padre del giudice M è titolare. L'aggiudicatrice ha ricusato il giudice M. **G.** Con decisione incidentale del 12 dicembre 2005, il Presidente della CRAP ha accordato al ricorrente il diritto di consultare il rapporto di valutazione "Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie, ..." e ha confermato il divieto superprovvisorio di qualsiasi misura di esecuzione da parte dell'aggiudicatrice.

Domande giuridiche:

Criteri di idoneità (E. 3); criteri di aggiudicazione (E. 4).

In diritto:

1. Criteri di idoneità: La CRAP rileva innanzitutto una forte similitudine, se non anche un'identità, tra il criterio di idoneità 2 contestato e i suoi giustificativi, da un lato, e i giustificativi relativi ai criteri di aggiudicazione 3a e 3c, d'altro lato. Il criterio di idoneità 2 ("ottime conoscenze del territorio da parte del capoprogetto o del suo sostituto") è valutato secondo i giustificativi "referenze personali – Tabella 3". I criteri di aggiudicazione 3a e 3c ("personale chiave – capoprogetto", "sostituto capoprogetto") sono verificati sulla base delle "Competenze, qualifiche ed esperienza, conoscenza del territorio, disponibilità (vedi anche documentazione d'offerta, tabella 3)". Ora, la distinzione tra i criteri di idoneità e di aggiudicazione precitati era più apparente che reale, come lo dimostrano i mezzi di prova per lo più identici utilizzati per la verifica dei suddetti criteri, l'unica differenza consistendo nella considerazione ulteriore della "disponibilità" ("impiego percentuale nel progetto") nell'ambito dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c. In una commessa di servizi concernenti una prestazione intellettuale, dove il committente considera gli elementi derivanti materialmente dall'idoneità allo stadio dell'aggiudicazione della commessa, il fatto che dei giustificativi identici siano utilizzati per la verifica di taluni criteri di idoneità e di aggiudicazione deve risultare chiaramente dalla documentazione del bando di concorso. Se è vero che il committente deve esprimere chiaramente i giustificativi che richiede per verificare l'idoneità degli offerenti o la qualità dell'offerta, risulta pur tuttavia che le indicazioni brevi e ambigue date nel caso in esame dal medesimo rientrano ancora entro i limiti – inferiori – richiesti dal principio della trasparenza e dalle norme legali che ne discendono. Non vi è pertanto violazione del principio della trasparenza per questo motivo. **2. Criteri di aggiudicazione:** La CRAP ritiene che il fatto di aver proceduto alla valutazione integrale dell'offerta del ricorrente non è, di per sé, contraddittorio con un'idoneità insufficiente del medesimo per quel che concerne il criterio 2. Inversamente, ciò non significa tuttavia che alla valutazione effettuata dal committente debba essere sistematicamente negato qualsiasi ruolo, indipendentemente dalle circostanze del caso in esame. La CRAP non comprende il motivo per cui la sola disponibilità sufficiente del capoprogetto avrebbe permesso di migliorare a tal punto l'esperienza giudicata insufficiente del capoprogetto relativa a mandati analoghi di genio civile in Ticino in modo da permettere di passare da un'idoneità insufficiente (secondo il criterio 2) a una nota sufficiente secondo il criterio di aggiudicazione 3a. Pertanto la CRAP non può stabilire come mai l'idoneità insufficiente del sostituto secondo il criterio 2 abbia potuto trasformarsi in una nota sufficiente secondo il criterio di aggiudicazione 3c. Ne discende che, alla luce della quasi fusione operata dal committente tra la valutazione del criterio di idoneità 2 e quella dei criteri di aggiudicazione 3a e 3c, l'incarto di aggiudicazione della commessa non contiene indicazioni sufficienti che permettano di ricostruire in modo certo e non contraddittorio le ragioni che hanno condotto il committente a valutare in modo insufficiente l'idoneità del capoprogetto e del suo sostituto del ricorrente ai sensi del criterio di idoneità 2.

Decisione:

1. Il ricorso del 18 ottobre 2005 è accolto ai sensi dei considerandi. La decisione di aggiudicazione è annullata. L'incarto è rinviato all'aggiudicatrice per un nuovo esame ai sensi del considerando 5. 2. Niente spese e restituzione anticipò. 3. L'aggiudicatrice verserà al ricorrente la somma di Fr. 3'000.- a titolo di ripetibili. 4. Notificazione.

Zwischenentscheid vom 20. Juni 2006, BRK 2006-003

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; Gesuch um Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel "VP Uri Berg lang - Axen" die Planungs- und Ingenieurarbeiten für die Phase Vorprojekt im offenen Verfahren öffentlich aus. In der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben. Ebenso wurden Angaben zur Bewertung gemacht. Die Beschwerdeführerinnen (Ingenieurgemeinschaft) reichten am 23. November 2005 fristgerecht eine Honorarofferte für die ausgeschriebenen Planungs- und Ingenieurarbeiten ein. Am 10. März 2006 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte sie der Beschwerdeführerinnen mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können. Der Zuschlag wurde im SHAB veröffentlicht. **B.** Mit Eingabe vom 10. April 2006 erheben die Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch die H AG, Beschwerde bei der BRK.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Erw. 2 f.) und der Akteneinsicht (Erw. 4)?

Erwägungen:

Zur aufschiebenden Wirkung: Aus der amtlichen Zuschlagspublikation geht hervor, dass eine Preisspanne zwischen Fr. 1'240'084.-- und Fr. 3'596'596.-- bestanden hat. Im Schreiben an die Beschwerdeführerinnen wurden die wichtigsten Gründe für deren Nichtberücksichtigung aufgezählt. Zudem wurden ihnen anlässlich einer Besprechung verschiedene Punkte erläutert. Hauptsächlich wurde ihnen die Bewertung ihres Angebots anhand der Zuschlagskriterien bekannt gegeben und die Abzüge erklärt; kurz erläutert wurden auch die wesentlichen Vorteile des berücksichtigten Angebots. Mit Schreiben wurde ihnen daraufhin noch mitgeteilt, dass sich ihr Angebot im Rahmen des Preises des berücksichtigten Angebots bewege. Die Vergabestelle ist damit ihrer gesetzlichen Begründungs- und Auskunftspflicht grundsätzlich in ausreichendem Mass nachgekommen. Der Einwand, die Begrenzung (auf die Tiefstnote 1) ergebe sich nicht aus der angegebenen Formel, ist zwar richtig, die Vergabestelle hat aber die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Formel nach unten klar kommuniziert. Die entsprechenden Konsequenzen des vorgesehenen Bewertungssystems für die Zuschlagserteilung waren für die interessierten Unternehmer aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres erkenn- und beurteilbar. Infolgedessen wären die Beschwerdeführerinnen verpflichtet gewesen, bereits die öffentliche Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten und die behauptete Unzulässigkeit der vorgesehenen Preisbewertungsmethode zu rügen. Der Standpunkt der Beschwerdeführerinnen, sie hätten keinen Anlass gehabt, die Ausschreibung anzufechten, da sie davon hätten ausgehen können, dass die in die Bewertung einbezogenen Angebote innerhalb der Preisspanne von 100 – 150 % liegen würden und deshalb die Bemerkung, die Note 1 würde als Untergrenze betrachtet, gar keine Rolle spielen würde, ist objektiv nicht nachvollziehbar. Die Ausschreibung enthält keinerlei Hinweise darauf, dass nur diejenigen Angebote, die maximal 50% über dem preisgünstigsten Angebot liegen, in die Preisbewertung miteinbezogen würden. Die Zuschlagsempfängerinnen weisen im Übrigen zu Recht darauf hin, dass bei Projektierungsarbeiten - anders als beispielsweise bei Bauarbeiten - Preisunterschiede von 200 % und mehr durchaus üblich sind. Der Evaluationsbericht (Vergabeantrag) selbst enthält zwar keine detaillierten Angaben zu den Bewertungen, sondern nennt lediglich die bei den Zuschlags- bzw. Teilkriterien jeweils erhaltene Punktezahl. Die Vergabestelle hat indessen eine Tabelle erstellt, in der die Gründe für die vorgenommenen Abzüge stichwortartig festgehalten sind. Die jeweils angegebenen Begründungen sind zwar recht knapp ausgefallen, indessen inhaltlich nachvollziehbar. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt damit zum Schluss, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen entweder offensichtlich unbegründet oder von der Rekurskommission nicht bzw. - im Fall der gerügten Preisbewertungsmethode - nicht mehr überprüfbar sind. **Zur Akteneinsicht:** Die Beschwerdeführerinnen beantragen unter dem Titel Akteneinsicht zunächst lediglich die Bekanntgabe des Preises des berücksichtigten Angebots; erst anschliessend sei ihnen gegebenenfalls weitere Akteneinsicht zu gewähren. Die Vergabestelle stimmte einer Akteneinsicht in den vorgängig zu anonymisierenden Evaluationsbericht ausdrücklich zu. Es kann entsprechend Einsicht in den anonymisierten Vergabeantrag sowie die (materiell Teil des Evaluationsberichts darstellende) tabellarische Zusammenstellung vom 20. Dezember 2005 gewährt werden. Die Namen der Anbieter sind dabei unkenntlich zu machen. Damit wird dem Antrag, es sei ihnen der Preis des berücksichtigten Angebots bekannt zu geben, ebenfalls entsprochen. Begehren die Beschwerdeführerinnen Einsicht in weitere Verfahrensakten, haben sie ein entsprechend spezifiziertes Gesuch zu stellen.

Entscheid:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Dem Akteneinsichtsgesuch wird im Sinne der Erwägungen entsprochen und ihnen Einsicht in den anonymisierten Evaluationsbericht/Vergabeantrag gewährt. 3. Den Beschwerdeführerinnen wird eine Frist angesetzt, um zu den Vernehmlassungen Stellung zu nehmen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid. 5. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 26. Juni 2006, BRK 2005-004

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Die Vergabebehörde B schrieb im SHAB den Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel „Imperia Migration CD Bund“ im offenen Verfahren öffentlich aus. Sie erstellte dafür zusammen mit einer privaten Beratungsfirma das Pflichtenheft. Darin wurde Folgendes erwähnt: „Im Vorfeld zur aktuellen WTO-Ausschreibung wurde die Firma S GmbH, vom B zur Erarbeitung einer Richtofferte beigezogen, um eine ungefähre Aufwandschätzung vornehmen zu können. (...) Das dabei erworbene Wissen wird den übrigen Anbietern im Rahmen dieser Ausschreibung mit den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen vollumfänglich zur Verfügung gestellt.“ Im SHAB wurde die Zuschlagserteilung an die S GmbH bekannt gegeben. Der Beschwerdeführerin wurde der Zuschlag überdies mit einem entsprechenden Orientierungsschreiben vom 30. März 2006 mitgeteilt. **B.** Mit Eingabe vom 13. April 2006 an die BRK lässt letztere gegen den erfolgten Zuschlag fristgemäss Beschwerde führen. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 18. April 2006 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Rechtsfragen:

Unter welchen Voraussetzungen muss eine Vorbefassung zu einem Verfahrensausschluss führen (E. 2 ff.)?

Erwägungen:

Zur Vorbefassung: Mit der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass die Erstellung der Richtofferte durch die Zuschlagsempfängerin zu einer Vorbefassung derselben führte. Es stellt sich die Frage, ob diese Vorbefassung zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin bzw. dazu hätte führen müssen, dass diese gar nicht als Anbietende zum vorliegenden Vergabeverfahren hätte zugelassen werden dürfen. Nach Art. VI Ziff. 4 ÜoeB dürfen Vergabestellen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Das Vergaberecht des Bundes weist mit Bezug auf die Problematik der Vorbefassung keine eigene positivrechtliche Regelung auf. Die im Bundesbeschaffungsrecht geltenden wesentlichen Grundsätze im Bereiche der Regeln über die Vorbefassung können direkt der vorzitierten Bestimmung des Staatsvertragsrechts entnommen werden. Es geht in materieller Hinsicht darum, dass der Beizug von privatem Wissen für die Vorbereitung des Submissionsverfahrens nicht den Wettbewerb unter den Anbietenden „ausschalten“ darf. Letztlich geht es bei den Vorbefassungsregeln um eine spezielle Form der Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes von Seiten der Vergabebehörde gegenüber den Anbietenden. Art. VI Ziff. 4 ÜoeB macht aber auch klar, dass nicht jede Vorbefassung zu einem Verbot der Teilnahme am Submissionsverfahren durch den Anbietenden führt, welcher der Vergabebehörde im Hinblick auf das Beschaffungsverfahren „Ratschläge“ erteilt hat. Vielmehr muss diese Zusammenarbeit des betreffenden Anbietenden mit der Vergabebehörde einen qualifizierten Einfluss auf den Wettbewerb ausüben. Solange das Vorliegen eines Wissensvorsprunges bzw. eines daraus fließenden Wettbewerbsvorteils des vorbereiteten Anbietenden gegenüber seinen Mitkonkurrenten nicht erwiesen ist oder wenn ein solcher nicht zumindest ernsthaft in Betracht fällt, steht die Vorbefassung der Teilnahme des betreffenden Anbietenden und gegebenenfalls der Berücksichtigung seines Angebotes durch Zuschlagserteilung submissionsrechtlich nichts entgegen. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht auch darin, dass die Beweislast für das Vorliegen eines behaupteten Wettbewerbsvorteils aus der geltend gemachten Vorbefassung nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbereiteten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Aufklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten obliegt, der sich vom Ausschluss des vorbereiteten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht. Die Beschwerdeführerin hat vorliegend nicht mit Bestimmtheit behauptet bzw. nicht näher dargelegt, dass die Zuschlagsempfängerin aus der geltend gemachten Vorbefassung tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat. Damit hat sie auch darauf verzichtet, den Ausführungen der Vergabebehörde in den Vernehmlassungen zu widersprechen, wonach die Zuschlagsempfängerin durch die von der Beschwerdeführerin beanstandete Richtofferte keinen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietenden erlangt habe. Mangels Bestreitung durch die Beschwerdeführerin hat die BRK davon auszugehen, dass diese Darstellung der Vergabebehörde zutrifft. Daran ändert auch der im vorliegenden Verfahren grundsätzlich geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) nichts, da dieser die Mitwirkung der Beschwerdeführerin voraussetzt (Art. 13 VwVG). In ihrer Beschwerde hat die Beschwerdeführerin keinen Wissensvorsprung der Zuschlagsempfängerin geltend gemacht, sondern nur vage behauptet, diese verfüge über einen unzulässigen Konkurrenzvorteil, ohne einen solchen näher zu begründen. Beim heute vorliegenden Aktenstand ist folglich davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zur Beschwerdeführerin keinen relevanten Wissensvorsprung und erst recht keinen Wettbewerbsvorteil erzielte, welche im erwähnten Sinne zu einer qualifizierten Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und mithin zu einem Verbot der Teilnahme am Vergabeverfahren geführt hätten.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und der veröffentlichte Zuschlag bestätigt. 2. Die Kosten des Verfahrens vor der BRK von Fr. 1'800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- verrechnet. 3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet. 4. Mitteilungsziffer.

Zwischenverfügung vom 22. August 2006, BRK 2006-011

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle einen Auftrag betreffend „Vorbereitungsarbeiten für den Trasseebau im Abschnitt Gotthard Nord: Abhumusieren, Transportpisten, Werkleitungsumlegungen, Gebäudeabbrüche etc.“ im offenen Verfahren öffentlich aus. In der Ausschreibung hat die Vergabestelle unter anderem folgende Eignungskriterien bekannt gegeben: Erfahrung im Tief- und Werkleitungsbau und Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten. Als Nachweise wurden unter anderem gefordert: Geräteliste für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten sowie für grossflächige Kulturerdarbeiten und je 2 Referenzen für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten sowie für grossflächige Kulturerdarbeiten. Neben anderen Anbietern reichte auch die Beschwerdeführerin eine Offerte ein. Am 1. Juni 2006 (Publikation im SHAB vom 20. Juni 2006) wurde der Zuschlag von der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin vergeben. **B.** Die Beschwerdeführerin lässt mit Eingabe vom 7. Juli 2006 Beschwerde bei der BRK führen. **C.** Mit Präsidialverfügung vom 10. Juli 2006 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Die Vergabestelle lässt in ihrer Vernehmlassung vom 26. Juli 2006 beantragen, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. **E.** Mit - unaufgefordert eingereichter - Eingabe vom 16. August 2006 lässt die Beschwerdeführerin unter anderem ergänzen, dass die Zuschlagsbehörde in ihrer Vernehmlassung die Vermutung der Beschwerdeführerin bestätigt habe, dass die Zuschlagsempfängerinnen keine Referenzen für grossflächige Kulturarbeiten hätten vorlegen können.

Rechtsfragen:

1. Aufschiebenden Wirkung insbesondere rechtliches Gehör (Erw. 4) und Eignung (Erw. 5) 2. Akteneinsicht (Erw. 6).

In Erwägung, dass:

1. Zur aufschiebenden Wirkung: Wann die Begründung vom 4. Juli 2006 bei der Beschwerdeführerin eingegangen ist, ist nicht bekannt; es ist aber davon auszugehen, dass dies noch vor Ablauf der Beschwerdefrist (am 10. Juli 2006; Publikation des Zuschlags am 20. Juni 2006) geschah. Obwohl nicht viel Zeit verblieb, hätte die Beschwerdeführerin diese Begründung in die Beschwerde an die BRK vom 7. Juli 2006 (oder eine allfällige Ergänzung hierzu bis zum 10. Juli 2006) einbringen können, falls sie dagegen Einwände gehabt hätte (was vermutlich nicht der Fall war, da sie lediglich die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen anzweifelt). Eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde war damit nicht zu gewähren. Auch die allgemein geltenden Voraussetzungen für eine Beschwerdeergänzung lagen nicht vor. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung wird nach der Praxis der BRK nicht durchgeführt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann das publizierte Eignungskriterium bzw. der verlangte Nachweis nicht so verstanden werden, dass die Referenzen zwingend eine dem ausgeschriebenen Projekt entsprechende Grössenordnung aufzuweisen hätten. Die Vergabebehörde durfte sich durchaus mit Referenzen begnügen, welche einen kleineren Umfang aufwiesen. Ebenfalls ist mit der Vergabebehörde einig zu gehen, dass es wohl angesichts des Ziels des Vergaberechts der Stärkung des Wettbewerbs fragwürdig wäre zu verlangen, dass die Bewerber bereits Arbeiten in einer gleichen oder doch ähnlichen Dimension durchgeführt haben, wie für das ausgeschriebene Grossprojekt zu erbringen. Massgeblich ist vorliegend, dass aus den Referenzen geschlossen werden konnte, dass die Bewerberin fähig ist, Arbeiten im ausgeschriebenen Mengenbereich auszuführen. Bloss kleinräumige Abhumusierungsarbeiten würden zwar - schon nach dem Wortlaut des Eignungskriteriums - hierzu nicht genügen. Es liegt aber im Ermessen der Vergabebehörde darüber zu befinden, wie gross der Bereich der in den Referenzprojekten ausgeführten Kulturerdarbeiten sein muss, damit eine Referenz dem von ihr verlangten Nachweis genügt, mithin wie sie den Begriff „grossflächig“ auslegen wollte. In dieses Ermessen der Vergabestelle hat die BRK nicht einzugreifen, und es ist namentlich nicht an der BRK zu definieren, welche Kriterien eine Referenz genau zu erfüllen hat. Diese Beurteilung der Referenzen durch die Vergabebehörde ist nicht zu beanstanden. Die zitierten Referenzen umfassen zwar - nach den nicht in Zweifel zu ziehenden Angaben der Vergabebehörde in der Vernehmlassung zur Grössenordnung der Referenzprojekte - Kulturerdarbeiten geringeren Ausmasses, als sie für das Ausschreibungsprojekt zu bewältigen sind, aber doch auch nicht bloss kleinräumige Arbeiten. Auch die Anforderung „Referenzen für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten“ wurde nicht näher definiert und die Vergabestelle hat sich betreffend die nötigen Referenzen einen relativ grossen Interpretationsspielraum offen gelassen. Die prima-facie-Würdigung führt somit zum Schluss, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. **2. Zur Akteneinsicht:** Was den Vergabeantrag anbelangt, ist angesichts des Themas des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (Eignung der Zuschlagsempfängerin), der Beschwerdeführerin eine Einsicht nur insofern zu gewähren, als er die Eignungsprüfung betrifft, nicht aber in Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriterien.

verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung vom 10. Juli 2006, mit welcher der Beschwerde vom 7. Juli 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Der Beschwerdeführerin wird mit Frist bis zum 15. September 2006 Einsicht in die in E. 6b genannten Akten gewährt. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen: im Rahmen des Endentscheides. 4. Mitteilungsziffer.

Zwischenverfügung vom 28. August 2006, BRK 2006-010

Regeste: Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren; aufschiebende Wirkung

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen...“ im selektiven Verfahren öffentlich aus. Das Projekt wurde nach Regionen in 8 Teilprojekte aufgeteilt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde festgelegt: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“ Die S reichte die Bewerbungsunterlagen zur Präqualifikation für das Teilgebiet 31 ein. Ihr wurde mitgeteilt, dass sie für das Teilgebiet 31 neben 3 anderen Büros präqualifiziert worden sei. **B.** Hingegen wurde der CTL, welche sich unter anderem ebenfalls für das Teilprojekt 31 beworben hatte mitgeteilt, dass das Büro CIC, bereits für das Teilprojekt 12 präqualifiziert worden sei und aus diesem Grund auf das Angebot der CTL für das Teilgebiet 31 nicht mehr eingetreten werden könne. Dagegen erhob die CTL Beschwerde mit dem Antrag der Aufhebung dieser Verfügung. Mit Entscheid vom 27. Januar 2006 hiess die BRK die Beschwerde gut, hob die Verfügung der Vergabestelle betreffend Präqualifikation (Teilprojekt Nr. 31) auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück. In den Erwägungen wies die BRK die Vergabestelle an, einen neuen Entscheid betreffend Teilnehmerauswahl für das Teilprojekt Nr. 31 zu fällen und dabei die CTL ebenfalls zu präqualifizieren. **C.** Mit Schreiben vom 19. August 2005 teilte die Vergabestelle den übrigen präqualifizierten Bewerbern mit, dass gegen die Präqualifikationen mehrere Rekurse eingegangen seien und das weitere Verfahren dadurch verzögert werde. Am 31. März 2006 wurden die präqualifizierten Firmen (so u.a. die S und die CTL) zur Einreichung eines Angebots eingeladen. Zudem wurde darüber informiert, dass das Teilprojekt 31 in 3 Teillose unterteilt worden sei (31.1 Uri; 31.2 Zug - Schwyz; 31.3 Ticino), wobei es den Anbietern frei stehe, Angebote für ein oder mehrere Lose einzureichen und die gleichzeitige Bearbeitung mehrerer Lose möglich sei. Am 12. April 2006 fand eine Informationsveranstaltung statt und am 24. April 2006 beantwortete die Vergabestelle schriftlich verschiedene Fragen der Bewerber. U.a. wurden die für die verschiedenen Teilprojekte präqualifizierten Bewerber aufgelistet, so für das Teilprojekt 31 mit der zusätzlichen Zulassung der CTL neu insgesamt 5 Firmen. Mit Verfügung vom 6. Juni 2006 erteilte die Vergabestelle u.a. der CTL den Zuschlag für die Lose 31.1 und 31.2. **D.** Mit Eingabe vom 3. Juli 2006 erhebt die S gegen die Nichtberücksichtigung ihres Angebots für das Los 31.1 Beschwerde.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Erw. 2 ff.) und die Akteneinsicht (Erw. 5).

In Erwägung, dass:

1. Zur aufschiebenden Wirkung: Dass die Vergabestelle keine neue Verfügung erliess betreffend Präqualifikation, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht beanstandet werden. Aufgrund des rechtskräftigen Entscheids der BRK vom 27. Januar 2006 erübrigte sich *betreffend die Präqualifikation der CTL* eine Verfügung der Vergabestelle von vornherein. Die Rückweisung zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen der BRK zielte wie gesagt darauf ab, der Vergabestelle das weitere Vorgehen zu überlassen. Nachdem sich die Vergabestelle dazu entschloss, die CTL zusätzlich zu den bereits selektionierten Bewerbern zuzulassen, ohne bereits präqualifizierte Anbieter nachträglich auszuschliessen, erübrigte sich eine neue Verfügung zur Präqualifikation. Eine solche hätte denn auch nichts enthalten, was nicht bereits rechtskräftig entschieden worden wäre und wäre damit gar nicht mehr anfechtbar gewesen. Zusammenfassend wurde die Frage, ob die CTL als eigenständige Anbieterin anzusehen ist, mit dem Entscheid der BRK bereits rechtskräftig - und bejahend - beantwortet. Gegenüber der Situation, welche die BRK bereits zu prüfen hatte, haben sich - wie auch die Vergabebehörde geltend macht - keine neuen Tatsachen ergeben, welche an der Zulassung der CTL zum Vergabeverfahren bzw. an der Feststellung von deren Eignung etwas zu ändern vermöchten bzw. welche im Rahmen des Zuschlagsentscheides noch einen Ausschluss der CTL rechtfertigen würden. Die (weiteren) Ausführungen der Beschwerdeführerin zur mangelnden Eignung der Zuschlagsempfängerin sind ebenfalls offensichtlich nicht stichhaltig. Die prima-facie-Würdigung führt somit zum Schluss, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, insoweit als auf diese überhaupt eingetreten werden kann. **2. Zur Akteneinsicht:** Die Akteneinsicht kann gewährt werden in die Bewertung der Eignung der CTL im Zusammenhang mit dem (ursprünglichen) Präqualifikationsentscheid der Vergabestelle, da insofern keine Geheimhaltungsgründe bestehen. Ohne weiteres möglich ist zudem die Einsicht in den Entscheid der BRK vom 27. Januar 2006 betreffend die Beschwerde der CTL. Ein neuer Entscheid seitens der Vergabestelle über die Präqualifikation der CTL existiert hingegen nicht. In die Bewerbungen bzw. Angebote der CSD-Gesellschaften kann die Akteneinsicht hingegen aufgrund der überwiegenden Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Anbieter nicht gewährt werden.

verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung vom 4. Juli 2006, mit welcher der Beschwerde vom 3. Juli 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Der Beschwerdeführerin wird mit Frist bis zum 15. September 2006 Einsicht in die in E. 5b genannten Akten gewährt. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen: im Rahmen des Endentscheides. 4. Mitteilungsziffer.

Entscheid vom 11. September 2006, BRK 2006-008 vgl. BRK 2005-016

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel "Los 151, Tunnel Erstfeld" Tunnelbauarbeiten im offenen Verfahren öffentlich aus. Am 11. August 2005 erteilte sie den Zuschlag. Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess die BRK mit Entscheid vom 13. Februar 2006 gut, soweit sie darauf eintrat. Sie hob die Zuschlagsverfügung auf und wies die Sache zur Neuerteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück. **B.** Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Mai 2006 mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können. Die Vergabe sei entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien und der gemäss dem Entscheid der BRK vom 13. Februar 2006 vorgenommenen Neuerteilung erfolgt. Ausschlaggebend für den Zuschlag sei insbesondere der Preis des berücksichtigten Angebots gewesen. Der Zuschlag wurde im SHAB veröffentlicht. **C.** Dagegen wurde mit Eingabe vom 26. Mai 2006 Beschwerde erhoben.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen eines reformatorischen oder kassatorischen (Rückweisung) Entscheides durch die BRK.

In Erwägung, dass:

Vorab ist festzustellen, dass die Vergabestelle sich strikte darauf beschränkt hat, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich als unklar beanstandete Punkte näher zu prüfen. Die BRK hat in ihrem Entscheid vom 13. Februar 2006 u.a. diejenigen Punkte aufgeführt, die der Vergleichbarkeit der Angebote offensichtlich entgegenstanden, und die im Rahmen der Neuerteilung in jedem Fall zu prüfen waren. Um eine abschliessende Aufzählung, welche die Vergabestelle von der Notwendigkeit einer umfassenden Prüfung des Globalangebots auf sämtliche damit verbundenen möglichen Risiken entband, handelte es sich dabei nicht. **Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe der BRK als Rechtsmittelinstanz sein, anstelle der zuständigen Vergabebehörde sämtliche für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände zu ermitteln.** Die BRK hat in ihrem Entscheid klar auf die Notwendigkeit einer ernsthaften und vertieften Auseinandersetzung mit dem Globalangebot hingewiesen und zusammenfassend festgehalten, dass die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, angesichts des damit verbundenen hohen Kostenrisikos das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Vergabestelle die ihr mit dem Rückweisungsentscheid der BRK eröffnete Möglichkeit, das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin umfassend und gründlich auf die damit verbundenen Risiken zu prüfen, wahrnimmt. Insofern erscheint die Aussage der Vergabestelle, sie habe keinen Anlass gehabt, über die Erwägungen der Rekurskommission hinausgehende Abklärungen durchzuführen, reichlich fragwürdig. Nicht nachvollziehbar und unrealistisch erscheint hingegen die nicht näher belegte bzw. dokumentierte Behauptung der Vergabestelle, die Leistungsverzeichnisse für das Los 151 enthielten auch keinerlei Rundungsreserven. Vielmehr ist davon auszugehen, dass solche Reserven zu einem gewissen (feststellbaren) Prozentsatz durchaus vorhanden sind und von der Vergabebehörde entweder direkt beim Preisvergleich oder aber zumindest im Rahmen der Sensitivitätsanalyse hätten berücksichtigt werden müssen. **Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und *mindestens* die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die Vergabestelle nur ungenügend nachgekommen.** Die Vermutung der Beschwerdeführerinnen, sie sei systematisch benachteiligt worden, ist zumindest nachvollziehbar, wurde die Sensitivitätsanalyse doch unter sehr eingeschränkten Rahmenbedingungen, die sich voraussehbar zugunsten der Zuschlagsempfängerin auswirken mussten (wie z.B. dem Ausklammern sämtlicher Projekt- und Bestellungenänderungen mit Ausnahme der durch geänderte Verteilung der Ausbruchsklassen sowie dem möglichen Einbau von Strahlventilatoren bewirkten Bestellungen- bzw. Mengenänderungen), durchgeführt. Richtigerweise hätte jedenfalls auch das Risiko von Nachforderungen aufgrund gewöhnlicher Bestellungenänderungen in die Sensitivitätsanalyse einfließen müssen. Das vollständige Ausklammern der Möglichkeit von Projekt- und Bestellungenänderungen ist wie dargelegt nicht nachzuvollziehen. Dasselbe gilt für die Behauptung, die Leistungsverzeichnisse enthielten keinerlei Rundungsreserven. Nur mehr am Rande bleibt festzuhalten, dass auch die Fragenbeantwortung der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die grosse Differenz für die Redimensionierung des Verzweigungsbauwerks, die zwischen Amtslösung und Globalangebot der Zuschlagsempfängerin besteht, oberflächlich und somit unzureichend ausgefallen ist. Die rudimentäre Erklärung, die Differenz ergebe sich aus der unterschiedlichen Kalkulation der Angebote, liegt zwar auf der Hand, ist aber unzureichend und lässt die Differenz mit Faktor 4 für das gleiche Bauwerk als nicht nachvollziehbarer erscheinen. Auch die Globalofferte hätte gemäss SIA Norm 118 auf der Einheitspreisbasis der Amtslösung kalkuliert werden müssen.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache zur Neuerteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. 2. Für das Verfahren vor der BRK werden keine Kosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- wird zurückerstattet. 3. Die Vergabestelle hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 16'000.-- auszurichten. 4. Mitteilungsziffer.

Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2006, BRK 2006-016 (vgl. 5.12.06)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; Gesuch um Akteneinsicht

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle die Lieferung eines elektronischen Datenkassensystems im offenen Verfahren öffentlich aus. Gemäss Pflichtenheft war die Wartung und der technische Support mit anzubieten und dem Angebot war ein vollständiges Wartungs- und Supportkonzept beizulegen. Das Konzept musste mindestens beinhalten: Telefonischer Support an Werktagen von 07.00 Uhr – 17.00 Uhr; Telefonischer Support ausserhalb dieser Zeiten sowie an Sonn- und Feiertagen; Reaktions- und Interventionszeit für die ganze Schweiz. Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung lud die Vergabestelle diejenigen 4 Anbietenden, welche aufgrund der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien für den Zuschlag in Betracht kamen, zur Präsentation und zu Tests ein. Dem Einladungsschreiben war ein Anhang beigelegt, in dem die Anbieter aufgefordert wurden, zwecks Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote den Preis für den technischen Support aufgrund der gegenüber dem Pflichtenheft veränderten bzw. reduzierten Rahmenbedingungen (nur noch Werktags [d.h. Montag bis Samstag] 07 bis 17 Uhr; keine Pikett-Organisation ausserhalb der angegebenen Zeiten) neu zu berechnen. Ein neues Konzept war nicht auszuarbeiten. Am 4. Juli 2006 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. **B.** Am 4. September 2006 wurde Beschwerde eingereicht. Der Zuschlag wurde im SHAB publiziert und der Beschwerdeführerin zudem mit Schreiben vom 14. August 2006 direkt mitgeteilt. **C.** Mit Präsidialverfügungen wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Antrag, es sei der Inhalt der vorliegenden Eingabe bis zum Erhalt der Begründung der Zuschlagsverfügung weder der Beschwerdegegnerin noch der Zuschlagsempfängerin zur Kenntnis zu bringen, abgewiesen. **D.** Die Vergabestelle verzichtet in ihrer Vernehmlassung auf eine Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und beantragt, das Begehren um umfassende Akteneinsicht sei abzuweisen.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (E. 2 f.) und die Akteneinsicht (Erw. 4).

In Erwägung, dass:

1. Zur aufschiebenden Wirkung: Was die beanstandete nachträgliche Abänderung des Leistungsbeschriebes angeht, ist zunächst festzuhalten, dass solche Abweichungen von der ursprünglichen Ausschreibung nicht per se untersagt sind. Dies gilt namentlich für Änderungen von eher untergeordneter Bedeutung. Klarerweise unzulässig ist es aber, die ursprünglich in den Ausschreibungsunterlagen gestellten Anforderungen zu relativieren, um dadurch einzelne Anbieter im Verfahren zu begünstigen bzw. zu benachteiligen. Die Vermutung der Beschwerdeführerin, diese Reduktion der Voraussetzungen sei deshalb erfolgt, weil nicht alle Anbieter, namentlich die Zuschlagsempfängerin nicht, den verlangten 24-Stunden-Support hätten anbieten können, kann nicht als zum vornherein haltlos bezeichnet werden, bestehen doch zwischen den geänderten Rahmenbedingungen gemäss dem Anhang zum Schreiben vom 2. Juni 2006 und dem von der Zuschlagsempfängerin vorgeschlagenen Konzept (dreistufiges Supportmodell) prima vista durchaus gewisse Übereinstimmungen. Insbesondere auch in Berücksichtigung des Umstandes, dass letztlich die Preisdifferenz (nach Verhandlung) von rund Fr. 8'000.-- beim technischen Support für den Zuschlag ausschlaggebend war, wie auch aus dem Protokoll über das Debriefing-Gespräch mit der Beschwerdeführerin zu entnehmen ist, kann die Beschwerde in Bezug auf die gerügten Änderungen der Anforderungen und eine dadurch bewirkte Benachteiligung der Beschwerdeführerin nicht als offensichtlich unbegründet und damit aussichtslos bezeichnet werden. Hinsichtlich dieser Rügen bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids.

2. Zur Akteneinsicht: Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht ist stattzugeben, was die Auswertung ihres eigenen Angebots anbelangt. Hingegen sind die Offerte der Zuschlagsempfängerin, die damit im Zusammenhang stehenden Dokumente, die Evaluationstabelle für die Zuschlagsempfängerin sowie sämtliche Unterlagen betreffend die restlichen eingegangenen Angebote von der Akteneinsicht auszunehmen. Sie enthalten durchwegs geschützte Informationen. Im Übrigen handelt es sich bei den von der Vergabestelle eingereichten Beilagen ausschliesslich um Aktenstücke, von deren Inhalt die Beschwerdeführerin entweder bereits Kenntnis hat oder die das vorliegende Vergabeverfahren nicht unmittelbar betreffen und überdies teilweise vertrauliche Informationen betreffend Dritte enthalten. Die Beilage 36 (Akten der Vergabebehörde) schliesslich umfasst lediglich verwaltungsinterne Akten der Vergabestelle (Kopien, Notizen, interne Korrespondenz etc.), bezüglich derer ein Einsichtsanspruch ebenfalls zu verneinen ist.

verfügt:

1. Der Beschwerde wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. 2. Dem Akteneinsichtsgesuch wird in Bezug auf die Beilagen 6, 8, 11 (teilweise), 12 (teilweise), 15, 17 (teilweise), 18, 20, 23, 24, 28, 29 (teilweise) und 31 entsprochen. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen. 3. Der Beschwerdeführerin wird eine Frist bis zum 16. November 2006 angesetzt, um sich zu den zur Einsichtnahme zugestellten Akten zu äussern und zur Vernehmlassung vom 18. Oktober 2006 Stellung zu nehmen. 4. Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden. 5. Diese Zwischenverfügung wird der Beschwerdeführerin und der Beschaffungsstelle schriftlich eröffnet sowie der Zuschlagsempfängerin mitgeteilt.

Entscheid vom 5. Dezember 2006, BRK 2006-016 (Verfügung vom 5.12.06)

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren

Sachverhalt:

A. Im SHAB schrieb die Vergabestelle Auftrag für die Lieferung eines elektronischen Datenkassensystems im offenen Verfahren öffentlich aus. Die Beschwerdeführerin reichte am 9. März 2006 ein Angebot ein. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung lud die Vergabestelle 4 Anbietende zur Präsentation des angebotenen Kassensystems und zu Tests sowie zu einem anschliessenden (zweiten) Aufklärungsgespräch ein. Den Einladungsschreiben war jeweils folgender Anhang beigelegt: „Zwecks Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote, bitten wir Sie, den Preis für den technischen Support (Pannenintervention) AUSSCHLIESSLICH nach folgenden Rahmenbedingungen neu zu berechnen und detailliert für die Positionen 1 und 2 auszuweisen. Es ist KEIN neues Konzept auszuarbeiten! KEINE Präventivwartung der Hardware; EFT/POS: KEIN Support, KEINE Wartung; Keine Pikett-Organisation ausserhalb der angegebenen Zeiten.“. Am 4. Juli 2006 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag. Der Zuschlag wurde amtlich publiziert und der Beschwerdeführerin zudem mit Schreiben vom 14. August 2006 direkt mitgeteilt. **B.** Die Beschwerdeführerin erhebt mit Eingabe vom 4. September 2006 Beschwerde bei BRK. **C.** Mit Präsidialverfügungen vom 6. September 2006 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Antrag, es sei der Inhalt der vorliegenden Eingabe bis zum Erhalt der Begründung der Zuschlagsverfügung vom 14. August 2006 weder der Beschwerdegegnerin noch der Zuschlagsempfängerin zur Kenntnis zu bringen, abgewiesen. **D.** Die Vergabestelle verzichtet in ihrer Vernehmlassung auf eine Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und beantragt, das Begehren um umfassende Akteneinsicht sei abzuweisen. **E.** Mit Vernehmlassung zur Sache beantragt die Vergabestelle, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Das Gesuch um Edition einer zusätzlichen schriftlichen Begründung sei abzuweisen. Der Beschwerdeführerin sei nur ein im Sinne der Stellungnahme beschränktes Akteneinsichtsrecht zu gewähren. **F.** Mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2006 wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise entsprochen. **G.** In ihrer Replik hält die Beschwerdeführerin an den materiellen Anträgen gemäss der Beschwerde fest und beantragt Akteneinsicht in die Aktenstücke 10 (teilweise), 25 und 30. Zudem sei ihr im Rahmen der parteiöffentlichen Verhandlung die Möglichkeit zu geben, zu diesen Unterlagen Stellung zu nehmen. **H.** Mit Duplik hält auch die Vergabestelle an ihren Anträgen fest und beantragt die Abweisung der in der Replik gestellten zusätzlichen Anträge um Akteneinsicht. **I.** Anlässlich der öffentlichen Sitzung sind in den Schlussvorträgen nach erfolgter Parteibefragung und Abschluss des Instruktionsverfahrens die jeweiligen Anträge wiederholt worden.

Rechtsfragen:

Zulässigkeit der Abänderung eines Angebots, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt.

In Erwägung, dass:

Zur Abänderbarkeit von Angeboten in Verhandlungen (Erw. 3): Leistungsänderungen oder -reduktionen können zwar Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 26 VoeB sein. Die Verhandlungen dürfen aber nicht dazu dienen, die Ausschreibungskonformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Unvollständige oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebote sind vom Verfahren auszuschliessen. Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Angebote vollständig eingereicht werden. Das Verweisen auf eine mit dem Kunden noch festzulegende Fallpauschale, statt – wie verlangt – eine konkrete Preisangabe zu machen, ist unzulässig. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzen. Somit dürfen solche Angebote auch nicht auf dem Verhandlungsweg ergänzt oder korrigiert werden. Die Berücksichtigung eines solchen Angebots, bei dem einzelne Preispositionen nicht offeriert, sondern erst noch mit der Vergabebehörde ausgehandelt werden sollen, widerspricht wesentlichen Grundsätzen des Submissionsrechts wie der Gleichbehandlung aller Anbietenden und der Transparenz des Verfahrens. Daran ändert auch nichts, dass Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB die Möglichkeit von Verhandlungen vorsehen. Gegenstand von Preisverhandlungen im Besonderen kann – wie aus Art. 26 Abs. 2 Bst. a VoeB, wonach die Vergabebehörde denjenigen Anbieterinnen, mit denen sie verhandeln will, ihr jeweils bereinigtes Angebot schriftlich bekannt gibt, zu schliessen ist – nur ein bereits vollständig vorliegendes und den Submissionsbedingungen entsprechendes Angebot sein. Es ist unzulässig, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen nur geringfügig sind oder der Ausschluss des betreffenden Angebots auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde.

Entscheid:

1. Die Beschwerde vom 4. September 2006 wird gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung aufgehoben und der Zuschlag für den Auftrag dem Angebot der Beschwerdeführerin erteilt. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 3. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.-- auszurichten. 4. Mitteilungsziffer

Verfügung vom 8. Dezember 2006, BRK 2006-018

Regeste: Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren; aufschiebende Wirkung; Geltungsbereich BoeB

Sachverhalt:

A. Die Vergabestelle schrieb im SHAB unter dem Projekttitel „Areal- und Gebäudebewachung“ einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren öffentlich aus. Mit im SHAB publiziertem Zuschlag wurde der Auftrag vergeben. **B.** Mit Eingabe vom 20. Oktober 2006 erhebt die Beschwerdeführerin gegen die Erteilung des Zuschlags Beschwerde bei der BRK. **C.** Der Präsident der BRK hat der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 23. Oktober 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. **D.** Mit Eingabe vom 8. November 2006 lässt die Vergabestelle durch seinen Vertreter die Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung und zur Akteneinsicht einreichen und die Begehren stellen, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und jenes um Akteneinsicht seien abzuweisen. **F.** In der Stellungnahme zum Geltungsbereich BoeB vom 17. November 2006 stellt der Vertreter der Vergabebehörde den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Weiter sei die von der BRK mit Verfügung vom 23. Oktober 2006 angesetzte Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung in der Sache selbst abzunehmen bzw. im Fall des Eintretens auf die Beschwerde durch die BRK sei die Frist neu anzusetzen. Zur Begründung des Nichteintretensantrags wird vorgebracht, der hier interessierende Dienstleistungsauftrag unterstehe nicht dem BoeB. **G.** Die Zuschlagsempfängerin reicht am 17. November 2006 eine Stellungnahme zur Sache ein und schliesst, sie sehe keinerlei materielle Gründe, dem Rekurs der Beschwerdeführerin stattzugeben und die rechtmässige Auftragsvergabe in Frage zu stellen. **H.** Mit Schreiben vom 22. November 2006 teilte die BRK den Parteien ihre Besetzung mit und gab ihnen Gelegenheit, innert Frist eine mündliche und öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der EMRK zu beantragen. Weiter wurde den Parteien bekannt gegeben, dass das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit beschränkt werde. **I.** Mit Eingabe vom 1. Dezember 2006 stellt die Beschwerdeführerin die Anträge, es sei ein zweiter Schriftenwechsel betreffend Anwendungsbereich BoeB und Zuständigkeit der BRK im vorliegenden Verfahren durchzuführen, es sei eine mündliche Verhandlung abzuhalten und eventualiter, es sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen zur Stellungnahme betreffend Tragung der Verfahrens- und Parteikosten.

Rechtsfragen:

Voraussetzungen für aufschiebende Wirkung: Anwendungsbereich in Bezug auf „Überwachungsdienstleistung“.

In Erwägung, dass:

Zur aufschiebenden Wirkung: Fällt eine Dienstleistung nicht unter den Geltungsbereich des BoeB bzw. des ÜoeB, handelt es sich weder um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VoeB, sondern um eine sogenannte „übrige Beschaffung“ gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der aus „anderen Gründen“ nicht unter das Gesetz fällt. Für solche Beschaffungen ist eine Beschwerde an die BRK nicht möglich. Der von der Vergabestelle unter dem Projekttitel „Areal- und Gebäudebewachung“ ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag umfasst laut Aufgabenbeschrieb die Areal- und Gebäudebewachung mit täglichen Kontrollen in den Arealen und Gebäuden, Überwachung von Anlagen, Betriebseinrichtungen, Geräten und Dauerversuchen nach Anweisung/Pflichtenheft auch in Strahlenschutz zonen, Reinräumen und Labors mit verschiedenen Klassifizierungen. Gemäss dem Wortlaut dieser abschliessenden Aufzählung in der Positivliste ist eine Zuordnung unter eine dieser Kategorien selbst bei grosszügiger Auslegung der verschiedenen Dienstleistungsarten der Anhänge nicht möglich. Dass die vorliegende Art von Dienstleistungen nicht in die Positivliste Eingang gefunden hat, ergibt sich auch anhand der Auslegung mittels der CPC-Klassifikation. Insgesamt lässt sich der ausgeschriebene Auftrag damit keiner der in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 der VoeB abschliessend genannten Dienstleistungen, die alleine dem Gesetz unterstehen, zuordnen. Folglich fallen die ausgeschriebenen Dienstleistungen nicht unter den Geltungsbereich des BoeB bzw. des ÜoeB und das Rechtsmittel nach Art. 27 Abs. 1 BoeB steht nicht offen. Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtsmittelbelehrung, die sowohl der öffentlichen Ausschreibung als auch der Veröffentlichung des Zuschlags im SHAB beigefügt war, ableiten. Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass der Beschwerdeweg nach Art. 27 BoeB nicht offen steht und die Zuständigkeit der BRK als Beschwerdeinstanz nicht gegeben ist, womit auf die Beschwerde voraussichtlich nicht eingetreten werden können. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge.

verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin. 2. Der Beschwerdeführerin wird eine Frist angesetzt, um Stellung zu nehmen und sich zur Frage des Geltungsbereichs BoeB zu äussern. Innert gleicher Frist hat sie mitzuteilen, ob sie an ihrem Antrag auf Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung festhalten will. Die Eingabe ist an das Bundesverwaltungsgericht zu richten. 3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden. 4. Das Dossier wird per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht übertragen. 5. Mitteilungsziffer.

Schlagwortverzeichnis / Liste des mots-clés

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Abbruch	Folgen	Was darf abgebrochen werden? Was sind die Folgen eines vergaberechtswidrigen Abbruchs?	77
	Kostenüberschreitung	Darf ein Verfahren abgebrochen und wiederholt werden, weil wenige Angebote eingehen, welche die geschätzten Kosten deutlich übersteigen?	93
	Verfahrenswechsel	Abbruch und Wechsel vom freihändigen in ein offenes Verfahren	68
Abgebotsrunden	Verhandlungen	Sind reine Abgebotsrunden zulässig - darf das tiefste Angebot in Verhandlungen bekannt gegeben werden?	105
Absprache	Rechtswidrigkeit einer Absprache	Handelt es sich vorliegend um eine rechtswidrige Absprache?	47
Akteneinsicht	Abwägung Interessen	Welche Interessen werden gegenseitig abgewogen?	12, 98, 122,
	Anonymisiert	In welche Akten kann nach Anonymisierung Einsicht gewährt werden	135, 153
	Grundlage Entscheid	Darf ein Entscheid auf Grund vom Akteneinsicht ausgenommenen Aktenstücke gefällt werden?	13, 40, 114, 134
	Geheimhaltung	Bei welchen Akten besteht ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse (Offerte, Vergleichstabelle etc.)?	40, 46, 79, 81, 127, 129, 138, 143, 156, 158
	Teileinsicht	Akteneinsicht bei der Rüge der fehlenden Eignung?	155
Anbieter	Definition, Auslegung	Ist eine Filiale ein „Anbieter“?	136
Änderungen	Anordnungen, Ausschreibung	Sind Anordnungen der Ausschreibung(-unterlagen) später im Verfahren anfechtbar?	78
	Ausschreibungsunterlagen	Inwieweit dürfen Ausschreibungsunterlagen geändert werden?	109, 150
	Kriterien	Unter welchen Voraussetzungen dürfen Kriterien nachträglich noch geändert bzw. präzisiert werden?	66, 67, 83, 130
	Offertbereinigung	Was darf im Rahmen von Offertbereinigung geändert werden?	32
	Technischer Dialog	Welche Änderungen darf ein technischer Dialog nach sich ziehen?	49
	Verhandlungen	Welche Änderungen sind im Rahmen von Verhandlungen zulässig?	58, 83, 99, 159
Anfechtbarkeit	Bewertungssystem	Kann ein als unzulässig gerügtes Bewertungssystem zur Nichtigkeit der öffentlichen Ausschreibung führen?	145
	Notwendigkeit Vergabe	Ist die Notwendigkeit/Zweckmässigkeit von Vergaben anfechtbar?	78
	Verwirkung Rekursrecht	Zu welchem Zeitpunkt kann gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien Beschwerde eingereicht werden?	51, 128
	wirtschaftlich günstigst	Was sind die Voraussetzungen, damit eine Anfechtung erfolgreich ist, wenn gerügt wird, der Zuschlag sei nicht an das wirtschaftlich günstigste Angebot ergangen?	34
Angebot	Abänderbarkeit, Angebot	Wann ist Abänderung eines Angebots zulässig, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt?	159
	Abänderung, Leistung	Darf die ausgeschriebene Leistung nach Offertöffnung noch abgeändert werden bzw. der Anbieter aufgrund einer einseitigen Änderung ausgeschlossen werden?	28, 32, 70, 109, 110, 126, 142, 150
	Bewertung	Erfolgte die Bewertung rechtskonform?	119
	Evaluation	Inwieweit muss die Evaluation der Offereten nachvollziehbar sein?	50
	Evaluationsbericht	Was sind die Anforderungen an den Evaluationsbericht?	126
Anonymität	Akteneinsicht	Welche Auswirkungen hat die Anonymisierung auf die Akteneinsicht?	135, 153
	Wettbewerb	Wann darf die Anonymität beim Gesamleistungswettbewerb aufgehoben werden?	149

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE	
Anwendungsbereich	Ausnahmen Art. 3 BoeB	Liegt die Vergabe im Anwendungsbereich des BoeB?	94, 95	
	Beschaffungskoooperation	Welches Recht ist anwendbar?	33, 91, 92	
	Bahn, Telekom	Liegt eine Vergabe vor?	120	
	Bundesrat und Kantone	Unterliegt die Vergabe dem Anwendungsbereich des BoeB?	89	
	Dienstleistungen	Ist die fragliche Dienstleistung unterstellt?	65, 75, 160	
	Regierungsrat Kt. SG	Ist die BRK zuständig bei Vergaben durch den Regierungsrat des Kantons St. Gallen?	37	
	Post	Wann sind Vergaben der Schweizerischen Post dem BoeB unterstellt?	79, 112	
	Rechtsmittelbelehrung	Können Mängel betreffend Rechtsmittelbelehrung geheilt werden?	87	
	SBB	Vergabe im persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des BoeB?	54, 103	
	SBB und Kanton	Ist die BRK zuständig bei Vergaben der SBB zusammen mit Kanton und Stadt Zug?	33	
	Schulen und Gesundheit	Ist die BRK zuständig bei Vergaben im Zusammenhang mit Wettbewerbsausschreibung Rahmenprogramm "Schulen und Gesundheit"?	55	
	Skyguide	Sind Vergaben der Skyguide/Swisscontrol dem BoeB unterstellt?	74	
	Subvention	Ist die Erteilung der Subvention dem Beschaffungsrecht unterstellt?	57	
	Swissmedic	Sind Vergaben der Swissmedic dem BoeB unterstellt?	79	
	Voraussetzungen	Was sind die Voraussetzungen für die Anwendung des BoeB/VoeB?	7	
	Aufschiebende Wirkung	Allgemeine Voraussetzungen	Welches sind die Voraussetzungen für das Erteilen der aufschiebenden Wirkung?	9, 46, 61, 96, 114, 129, 134, 135, 141, 147, 153, 156, 158
		Antrag nach Frist	Welches sind die Folgen eines zu spät eingereichten Antrages um aufschiebende Wirkung?	15
Bedingungen		Welches sind die Bedingungen der Zulässigkeit der aufschiebenden Wirkung?	15, 63, 73, 97, 114, 122, 127	
Dringlichkeit		Kann die aufschiebende Wirkung bei selbstverschuldeter Dringlichkeit gewährt werden?	29, 124, 143	
Formelle Anforderungen		Was sind die formellen Anforderungen an die Erteilung der aufschiebenden Wirkung?	12	
Genehmigung für einen Teilbereich		Ist die Genehmigung der aufschiebenden Wirkung auch für einen Teilbereich möglich?	29, 124	
Interessenabwägung		Wann werden die öffentlichen und die privaten Interessen gegeneinander abgewogen?	30	
unbegründete Beschwerde		Wann ist eine Beschwerde offensichtlich unbegründet?	98, 160	
Verfrüht abgeschlossener Vertrag		Wann wird die aufschiebende Wirkung trotz geschlossenem Vertrag erteilt?	12, 30, 79	
Vertrag		Ist die Erteilung der aufschiebenden Wirkung möglich, wenn der verfrüht abgeschlossene Vertrag nichtig ist?	23	
Ausnahmen	Sicherheit	Wann kann die "Sicherheits-Ausnahmeklausel" angerufen werden?	45	
	Schussichere Westen	Müssen schussichere Westen ausgeschrieben werden?	48	
Ausschluss	Ausschlussgründe	Ist die Aufzählung der Ausschlussgründe in Art. 11 BoeB exemplarisch?	25	
	Formfehler	Wann liegt ein wesentlicher Formfehler vor, der zum Ausschluss der Offerte vom Verfahren führt?	28, 70, 142	
	Konformität mit Ausschreibung	Darf eine Offerte ausgeschlossen werden, die eine andere als die verlangte Preisart enthält?	25	
	Implizit mit Zuschlag an Dritte	Kann eine Anbieterin wegen fehlender Eignung in einem offenen Verfahren auch erst implizit mit dem Zuschlag und nicht mit einer separaten Verfügung "ausgeschlossen" werden?	53, 90, 110	
	Überspitzter Formalismus	Gilt ein Ausschluss aufgrund Unterschrift ohne Handelsregistereintrag als überspitzter Formalismus?	108, 139	
	Verspäteter Antrag auf Teilnahme	Ist ein Antrag auf Teilnahme der 7 Tage zu spät eingereicht wird, vom Verfahren auszuschliessen?	7	
	Zuschlagkriterien, zwingende	Darf eine Offerte ausgeschlossen werden, welche „zwingende“ Zuschlagkriterien nicht erfüllt?	151, 152	
	Zwingender Ausschluss	Muss ein Angebot, welches die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt zwingend ausgeschlossen werden?	82	

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Ausschreibung	Abänderung nachträgliche	Darf die ausgeschriebene Leistung nach Offertöffnung noch abgeändert werden?	32, 109, 126, 150
	Angebot	Entspricht das Angebot den Ausschreibungsbedingungen?	49
	Inhalt	Inwiefern steht der Vergabestelle die Freiheit zu, die technischen Bedingungen zu fixieren?	82
	Nichtigkeit	Was sind die Anforderungen an die Nichtigkeit einer Ausschreibung?	128
	Unterbleiben	Wann muss die Beschwerde spätestens für die Rüge des Unterbleibens einer Ausschreibung eingereicht sein?	106
	Unterlagen: Anfechtbarkeit	Sind die Anordnungen der Ausschreibungsunterlagen später im Verfahren anfechtbar?	78
	Unterlagen: Genauigkeit	Wie genau müssen Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Honorarfestsetzung sein?	53
Ausstand / Befangenheit	Behörden	Sind Ausstandsgründe auch auf die Behörde anwendbar?	24
	Gründe	Was sind die Ausstandsgründe?	50, 60, 146
Beschaffung	Begriff	Was wir unter einem öffentlichen Beschaffungsgeschäft verstanden?	50
Beschwerde	Begehren, Formulierung	Wie muss ein Beschwerdebegehren formuliert sein?	28
	Entscheid, kassatorisch	Welche Voraussetzungen erlauben der BRK einen Direktzuschlag?	69, 84
	Entscheid, reformatorisch	Welches sind die Voraussetzungen eines reformatorischen oder kassatorischen (Rückweisung) Entscheides durch die BRK?	157
	Parteientschädigung	Wem ist bei Rückzug der Beschwerde eine Parteientschädigung zu entrichten und wer zahlt das Verfahren?	44
Beschwerdelegitimation	Aktivlegitimation	Wer besitzt die Aktivlegitimation zur Beschwerde?	82
	Aktivlegitimation bei Ablehnung	Ist jemand aktiv zur Beschwerde legitimiert, der die weitere Teilnahme selber ablehnt?	17
	Anforderungen	Was sind die Anforderungen an die Legitimation zur Beschwerdeführung?	20, 82, 93, 109, 110
	Bietergemeinschaft	Kann im Falle einer Bietergemeinschaft auch ein einzelner Gesellschafter Beschwerde erheben?	107, 147, 148
	Einfache Gesellschaft	Allgemeine Voraussetzungen? Ausstieg eines Mitgliedes einer einfachen Gesellschaft: Was sind die Auswirkungen auf die Aktivlegitimation?	47, 67
	Nicht am Verfahren Beteiligter	Kann ein am Verfahren Unbeteiligter Beschwerde führen bzw. hat er die Legitimation?	36
Beweis	Anforderungen	Wann ist der Beweis erbracht?	49
	Folgen bei Beweislosigkeit	Was sind die Folgen bei fehlender Belegbarkeit eines Telefonates?	136
Bietergemeinschaft	Legitimation	Ist ein Anbieter nach Wegfall der Vertretungsbefugnis noch legitimiert, gegen den Ausschluss Beschwerde zu erheben?	147, 148
	Subakkordant, Deklaration	Handelt es sich um eine Bietergemeinschaft oder einen Subakkordant?	130
	Rechtsform	Ist die Übernahme der Gesamtverantwortung unabdingbar?	24
De facto Vergabe	Falsches Verfahren	Was gilt, falls die Vergabestelle ungerechtfertigterweise ein freihändiges Verfahren wählte?	45
Eignung	Angemessenheit	Waren die Eignungsanforderungen angemessen?	117
	Ausschreigung - Bewertung	Müssen die bewerteten Eignungsaspekte vollkommen mit der Ausschreibung übereinstimmen?	87
	Firmenstruktur	Führt eine Änderung der Firmenstruktur zum Ausschluss?	145
	Mehreignung	Ist die Berücksichtigung der Eignungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlages rechtmässig?	100, 116, 151, 152
	Mindestangaben	Was sind die Mindestangaben der Leistungsbeschreibung und Eignung im selektiven Verfahren?	87
	Nachweise	Müssen alle verlangten Unterlagen binnen Frist eingereicht werden?	85
	Prüfung: Offenes Verfahren	Muss auch im offenen Verfahren immer eine selbständige Eignungsprüfung erfolgen?	43
	Prüfung: Umfang	Wie ausführlich muss die Eignung geprüft werden?	105
	Prüfung: Vertiefung	Darf die Vergabestelle die Eignung der im Beschwerdeverfahren verbliebenen Konkurrentin erst nach rechtskräftigem Ausschluss der Beschwerdeführerin prüfen?	121
	Prüfung: Zeitpunkt	Zu welchem Zeitpunkt hat die Eignungsprüfung zu erfolgen?	115

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Eignungskriterien	Abgrenzung Zuschlag	Wie werden Eignungs- und Zuschlagskriterien abgegrenzt?	125
	Bietergemeinschaft	Reicht das alleinige Erfüllen der Eignungskriterien eines Anbieters bei Wegfall der Bietergemeinschaft aus?	147, 148
	Grössenordnung bei Referenzprojekten	Darf sich die Vergabebehörde mit Referenzen begnügen, welche einen kleineren Umfang ausweisen?	155
	Marktkennntnis	Ist das Kriterium "Marktkennntnis" eine Eignungs- oder ein Zuschlagskriterium?	50
	Rechtsgenügend, Ideenskizzen	Wurden Eignungskriterien und die Nachweise in der Ausschreibung in rechtsgenügender Art und Weise bekannt gegeben und durften dabei von den Anbietern eine sog. Ideenskizze verlangt werden?	19
	Referenzen, Projektwettbewerb	Dürfen bei Projektwettbewerben Referenzen als Eignungskriterium verlangt und mit 50% gewichtet werden?	111
	Wirtschaftliche Unabhängigkeit	Erfüllt die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium der (wirtschaftlichen) „Unabhängigkeit“?	69, 144
	Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit	107
Einladungsverfahren	Verfahrenswahl	Kann die vergabewidrige Wahl des Einladungsverfahrens gerügt werden?	45
Einsichtsrecht	Konsultation des Dossiers	Welche Bestandteile des Dossiers dürfen zur Konsultation veröffentlicht werden?	76, 123
	Voraussetzungen	Welches sind die Bedingungen des Einsichtsrechts?	114, 122
EMRK Form	Anwendbarkeit	Ist die EMRK unter dem 3. Kapitel VoeB anrufbar?	94, 95
	Ausschluss	Wann liegt ein wesentlicher Formfehler vor, der zum Ausschluss der Offerte vom Verfahren führt?	28, 70
	Abänderung	Darf ein Angebot aufgrund „eigenmächtiger Inhaltsänderungen“ ausgeschlossen werden?	142
	Verpasste Fristen	Gelten verpasste Fristen als Formfehler im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BoeB?	7
Preis	Anpassung und Bewertung, Gleichbehandlung	Darf die Vergabebehörde ausschliesslich einem Anbieter die Möglichkeit geben, den Preis anzupassen?	130
	Rabatte	Welcher Rabatt umgeht die gesetzlichen Bestimmungen betreffend der Verhandlungen?	82
	Globalpreis-Einheitspreis, Stellenwert	Sind Global- und Einheitspreise vergleichbar?	145
	Mindestgewichtung	Wie gross darf der Stellenwert des Preises bei einer Vergabe sein?	24, 31
	Zuschlagskriterium	Wie gross ist die Mindestgewichtung des Preises beim Zuschlag?	115, 149
	Zuschlagskriterium	Darf die Vergabestelle den Bruttopreis minus die vorgezogenen Zinsen berücksichtigen?	66
	Zuschlagskriterium, Gauss'sche Kurve	Ist die Gauss'sche Kurve erlaubt?	115
Protektionismus	Kriterien	Dürfen protektionistische Kriterien verwendet werden?	27
Protokoll	Verhandlungen	Besteht eine Protokollierungspflicht bei Verhandlungen?	59
	Wettbewerb	Muss erkenntlich sein, ob ein Preisgericht die Benotung selbst vorgenommen hat (Gesamtleistungswettbewerb?)	149
Rechtliches Gehör	Begründung	Anforderungen an eine Begründung?	146
	Beschwerdeergänzung	Kann eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde gewährt werden?	155

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Rechtsschutz	Entscheid, kassatorisch	Welche Voraussetzungen erlauben der BRK einen Direktzuschlag?	69, 84
	Entscheid, reformatorisch	Welches sind die Voraussetzungen eines reformatorischen oder kassatorischen (Rückweisung) Entscheides durch die BRK?	157
	Dienstleistungen	Gilt der BoeB-Rechtsschutz auch, wenn eine fragliche Dienstleistung nicht unterstellt ist?	75
	Prüfung Zuschlag	Wird über den Anspruch auf Schadenersatz befunden?	24
	Rechtweggarantie	Ist Art. 29a BV bereits anwendbar?	75
	Rechtsbegehren	Was sind die Anforderungen an ein Rechtsbegehren?	27, 31
	Rechtmittelbelehrung	Welche Folgen zieht eine falsche Rechtmittelbelehrung nach sich?	87, 103, 120
	Rügepflicht	Welches sind die prozessualen Anforderungen an die behaupteten Rügen?	51
	Rückzug Beschwerde	Was sind die Folgen bei einem Rückzug der Beschwerde?	8, 44, 86
	Selbstständige Anfechtbarkeit	Zu welchem Zeitpunkt kann gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien Beschwerde eingereicht werden?	51, 128
	Schadenersatz, Umfang	In welchem Umfang wird Schadenersatz zugestanden, wenn der Vertrag verfrüht abgeschlossen wurde?	23
	Schadenersatz, Abbruch	Was darf abgebrochen werden? Was sind die Folgen eines vergaberechtswidrigen Abbruchs?	77
	Unangemessenheit	Kann die Unangemessenheit gerügt werden?	26
	Verfahrenswahl	Kann die vergabewidrige Wahl des Einladungsverfahrens gerügt werden?	45
Schwellenwert	Bauwerk	Ist der Schwellenwert erreicht?	101
	Berechnung	Dürfen der BoeB nicht unterstellte Posten zur Berechnung des Auftragswertes miteinbezogen werden?	102
	Wettbewerb	Wie wird der Schwellenwert bei Gesamtleistungswettbewerben berechnet?	131
Sistierung	Verlängerung	Welches sind die Rechtsfolgen bei Antrag auf Verlängerung der Sistierung?	118
Skonto	Treu und Glauben	Hätte der Skonto berücksichtigt werden müssen?	104
Splitting	Lose/Teilvergaben	Unter welchen Voraussetzungen dürfen Lose gebildet werden?	83
Studienauftrag	Begriff des Studienauftrags	Liegt ein Studienauftrag vor?	132
Subakkordant	Abgrenzung	Handelt es sich um eine Bietergemeinschaft oder einen Subakkordanten?	130
	Wiederteilnahme nach Ausschluss	Darf eine ausgeschiedene Anbieterin als Unterakkordantin wieder teilnehmen?	60
Subvention	Anwendungsbereich	Ist die Vergabe einer Subvention dem Beschaffungsrecht unterstellt?	57
Teilnehmer	Beschränkung im selektiven Verfahren	Unter welchen Bedingungen darf in einem Projektwettbewerb im selektiven Verfahren die Teilnehmerzahl beschränkt werden?	111
	Selektionierungsprozess	Ist dieser Selektionierungsprozess zulässig?	52
	Teilnahmegesuch	Ist dieses Teilnahmegesuch verspätet ?	38
	Zugelassene Beschränkungen	Welches sind die Voraussetzungen zur Einschränkung der Teilnehmer	39
Technische Spezifikationen	Diskriminierende Produktvorgaben	Welches sind die Vorgaben an die Gestaltung der technischen Spezifikationen?	78
Teilvergaben	Voraussetzungen	Was sind die Voraussetzungen für Teilvergaben?	83
Überspitzter Formalismus	Ausschluss	Gilt ein Ausschluss aufgrund Unterschrift ohne Handelsregistereintrag als überspitzter Formalismus?	139

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Überweisung	Verwaltungsbeschwerde, Aufsichtsbeschwerde	Wer entscheidet darüber, ob die Beschwerde als Verwaltungs- oder als Aufsichtsbeschwerde überwiesen werden muss?	102
Untersuchungsmaxime	Feststellung des Sachverhalts	Welches sind die Bedingungen zur korrekten Feststellung der Tatsachen?	80
Variante	Abänderungen	Führt jede Abänderung der technischen Anforderungen zum Ausschluss? Liegt eine Variante vor?	67
	Preisarten	Ist ein Globalpreisangebot eine zulässige Unternehmervariante oder ein ausschreibungswidriges Angebot?	32, 109, 126, 145, 150
	Zwingende Vorgaben	Kann verlangt werden, dass in einer Variante ein bestimmtes Gerät zwingend berücksichtigt werden muss?	41, 42, 145
Verfahren	Fehler, Kausalität	Muss der Verfahrensfehler kausal zur Zuschlagserteilung sein?	64
	Numerus clausus	Darf die Vergabestelle Elemente verschiedener Verfahren mischen?	132
	Selektives Verfahren	Ist die Unterteilung der zweiten Phase des selektiven Verfahrens in mehrere Etappen zulässig?	132
	Sprache	Welches ist die zulässige Sprache im Verfahren vor der BRK?	72
	Wahl, offenes - selektives	Kann die Beschaffungsstelle frei zwischen dem offenen und selektiven Verfahren wählen?	16
	Wechsel	Kann ein Wechsel vom freihändigen in das offene Verfahren angefochten werden, weil ev. mehr als nur eine Anbieterin in Frage kommt?	68
Vergabestelle	Kompetenz	Welches sind die Konsequenzen einer allfälligen Unzuständigkeit der Vergabestelle?	91, 92
Verhandlungen	Abgebotsrunden	Sind reine Abgebotsrunden zulässig - darf das tiefste Angebot in Verhandlungen bekannt gegeben werden?	105
	Ausschreibungsinhalt	In wie weit kann im Rahmen von Verhandlungen der Ausschreibungsinhalt erweitert werden?	83
	Einbezug von Offerten, Pflicht, Kriterienerfüllung	Besteht eine Pflicht zum Einbezug der Offerten eines geeigneten Anbieters in die Verhandlungen?	58
	Inhalt der Verhandlungen	Wann liegen Preisverhandlungen vor, die ausgeschlossen wurden?	34
	Protokollierungspflicht	Besteht eine Protokollierungspflicht bei Verhandlungen?	59
	Transparenz und Gleichbehandlung	Was sind die Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung bei Verhandlungen?	24, 99
	Voraussetzungen	Unter welchen Voraussetzungen darf verhandelt werden und mit wem?	43, 119
Vertrag	Aufschiebende Wirkung	Durfte der Vertrag abgeschlossen werden?	101
	Nichtigkeit des Vertrages	Was sind die Folgen eines verfrüht abgeschlossenen Vertrages, welcher nichtig ist?	23
	Verfrüht, Folgen	Folgen des verfrühten Vertragsschlusses?	12, 23, 30, 59, 104
Vorbefassung	Voraussetzungen	Unter welchen Voraussetzungen muss eine Vorbefassung zu einem Verfahrensausschluss führen?	154
Wettbewerb	Auswahlmethode	Kann man anhand von Ideenskizzen in einem Projektwettbewerb auswählen?	21
	Beschränkung Teilnehmerzahl	Unter welchen Bedingungen darf in einem Projektwettbewerb im selektiven Verfahren die Teilnehmerzahl beschränkt werden?	111
	Präqualifikation durch Losentscheid	Darf in Projektwettbewerben die Jury die Präqualifikation anhand eines Losentscheides durchführen?	111
	Preisbewertung	Gibt es beim Gesamleistungswettbewerb eine Mindestbewertung des Preises?	149
	Schwellenwert	Wie wird der Schwellenwert bei Gesamleistungswettbewerben berechnet?	131
	Teilanonymität	Wann darf die Anonymität bei Gesamleistungswettbewerben aufgehoben werden?	149

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

BEGRIFF		RECHTSFRAGE	SEITE
Widerruf	Zuschlagsverfügung	Rechtsfolgen eines Widerrufs der Zuschlagsverfügung	133
Zuschlag	Eingrenzung Anbieter	Kann die Anzahl Anbieter im Rahmen der Zuschlagserteilung begrenzt werden?	16
	Ermessen der Vergabestelle	Wie weit geht das Ermessen der Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung?	35
	Fehler beim firmenrechtlichen Zusatz	Was sind die Folgen der fehlerhaften Wiedergabe des firmenrechtlichen Zusatzes der Zuschlagsempfängerin?	88
	Impliziter Ausschluss	Kann im offenen Verfahren ein Ausschluss auch implizit mit der Zuschlagsverfügung an einen Dritten erfolgen?	53
	Klarheit	Wann ist ein Zuschlagskriterium unklar bzw. irreführend (in concreto: "Funktionalität")?	48
	Mehreignung	Ist die Berücksichtigung der Eignungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlages rechtmässig?	100, 116, 151, 152
	Preis, Gewichtung	Wie stark darf der Preis gewichtet werden?	24, 146
	Verfahrensfehler	Muss der Verfahrensfehler kausal zur Zuschlagserteilung sein?	64
	Voraussetzung	Was sind die Voraussetzungen für die Erteilung des Zuschlags?	84
	Widerruf, Rechtsfolgen	Was sind die Rechtsfolgen eines Widerrufs der Zuschlagsverfügung?	133
Zuschlagskriterien	Abgrenzung Eignungs- und Zuschlagskriterien	Wie werden Eignungs- und Zuschlagskriterien abgegrenzt?	125, 130, 137, 151, 152
	Anforderungen, Preis	Was sind die Anforderungen an die Zuschlagskriterien (insbesondere den Preis und insbesondere bei komplexen Vergaben)?	71
	Anforderungen, Publikation	Was sind die Anforderungen an Publikation und nachträgliche Abänderung?	83
	Bekanntgabe, Evaluationsbericht	Was sind die Anforderungen an Evaluationsbericht und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien?	126, 137
	Bewertung	Erfolgte die Bewertung rechtskonform?	35, 101, 119, 125
	Bewertung, Rangfolge, Gewichtung	Was sind die Anforderungen an die Zuschlagskriterien: Bewertung, Rangfolge, Gewichtung?	62
	Gewichtung	Ist die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben?	64
	Gewichtung, Unterkriterien	Dürfen Unterkriterien im Nachhinein gewichtet werden?	146
	Globalpreis-Einheitspreis	Sind Global- und Einheitspreise vergleichbar?	145
	Mindestgewichtung Preis, Gauss'sche Kurve	Wie gross ist die Mindestgewichtung des Preises? Ist die Gauss'sche Kurve erlaubt?	115, 149
	Nachträgliche Einführung	Dürfen Zuschlagskriterien nachträglich als Unterkriterien eingeführt werden?	130
	Preis	Darf die Vergabestelle den Bruttopreis minus die vorgezogenen Zinsen berücksichtigen?	66
	Preis- Leistungsverhältnis	Ist das Kriterium "Preis- Leistungsverhältnis" zulässig?	64
	Qualifikation	Ist das Zuschlagskriterium "Qualifikation" genügend bestimmt?	88
	Selektives Verfahren, Zeitpunkt der Anfechtbarkeit	Können im selektiven Verfahren die Zuschlagskriterien noch mit dem Zuschlag angefochten werden?	71
	Zusatzkriterien	Darf für den Fall gleichwertiger Angebote ein zusätzliches Kriterium nachgeschoben werden?	66

KOMMENTAR BOEB UND VOEB / CODE ANNOTÉ LMP ET OMP

SR 172.056.1

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

1. Abschnitt: Zweck

Art. 1

¹ Der Bund will mit diesem Gesetz:

- a. das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten;
- b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken;
- c. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.

² Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten.

2. Abschnitt: Geltungsbereich und Begriffe

BEGRIFF SUBMISSION

Entscheid vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 1:

Zum „öffentliche Beschaffungsgeschäft“: Eine Begriffsbestimmung fehlt sowohl im GPA als auch im BoeB. Es kann festgehalten werden, dass es für die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern sowie im Dienste des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sehr wohl auch in Fällen, in denen sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt, massgeblich darauf ankommt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt wird.

FINANZHILFEN

Entscheid vom 29. Februar 2000, BRK 1999-008:

- mit dem von der Vergabestelle und der Schweizerischen Konferenz der Kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) getragenen Rahmenprogramm „Schulen und Gesundheit“ beabsichtigt ist, die Anstrengungen der Schule als Lern- und Erfahrungsort gesundheitsfördernder Anliegen zu unterstützen;
- dies mittels finanzieller Unterstützung förderungswürdiger Projekte zur Verbesserung der Gesundheitserziehung an den Schulen geschehen soll und aus diesem Grund ein Wettbewerb ausgeschrieben wurde, um die vom Bund finanziell zu unterstützenden Projekte zu bestimmen;
- es sich bei einem allfälligen Unterstützungsbeitrag des Bundes für den fraglichen Wettbewerb um eine Finanzhilfe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) handelt;
- Finanzhilfen nicht vom Geltungsbereich des BoeB erfasst werden (vgl. die ausführliche Begründung im beiliegenden Entscheid der BRK vom heutigen Tag i.S. C. gegen dieselbe Vergabestelle);
- die BRK für die Behandlung der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 1. Oktober 1999 nicht zuständig ist und auf diese folglich nicht eingetreten werden kann;
- die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, die Sache der zuständigen Behörde zu überweisen hat (Art. 8 Abs. 1 VwVG; SR 172.021); die Sache demnach in Anwendung von Art. 35 SuG i.V.m. Art. 47a VwVG dem Eidgenössischen Departement des Innern zur weiteren Bearbeitung zu überweisen ist;
- bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind, da er sich auf die unkorrekte Rechtsmittelbelehrung im Schreiben der Vergabestelle vom 27. September 1999 verlassen durfte (vgl. Entscheid des Bundesrates vom 25. Mai 1991, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 56/1992 Nr. 18 S. 158 in fine);

Décision du 29 février 2000, CRM 1999-009:

Que le programme « Ecoles et santé », conçu par l'adjudicatrice et la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'éducation publique, a pour but d'encourager les projets permettant de promouvoir la santé à l'école et que, pour cette raison, un concours a été mis en place, afin de déterminer les projets devant être soutenus financièrement par la Confédération; qu'un éventuel

financement de la Confédération dans le cadre du concours susmentionné doit être considéré comme une aide financière au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, LSu; RS 616.1) ; que les aides financières n'entrent pas dans le champ d'application de la LMP, loi qui détermine la compétence de la CRM (voir la motivation détaillée figurant dans la décision ci-jointe de la CRM de ce jour, en la cause C. contre la même adjudicatrice); qu'en l'occurrence, le litige porte sur l'octroi d'une aide financière et que la CRM n'est pas compétente pour traiter du présent recours ; qu'en vertu de l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), l'autorité qui se tient pour incompétente transmet l'affaire à l'autorité compétente ; qu'il convient donc, eu égard à l'art. 35 LSu en relation avec l'art. 47a PA, de transmettre le dossier au Département fédéral de l'intérieur; que, vu l'issue de la procédure, les frais de procédure doivent être remis à titre exceptionnel à la recourante, en vertu de l'art. 63 al. 1 PA 3^e phr., dans la mesure où celle-ci était fondée à se baser sur l'indication erronée des voies de droit mentionnée par le courrier de l'adjudicatrice du 27 septembre 1999 (cf. décision du Conseil fédéral du 25 mai 1991, publiée dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC], 56.18 *in fine*);

Decisione del 29 febbraio 2000, CRAP 1999-010, c. 1:

Di conseguenza, affinché siano dati gli estremi di una commessa pubblica, è necessario che sia versata una remunerazione all'offerente in cambio della sua prestazione. La commessa pubblica ha quindi carattere sinallagmatico. Non vi è in particolare contratto a titolo oneroso in caso di prestazioni unilaterali, quali gli aiuti finanziari, la messa a disposizione di capitali o i trasferimenti contabili che permettono al beneficiario di svolgere determinati compiti nell'interesse pubblico. Vista l'assenza di uno scambio di prestazioni (prestazione e controprestazione), un aiuto finanziario non può essere qualificato quale commessa pubblica. In effetti, gli aiuti finanziari sono «vantaggi pecuniari». Secondo la dottrina, un vantaggio pecuniario o un sussidio si distinguono dal fatto che il beneficiario non deve fornire nessuna controprestazione conformemente alle regole abituali di mercato. Non si tratta pertanto di uno scambio di prestazioni come nel caso di un contratto di vendita, di appalto o di una retribuzione salariale. Il regime giuridico applicabile ai sussidi deve essere distinto da quello relativo alle concessioni. Sia nel caso di sussidi che nel caso di concessioni, il beneficiario del servizio non è il «committente» (come nel caso di una commessa), bensì un terzo estraneo al rapporto contrattuale, generalmente l'insieme degli utenti. Tuttavia, se per il concessionario la remunerazione per il servizio fornito consiste nel prezzo pagato dai beneficiari del servizio medesimo, per l'entità sussidiata essa consiste nel sussidio erogato. Inoltre e soprattutto, il sussidio ha lo scopo di far assumere al «committente» il rischio economico che deriva dalla prestazione di un servizio d'interesse generale, mentre nel caso della concessione, tale rischio è assunto dal concessionario.

Entscheid vom 30. November 2004, BRK 2004-012, E. 1:

Im vorliegenden Fall sucht die Vergabestelle somit einerseits eine Partnerschaft mit einer PWLAN-Anbieterin. Dabei handelt es sich nicht um ein öffentliches Beschaffungsgeschäft, denn die Vergabestelle tritt hier nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf, sondern sie erbringt ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung (Gebühren und Umsatzbeteiligung) an einen privaten Interessenten, der als eigenständiger Betreiber der PWLAN-Dienste, die von den Kunden genützt werden können, in Erscheinung tritt. Andererseits beabsichtigt die Vergabestelle aber vom ausgewählten Betreiber für 2 Jahre PWLAN-Dienstleistungen für ihren Eigenbedarf zu beziehen. Im Bereich der Eigennutzung tritt die Vergabestelle als Kundin, d.h. als Nachfragerin von Kommunikationsdienstleistungen PWLAN gegen Entgelt auf. Der betreffende Anbieter hat zudem die Nutzung weiterer Hotspots anderer Anbieter ausserhalb des auf Standorten der Vergabestelle befindlichen PWLAN-Netztes mittels Roaming sicherzustellen. Es liegt hier unbestrittenermassen ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor. Nach Angaben der Vergabestelle besteht ein Bedürfnis nach drahtloser und mobiler Breitband-Datenkommunikation für die internen und externen Mitarbeiter, aber auch für verschiedene Bahnanwendungen (z.B. Kunden-Informationssystem, Video-Überwachung, automatische Fahrgastzählung). Die zu vergebenden Dienstleistungen stehen somit jedenfalls teilweise in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb. Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtmittelbelehrung, die sowohl der öffentlichen Ausschreibung als auch der Veröffentlichung des Zuschlags beigefügt war, ableiten.

NOTWENDIGKEIT UND ZWECKMÄSSIGKEIT

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-005, E. 3:

Verzichtet die Auftraggeberin auf das Projekt definitiv kann eine Aufhebung der - rechtswidrigen - Abbruchverfügung nicht in Betracht kommen. So kann es nicht angehen, die Vergabestelle beispielsweise zum Bau eines Gebäudes zu zwingen, auf dessen Erstellung sie entgegen der Ausschreibung nachträglich verzichten möchte.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-011, E. 5a:

Es ist ausschliesslich Sache der zuständigen Vergabebehörde, über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Beschaffung zu befinden.

GEGENSTAND

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001/008, c. 9:

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge de liberté quant à la définition de l'objet du marché, aux spécifications techniques de celui-ci et à l'usage qu'il entend faire de cet objet.

Entscheid vom 6. Dezember 2002, BRK 2002-012, E. 2:

Zwar geht es um Beraterleistungen, die aber nur allgemein umschrieben werden; eine derartige Aufgabenumschreibung ist als wenig präzise anzusehen. Gegenstand und Umfang sind jedoch Grundvoraussetzungen, die als Mindestangabe für eine öffentliche Ausschreibung auch eines Auftrages im selektiven Verfahren erforderlich sind.

Art. 2 Auftraggeberinnen

¹ Diesem Gesetz unterstehen als Auftraggeberinnen:

- a. die allgemeine Bundesverwaltung;
- b. die Eidgenössische Alkoholverwaltung;
- c. die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten;
- d.¹ die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen. Die Automobildienste der Schweizerischen Post unterstehen dem Gesetz zudem nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransports vergeben.

² Der Bundesrat bezeichnet die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen der Wasser-, der Energie- und der Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GATT-Übereinkommen und andern völkerrechtlichen Verträgen auch unter dieses Gesetz fallen.

³ Er kann dieses Gesetz oder einzelne Bestimmungen auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Gegenüber ausländischen Anbietern und Anbieterinnen gilt eine solche Ausdehnung des Geltungsbereiches nur, soweit schweizerischen Anbietern und Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8. Die Anwendung des Rechtsmittelverfahrens (5. Abschnitt) auf solche Aufträge ist ausgeschlossen.

Entscheid vom 10. August 1998, BRK 011/1998, E. :

Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen als kantonale Behörde folglich kein Auftraggeber ist, der dem BoeB untersteht; aufgrund des Inhalts der Beschwerdeschrift, namentlich der mehrmaligen Anrufung von Bestimmungen des BoeB, davon auszugehen ist, dass seitens der Beschwerdeführerin eine Behauptung der Zuständigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VwVG vorliegt, weshalb die Rekurskommission eine formelle Verfügung über ihre Zuständigkeit zu erlassen hat; im übrigen die Sache in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 VwVG an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen zu überweisen ist, damit diese Behörde ihrerseits über ihre allfällige Zuständigkeit befinden kann;

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 1 f.:

Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen.

ABSATZ 1

Zwischenentscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-014, E. 1:

Da im vorliegenden Fall ein Förder- und Verteilsystem für den Import von Paketen Gegenstand der Vergabe bildet, spräche allein der Wortlaut der genannten Bestimmungen eher dafür, die Post als Auftraggeberin dem BoeB nicht zu unterstellen. Zusätzlich ist aber zu berücksichtigen, dass das Förder- und Verteilsystem nicht nur der Post, sondern auch den Zollbehörden dient. Die Förderanlage bildet Teil eines integrierten Gesamtkonzepts, welches auf der engen Zusammenarbeit der Bediensteten basiert; diese arbeiten „Hand in Hand“. Auch die Anzahl im einschlägigen Bereich des Auswechslungsamts beschäftigter Mitarbeiter der Zollverwaltung entspricht etwa derjenigen der Schweizerischen Post. Nach dem Gesagten ergibt sich vorliegend eine Konstellation, die - obwohl die Beförderung von Paketpost im internationalen Verkehr nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht zu den reservierten Diensten gehört - der Situation im Bereich der reservierten Dienste eher entspricht.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-015, E. 1:

Die Vergabestelle besteht aus fünf Mitgliedern, von denen eines durch den Bundesrat, die übrigen durch die Regierungen der beteiligten Kantone (ZH, SZ, GL, SG) bezeichnet werden. Der Präsident der Kommission wird vom Bundesrat aus der Zahl der fünf Mitglieder ernannt. Die Arbeiten am Werk sind in der Regel an Unternehmer zur Ausführung zu vergeben. Gemäss Ausschreibung handle es sich bei der Vergabestelle um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes. Auf der Internetseite des Bundes wird sie als ausserparlamentarische Kommission des Bundes aufgeführt, die (administrativ) dem UVEK zugeordnet ist.

¹ Fassung gemäss Anhang Ziff. 3 des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (SR 783.1).

Entscheid vom 28. Oktober 2003, BRK 2003-020, E. 2 f.:

Die zentrale Rechtsgrundlage der Swissmedic, des Schweizerischen Heilmittelinstituts, ist das Heilmittelgesetz. Gemäss Art. 68 Abs. 1 und 2 ist das Institut eine öffentlich-rechtliche Anstalt und wird durch den Bund (unter Mitwirkung der Kantone) betrieben. Nach Art. 71 HMG ernennt der Bundesrat die Organe des Instituts. Es handelt sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes, welche im Übrigen dem EDI angegliedert ist (vgl. Anhang RVOV sowie Internetseite Swissmedic). Sie ist demnach als Auftraggeberin gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a BoeB zu betrachten. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Postgesetzes hat die Post das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern. Diese Dienstleistungen sind ihr als Monopolanbieterin vorbehalten (sog. "reservierte Dienste"). In diesen Bereich fallen im vorliegenden Fall die Einzelverpackungen („Pendelverkehrs- und Einwegverpackungen“), welche an die Haushalte verschickt werden – unabhängig davon ob ihr Versand als Briefe oder Pakete erfolgt. Derjenige Teil des vorliegenden Auftrages, welcher die reservierten Dienste betrifft, untersteht nicht dem BoeB. Dienstleistungen, die nur im weiteren Sinn mit dem Transport zu tun haben, bilden eine eigene CPC Kategorie 74, auf welche in den Anhängen des GPA und der VoeB nicht verwiesen wird und die somit nicht dem BoeB unterstehen. Die Beschwerde ist gestützt auf Art. 8 Abs. 1 dem EDI zu überweisen, wobei es dem Departement zu überlassen ist, ob es sie als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 47a oder als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG beurteilt.

Entscheid vom 30. März 2004, BRK 2004-001, E. 1:

Die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post sind als Vergabestellen dem BoeB nicht unterstellt, soweit diese Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GPA nicht unterstehen. Gemäss Postgesetz erbringe die Schweizerische Post die nicht reservierten Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbietern, weshalb unter anderem die Beförderung von Paketen und abgehenden Briefpostsendungen im internationalen Verkehr von den reservierten Diensten ausgenommen ist. Zu den reservierten Diensten gehören somit namentlich noch die aus dem Ausland eingehenden Briefpostsendungen, nicht aber der Export. Davon, dass die Zollbehörden und die Schweizerische Post „Hand in Hand“ arbeiten, könne nicht generell gesprochen werden. Den 93 Personaleinheiten der Schweizerischen Post stehen nur 10 der Zollbehörden gegenüber. Offensichtlich spielt die in Frage stehende Anlage für die Post eine weit wichtigere Rolle. Der Import von Paketen betrifft überdies nur einen kleinen Teil des gesamten bearbeiteten Volumens. Die Zollbehörden haben sich denn auch nicht finanziell an der neuen Steuerungsanlage beteiligt. Es kommt hinzu, dass die Anlage den Zollbehörden nur insofern dient, als die importierten Pakete hin- und wegtransportiert werden (typische Postdienstleistungen). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Anlage nur in sehr untergeordnetem Rahmen auch der Zollabfertigung dient. Auf das vorliegende Beschaffungsgeschäft kommen aber die Vorschriften der VoeB zur Anwendung, wobei aufgrund von Art. 39 VoeB jedoch der Rechtsschutz durch die BRK ausgeschlossen ist.

ABSATZ 2

Entscheid vom 11. Mai 1998, BRK 004/1998, E. 3:

Die Nicht-Unterstellung der SBB unter das Gesetz bedeutet in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss der Aufträge der SBB vom Rechtsmittelsystem. Die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen (SBB) und Telekommunikation sowie die privatrechtlichen Organisationen aus den erwähnten Sektorenbereichen sollen dem Gesetz - gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BoeB - erst unterstellt werden, wenn ein entsprechendes Abkommen mit der EU abgeschlossen und ratifiziert sein wird. Der Rechtsmittelweg des BoeB steht jedoch für Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB nicht offen. Dies ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 3 in fine BoeB. Insofern ist die mit Art. 39 VoeB angestrebte Nichtanwendbarkeit der Beschwerde von Art. 27 ff. BoeB auf die sogenannten „übrigen Beschaffungen“ denn auch bloss eine konsequente Umsetzung der BoeB-Vorgabe. Bei diesem Stand der Dinge steht somit zwingend fest, dass - vorläufig wenigstens - das Rechtsmittelverfahren des BoeB auf die SBB nicht zur Anwendung gelangt, mögen es die Beschwerdeführer auch bedauern, dass damit ein wesentlicher Teil der grossen Auftragsvergaben durch den Bund, nämlich jene der SBB, keinem bundesrechtlichen Rechtsschutz untersteht. Da der Geltungsbereich des BoeB nur Beschaffungen auf Bundesebene und nicht auch diejenigen auf der Stufe der Kantone und Gemeinden erfasst, scheiden der Kanton und die Stadt Zug als Auftraggeber, die dem BoeB unterstehen, ebenfalls aus.

Entscheid vom 23. Februar 2000, BRK 2000-002, E. 3:

Nach Art. 2 Abs. 2 BoeB bezeichnet der Bundesrat die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten unter das BoeB fallen. Massgebend für die Unterstellung ist dabei der Annex 3 der Schweiz zum GPA. Darin sind die Beschaffungsstellen aufgezählt, die unter das Übereinkommen oder andere völkerrechtliche Verträge fallen und damit vom Bundesrat auch dem BoeB unterstellt werden müssen. Nicht erfasst vom BoeB sind bis heute die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen (insbesondere die SBB) und Telekommunikation. Die Nichtunterstellung der SBB sowie der übrigen Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen unter das Gesetz bedeutet in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss entsprechender Aufträge vom Rechtsmittelsystem. Bei diesem Stand der Dinge steht somit zwingend fest, dass - vorläufig wenigstens - das Rechtsmittelverfahren des BoeB auf die Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen nicht zur Anwendung gelangt, mag man es auch bedauern, dass damit ein wesentlicher Teil der grossen Auftragsvergaben durch den Bund, nämlich jene im Rahmen der Realisierung der NEAT, keinem bundesrechtlichen Rechtsschutz untersteht.

Entscheid vom 9. Oktober 2002, BRK 2002-008, E. 3:

In der Regel ergibt sich die direkte Unterstellung einer Organisation unter das Beschaffungsrecht des Bundes anhand von zwei alternativen Kriterien: entweder aufgrund des beherrschenden Einflusses des Bundes auf die betreffende Organisation oder aufgrund des Tätigwerdens dieser Organisation auf dem Gebiete der ganzen Schweiz gestützt auf ein besonderes oder ausschliessliches Recht. Im Sektorenbereich Eisenbahnen sind die SBB sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BoeB direkt unterstellt. Ausserdem sind die NEAT-Ersteller aufgrund des Alpentransit-Beschluss enthaltenen konkretisierten Verweises dem Beschaffungsrecht des Bundes ebenfalls - indes indirekt - unterstellt. Daraus folgt, dass die BLS AlpTransit AG eine dem Bundesrecht unterstellte Vergabebehörde ist, und zwar ungeachtet dessen, dass sich diese Eigenschaft nicht direkt aus dem BoeB ergibt, sondern nur indirekt durch den Alpentransit-Beschluss vorgesehenen Verweis. Da die NEAT-Ersteller somit Gegenstand einer speziellen Unterstellung bilden, spielt es auch keine Rolle, dass die BLS AlpTransit AG nicht durch den Bund beherrscht wird.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021, E. 1 f.:

Das Bilaterale erfasst direkt auch Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs (SBB und andere Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen), weshalb das BoeB auf diese anwendbar ist, sofern die in Frage stehenden Tätigkeiten unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Die zu vergebenden Dienstleistungen dienen der Wahrung der Bahnsicherheit und erfüllen diese Voraussetzung, da sie der für den Personen – und Güterverkehr genutzten Infrastruktur dienen. Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden.

ABSATZ 3

Décision incidente du 28 décembre 2001, CRM 2001-007, c. 2 ff.:

Swisscontrol/Skyguide ne fait pas partie de l'administration générale de la Confédération. Les seules entités actives dans le secteur du transport aérien qui sont assujetties à l'annexe 3 de l'appendice I à l'AMP sont celles exploitant des aéroports. Le contrôle de la navigation aérienne est une activité distincte. Même si le contrôle exercé par la Confédération sur Swisscontrol/Skyguide fait que celle-ci pourrait remplir la définition donnée aux organismes de droit public et aux entreprises publiques par l'annexe 3, ces deux types génériques d'entités ne sont pas inclus dans l'annexe 1 qui ne contient qu'une énumération exhaustive des entités du gouvernement central assujetties à l'AMP. Les parties à l'AMP ont expressément voulu un champ d'application à géométrie variable, de sorte qu'il ne se justifie pas d'étendre le champ d'application de l'AMP au-delà de ce qui est positivement inclus dans les annexes, en l'absence d'indices clairs que deux entités forment une unité effective ou que l'une agit comme agent pour le compte de l'autre. En l'espèce, les différents éléments indiquent une relation de contrôle entre la Confédération et Skyguide, mais celle-ci ne suffit pas.

Art. 3 Ausnahmen

¹ Dieses Gesetz ist nicht anwendbar für:

- a. Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten;
- b. Aufträge, die im Rahmen von Agrar- oder Ernährungshilfsprogrammen erteilt werden;
- c. Aufträge, die aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen den Vertragsstaaten des GATT-Übereinkommens oder der Schweiz und anderen Staaten über ein gemeinsam zu verwirklichendes und zu tragendes Objekt vergeben werden;
- d. Aufträge, die aufgrund eines besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden;
- e. die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee.

² Die Auftraggeberin braucht einen Auftrag nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu vergeben, wenn:

- a. dadurch die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet sind;
- b. der Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen dies erfordert; oder
- c. dadurch bestehende Schutzrechte des geistigen Eigentums verletzt würden.

Entscheid vom 19. Juli 1999, BRK 1999-005, E. 1 f.:

Eine Ausnahmemassnahme zum Schutze der öffentlichen Sicherheit darf nicht ungerechtfertigt diskriminierend oder versteckt protektionistisch sein, und muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und die den Umständen entsprechend am wenigsten einschneidende Massnahme darstellen. Die Möglichkeit der Vergabestelle, im Rahmen der Eignungsprüfung – z.B. eines selektiven Verfahrens – die Anbieter daraufhin zu untersuchen, ob sie in der Lage sind, den im nationalen Interesse an die Vertraulichkeit und die Sicherheit zu stellenden Anforderungen bei Beschaffungsgeschäften im Zusammenhang mit Auslandsvertretungen Genüge zu tun, kann in gleichem Masse erfolgen, ob das betreffende Beschaffungsgeschäft nun ausgeschrieben wird oder nicht.

Entscheid vom 25. August 1999, BRK 1999-004, E. 1:

Da Schutzwesten nicht unter den Begriff Kriegsmaterial fallen, ist insbesondere auch der Ausnahmetatbestand von Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB nicht gegeben.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-004, E. 3f.:

Offensichtlich geht es beim Beschaffungsgegenstand der T-Shirts weder um Bauten noch um Waffen oder Munition im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB. Fraglich erscheint indes der Begriff des Kriegsmaterials.

Art. 4 Ausländische Anbieter und Anbieterinnen

Dieses Gesetz ist anwendbar auf Angebote von Anbietern und Anbieterinnen aus:

- a. den Vertragsstaaten des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, soweit diese Staaten Gegenrecht gewähren;
- b. andern Staaten, in dem Ausmass, als die Schweiz mit diesen entsprechende vertragliche Abmachungen eingegangen ist oder der Bundesrat die Gleichbehandlung schweizerischer Anbieter und Anbieterinnen in diesem Land festgestellt hat.

Décision du 28 septembre 2001, CRM 2001-007, c. 2 ss.:

Dès lors que la recourante est une soumissionnaire ayant son siège dans un autre Etat partie à l'AMP, il faut en outre vérifier si la Suisse a exclu dans ses notes générales et dérogations l'accès des soumissionnaires américains pour le type spécifique de services faisant l'objet du présent marché.

Entscheid vom 9. November 2004, BRK 2004-006, E. 2:

Nachdem sich der Preis tatsächlich bei beiden Anbieterinnen in ungefähr gleichem Umfang entwickelte, hat sich eine nähere Prüfung der Begründetheit der Preisveränderungen für die Vergabebehörde nicht aufgedrängt. Es ergibt sich, dass dieses Kriterium nicht einzig auf ausländische Anbieterinnen abzielt, sondern inländische Offerenten in gleicher Weise betrifft.

Art. 5 Begriffe

¹ In diesem Gesetz bedeuten:

- a. Lieferauftrag: Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf;
- b. Dienstleistungsauftrag: Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des GATT-Übereinkommens;
- c. Bauauftrag: Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens.

² Ein Bauwerk ist das Ergebnis der Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten nach Absatz 1 Buchstabe c.

Décision du 29 juin 1998, CRM 015/1997, c. 1 f.:

On est en présence d'un marché qui comporte des prestations dont certaines, prises isolément, sont des constructions, d'autres des fournitures, d'autres encore, des services. Le Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC ne comporte pas d'explication pertinente sur la qualification du marché dans une situation de ce genre. Or, comme les prestations attendues du soumissionnaire ne sont pas dissociables, la prestation principale, à savoir la livraison de fournitures, qualifie l'ensemble du marché.

Décision du 8 octobre, CRM 003/1998, c. 1 f.:

Il en ressort au contraire qu'il ne fera qu'assister la direction des travaux, voire dirigera certains de ceux-ci. En conséquence, le marché en cause constitue un pur marché de services – et non un marché de travaux portant conjointement sur la conception et l'exécution.

Entscheid vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 2:

Sowohl das GPA als auch der Anhang 1 der VoeB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen und verweisen im Übrigen auf die Referenz-Nummern der Zentralen Produktklassifikation (CPC) der UNO (Ausgabe 1991). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BoeB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen.

Décision du 28 septembre 2001, CRM 2001-007, E. 2 ff.:

Il s'agit ainsi d'un marché mixte de fournitures et de services. Si l'élément de services est prépondérant, il faut qualifier le type exact de services faisant l'objet du marché. Dès lors que la recourante est une soumissionnaire ayant son siège dans un autre Etat partie à l'AMP, il faut en outre vérifier si la Suisse a exclu dans ses notes générales et dérogations l'accès des soumissionnaires américains pour le type spécifique de services faisant l'objet du présent marché.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-004, E. 3f.:

Offensichtlich geht es beim Beschaffungsgegenstand der T-Shirts weder um Bauten noch um Waffen oder Munition im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. e BoeB. Fraglich erscheint indes der Begriff des Kriegsmaterials. Diesbezüglich kann auf das Kriegsmaterialgesetz zurückgegriffen werden. Die vorliegend zur Diskussion stehenden T-Shirts bilden eine Lieferung für den zivilen Gebrauch. Die Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 1 GPA wurde als solche vom Anhang 1 übernommen, wie er von der Schweiz als Anhang 1 des alten GATT-Kodexes vom 12. April 1979 hinterlegt worden war; eine Änderung der Liste wurde nicht vorgenommen. Beide Positivlisten beziehen sich auf die Kapitel und Nummern der Nomenklatur der Waren, wie sie beim Abschluss des GATT-Kodexes im Rahmen der Tokyo-Runde im Jahre 1979 bestanden. Aus den Materialien geht nirgends hervor, dass der Gesetzgeber den Geltungsbereich des BoeB über denjenigen des GPA hinaus erweitern wollte. Nachdem fest steht, dass der hier vergebene öffentliche Auftrag nicht dem BoeB untersteht, ist er grundsätzlich als übrige Beschaffung des Bundes im Sinne des 3. Kapitels VoeB anzusehen. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8 (BoeB).

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-007:

Lediglich Kapitel 43 findet sich in der Positivliste, doch deckt dies bloss die Pelzfelle, Waren aus Pelzfellen, künstliches Pelzwerk (auch konfektioniert) ab, so dass das Gepäckset entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht darunter subsumiert werden kann. Eine Unterstellung unter Kapitel 76 (Aluminium) in Bezug auf den Transportwagen kommt ebenso wenig in Frage, kann es doch letztlich auch nicht Sinn und Zweck der Positivliste sein, eine zusammengesetzte Ware, wie das hier fragliche Gepäckset, in seine Einzelteile aufzuteilen und unter die entsprechenden Kapitel der Positivliste zu subsumieren oder, ausgehend vom charakteristischen Merkmal der Ware, einem einzigen Kapitel zu unterstellen.

Decisione incidentale del 16 dicembre 2003, CRAP 2003-025, c. 1:

La commessa in oggetto è suddivisa in due diverse attività. È composta da servizi previsti e da prestazioni non comprese nel campo di applicazione. Non esiste nessun obbligo di suddividere la commessa al fine di aggiudicare, secondo procedure distinte, i servizi soggetti da quelli non soggetti. Resta riservato il caso in cui il committente raggruppi artificialmente in un'unica commessa, servizi prioritari e non, con l'unico scopo di eludere l'applicazione integrale. Perciò decide il valore.

Entscheid vom 11. August 2005, BRK 2005-004, E. 2:

Die Anbieter haben bei solchen Gesamtleistungswettbewerben ein Projekt und die dazugehörigen werkvertraglichen Ausführungsleistungen (mit einem entsprechenden Preis) zu offerieren. Demnach ist von einem gemischten Auftrag auszugehen, der Dienstleistungen, Bauleistungen sowie Lieferaufträge umfasst. Bei gemischten Aufträgen ist zu untersuchen, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt. Der gemischte Auftrag ist einheitlich nach dem Prinzip des überwiegenden Leistungselements zu qualifizieren. Auch bei der gemeinsamen Vergabe von Planer- und Bauleistungen ist die Qualifikation des Auftrags grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der Leistungen vorzunehmen, wobei regelmässig das Übergewicht bei den Bauleistungen liegen wird.

Verfügung vom 8. Dezember 2006, BRK 2006-018:

Fällt eine Dienstleistung nicht unter den Geltungsbereich des BoeB bzw. des ÜoeB, handelt es sich weder um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VoeB, sondern um eine sogenannte „übrige Beschaffung“ gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der aus „anderen Gründen“ nicht unter das Gesetz fällt. Für solche Beschaffungen ist eine Beschwerde an die BRK nicht möglich. Gemäss dem Wortlaut dieser abschliessenden Aufzählung in der Positivliste ist eine Zuordnung unter eine dieser Kategorien selbst bei grosszügiger Auslegung der verschiedenen Dienstleistungsarten der Anhänge nicht möglich.

Art. 6 Umfang des Auftrags

¹ Dieses Gesetz ist nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages folgenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht:

- a. 263 000 Franken bei Lieferungen;
- b. 263 000 Franken bei Dienstleistungen;
- c. 10,07 Millionen Franken bei Bauwerken;
- d.² 806 000 Franken bei Lieferungen und Dienstleistungen im Auftrag einer Auftraggeberin nach Artikel 2 Absatz 2 oder für Aufträge, welche die Automobildienste der Schweizerischen Post zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransports vergeben.³

² Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) passt die Schwellenwerte im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) periodisch den Vorgaben des GATT-Übereinkommens an.

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 1 f.:

Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-003, E. 2:

Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreibe 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 oder wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will.

Entscheid vom 28. Oktober 2003, BRK 2003-020, E. 4:

Die dem BoeB nicht unterstellten Posten dürfen zur Berechnung des vorliegend relevanten Auftragswertes nicht einbezogen werden. Der Wert der übrig bleibenden Dienstleistungen macht lediglich einen minimalen Teil des Betrages für den Gesamtauftrag aus und erreicht den genannten Schwellenwert bei weitem nicht.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021, E. 1:

Analog der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für Bauwerke muss auch im vorliegenden Fall der Gesamtwert des Auftrages - also der Wert aller gleichzeitig vergebenen 28 Lose - massgeblich sein.

Entscheid vom 11. August 2005, BRK 2005-004, E. 2:

Nicht massgeblich für die Fragestellung, ob der Auftragswert über oder unter dem Schwellenwert liegt, ist der Baukredit von 9,6 Mio. (welcher den genannten Schwellenwert knapp übersteigen würde).

Art. 7 Auftragswert

¹ Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen.

² Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen dieses Gesetzes unterstehen. Er bestimmt, welchen prozentualen Anteil sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen (Bagatellklausel).

³ Vergibt die Auftraggeberin mehrere gleichartige Liefer- oder Dienstleistungsaufträge oder teilt sie einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose), so berechnet sich der Auftragswert aufgrund:

- a. des tatsächlichen Wertes der während der vergangenen zwölf Monate vergebenen wiederkehrenden Aufträge; oder
- b. des geschätzten Wertes der wiederkehrenden Aufträge, die in den zwölf Monaten nach der Vergabe des ersten Auftrages vergeben werden.

⁴ Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend.

² Fassung gemäss Anhang Ziff. 3 des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (SR 783.1).

³ Für das Jahr 2005 betragen die Schwellenwerte 248 950 Fr. bei Lieferungen und Dienstleistungen, 9,575 Millionen Fr. bei Bauwerken und 766 000 Fr. bei Organisationen nach Art. 2 Abs. 2 (Art. 1 der V vom 2. Nov. 2004 – SR 172.056.12).

3. Abschnitt: Grundsätze und Teilnahmebedingungen

Art. 8 Verfahrensprinzipien

¹ Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind folgende Grundsätze zu beachten:

- a. Die Auftraggeberin achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen.
- b. Sie vergibt den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter oder eine Anbieterin, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewährleisten. Massgebend sind die Bestimmungen am Ort der Leistung.
- c. Sie vergibt den Auftrag nur an Anbieter oder Anbieterinnen, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten.
- d. Sie wahrt den vertraulichen Charakter sämtlicher vom Anbieter oder der Anbieterin gemachten Angaben. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Artikel 23 Absätze 2 und 3 zu erteilenden Auskünfte.

² Der Auftraggeberin steht das Recht zu, die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen und der Gleichbehandlung von Frau und Mann zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen. Auf Verlangen hat der Anbieter oder die Anbieterin deren Einhaltung nachzuweisen.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1c:

En choisissant, pour la décision relative au choix des participants à la procédure sélective, de publier une décision comportant les seuls noms des participants retenus et d'adresser une notification individuelle aux participants non retenus, le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de confidentialité.

Entscheid vom 4. Dezember 1997, BRK 11/97, E. 2:

Es geht nicht nur darum, die ausländischen Anbieter gleich zu behandeln wie die inländischen (und umgekehrt), sondern auch um die Gleichbehandlung der inländischen und ausländischen Anbieter jeweils unter sich. Weder die Herkunft eines bestimmten Produktes noch die Tatsache, dass der Firmensitz der Beschwerdeführerin in der Nähe liegt, sowie ihre wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für die betreffende Region sind von den Vergabebehörden des Bundes bei der Submission zu berücksichtigen.

Entscheid vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 2 f.:

Es ist ohne weiteres zulässig, die Verhandlungen danach auf einen bestimmten Aspekt einzuschränken. Die Vergabestelle ist frei in der Entscheidung, ob sie eine (grundsätzlich vorbehaltene) Verhandlung durchführen will und über welche Angebotsbestandteile sie diskutieren will - ausser sie habe den Verhandlungsgegenstand im Voraus eingeschränkt. Die Frage nach der Rechtmässigkeit der vorgängigen Bekanntgabe des tiefsten Angebots bei Verhandlungen kann im Lichte der konkreten Sachlage des vorliegenden Falles offen gelassen werden, denn es erweist sich, dass die Beschwerdeführerin durch den (allfälligen) Verfahrensfehler nicht nur nicht benachteiligt worden wäre, sondern dass sie daraus sogar erhebliche Vorteile hätte ziehen können (wobei sie dazu offenbar nicht in der Lage war, da sie den tiefsten Preis nicht hat unterbieten können). Da sich keine Hinweise ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen „weitgehend weitervergift“ entbehrt auch die Befürchtung jeglicher Grundlage, sie könne dem Leistungsprinzip und dem Prinzip der gleich langen Spiesse nicht gerecht werden. Im Übrigen ist nicht einzusehen und es wird von der Beschwerdeführerin nicht näher ausgeführt, weshalb die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sein sollte, die geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen einzuhalten.

Entscheid vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 5:

Unbegründet ist schliesslich die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des Grundsatzes der Vertraulichkeit

Art. 9 Eignungskriterien

¹ Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf.

² Sie gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 3:

Pour donner suite à la requête des recourants, il n'est pas nécessaire de suspendre complètement tout le processus de passation jusqu'à droit jugé. Il suffit de réintroduire provisoirement les recourants dans la procédure de passation du marché, en leur donnant la possibilité d'élaborer et de déposer une offre, à leurs propres frais et risques, en plus des 18 candidats déjà sélectionnés.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 007/97, E. 5:

Von Ideenskizzen ist weder im genannten Anhang noch in den übrigen gesetzlichen Bestimmungen die Rede. Damit ist noch nicht gesagt, dass Ideenskizzen auf dieser Verfahrensstufe von den Auftraggeberinnen nicht einverlangt werden können, denn sowohl der Text als auch Anhang 3 der VoeB bringen den nicht abschliessend gemeinten Charakter der aufgezählten Eignungsnachweise klar zum Ausdruck. Andererseits ist die Zulässigkeit der einzelnen genannten Eignungskriterien am Massstab des GPA und des Gesetzes zu messen. Bei Planungswettbewerben ist weiter darauf zu achten, dass - im Falle der Anwendung eines selektiven Verfahrens - die Präqualifikation der Teilnehmer nicht in unzulässiger Weise mit dem Wettbewerb als solchem vermischt wird: Planungswettbewerbe können als Ideenwettbewerbe zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben durchgeführt werden. Es kann nicht angehen, das Erbringen solcher Lösungsvorschläge, welche den Inhalt eines Ideenwettbewerbs darstellen und für welche die VoeB eigene Regeln enthält, einfach ins Präqualifikationsverfahren zu verweisen. Es ist Sache der Vergabestelle, die Eignungskriterien so festzulegen, dass das Preisgericht auch tatsächlich eine solche Gesamtwürdigung vornehmen kann.

Entscheid vom 4. Februar 1999, BRK 1998-012, E. 2:

In jedem Vergabeverfahren muss dabei sichergestellt sein, dass neben der Prüfung der Zuschlagskriterien auch eine solche der Eignungskriterien erfolgt. Aus den von der Vergabestelle vorgelegten Unterlagen ist jedoch nicht ersichtlich bzw. nicht aktenmässig nachvollziehbar, ob die Eignung der Submittenten anhand der publizierten Eignungskriterien (im Einzelnen) geprüft worden ist.

Entscheid vom 22. Juli 1999, BRK 1999-006, E. 2f.:

Bei der Frage der von der Beschwerdeführerin verlangten Kenntnisse des Batteriemarktes scheint es sich tatsächlich um Eignungs- und nicht um Zuschlagskriterien zu handeln. Denn die hier strittigen Kenntnisse betreffen die Beschwerdeführerin selbst und nicht deren Angebot; es geht hier letztlich um die „technische Leistungsfähigkeit“. Dann dürfen die hier strittigen Kenntnisse des Batteriemarktes beim hier in Frage stehenden Zuschlag keine Rolle mehr spielen. Denn die Eignung der Anbieter ist im Rahmen der Präselektion abschliessend zu beurteilen und darf bei der Zuschlagserteilung nicht erneut ins Gewicht fallen; vielmehr gelten alle präselektionierten Anbieter als geeignet und es ist unzulässig, einem präqualifizierten Anbieter den Zuschlag wegen minderer Eignung zu verweigern.

Décision du 16 août 1999, CRM 1999-002, E. 4:

Il découle du principe général de transparence des procédures de passation une obligation de publication suffisante des critères d'aptitude financière et des moyens de preuve demandés à cet égard.

Entscheid vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 4:

Es geht hier letztlich um die „technische Leistungsfähigkeit“. Weshalb nun die Kenntnisse der Entsorgung im Batteriemarkt, um den es hier konkret geht, Zuschlags- und nicht Eignungskriterien sein sollen, sei nicht ersichtlich.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-021 und -23, E. 2 f.:

Art. 15 Abs. 1 VGV schliesst nicht nur direkte Konkurrenten von Getränkeverpackungen aus Glas von der Auftragsvergabe aus. Diese Bestimmung fordert vielmehr eine wirtschaftliche Unabhängigkeit von der gesamten Getränkeverpackungsbranche. Der Einwand, ein Mitglied weise eine «grundsätzlich nicht gewinnorientierte Ausrichtung» auf, vermag nichts daran zu ändern, dass der Verein keine im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VGV geeignete private Organisation ist. Die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen ist nämlich nicht mit Gewinnstreben gleichzusetzen. Hinzu kommt, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin auch dem Erfordernis nach hinreichender Datensicherheit nicht genügt. Der Zuschlagsempfängerin fehlt die Eignung zusätzlich auch, weil es sich nicht um eine private Organisation handelt, wie es in Art. 15 Abs. 1 VGV verlangt wird. Bei der Eidg. Weinhandelskontrollkommission handelt es sich um eine Behörde mit hoheitliche Funktionen.

Entscheid vom 6. Dezember 2002, BRK 2002-012, E. 2:

Es ist aber insbesondere im selektiven Verfahren zu verlangen, dass die Ausschreibung oder allenfalls die weiteren Unterlagen, welche die Anbieter im Hinblick auf die Erstellung ihres Teilnahmeantrages bei der Vergabebehörde beziehen können, eine klare präzise und vollständige Umschreibung der Eignungskriterien enthalten. Zwar lassen sich die relevanten Eignungskriterien sinngemäss aus dem – ungenügenden – Aufgabenbeschrieb und allenfalls im Ansatz aus der Ausschreibung aus den geforderten Nachweisen entnehmen. Dies ist aber insgesamt als ungenügend anzusehen.

Zwischenentscheid vom 23. Mai 2003, BRK 2003-012:

... dem Suspensiveffekt vielmehr auch dadurch nachgelebt werden kann, dass der Beschwerdeführerin zusammen mit den 18 bereits selektionierten Teilnehmern die Möglichkeit gegeben wird, ein Angebot einzureichen, und sie somit – unter Vorbehalt des Endentscheids über die Frage der Präqualifikation und *auf eigenes Kostenrisiko* – ebenfalls zur Offerteingabe eingeladen wird, was im Ergebnis dem Eventualbegehren des Vergabestelle entsprechen würde; die dadurch erfolgende – provisorische – Erhöhung der selektionierten Teilnehmer um einen weiteren keine ersichtlichen Nachteile zur Folge hätte; ein solches Vorgehen vorliegend sowohl dem Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin als auch dem Interesse der Vergabebehörde bzw. der 18 bereits ausgewählten Teilnehmer an einer unverzüglichen Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerecht zu werden vermag;

Décision du 1^{er} septembre 2003, CRM 2003-015. c. 2 et 3 :

La question d'une prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire (*Mehreignung*) au stade de l'évaluation des critères d'adjudication dans le cadre d'une procédure ouverte est controversée en doctrine; En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de la légalité de la prise en compte de critères d'aptitude au stade de l'adjudication du marché, car le recours doit être accepté pour un autre motif. Cependant, lorsque des circonstances spéciales sont propres à éveiller un doute quant à la capacité financière du soumissionnaire à exécuter le marché, le pouvoir adjudicateur doit procéder à des investigations complémentaires.

Entscheid vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 3:

Da sich keine Hinweise ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen „weitgehend weitervergift“ entbehrt auch die Befürchtung jeglicher Grundlage, sie könne dem Leistungsprinzip und dem Prinzip der gleich langen Spiesse nicht gerecht werden. Im Übrigen ist nicht einzusehen und es wird von der Beschwerdeführerin nicht näher ausgeführt, weshalb die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sein sollte, die geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen einzuhalten.

Entscheid vom 12. Dezember 2003, BRK 2003-029, E. 3:

Insbesondere die Note 1 der Bietergemeinschaft beim Unterkriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ erweist sich als nicht nachvollziehbar. Die Vernehmlassung und die Befragung von deren Vertreter durch das Gericht ergab keine Klärung, ein konkreter Grund für diese schlechte Note konnte nicht genannt werden. Ein durch die BRK vorgenommener Vergleich der von den anderen präqualifizierten Bewerbern mit betreffend „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ besseren Noten (insbesondere derjenigen mit Note 3) eingereichten Unterlagen mit denjenigen der Bietergemeinschaft lieferte ebenfalls keinen Aufschluss darüber, weshalb die Bietergemeinschaft in jener Kategorie so markant schlechter abschnitt. Es besteht Grund zur Annahme, dass jedenfalls bei diesem Teilkriterium mit ungleichen Ellen gemessen wurde. Im Gegenteil ist aufgrund des Vergleichs mit den andern Anbietern davon auszugehen, dass die Note eins (unter Berücksichtigung der Kooperation mit der B) eindeutig zu niedrig ist.

Entscheid vom 22. März 2004, BRK 2004-003, E. 4b:

Der Vergabestelle steht bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser wird gar als noch weitergehend bezeichnet als bei ordentlichen Beschaffungen. Bei Planungswettbewerben umfassen die Eignungskriterien auch objektspezifische Nachweise, insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis. Dies führt dazu, dass die Vergabestelle auch die Angabe von Referenzobjekten verlangen darf.

Entscheid vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 2 ff.:

Zuvor hatte sie bei der von ihr gewählten Vorgehensweise dazu gar keine Veranlassung. Insofern kann ihr grundsätzlich kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie der Beschwerdeführerin erstmals in der Duplik die Eignung abspricht. Die Vergabestelle hat ihre ursprünglichen Anforderungen in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin aber ganz offensichtlich im Rahmen der Evaluation gelockert.

Entscheid vom 17. Dezember 2004, BRK 2004-015, E. 2b:

Solange der Ausschluss hingegen nicht rechtskräftig feststeht, ist der betreffende Anbieter berechtigt, nicht nur seinen Ausschluss, sondern auch den an einen Dritten erteilten Zuschlag mit Beschwerde anzufechten. Das gewählte Verfahren verstösst zwar nicht von vornherein gegen das Gleichbehandlungsgebot. Es ist auch bei einem gestaffelten Vorgehen denkbar, dass die Vergabebehörde an beide Anbieterinnen die genau gleichen Anforderungen stellt und sie nach dem genau gleichen Massstab beurteilt, sich die Vergabebehörde somit strikte an den Gleichbehandlungsgrundsatz hält (und im vorliegenden Fall das Verfahren tatsächlich abbricht, falls auch die Mitkonkurrentin die Eignungsanforderungen nicht erfüllt). Ist sie erst einmal rechtskräftig vom Verfahren ausgeschlossen, hat sie keinerlei rechtlichen Möglichkeiten mehr, dagegen einzuschreiten, wenn die Vergabebehörde bei der erst später erfolgenden Eignungsprüfung der Mitkonkurrentin die Anforderungen derart lockert bzw. herabsetzt, dass sie auch von der Beschwerdeführerin erfüllt worden wären, und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Sie hat als rechtskräftig ausgeschlossene Anbieterin auch keinen Anspruch, über die Eignungsprüfung ihrer verbliebenen Konkurrentin und deren Ergebnis auf irgendeine Weise informiert zu werden. Die Eignungsprüfung als Ganzes wird, insbesondere was die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots anbelangt, damit völlig intransparent, und der Beschwerdeführerin wird die Möglichkeit entzogen, sich auf dem Rechtsweg gegen eine Ungleichbehandlung zu wehren.

Entscheid vom 11. März 2005, BRK 2004-010/011, E. 4:

Die Beschwerdeführerin ist in weiten Teilen nur ungenügend auf die in den Unterlagen klar kommunizierten Anforderungen und Vorgaben eingegangen. Dass diese Anforderungen und Vorgaben von den Offerenten durchaus erfüllbar waren, zeigen die Angebote der übrigen vier präqualifizierten Anbieterinnen. Unter diesen Umständen hatte die Vergabestelle keinerlei Veranlassung, ihr die Möglichkeit zur Nachbesserung ihrer qualitativ grossenteils ungenügenden technischen Angebote einzuräumen.

Entscheid vom 30. Mai 2005, BRK 2005-002, E. 3 f.:

Die Unabhängigkeit im Sinne der Ausschreibung ist ein Merkmal des Anbieters und nicht des Angebots bzw. der konkret offerierten Leistung. Nachdem die Anbieterin in der Offerte nicht als Bietergemeinschaft deklariert wurde, ist davon auszugehen, dass keine solche besteht und dass es sich bei den beigezogenen Personen um bloss Subunternehmer bzw. Unterakkordanten handelt.

Decisione del 7 dicembre 2005, CRAP 2005-007, c. 2 f.:

Occorre a questo punto ricordare che i criteri di idoneità fissati in relazione a una commessa pubblica non possono riferirsi a una qualsiasi attitudine generale dell'offerente, ma devono essere direttamente connessi con l'oggetto della commessa, nel senso che permettono di verificare le qualifiche necessarie alla buona esecuzione dell'appalto. Il committente non può introdurre delle distinzioni artificiali e non dimostrabili, all'unico scopo di procedere a una doppia valutazione dell'idoneità.

Entscheid vom 28. Dezember 2005, BRK 2005-015, E. 2:

Das Vergaberecht regelt nicht, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn wie vorliegend mehrere parallele (selektive) Vergabeverfahren durchgeführt werden und sich für die verschiedenen Vergaben gleichzeitig mehrere Gesellschaften bewerben, die derselben Holding angehören. Prinzipiell spricht nichts dagegen, zwei Bewerber ein und derselben Gruppe für unterschiedliche Teilprojekte zuzulassen. Die Vergabestelle hat aufgrund des Transparenz- und auch des Gleichbehandlungsprinzips die Verpflichtung, möglichst klare und unmissverständliche Ausschreibungsunterlagen zu erstellen. Eine klare Definition des von ihr verwendeten Terminus „Anbieter“ hat die Beschaffungsstelle jedoch unterlassen. Vorliegend ist nicht im Detail bekannt, welchen Einfluss die Muttergesellschaft der C-Gruppe auf ihre Töchter ausübt und inwiefern die Gruppe einheitlich geleitet wird. Die beiden vorliegenden Bewerbungen vermitteln im Gegenteil den Eindruck, dass diese als getrennte und unabhängig handelnde Anbieterinnen aufgetreten sind. Überdies ist festzustellen, dass der von der Beschaffungsstelle in der Vernehmlassung angegebene Zweck der Regel in der Ausschreibungsunterlagen (Verteilen auf möglichst viele Gutachterbüros; Fachwissen und lokale Kenntnisse möglichst vieler Anbieter; ebenfalls nicht dagegen spricht, mehrere Gesellschaften derselben Gruppe zu selektionieren, falls diese wie vorliegend über eigenes Personal, namentlich eigene Fachkräfte (also unterschiedliches Fachwissen) und durch ihre geografische Verteilung über je unterschiedliche lokale Kenntnisse verfügen.

Decisione del 27 gennaio 2006, CRAP 2005-014:

- da entrambe le candidature della ricorrente e di CIG e dagli altri atti si deve concludere che queste società si sono presentate quali candidati separati e indipendenti e che le tre filiali devono essere considerate per la presente commessa quali candidati indipendenti giusta la cifra 2.2 della documentazione del bando di concorso;
- ritenuto che l'ammissione della ricorrente oltre ai candidati già selezionati è possibile, in quanto il bando di concorso limita a cinque il numero dei candidati da selezionare;
- il fatto che la ricorrente abbia raggiunto con la sua offerta per il progetto parziale n. 31 unicamente il sesto posto e che le tre offerte che hanno ottenuto il terzo, quarto e quinto rango non sono state prequalificate per il medesimo motivo della ricorrente (poiché esse erano state considerate in un altro progetto parziale) non muta l'esito della presente vertenza secondo cui la ricorrente deve essere prequalificata; le candidate succitate, che hanno ottenuto un piazzamento migliore rispetto alla ricorrente, hanno contestato senza successo (in un caso) oppure hanno omesso di contestare la decisione, e pertanto, anche se la loro esclusione è avvenuta illecitamente, non possono essere inserite posticipatamente nella prequalificazione;

Decisione del 21 febbraio 2006, CRAP 2005-018, c. 5:

Il fatto che quest'ultimo funga da ingegnere verificatore nell'ambito del progetto in questione non comporta comunque l'esclusione del consorzio D dalla gara relativa all'assegnazione del mandato di direzione lavori. Questa circostanza comporta semmai l'obbligo del consorzio V di rinunciare, se del caso, al mandato di verificatore per la tratta in questione. Circostanza che il consorzio V ha peraltro riconosciuto. Questa censura deve pertanto essere respinta.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-022, c. 3:

La questione di un doppio esame di idoneità o della considerazione dell'idoneità migliore si pone tuttavia solo nell'ipotesi in cui l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri appartenenti materialmente all'idoneità sia stata effettuata illecitamente. Ciò non è il caso nella fattispecie, ritenuto che questa inclusione è considerata lecita dalla CRAP. Pertanto non risulta necessario decidere sulla validità di un sistema di valutazione che pone delle esigenze minime, il cui mancato raggiungimento determina l'eliminazione dell'offerta, in relazione ai criteri di aggiudicazione che materialmente sono dei criteri di idoneità.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-023, c. 3:

In una commessa di servizi concernenti una prestazione intellettuale, dove il committente considera gli elementi derivanti materialmente dall'idoneità allo stadio dell'aggiudicazione della commessa, il fatto che dei giustificativi identici siano utilizzati per la verifica di taluni criteri di idoneità e di aggiudicazione deve risultare chiaramente dalla documentazione del bando di concorso. Se è vero che il committente deve esprimere chiaramente i giustificativi che richiede per verificare l'idoneità degli offerenti o la qualità dell'offerta, risulta pur tuttavia che le indicazioni brevi e ambigue date nel caso in esame dal medesimo rientrano ancora entro i limiti – inferiori – richiesti dal principio della trasparenza e dalle norme legali che ne discendono.

Zwischenverfügung vom 22. August 2006, BRK 2006-011, E. 4:

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann das publizierte Eignungskriterium bzw. der verlangte Nachweis nicht so verstanden werden, dass die Referenzen zwingend eine dem ausgeschriebenen Projekt entsprechende Grössenordnung aufzuweisen hätten. Die Vergabebehörde durfte sich durchaus mit Referenzen begnügen, welche einen kleineren Umfang aufwiesen. Ebenfalls ist mit der Vergabebehörde einig zu gehen, dass es wohl angesichts des Ziels des Vergaberechts der Stärkung des Wettbewerbs fragwürdig wäre zu verlangen, dass die Bewerber bereits Arbeiten in einer gleichen oder doch ähnlichen Dimension durchgeführt haben, wie für das ausgeschriebene Grossprojekt zu erbringen. Massgeblich ist vorliegend, dass aus den Referenzen geschlossen werden konnte, dass die Bewerberin fähig ist, Arbeiten im ausgeschriebenen Mengbereich auszuführen.

Art. 10 Prüfungssystem

¹ Die Auftraggeberin kann ein Prüfungssystem einrichten und die Anbieter und Anbieterinnen auf ihre Eignung hin prüfen.

² Erfüllen diese die nach Artikel 9 verlangten Kriterien, so werden sie in ein Verzeichnis aufgenommen.

³ Der Bundesrat regelt das Verfahren.

Art. 11 Ausschluss und Widerruf des Zuschlags

Die Auftraggeberin kann den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Artikel 10 streichen, insbesondere wenn sie:

- a. die geforderten Eignungskriterien nach Artikel 9 nicht mehr erfüllen;
- b. der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben;
- c. Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben;
- d. den Verpflichtungen aus Artikel 8 nicht nachkommen;
- e. Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen;
- f. sich in einem Konkursverfahren befinden.

Décision du 7 novembre 1997, CRM 010/97, c. 2:

La conformité aux conditions de l'appel d'offres et à la documentation relative à ce dernier constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par l'adjudicateur pour un marché particulier. L'énumération exemplative des motifs d'exclusion de l'art. 11 LMP n'est qu'exemplative, et non exhaustive. Elle ne s'oppose pas à ce qu'une offre fasse l'objet d'une décision expresse séparée. En l'absence d'une telle décision expresse, l'exclusion résulte implicitement du fait de l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire. Le soumissionnaire ne saurait modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales (par ex. des spécifications techniques discriminatoires) ou constitueraient un formalisme excessif. Si la recourante voulait soumettre un prix forfaitaire, elle avait la possibilité de le faire sous la forme d'une variante, en plus de la soumission d'un prix comportant le détail des postes requis par la documentation. De telles explications ne peuvent que préciser certains points de l'offre, mais non la modifier au risque de porter atteinte à l'égalité de traitement. Lorsque la décision d'adjudication elle-même s'avère bien-fondée, l'invalidation du contrat conclu en violation des règles de la bonne foi, avant l'échéance du délai de recours, apparaît disproportionnée par rapport à l'effet combattu (la garantie d'une protection juridictionnelle effective). En l'espèce, les motifs invoqués se sont avérés mal fondés. La décision a été valablement prise et doit être maintenue. En conséquence, la conclusion du contrat, bien qu'entachée d'un vice provisoire du fait de sa conclusion prématurée, doit rester valide.

Entscheid vom 18. Dezember 1997, BRK 013/97, E. 2:

Die Vergabestelle schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus. Die Vergabestelle hat den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht mit einer selbständig anfechtbaren Verfügung angeordnet, sondern - implizit - im Rahmen der Zuschlagsverfügung. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, da nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind. Das Gesetz präzisiert den Begriff des wesentlichen Formfehlers nicht näher. Selbstverständlich bleibt - wie bei allen Formvorschriften - auch hier das auf Art. 4 BV beruhende Verbot des überspitzten Formalismus vorbehalten. Fest steht, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht - jedenfalls insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen - ein hoher Stellenwert zukommt. Die Gleichbehandlung kann nur dann gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist zum vornherein dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote durch die einseitige, ausschreibungswidrige Abänderung der Offerteingabe durch einen Anbieter aufgehoben oder beeinträchtigt wird. Solche Änderungen stellen grundsätzlich einen wesentlichen Formfehler dar.

Décision du 16 août 1999, CRM 1999-002, c. 3:

Lorsque des soumissionnaires concluent des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace, le pouvoir adjudicateur peut, selon le stade auquel l'illégalité est découverte et son impact sur la procédure de passation en cours, exclure les soumissionnaires en cause de la procédure de passation et continuer la procédure avec les soumissionnaires non parties à l'entente, interrompre la procédure de passation et lancer un nouvel appel d'offres, ou révoquer l'adjudication. L'adjudication du marché à l'adjudicataire, qui incorporait la sous-traitance illicite, est illégale et doit être annulée déjà pour cette raison.

Entscheid vom 8. Februar 2000, BRK 1999-012, E. 3:

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer – mit Ausnahme von gewissen Nebenkosten, der Kosten für die Grundlagenbeschaffung und für die Bauphysik – lediglich die Leistungsanteile und Schwierigkeitsgrade der einzelnen Bauposten aufgelistet. Eine Bezifferung der darauf entfallenden Honorare hat er in seiner Offerte nicht vorgenommen. Der Beschwerdeführer ist sich dieser Tatsache bewusst, führt er doch in seiner Beschwerde selbst aus, er habe keinen Angebotspreis offeriert. Die Offerte ist damit als unvollständig zu bezeichnen. Auf Grund seiner Unvollständigkeit hätte das Angebot des Beschwerdeführers daher bereits nach Sichtung der Offerten wegen eines wesentlichen Formfehlers im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden können. Dass die Vergabebehörde die Variante des impliziten Ausschlusses durch Zuschlag an eine andere Anbieterin wählte, ist mit Blick auf die gesetzliche Regelung, wonach nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind (Art. 29 lit. d BoeB), und die Rechtsprechung der BRK nicht zu beanstanden.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013, c. 3:

Exigences techniques minimales: En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimales.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-022, E. 3:

Ist ein impliziter Ausschluss im erwähnten Sinne möglich, so kann ein unvollständiges Angebot erst recht auch ausdrücklich in der (negativen) Zuschlagsverfügung ausgeschlossen werden. [...] Wie bereits ausgeführt, enthält das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 an die Vergabebehörde - abgesehen vom Verweis auf das Angebot des SVUG - überhaupt keine Ausführungen bezüglich der Zuschlagskriterien. Insofern handelt es sich - wenn überhaupt - höchstens um ein unvollständiges Angebot, welches gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigen würde.

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001-008, c. 5:

En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimales. Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur.

Entscheid vom 4. Februar 2003, BRK 2002-016, E. 1:

Gemäss Rechtsprechung der Rekurskommission kann der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen. Dies gilt nicht nur mit Bezug auf unvollständige oder mit schweren Formfehlern belastete Angebote, sondern auch bei mangelnder Eignung in einem offenen Verfahren. Das heisst in erster Linie, dass kein Anspruch auf eine separate Verfügung besteht, dass der Erlass einer separaten Ausschlussverfügung - entgegen der Meinung der Vergabestelle - aber keineswegs ausgeschlossen ist, zumal die Gründe für einen Ausschluss vom Verfahren in Art. 11 BoeB nicht abschliessend aufgezählt sind. Da die Anbieter in einem offenen Verfahren keinen Anspruch darauf haben, dass vorweg über einen allfälligen Ausschluss wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien entschieden wird, liegt es auch im Ermessen der Vergabebehörde, die zuerst ausgesprochene separate Ausschlussverfügung in Wiedererwägung zu ziehen, zu widerrufen und den diesbezüglichen Entscheid im Rahmen des Zuschlags zu treffen. Mit der Widerrufsverfügung vom 20. Januar 2003 aber fällt das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin gegen den (ursprünglichen) Ausschluss angestregten Verfahrens dahin.

Décision du 1^{er} septembre 2003, CRM 2003-015, c. 3 :

En outre, l'art. 11 LMP impose au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des faits et moyens de preuve nouveaux, antérieurs ou postérieurs au délai de dépôt des offres et même à la date de l'adjudication, qui seraient portés à sa connaissance et qui seraient susceptibles de remettre en cause l'aptitude financière d'un soumissionnaire à exécuter le marché correctement et dans le délai prévu. Les poursuites résultant de litiges avec les sous-traitants, même si le résultat de ces litiges est incertain, portent sur des montants importants (CHF 454'461.95 au 1^{er} juillet 2003). Un nouveau commandement de payer a été adressé pour un montant de CHF 47'334.05. En plus la garantie d'exécution doit être délivrer seulement dans certain délais et condition.

Decisione del 17 marzo 2004, CRAP 2003-025, c. 2:

I fatti verificatisi anteriormente alla presentazione dell'offerta, e i mezzi di prova ad essi relativi non possono più essere invocati da un offerente che ha omesso di farli valere in tempo utile, riservati i chiarimenti forniti nell'ambito della rettifica delle offerte e il divieto di formalismo eccessivo. Il committente avrebbe potuto facilmente sanare il vizio di forma, assegnando alla ricorrente un termine adeguato per compilare correttamente il formulario di autocertificazione. Per contro la BRK ha osservato, che malgrado una mancanza di una parte della polizza, un lotto della commessa è stata aggiudicato ad una terza concorrente. La dichiarazione, con la quale si impegna, in caso di aggiudicazione ad ottemperare alle condizione posta da committente, non è da ritenersi sufficiente. La ditta vincente ha però beneficiato di un termine supplementare per completare la sua offerta, che significa violazione della parità.

Entscheid vom 2. November 2005, BRK 2005-019:

Durch diesen Widerruf der im SHAB vom 31. August 2005 publizierten Zuschlagsverfügung das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin angestrebten Verfahrens dahingefallen und entsprechend die gegen die angefochtene Verfügung erhobene Beschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

Entscheid vom 23. November 2005, BRK 2005-010 bis 013, E. 1:

Im vorliegenden Fall erscheint der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin „unbesehen mit dem Einheitspreis-Angebot der Beschwerdeführerin verglichen, nicht von vornherein unbegründet“. Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabebehörde verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Der für den 26. September 2005 vorgesehene Arbeitsbeginn hätte damit so oder so nicht eingehalten werden können, so dass Verzögerungen ohnehin unvermeidbar waren. Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6 1/2 Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

Entscheid vom 23. Januar 2006, BRK 2005-008, E. 1:

Ein Ausschluss aus formellen Gründen kommt allerdings nur bei wesentlichen Formfehlern in Betracht. Die abweichende Darstellung durch die Bietergemeinschaft kann nicht als solcher schwerwiegender Formverstoss und somit nicht als Ausschlussgrund qualifiziert werden. Die Beschwerdeführerin hat überdies plausibel ausgeführt, dass sie eine eigene Darstellung gewählt hat, damit sie – wie in den Ausschreibungsunterlagen explizit verlangt – für die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen einzeln Angaben machen konnte.

Entscheid vom 13. Februar 2006, BRK 2005-016, E. 3:

Solange sie die Eignung des Anbieters zur Leistungserbringung nicht in Frage stellen oder eine nachträgliche Änderung/Anpassung des Angebots (z.B. in Bezug auf das im Angebot bekannt gegebene Schlüsselpersonal) erfordern, führen sie nicht zwangsläufig zu einem Ausschluss.

Entscheid vom 26. Juni 2006, BRK 2005-004, E. 2 ff.:

Mit der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass die Erstellung der Richtofferte durch die Zuschlagsempfängerin zu einer Vorbefassung derselben führte. Solange das Vorliegen eines Wissensvorsprunges bzw. eines daraus fließenden Wettbewerbsvorteils des vorbefassten Anbietenden gegenüber seinen Mitkonkurrenten nicht erwiesen ist oder wenn ein solcher nicht zumindest ernsthaft in Betracht fällt, steht die Vorbefassung der Teilnahme des betreffenden Anbietenden und gegebenenfalls der Berücksichtigung seines Angebotes durch Zuschlagserteilung submissionsrechtlich nichts entgegen. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht auch darin, dass die Beweislast für das Vorliegen eines behaupteten Wettbewerbsvorteils aus der geltend gemachten Vorbefassung nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Aufklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten obliegt, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht. Beim heute vorliegenden Aktenstand ist folglich davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zur Beschwerdeführerin keinen relevanten Wissensvorsprung und erst recht keinen Wettbewerbsvorteil erzielte, welche im erwähnten Sinne zu einer qualifizierten Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und mithin zu einem Verbot der Teilnahme am Vergabeverfahren geführt hätten.

Art. 12 Technische Spezifikationen

¹ Die Auftraggeberin bezeichnet die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen.

² Sie berücksichtigt dabei soweit als möglich internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen.

Entscheide vom 9. Dezember 1998, BRK 009 und 010/1998, E. 2:

Diesen heiklen Punkt konnte die Vergabestelle jedoch nicht dadurch umgehen, dass es der berücksichtigten Anbieterin ermöglichte, ihre Grundvariante bezüglich des Orion-Gerätes zu vervollständigen. War die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf das Fabrikat der Firma 7-Air vorgespurt, war es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug des Orion-Gerätes in die Beschaffung einseitig, d.h. nur zugunsten der Zuschlagsempfängerin, zu berücksichtigen. Denn diejenigen Anbieterinnen, die sich an die Offertvorgaben hielten und wie die Beschwerdeführerin ausschliesslich das 7-Air-Gerät anboten, weil die verlangten Gerätespezifikationen von der Firma Orion nicht beizubringen waren, wurden durch ihr „korrektes Offertverhalten“ gegenüber der berücksichtigten Anbieterin massgeblich benachteiligt. Um dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs Genüge zu tun, hätte die Vergabebehörde allen Anbieterinnen mitteilen müssen, dass sie das Orion-Gerät als den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls entsprechend ansehe und es ihnen freistehe, im Rahmen einer allfälligen Zusatzofferte diesen Apparat anzubieten.

Décision du 31 août 1999, CRM 1998-014, c. 1:

En règle générale, les offres qui ne correspondent pas aux conditions de l'appel d'offres doivent être écartées. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où, comme dans le cas d'espèce, aucune des offres restant en considération ne remplit entièrement les spécifications techniques du cahier des charges, sans que les divergences par rapport aux exigences du pouvoir adjudicateur ne soient telles que l'objet du marché ne puisse être acquis. Dans un tel cas, la latitude de jugement du pouvoir adjudicateur lui permet de donner la priorité aux spécifications techniques permettant de remplir la tâche de base à laquelle sera assigné l'objet du marché par rapport aux autres spécifications qui constituent des options supplémentaires non indispensables.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-011, E. 5b.:

Grundsätzlich müssen in einem öffentlich ausgeschriebenem Verfahren alle interessierten (und geeigneten) Anbieter der betreffenden Branche die gleichen Möglichkeiten haben, für die zu vergebende Leistung ein Angebot zu unterbreiten, welches auch eine effektive Chance auf den Zuschlag hat (Gebot der neutralen Gestaltung der technischen Spezifikationen). Es kann auch auf ein Datenblatt eines Produktes zurückgegriffen werden, sofern die technischen Anforderungen noch so offen formuliert sind, dass sie von einem anderen Produkt erfüllt werden können.

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001-008, c. 9:

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge de liberté quant à la définition de l'objet du marché, aux spécifications techniques de celui-ci et à l'usage qu'il entend faire de cet objet. Les spécifications technique ne sont pas fixées de manière arbitraire, mais en fonction de la prestation requise, c'est-à-dire « en fonction des propriétés d'emploi du produit ».

Entscheid vom 8. Januar 2004, BRK 2003-024, E. 2:

Gemäss BRK sei unbestritten, dass die Vergabestelle zuerst das Standardwerkzeug „People-Tool“ einsetzen wollte (in der Ausschreibung und im Pflichtenheft noch ausdrücklich verlangt), dann aber im Rahmen der Fragebeantwortung auf ein anderes Entwicklungswerkzeug Novell (SilverStream) wechselte. Die BRK erachtet diese Alternativlösung als zulässig, da bereits das Pflichtenheft diesen Spielraum offen liess, der im Rahmen der Fragebeantwortung präzisiert und konkretisiert wurde. Selbst die Nichterfüllung einer Anforderung des Pflichtenhefts führt somit - nach der grundsätzlich unangefochten gebliebenen Konzeption der Vergabebehörde - nicht zum Ausschluss des betreffenden Angebots vom Verfahren, sondern lediglich zu einer entsprechenden Schlechterbewertung bei einem Zuschlagskriterium. Die technischen Spezifikationen dürfen im Regelfall nicht derart eng umschrieben werden, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt in Frage kommt und nur wenige Anbieter überhaupt offerieren können.

Décision incidente du 17 mars 2005, CRM 2005-003, c. 3 :

Il s'agirait toutefois pour l'adjudicataire de dévoiler partie des spécificités techniques du système informatique tel que proposé, lesquelles sont clairement protégées par le secret d'affaires.

Entscheid vom 26. Juni 2006, BRK 2005-004, E. 2 ff.:

Mit der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass die Erstellung der Richtofferte durch die Zuschlagsempfängerin zu einer Vorbefassung derselben führte. Solange das Vorliegen eines Wissensvorsprunges bzw. eines daraus fliessenden Wettbewerbsvorteils des vorbefassten Anbietenden gegenüber seinen Mitkonkurrenten nicht erwiesen ist oder wenn ein solcher nicht zumindest ernsthaft in Betracht fällt, steht die Vorbefassung der Teilnahme des betreffenden Anbietenden und gegebenenfalls der Berücksichtigung seines Angebotes durch Zuschlagserteilung submissionsrechtlich nichts entgegen. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht auch darin, dass die Beweislast für das Vorliegen eines behaupteten Wettbewerbsvorteils aus der geltend gemachten Vorbefassung nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Aufklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten obliegt, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht. Beim heute vorliegenden Aktenstand ist folglich davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zur Beschwerdeführerin keinen relevanten Wissensvorsprung und erst recht keinen Wettbewerbsvorteil erzielte, welche im erwähnten Sinne zu einer qualifizierten Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und mithin zu einem Verbot der Teilnahme am Vergabeverfahren geführt hätten.

Entscheid vom 5. Dezember 2006, BRK 2006-016, E. 3:

Leistungsänderungen oder -reduktionen können zwar Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 26 VoeB sein. Die Verhandlungen dürfen aber nicht dazu dienen, die Ausschreibungskonformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Unvollständige oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebote sind vom Verfahren auszuschliessen. Es ist unzulässig, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen nur geringfügig sind oder der Ausschluss des betreffenden Angebots auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde.

4. Abschnitt: Vergabeverfahren

Art. 13 Verfahrensarten und Wahl des Verfahrens

¹ Die Auftraggeberin kann einen öffentlichen Auftrag im offenen oder im selektiven Verfahren oder, unter bestimmten Voraussetzungen, freihändig vergeben.

² Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen nach GATT-Übereinkommen, unter denen das freihändige Verfahren gewählt werden darf.

³ Er regelt den Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb.

Decisione del 2 maggio 1997, CRAP 1996-007, c. 2:

Tra le due formalità di messa a concorso non vige nessuna particolare gerarchia.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 2:

Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen. Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will.

Art. 14 Offenes Verfahren

¹ Die Auftraggeberin schreibt den geplanten Auftrag öffentlich aus.

² Alle Anbieter und Anbieterinnen können ein Angebot einreichen.

Art. 15 Selektives Verfahren

¹ Die Auftraggeberin schreibt den geplanten Auftrag öffentlich aus.

² Alle Anbieter und Anbieterinnen können einen Antrag auf Teilnahme einreichen.

³ Die Auftraggeberin bezeichnet aufgrund der Eignung nach Artikel 9 oder Artikel 10 die Anbieter und Anbieterinnen, die ein Angebot einreichen dürfen.

⁴ Sie kann die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein.

Decisione incidentale del 29 novembre 1996, CRAP 1996-007, c. 3:

A favore della tesi espressa dal ricorrente occorre evidenziare che la procedura selettiva è sostanzialmente caratterizzata da due fasi ben distinte.

Decisione del 2 maggio 1997, CRAP 1996-007, E. 3:

Nella procedura selettiva, di principio tutti i candidati idonei dovrebbero venir invitati alla fase successiva. È vero che al committente è permesso di limitare il numero dei candidati invitati ad inoltrare l'offerta, ma unicamente nell'ipotesi in cui altrimenti l'aggiudicazione non può essere realizzata efficacemente. Questa possibilità è giustificata unicamente se un'eccessiva schiera di candidati sia di ostacolo all'instaurarsi di una procedura di aggiudicazione efficace, tenuto in particolare conto della totalità degli interessi in causa e del principio della proporzionalità. Questa condizione si verifica ad esempio quando non esiste un corretto rapporto tra i costi legati alla procedura di valutazione e il valore della commessa. Ora, la riduzione del numero dei partecipanti ad una procedura selettiva, seppur legalmente giustificata, è da ritenersi una limitazione al principio della libera concorrenza. Questo fa sì che il committente deve poter giustiziare una tale limitazione già al momento dell'apertura della procedura d'appalto e far pertanto figurare nei documenti di gara un numero fisso o variabile (forchetta) di partecipanti che saranno ammessi all'presentazione dell'offerta. In assenza di questa indicazione, una riduzione a posteriori dovrebbe, di principio, essere esclusa. Essa potrebbe essere ammessa solo in casi del tutto eccezionali, ossia quando ci si trovasse confrontati con un numero sproporzionato di candidati idonei.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 006/97, E. 4:

Das neue Submissionsrecht hat in Ausführung des GPA eine Stärkung des Wettbewerbs zum Ziel. Diese Zielsetzung muss gerade beim Einsatz und bei der Ausgestaltung des selektiven Verfahrens, welches gegenüber einer Ausschreibung im offenen Verfahren eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt, im Auge behalten werden. Ferner sind die Bedingungen für die Teilnahme am Präqualifikationsverfahren auf solche zu beschränken, welche wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Vergabestelle legt nicht dar, worauf sie sich stützt, um bereits im Rahmen der Präqualifikation von den Bewerbern eine Ideenskizze einzuverlangen. Die konkret einzuverlangenden Nachweise sind danach auf diejenigen auszurichten, die wesentlich sind, um sicherzustellen, dass die selektionierten Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen können. Aus dieser Auslegung des Gesetzes ergibt sich, dass *auftragsspezifische* Eignungskriterien zu wählen sind. Mit anderen Worten kann bezüglich eines bestimmten Eignungsnachweises nicht generell gesagt werden, ob dieser (in jedem Fall) zulässig ist oder nicht; Das Preisgericht muss diesfalls eine Gesamtwürdigung der massgebenden Eignungskriterien bezüglich eines jeden Anbieters vornehmen und aufgrund dieser Analyse die Präqualifikation durchführen.

Décision du 8 octobre 1998, CRM 003/98, c. 4f. :

Le pouvoir adjudicateur est par conséquent soumis à une double obligation. D'une part, il doit être en mesure de justifier immédiatement de la nécessité de restreindre le nombre de candidats retenus. D'autre part, il doit indiquer dans l'appel d'offres la volonté de limiter le nombre de candidats et le nombre maximal qui sera admis à participer à la procédure. Une contestation ultérieure, au stade de la décision portant sur le choix des candidats, n'est plus possible, sous réserve de l'hypothèse où la justification de la limitation ou le nombre de candidats initialement retenu serait affecté de nullité absolue. Rien dans le dossier n'indique toutefois qu'en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a augmenté le nombre de candidats préqualifiés en vue de favoriser indûment les candidats classés en 7ème et 8ème positions, ni que des concurrents potentiels ont renoncé à déposer leur candidature au vu de la fourchette initialement annoncée. Bien que cette modification a posteriori viole le principe de la transparence, force est de constater que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, elle a avant tout pour conséquence d'ouvrir plus largement le marché à la concurrence et qu'elle n'a porté préjudice ni aux candidats retenus ni au recourant.

Entscheid vom 22. März 2004, BRK 2004-003, E. 3:

Die Vergabestelle kann die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Vergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein. Die Beschränkung der Teilnehmerzahl zielt in erster Linie darauf ab, den bei der Vergabestelle anfallenden Aufwand für die Abwicklung des Vergabeverfahrens in einem tragbaren Rahmen zu halten. Beim Entscheid darüber, ob sich eine Beschränkung der Teilnehmerzahl rechtfertigt, sind einerseits die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung, andererseits der Wert der zu vergebenden Leistung zu berücksichtigen. Ein Präqualifikationsverfahren, bei dem die ausgewählten Anbieter für ihre Offerten bzw. ihre Projekte entschädigt werden, ist ohnehin regelmässig mit der zahlenmässigen Beschränkung der Teilnehmer verbunden. Insbesondere lehnt die BRK den (vom Beschwerdeführer verlangten) Losentscheid als Verletzung des Nichtdiskriminierungs-, des Gleichheits- und des Transparenzgrundsatzes ab.

Décision du 8 septembre 2005, CRM 2004-017, E. 4c:

La LMP n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à diviser en plusieurs étapes la seconde phase de la procédure sélective, en requérant des soumissionnaires sélectionnés qu'ils déposent une offre à la fin de chaque étape, puis en éliminant progressivement les offres les moins bien classées au regard des critères d'adjudication et en exigeant des soumissionnaires restés en lice qu'ils déposent à nouveau une offre améliorée. [...] En conséquence, la procédure de sélection en cause aurait inclus l'adjudication successive de deux marchés, l'un portant sur des mandats d'études parallèles, l'autre sur le marché subséquent relatif aux prestations des phases N° 3 à 6 du modèle de prestation de la norme SIA 112. L'adjudication successive de deux marchés ne peut intervenir valablement dans la même procédure sélective sans violer les dispositions légales régissant cette procédure (art. 15 LMP).

Art. 16 Freihändiges Verfahren

Die Auftraggeberin vergibt einen Auftrag direkt und ohne Ausschreibung einem Anbieter oder einer Anbieterin.

Art. 17 Fristen

Der Bundesrat regelt die Fristen, die nach GATT-Übereinkommen im Vergabeverfahren und bei der Bekanntgabe des Zuschlags einzuhalten sind.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-015, E. 2:

Die Frist für eine schriftliche Eingabe ist gewahrt, wenn diese am letzten Tage der Frist (spätestens um Mitternacht) der (Bundes-)Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Der Poststempel erbringt den Nachweis der Postaufgabe. Da der Absender die Beweislast für die Wahrung der Frist trägt, obliegt es ihm, die durch den Poststempel geschaffene Vermutung umzustossen, wenn er geltend macht, die Sendung sei am letzten Tag der Frist der Post übergeben, aber erst am folgenden Tag durch die Post abgestempelt worden. Die aus dem Poststempel folgende Vermutung verspäteter Postaufgabe ist mit allen tauglichen Beweismitteln widerlegbar. Dazu gehören unabhängige Zeugen, namentlich aber auch zuverlässige Bestätigungen von Stellen. Der von der Vergabestelle als Beweis offerierter Auszug „Track & Trace“, der offenbar mit Bezug auf das Aufgabedatum der Sendung allein auf den Poststempel abstellt, schliesst nicht aus, dass die darauf geschaffene Vermutung verspäteter Postaufgabe durch andere taugliche Beweismittel umgestossen werden kann.

Art. 18 Ausschreibung

¹ Jeder geplante Auftrag, der im offenen oder im selektiven Verfahren vergeben wird, muss einzeln ausgeschrieben werden.

² Auftraggeberinnen nach Artikel 2 Absatz 2 und die Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie Aufträge zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransports vergeben, dürfen statt dessen Aufträge, die für einen bestimmten Zeitraum geplant sind, gesamthaft in einer einzigen Publikation veröffentlichen. Sie dürfen diese Aufträge auch im Rahmen eines Prüfungssystems nach Artikel 10 ausschreiben.⁴

Décision du 31 août 1999, CRM 1998-014, c. 3:

Un tel dialogue technique entre un pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire a pour but, comme en l'espèce, d'assister le pouvoir adjudicateur dans la définition de l'objet du marché. Il est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 2:

Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen.

Entscheid vom 11 März 2005, BRK 2004-014, E. 3:

Ihre Absicht, alle Punkte des Pflichtenheftes zu Zuschlagskriterien zu erheben, hätte sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen klarstellen müssen.

Entscheid vom 29. März 2005, BRK 2004-018, E. 2 f.:

Die fragliche Anforderung ergibt sich nach objektiver Betrachtungsweise bereits aus der Formulierung der Ausschreibung, wonach „die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen“. Die Bedeutung und Tragweite dieser „Geschäftsbedingung“ war für die Interessenten durchaus erkennbar. Die Anordnung war somit ausreichend bestimmt, um gemäss Rechtsprechung zu verlangen, dass die fragliche Rüge unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht wird und Rechtsfehler wie schwere Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler oder gravierende inhaltliche Mängel. Weiter muss der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich. Gerade bei inhaltlichen Fehlern ist die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen mit ausserordentlich schwer wiegenden Mängeln zu bejahen. In der vorliegend zur Diskussion stehenden Ausschreibungsanforderung ist keine solche schwere Verletzung des Gleichbehandlungsgebots oder des Diskriminierungsverbotes zu sehen, so werden ausländische Anbieter insbesondere nicht generell ausgeschlossen, es wird von ihnen „nur“ verlangt, dass sie die Datenerfassung in der Schweiz ausführen. Ob die fragliche Bestimmung in der Ausschreibung die genannten Prinzipien verletzt, kann offen bleiben, die Ausschreibungsverfügung kann aufgrund des geltend gemachten Mangels jedenfalls nicht als nichtig bezeichnet werden.

Entscheid vom 13. Februar 2006, BRK 2005-016, E. 2:

Das als unzulässig gerügte Bewertungssystem vermag sodann auch nicht zur Nichtigkeit der öffentlichen Ausschreibung führen, welche von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre.

⁴ Fassung gemäss Anhang Ziff. 3 des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (SR 783.1).

Art. 19 Formvorschriften

¹ Die Anbieter und Anbieterinnen müssen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Anträge auf Teilnahme am Verfahren können auch per Telegramm, Telex oder Telefax eingereicht werden.

² Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.

³ Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus.

Entscheid vom 3. Juni 1996, BRK 001/96, E. 3:

Der sieben Tage nach Ablauf der Frist überbrachte Antrag der Beschwerdeführerin hätte als klarerweise verspätete und folglich mit einem wesentlichen Formfehler versehene Eingabe vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müssen, wäre er nicht zurückgezogen worden. Dies um so mehr, als die Beschwerdeführerin die Verspätung mit internen Missverständnissen begründet und zudem auch eine Wiederherstellung einer Frist aus unverschuldetem Grund im Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB grundsätzlich nicht in Frage gekommen wäre.

Décision du 13 août 1998, CRM 001/97, c. 2f.

Il convient en effet de protéger les intérêts directs des différents soumissionnaires en excluant les offres formulées hors délai. C'est pourquoi le non-respect des délais de la procédure de passation des marchés publics constitue un grave vice de forme au sens de l'art. 19 al. 3 LMP. Or, la demande de la recourante est datée du lendemain. Dès lors, la recourante pourrait être tentée de faire valoir que son propre retard revêt une moindre importance et devrait demeurer sans conséquences. Cependant, il serait risqué de développer une casuistique à propos des dépassements des délais impartis pour déposer des demandes de participation ou des offres en cherchant à déterminer à partir de combien de jours le non-respect d'un délai doit être considéré comme grave. Toute pratique laxiste dans ce domaine pourrait ouvrir la porte à des comportements arbitraires et incontrôlables.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-022, E. 3:

Die Einhaltung der Bestimmungen über die Vollständigkeit des Angebots haben sowohl die Anbieter wie auch die Vergabebehörde zu beachten. Denn eine richtige Abwicklung des Vergabeverfahrens bildet eine Grundvoraussetzung für die Gleichbehandlung der Anbieter. Entsprechend würde die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzen. Ein solches Angebot ist daher grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt das Verbot des überspitzten Formalismus, aufgrund dessen nur unwesentliche formelle Mängel einer Offerte einen Ausschluss nicht zu rechtfertigen vermögen. Fraglich ist zunächst einmal, ob es sich bei dem als „Angebot“ betitelten Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 an die Vergabebehörde überhaupt um ein (eigenständiges) Angebot im Sinne von Art. 19 BoeB handelt. Wie bereits ausgeführt, enthält das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2000 an die Vergabebehörde - abgesehen vom Verweis auf das Angebot des SVUG - überhaupt keine Ausführungen bezüglich der Zuschlagskriterien. Insofern handelt es sich - wenn überhaupt - höchstens um ein unvollständiges Angebot, welches gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigen würde.

Entscheid vom 8. Oktober 2002, BRK 2002-011, E. 2:

Art. 9 Abs. 1 VoEB hält in diesem Sinne fest, die Auftraggeberin könne für die Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen. Damit steht auch fest, dass die Eignung durch die Vergabebehörde zu prüfen ist, und zwar aufgrund der mit dem Teilnahmeantrag binnen Frist eingereichten Unterlagen. Werden die verlangten Nachweise erst nach Ablauf der Antragsfrist - etwa im Laufe eines Beschwerdeverfahrens vor der BRK - erbracht, so können sie als verspätet nicht (mehr) berücksichtigt werden. Denn nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Den Anforderungen an die Vollständigkeit ist die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die von der Vergabebehörde für die Eignungsnachweise verlangten Unterlagen binnen Frist nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen. So fehlten namentlich die eigentlichen Nachweise mit Bezug auf die Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern sowie betreffend vergleichbare Abnehmer. Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin die Nachweise nicht rechtzeitig erbracht hat, kann dabei keine Rolle spielen.

Decisione del 17 marzo 2004, CRAP 2003-025, c. 2:

Un'offerta incompleta deve pertanto venire, di principio, esclusa e non può comunque essere completata in prosieguo di procedura. E di principio vietato apportare dei correttivi alle offerte una volta trascorso il termine utile per la loro presentazione.

Entscheid vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017:

Die Rechtsprechung hat sowohl aus dem Vertrauensprinzip als auch aus dem Verbot des überspitzten Formalismus die Verpflichtung der Behörde abgeleitet, in gewissen Situationen den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat, oder die er im Begriff ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. In Berücksichtigung der vorliegenden Sachlage und gerade unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Geschäftsbeziehungen zwischen der Vergabestelle und der Bietergemeinschaft muss eine Pflicht der Vergabebehörde, die Anbieterin auf den Formmangel aufmerksam zu machen, bejaht werden. Richtigerweise hätte die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen zulassen oder (im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten) die Behebung des Formfehlers verlangen müssen, indem sie die A. aufforderte, entweder die Unterschriftsberechtigung der zeichnenden Personen zu belegen (namentlich durch eine gültige Vollmacht) oder das Begleitschreiben von einer 2. gemäss Handelsregisterauszug berechtigten Person unterschreiben zu lassen.

Art. 20 Verhandlungen

¹ Es dürfen Verhandlungen geführt werden, vorausgesetzt:

- a. es wird in der Ausschreibung darauf hingewiesen; oder
- b. kein Angebot erscheint als das wirtschaftlich günstigste nach Artikel 21 Absatz 1.

² Der Bundesrat regelt das Verfahren nach den Grundsätzen der Vertraulichkeit, der Schriftlichkeit und der Gleichbehandlung.

Entscheid vom 7. November 1997, BRK 008/96, E. 4:

Ziel der Verhandlungen mit den beiden Anbieterinnen war, eine bestmögliche Vergleichbarkeit der beiden Offerten zu erreichen. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Dies verstösst nicht gegen Art. 20 BoeB. Dass das Know-how aus früher abgewickelten Aufträgen verwendet wurde, betrifft nicht Informationen über das Konkurrenzangebot im zu beurteilenden Vergabeverfahren. Dies machte aber unterschiedliche Fragen notwendig, um den jeweils unterschiedlichen Konzepten Rechnung tragen zu können. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Gegen ein solches Vorgehen ist nichts einzuwenden, sofern beiden Anbieterinnen Gelegenheit gegeben wurde, ihre Kalkulationen in den entsprechenden Bereichen zu überprüfen.

Entscheid vom 29. April 1998, BRK 1997/017, E. 2:

Die Offertbereinigung hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie anschliessend anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können. Grundsätzlich ist sie nur denkbar als vertiefte Prüfung, im Rahmen welcher technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Die Bereinigung der Angebote ist demnach ein rein verwaltungsinterner Vorgang. Mit der Führung von Telefongesprächen mit den drei bestplatzierten Anbietern ist die Vergabestelle über den Rahmen der Offertbereinigung hinausgegangen und nahm mit den Submittenten Verhandlungen auf. Aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses steht aber fest, dass die Formvorschriften für Verhandlungen nicht eingehalten wurden, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

Décision du 29 juin 1998, CRM 015/1997, c. 4:

Il est vrai qu'à l'issue de cette rencontre, le prix offert par cette entreprise s'est trouvé légèrement diminué. Il ne s'agit cependant pas du résultat de négociations ainsi que le soutient la recourante, mais simplement de la conséquence de la réduction du temps d'exécution.

Entscheid vom 4. Februar 1999, BRK 1998-012, E. 3:

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 lit. b BoeB. Denn ein Ausschluss lediglich von diesen Verhandlungen 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 die Vergabestelle angesichts des Umfangs und der Unbestimmtheit der vorliegenden Leistung überhaupt wirksam auf Verhandlungen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. b BoeB verzichten konnte. 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.

Entscheid vom 1. März 2000, BRK 1999-013, E. 2:

Es ist sicher zutreffend, dass keine Verhandlungen über Angebote zu führen sind, die zum Vornherein nicht für die Zuschlagserteilung in Frage kommen, insoweit eine solche Beurteilung unter antizipierter Würdigung des Verhandlungsergebnisses überhaupt möglich ist. Diese Voraussetzung dürfte nur in seltenen Fällen vorliegen, wo Angebote geeigneter Anbieter, welche die Zuschlagskriterien grundsätzlich erfüllen, zur Beurteilung anstehen. Von diesen Fällen abgesehen hat daher weiterhin zu gelten, dass alle Angebote geeigneter Anbieter in die Verhandlungen einzubeziehen sind, wenn diese die den Anbietern bekannt gegebenen Zuschlagskriterien grundsätzlich erfüllen. Es kann nicht darauf ankommen, ob dieses Angebot bereits vor der Verhandlungsführung als das wirtschaftlich günstigste erscheint. Abgesehen von reinen Preisverhandlungen, dienen ja die Verhandlungen gerade dazu, die Stärken und Schwächen der einzelnen Angebote (besser) zu erkennen. Es genügt für die Pflicht zum Einbezug in die Verhandlungen, dass auch die Vergabestelle die Erfüllung dieser Zuschlagskriterien durch die Beschwerdeführer nicht grundsätzlich in Frage stellt.

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001/008, c. 7:

Compte tenu aussi du fait que ce rabais final ne représente que 1.48% du prix total de la commande, on peut admettre que ce rabais négocié après l'adjudication ne contourne pas les dispositions légales sur les négociations, mais qu'il entre dans la possibilité limitée de négociations précontractuelles que le pouvoir adjudicateur peut mener avec l'adjudicataire en vue de finaliser les détails du contrat, et tout en respectant la décision d'adjudication.

Entscheid vom 26. Juni 2002 BRK 2002-003, E. 5:

Die Vergabestelle hat im Rahmen der Verhandlungen nicht nur die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung verändert, 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 im Rahmen von Verhandlungen geht so oder so klar über die zulässig erklärten Änderungsmöglichkeiten bezüglich Kriterien und technische Anforderungen hinaus.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-007, E. 5:

Die Vergabestelle hat weder der Zuschlagsempfängerin eine schriftliche Einladung versandt, noch das Protokoll von allen Anwesenden unterschreiben lassen. Die stellt eine ungenügende Beachtung massgeblicher Formvorschriften dar.

Entscheid vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 2:

Es ist ohne weiteres zulässig, die Verhandlungen danach auf einen bestimmten Aspekt einzuschränken. Die Vergabestelle ist frei in der Entscheidung, ob sie eine (grundsätzlich vorbehaltene) Verhandlung durchführen will und über welche Angebotsbestandteile sie diskutieren will - ausser sie habe den Verhandlungsgegenstand im Voraus eingeschränkt. Die Frage nach der Rechtmässigkeit der vorgängigen Bekanntgabe des tiefsten Angebots bei Verhandlungen kann im Lichte der konkreten Sachlage des vorliegenden Falles offen gelassen werden, denn es erweist sich, dass die Beschwerdeführerin durch den (allfälligen) Verfahrensfehler nicht nur nicht benachteiligt worden wäre, sondern dass sie daraus sogar erhebliche Vorteile hätte ziehen können (wobei sie dazu offenbar nicht in der Lage war, da sie den tiefsten Preis nicht hat unterbieten können).

Entscheid vom 4. Dezember 2003, BRK 2003-018, E. 2:

Vorliegend wäre zu prüfen, ob die Änderungen am Beschaffungsgegenstand (Änderung des Video- und Kennzeichenerfassungssystems, das von einem System der Tageslichtbeleuchtung zu einem System Infrarotbeleuchtung modifiziert wurde) derart wichtig sind, dass es sich um eine neue, freihändige Vergabe handelt, welche nicht von den im Gesetz vorgesehenen Fällen erfasst ist. Die Frage kann jedoch insofern offen bleiben, als auf die Beschwerde aus einem anderen Grund nicht einzutreten ist.

Entscheid vom 9. November 2004, BRK 2004-006, E. 2:

Nachdem sich der Preis tatsächlich bei beiden Anbieterinnen in ungefähr gleichem Umfang entwickelte, hat sich eine nähere Prüfung der Begründetheit der Preisveränderungen für die Vergabebehörde nicht aufgedrängt.

Entscheid vom 11 März 2005, BRK 2004-014, E. 2:

Eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung nach Offertöffnung ist unzulässig, wenn damit ein einzelner Bewerber einen erheblichen Vorteil erfährt. Bei der Prüfung der Offerten ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Wie bemerkt, wären nach Offertöffnung grundsätzlich nur im Rahmen von Verhandlungen Änderungen des Gegenstandes der Ausschreibung möglich gewesen. Die Leistungsänderung bzw. -erweiterung hatte offensichtlich ihre Ursache ausschliesslich im konkreten Angebot der Konkurrentin und nicht etwa in eigenen neuen Erkenntnissen der Vergabebehörde betreffend den Beschaffungsgegenstand.

Entscheid vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 4:

In Bezug auf die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallene Preisbewertung verkennt die Beschwerdeführerin, dass auch die Angebotspreise der übrigen Anbieter die Lieferung eines robusten und kompakten Hardwaresystems mit Gehäuse umfassen. Ein Rechtsanspruch auf die von ihr nachträglich begehrte weitere Preisverhandlung bestand unter keinem Titel. Zur Angabe von Gründen für ihre Preissenkung war sie indessen auch nicht verpflichtet. Auch die Maximalbewertung der Beschwerdeführerin bei den beanstandeten Kriterien hätte indessen nicht dazu geführt, dass der Zuschlag deswegen der Beschwerdeführerin zu erteilen gewesen wäre. Insofern erweisen sich die festgestellten Bewertungsfehler als nicht zuschlagsrelevant.

Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2006, BRK 2006-016, E. 2 ff.:

Die Vermutung der Beschwerdeführerin, diese Reduktion der Voraussetzungen sei deshalb erfolgt, weil nicht alle Anbieter, namentlich die Zuschlagsempfängerin nicht, den verlangten 24-Stunden-Support hätten anbieten können, kann nicht als zum vornherein haltlos bezeichnet werden, bestehen doch zwischen den geänderten Rahmenbedingungen gemäss dem Anhang zum Schreiben vom 2. Juni 2006 und dem von der Zuschlagsempfängerin vorgeschlagenen Konzept (dreistufiges Supportmodell) prima vista durchaus gewisse Übereinstimmungen.

Entscheid vom 5. Dezember 2006, BRK 2006-016, E. 3:

Leistungsänderungen oder -reduktionen können zwar Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 26 VoeB sein. Die Verhandlungen dürfen aber nicht dazu dienen, die Ausschreibungskonformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Unvollständige oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebote sind vom Verfahren auszuschliessen. Es ist unzulässig, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen nur geringfügig sind oder der Ausschluss des betreffenden Angebots auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde.

Art. 21 Zuschlagskriterien

¹ Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert.

² Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen.

³ Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

Entscheid vom 7. November 1997, BRK 008/96, E. 5:

Erst die Bewertung und Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien gestattet es der Vergabebehörde, den Zuschlag zu erteilen. Die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen. Die Auflistung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung schliesst deren Gleichwertigkeit nicht aus.

Entscheid vom 4. Dezember 1997, BRK 11/97, E. 2:

Weder die Herkunft eines bestimmten Produktes noch die Tatsache, dass der Firmensitz der Beschwerdeführerin in der Nähe liegt, sowie ihre wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für die betreffende Region sind von den Vergabebehörden des Bundes bei der Submission zu berücksichtigen.

Entscheid vom 3. April 1998, BRK 1997/20, E. 2:

Welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so weit bereinigt hat, dass sie objektiv vergleichbar sind. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich somit, dass der Preis nur eines von mehreren zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien darstellt und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Für die BRK ist erstellt, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene Gerät nicht den speziellen Anforderungen der Vergabestelle bzw. des Schweizerischen Roten Kreuzes entspricht. Vielmehr hat es die zur Auswahl stehenden Röntgenanlagen in technischer und kostenmässiger Hinsicht gewissenhaft geprüft, wobei anzufügen ist, dass die BRK bei der Prüfung der technischen Anforderungen, wie z.B. der Leistungsfähigkeit und Qualität der angebotenen Geräte, nicht in den Beurteilungsspielraum der Verwaltung eingreift bzw. sie die Unangemessenheit einer solchen Beurteilung nicht prüfen kann.

Décision du 29 juin 1998, CRM 015/1997, E. 3:

D'une part, la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise. Lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation.

Entscheid vom 9. Juli 1998, BRK 002/98, E. 3:

Nur bei der Beschaffung standardisierter oder weitgehend standardisierter Güter darf die Vergabestelle ausschliesslich auf das Kriterium des niedrigsten Preises abstellen. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich somit, dass der Preis nur eines von mehreren Kriterien darstellt, die es zu berücksichtigen gilt, und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Weshalb das Produkt der Zuschlagsempfängerin insbesondere wegen des angebotenen Schiebetürsystems als für die Bedürfnisse klar bestes Angebot bewertet worden ist, wird im Evaluationsbericht ausreichend begründet. Anzeichen dafür, dass sachfremde Kriterien in die Beurteilung eingeflossen wären, liegen keine vor. Dass die Vergabestelle aber einen in diesem Umfang, d.h. im Umfang von knapp 2 % der Auftragssumme, höheren Preis als durch die bessere Qualität und vor allem durch die stabilere unten geführte Schiebetüre als mehr als kompensiert betrachtete, lag im Ermessensbereich, welcher ihr bei einem Zuschlag zukommt. Daran würde im übrigen auch nichts ändern, wenn mit der Beschwerdeführerin von einer Preisdifferenz von gesamthaft Fr. 560'000.-- bzw. knapp 3% des Auftragsvolumens auszugehen wäre. Selbst bei einer solchen Ausgangslage könnte nicht darauf geschlossen werden, dass die Vergabebehörde ihren Beurteilungsspielraum missbraucht hätte, zumal sie ja von Beginn weg der Qualität und Konstruktion und nicht dem Preis erste Priorität beimass.

Entscheid vom 22. Juli 1999, BRK 1999-006, E. 2f.:

Dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter mit ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen. Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien und Unterkriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein, wobei trotzdem noch ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt.

Décision du 16 août 1998, CRM 1999-002, c. 4:

Il découle du principe général de transparence des procédures de passation une obligation de publication suffisante des critères d'aptitude financière et des moyens de preuve demandés à cet égard.

Entscheid vom 25. August 1999, BRK 1999-004, E. 2f:

Wenn somit die Funktionalität der Schutzweste als erstes Zuschlagskriterium gewählt wurde, ist ohne weiteres ersichtlich, dass die Beschaffungsbehörde dem ballistischen Schutz der Weste oberste Priorität zumass. Bei dieser Sachlage hätte die Beschwerdeführerin bei sorgfältiger Offertbearbeitung selber feststellen können, dass der ballistische Schutz der Unterziehwesten vor anderen Kriterien Priorität haben würde.

Entscheid vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 3:

Weder hält sich der Evaluationsbericht an Reihenfolge und Inhalt der Zuschlagskriterien, noch ergibt sich ein nachvollziehbarer Bezug zu denselben. Die vorgenommene Bewertung der Offerten verletzt den Grundsatz der Transparenz.

Entscheid vom 29. Oktober 1999, BRK 1999/007, E. 2:

Angesichts der besonderen Natur des vorliegenden Beschaffungsgeschäfts ist es verständlich, dass die Vergabestelle hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit der Anbieter von den zu überwachenden NEAT-Erstellern und deren Mutterhäusern stellte. Diesem Umstand trug sie Rechnung, indem es die „vollständige Unabhängigkeit“ der Anbieter bei den Zuschlagskriterien an erster Stelle nannte und dieses Kriterium überdies als „Musskriterium“ bezeichnete.

Entscheid vom 1. März 2000, BRK 1999-013, E. 3:

Es ist in der Tat nicht klar, was unter der „Vernetzung“ verstanden wird. Hätte die Vergabestelle die Anbieter anhalten wollen, zum Stichwort „Vernetzung (der an der Energieforschung Beteiligten)“ eigene Vorschläge einzubringen, so wäre eine ausdrückliche diesbezügliche Frage in den Zuschlagskriterien oder allfälligen (vorgängig bekannt zu gebenden) Subkriterien zu formulieren gewesen.

Entscheid vom 27. Juni 2000, BRK 2000-005, E. 2 und 4:

Durch den Beizug der Beraterin als Unterakkordantin der berücksichtigten Anbieterin wurde das Präqualifikationsverfahren jedoch in keiner Weise verfälscht, da der Zuschlag nur der Zuschlagsempfängerin selbst erteilt wurde. Sobald jedoch eine relative Gewichtung eingeführt wird, muss auch diese den Offerenten vorgängig bekannt gegeben werden. Dass die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung bekannt gegeben wurden, genügte nicht. Insofern liegt ein Verstoss gegen das Transparenzgebot vor.

Entscheid vom 25. August 2000, BRK 2000-006, E. 2:

Eine Bewertung der eingegangenen Offerten im Lichte dieser Zuschlagskriterien ist nicht erfolgt. Hingegen wurde eine sogenannte „Wertanalyse“ erstellt, mit welcher der „Nutzwert“ der Offerten der Beschwerdeführerin sowie der berücksichtigten Anbieterin ermittelt werden sollte. Indem die Vergabebehörde den Zuschlagsentscheid nicht aufgrund der publizierten Zuschlagskriterien getroffen hat, handelte sie vergaberechtswidrig. Soweit die Zuschlagskriterien überhaupt in die erstellte Wertanalyse eingeflossen sind, wurden sie einer relativen Gewichtung unterzogen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekanntgegeben wurde. Im übrigen ist nur bedingt nachvollziehbar, inwiefern die Vergabebehörde das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt hat. Ein Evaluationsbericht, welcher es der BRK ermöglichen würde, den Zuschlagsentscheid im Lichte der publizierten Zuschlagskriterien zu überprüfen, liegt nicht vor. Auch hierdurch wird gegen das Transparenzprinzip verstossen.

Entscheid vom 1. September 2000, BRK 2000-009, E. 2 ff.:

Da diese Änderung der Zuschlagskriterien den selektionierten Offerenten jedoch noch vor der Angebotseinreichung mitgeteilt wurde, sie mithin ihre Angebote im Hinblick auf diese (geänderten) Zuschlagskriterien einreichen konnten, dürfte hierin noch kein Verstoss gegen die Gebote der Transparenz bzw. der Gleichbehandlung liegen. In der von der x erstellten Angebotsauswertung vom 27. April 2000 wurden nunmehr die Kriterien 1 bis 4 der in den Angebotsunterlagen bekannt gegebenen fünf Zuschlagskriterien je zu einem Viertel gewichtet. Dadurch wurde eine relative Gewichtung vorgenommen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekannt gegeben wurde. Auch die gleich starke Gewichtung der erwähnten Zuschlagskriterien stellt eine relative Gewichtung dar, welche hätte offen gelegt werden müssen. Die Bezeichnung des fünften Zuschlagskriteriums mit „Preis-/Leistungsverhältniss“ ist unzutreffend. Die Ermittlung des Preis-/Leistungsverhältnisses ist ja gerade Sinn und Zweck des ganzen Vergabeverfahrens, mithin der Würdigung aller Zuschlagskriterien. Denn die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Gesichtspunkte ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung vorgenannter Regel auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist.

Entscheid vom 18. Dezember 2000, BRK 2000-020, E. 2 f.:

Mit dem genannten Vorgehen hat die Vergabebehörde im Hinblick auf die (teilweise) Wiederholung des Vergabeverfahrens ein neues (zusätzliches) Zuschlagskriterium, den Preis, eingeführt, weil für die Vergabebehörde absehbar war, dass beide Anbieterinnen mit Bezug auf die bisherigen Zuschlagskriterien die maximal mögliche Bewertung erreichen würden und daher eine Pattsituation entstehen könnte. Die Vergabebehörde hat dieses neue Kriterium den Anbieterinnen rechtzeitig vor der Offerteinreichung bekannt gegeben; bei dieser Sachlage ist vorliegend weder eine Verletzung des Gleichbehandlungs- noch des Transparenzgrundsatzes zu erkennen. Bereinigte das Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin ex officio um die von dieser zwar ausgewiesenen, aber nicht im Preis eingerechneten durchschnittlichen Fr. 62'000.-- pro Jahr. Vielmehr gebietet der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel, welcher eine Hauptzielsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist, dass auf die effektiven Kosten der Verwaltungstätigkeit abgestellt wird.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013, c. 2:

Modification des critères : En appliquant à l'appréciation des offres et variantes des critères d'adjudication partiellement nouveaux ainsi qu'une pondération des critères différente de celle annoncée dans la grille d'évaluation communiquée aux soumissionnaires avec le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé l'art. 21 al. 2 LMP ainsi que le principe de la transparence.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 2:

Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen.

Entscheid vom 5. Juli 2001, BRK 2001-0003, E. 3 ff.:

Jedenfalls bei komplexen Dienstleistungsaufträgen kann es sich rechtfertigen, das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch zu ermitteln, dass ein festes Kostendach vorgegeben und nach der überzeugendsten Leistung für den eingesetzten Preis gefragt wird. Während bei der Beschaffung eines weitgehend standardisierten Produkts der Preis ausschliesslich entscheidend sein kann, liegt das Schwergewicht bei komplexen Mandaten wie im vorliegenden Fall bei der zu erbringenden Leistung. Durch das Gewicht, welches die Vergabestelle diesem Gesichtspunkt beigemessen hat, wird im Ergebnis ein Kriterium eingeführt, welches den Anbietenden nicht bekannt gegeben worden ist. Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinne versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen. Insbesondere bei komplexen Aufträgen sind höhere Anforderungen an die auf die Umschreibung der Zuschlagskriterien verwendete Sorgfalt zu stellen.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-003, E. 3 f.:

Jedenfalls hätte die Bewertungsmatrix, die von der Vergabestelle verwendet wurde, in den Ausschreibungsunterlagen offen gelegt werden müssen.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-004, E. 6:

Die BRK hält fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen 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“ verlangt werde. Dagegen hat die Vergabestelle aber verstossen, indem sie nicht das zu beschaffende Fahrzeug selbst, sondern das Vorgängermodell im Einsatz erprobt hat. Gegen das Transparenzgebot versties sie, indem sie einem Fahrzeug entgegen ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen den Zuschlag erteilt hat, das von ihr gar nie getestet worden ist. Überdies habe sie das Gebot, einen Zuschlag nur an ein Angebot zu erteilen, das bei der Öffnung den wesentlichen Anforderungen der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen entspricht, missachtet.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-007, E. 3:

Anschliessend hält sie fest (Erw. 4), dass das mit 20% gewichtete Zuschlagskriterium nirgends näher z.B. durch Subkriterien definiert wird. Der Begriff „Qualifikation“, der vom reinen Wortsinn her eher auf ein Eignungskriterium hinweist, ist erläuterungsbedürftig. Die Verwendung eines derart offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig seine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien, die den Bewerbern bereits in der Ausschreibung oder jedenfalls in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden müssen, damit diese sie in ihrer Offerte berücksichtigen können. Da deshalb dieses Zuschlagskriterium nicht genügend bestimmt ist, und da die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien (und deren Gewichtung) formeller Natur ist, ist der Zuschlag aufzuheben, auch wenn eine Kausalbeziehung zwischen ihm und dem Verfahrensfehler fehlt bzw. nicht dargetan ist.

Décision du 1^{er} septembre 2003, CRM 2003-015, c. 2:

La question d'une prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire (*Mehreignung*) au stade de l'évaluation des critères d'adjudication dans le cadre d'une procédure ouverte est controversée en doctrine; En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de la légalité de la prise en compte de critères d'aptitude au stade de l'adjudication du marché, car le recours doit être accepté pour un autre motif.

Entscheid vom 2. Oktober 2003, BRK 2003-019, E. 3:

Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, an dieser Stelle genaue Referenzen anzugeben, sondern einfach auf die beigelegte, 13-seitige, nur nach Regionen unterteilte, sonst aber kaum strukturierte Referenzliste verwiesen. Wenn die Vergabestelle bei diesem Stand der Dinge die Auswahl aufgrund der gesamten Liste selber treffen musste und die Auskünfte schlechter ausfielen, als dies bei einer gezielten Nennung von drei Referenzen durch die Beschwerdeführerin möglicherweise der Fall gewesen wäre, so hat dies die Beschwerdeführerin ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Dass die Zuschlagsempfängerin für eine um 17% höheren Offerte mit der Note 8 bewertet wurde, liegt im Ermessen der Vergabebehörde und entspricht im Übrigen jener Bewertung, welche die Beschwerdeführerin selbst für (höchstens) angebracht erachtet.

Entscheid vom 8. Januar 2004, BRK 2003-024, E. 2:

Selbst die Nichterfüllung einer Anforderung des Pflichtenhefts führt somit - nach der grundsätzlich unangefochten gebliebenen Konzeption der Vergabebehörde - nicht zum Ausschluss des betreffenden Angebots vom Verfahren, sondern lediglich zu einer entsprechenden Schlechterbewertung bei einem Zuschlagskriterium. Die technischen Spezifikationen dürfen im Regelfall nicht derart eng umschrieben werden, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt in Frage kommt und nur wenige Anbieter überhaupt offerieren können.

Entscheid vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 2 ff.:

Eines der Ziele des BoeB ist es, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Auch wenn man vorliegend davon ausgeht, dass es sich trotz der Tatsache, dass es sich um eine Beschaffung handelt, die als komplex zu bezeichnen ist, verletzt die vorliegende Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten mit je nicht einmal 3.5% klarerweise den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und steht im Widerspruch zu genannter Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen. Ein solches Negieren der finanziellen Aspekte der Beschaffung liegt nicht mehr im Rahmen des der Behörde zustehenden Ermessens. Gauss'sche Kurve: Eine Preisbewertungsmethode, bei der nicht das preisgünstigste gültige Angebot beim Zuschlagskriterium Preis die beste Bewertung erhält, sondern eine preislich wesentlich höher ausgefallene Offerte, erweist sich als rechtlich nicht haltbar. Hegt die Vergabestelle den Verdacht, es liege möglicherweise ein Unterangebot vor, hat sie entsprechende Abklärungen vorzunehmen. Führen vertiefte Abklärungen zum Ergebnis, dass der betreffende Anbieter in der Tat nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen, ist er vom Verfahren auszuschliessen. Hingegen ist es sachwidrig und damit unzulässig, derartige Bedenken in qualitativer Hinsicht bei der Preisbewertung Rechnung zu tragen, um auf diese Weise einen unerwünschten Zuschlag zu verhindern.

Décision du 30 juin 2004, CRM 2004-004, c. 4:

Compte tenu du cadre légal existant, qui postule le principe de la vérification séparée des critères d'aptitude et d'adjudication, une telle possibilité doit toutefois être limitée aux seuls marchés où elle s'avère indispensable, et non pas simplement souhaitable ou justifiable. Or, il serait paradoxal et contraire au but poursuivi par la réglementation sur les marchés publics que les marchés de service de prestations intellectuelles, dans lesquels la personne de l'adjudicataire joue un rôle crucial, soient en définitive adjugés au prix le plus bas. Pour mesurer la qualité de l'offre, le pouvoir adjudicateur doit alors pouvoir utiliser des moyens de preuve indirects, tels que le degré exact d'aptitude technique et organisationnelle du soumissionnaire. En conséquence, la CRM considère que la faculté de prendre en compte des critères relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication doit être réservée aux marchés, portant sur des services de prestation intellectuelle dont le contenu ne peut être d'emblée spécifiés clairement, qui sont passés en procédure ouverte. Mais le très faible degré de vérification sur un point aussi important que le chef du projet est d'autant plus difficilement compréhensible qu'ils ont considéré que le marché en cause présentait par ailleurs des caractéristiques telles qu'il convenait de prendre en compte parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude du soumissionnaire. En appliquant un double standard dans la vérification et la notation du critère C1, les adjudicateurs ont violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Entscheid vom 22. September 2004, BRK 2004-007, E. 2:

Die verlangten Eignungsnachweise müssen zusammen mit dem Teilnahmeantrag (im selektiven Verfahren) oder mit dem Angebot eingereicht werden. Denn die Anbieter und Anbieterinnen müssen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dazu gehören auch die geforderten Nachweise. Diese, d.h. das Entfernen und Entsorgen des PCB-haltigen Materials, wurde stets Subunternehmern übertragen. Die Entfernung des Fugenmaterials bei der vorliegenden Vergabe sollte entweder durch die Beschwerdeführerin selbst oder allenfalls durch eine genannte Subunternehmerin erfolgen. Für beide Firmen wurden indessen keine einschlägigen Referenzobjekte betreffend PCB-Ausführungsarbeiten genannt. Angaben über die an den Referenzobjekten jeweils beteiligten Personen bzw. Spezialisten (Namen, Angaben zu Ausbildung und Erfahrung) fehlen vollständig. Ebenso wurde bei keinem der aufgelisteten Referenzobjekte das Auftragsvolumen genannt; dem Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es folglich auch am verlangten Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in vergleichbarer Grössenordnung. Es kann auch nicht gesagt werden, bei den zu erfüllenden Eignungskriterien bzw. den verlangten Eignungsnachweisen handle es sich um Anforderungen, die nicht sachgerecht seien. Es liegt fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen.

Entscheid vom 9. November 2004, BRK 2004-006, E. 2:

Nachdem sich der Preis tatsächlich bei beiden Anbieterinnen in ungefähr gleichem Umfang entwickelte, hat sich eine nähere Prüfung der Begründetheit der Preisveränderungen für die Vergabebehörde nicht aufgedrängt. Es ergibt sich, dass dieses Kriterium nicht einzig auf ausländische Anbieterinnen abzielt, sondern inländische Offerenten in gleicher Weise betrifft. Betreffend die Sachlichkeit des Kriteriums kann keine Rechtsverletzung festgestellt werden. Die Zuschlagsempfängerin führt das Datenprocessing neu in der Schweiz vor Ort durch. Die bessere Bewertung der Zuschlagsempfängerin (Maximum von 2 Punkten) aufgrund der Tatsache, dass diese die Arbeiten auf weniger Orte verteilt hat als die Beschwerdeführerin (1 Punkt), ist somit nachvollziehbar und eine Verletzung von Vergaberecht nicht dargetan. Die Äusserungen des Projektleiters einer früheren Vergabe sind für das vorliegende Verfahren nicht mehr als relevant anzusehen. Nachdem beide Offerten die erwartete Qualität vollumfänglich erfüllten, hat die Vergabebehörde durch die Zuweisung der maximalen Punktzahl an beide kein Bundesrecht verletzt.

Entscheid vom 11. März 2005, BRK 2004-010/011, E. 2 f.:

Die bisherige Praxis der BRK zur klaren Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien steht einer Berücksichtigung, ob und inwieweit Sachverhalte, die sich auf die Organisation, das Personal und allgemein auf die fachlichen und technische Leistungsfähigkeit der Anbietenden beziehen, im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen, nicht entgegen. Der Umstand, dass die Schlüsselpersonen sowohl für die Präqualifikation als auch bei der Bewertung im Hinblick auf den Zuschlag von Bedeutung waren, vermag keine unzulässige Doppelprüfung zu begründen.

Entscheid vom 11 März 2005, BRK 2004-014, E. 3:

Ihre Absicht, alle Punkte des Pflichtenheftes zu Zuschlagskriterien zu erheben, hätte sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen klarstellen müssen. Die Bewertung mit Plus, doppeltem Plus, Minus, doppeltem Minus und Neutral ist reichlich vage. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vergabestelle durch die vage Formulierung der Bewertungskriterien und die Nichtbekanntgabe der einzelnen in der technischen Bewertung und im Stärken-Schwächen Vergleich verwendeten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung den vergaberechtlichen Anforderungen an die Offenlegung der Zuschlagskriterien nicht Genüge getan hat. Die Bekanntgabe der verwendeten Kriterien wäre ihr zudem ohne weiteres zumutbar gewesen; es ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht in der Lage sein sollte, die Zuschlags- inklusive Subkriterien zum Voraus festzulegen, wenn sie dasselbe im Zusammenhang mit der Offertevaluation tun kann. Ebenso mangelt es – namentlich auch aufgrund der unklaren Gewichtung - an einem genügenden Evaluationsbericht.

Entscheid vom 14. April 2005, BRK 2005-001, E. 3:

Angesichts einer Beteiligung an der ARGE zu 45% hat das Ausscheiden der W. in jedem Fall eine erhebliche Veränderung des Angebots zur Folge, müsste deren Leistungsanteil doch durch die beiden verbleibenden Gesellschafterinnen übernommen werden, was ohne eine - jedenfalls teilweise - nachträgliche Anpassung des Angebots, z.B. beim Schlüsselpersonal, nicht möglich ist. Mithin stellt nicht nur das Ausscheiden der W. als solches eine unzulässige nachträgliche Offertänderung dar, sondern das ursprüngliche technische Angebot müsste überdies überarbeitet und an die geänderten Verhältnisse angepasst werden, um anhand der Zuschlagskriterien (neu) bewertet werden zu können.

Entscheid vom 30. Mai 2005, BRK 2005-002, E. 4c:

Gibt die Vergabebehörde einem Anbieter alleine die Gelegenheit, sein Angebot anzupassen, verletzt sie den Gleichbehandlungsgrundsatz. In die Bewertung hätten folglich die Preise gemäss ursprünglicher Offerte einbezogen werden müssen. Vorliegend kann tatsächlich von einem relativ komplexen und vom Sicherheitsaspekt her heiklen Auftrag gesprochen werden, welcher eine weniger gewichtige Bemessung des Preiskriteriums zu rechtfertigen vermag. Die Gewichtung des Preiskriteriums mit 10% liegt noch im Rahmen des recht weitgehenden Ermessensspielraums. Indem die Vergabebehörde die „Allgemeine Qualifikation im Bereich TgG“ in der Bewertung als eigenes Unterkriterium verwendet und diesem überdies verglichen mit den übrigen 3 Unterkriterien die doppelte Gewichtung zumisst, hat sie in vergaberechtswidriger Weise nachträglich ein neues, nicht bekannt gegebenes Kriterium eingefügt und bewertet.

Zwischenentscheid vom 21. November 2005, BRK 2005-016, E. 2:

Im vorliegenden Fall erscheint der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe das Globalpreisangebot Zuschlagsempfängerin unbesehen mit dem Einheitspreis-Angebot der Beschwerdeführerin verglichen, nicht von vornherein unbegründet. Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabebehörde verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Der für den 26. September 2005 vorgesehene Arbeitsbeginn hätte damit so oder so nicht eingehalten werden können, so dass Verzögerungen ohnehin unvermeidbar waren. Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6 1/2 Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

Decisione del 7 dicembre 2005, CRAP 2005-007, c. 4 f.:

In sede di valutazione delle offerte pervenute, il committente ha quindi stabilito la scala delle note da attribuire al rispetto della concordanza con le mansioni tecniche. Di per sé, i parametri applicati ai fini del giudizio sulla qualità si configurano come sotto criteri. Essi avrebbero pertanto dovuto essere stabiliti già al momento dell'invito a presentare l'offerta. Nulla impedisce invero al committente di procedere in tal senso, fissando già con la documentazione del concorso, i parametri ed i relativi fattori di ponderazione che avrebbe utilizzato per valutare la qualità del prodotto offerto. L'inosservanza dell'obbligo di predeterminare anche i sotto criteri di aggiudicazione configura una violazione del principio della trasparenza.

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Eine prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage ergibt somit, dass möglicherweise das Transparenzprinzip (und der Gleichbehandlungsgrundsatz) verletzt wurden; dies namentlich durch die Wahl des offenen Kriteriums „Preis-/Leistungsverhältnis“, die unterlassene vorgängige Mitteilung der (später angewendeten) Bewertungsmethode, sowie die Nichtbekanntgabe der effektiven Gewichtung der einzelnen Kriterien. Hinsichtlich dieser Punkte bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids, wobei u.a. zu untersuchen sein wird, inwiefern die allgemeinen Grundsätze und die Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Beschaffungen auch auf das Vergabeverfahren bei Gesamtleistungswettbewerben anwendbar sind.

Decisione del 21 febbraio 2006, CRAP 2005-018, c. 6:

La stazione appaltante, nel caso che ci occupa, pur rispettando la suddivisione tra criterio principale e sottocriteri annessi ha, nella fattispecie, adottato a posteriori il loro fattore di ponderazione. Benché opinabile dal profilo della trasparenza, in simili circostanze, siffatto modo di procedere non integra gli estremi di una violazione del diritto suscettibile di giustificare un annullamento della delibera impugnata con rinvio degli atti al committente affinché renda una nuova decisione, valutando nuovamente le offerte senza avvalersi della ponderazione dei sottocriteri. La CRAP deve limitarsi a censurare quelle decisioni che integrano gli estremi di una violazione del diritto sotto il profilo dell'eccesso o dell'abuso di potere. Ipotesi quest'ultima, che si verifica unicamente nei casi in cui la decisione appare insostenibile, siccome priva di giustificazioni oggettive, fondata su considerazioni estranee o altrimenti lesiva dei principi fondamentali del diritto, segnatamente di quelli riferiti alla parità di trattamento o all'adeguatezza.

Entscheid vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Die Vergabebehörde hätte das Kriterium „Preis-/Leistungsverhältnis“ zwingend konkretisieren und den Teilnehmern entsprechend mitteilen müssen. Auch bei Gesamtleistungswettbewerben geht es nicht an, dem Preis der Leistung (also dem Preis für die Ausführung des Projektes) ein geradezu unwesentliches Gewicht beizugeben. Das vorliegend ausgefertigtes Protokoll ist (abgesehen davon, dass es nicht verdeutlicht, ob das Preisgericht selbst die Benotung vorgenommen hat) äusserst rudimentär und könnte jedenfalls den Anforderungen an ein „detailliertes“ Protokoll nicht genügen.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-022, c. 4:

La facoltà del committente di escludere un'offerta che non adempie o adempie solo in modo imperfetto le condizioni del bando di concorso, deve essere esercitata nel rispetto del principio della proporzionalità e conformemente al divieto di formalismo eccessivo. Pertanto una condizione non adempiuta o non sufficientemente adempiuta su un punto minore comporta unicamente una penalità corrispondente nell'assegnazione delle note. Questa giurisprudenza della CRAP resa in materia di conformità dell'offerta all'oggetto della commessa, vale *a fortiori* per quel che concerne la valutazione dell'offerta rispetto ai criteri di aggiudicazione. Riassumendo, l'interpretazione e l'applicazione dei criteri applicati dal committente per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa non possono essere ricostruite chiaramente.

Decisione del 15 giugno 2006, CRAP 2005-023, c. 3f.:

La questione di un doppio esame di idoneità o della considerazione dell'idoneità migliore si pone tuttavia solo nell'ipotesi in cui l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri appartenenti materialmente all'idoneità sia stata effettuata illecitamente. Ciò non è il caso nella fattispecie, ritenuto che questa inclusione è considerata lecita dalla CRAP. Pertanto non risulta necessario decidere sulla validità di un sistema di valutazione che pone delle esigenze minime, il cui mancato raggiungimento determina l'eliminazione dell'offerta, in relazione ai criteri di aggiudicazione che materialmente sono dei criteri di idoneità. La facoltà del committente di escludere un'offerta che non adempie o adempie solo in modo imperfetto le condizioni del bando di concorso, deve essere esercitata nel rispetto del principio della proporzionalità e conformemente al divieto di formalismo eccessivo. Pertanto una condizione non adempiuta o non sufficientemente adempiuta su un punto minore comporta unicamente una penalità corrispondente nell'assegnazione delle note. Questa giurisprudenza della CRAP resa in materia di conformità dell'offerta all'oggetto della commessa, vale *a fortiori* per quel che concerne la valutazione dell'offerta rispetto ai criteri di aggiudicazione. Riassumendo, l'interpretazione e l'applicazione dei criteri applicati dal committente per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa non possono essere ricostruite chiaramente.

Art. 22 Vertragsschluss

¹ Der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin darf nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission) habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Artikel 28 Absatz 2 erteilt.

² Ist ein Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung hängig, so teilt die Auftraggeberin den Vertragsschluss umgehend der Rekurskommission mit.

Entscheid vom 17. Februar 1997, BRK 008/96, E. 2:

Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung können nicht weitergehende Wirkungen erzielt werden, als mit dem Entscheid in der Sache selbst. Folglich ist festzuhalten, dass der noch nicht abgeschlossene Vertrag an sich Grundvoraussetzung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist. Der Vertrag darf erst abgeschlossen werden, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben wurde, oder eine Beschwerde erhoben wurde, welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt, oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt worden ist. In der Tat kann nur auf diese Weise den in jedem Verwaltungsverfahren zu beachtenden Prinzipien von Treu und Glauben und Fairness sowie dem Gebot der Wirksamkeit des Verfahrens Rechnung getragen und Art. 22 BoeB staatsvertragskonform ausgelegt werden. Eine Ausnahme kann sich nur rechtfertigen, wenn die Beschaffung aus dringenden Gründen sofort ausgeführt werden muss. Die Dringlichkeit muss dabei auf äussere, unvorhersehbare Umstände zurückzuführen sein und nicht etwa auf ein Verhalten der Vergabestelle, mit dem diese die rechtsgültige Eröffnung des Zuschlags ohne Grund hinausgezögert hat.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 3:

En présence d'un recours déposé sans demande d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut, de bonne foi, aller de l'avant et conclure le contrat avec l'adjudicataire.

Décision incidente du 15 juillet 1997, CRM 010/97, c. 2:

Encore faut-il toutefois que le contrat ait été valablement conclu. Si la CRM devait constater, à titre préjudiciel, la nullité du contrat conclu, elle pourrait ensuite, en cas de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée. Il en résulte que l'effet suspensif peut être accordé lorsque le contrat conclu est nul ou, à tout le moins, lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat. Lorsque la décision d'adjudication est immédiatement exécutée par la conclusion du contrat, la seule réparation que peut obtenir le recourant consiste dans le versement de dommages-intérêts dont le montant est plafonné aux seuls frais d'élaboration de l'offre et de recours. Elle ne permet pas de contourner les barrières du droit public par une «fuite dans le droit privé». Le pouvoir adjudicateur qui conclut le contrat avant la notification de la décision ou avant l'échéance du délai de recours, sans invoquer une urgence particulière, viole le principe de l'interdiction de l'abus de droit, élément du principe général de la bonne foi également applicable en droit public, et en particulier en matière de marchés publics.

Entscheid vom 18. Dezember 1997, BRK 013/97, E. 1:

Die Berechtigung zum Vertragsabschluss ändert aber nichts daran, dass die Vergabestelle einen solchen Vertragsabschluss umgehend zu melden hätte.

Entscheid vom 26. Januar 1998, BRK 1997-017:

Bei diesem Stand der Dinge ist in Abwägung der gegenseitigen Interessen und in Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Bezug auf die Beschaffung der EZ für ein Amt grundsätzlich abzusehen. Ein Vertragsabschluss für diesen Teilbereich kann indessen nur insoweit in Frage kommen, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrags zukommen darf.

Entscheid vom 6. Februar 1998, BRK 019/97, E. 1 f.:

Entgegen einer vordergründigen Lektüre ist der Wortlaut von Art. 22 BoeB nicht klar. Denn es wäre widersprüchlich, einerseits einen förmlichen und effektiven Rechtsschutz zu Gunsten des Submittenten zu schaffen, andererseits der Verwaltung aber die Möglichkeit zu geben, einseitig und ohne sich auf zwingende Gründe des öffentlichen Interesses berufen zu müssen, diesen Rechtsschutz wieder illusorisch zu machen. Der Sinn und Zweck der Bestimmung liegt in der Unterstützung des auch vom GPA geforderten wirksamen Rechtsschutzes, mit dem der Anbieter die wirtschaftlichen Chancen des Submissionsverfahrens grundsätzlich soll wahren können. Andererseits soll die Bestimmung auch eine effiziente Beschaffung durch die Verwaltung gewährleisten. Beim Zuschlag würde der Rechtsschutz indes zur Farce verkommen, wenn die Verwaltung der Gewährung einer aufschiebenden Wirkung durch raschen Abschluss des Vertrages zuvorkommen könnte. Eine staatsvertragskonforme Auslegung führt zum gleichen Resultat. Die Tatsache, dass die Vertragsstaaten keine «standstill»-Klausel in das GPA aufgenommen haben, bedeutet nicht, dass damit das Gebot eines wirksamen Rechtsschutzes in Frage gestellt worden wäre. Eine *prima-facie*-Würdigung der Erfolgchancen ergibt, dass diese keineswegs als von vornherein offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist.

Décision du 29 juin 1998, CRM 015/1997, c. 4:

Il est vrai qu'à l'issue de cette rencontre, le prix offert par cette entreprise s'est trouvé légèrement diminué. Il ne s'agit cependant pas du résultat de négociations ainsi que le soutient la recourante, mais simplement de la conséquence de la réduction du temps d'exécution.

Entscheid vom 3. März 1999, BRK 1998-001, E. 3:

Die Beschwerdeführerin konnte sich einerseits auf die rechtskräftige und veröffentlichte Rechtsprechung der BRK verlassen, gemäss welcher der Abschluss des Vertrages mit dem Anbieter vor Ablauf der Beschwerdefrist und erst recht vor Eröffnung des Zuschlages grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich ausserordentlicher Dringlichkeit, unzulässig ist. Andererseits musste sie nicht damit rechnen, dass sich ein Bundesamt über die erwähnte Praxis eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts hinwegsetzt und auf diese Weise das demokratische Prinzip der Gewaltenteilung verletzt. Von einer besonderen Dringlichkeit und einer eigentlichen Zwangslage zur sofortigen Unterzeichnung des Vertrages kann vorliegend nicht die Rede sein. Dies geht bereits daraus hervor, dass im Vertrag als Termin für die Ausführung der Gipserarbeiten Mai bis Juni 1999 genannt wird. Nach der Publikation des Zuschlages im SHAB vom 17. Dezember 1998 wäre die BRK in Lage gewesen, Ende Januar 1999 über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden, so dass es im Falle einer Abweisung des Gesuches zu einer nur sehr unbedeutenden Verzögerung beim Vertragsschluss gekommen wäre. Abgesehen davon darf auf die Dringlichkeit einer Beschaffung in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen (unzureichenden) Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist.

Décision incidente du 19 septembre 2001, CRM 2001-008, c. 2:

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur invoque le fait qu'un contrat a déjà été conclu fin juillet 2001 avec la soumissionnaire choisie. Eu égard aux considérations qui précèdent, il n'est pas exclu que le contrat conclu entre soit affecté de nullité. Celle-ci découlerait de la conclusion du contrat alors que la question de l'effet suspensif se posait encore. Au demeurant, le pouvoir adjudicateur a lui-même eu conscience du problème puisqu'il a ajouté au contrat une clause dont la teneur est la suivante: « Sollte ein Mitbewerber [...] Beschwerde einreichen, gilt der Auftrag bis zur definitiven Rechtsbeurteilung sistiert ». Au vu de cette clause, on pourrait même se demander si le contrat en cause doit être considéré comme parfait au sens du droit privé ou s'il ne sera réputé conclu qu'au moment où la question de l'effet suspensif aura été tranchée. Il convient en conséquence d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet.

Zwischenentscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-014, E. 2:

Die BRK bestätigt prüft die Voraussetzungen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, obwohl zwar der Vertrag schon abgeschlossen wurde, eine allfällige Nichtigkeit desselben aber *prima facie* nicht auszuschliessen ist. Indessen bleibt der Vertragsabschluss vor Ablauf der Beschwerdefrist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses vorbehalten. In einem solchen Fall (z.B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) ist es an der Vergabestelle, einen derartigen Grund darzutun.

Décision du 17 avril 2002, CRM 2001/008, c. 7:

Compte tenu aussi du fait que ce rabais final ne représente que 1.48% du prix total de la commande, on peut admettre que ce rabais négocié après l'adjudication ne contourne pas les dispositions légales sur les négociations, mais qu'il entre dans la possibilité limitée de négociations précontractuelles que le pouvoir adjudicateur peut mener avec l'adjudicataire en vue de finaliser les détails du contrat, et tout en respectant la décision d'adjudication.

Décision incidente du 9 février 2005, CRM 2004-016, c. 2:

Qu'il n'a pas été fait état, dans le cas présent, d'intérêts (publics) prépondérants nécessitant une conclusion immédiate du contrat, les parties intéressées, soit le pouvoir adjudicateur et le groupement adjudicataire, ne s'étant au demeurant pas opposées à l'octroi de l'effet suspensif;

Zwischenentscheid vom 15. Februar 2005, BRK 2005-002:

Die Interessenlage und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es unter Umständen rechtfertigen lassen, statt einer vollständigen Gewährung der aufschiebenden Wirkung auf eine für die Verwaltung weniger einschneidende Massnahme im Sinne von Art. 56 VwVG zu erkennen und z.B. einen ganz spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen; ein Vertragsabschluss mit der berücksichtigten Anbieterin für diesen Teilbereich indessen nur insoweit in Betracht kommen kann, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrages zukommen darf; es vorliegend namentlich aufgrund der erwähnten Gefahr für die Sicherheit von Menschen angezeigt ist, mit dem Beginn der Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrollen nicht bis zum Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zuzuwarten und die Vergabestelle daher zu ermächtigen ist, mit der X und der Y einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.— nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheids im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen; dieser im Sinne einer Übergangslösung wertmässig und zeitlich begrenzte Vertrag den Entscheid über die definitive Vergabe weder massgeblich beeinträchtigt noch präjudiziert;

Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005, BRK 2005-024, E. 2f.:

Die Dringlichkeit des Vertragsschlusses und der Umsetzung des Pilotprojekts sei Folge von Umständen, auf welche die Vergabebehörde keinen Einfluss habe. Die CH müsse sich fristgerecht den erwähnten internationalen Verpflichtungen und Regelungen unterziehen, solle sie nicht abseits stehen. Diese Begründung erscheint insgesamt als stichhaltig, und den Interessen der Vergabebehörde ist im Vergleich zu den gegenteiligen Interessen der Beschwerdeführerin der Vorrang einzuräumen.

Art. 23 Eröffnung von Verfügungen

¹ Die Auftraggeberin eröffnet summarisch begründete Verfügungen nach Artikel 29 durch Veröffentlichung nach Artikel 24 Absatz 1 oder durch Zustellung.

² Auf Gesuch hin muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen umgehend folgendes bekanntgeben:

- a. das angewendete Vergabeverfahren;
- b. den Namen des berücksichtigten Anbieters oder der berücksichtigten Anbieterin;
- c. den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und die höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote;
- d. die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung;
- e. die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes.

³ Die Auftraggeberin muss Informationen nach Absatz 2 nicht liefern, wenn dadurch:

- a. gegen Bundesrecht verstossen oder öffentliche Interessen verletzt würden;
- b. berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter und Anbieterinnen beeinträchtigt oder der laudere Wettbewerb zwischen ihnen verletzt würde.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1c:

En choisissant, pour la décision relative au choix des participants à la procédure sélective, de publier une décision comportant les seuls noms des participants retenus et d'adresser une notification individuelle aux participants non retenus, le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de confidentialité.

Decisione del 21 febbraio 2006, CRAP 2005-018, c. 4:

Di principio, la motivazione di una decisione con cui il committente aggiudica una commessa può essere considerata sufficiente, quando fornisce una giustificazione adeguata della bontà della scelta operata sulla base dei criteri di idoneità o di aggiudicazione fissati dal bando di concorso. Eventuali carenze di motivazione possono essere sanate davanti all'istanza di ricorso.

Zwischenentscheid vom 20. Juni 2006, BRK 2006-003, E. 2f.

Die Vergabebehörde ist damit ihrer gesetzlichen Begründungs- und Auskunftspflicht grundsätzlich in ausreichendem Mass nachgekommen. Die entsprechenden Konsequenzen des vorgesehenen Bewertungssystems für die Zuschlagserteilung waren für die interessierten Unternehmer aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres erkenn- und beurteilbar. Infolgedessen wären die Beschwerdeführerinnen verpflichtet gewesen, bereits die öffentliche Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten und die behauptete Unzulässigkeit der vorgesehenen Preisbewertungsmethode zu rügen. Der Evaluationsbericht (Vergabeantrag) selbst enthält zwar keine detaillierten Angaben zu den Bewertungen, sondern nennt lediglich die bei den Zuschlags- bzw. Teilkriterien jeweils erhaltene Punktezahl. Die Vergabestelle hat indessen eine Tabelle erstellt, in der die Gründe für die vorgenommenen Abzüge stichwortartig festgehalten sind. Die jeweils angegebenen Begründungen sind zwar recht knapp ausgefallen, indessen inhaltlich nachvollziehbar. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt damit zum Schluss, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen entweder offensichtlich unbegründet oder von der Rekurskommission nicht bzw. - im Fall der gerügten Preisbewertungsmethode - nicht mehr überprüfbar sind.

Art. 24 Veröffentlichungen

- ¹ Veröffentlichungen erfolgen in einem vom Bundesrat bezeichneten Publikationsorgan.
- ² Ausschreibung und Zuschlag sind immer zu veröffentlichen.
- ³ Bei Bauaufträgen und damit verbundenen Lieferungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Bauvorhaben sind die Ausschreibung und der Zuschlag wenigstens in der Amtssprache des Standortes der Baute zu veröffentlichen, bei allen übrigen Lieferungen und Dienstleistungen in wenigstens zwei Amtssprachen.
- ⁴ Wird ein geplanter Auftrag nicht in französischer Sprache ausgeschrieben, so muss der Ausschreibung zusätzlich eine Zusammenfassung in französischer, englischer oder spanischer Sprache beigefügt werden.

Art. 25 Statistik

Die Auftraggeberin erstellt jährlich eine Statistik über ihre Beschaffungen nach GATT-Übereinkommen und übermittelt sie der zuständigen Bundesstelle.

5. Abschnitt: Verfahren und Rechtsschutz

Art. 26 Anwendbares Recht

¹ Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

² Für das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt sind zudem die Artikel 22a, 24 – 28, 30, 30a und 31 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968⁵ über das Verwaltungsverfahren nicht anwendbar.

KOSTENVORSCHUSS

Entscheid vom 17. Dezember 1996, BRK 006/96:

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses eingehalten ist, wenn der geforderte Betrag spätestens am letzten Tag der Frist bei der schweizerischen Post einbezahlt oder dieser ein entsprechender Überweisungsauftrag übergeben wird (BGE 111 V 407 E. 1b mit Hinweisen); bei der Benützung des Sammelauftragsdienstes der PTT die Zahlung zudem als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn die mit der Zahlung beauftragte Bank den letzten Tag der Frist als Fälligkeitsdatum angibt und den Datenträger vor Ablauf der Frist der schweizerischen Post übergeben hat (BGE 118 Ia 12, 117 Ib 222); Es spielt keine Rolle, ob die verspätete Zahlung des Kostenvorschusses durch die Beschwerdeführer selbst oder die beauftragte Bank erfolgte, weil das Verhalten einer Hilfsperson, deren sich die Beschwerdeführer zur Erfüllung der Kostenvorschusspflicht bedienen, ihnen wie ein eigenes zuzurechnen ist (BGE 114 Ib 71); auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist; mit diesem Verfahrensausgang die Beschwerdeführer im Prozessurteil unterlegen sind, weshalb ihnen die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühren, aufzuerlegen sind;

Entscheid vom 15. Januar 1997, BRK 1996-004:

Die Beschwerdeführerin im Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. November 1996 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, im Säumnisfall werde auf die Beschwerde nicht eingetreten; die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss bis heute nicht geleistet hat; auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist;

LEGITIMATION

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1d:

Même si, en cas d'admission du recours au fond, seul un groupe restreint composé de A et B (architectes) était réadmis dans le processus de passation du marché, à l'exclusion des autres membres du groupe (construction métallique, écrivain, architecte-paysagiste et peintre), ce groupe restreint serait encore en mesure de déposer une offre disposant d'une chance d'être acceptée. Rien ne l'empêcherait en effet de mandater les autres membres du groupe dans le cadre de l'élaboration de l'offre.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 005/96, E. 2:

Das schutzwürdige Interesse muss aktuell, d.h. im Zeitpunkt der Beschwerde und des Entscheides noch vorhanden sein. Fällt es im Verlauf des Verfahrens dahin, so wird die Sache aus diesem Grund gegenstandslos und ohne Entscheid als erledigt erklärt. Der Beschwerdeführer bzw. sein Team waren für sich allein genommen als nicht berücksichtigte Mitbewerber an sich ohne weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert. Weil das selektive Verfahren nur eine Etappe in einem grundsätzlich ohne Verzug durchzuführenden ganzheitlichen Beschaffungsverfahren darstellt, hätte der Beschwerdeführer auch bei Gutheissung der Beschwerde keinen unbedingten Anspruch, nachträglich noch selektioniert zu werden. Um seine Ansprüche vollständig zu wahren, hätte er die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen oder zumindest von der ihm offerierten Möglichkeit der nachträglichen provisorischen Angebotseinreichung Gebrauch machen müssen.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 009/97:

Zur Einlegung des Rechtsmittels sind einmal all jene befugt, gegenüber denen die Verwaltung eine sie direkt belastende Verfügung erlassen hat, bzw. die mit ihrem Rechtsbegehren vor der Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen sind. Auch Drittbetroffenen, den sog. sekundären Adressaten, wird die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen können. Bei der Beschwerde durch Dritte kommt dabei den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache spezielle Bedeutung zu. Ob diese Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Die Beschwerdeführerin war im vorliegend durchgeführten Vergabeverfahren nicht Anbieterin und fällt daher als direkte Mitbewerberin und primäre Adressatin ausser Betracht. Zu prüfen bleibt, ob sie als Drittbetroffene eine ausreichende Beziehungsnähe zur Streitsache hat. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen liegen klarerweise ausserhalb des Schutzbereiches des Submissionsrechts. Die Interessen der Beschwerdeführerin stehen nicht in einer genügend engen Verbindung zu den erwähnten Vergaberegeln, deren Verletzung gerügt werden kann und zu deren Durchsetzung die BRK auf Beschwerde hin berufen ist.

⁵ SR 172.021

Entscheid vom 4. August 1998, BRK 005/1998, E. 2:

Um eine Popularbeschwerde auszuschliessen, kommt den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache bei der Beschwerde durch Dritte spezielle Bedeutung zu. Dabei ist von objektiven Kriterien auszugehen und nicht davon, ob jemand sich subjektiv betroffen und in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt. Bezüglich der Legitimation von Konkurrenten kann festgehalten werden, dass allein das Interesse an der Wahrung des Qualitätsstandards einer Berufsbranche die Beschwerdelegitimation nicht zu begründen vermag. Ob die Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Die Beschwerdeführerin war im vorliegend durchgeführten Vergabeverfahren nicht Anbieterin, sondern, wie sie selbst angibt, unbeteiligte Zulieferfirma der Asbestbranche. Mit der Vergabestelle ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihre Legitimation vorab auf das Interesse der Öffentlichkeit an der Vermeidung von Belastungsrisiken im Zusammenhang mit der Asbestsanierung abstützt. Damit versucht sie Interessen der Allgemeinheit bzw. der Öffentlichkeit zu vertreten, was eine besondere Beziehungsnähe nicht zu begründen vermag. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen liegen zudem ausserhalb des Schutzbereiches des Submissionsrechts.

Décision du 16 août 1998, CRM 1999-002, c. 1:

Il suffit d'observer qu'une acceptation du recours bénéficierait au consortium et que y a déclaré vouloir maintenir le consortium et être prête à exécuter le marché avec x SA en cas d'admission du recours. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur considère que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection car elle ne peut obtenir aucun bénéfice du recours. Même si le recours était admis, le marché ne pourrait être attribué à x SA, mais devrait l'être à z qui a remis une offre plus avantageuse. Une telle argumentation ne saurait être suivie. Z, bien que soumissionnaire, n'a pas recouru dans les délais contre l'adjudication du marché à l'adjudicataire.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013, c. 1:

Si une substitution d'associé est exclue par les règles sur les marchés publics, il faut encore vérifier si le marché pourrait être adjugé aux quatre associés restants du groupement, dont la capacité avait été vérifiée et approuvée par le pouvoir adjudicateur. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux.

Entscheid vom 17. April 2002, CRM 2001-008, E. 2:

Un recourant a en règle général qualité pour agir même s'il apparaît en définitiv que son offre devait être exclue du fait qu'elle ne remplissait pas une condition essentielle de l'appel d'offres.

Entscheid vom 6. März 2003, BRK 2002-013, E. 1:

Infolge des Abbruchs sieht sie sich um ihre Chancen geprellt, im vorliegenden Submissionsverfahren für diese Leistungen den Auftrag zu erhalten. Daran ändert unter dem Gesichtspunkt der Legitimation auch die Tatsache nichts, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren in Form von Einzelausschreibungen nach Arbeitsgattungen (und nicht mehr nach Werkgruppen) zu wiederholen beabsichtigt und die Beschwerdeführerin gegebenenfalls dort wieder neu offerieren kann.

Entscheid vom 12. Dezember 2003, BRK 2003-029, E. 2:

Im Falle einer Bietergemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) kann grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag bzw. an einer weiteren Teilnahme am Submissionsverfahren nicht mehr interessiert sind.

Entscheid vom 8. Januar 2004, BRK 2003-024, E. 1:

Gemäss BRK ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert, auch wenn sie die Erteilung des Zuschlages an (irgend-) ein ausschreibungskonformes Angebot verlangt, da sie jedenfalls (auch) mit diesem Begehren ihre eigenen Chancen auf den Zuschlag verfolgt und wahrt.

Decisione del 17 marzo 2004, CRAP 2003-025, c. 1:

Le regole per la legittimazione valgono di principio indipendentemente della concrete possibilità di aggiudicazione e anche qualora il contratto con gli aggiudicatari sia già stato concluso.

Entscheid vom 24. Februar 2006, BRK 2006-001, E. 3:

Die Beschwerdeführerin hat binnen der bis zum 20. Februar 2006 erstreckten Frist weder eine Erklärung der S, wonach die beschwerdeführende Bietergemeinschaft nach wie vor bestehe, noch eine Vollmacht eingereicht. Dass die S aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden ist, geht aber auch aus den Akten hervor. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass die BRK nach dem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft auf die vorliegende Beschwerde mangels Legitimation nicht wird eintreten können. Damit dürfte auch feststehen, dass die Bietergemeinschaft A/S zu Recht aus dem Vergabeverfahren der P ausgeschlossen worden ist, so dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht kaum Aussichten auf Erfolg hätte, sofern auf sie eingetreten werden könnte. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft vergebarechtswidrig, zumal die A auch alleine die Eignungskriterien erfülle, kann nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang erinnert die Y zu Recht daran, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der S bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge. Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden.

Entscheid vom 11. Mai 2006, BRK 2006-001, E. 2:

Es ist vorliegend somit davon auszugehen, dass ein Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert ist. Der Anspruch auf Sekundärrechtsschutz ist das alter ego desjenigen auf Primärrechtsschutz. Da es sich beim sekundären Vergaberechtsschutz um ein Substitut des primären handelt, kann in seinem Rahmen ein Schadenersatzanspruch nur dann begründet werden, wenn Primärrechtsschutz gegen die angefochtene Verfügung anzuordnen wäre, aber nicht mehr gewährt werden kann. Daraus ist zu folgen, dass auch die Frage der Legitimation nicht anders zu behandeln ist, ob es sich nun um primären oder sekundären Rechtsschutz handelt. Insofern sei lediglich angefügt, dass der Auffassung der A, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft vergaberechtswidrig, zumal die A auch alleine die Eignungskriterien erfülle, nicht gefolgt werden kann. In diesem Zusammenhang weist die Y in ihrer Vernehmlassung nämlich zutreffend darauf hin, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der S bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat.

AKTENEINSICHT

Entscheid vom 17. Februar 1997, BRK 008/96, E. 3:

Nicht jedes entgegenstehende öffentliche oder private Interesse rechtfertigt die Verweigerung der Akteneinsicht. Es ist Aufgabe der Verwaltungsbehörde oder des Richters, im Einzelfall abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich wesentliche Interesse an Akteneinsicht überwiegt.

Entscheid vom 5. März 1997, BRK 8/96, E. :

act. x Akten des Vergabestelle betreffen, die Hinweise auf die Meinungsbildung betreffend den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin enthalten; diese Aktenstücke geeignet sind, Grundlage des Entscheides zu bilden und das Recht auf Akteneinsicht in diesem Fall das öffentliche Interesse des Vergabestelle überwiegt, weshalb die genannten Akten den Beschwerdeführerinnen zur Einsichtnahme zuzustellen sind; wenn sich im weiteren Verlauf des Instruktionsverfahrens ergeben sollte, von der Akteneinsicht ausgenommene Aktenstücke seien im Sachentscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen, die BRK den Beschwerdeführerinnen vorgängig in geeigneter Form von ihrem für die Sache wesentlichen Inhalt Kenntnis und Gelegenheit geben würde, sich dazu zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG);

Entscheid vom 5. November 1998, BRK 1998-012, E. 1f.:

Generell bleibt bei Verweigerung der Akteneinsicht Art. 28 VwVG vorbehalten, wonach diesfalls zum Nachteil der Partei nur dann auf das Aktenstück abgestellt werden darf, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis gibt und ihr ausserdem die Möglichkeit einräumt, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu nennen. Dokumente, die aus der internen Meinungsbildung der Auftraggeberin für die Vergabe hervorgegangen sind, sind insoweit herauszugeben, als sie für den angefochtenen Entscheid relevant sind. Allgemein fordert der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass verwaltungsinterne Akten einsehbar sind, wenn ihr Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens wesentlich sein könnte. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen ist wie folgt über die Aktenherausgabe zu entscheiden: Die Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin können nicht herausgegeben werden, da sie glaubhaft machen konnte, dass sie Geschäftsgeheimnisse enthalten. Ebenso wenig wird die Einsichtnahme in die eingereichten Offertunterlagen der übrigen Submittenten gewährt. Nicht herausgegeben werden dürfen sodann der Namenschlüssel für die Submittenten sowie die weiteren, nachfolgend in Erwägung 3 b nicht ausdrücklich erwähnten Akten. Soweit erforderlich werden die in diesen Dokumenten aufgeführten Namen vor der Herausgabe abgedeckt.

Entscheid vom 22. Juli 1999, BRK 1999-006, E. 5:

Die Offerte der Beschwerdeführerin und die Vergleichstabelle mit Daten der Beschwerdeführerin können – vorläufig wenigstens – aufgrund des vorrangigen Geheimhaltungsinteresses der Beschwerdeführerin nicht an die Beschwerdeführerin herausgegeben werden. Vorbehalten bleibt eine allfällige teilweise Kenntnisgabe des Inhalts dieser Dokumente anlässlich der Instruktionsverhandlung.

Décision incidente du 9 novembre 2001, CRM 2001-008, c. 2 ff.:

Le droit d'accès au dossier doit ainsi être refusé s'il s'agit de protéger les secrets d'affaires ou le savoir-faire de l'adjudicataire; qu'en particulier, s'agissant de l'offre de l'adjudicataire, elle ne saurait, en principe, être consultée si ce dernier n'a pas donné son accord; que s'agissant des pièces internes du pouvoir adjudicateur, elles doivent être remises pour consultation si elles ont influencé l'adjudication et sont pertinentes pour apprécier la décision entreprise qu'en revanche, le rapport d'évaluation de l'EMPA (pièce 2) peut être consulté par la recourante; qu'il a été pris en compte dans la décision d'adjudication; qu'aucun intérêt prépondérant du pouvoir adjudicateur ou de l'adjudicataire ne s'oppose à sa consultation;

Zwischenentscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-014, E. 3:

Die Gewährung ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Das bezieht sich auf alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke mit Ausnahme der Akten, bei denen ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt. Dies gilt insbesondere für die Konkurrenzofferten aber auch für die technische Auswertung der Offerten, soweit daraus schützenswerte Angaben der Konkurrentin ersichtlich sind.

Verfügung vom 19. März 2002, BRK 2002-003:

Die aktualisierte Offerte sowie die Ergänzung der Zuschlagsempfängerin betreffend die Fullservicekosten technische Angaben und namentlich detaillierte Kalkulationsgrundlagen enthalten, grundsätzlich von der Akteneinsicht auszunehmen sind, für bestimmte Posten aber deren Einverständnis besteht und deshalb Einsicht gewährt wird; bezüglich des Erprobungsberichtes der Mehrzweckfahrzeuge zwar Daten zu Drittanbietern sowie technische Daten des von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Fahrzeugs, aber zugleich die technische Beurteilung enthalten, die nach deren Angaben ohne irgendwelche Anpassung in die abschliessende Beurteilung eingeflossen ist, womit dem Akteneinsichtsgesuch teilweise entsprochen wird, wobei die Angaben zu den von Drittanbietern offerierten Fahrzeugen und die technische Beurteilung derselben durch die Vergabestelle insoweit unkenntlich zu machen sind, als sie die Bezeichnung der von Dritten offerierten Fahrzeuge enthalten; dieselben Grundsätze gelten für die beiliegenden Protokolle, die Fahrzeuge von Drittanbietern betreffen, von der Akteneinsicht auszunehmen sind, wogegen die keine schützenswerten technischen Daten enthaltenden Protokolle betreffend die Erprobung der Fahrzeuge der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsempfängerin zugänglich zu machen sind; der Vertragsentwurf grundsätzlich keine verfahrensrelevanten Angaben enthält, ausser bezüglich „Fullservice“, demzufolge grundsätzlich von der Akteneinsicht auszunehmen ist, nicht hingegen die „Optionen“;

Zwischenentscheid vom 3. Juli 2003, BRK 2003-014, E. 4:

Insbesondere sind neben der Konkurrenzofferte der Zuschlagsempfängerin auch die übrigen Offerten sowie sämtliche Unterlagen betreffend die Bewertung des siegreichen Angebots und der beiden anderen in die Evaluation einbezogenen Offerten anhand der Zuschlagskriterien vom Akteneinsichtsrecht auszunehmen.

Décision incidente du 4 mai 2004, CRM 2004-004, c. 2 :

Un pièce dont la consultation a été refusée ne peut être utilisée au désavantage d'une partie que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel pertinent et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. Le recourant ne doit pouvoir prendre connaissance directement ou indirectement, du contenu des offres et des documents internes du pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où ceux-ci ont influencé et sont à la base de la décision attaquée.

Décision incidente du 9 février 2005, CRM 2004-016, c. 2:

Que durant la procédure de passation d'un marché public, la confidentialité des offres doit être garantie, ces offres incorporant un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires, ce qui implique que le soumissionnaire évincé ne doit avoir droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication comportant une éviction implicite de son offre; Qu'il convient également de permettre la consultation tant par les recourantes que par le groupement adjudicataire des pièces internes remises par le pouvoir adjudicateur, savoir les pièces 2 à 4 du bordereau de pièces n° I (soit le rapport de la Commission d'appréciation des offres du 1^{er} novembre 2004, le mémorandum du 24 mai 2004 sur la méthode de notation des prix et le rapport de la Commission d'adjudication du 1^{er} novembre 2004) que ce dernier a remis à la CRM le 23 décembre 2004, dans la mesure où elles ne contiennent pas de secret d'affaires; Qu'il n'est pas utile de communiquer la pièce n° 1 du bordereau n° I, s'agissant de l'extrait de l'appel d'offre, dont les parties ont déjà, nécessairement, eu connaissance; Qu'il s'impose, en revanche, de rejeter la demande de consultation des offres des trois autres soumissionnaires, dans la mesure où elles contiennent clairement.

Décision incidente du 10 février 2005, CRM 2004-017, c. 2:

Que s'agissant de la demande de consultation des pièces, celle-ci est désormais sans objet vu l'accord réciproque des parties, aux termes duquel le groupement adjudicataire a accordé au recourant la consultation de son offre et inversement; Que les x ont, quant à eux, remis tant au recourant qu'au groupement adjudicataire un double des bordereaux produits à ce jour auprès de la CRM concernant le dossier de passation du marché en cause, savoir les bordereaux n° I et II, lesquels comprennent entre autres les divers rapports d'évaluation expressément demandés par le recourant; Qu'il n'est pas utile de remettre en consultation les bordereaux n° III et IV, lesquels ne contiennent que les offres du groupement adjudicataire et du recourant, vu l'accord précité; Qu'enfin, la conclusion du recourant portant sur la possibilité de compléter son recours est également sans objet, dans la mesure où la possibilité lui a été donnée de déposer une réplique en conformité de l'art. 57 al. 2 PA dans un délai échéant le 15 février 2005, ce qui lui permet ainsi de se déterminer sur les observations déposées par les autres parties, d'une part, et de compléter son recours sur la base des pièces dont il a eu connaissance, d'autre part.

Décision incidente du 17 mars 2005, CRM 2005-003, c. 3 :

Il s'agirait toutefois pour l'adjudicataire de dévoiler partie des spécificités techniques du système informatique tel que proposé, lesquelles sont clairement protégées par le secret d'affaires.

Entscheid vom 14. April 2005, BRK 2005-001, E. 4:

Dem Gesuch ist stattzugeben, was die Auswertung ihres eigenen Angebots und auch das Eröffnungsprotokoll sowie die Vollmacht betrifft. Hingegen sind sämtliche Unterlagen betreffend die Bewertung der übrigen Angebote anhand der Zuschlagskriterien sowie die den betreffenden Anbietern zugestellten Fragekataloge auszunehmen. Sie enthalten einerseits geschützte Informationen und sind andererseits für die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen zur Recht von der weiteren Evaluation ausgeschlossen worden sind, grundsätzlich unerheblich. Letzteres gilt auch für das Eröffnungsprotokoll (finanzielle Angebote).

Decisione incidentale del 9 novembre 2005, CRM 2005-018, E. 8:

Per quanto riguarda invece documenti interni del committente, essi devono essere messi a disposizione della parte ricorrente per consultazione, nella misura in cui hanno influenzato la decisione e sono pertinenti al fine della valutazione della decisione.

Zwischenentscheid vom 21. November 2005, BRK 2005-016, E. 3:

In die übrigen Beilagen kann die verlangte Einsicht gewährt werden; dies trifft auch auf den Vergabeantrag der Geschäftsleitung (Beilage 49) zu, der in anonymisierter Form vorliegt. Daraus ersichtlich werden zwar namentlich auch die eingereichten Eingabesummen und deren Entwicklung im Rahmen der Verhandlungen. Hingegen sind darin in Bezug auf die einzelnen Angebote keine derart detaillierten Informationen zu den Preisen enthalten, die Rückschlüsse auf die Offertkalkulationen der Anbieter zulassen würden.

Zwischenentscheid vom 12. Dezember 2005, BRK 2005-022, E. 3 f.:

3. In ossequio all'articolo 27 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 PA, la consultazione dell'incarto può essere rifiutata se interessi privati preponderanti lo esigono; detto rifiuto può unicamente interessare documenti che occorre mantenere segreti. La consultazione può essere parimenti rifiutata se occorre proteggere importanti segreti d'affari o il know-how dell'aggiudicatario. Di principio, il diritto di visionare l'offerta vincente non può essere riconosciuto nel caso di mancato accordo da parte dell'aggiudicatario. Per quanto riguarda invece i documenti interni dell'amministrazione committente, essi devono essere messi a disposizione della parte ricorrente per consultazione, nella misura in cui hanno influenzato la decisione e sono pertinenti per la valutazione della decisione.

4. Sulla scorta di quanto precede e da una disamina dell'intero incarto, il Presidente della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici è dell'avviso che, fatta eccezione dei documenti d'offerta, coperti dal segreto, la parte ricorrente può consultare il rapporto di valutazione denominato "Machbarkeits- und Zweckmässigkeitsstudie, Offertenauswertung-Zuschlagsvorschlag".

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 4:

Wie auch die Vergabebehörde geltend macht, genügt demzufolge eine beschränkte Gewährung der Einsicht in diese Unterlage, nämlich lediglich in Bezug auf Kapitel 8, in welchem das von der Beschwerdeführerin angesprochene Kriterium „Betriebliche Funktionalität und Flexibilität“ abgehandelt wird;

Zwischenentscheid vom 20. Juni 2006, BRK 2006-003, E. 4:

Die Vergabestelle stimmte einer Akteneinsicht in den vorgängig zu anonymisierenden Evaluationsbericht ausdrücklich zu. Es kann entsprechend Einsicht in den anonymisierten Vergabeantrag sowie die (materiell Teil des Evaluationsberichts darstellende) tabellarische Zusammenstellung vom 20. Dezember 2005 gewährt werden. Die Namen der Anbieter sind dabei unkenntlich zu machen. Damit wird dem Antrag, es sei ihnen der Preis des berücksichtigten Angebots bekannt zu geben, ebenfalls entsprochen.

Zwischenverfügung vom 22. August 2006, BRK 2006-011, E. 6:

Was den Vergabeantrag anbelangt, ist angesichts des Themas des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (Eignung der Zuschlagsempfängerin), der Beschwerdeführerin eine Einsicht nur insofern zu gewähren, als er die Eignungsprüfung betrifft, nicht aber in Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriterien.

Zwischenverfügung vom 28. August 2006, BRK 2006-010, E. 5:

In die Bewerbungen bzw. Angebote der CSD-Gesellschaften kann die Akteneinsicht hingegen aufgrund der überwiegenden Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Anbieter nicht gewährt werden.

Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2006, BRK 2006-016, E. 4:

Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht ist stattzugeben, was die Auswertung ihres eigenen Angebots anbelangt. Hingegen sind die Offerte der Zuschlagsempfängerin, die damit im Zusammenhang stehenden Dokumente, die Evaluationstabelle für die Zuschlagsempfängerin sowie sämtliche Unterlagen betreffend die restlichen eingegangenen Angebote von der Akteneinsicht auszunehmen.

SPRACHE

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1d:

La CRM admet à titre exceptionnel un mémoire rédigé dans une autre langue que celle des recourants.

Décision présidentielle du 25 juillet 2001, CRM 2001-007:

La procédure devant la CRM, article aux termes duquel les autorités fédérales notifient leurs décisions dans la langue officielle en laquelle les parties ont pris ou prendraient leurs conclusions. Selon la doctrine, les agents de l'administration fédérale décentralisée doivent utiliser la langue officielle fédérale du lieu où ils exercent leur activité. Il appartient à la CRM, conformément à la maxime officielle, de déterminer la langue de la procédure. Les différents éléments de rattachement pointent tous en faveur de la langue française. Ils ne sont pas contrebalancés par le seul fait que les représentants de l'intimée sont domiciliés à Zoug et s'expriment en allemand, ce d'autant moins que le recours vise l'intimée en sa possible qualité de pouvoir adjudicateur, assimilable à une autorité fédérale.

VERFAHRENSKOSTEN

Entscheid vom 7. Juli 1997, BRK 012/97, E. 3:

Da es die Beschwerdeführerin womöglich aufgrund des Schreibens der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 - in allerdings nicht entschuldbarer Weise - versäumt hat, rechtzeitig Beschwerde zu erheben, kann ausnahmsweise darauf verzichtet werden, ihr Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 letzter Satz VwVG).

PARTEIENTSCHÄDIGUNG

Entscheid vom 3. März 1999, BRK 1998-001, E. 3:

Eine Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin ist an sich nur bei ganzem oder teilweise Obsiegen zuzusprechen. Indes können die Kosten verhältnismässig verteilt werden, wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen konnte.

Entscheid vom 9. Oktober 2002, BRK 2002-008, E. 3:

Eine Parteientschädigung wird gegebenenfalls auch dann festgesetzt wenn die Beschwerde aufgrund eines Rückzuges der Beschwerde gegenstandslos wird.

AUSSTAND BEFANGENHEIT

Entscheid vom 7. November 1997, BRK 008/96, E. 3:

Es gelten die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG. Sie sind indessen nur auf natürliche Personen, die eine Verfügung treffen oder vorbereiten, nicht aber auf eine Behörde als solche anwendbar. Die Bezugnahme auf eine Stellungnahme in einem vorausgehenden Vergabeverfahren stelle gemäss BRK noch keine unsachgemässe Bevorzugung dar, zumal die Beurteilung für die Vergabe nicht ausschlaggebend war.

Entscheid vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 2:

Herr x hat einerseits den Evaluationsbericht erstellt und andererseits als Delegierter der Behörden in der Verwaltung der Zuschlagsempfängerin mitgewirkt. Dadurch wurde die Ausstandspflicht verletzt.

Entscheid vom 27. Juni 2000, BRK 2000-005, E. 3:

Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion. Es genügt, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, den Anschein von Befangenheit zu begründen (eine tatsächlich vorhandene Voreingenommenheit ist nicht erforderlich).

Decisione del 21 febbraio 2006, CRAP 2005-018, c. 5:

Il fatto che quest'ultimo funga da ingegnere verificatore nell'ambito del progetto in questione non comporta comunque l'esclusione del consorzio D dalla gara relativa all'assegnazione del mandato di direzione lavori. Questa circostanza comporta semmai l'obbligo del consorzio V di rinunciare, se del caso, al mandato di verificatore per la tratta in questione.

RECHTSBEGEHREN

Entscheid vom 4. Dezember 1997, BRK 11/97, E. 1:

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG das Vorliegen eines Begehrens. An ein solches sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Speziell bei einer Eingabe, die von einem Laien in rechtlichen Belangen formuliert wird, dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand im Verfahren vor der BRK bestimmt. So kann beispielsweise die aufschiebende Wirkung nur auf ein entsprechendes Gesuch hin erteilt werden. Vorliegend kann der Beschwerdeschrift wenigstens implizit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung anstrebt.

Entscheid vom 3. April 1998, BRK 1997/20, E. 1:

Die Beschwerdeführerin verlangt eine erneute Überprüfung des ausgeschriebenen Auftrags unter Berücksichtigung der von ihr in der Beschwerde aufgeführten Fakten und Preiszusammenstellungen. Damit kann der Beschwerdeschrift wenigstens implizit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung anstrebt.

BEWEISLAST

Décision du 31 août 1999, CRM 1998-014, c. 2:

En conséquence, le fardeau de la preuve des faits constitutifs d'un droit incombe au requérant qui entend obtenir une décision en sa faveur. Ces principes doivent toutefois s'appliquer conformément aux règles de la bonne foi. Ainsi, l'administration ne saurait faire supporter à l'administré les conséquences de la répartition du fardeau de la preuve, lorsque l'intéressé n'a aucune raison de savoir sur quel point particulier on attend de lui une preuve. L'administration doit avoir indiqué d'emblée ou précisé par la suite les preuves qu'elle exigeait.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 2:

Die Entscheidung, einen Auftrag nicht auszuschreiben, sondern ihn im freihändigen Verfahren zu vergeben, ist nicht mit dem Zuschlag gleichzusetzen. Im vorliegenden Fall stellt jedoch weder das Schreiben vom 23. November 1999 noch dasjenige vom 9. März 2000 einen Zuschlag der Vergabebehörde dar, da es weder bezüglich Preis noch bezüglich Leistung zu einer Einigung gekommen ist. Der Verfügung vom 10. Oktober 2000 kommt eine doppelte Rechtsnatur zu. Ausdrücklich handelt es sich dabei um eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Implizit wird durch diese Ausschreibung jedoch auch verfügt, das bereits laufende freihändige Vergabeverfahren abzubrechen. Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will.

Décision présidentielle du 25 juillet 2001, CRM 2001-007, c. 2:

Production de pièces: Elle doit donner une copie de ses statuts et de son règlement, un état de son actionnariat, une liste des membres de son conseil d'administration accompagnée de la mention de la fonction ou de la profession exercée par ces membres, ainsi que toute autre pièce propre à démontrer le mode de prise de décision et de contrôle sur la société.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-015, E. 2:

Da der Absender die Beweislast für die Wahrung der Frist trägt, obliegt es ihm, die durch den Poststempel geschaffene Vermutung umzustossen, wenn er geltend macht, die Sendung sei am letzten Tag der Frist der Post übergeben, aber erst am folgenden Tag durch die Post abgestempelt worden. Die aus dem Poststempel folgende Vermutung verspäteter Postaufgabe ist mit allen tauglichen Beweismitteln widerlegbar. Dazu gehören unabhängige Zeugen, namentlich aber auch zuverlässige Bestätigungen von Stellen. Der von der Vergabestelle als Beweis offerierter Auszug „Track & Trace“, der offenbar mit Bezug auf das Aufgabedatum der Sendung allein auf den Poststempel abstellt, schliesst nicht aus, dass die darauf geschaffene Vermutung verspäteter Postaufgabe durch andere taugliche Beweismittel umgestossen werden kann.

Entscheid vom 23. November 2005, BRK 2005-010 bis 013, E. 1:

In die übrigen Beilagen kann die verlangte Einsicht gewährt werden; dies trifft auch auf den Vergabeantrag der Geschäftsleitung zu, der in anonymisierter Form vorliegt. Daraus ersichtlich werden zwar namentlich auch die eingereichten Eingabesummen und deren Entwicklung im Rahmen der Verhandlungen. Hingegen sind darin in Bezug auf die einzelnen Angebote keine derart detaillierten Informationen zu den Preisen enthalten, die Rückschlüsse auf die Offertkalkulationen der Anbieter zulassen würden.

UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ UND OFFIZIALMAXIME

Entscheid vom 29. Oktober 1999, BRK 1999/007, E. 3:

Es ist grundsätzlich Sache des Beschwerdeführers, in seiner Beschwerde die notwendigen Sachvorbringen vorzutragen, die den Schluss auf eine Bundesrechtsverletzung durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid ermöglichen. Soweit möglich hat er seine Sachvorbringen ausserdem zu belegen. Daran kann auch der im Bundes-Submissionsrecht geltende Untersuchungsgrundsatz, wonach die BRK den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, nichts ändern. Denn dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist er eingebunden in den Verfügungsgrundsatz, das Erfordernis der Begründung der Rechtsschrift, die objektive Beweislast sowie in die Regeln der Sachabklärung und Beweiserhebung mit richterlichen Obliegenheiten und Mitwirkungspflichten der Parteien.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013, c. 4:

En l'espèce, il convient d'effectuer une substitution de motifs et de confirmer la décision attaquée au motif que la variante devait être écartée du fait du non-respect d'une exigence minimale impérative et, partant, de sa non-conformité à l'objet du marché.

Décision incidente du 28 décembre 2001, CRM 2001-008, c. 1 ss.:

L'instruction du recours clarifie au besoin l'état des faits et recueille les preuves. L'art. 12 PA charge l'autorité de constater les faits d'office et, à cette fin, d'administrer les preuves. Le juge instructeur ordonne la procédure probatoire qu'exige la détermination des faits. On ne saurait en conséquence admettre sans autre que les tests réalisés sur son appareil par la recourante et produits à l'appui de son recours ne correspondraient pas aux conditions d'utilisation réelles de l'appareil dans les stations du réseau NABEL. La technologie à buse sonore assure une très bonne reproductibilité des mesures, qui est soulignée par la recourante elle-même. Dès lors, les temps de montée comparativement très courts mesurés par la recourante au cours des tests réalisés par elle-même durant environ 24 heures ne sauraient être écartés pour le seul motif qu'ils seraient le fruit du hasard d'un test ponctuel et incomparables avec les tests effectués par l'EMPA. L'examen des pièces produites, l'audition des parties et des témoins ne permettent pas d'expliquer la raison pour laquelle les temps de montée des gaz NO_x et SO₂ mesurés pour l'appareil diffèrent dans un rapport de 1 à 10 selon que les tests «en simple» sont réalisés par la recourante ou par l'EMPA respectivement. Des erreurs dans le montage avec l'analyseur de gaz et/ou dans la manipulation de l'appareil – en particulier dans l'utilisation de la fonction «purge» – sont possibles, erreurs qui auraient résulté en une mauvaise constatation des faits par le pouvoir adjudicateur.

Décision du 4 mars 2003, CRM 2003-002, c. 1 ss. :

Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante. La CRM constate la nullité de la décision de non-sélection des recourantes, en tant qu'elle a été prise par un pouvoir adjudicateur incompétent agissant de surcroît à tort sur la base du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral.

Entscheid vom 11. September 2006, BRK 2006-008:

Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe der BRK als Rechtsmittelinstanz sein, anstelle der zuständigen Vergabebehörde sämtliche für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände zu ermitteln. Die BRK hat in ihrem Entscheid klar auf die Notwendigkeit einer ernsthaften und vertieften Auseinandersetzung mit dem Globalangebot hingewiesen und zusammenfassend festgehalten, dass die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, angesichts des damit verbundenen hohen Kostenrisikos das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Vergabestelle die ihr mit dem Rückweisungsentscheid der BRK eröffnete Möglichkeit, das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin umfassend und gründlich auf die damit verbundenen Risiken zu prüfen, wahrnimmt. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und *mindestens* die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die Vergabestelle nur ungenügend nachgekommen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und *mindestens* die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die Vergabestelle nur ungenügend nachgekommen.

WIDERRUF

Entscheid vom 4. Februar 2003, BRK 2002-016, E. 1:

Mit der Widerrufsverfügung vom 20. Januar 2003 aber fällt das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin gegen den (ursprünglichen) Ausschluss angestregten Verfahrens dahin.

Entscheid vom 2. November 2005, BRK 2005-019:

- die Vergabebehörde die im SHAB vom 31. August 2005 publizierte Zuschlagsverfügung gestützt auf Art. 58 VwVG wiedererwägungsweise widerrufen und verfügt hat, der durch den angefochtenen Zuschlag betroffene Beschaffungsgegenstand werde neu ausgeschrieben;
- durch diesen Widerruf der im SHAB vom 31. August 2005 publizierten Zuschlagsverfügung das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin angestregten Verfahrens dahingefallen und entsprechend die gegen die angefochtene Verfügung erhobene Beschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist

SISTIERUNG

Zwischenverfügung vom 2. November 2004, BRK 2004-009:

Die BRK auf Antrag oder von Amtes wegen ein bei ihr eingeleitetes Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren kann, dies namentlich dann, wenn sich unter den gegebenen Umständen ein sofortiger Entscheid über die Beschwerde mit Blick auf die Prozessökonomie nicht rechtfertigen würde, wobei als Grund für die Sistierung etwa die Hängigkeit eines anderen Verfahrens, dessen Ausgang für das bei der Rekurskommission hängige Beschwerdeverfahren von präjudizieller Bedeutung ist, in Betracht kommt oder auch die Aufnahme von Verhandlungen zwischen der Verwaltung und der Beschwerdeführerin betreffend eine allfällige einvernehmliche Lösung; im vorliegenden Fall offenbar die Gespräche zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin einerseits und zwischen dieser und der Zuschlagsempfängerin andererseits noch andauern; bei erfolgreichem Abschluss der Verhandlungen die Beschwerde allenfalls zurückgezogen werden könnte; schon aus diesem Grund die Verlängerung der Sistierung gemäss Antrag der Vergabestelle bis zum 22. November 2004 zu gewähren ist;

TREU UND GLAUBEN

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 3:

En conséquence, la requête d'effet suspensif déposée après l'échéance du délai de recours est recevable. Il convient toutefois de souligner que le recourant qui ne demande pas dans le délai de recours l'effet suspensif manque de diligence et agit à ses risques. En présence d'un recours déposé sans demande d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut, de bonne foi, aller de l'avant et conclure le contrat avec l'adjudicataire.

Entscheid vom 11. November 2003, BRK 2003-022:

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. Im ersten Angebot wurde ein Vorbehalt bezüglich Zahlungsfrist angebracht worden, der im Abgebot ebenso ausdrücklich hätte widerrufen werden müssen. Die vordergründige Akzeptanz der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Unterschrift genügt nicht. 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 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 AGB's schriftlich zu erfolgen, weshalb auch insoweit ein ausdrücklicher schriftlicher Widerruf des fraglichen Vorbehalts durch die Beschwerdeführerin notwendig gewesen wäre.

Entscheid vom 23. November 2005, BRK 2005-010 bis 013, E. 1:

In die übrigen Beilagen kann die verlangte Einsicht gewährt werden; dies trifft auch auf den Vergabeantrag der Geschäftleitung zu, der in anonymisierter Form vorliegt. Daraus ersichtlich werden zwar namentlich auch die eingereichten Eingabesummen und deren Entwicklung im Rahmen der Verhandlungen. Hingegen sind darin in Bezug auf die einzelnen Angebote keine derart detaillierten Informationen zu den Preisen enthalten, die Rückschlüsse auf die Offertkalkulationen der Anbieter zulassen würden.

Entscheid vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017:

Die Rechtsprechung hat sowohl aus dem Vertrauensprinzip als auch aus dem Verbot des überspitzten Formalismus die Verpflichtung der Behörde abgeleitet, in gewissen Situationen den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat, oder die er im Begriff ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. In Berücksichtigung der vorliegenden Sachlage und gerade unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Geschäftsbeziehungen zwischen der Vergabestelle und der Bietergemeinschaft muss eine Pflicht der Vergabebehörde, die Anbieterin auf den Formmangel aufmerksam zu machen, bejaht werden. Richtigerweise hätte die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen zulassen oder (im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten) die Behebung des Formfehlers verlangen müssen, indem sie die A. aufforderte, entweder die Unterschriftsberechtigung der zeichnenden Personen zu belegen (namentlich durch eine gültige Vollmacht) oder das Begleitschreiben von einer 2. gemäss Handelsregisterauszug berechtigten Person unterschreiben zu lassen.

WIDERSPRÜCHLICHE ARGUMENTATION

Décision du 13 août 1998, CRM 001/97, c. 2:

L'intimé conteste cependant la recevabilité du recours en invoquant la tardivité de l'offre. Il invoque ce motif pour la première fois dans son mémoire de réponse. Il soutient qu' une remise avec retard ne devrait pas être prise en considération, alors même qu'il est entré en matière sur la demande de participation, qu'il l'a évaluée et qu'il a motivé son rejet par des arguments de fond, et cela aussi bien dans la communication initiale que dans les compléments fournis à la requête de la recourante. Son argumentation est donc contradictoire.

FRIST: WIEDERHERSTELLUNG UND STILLSTAND

Entscheid vom 3. Juni 1996, BRK 1996-001, E. 1b und 3:

Für das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB, nicht dagegen für das anschliessende Beschwerdeverfahren, sind insbesondere die Artikel über den Stillstand sowie Wiederherstellung der Fristen des VwVG nicht anwendbar. Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung binnen der 20-tägigen Beschwerdefrist angefochten, wobei es den Fristenstillstand an Ostern zu beachten gilt. Gegen alle in Art. 29 BoeB erwähnten Verfügungen kann selbständig Beschwerde erhoben werden. Dies hat zur Folge, dass bei einem Beschwerdeverzicht, z.B. beim Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren, dieser Entscheid nicht mehr im Rahmen der späteren Zuschlagsverfügung angefochten werden kann. Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung binnen der 20-tägigen Beschwerdefrist angefochten, wobei es den Fristenstillstand an Ostern zu beachten gilt. Auch die Formvorschriften gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind im vorliegenden Fall eingehalten. [...] Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Verspätung mit internen Missverständnissen begründet und zudem auch eine Wiederherstellung einer Frist aus unverschuldetem Grund im Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB grundsätzlich nicht in Frage gekommen wäre.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1:

...lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente, le délai est réputé observé.

Zwischenverfügung vom 22. August 2006, BRK 2006-011, E. 4:

Eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde war damit nicht zu gewähren. Auch die allgemein geltenden Voraussetzungen für eine Beschwerdeergänzung lagen nicht vor. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung wird nach der Praxis der BRK nicht durchgeführt.

UNZUSTÄNDIGE BEHÖRDE

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 1d:

Conformément à l'art. 21 al. 2 PA, lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente, le délai est réputé observé.

Entscheid vom 9. Oktober 1996, BRK 1996-003:

- die Beschwerdeführerin im Schreiben der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, im Säumnisfall werde auf die Beschwerde nicht eingetreten;
- die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss bis heute nicht geleistet hat;
- auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist;

Art. 27 Beschwerde

¹ Gegen Verfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission zulässig. Diese entscheidet endgültig.

² Die Rekurskommission informiert die Auftraggeberin umgehend über den Eingang einer Beschwerde.

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 3:

Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden. Eine Inkraftsetzung von Art. 29a BV ist bislang noch nicht erfolgt, weshalb diese Verfassungsbestimmung zur Zeit keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Demnach können sich nur die Anbieter, deren Angebote sich auf in den Geltungsbereich des BoeB fallende Dienstleistungen beziehen, auf die Garantien des Art. 6 EMRK berufen, weshalb sich im vorliegenden Fall auch daraus kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten lässt.

Art. 28 Aufschiebende Wirkung

¹ Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

² Die Rekurskommission kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen.

Decisione incidentale del 29 novembre 1996, CRAP 1996-007, c. 2:

Nella ponderazione degli interessi, infine, la CRM deve anche tener presente le peculiarità dell'art. XX par. 7 lett. a.) del GPA. Esso obbliga gli Stati membri di adottare delle misure transitorie e rapide per rimediare alle violazioni dell'Accordo e preservare le possibilità commerciali. Tali misure possono comportare pure la sospensione del processo di aggiudicazione dell'appalto. Appare evidente che al ricorrere verrebbe de facto preclusa ogni ulteriore possibilità di accedere alla seconda fase e di conseguenza di aspirare in una possibile aggiudicazione del mandato. In un caso, la Corte europea ha nella sostanza concluso che l'elemento finanziario, seppur importante non è determinante al fine del conferimento dell'effetto sospensivo. Certo le esigenze budgetarie possono, in certi casi, costituire un criterio di apprezzamento pertinente. In questo caso rimangono comunque dei motivi di incertezza. In effetti, da un lato, non è stabilito che l'appaltratrice sia totalmente sprovvisto di un margine di manovra e di flessibilità nella ripartizione delle somme necessarie al compimento delle sue mansioni. La natura stessa di questi crediti è quella di godere, nella loro utilizzazione su diversi periodi contabili, di una certa flessibilità. D'altra parte, è pure incerto che l'aggiudicazione possa aver luogo ancora per l'anno in corso e ciò in ragione del termine minimo di 40 giorni concesso ai concorrenti prescelti per la presentazione.

Entscheid vom 17. Februar 1997, BRK 008/96, E. 2:

Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung können nicht weitergehende Wirkungen erzielt werden, als mit dem Entscheid in der Sache selbst. Folglich ist festzuhalten, dass der noch nicht abgeschlossene Vertrag an sich Grundvoraussetzung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist.

Décision du 26 mars 1997, CRM 008/97, c. 3:

En conséquence, la requête d'effet suspensif déposée après l'échéance du délai de recours est recevable. Il convient toutefois de souligner que le recourant qui ne demande pas dans le délai de recours l'effet suspensif manque de diligence et agit à ses risques. En présence d'un recours déposé sans demande d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut, de bonne foi, aller de l'avant et conclure le contrat avec l'adjudicataire. Pour donner suite à la requête des recourants, il n'est pas nécessaire de suspendre complètement tout le processus de passation jusqu'à droit jugé. Il suffit de réintroduire provisoirement les recourants dans la procédure de passation du marché, en leur donnant la possibilité d'élaborer et de déposer une offre, à leurs propres frais et risques, en plus des 18 candidats déjà sélectionnés.

Decisione incidentale del 14 novembre 1997, CRAP 16/97:

Nella fattispecie, al fine di procedere ad una corretta ponderazione degli interessi, occorre tener conto del limitato potere d'esame di questa Commissione nell'ambito delle decisioni d'aggiudicazione. Giusta l'art. 31 LAPub., infatti, nella procedura di ricorso non può essere ammesso il motivo dell'inadeguatezza. Ciò sta a significare che, su tal punto, la cognizione della CRM è limitata. La possibilità di controllare l'esercizio del potere di apprezzamento dell'istanza amministrativa inferiore è praticamente ristretta all'arbitrio. Questa Commissione non può pertanto sostituire il proprio apprezzamento a quello della precedente istanza, scegliendo la soluzione che, a suo avviso, meglio corrisponde alle concrete circostanze del caso. Nel proprio gravame il Consorzio ricorrente solleva sostanzialmente censure legate all'adeguatezza della decisione di delibera. Come rilevato in precedenza, in applicazione dell'art. 31 LAPub., l'apprezzamento effettuato dall'ente appaltante al fine di individuare l'offerta più favorevole dal profilo economico (art. 21 LAPub.), come pure le valutazioni delle offerte per rapporto ai criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, sfuggono al potere di controllo della Commissione di ricorso. Il controllo giudiziario dovrebbe, in questi casi, limitarsi all'eccesso o all'abuso del potere di apprezzamento.

Entscheid vom 4. Dezember 1997, BRK 11/97, E. 1:

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG das Vorliegen eines Begehrens. An ein solches sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Speziell bei einer Eingabe, die von einem Laien in rechtlichen Belangen formuliert wird, dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand im Verfahren vor der BRK bestimmt. So kann beispielsweise die aufschiebende Wirkung nur auf ein entsprechendes Gesuch hin erteilt werden. Vorliegend kann der Beschwerdeschrift wenigstens implizit entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung anstrebt.

Entscheid vom 26. Januar 1998, BRK 1997-017:

Die geltend gemachte Dringlichkeit darf von der Verwaltung nicht selbst verschuldet sein und sind namentlich Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann. Auch die Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens ist bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Wie alle für die vorzunehmende Rechtsgüterabwägung vorgebrachten Aspekte sind auch rein finanzielle Risiken, wie die Verteuerung eines Bauprojektes durch eine damit verbundene verzögerte Beschaffung oder durch die nicht termingerechte Submission selbst, durch die Verwaltung soweit möglich zu belegen. Diese Risiken sind grundsätzlich in die Rechtsgüterabwägung einzubeziehen, wobei das Argument umso stärker ins Gewicht fällt, je grösser der drohende Schaden für die öffentliche Hand ist und je besser er belegt ist. Bei diesem Stand der Dinge ist in Abwägung der gegenseitigen Interessen und in Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Bezug auf die Beschaffung der EZ für ein Amt grundsätzlich abzusehen. Ein Vertragsabschluss für diesen Teilbereich kann indessen nur insoweit in Frage kommen, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrags zukommen darf.

Entscheid vom 6. Februar 1998, BRK 019/97 E. 2 f.:

Beim Zuschlag würde der Rechtsschutz indes zur Farce verkommen, wenn die Verwaltung der Gewährung einer aufschiebenden Wirkung durch raschen Abschluss des Vertrages zuvorkommen könnte. Eine staatsvertragskonforme Auslegung führt zum gleichen Resultat. Die Tatsache, dass die Vertragsstaaten keine «standstill»-Klausel in das GPA aufgenommen haben, bedeutet nicht, dass damit das Gebot eines wirksamen Rechtsschutzes in Frage gestellt worden wäre. Eine *prima-facie*-Würdigung der Erfolgchancen ergibt, dass diese keineswegs als von vornherein offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist.

Entscheid vom 3. März 1999, BRK 1998-001, E. 3:

Von einer besonderen Dringlichkeit und einer eigentlichen Zwangslage zur sofortigen Unterzeichnung des Vertrages kann vorliegend nicht die Rede sein. Dies geht bereits daraus hervor, dass im Vertrag als Termin für die Ausführung der Gipserarbeiten Mai bis Juni 1999 genannt wird. Nach der Publikation des Zuschlages im SHAB vom 17. Dezember 1998 wäre die BRK in Lage gewesen, Ende Januar 1999 über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden, so dass es im Falle einer Abweisung des Gesuches zu einer nur sehr unbedeutenden Verzögerung beim Vertragsschluss gekommen wäre. Abgesehen davon darf auf die Dringlichkeit einer Beschaffung in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen (unzureichenden) Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist.

Entscheide vom 26. April 2000, BRK 2000-001, E. 1:

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin indes kein Gesuch um aufschiebenden Wirkung gestellt. Sie ist auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen.

Entscheid vom 11. August 2000, BRK 2000-011, E. 2f.:

Im Rahmen der *prima-facie*-Würdigung der Begründetheit des vorliegenden Rekurses anlässlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung kann hingegen festgestellt werden, dass dem Rekurs durchaus Erfolgsaussichten zukommen, falls - was im derzeitigen Verfahrensstadium nicht ausgeschlossen werden kann - die Vergabe aufgrund von Kriterien erfolgte, welche der Beschwerdeführerin nicht mitgeteilt wurden. Im jetzigen Zeitpunkt kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabe aufgrund einer der Beschwerdeführerin nicht mitgeteilten relativen Gewichtung erteilt hat. Die Vernehmlassung der Vergabebehörde enthält keinerlei Ausführungen darüber, inwiefern die Vergabestelle namentlich durch genügend langfristige Planung das ihr Zumutbare unternommen hat, um den Eintritt von Dringlichkeit vom vorliegenden Beschaffungsgeschäft abzuwenden. Das fehlende Selbstverschulden der Vergabestelle an einer allfälligen Dringlichkeit ist daher nicht einmal glaubhaft gemacht. Im Übrigen macht die Vergabehörde keine von einem überwiegenden öffentlichen Interesse herrührende zeitliche Dringlichkeit geltend, welche einen unverzüglichen Vertragsschluss und die Durchführung des Beschaffungsgeschäfts rechtfertigen würde. Auch macht sie keine Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität der Personen, die noch mit dem heute im Einsatz stehenden Beatmungsgerät behandelt werden, geltend.

Décision incidente du 30 août 2000, CRM 2000-013, c. 2:

Dans le cadre de l'examen *prima facie* d'une requête d'effet suspensif, la CRM tranche en règle générale sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires. La mesure de la preuve est la même pour les deux parties. En l'espèce, le recourant lui-même n'a pas fourni avec son recours une copie de son offre, de sorte qu'il n'est pas possible à la Commission de vérifier si le prix des prédalles-coffrages était inclus dans l'offre du recourant, comme celui-ci le soutient, ou s'il ne l'était pas. Sur ce point, le recourant n'a pas démontré l'apparence du bien-fondé de son recours. Inversement, le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus fourni de copie de l'offre du recourant, de sorte qu'il n'a pas non plus démontré que le recours était manifestement mal fondé sur ce point. La CRM ne peut en conséquence trancher sur le *fumus boni juris* quant à l'argument d'une inclusion du prix des prédalles-coffrages. Le recours déposé par le recourant n'a, à juste titre, pour objet que l'adjudication du lot n° 2. Il en résulte qu'un éventuel effet suspensif ne peut formellement avoir d'effet que pour l'adjudication du lot n° 2. De même, les engagements demandés aux soumissionnaires quant à leurs prix et conditions doivent porter sur une durée qui inclut raisonnablement l'éventualité d'un recours. En l'état actuel du dossier, un jugement au fond devrait pouvoir être rendu à bref délai après le mémoire-réponse du pouvoir adjudicateur sur le fond et après l'envoi par celui-ci du dossier complet relatif à la passation du marché. Même l'hypothèse d'un second échange d'écritures ne permet pas de conclure à une durée de 6 mois de la procédure de recours.

Décision incidente du 19 septembre 2001, CRM 2001-008, c. 2:

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur invoque le fait qu'un contrat a déjà été conclu fin juillet 2001 avec la soumissionnaire choisie. Eu égard aux considérations qui précèdent, il n'est pas exclu que le contrat conclu entre soit affecté de nullité. Celle-ci découlerait de la conclusion du contrat alors que la question de l'effet suspensif se posait encore. Au demeurant, le pouvoir adjudicateur a lui-même eu conscience du problème puisqu'il a joint au contrat une clause dont la teneur est la suivante: « Sollte ein Mitbewerber [...] Beschwerde einreichen, gilt der Auftrag bis zur definitiven Rechtsbeurteilung sistiert ». Au vu de cette clause, on pourrait même se demander si le contrat en cause doit être considéré comme parfait au sens du droit privé ou s'il ne sera réputé conclu qu'au moment où la question de l'effet suspensif aura été tranchée. Il convient en conséquence d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet. Certes, on ne saurait méconnaître l'intérêt de disposer de mesures fiables et continues dans le domaine sensible de la pollution atmosphérique. Toutefois, même en évoquant la possibilité d'une brève interruption des mesures, qui n'est au surplus pas avérée au vu des considérations susmentionnées, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune menace importante pour un intérêt public prépondérant.

Zwischenentscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-014, E. 2:

Die BRK bestätigt prüft die Voraussetzungen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, obwohl zwar der Vertrag schon abgeschlossen wurde, eine allfällige Nichtigkeit desselben aber *prima facie* nicht auszuschliessen ist. Indessen bleibt der Vertragsabschluss vor Ablauf der Beschwerdefrist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses vorbehalten. In einem solchen Fall (z.B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) ist es an der Vergabestelle, einen derartigen Grund darzutun.

Zwischenentscheid vom 23. Mai 2003, BRK 2003-012:

Die Frage, ob die seitens der Vergabebehörde geltend gemachte zeitliche Dringlichkeit gegeben ist, nicht abschliessend beantwortet zu werden braucht, da die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im jetzigen Verfahrensstadium nicht zwingend bewirkt, dass eine zeitliche Verzögerung in Kauf zu nehmen wäre, zumal die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall nicht bedeutet, dass das ganze weitere Verfahren bis zum Sachentscheid über die Beschwerde blockiert werden müsste; dem Suspensiveffekt vielmehr auch dadurch nachgelebt werden kann, dass der Beschwerdeführerin zusammen mit den 18 bereits selektionierten Teilnehmern die Möglichkeit gegeben wird, ein Angebot einzureichen, und sie somit – unter Vorbehalt des Endentscheids über die Frage der Präqualifikation und *auf eigenes Kostenrisiko* – ebenfalls zur Offerteingabe eingeladen wird, was im Ergebnis dem Eventualbegehren des Vergabestelle entsprechen würde; die dadurch erfolgende – provisorische – Erhöhung der selektionierten Teilnehmer um einen weiteren keine ersichtlichen Nachteile zur Folge hätte; ein solches Vorgehen vorliegend sowohl dem Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin als auch dem Interesse der Vergabebehörde bzw. der 18 bereits ausgewählten Teilnehmer an einer unverzüglichen Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerecht zu werden vermag;

Décision présidentielle du 3 juin 2003, CRM 2003-015:

qu'il découle d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que le recours n'apparaît pas d'emblée dénué de chances de succès; que, pour décider de l'octroi de l'effet suspensif, il convient d'effectuer une pondération des intérêts en jeu; que la pesée des intérêts se révèle favorable à la recourante, dans la mesure où ni le pouvoir adjudicateur ni l'adjudicataire ne s'opposent à l'octroi de l'effet suspensif;

Entscheid vom 11. November 2003, BRK 2003-022, E. 1 f.:

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“ umfasst kein solches Gesuch;

Zwischenentscheid vom 16. Dezember 2003, CRM 2003-025, c. 2:

La facoltà di accordare l'effetto sospensivo non deve però condurre ad accordare al ricorso, seppur provvisoriamente più effetti di quanto non ne possa beneficiare nel caso di una decisione favorevole nel merito. La CRM rileva che il committente ha notevolmente contribuito a creare la situazione di urgenza in cui si trova. Tale omissione impedirebbe di principio che la ponderazione degli interessi in causa abbia esito favorevole per la parte inadempiente. Tuttavia tenuto conto delle circostanze della fattispecie e della gravità del rischio, la CRM non deve agire in modo tale da non aggravarlo ulteriormente. Il rischio che talune di queste case non disporrebbero più di servizi di manutenzione e di portineria, unicamente di un servizio insufficiente a partire dal gennaio 2004 implica una messa in pericolo grave e imminente della sicurezza e della salute degli utenti. Questo rischio, pur essendo causato dall'inadempienza organizzativa e dalla politica del fatto compiuto perseguita dal committente, riveste nondimeno carattere preponderante rispetto agli interessi di natura economica o commerciale.

Zwischenentscheid vom 29. April 2004, BRK 2003-032:

Die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung an sich gewichtig sind, die BRK doch nach erfolgtem Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag selbst bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen könnte, inwiefern die angefochtene Zuschlagserteilung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BvE); gemäss Ausschreibungsunterlagen die Pilotinstallation für das 2. Quartal 2004 und die produktive Einführung der neuen Finanzanwendung per 1. Januar 2006 geplant ist; im Übrigen eine zeitliche Dringlichkeit nicht ersichtlich ist und auch seitens der Vergabebehörde nicht geltend gemacht wird;

Décision incidente du 4 mai 2004, CRM 2004-004, E. 2:

Lorsque le recours ne semble à première vue ni manifestement mal fondé, ni manifestement bien fondé, il convient de constater et de pondérer le risque de préjudice. En autres termes, dès lors que l'appréciation des chances de succès du recours ne conduit pas à un résultat sans équivoque, ces chances n'entrent pas en considération dans la pesée des intérêts en présence. Dans ces circonstances, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu et de l'application du principe de proportionnalité, lequel joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Il résulte ainsi d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que les recourants ont un intérêt digne de protection supérieur à celui du pouvoir adjudicateur. Il se justifie en conséquences d'accorder l'effet suspensif au recours.

Décision incidente du 9 février 2005, CRM 2004-016, c. 2:

Qu'il n'a pas été fait état, dans le cas présent, d'intérêts (publics) prépondérants nécessitant une conclusion immédiate du contrat, les parties intéressées, soit le pouvoir adjudicateur et le groupement adjudicataire, ne s'étant au demeurant pas opposées à l'octroi de l'effet suspensif;

Décision incidente du 10 février 2005, CRM 2004-017, c. 2:

Qu'en conséquence, la pesée des intérêts se révèle *a priori* favorable au recourant;

Zwischenentscheid vom 15. Februar 2005, BRK 2005-002:

Die Interessenlage und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es unter Umständen rechtfertigen lassen, statt einer vollständigen Gewährung der aufschiebenden Wirkung auf eine für die Verwaltung weniger einschneidende Massnahme im Sinne von Art. 56 VwVG zu erkennen und z.B. einen ganz spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen; ein Vertragsabschluss mit der berücksichtigten Anbieterin für diesen Teilbereich indessen nur insoweit in Betracht kommen kann, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrages zukommen darf; es vorliegend namentlich aufgrund der erwähnten Gefahr für die Sicherheit von Menschen angezeigt ist, mit dem Beginn der

Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrollen nicht bis zum Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zuzuwarten und die Vergabestelle daher zu ermächtigen ist, mit der X und der Y einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.—nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheids im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen; dieser im Sinne einer Übergangslösung wertmässig und zeitlich begrenzte Vertrag den Entscheid über die definitive Vergabe weder massgeblich beeinträchtigt noch präjudiziert;

Décision incidente du 17 mars 2005, CRM 2005-003, c. 2 :

L'on retiendra que le milieu informatique évolue à grande vitesse. Le projet étant en outre de grande envergure, il a nécessité la mise en place d'une organisation importante préalablement à la procédure proprement dite de mise en concours. Aussi, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce et le risque important encouru par un grand nombre de chercheurs en Suisse de se retrouver sans infrastructures suffisantes pour mener à bien leurs recherches et procéder aux publications nécessaires y relatives, s'impose-t-il pour la CRM de ne pas aggraver le risque ainsi encouru en accordant l'effet suspensif. Au vu de l'intérêt public en cause et des circonstances de l'espèce, le seul fait que l'état d'urgence dans lequel se trouve l'autorité intimée puisse lui être partiellement imputable ne doit pas conduire à une application stricte du principe « *nemo auditur* ». Les risques de préjudice importants encourus par un grand nombre d'utilisateurs des infrastructures – ces utilisateurs poursuivant en particulier un intérêt public évident de formation et de recherche scientifique – revêtent un caractère prépondérant au regard des intérêts de nature purement économique ou commerciale de la recourante.

Decisione incidentale del 9 novembre 2005, CRAP 2005-018, c. 8:

Quale motivazione per negare la concessione dell'effetto sospensivo, il committente pone l'accento sull'urgenza di iniziare i lavori entro la fine del 2005. Ai sensi dell'art. 18 cpv. 2 lett. b Lferr in relazione con la cifra 3 dell'allegato corrispondente, il DATEC è l'autorità competente per l'approvazione dei progetti messi in consultazione conformemente all'art. 12 cpv. 1 del decreto sul transito alpino. Se è pur vero che con decisione n. 212.3 del 28 ottobre 2005 il DATEC ha approvato i piani relativi alla Galleria di base del Ceneri, contro questa decisione è dato ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale ai sensi dell'art. 18h cpv. 5 Lferr. Resta riservata unicamente l'ipotesi in cui la conclusione immediata del contratto e l'esecuzione della commessa sia giustificata da una situazione di urgenza derivante dalla messa in pericolo di un interesse pubblico predominante, nella misura in cui l'urgenza non sia stata creata dal committente stesso. Il committente deve integrare nella pianificazione la durata di un'eventuale procedura di ricorso e fissare di conseguenza i differenti termini e tappe dell'aggiudicazione della commessa.

Zwischenentscheid vom 21. November 2005, BRK 2005-016, E. 2:

Im vorliegenden Fall erscheint der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe das Globalpreisangebot Zuschlagsempfängerin unbeschrieben mit dem Einheitspreis-Angebot der Beschwerdeführerin verglichen, nicht von vornherein unbegründet. Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabebehörde verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Der für den 26. September 2005 vorgesehene Arbeitsbeginn hätte damit so oder so nicht eingehalten werden können, so dass Verzögerungen ohnehin unvermeidbar waren. Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6 1/2 Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

Zwischenverfügung vom 28. Dezember 2005, BRK 2005-024, E. 2f.:

Sei es ab diesem Zeitpunkt nicht möglich, biometrische Pässe auszustellen, müssten die betroffenen CH Bürger ein Visumsgesuch für die Einreise in die USA einreichen. Der Bundesrat habe mit Beschlüssen vom 15. September 2004 und 13. April 2005 das A beauftragt, im Rahmen eines Pilotprojektes die Produktion von biometrischen Pässen aufzunehmen und so sicherzustellen, dass Schweizer ohne Visum in und durch die USA reisen könnten. Die Abgabe von biometrischen Pässen solle ab September 2006 möglich sein. Mittels diplomatischer Note vom 5. August 2005 habe die CH den USA zugesagt, bis zum geforderten Zeitpunkt biometrische Pässe herzustellen. Eine Verzögerung bei der Lieferung der Erfassungssysteme hätte zur Folge, dass der von den USA gesetzte Termin nicht eingehalten werden könne. Auch die EU bzw. die Schengen-Staaten würden 2006 biometrische Pässe einführen. Die Dringlichkeit des Vertragsschlusses und der Umsetzung des Pilotprojekts sei Folge von Umständen, auf welche die Vergabebehörde keinen Einfluss habe. Die CH müsse sich fristgerecht den erwähnten internationalen Verpflichtungen und Regelungen unterziehen, solle sie nicht absichts stehen. Diese Begründung erscheint insgesamt als stichhaltig, und den Interessen der Vergabebehörde ist im Vergleich zu den gegenteiligen Interessen der Beschwerdeführerin der Vorrang einzuräumen.

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Eine prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage ergibt somit, dass möglicherweise das Transparenzprinzip (und der Gleichbehandlungsgrundsatz) verletzt wurden; dies namentlich durch die Wahl des offenen Kriteriums „Preis-/Leistungsverhältnis“, die unterlassene vorgängige Mitteilung der (später angewendeten) Bewertungsmethode, sowie die Nichtbekanntgabe der effektiven Gewichtung der einzelnen Kriterien. Hinsichtlich dieser Punkte bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids, wobei u.a. zu untersuchen sein wird, inwiefern die allgemeinen Grundsätze und die Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Beschaffungen auch auf das Vergabeverfahren bei Gesamtleistungswettbewerben anwendbar sind.

Zwischenentscheid vom 20. Juni 2006, BRK 2006-003, E. 2f.:

Die Vergabebehörde ist damit ihrer gesetzlichen Begründungs- und Auskunftspflicht grundsätzlich in ausreichendem Mass nachgekommen. Die jeweils angegebenen Begründungen sind zwar recht knapp ausgefallen, indessen inhaltlich nachvollziehbar. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt damit zum Schluss, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen

Rügen entweder offensichtlich unbegründet oder von der Rekurskommission nicht bzw. - im Fall der gerügten Preisbewertungsmethode - nicht mehr überprüfbar sind.

Zwischenverfügung vom 28. August 2006, BRK 2006-010, E. 2 ff.:

Zusammenfassend wurde die Frage, ob die CTL als eigenständige Anbieterin anzusehen ist, mit dem Entscheid der BRK bereits rechtskräftig - und bejahend - beantwortet.

Verfügung vom 8. Dezember 2006, BRK 2006-018, E. 2:

Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass der Beschwerdeweg nach Art. 27 BoeB nicht offen steht und die Zuständigkeit der BRK als Beschwerdeinstanz nicht gegeben ist, womit auf die Beschwerde voraussichtlich nicht wird eingetreten werden können. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge.

Art. 29 Anfechtbare Verfügungen

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten:

- a. Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens;
- b. die Ausschreibung des Auftrags;
- c. der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren;
- d. der Ausschluss nach Artikel 11;
- e. der Entscheid über die Aufnahme des Anbieters oder der Anbieterin in das Verzeichnis nach Artikel 10.

Entscheid vom 3. Juni 1996, BRK 1996-001, E. 1b und 3:

Für das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB, nicht dagegen für das anschliessende Beschwerdeverfahren, sind insbesondere die Artikel über den Stillstand sowie Wiederherstellung der Fristen des VwVG nicht anwendbar. Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung binnen der 20-tägigen Beschwerdefrist angefochten, wobei es den Fristenstillstand an Ostern zu beachten gilt. Gegen alle in Art. 29 BoeB erwähnten Verfügungen kann selbständig Beschwerde erhoben werden. Dies hat zur Folge, dass bei einem Beschwerdeverzicht, z.B. beim Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren, dieser Entscheid nicht mehr im Rahmen der späteren Zuschlagsverfügung angefochten werden kann.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 005/96, E. 1:

Eine solche Verfügung besteht aus zwei Teilen: aus einem positiven Teil, in dem festgehalten wird, es würden die namentlich aufgeführten Teams selektioniert und aus einem sich konkludent ergebenden negativen Teil, gemäss dem die übrigen sich bewerbenden Kandidaten nicht selektioniert sind und vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Entscheid vom 18. Dezember 1997, BRK 013/97, E. 2:

Die Vergabestelle schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus. Die Vergabestelle hat den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nicht mit einer selbständig anfechtbaren Verfügung angeordnet, sondern - implizit - im Rahmen der Zuschlagsverfügung. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, da nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind.

Entscheid vom 29. April 1998, BRK 1997/017, E. 2:

Ob die Ausschreibungsunterlagen des zu beurteilenden Beschaffungsgeschäfts den Anforderungen des Gesetzes genügen, erscheint fraglich. Indessen war bereits gegen die Ausschreibung die Beschwerde an die BRK möglich. Die entsprechende Beschwerdefrist lief ab dem 26. März 1997, weshalb auch die Ausschreibungsunterlagen, die bis zum 4. April 1997 angefordert werden konnten, in eine allfällige Beschwerde hätten mit einbezogen werden können. Die Vergabebehörde kann dann gegebenenfalls mit Verhandlungen - sofern diese im konkreten Beschaffungsgeschäft zulässig sind - Abhilfe schaffen. Das Beschaffungsgeschäft ist somit - im Falle des Festhaltens der Vergabebehörde am vorliegenden Verfahren - nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung. Dabei sind in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin als ursprünglich berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die anderen Teilnehmer der in Frage stehenden Submission den erfolgten Zuschlag nicht angefochten haben.

Entscheid vom 19. Juli 1999, BRK 1999-005, E. 1 f.:

Wird gerügt, es sei eine falsche Verfahrensart gewählt und gerade zu Unrecht keine öffentliche Ausschreibung durchgeführt worden, da die Voraussetzungen für das freihändige Verfahren bzw. das Einladungsverfahren nicht vorgelegen hätten, so muss diese Frage vielmehr in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können. Die Vergabebehörde trägt mit der Wahl des Einladungs- bzw. des freihändigen Verfahrens ihrerseits das Risiko, dass eine selbständig anfechtbare Verfügung grundsätzlich eben erst mit dem Zuschlag ergeht und die gewählte Verfahrensart somit noch in einem späten Verfahrensstadium in Frage gestellt werden kann.

Entscheid vom 29. Oktober 1999, BRK 1999/007, E. 2:

Soweit sich die Beschwerde gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien, also gegen den Inhalt der Ausschreibung, richtet, wurde sie verspätet eingereicht; diesbezüglich kann von vornherein nicht darauf eingetreten werden. Daran auch der Hinweis nichts ändern, wonach das Kriterium der vollständigen Unabhängigkeit in der Fragenbeantwortung nach Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Publikation erheblich ausgeweitet worden sei.

Entscheid vom 8. Februar 2000, BRK 1999-012, E. 3:

Dass die Vergabebehörde die Variante des impliziten Ausschlusses durch Zuschlag an eine andere Anbieterin wählte, ist mit Blick auf die gesetzliche Regelung, wonach nur Ausschlüsse nach Art. 11 BoeB in Form einer separaten Verfügung anzuordnen sind (Art. 29 lit. d BoeB), und die Rechtsprechung der BRK nicht zu beanstanden.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-022, E. 3:

Ist ein impliziter Ausschluss im erwähnten Sinne möglich, so kann ein unvollständiges Angebot erst recht auch ausdrücklich in der (negativen) Zuschlagsverfügung ausgeschlossen werden.

Entscheid vom 5. Juli 2001, BRK 2001-003, E. 3:

In Rechtskraft erwachsen demnach die Ausschreibung bzw. der darin enthaltene Katalog der Eignungskriterien sowie die Verfügung betreffend die Zulassung zur Offertstellung, nicht aber die Zuschlagskriterien, die den Anbietern erst mit oder nach der Verfügung zugestellt werden.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-011, E. 2 f.:

Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind nicht selbstständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung nach Art. 29 BoeB mündet, anzufechten. In der Regel wird dies der Zuschlag sein. Was schliesslich die Anfechtung der *öffentlichen* Ausschreibung bzw. die Frage der Verwirkung des entsprechenden Beschwerderechts anbelangt, gilt: Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, muss die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten bleiben.

Entscheid vom 6. Dezember 2002, BRK 2002-012, E. 1:

Indes enthält das Schreiben vom 3. September 2002 betreffend Präqualifikation keine Rechtsmittelbelehrung, weshalb es als Verfügung nicht rechtsgenügend eröffnet wurde. Aus diesem Mangel sind der Beschwerdeführerin, die als bei der Präqualifikation nicht berücksichtigte Antragstellerin zur Beschwerde legitimiert, dagegen keine Rechtsnachteile erwachsen, da sie die Verfügung rechtzeitig und sachgerecht anfechten konnte, so dass der Mangel als geheilt betrachtet werden kann.

Entscheid vom 4. Februar 2003, BRK 2002-016, E. 1:

Gemäss Rechtsprechung der Rekurskommission kann der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen. Dies gilt nicht nur mit Bezug auf unvollständige oder mit schweren Formfehlern belastete Angebote, sondern auch bei mangelnder Eignung in einem offenen Verfahren. Das heisst in erster Linie, dass kein Anspruch auf eine separate Verfügung besteht, dass der Erlass einer separaten Ausschlussverfügung - entgegen der Meinung der Vergabestelle - aber keineswegs ausgeschlossen ist, zumal die Gründe für einen Ausschluss vom Verfahren in Art. 11 BoeB nicht abschliessend aufgezählt sind. Da die Anbieter in einem offenen Verfahren keinen Anspruch darauf haben, dass vorweg über einen allfälligen Ausschluss wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien entschieden wird, liegt es auch im Ermessen der Vergabebehörde, die zuerst ausgesprochene separate Ausschlussverfügung in Wiedererwägung zu ziehen, zu widerrufen und den diesbezüglichen Entscheid im Rahmen des Zuschlags zu treffen. Mit der Widerrufsverfügung vom 20. Januar 2003 aber fällt das Anfechtungsobjekt des von der Beschwerdeführerin gegen den (ursprünglichen) Ausschluss angestrebten Verfahrens dahin.

Entscheid vom 4. Dezember 2003, BRK 2003-018, E. 2:

Die rechtswidrige freihändige Vergabe kann mit Beschwerde angefochten werden, wobei die massgebende Rechtsmittelfrist entweder durch die Publikation der als submissionsrechtswidrig erachteten Vergabe, oder (bei Fehlen jeglicher Publikation) durch die Kenntnisnahme dieser freihändigen Vergabe durch den Beschwerdeführer ausgelöst wird. Aus einem Schreiben der Vertreterin der Beschwerdeführerin, vom 20. September 2002 an die Vergabestelle geht nun hervor, dass die Beschwerdeführerin allerspätstens im September 2002 gesicherte Kenntnis davon hatte, dass die von ihr bei der Pilotanlage erstellte Testanlage abgebaut worden war und dass sich die Muttergesellschaft und die Vergabestelle betreffend des Kamerasystems für ein anderes Produkt (Infrarot-System) entschieden hatten.

Entscheid vom 29. März 2005, BRK 2004-018, E. 2 f.:

Die fragliche Anforderung ergibt sich nach objektiver Betrachtungsweise bereits aus der Formulierung der Ausschreibung, wonach „die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen“. Die Bedeutung und Tragweite dieser „Geschäftsbedingung“ war für die Interessenten durchaus erkennbar. Die Anordnung war somit ausreichend bestimmt, um gemäss Rechtsprechung zu verlangen, dass die fragliche Rüge unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht wird und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn sich aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels eine Nichtigkeit ergibt. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel nur zu deren Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit. Vorausgesetzt wird ein schwerwiegender Rechtsfehler wie schwere Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler oder gravierende inhaltliche Mängel. Weiter muss der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich. Gerade bei inhaltlichen Fehlern ist die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen mit ausserordentlich schwer wiegenden Mängeln zu bejahen.

Art. 30 **Beschwerdefrist**

Beschwerden müssen innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

Entscheid vom 7. Juli 1997, BRK 012/97, E. 2:

Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung wurde im SHAB vom 27. Mai 1997 veröffentlicht. Der publizierte Text enthält eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung. Die Beschwerdefrist von 20 Tagen begann folglich am 28. Mai 1997 zu laufen und endigte am Montag, 16. Juni 1997 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB i.V.m. Art. 20 VwVG). Die am 20. Juni 1997 der Post übergebene Beschwerdeschrift ist damit verspätet eingereicht worden. Aus der Zustellung des Orientierungsschreibens der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Dieses Schreiben fällt vorliegend schon deswegen als rechtsgenügeliche und den Fristenlauf auslösende Eröffnung einer Verfügung ausser Betracht, weil es keine Rechtsmittelbelehrung enthält. Aus dem beigelegten Text der Verfügung ist einerseits ersichtlich, dass gegen diese Verfügung innert 20 Tagen seit Eröffnung bei der BRK schriftlich Beschwerde geführt werden kann und andererseits, dass die Zuschlagsverfügung den Anbietern und Anbieterinnen durch Publikation im SHAB zu eröffnen ist. Diese Form der Eröffnung der Verfügung ist daher bei diesem Stand der Dinge gegenüber der Beschwerdeführerin als allein massgebend zu bezeichnen. Im Zeitpunkt, in dem die Beschwerdeführerin das Orientierungsschreiben der Vergabestelle vom 2. Juni 1997 erhielt, war die Frist zur Anfechtung der im SHAB vom 27. Mai 1997 veröffentlichten Verfügung im übrigen noch längst nicht abgelaufen.

Entscheid vom 22. September 2004, BRK 2004-007, E. 1:

Nachdem die angefochtene Verfügung erst mit der Publikation im SHAB vom 20. Juli 2004 rechtsgenügelich eröffnet worden ist (das Schreiben vom 25. Mai 2004 stellte mangels Rechtsmittelbelehrung keine rechtsgenügeliche Eröffnung dar) und der Fristenstillstand gemäss Art. 22a Bst. b VwVG zu beachten war.

Art. 31 **Beschwerdegründe**

Im Beschwerdeverfahren kann die Unangemessenheit nicht gerügt werden.

Decisione incidentale del 14 novembre 1997, CRAP 16/97:

Nella fattispecie, al fine di procedere ad una corretta ponderazione degli interessi, occorre tener conto del limitato potere d'esame di questa Commissione nell'ambito delle decisioni d'aggiudicazione. Giusta l'art. 31 LAPub., infatti, nella procedura di ricorso non può essere ammesso il motivo dell'inadeguatezza. Ciò sta a significare che, su tal punto, la cognizione della CRM è limitata. La possibilità di controllare l'esercizio del potere di apprezzamento dell'istanza amministrativa inferiore è praticamente ristretta all'arbitrio. Questa Commissione non può pertanto sostituire il proprio apprezzamento a quello della precedente istanza, scegliendo la soluzione che, a suo avviso, meglio corrisponde alle concrete circostanze del caso. Nel proprio gravame il Consorzio ricorrente solleva sostanzialmente censure legate all'adeguatezza della decisione di delibera. Come rilevato in precedenza, in applicazione dell'art. 31 LAPub., l'apprezzamento effettuato dall'ente appaltante al fine di individuare l'offerta più favorevole dal profilo economico (art. 21 LAPub.), come pure le valutazioni delle offerte per rapporto ai criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, sfuggono al potere di controllo della Commissione di ricorso. Il controllo giudiziario dovrebbe, in questi casi, limitarsi all'eccesso o all'abuso del potere di apprezzamento.

Art. 32 **Beschwerdeentscheid**

¹ Die Rekurskommission entscheidet in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück.

² Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt.

Entscheid vom 26. März 2001, BRK 2000-021 und -23, E. 5:

Es blieben nur noch die beiden Beschwerdeführerinnen übrig (eine Anbieterin wurde zu Recht ausgeschlossen und die Zuschlagsempfängerin ist nicht geeignet). Da die Beschwerdeführerin -021 von der Vergabestelle unbestrittenermassen als geeignet erachtet wurde und das gegenüber der Beschwerdeführerin -023 günstigere Angebot eingereicht hatte, kann dieser unabhängig von der Eignung der Beschwerdeführerin -023 der Zuschlag erteilt werden.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-004, E. 7:

Da das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht und somit vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre, könne nur noch das Angebot der Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage kommen.

Entscheid vom 2. Oktober 2003, BRK 2003-019, E. 2:

Bei Gutheissung der Beschwerde käme vorliegend somit nur die erwähnte Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung in Frage.

Zwischenverfügung vom 28. August 2006, BRK 2006-010, E. 2 ff.:

Dass die Vergabestelle keine neue Verfügung erliess betreffend Präqualifikation, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht beanstandet werden. Aufgrund des rechtskräftigen Entscheids der BRK vom 27. Januar 2006 erübrigte sich *betreffend die Präqualifikation der CTL* eine Verfügung der Vergabestelle von vornherein. Die Rückweisung zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen der BRK zielte wie gesagt darauf ab, der Vergabestelle das weitere Vorgehen zu überlassen. Nachdem sich die Vergabestelle dazu entschloss, die CTL zusätzlich zu den bereits selektionierten Bewerbern zuzulassen, ohne bereits präqualifizierte Anbieter nachträglich auszuschliessen, erübrigte sich eine neue Verfügung zur Präqualifikation. Zusammenfassend wurde die Frage, ob die CTL als eigenständige Anbieterin anzusehen ist, mit dem Entscheid der BRK bereits rechtskräftig - und bejahend - beantwortet. Gegenüber der Situation, welche die BRK bereits zu prüfen hatte, haben sich - wie auch die Vergabebehörde geltend macht - keine neuen Tatsachen ergeben, welche an der Zulassung der CTL zum Vergabeverfahren bzw. an der Feststellung von deren Eignung etwas zu ändern vermöchten bzw. welche im Rahmen des Zuschlagsentscheides noch einen Ausschluss der CTL rechtfertigen würden.

Entscheid vom 11. September 2006, BRK 2006-008:

Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe der BRK als Rechtsmittelinstanz sein, anstelle der zuständigen Vergabebehörde sämtliche für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände zu ermitteln. Die BRK hat in ihrem Entscheid klar auf die Notwendigkeit einer ernsthaften und vertieften Auseinandersetzung mit dem Globalangebot hingewiesen und zusammenfassend festgehalten, dass die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, angesichts des damit verbundenen hohen Kostenrisikos das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Vergabestelle die ihr mit dem Rückweisungsentscheid der BRK eröffnete Möglichkeit, das Globalangebot der Zuschlagsempfängerin umfassend und gründlich auf die damit verbundenen Risiken zu prüfen, wahrnimmt. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und *mindestens* die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die Vergabestelle nur ungenügend nachgekommen.

Art. 33 Revision

Hat die Rekurskommission über ein Revisionsgesuch zu entscheiden, so gilt Artikel 32 Absatz 2 sinngemäss.

Art. 34 Schadenersatz

¹ Der Bund oder die Auftraggeberinnen ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung haften für einen Schaden, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Artikel 32 Absatz 2 oder Artikel 33 festgestellt worden ist.

² Die Haftung nach Absatz 1 beschränkt sich auf Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind.

³ Im übrigen ist das Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958⁶ anwendbar.

Décision incidente du 15 juillet 1997, CRM 010/97, c. 2:

Encore faut-il toutefois que le contrat ait été valablement conclu. Si la CRM devait constater, à titre préjudiciel, la nullité du contrat conclu, elle pourrait ensuite, en cas de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée. Il en résulte que l'effet suspensif peut être accordé lorsque le contrat conclu est nul ou, à tout le moins, lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat. Lorsque la décision d'adjudication est immédiatement exécutée par la conclusion du contrat, la seule réparation que peut obtenir le recourant consiste dans le versement de dommages-intérêts dont le montant est plafonné aux seuls frais d'élaboration de l'offre et de recours. Elle ne permet pas de contourner les barrières du droit public par une «fuite dans le droit privé». Le pouvoir adjudicateur qui conclut le contrat avant la notification de la décision ou avant l'échéance du délai de recours, sans invoquer une urgence particulière, viole le principe de l'interdiction de l'abus de droit, élément du principe général de la bonne foi également applicable en droit public, et en particulier en matière de marchés publics.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-005, E. 3:

Verzichtet die Auftraggeberin auf das Projekt definitiv kann eine Aufhebung der - rechtswidrigen - Abbruchverfügung nicht in Betracht kommen. So kann es nicht angehen, die Vergabestelle beispielsweise zum Bau eines Gebäudes zu zwingen, auf dessen Erstellung sie entgegen der Ausschreibung nachträglich verzichten möchte.

⁶ SR 170.32

Entscheid vom 11. Mai 2006, BRK 2006-001, E. 2:

Es ist vorliegend somit davon auszugehen, dass ein Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert ist. Der Anspruch auf Sekundärrechtsschutz ist das alter ego desjenigen auf Primärrechtsschutz. Da es sich beim sekundären Vergaberechtsschutz um ein Substitut des primären handelt, kann in seinem Rahmen ein Schadenersatzanspruch nur dann begründet werden, wenn Primärrechtsschutz gegen die angefochtene Verfügung anzuordnen wäre, aber nicht mehr gewährt werden kann. Daraus ist zu folgen, dass auch die Frage der Legitimation nicht anders zu behandeln ist, ob es sich nun um primären oder sekundären Rechtsschutz handelt. Insofern sei lediglich angefügt, dass der Auffassung der A, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der S aus der Bietergemeinschaft vergaberechtswidrig, zumal die A auch alleine die Eignungskriterien erfülle, nicht gefolgt werden kann. In diesem Zusammenhang weist die Y in ihrer Vernehmlassung nämlich zutreffend darauf hin, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der S bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat.

Art. 35 Schadenersatzbegehren und Frist

¹ Der Anbieter oder die Anbieterin reicht das Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin ein. Der Bundesrat bezeichnet die für den Entscheid zuständige Stelle.

² Gegen deren Verfügung ist die Beschwerde an die Rekurskommission zulässig. Diese entscheidet endgültig.

³ Das Schadenersatzbegehren muss spätestens ein Jahr nach Feststellung der Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Artikel 32 Absatz 2 oder Artikel 33 eingereicht werden.

6. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 36 Änderung bisherigen Rechts

Das Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943⁷ wird wie folgt geändert:

Art. 100 Bst. x

...

Art. 37 Übergangsbestimmungen

Dieses Gesetz findet auf sämtliche geplanten Aufträge Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten ausgeschrieben werden oder, falls die Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden, über die vor dem Inkrafttreten noch kein Vertrag geschlossen wurde. Die übrigen Verfahren richten sich nach altem Recht und sind für die Berechnung des Schwellenwertes nicht massgebend.

Art. 38 Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 1996⁸

⁷ SR 173.110. Die hiernach aufgeführte Änd. ist eingefügt im genannten Erlass.

⁸ BRB vom 11. Dez. 1995 (AS 1996 517)

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Diese Verordnung regelt:

- a. die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Gesetz;
- b. die übrigen Beschaffungen des Bundes;
- c. den Planungs- und den Gesamleistungswettbewerb.

Art. 2 Geltungsbereich

¹ Diese Verordnung gilt für die dem Gesetz unterstellten Auftraggeberinnen.⁹

² Sie gilt nicht für die Automobildienste der Schweizerischen Post nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Gesetzes, wenn diese Aufträge vergeben, um den Auftragsgegenstand an Dritte weiterzuveräußern oder zu vermieten, ohne dafür ein besonderes oder ausschliessliches Recht zu besitzen.¹⁰

³ Sie gilt nicht für die Post- und die Automobildienste der Schweizerischen Post für Aufträge nach dem 3. Kapitel dieser Verordnung und nicht für die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und die anderen unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehenden Betreiber von Eisenbahnanlagen für deren Tätigkeiten, die nicht unter das bilaterale Abkommen und das EFTA-Übereinkommen fallen, soweit diese Auftraggeberinnen:¹¹

- a. ihre Tätigkeit in Konkurrenz mit Dritten ausüben;
- b. den Auftragsgegenstand an Dritte weiterveräußern oder vermieten, ohne dafür ein besonderes oder ausschliessliches Recht zu besitzen.¹²

⁹ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

¹⁰ Fassung gemäss Ziff. II 5 der V vom 1. Dez. 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (AS 1997 2779).

¹¹ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 15. Mai 2002 (AS 2002 1759).

¹² Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

Art. 2a¹³ Dem Gesetz unterstellte Auftraggeberinnen und Tätigkeiten

¹ Folgende Auftraggeberinnen sind, für bestimmte Tätigkeiten und wenn gewisse Schwellenwerte überschritten sind, dem Gesetz im Sinne seines Artikels 2 Absatz 2 unterstellt:

- a. öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, insbesondere wenn der Bund die Kapital- oder Aktienmehrheit besitzt oder wenn er über die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans stellt;
- b. die privat-rechtlichen Organisationen, die im ganzen Inland eine gemeinwirtschaftliche Leistung erbringen und besondere oder ausschliessliche Rechte besitzen, die ihnen von einer zuständigen Behörde erteilt wurden.

² Tätigkeiten im Sinne von Absatz 1 sind:

- a. das Bereitstellen oder das Betreiben öffentlicher Fernmeldenetze oder das Erbringen eines öffentlichen Fernmeldedienstes;
- b. der Bau und der Betrieb von Eisenbahnanlagen durch die SBB, durch die Unternehmen, bei denen sie die Aktienmehrheit besitzen, oder durch andere unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehende Betreiber von Eisenbahnanlagen; ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben;
- c. das Zurverfügungstellen oder das Betreiben von Festnetzen zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Bereich der Herstellung, des Transports oder der Verteilung von elektrischem Strom, sowie die Versorgung dieser Netze mit Strom.

³ Schwellenwerte nach Absatz 1 sind (geschätzter Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags ohne Mehrwertsteuer):

- a. 960 000 Franken für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Absatz 2 Buchstabe a;
- b. 640 000 Franken für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Absatz 2 Buchstabe b;
- c. 766 000 Franken für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Absatz 2 Buchstabe c;
- d. 8 Millionen Franken für Bauwerke nach Absatz 2 Buchstaben a und b;
- e. 9,575 Millionen Franken für Bauwerke nach Absatz 2 Buchstabe c.

⁴ Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) passt die Schwellenwerte im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement und nach Konsultation der Kommission «Beschaffungswesen Bund – Kantone» periodisch den Vorgaben des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁴ und des bilateralen Abkommens an.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021, E. 1:

Analog der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für Bauwerke muss auch im vorliegenden Fall der Gesamtwert des Auftrages - also der Wert aller gleichzeitig vergebenen 28 Lose - massgeblich sein. Der für eine Unterstellung unter das BoeB massgebende Schwellenwert von Fr. 640'000.-- ist damit klar erreicht

Art. 2b¹⁵ Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht

¹ Wenn unter den Auftraggeberinnen im Sinne von Artikel 2a Wettbewerb herrscht, befreit das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Departement) den Tätigkeitsbereich ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht.

² Das Departement konsultiert zuerst die Wettbewerbskommission, die Kantone und die betroffenen Wirtschaftskreise. Die Wettbewerbskommission kann ihr Gutachten publizieren.

³ Das Departement regelt die Detailfragen in einer Verordnung.

¹³ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

¹⁴ SR 0.632.231.422

¹⁵ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

Art. 2c¹⁶ Gemeinsame Beschaffungen

Wenn sich mehrere dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht unterstellte Auftraggeberinnen gemeinsam an einer Beschaffung beteiligen, gilt das Recht der Hauptauftraggeberin.

Décision du 4 Mars 2003, CRM 2003-002, c. 1 ss. :

La condition posée par l'art. 2c OMP d'une adjudication commune entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit fédéral et au droit cantonal paraît ainsi réalisée. L'art. 2c OMP pose une règle de compétence de caractère impératif et est applicable au cas d'espèce. Le droit applicable à un marché passé en commun par la Confédération et un canton ou une commune doit être déterminé dans le cadre de l'art. 2c OMP, à la lumière de la répartition constitutionnelle verticale des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de marchés publics. Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante. La CRM constate la nullité de la décision de non-sélection des recourantes, en tant qu'elle a été prise par un pouvoir adjudicateur incompetent agissant de surcroît à tort sur la base du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral.

Entscheid vom 30. März 2004, BRK 2004-001, E. 1:

Davon, dass die Zollbehörden und die Schweizerische Post „Hand in Hand“ arbeiten, könne nicht generell gesprochen werden. Den 93 Personaleinheiten der Schweizerischen Post stehen nur 10 der Zollbehörden gegenüber. Offensichtlich spielt die in Frage stehende Anlage für die Post eine weit wichtigere Rolle. Der Import von Paketen betrifft überdies nur einen kleinen Teil des gesamten bearbeiteten Volumens. Die Zollbehörden haben sich denn auch nicht finanziell an der neuen Steuerungsanlage beteiligt. Es kommt hinzu, dass die Anlage den Zollbehörden nur insofern dient, als die importierten Pakete hin- und wegtransportiert werden (typische Postdienstleistungen). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Anlage nur in sehr untergeordnetem Rahmen auch der Zollabfertigung dient. Auf das vorliegenden Beschaffungsgeschäft kommen aber die Vorschriften der VoeB zur Anwendung, wobei aufgrund von Art. 39 VoeB jedoch der Rechtsschutz durch die BRK ausgeschlossen ist.

Art. 3 Dienstleistungen und Bauleistungen

¹ Als Dienstleistungen gelten die in Anhang 1 aufgeführten Leistungen.

² Als Bauleistungen gelten die in Anhang 2 aufgeführten Hoch- und Tiefbauarbeiten.

Art. 4 Grundsatz

Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen sind im freien Wettbewerb zu beschaffen.

Art. 5 Einsichtsrecht

¹ Bei fehlendem Wettbewerb vereinbart die Auftraggeberin mit dem Anbieter oder der Anbieterin ein Einsichtsrecht in die Kalkulation, wenn der Auftragswert eine Million Franken erreicht.

² Über begründete Ausnahmen entscheidet die Direktion.

¹⁶ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

Art. 6 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen

- ¹ Die Auftraggeberin legt im Vertrag fest, dass Anbieter oder Anbieterinnen:
- a. die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b und c des Gesetzes einhalten müssen;
 - b. Dritte, denen sie Aufträge weitergeben, vertraglich verpflichten, die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b und c des Gesetzes einzuhalten.
- ² Die spezialgesetzlichen Vollzugsbehörden kontrollieren die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen. Die Auftraggeberin kann diese Behörden vor dem Zuschlag konsultieren.
- ³ Die Auftraggeberin kann im Bereich der Arbeitsbedingungen Kontrollen veranlassen. Sie kann die Aufgabe einer spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörde oder einer anderen geeigneten Instanz übertragen, insbesondere paritätischen Kontrollorganen, die aufgrund von Gesamtarbeitsverträgen gebildet worden sind.
- ⁴ Sie kann im Bereich der Gleichbehandlung von Frau und Mann Kontrollen veranlassen. Sie kann die Aufgabe insbesondere dem Eidgenössischen, den kantonalen oder den kommunalen Gleichstellungsbüros übertragen.
- ⁵ Zur Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 des Gesetzes sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss Konventionalstrafen vor.

Art. 7 Arbeitsbedingungen

Als Arbeitsbedingungen gelten die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge und, wo diese fehlen, die tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen.

Art. 8 Publikationsorgane

(Art. 24¹⁷)

Veröffentlichungen erfolgen im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in den Publikationsorganen, die nach den internationalen Übereinkommen zu berücksichtigen sind.

¹⁷ Die Klammerverweise beziehen sich auf den durch die Verordnungsbestimmung auszuführenden Gesetzesartikel des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Sie beschränken sich auf reine Ausführungsbestimmungen, in welchen der entsprechende Gesetzesartikel nicht im Verordnungstext erwähnt ist.

2. Kapitel: Beschaffungen im Anwendungsbereich des Gesetzes

1. Abschnitt: Teilnahmebedingungen

Art. 9 Überprüfung der Eignung

(Art. 9)

¹ Die Auftraggeberin kann für die Überprüfung der Eignung der Anbieter und Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen.

² Sie trägt bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung.

Entscheid vom 8. Oktober 2002, BRK 2002-011, E. 2:

Art. 9 Abs. 1 VoeB hält in diesem Sinne fest, die Auftraggeberin könne für die Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen. Damit steht auch fest, dass die Eignung durch die Vergabebehörde zu prüfen ist, und zwar aufgrund der mit dem Teilnahmeantrag binnen Frist eingereichten Unterlagen. Werden die verlangten Nachweise erst nach Ablauf der Antragsfrist - etwa im Laufe eines Beschwerdeverfahrens vor der BRK - erbracht, so können sie als verspätet nicht (mehr) berücksichtigt werden. Denn nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Den Anforderungen an die Vollständigkeit ist die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die von der Vergabebehörde für die Eignungsnachweise verlangten Unterlagen binnen Frist nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen. So fehlten namentlich die eigentlichen Nachweise mit Bezug auf die Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern sowie betreffend vergleichbare Abnehmer. Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin die Nachweise nicht rechtzeitig erbracht hat, kann dabei keine Rolle spielen.

Entscheid vom 22. September 2004, BRK 2004-007, E. 2:

Die verlangten Eignungsnachweise müssen zusammen mit dem Teilnahmeantrag (im selektiven Verfahren) oder mit dem Angebot eingereicht werden. Denn die Anbieter und Anbieterinnen müssen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dazu gehören auch die geforderten Nachweise. Diese, d.h. das Entfernen und Entsorgen des PCB-haltigen Materials, wurde stets Subunternehmern übertragen. Die Entfernung des Fugenmaterials bei der vorliegenden Vergabe sollte entweder durch die Beschwerdeführerin selbst oder allenfalls durch eine genannte Subunternehmerin erfolgen. Für beide Firmen wurden indessen keine einschlägigen Referenzobjekte betreffend PCB-Ausführungsarbeiten genannt. Angaben über die an den Referenzobjekten jeweils beteiligten Personen bzw. Spezialisten (Namen, Angaben zu Ausbildung und Erfahrung) fehlen vollständig. Ebenso wurde bei keinem der aufgelisteten Referenzobjekte das Auftragsvolumen genannt; dem Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es folglich auch am verlangten Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in vergleichbarer Grössenordnung. Es kann auch nicht gesagt werden, bei den zu erfüllenden Eignungskriterien bzw. den verlangten Eignungsnachweisen handle es sich um Anforderungen, die nicht sachgerecht seien. Es liegt fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen.

Art. 10 Prüfungssystem

¹ Richtet die Auftraggeberin ein Prüfungssystem nach Artikel 10 des Gesetzes ein, so veröffentlicht sie dieses. Sie wiederholt die Veröffentlichung jährlich zusammen mit den Verzeichnissen.

² Sie nennt in der Veröffentlichung den Zweck des Verzeichnisses sowie die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise. Sie gibt an, wie lange das Verzeichnis gilt und nach welchem Verfahren es erneuert wird.

³ Soll das Prüfungssystem höchstens drei Jahre lang gelten, so kann die Auftraggeberin auf die jährliche Veröffentlichung verzichten. Sie muss diesen Verzicht in der ersten Veröffentlichung ankündigen.

⁴ Wird ein Verzeichnis abgeschafft, so teilt sie dies den darin aufgeführten Anbietern und Anbieterinnen mit.

Art. 11 Aufnahme ins Verzeichnis

- ¹ Anbieter und Anbieterinnen können jederzeit um ihre Aufnahme ins Verzeichnis ersuchen. Die Auftraggeberin prüft das Gesuch innert angemessener Frist.
- ² Sie teilt die Aufnahme schriftlich mit. Lehnt sie die Aufnahme ab, so eröffnet sie dies dem Anbieter oder der Anbieterin mittels Verfügung.
- ³ Sie kann Anbieter und Anbieterinnen jederzeit aus einem Verzeichnis streichen, falls sich berechtigte Zweifel an ihrer Eignung ergeben. Die Streichung aus dem Verzeichnis ist dem Anbieter oder der Anbieterin mittels Verfügung zu eröffnen.
- ⁴ Durch die Aufnahme in ein Verzeichnis entsteht für Anbieter und Anbieterinnen kein Anspruch darauf, ein Angebot einreichen zu dürfen oder einen Auftrag zu erhalten.

2. Abschnitt: Vergabeverfahren

Art. 12 Selektives Verfahren

(Art. 15)

- ¹ Die Auftraggeberin muss mindestens drei Anbieter und Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einladen, sofern so viele für die Teilnahme qualifiziert sind.
- ² Auftraggeberinnen, die ein Verzeichnis führen, können daraus diejenigen Anbieter und Anbieterinnen auswählen, die sie zur Angebotsabgabe einladen wollen.
- ³ Sie müssen auch Anbieter und Anbieterinnen, die noch nicht im Verzeichnis aufgeführt sind, am Vergabeverfahren teilnehmen lassen, sofern sich die Beschaffung durch die Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögert.

Entscheid vom 23. Januar 2006, BRK 2005-008, E. 2:

Die durch die Vergabestelle offenbar rein intern und vermutlich nachträglich beschlossene sowie den Bewerbern nicht mitgeteilte Beschränkung auf drei Teilnehmer widerspricht damit dem Transparenzprinzip, welches verlangt, dass eine solche Reduktion der Anzahl Teilnehmer bekannt gegeben und nicht nachträglich allein gestützt auf den freien Willen der Vergabebehörde festgesetzt wird. Überdies besteht bei einem solchen Vorgehen auch die Gefahr der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips, denn durch eine entsprechende Festlegung der Limite könnten gewisse Bewerber gezielt benachteiligt werden.

Art. 13 Freihändiges Verfahren

(Art. 13 Abs. 2)

¹ Die Auftraggeberin kann den Auftrag unter folgenden Voraussetzungen direkt und ohne Ausschreibung vergeben:

- a. Es gehen im offenen oder selektiven Verfahren keine Angebote ein, oder es erfüllt weder ein Anbieter noch eine Anbieterin die Eignungskriterien.
- b. Es werden im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht, die aufeinander abgestimmt sind oder die nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.
- c. Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.
- d. Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann.
- e. Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse werden zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im Wettbewerb vergebenen Bauauftrages zusätzliche Bauleistungen notwendig, deren Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Bauleistung darf höchstens die Hälfte des Werts des ursprünglichen Auftrages ausmachen.
- f. Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen dem ursprünglichen Anbieter oder der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist.
- g. Die Auftraggeberin beschafft Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages hergestellt oder entwickelt werden.
- h. Die Auftraggeberin vergibt einen neuen gleichartigen Bauauftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Sie hat in der Ausschreibung für das Grundprojekt darauf hingewiesen, dass für solche Bauaufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann.
- i. Die Auftraggeberin beschafft Güter an Warenbörsen.
- k. Die Auftraggeberin kann Güter im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (insbesondere bei Liquidationsverkäufen).

² Die Auftraggeberin erstellt über jeden freihändig vergebenen Auftrag einen Bericht. Dieser enthält:

- a. den Namen der Auftraggeberin;
- b. Wert und Art der beschafften Leistung;
- c. das Ursprungsland der Leistung;
- d. die Bestimmung von Absatz 1, nach der der Auftrag freihändig vergeben wurde.

Entscheid vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 2:

Die Vergabestelle ist nicht nur verpflichtet, zur Rechtfertigung der Anwendung des freihändigen Verfahrens das Vorliegen technischer Gründe darzutun, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und - wenn möglich - belegen, dass diese technischen Gründe es unbedingt erforderlich machen, den Vertrag an die einzelne Anbieterin zu vergeben.

Entscheid vom 4. Dezember 2003, BRK 2003-018, E. 2:

Vorliegend wäre zu prüfen, ob die Änderungen am Beschaffungsgegenstand (Änderung des Video- und Kennzeichenerfassungssystems, das von einem System der Tageslichtbeleuchtung zu einem System Infrarotbeleuchtung modifiziert wurde) derart wichtig sind, dass es sich um eine neue, freihändige Vergabe handelt, welche nicht von den im Gesetz vorgesehenen Fällen erfasst ist. Die Frage kann jedoch insofern offen bleiben, als auf die Beschwerde aus einem anderen Grund nicht einzutreten ist.

Art. 14 Bagatellklausel

¹ Vergibt die Auftraggeberin im Rahmen der Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so unterstehen diese auf jeden Fall dem Gesetz, wenn ihr Wert je einzeln 2 Millionen Franken erreicht.

² Sie braucht Bauaufträge, deren Wert 2 Millionen Franken je einzeln nicht erreichen, nicht nach den Bestimmungen des Gesetzes zu vergeben. Dabei darf der Wert solcher Bauaufträge insgesamt höchstens 20 Prozent des Gesamtwertes nach Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes ausmachen.

Entscheid vom 2. Oktober 2003, BRK 2003-019, E. 1:

Mit Bezug auf den Auftragswert ergibt sich, dass die Preisspanne für den BKP 271 zwischen Fr. 327'629.60 und 541'203.65 liegt, dass indes der Gesamtwert massgebend ist, welcher der Realisierung eines Bauwerkes zukommt. Dieser wird in der für den Ausbau und die Teilsanierung erstellten Projektdokumentation mit Kostenvoranschlag auf Fr. 15'200'000.-- festgelegt. Dass die Bagatellklausel nach Art. 14 VoeB vorliegend zum Zuge kommen könnte, ist nicht ersichtlich.

Art. 15 Auftragswert mehrjähriger Verträge

Beschafft die Auftraggeberin Güter oder Dienstleistungen durch Kauf, Leasing oder Mietkauf, so berechnet sich der Auftragswert folgendermassen:

- a. Bei Verträgen mit einer bestimmten Laufzeit ist der Gesamtwert massgebend.
- b. Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit gilt die monatliche Rate multipliziert mit 48 als Auftragswert.

Entscheid vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 2:

Seine Laufzeit ist unbestimmt, so dass für die Berechnung des Schwellenwertes auf die monatliche Rate multipliziert mit 48 abzustellen ist (demnach CHF 560'000.--). Der Bundesgesetzgeber sei sich der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst gewesen, so dass er ins BoeB keine Bestimmung aufgenommen hat, welche die Dauer solcher Verträge begrenzen würde. Insofern liege eine Lücke vor.

Art. 16 Ausschreibung

¹ Die Ausschreibung enthält die im Anhang 4 aufgeführten Angaben.

² Die Zusammenfassung der Ausschreibung nach Artikel 24 Absatz 4 des Gesetzes enthält folgende Angaben:

- a. die geforderte Leistung;
- b. die Frist für den Antrag auf Teilnahme am Verfahren oder für die Angebotsabgabe;
- c. die Adresse, wo die Ausschreibungsunterlagen verlangt werden können.

³ Die Auftraggeberin veröffentlicht Änderungen oder die Wiederholung der Ausschreibung im gleichen Publikationsorgan wie die ursprüngliche Ausschreibung.

⁴ Hat die Auftraggeberin einem Anbieter oder einer Anbieterin wichtige zusätzliche Angaben geliefert, so muss sie diese Angaben auch allen anderen so frühzeitig mitteilen, dass diese die Zusatzinformation in ihren Eingaben berücksichtigen können.

⁵ Die Ausschreibung in Form einer Gesamtpublikation nach Artikel 18 Absatz 2 des Gesetzes enthält:

- a. alle Angaben nach Anhang 4, soweit diese verfügbar sind, mindestens aber die Angaben nach Absatz 2;
- b. eine Einladung an die Anbieterinnen und Anbieter, ihr Interesse anzumelden.

⁶ Die Ausschreibung im Rahmen eines Prüfungssystems nach Artikel 18 Absatz 2 des Gesetzes enthält zusätzlich zu den Angaben nach Artikel 10 Absatz 2:

- a. die geforderte Leistung;
- b. die Einladung zur Teilnahme am Verfahren.

⁷ Die Auftraggeberin bringt einen Hinweis an, wonach der Auftrag unter das Übereinkommen vom 15. April 1994¹⁸ über das öffentliche Beschaffungswesen (GATT-Übereinkommen) fällt.

¹⁸ SR 0.632.231.422

Art. 17 Ausschreibungsunterlagen

- ¹ Die Auftraggeberin erstellt Ausschreibungsunterlagen, soweit der Auftrag dies erfordert.
- ² Sie stellt den Anbietern und Anbieterinnen die Ausschreibungsunterlagen auf Verlangen zu. Sie teilt ihnen gleichzeitig mit, wo Modelle, Muster und umfangreiche Dokumentationen eingesehen oder abgeholt werden können.
- ³ Sie beantwortet innert kurzer Frist Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen, soweit die Zusatzinformationen dem Anbieter oder der Anbieterin keine unzulässigen Vorteile verschaffen.

Entscheid vom 25. August 1999, BRK 1999-004, E. 3b:

Wäre sie dennoch unsicher gewesen, hätte sie eine entsprechende (präzise) Anfrage an die Vergabestelle richten können. Dass sie diese Abklärungen nicht getroffen hat, hat sie sich selbst zuzuschreiben. Auf angeblich unklare oder irreführende Zuschlagskriterien kann sie sich jedenfalls nicht berufen. Die weitere Frage, ob die Vergabestelle überhaupt verpflichtet war, zum voraus bekanntzugeben, dass Beschiessungsversuche mit den Angeboten unternommen würden, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.

Entscheid vom 8. Februar 2000, BRK 1999-012, E. 2:

Es mag zutreffen, dass es auf Grund der Ausschreibungsunterlagen schwierig war, die honorarberechtigten Bausummen für die einzelnen Teilbereiche und die verschiedenen Fachplaner zu bestimmen. Dies hat aber die übrigen selektionierten Anbieter nicht daran gehindert, gestützt auf die diese einen konkreten Offertpreis anzugeben.

Art. 18 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

- ¹ Die Ausschreibungsunterlagen müssen enthalten:
 - a. die Angaben nach Anhang 5;
 - b. einen umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder ein detailliertes Leistungsverzeichnis;
 - c. die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die besonderen Bedingungen nach Artikel 29 Absatz 3 der Auftraggeberin, die für den Auftrag gelten.
- ² Die Auftraggeberin legt in den Ausschreibungsunterlagen zudem fest, wie lange die Anbieter und Anbieterinnen an ihr Angebot gebunden sind. Die Dauer soll sechs Monate nicht übersteigen.
- ³ Sie kann in den Ausschreibungsunterlagen bestimmen, ab welchem Zeitpunkt Anfragen zu diesen Unterlagen nicht mehr beantwortet werden.
- ⁴ Sind für die Vergabe eines Auftrages im offenen Verfahren keine Ausschreibungsunterlagen notwendig, so bestimmt die Auftraggeberin, welche Angaben nach den Absätzen 1 und 2 sie zusätzlich in der Ausschreibung aufführen will.

Décision incidente du 30 août 2000, CRM 2000-013, c. 2:

De même, les engagements demandés aux soumissionnaires quant à leurs prix et conditions doivent porter sur une durée qui inclut raisonnablement l'éventualité d'un recours.

Entscheid vom 6. Dezember 2002, BRK 2002-012, E. 2:

Zwar geht es um Beraterleistungen, die aber nur allgemein umschrieben werden; eine derartige Aufgabenumschreibung ist als wenig präzise anzusehen. Gegenstand und Umfang sind jedoch Grundvoraussetzungen, die als Mindestangabe für eine öffentliche Ausschreibung auch eines Auftrages im selektiven Verfahren erforderlich sind.

Entscheid vom 4. Dezember 2003, BRK 2003-018, E. 2:

Vorliegend wäre zu prüfen, ob die Änderungen am Beschaffungsgegenstand (Änderung des Video- und Kennzeichenerfassungssystems, das von einem System der Tageslichtbeleuchtung zu einem System Infrarotbeleuchtung modifiziert wurde) derart wichtig sind, dass es sich um eine neue, freihändige Vergabe handelt, welche nicht von den im Gesetz vorgesehenen Fällen erfasst ist. Die Frage kann jedoch insofern offen bleiben, als auf die Beschwerde aus einem anderen Grund nicht einzutreten ist.

Entscheid vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3:

Zum einen hat die Vergabestelle die entsprechende Anforderung allen Anbietern, auch der Beschwerdeführerin, gegenüber reduziert und ihnen dies im Einladungsschreiben für die Evaluationstests auch rechtzeitig bekannt gegeben. Insoweit ist das Gleichbehandlungsgebot durchaus gewahrt worden. Zum andern handelt es sich beim Verzicht auf die Lieferung und Installation des Gehäuses beim Testgerät um eine eher geringfügige Relativierung einer Anforderung an das Produkt, ...

Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2006, BRK 2006-016, E. 2 ff.:

Die Vermutung der Beschwerdeführerin, diese Reduktion der Voraussetzungen sei deshalb erfolgt, weil nicht alle Anbieter, namentlich die Zuschlagsempfängerin nicht, den verlangten 24-Stunden-Support hätten anbieten können, kann nicht als zum vornherein haltlos bezeichnet werden, bestehen doch zwischen den geänderten Rahmenbedingungen gemäss dem Anhang zum Schreiben vom 2. Juni 2006 und dem von der Zuschlagsempfängerin vorgeschlagenen Konzept (dreistufiges Supportmodell) prima vista durchaus gewisse Übereinstimmungen.

Entscheid vom 5. Dezember 2006, BRK 2006-016, E. 3:

Leistungsänderungen oder -reduktionen können zwar Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 26 VoeB sein. Die Verhandlungen dürfen aber nicht dazu dienen, die Ausschreibungskonformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Unvollständige oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebote sind vom Verfahren auszuschliessen. Es ist unzulässig, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen nur geringfügig sind oder der Ausschluss des betreffenden Angebots auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde.

Art. 19 **Fristen**
(Art. 17)

¹ Die Auftraggeberin setzt die Fristen für die Anträge auf Teilnahme oder für die Einreichung der Angebote so fest, dass alle Anbieterinnen und Anbieter genügend Zeit zur Prüfung der Unterlagen und zur Ausarbeitung des Antrags oder des Angebots haben. Sie trägt dabei insbesondere der Komplexität des Auftrages und der Anzahl von Unteraufträgen Rechnung.

² Verlängert sie die Frist für einen Anbieter oder eine Anbieterin, so gilt die Fristverlängerung auch für alle anderen. Die Verlängerung ist diesen gleichzeitig und rechtzeitig bekanntzugeben.

³ Es gelten folgende Minimalfristen:

- a. im offenen Verfahren für die Einreichung eines Angebotes 40 Tage ab der Veröffentlichung;
- b. im selektiven Verfahren für die Einreichung des Antrags auf Teilnahme 25 Tage ab der Veröffentlichung und zur Angebotsabgabe 40 Tage ab der Einladung.

⁴ Unter den Voraussetzungen von Artikel XI Ziffer 3 des GATT-Übereinkommens¹⁹ kann die Auftraggeberin die Frist zur Abgabe von Angeboten herabsetzen. Die Frist beträgt jedoch in der Regel mindestens 24 Tage und darf keinesfalls weniger als zehn Tage betragen.

Art. 20 **Verzicht auf die Einholung schriftlicher Angebote**
(Art. 19 Abs. 2)

Bei der Beschaffung von Gütern an Warenbörsen kann die Auftraggeberin darauf verzichten, schriftliche Angebote einzuholen.

Art. 21 **Bietergemeinschaften und Rechtsform**

¹ Bietergemeinschaften sind grundsätzlich zugelassen. In begründeten Einzelfällen kann die Auftraggeberin diese Möglichkeit in der Ausschreibung jedoch beschränken oder ausschliessen.

² Ist für die korrekte Ausführung eines Auftrages eine bestimmte Rechtsform erforderlich, so kann die Auftraggeberin verlangen, dass sie vor dem Zuschlag gebildet wird.

¹⁹ SR 0.632.231.422

Art. 22 Varianten und Teilangebote

- ¹ Die Auftraggeberin verlangt in der Ausschreibung grundsätzlich ein Gesamtangebot für die zu beschaffenden Leistungen.
- ² Den Anbietern und Anbieterinnen steht es frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit in der Ausschreibung jedoch beschränken oder ausschliessen.
- ³ Die Auftraggeberin kann bei Teilangeboten auf ein Gesamtangebot verzichten. Sie kündigt dies in der Ausschreibung an.

Décision du 7 novembre 1997, CRM 010/97, c. 2:

Si la recourante voulait soumettre un prix forfaitaire, elle avait la possibilité de le faire sous la forme d'une variante, en plus de la soumission d'un prix comportant le détail des postes requis par la documentation. De telles explications ne peuvent que préciser certains points de l'offre, mais non la modifier au risque de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Entscheide vom 9. Dezember 1998, BRK 009 und 010/1998, E. 2:

Diesen heiklen Punkt konnte die Vergabestelle jedoch nicht dadurch umgehen, dass es der berücksichtigten Anbieterin ermöglichte, ihre Grundvariante bezüglich des Orion-Gerätes zu vervollständigen. War die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf das Fabrikat der Firma 7-Air vorgespurt, war es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug des Orion-Gerätes in die Beschaffung einseitig, d.h. nur zugunsten der Zuschlagsempfängerin, zu berücksichtigen. Denn diejenigen Anbieterinnen, die sich an die Offertvorgaben hielten und wie die Beschwerdeführerin ausschliesslich das 7-Air-Gerät anboten, weil die verlangten Gerätespezifikationen von der Firma Orion nicht beizubringen waren, wurden durch ihr „korrektes Offertverhalten“ gegenüber der berücksichtigten Anbieterin massgeblich benachteiligt. Um dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs Genüge zu tun, hätte die Vergabestelle allen Anbieterinnen mitteilen müssen, dass sie das Orion-Gerät als den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls entsprechend ansehe und es ihnen freistehe, im Rahmen einer allfälligen Zusatzofferte diesen Apparat anzubieten.

Décision du 22 janvier 2001, CRM 2000-013, c. 3:

Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement –, soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres.

Entscheid vom 26. Juni 2002, BRK 2002-003, E. 2:

Grundsätzlich liegt es 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 oder wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will. Es ist bei dieser Sachlage davon auszugehen, dass die 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 grundsätzlich um zwei verschiedene Aufträge handelte, und Gesamtangebote wohl erwünscht, aber nicht zwingend verlangt waren. Dementsprechend war die Vergabestelle befugt, die Lieferungen auch ohne entsprechende Ankündigung getrennt zu vergeben.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021, E. 1:

Analog der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für Bauwerke muss auch im vorliegenden Fall der Gesamtwert des Auftrages - also der Wert aller gleichzeitig vergebenen 28 Lose - massgeblich sein.

Entscheid vom 8. Januar 2004, BRK 2003-024, E. 2:

Um das Angebot einer unzulässigen Variante handelt es sich auch nicht, da es sich nicht um eine innovative Leistung sondern lediglich um eine Abweichung von der (zu) engen Vorgabe bzw. Umschreibung der einsetzbaren Software mit einer bestimmten „Marke“ (PeopleSoft) gemäss Ausschreibung handelt.

Entscheid vom 13. Februar 2006, BRK 2005-016, E. 4:

Entscheidend erscheint vorab die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und nicht ein allfälliger innovativer Charakter des Unternehmersvorschlags. Mithin ist daran festzuhalten, dass auch von den Ausschreibungsbedingungen abweichende Preisangebote Varianten im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VoeB darstellen. Die Vergabestelle wäre zwingend verpflichtet gewesen wäre, angesichts der mit einer Globalofferte verbundenen erhöhten Kostenrisiken, das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Allein schon die geringe Differenz von lediglich rund 0.6 % hätte eine Beurteilung der mit der Globalofferte bei Projekt- und Beststellungsänderungen verbundenen Mehrkosten im Sinne einer Sensitivitätsanalyse notwendig gemacht. Die im „Fragenkatalog Variante“ vorgenommenen Abklärungen genügen diesen Anforderungen nicht. Das erhebliche Mehrkostenrisiko im Falle von Projektänderungen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind, ist nicht beurteilt worden und hat entsprechend im Offertvergleich keine Berücksichtigung gefunden.

Entscheid vom 11. September 2006, BRK 2006-008:

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle den Rückweisungsentscheid der BRK äusserst einschränkend interpretiert und in minimaler Weise umgesetzt hat. Vorgabe war, eine der Bedeutung des Loses 151 entsprechende Sensitivitätsanalyse durchzuführen und *mindestens* die fünf von der BRK als offensichtlich unzureichend abgeklärt gerügten Punkte neu zu prüfen. Dieser Vorgabe ist die Vergabestelle nur ungenügend nachgekommen.

Art. 23 Vergütungsanspruch

¹ Anbieter und Anbieterinnen haben grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Vergütung für die Ausarbeitung des Angebotes.

² Ausnahmen können namentlich für planerische Vorleistungen gemacht werden. Die Auftraggeberin muss diese Ausnahme in der Ausschreibung ankündigen.

Art. 24 Öffnung der Angebote

¹ Im offenen oder selektiven Verfahren zur Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen prüfen zwei Vertreter oder Vertreterinnen der Auftraggeberin, ob die Angebote fristgerecht eingereicht worden sind, und öffnen diese.

² Im offenen oder selektiven Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen werden die Angebote nach folgenden Regeln geöffnet:

- a. Mindestens zwei Vertreterinnen oder Vertreter der Auftraggeberin öffnen gemeinsam die fristgerecht eingereichten Angebote zu der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zeit und am angegebenen Ort.
- b. Sie erstellen über die Öffnung der Angebote ein Protokoll und halten darin mindestens folgende Angaben fest:
 1. die Namen der anwesenden Personen;
 2. die Namen der Anbieter und Anbieterinnen;
 3. das Datum ihrer Eingaben;
 4. den jeweiligen Gesamtpreis der Angebote;
 5. Angebotsvarianten.

Art. 25 Bereinigung und Prüfung der Angebote

Die Auftraggeberin bereinigt die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so, dass sie objektiv vergleichbar sind, und prüft sie aufgrund der Zuschlagskriterien.

Entscheid vom 3. April 1998, BRK 1997/20, E. 2:

Welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so weit bereinigt hat, dass sie objektiv vergleichbar sind.

Entscheid vom 29. April 1998, BRK 1997/017, E. 2:

Die Offertbereinigung hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie anschliessend anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können. Grundsätzlich ist sie nur denkbar als vertiefte Prüfung, im Rahmen welcher technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Die Bereinigung der Angebote ist demnach ein rein verwaltungsinterner Vorgang. Mit der Führung von Telefongesprächen mit den drei bestplatzierten Anbietern ist die Vergabestelle über den Rahmen der Offertbereinigung hinausgegangen und nahm mit den Submittenten Verhandlungen auf. Aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses steht aber fest, dass die Formvorschriften für Verhandlungen nicht eingehalten wurden, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

Entscheid vom 18. Dezember 2000, BRK 2000-020, E. 2 f.:

Bereinigte das Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin ex officio um die von dieser zwar ausgewiesenen, aber nicht im Preis eingerechneten durchschnittlichen Fr. 62'000.-- pro Jahr. Vielmehr gebietet der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel, welcher eine Hauptzielsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist, dass auf die effektiven Kosten der Verwaltungstätigkeit abgestellt wird.

Entscheid vom 29. Januar 2003, BRK 2002-007, E. 2:

Die Berichtigung ist dazu bestimmt, Redaktions- und Rechnungsfehler sowie Kanzleiversehen zu beheben. Eine Berichtigung von solchen Kanzleifehlern ist zulässig, wenn sie ohne zeitliche Verzögerung erfolgt und soweit sie mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes im Einklang steht.

Décision du 8 septembre 2005, CRM 2004-017, c. 4c:

On ne saurait dès lors admettre que les révisions demandées à l'adjudicataire et au recourant se limitaient à de simples précisions des offres (art. 25 OMP).

Art. 26 Verhandlungen

- ¹ Ist eine der Voraussetzungen für Verhandlungen nach Artikel 20 Absatz 1 des Gesetzes erfüllt, so kann die Auftraggeberin aufgrund der Zuschlagskriterien unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen auswählen, mit denen sie Verhandlungen führen will.
- ² Sie berücksichtigt wenn möglich mindestens drei Anbieter und Anbieterinnen und gibt ihnen folgendes schriftlich bekannt:
 - a. ihr jeweiliges bereinigtes Angebot;
 - b. die Angebotsbestandteile, über die verhandelt werden soll;
 - c. Fristen und Modalitäten zur Eingabe des endgültigen schriftlichen Angebotes.
- ³ Sie hält bei mündlichen Verhandlungen mindestens folgendes in einem Protokoll fest:
 - a. die Namen der anwesenden Personen;
 - b. die verhandelten Angebotsbestandteile;
 - c. die Ergebnisse der Verhandlungen.
- ⁴ Das Protokoll ist von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen.
- ⁵ Sie darf den beteiligten Anbietern und Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über Konkurrenzangebote abgeben.

Entscheid vom 4. Februar 1999, BRK 1998-012, E. 3:

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.

Entscheide vom 26. April 2000, BRK 2000-001, E. 3:

Bei den Abschlussgesprächen ging es u.a. um Detailbesprechungen im Zusammenhang mit der Spezifikation der Vergabestelle. Zumindest die Zuschlagsempfängerin hatte angefragt, eine gewisse Modifikation ihrer Offerte vorzunehmen. Ausserdem wurde ihr Gelegenheit gegeben, ihre Offerte (rechnerisch) zu überprüfen. Die technischen Abschlussgespräche sind als Verhandlungen gemäss Art. 20 BoeB zu qualifizieren. In der Tat liegt stets eine Verhandlung im Sinne von Art. 20 BoeB vor, wenn die Vergabestelle über eine blosse Bereinigung und Prüfung der Angebote nach Art. 25 VoeB – was einen rein verwaltungsinternen Vorgang darstellt – hinausgeht und in direkten Kontakt zu den Anbietern tritt. Liegen Verhandlungen vor, so sind die Formvorschriften stets einzuhalten. Dabei hat das obligatorisch zu erstellende Protokoll inhaltlich die umschriebenen Mindestangaben bezüglich Namen der anwesenden Personen, verhandelten Angebotsteilen und Ergebnisse der Verhandlungen zu enthalten und ist von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen. Die Beschwerdeführerin hat zwar die Unterlassung der Protokollierungspflicht der Vergabestelle nicht ausdrücklich als Rechtsverletzung gerügt, doch hat die BRK diesbezüglich eine Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen.

Entscheid vom 23. Juli 2003, BRK 2003-016, E. 4:

Diese Risiken lassen sich auch mit den formalen Sicherungen, welche die VoeB für solche Verhandlungsführungen vorsieht, nicht vollständig ausschliessen. Umso strenger ist es mit der Einhaltung dieser Vorschriften zu halten, wenn nicht der Möglichkeit der Willkür während der Verhandlungen Tür und Tor geöffnet werden soll. Dies gilt umso mehr für hochkomplexe Submissionsverfahren wie dem vorliegenden. Die VoeB ist aber erst dann verletzt, wenn die Aufzeichnungen im Protokoll Lücken bezüglich „der verhandelten Angebotsteile“ enthalten. Das allerdings ist vorliegend schon beim zweiten Traktandum „Vorstellung Firma“ der Fall. Allfällige im Rahmen der Verhandlung vom Anbieter vorgetragene bzw. von diesem in den Verhandlungsprozess eingebrachte Besonderheiten oder Noven, welche die Modifikation der Beurteilung des Anbieters oder seines Angebots im Verhältnis zur ursprünglichen Offerte bewirken könnten, sind sodann explizit im Protokoll festzuhalten, jedenfalls dann, wenn sie eine offenkundig erhebliche Bedeutung haben und das Angebot u.U. für sich allein schon in einem anderen oder gar einem völlig anderen, neuen Licht erscheinen lassen. Letzteres war im vorliegenden Vergabegeschäft offenkundig für die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihrer Offertpräsentation bei den Nachverhandlungen vorgetragene massive Preisreduktion von 32,23% der Fall, da diese eine entscheidende Bedeutung für die Rangierung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin hatte, was für die Vergabestelle sofort erkennbar war. Die Vergabebehörde durfte diese Preisreduktion nicht einfach ungeprüft entgegennehmen. Vielmehr war sie verpflichtet zu prüfen, ob die Preisreduktion „begründet“ ist oder sich aus der Bereinigung der Offerten ergibt.

Art. 27 Teilung des Auftrages

¹ Im Rahmen der Vergabe kann die Auftraggeberin den Auftrag in Teilaufträge aufteilen oder ihn als Ganzes mehreren Anbietern und Anbieterinnen vergeben. Sie muss diese Absicht in der Ausschreibung bekanntgegeben haben.

² Die Anbieter und Anbieterinnen sind nicht verpflichtet, einen Teilauftrag anzunehmen oder ein Zusammenarbeiten einzugehen, wenn sie nur ein Gesamtangebot eingereicht haben.

Art. 28 Bekanntmachung des Zuschlags

Die Auftraggeberin veröffentlicht den Zuschlag spätestens 72 Tage nach dessen Erteilung mit folgenden Angaben:

- a. Art des Vergabeverfahrens;
- b. Art und Umfang der bestellten Leistung;
- c. Name und Adresse der Auftraggeberin;
- d. Datum des Zuschlags;
- e. Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters oder der berücksichtigten Anbieterin;
- f. den Preis des berücksichtigten Angebotes oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote.

Art. 29 Vertragsschluss

¹ Die Auftraggeberin schliesst die Verträge schriftlich.

² Bei Beschaffungen von Gütern an der Warenbörse kann sie auf die Schriftform verzichten.

³ Sie wendet grundsätzlich ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen an, es sei denn, die Natur des Geschäftes erfordere die Aushandlung besonderer Bedingungen.

Art. 30 Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Vergabeverfahrens

¹ Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht.

² Die Auftraggeberin kann das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn:

- a. kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind;
- b. günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen.

³ Die Auftraggeberin kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert.

Entscheid vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 3:

Die Tatsache, dass eine Beschaffung im offenen Verfahren ausgeschrieben werden muss, begründet ein öffentliches Interesse. Selbst wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, könnte einem Abbruch des Vergabeverfahrens jedoch auch das allgemeine Vertrauensprinzip in dem Sinne entgegenstehen, dass die Vergabebehörde an die von ihr geschaffene Vertrauensgrundlage gebunden wäre. Auch wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens des Bürgers in eine unrichtige Auskunft erfüllt sind, bleibt jedoch abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht dennoch dem Vertrauensschutz vorzugehen hat. Vorliegend hätte eine Vergabe im freihändigen Verfahren die übrigen Anbieter jeglicher Möglichkeiten, am Vergabeverfahren teilzunehmen, beraubt. Zudem ist das Interesse der Beschwerdeführerin an einem freihändigen Vergabeverfahren nicht allzu hoch einzuschätzen, wäre es ihr doch unbenommen gewesen, auch am offenen Verfahren teilzunehmen und eine (unter Umständen modifizierte) Offerte einzureichen. Die Chancen, den Auftrag zu erhalten, werden somit nicht zunichte gemacht, sondern - infolge der nunmehr bestehenden Konkurrenzsituation - lediglich vermindert.

Entscheid vom 16. November 2001, BRK 2001-005, E. 2:

Dass ein endgültiger Abbruch des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen geschehen darf, sagen die für das Vergaberecht des Bundes massgebenden Vorschriften nicht. Die Vergabestelle verfügt mit Bezug auf den Entscheid, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss insofern aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen, was vorliegend der Fall ist. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet auch, dass das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war. Konkret dürfen die Anbietenden beispielsweise damit rechnen, dass die Vergabestelle mit der gebotenen und ihr möglichen Sorgfalt prüft, ob die Finanzierung auch unter Berücksichtigung der erkennbaren Eventualitäten für das in Aussicht genommene Vorhaben ausreicht. In einem solchen Fall darf der im öffentlichen Interesse liegende Grund für den (späteren) Verfahrensabbruch auch nicht bei der Einladung zur Offertstellung vorhersehbar gewesen sein. Verzichtet die Auftraggeberin auf das Projekt definitiv kann eine Aufhebung der - rechtswidrigen - Abbruchverfügung nicht in Betracht kommen. So kann es nicht angehen, die Vergabestelle beispielsweise zum Bau eines Gebäudes zu zwingen, auf dessen Erstellung sie entgegen der Ausschreibung nachträglich verzichten möchte.

Entscheid vom 6. März 2003, BRK 2002-013, E. 2 f.:

Will sie aber abbrechen und wiederholen, hat sie hierfür ein ausreichendes öffentliches Interesse darzutun, welches das Interesse der Submittenten an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegt. Diese Interessenabwägung hat in jedem Einzelfall neu zu erfolgen. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin ist aufgrund zweier Tatsachen durchaus nachvollziehbar und ein ausreichendes öffentliches Interesse als gegeben: 1. Es sind auffallend wenige Offerten eingegangen (z.B. nur eine Gesamtofferte für Los Nr. 8). 2. Diese übersteigen die geschätzten Kosten deutlich (z.B. 61 %). Dadurch liege eine Wettbewerbsverzerrung vor, die einen Abbruch rechtfertigt, muss doch eine Bundesvergabebehörde nicht zu jedem Preis eine Leistung vergeben. Diese Wettbewerbsverzerrung sei deshalb zwar selber verursacht nicht aber vorhersehbar gewesen sei, waren doch Branchenvertreter in die Vorbereitung der Ausschreibung einbezogen worden und bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine unseriöse, fehlerhafte Schätzung, die auch nicht behauptet wurde.

Entscheid vom 5. Dezember 2006, BRK 2006-016, E. 3:

Leistungsänderungen oder -reduktionen können zwar Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 26 VoeB sein. Die Verhandlungen dürfen aber nicht dazu dienen, die Ausschreibungskonformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Unvollständige oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebote sind vom Verfahren auszuschliessen. Es ist unzulässig, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wird. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen nur geringfügig sind oder der Ausschluss des betreffenden Angebots auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde.

3. Abschnitt: Statistik

Art. 31

(Art. 25)

¹ Die Auftraggeberinnen, die dem Gesetz unterstehen, erstellen zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft²⁰ eine Statistik über ihre Beschaffungen.

² Sie geben in ihren Statistiken folgendes an:

- a. den geschätzten Gesamtwert aller vergebenen Aufträge;
- b. die Anzahl und den Gesamtwert der vergebenen Aufträge über den Schwellenwerten nach Artikel 6 des Gesetzes, nach einem einheitlichen Klassifikationssystem in Güter-, Dienstleistungs- und Bauleistungskategorien gegliedert;
- c. die Anzahl und den Gesamtwert der Aufträge, die im freihändigen Verfahren vergeben wurden, aufgegliedert in die Kategorien nach Buchstabe b;
- d. die Anzahl und den Gesamtwert der Aufträge, die aufgrund der Ausnahmeregelungen des GATT-Übereinkommens²¹ nicht nach dessen Bestimmungen vergeben wurden.

³ Die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post müssen im Bereich nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Gesetzes zur Ermittlung des Gesamtwertes nach Absatz 2 Buchstabe a nur die Aufträge über den Schwellenwerten berücksichtigen.²²

⁴ Das Staatssekretariat für Wirtschaft errechnet die Gesamtzahlen, erstellt die Statistiken nach Artikel XIX Ziffer 5 des GATT-Übereinkommens und schlüsselt diese nach den Annexen 2 und 3 des GATT-Übereinkommens auf.

²⁰ Die Bezeichnung der Verwaltungseinheit wurde gemäss Art. 4a der Publikationsverordnung vom 15. Juni 1998 (SR 170.512.1) angepasst. Die Anpassung wurde im ganzen Text vorgenommen.

²¹ SR 0.632.231.422

²² Fassung gemäss Ziff. II 5 der V vom 1. Dez. 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (AS 1997 2779).

3. Kapitel: Übrige Beschaffungen

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 32 Geltungsbereich

Den Bestimmungen dieses Kapitels unterstehen:

- a.²³ die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung, der Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen, die Post- und die Automobildienste der Schweizerischen Post sowie die Auftraggeberinnen nach Artikel 2a für Aufträge, die:
 1. unter den Schwellenwerten nach Artikel 6 des Gesetzes oder nach Artikel 2a Absatz 3 dieser Verordnung liegen, oder
 2. aus anderen Gründen nicht unter das Gesetz fallen.
- b.²⁴ die Rüstungsbetriebe für öffentliche Aufträge, die der Verordnung, nicht aber dem Gesetz unterliegen, sowie die SBB.

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 3:

Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden. Eine Inkraftsetzung von Art. 29a BV ist bislang noch nicht erfolgt, weshalb diese Verfassungsbestimmung zur Zeit keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Demnach können sich nur die Anbieter, deren Angebote sich auf in den Geltungsbereich des BoeB fallende Dienstleistungen beziehen, auf die Garantien des Art. 6 EMRK berufen, weshalb sich im vorliegenden Fall auch daraus kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten lässt.

Verfügung vom 8. Dezember 2006, BRK 2006-018:

Fällt eine Dienstleistung nicht unter den Geltungsbereich des BoeB bzw. des ÜoeB, handelt es sich weder um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VoeB, sondern um eine sogenannte „übrige Beschaffung“ gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der aus „anderen Gründen“ nicht unter das Gesetz fällt. Für solche Beschaffungen ist eine Beschwerde an die BRK nicht möglich. Gemäss dem Wortlaut dieser abschliessenden Aufzählung in der Positivliste ist eine Zuordnung unter eine dieser Kategorien selbst bei grosszügiger Auslegung der verschiedenen Dienstleistungsarten der Anhänge nicht möglich. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass der Beschwerdeweg nach Art. 27 BoeB nicht offen steht und die Zuständigkeit der BRK als Beschwerdeinstanz nicht gegeben ist, womit auf die Beschwerde voraussichtlich nicht wird eingetreten werden können. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand.

Art. 33 Gegenrecht

- ¹ Für die Auftragsvergaben nach diesem Kapitel müssen ausländische Anbieter und Anbieterinnen nur insoweit berücksichtigt werden, als schweizerischen Anbietern und Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird.
- ² Vom Gegenrechtsprinzip ausgenommen sind die Beschaffungen im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses vom 4. Oktober 1991²⁵.
- ³ Das Staatssekretariat für Wirtschaft informiert die Beschaffungsstellen periodisch darüber, inwieweit die Staaten Gegenrecht gewähren. Es beantwortet zudem entsprechende Anfragen von Seiten der Anbieter und Anbieterinnen.

2. Abschnitt: Vergabeverfahren

Art. 34 Verfahrensarten und Wahl des Verfahrens

- ¹ Die Auftraggeberin kann einen öffentlichen Auftrag nach diesem Kapitel im offenen, selektiven oder unter bestimmten Voraussetzungen im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben.
- ² Für die Vergaben im offenen oder selektiven Verfahren gelten die Bestimmungen des Gesetzes und die Bestimmungen des 2. Kapitels dieser Verordnung mit Ausnahme des 3. Abschnittes und des Artikels 16 Absatz 7.
- ³ Für die Vergaben der Automobildienste der Schweizerischen Post und der SBB im offenen oder selektiven Verfahren gelten die Artikel 18 Absatz 2 des Gesetzes und Artikel 16 Absätze 5 und 6 dieser Verordnung.²⁶

²³ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

²⁴ Fassung gemäss Ziff. II 5 der V vom 1. Dez. 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (AS 1997 2779).

²⁵ SR 742.104

²⁶ Fassung gemäss Ziff. II 5 der V vom 1. Dez. 1997, in Kraft seit 1. Jan. 1998 (AS 1997 2779).

Art. 35 Einladungsverfahren

- ¹ Im Einladungsverfahren bestimmt die Auftraggeberin, welche Anbieter und Anbieterinnen sie ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe einladen will.
- ² Sie muss wenn möglich mindestens drei Angebote einholen.
- ³ Im Einladungsverfahren können vergeben werden:
 - a. die Aufträge nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e des Gesetzes;
 - b. Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die den Schwellenwert nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a und b des Gesetzes nicht erreichen;
 - c.²⁷ die Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Automobildienste der Schweizerischen Post, die den Schwellenwert nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d des Gesetzes nicht erreichen;
 - d.²⁸ die Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Artikel 2a Absatz 2 Buchstabe a, die den Schwellenwert nach Artikel 2a Absatz 3 Buchstabe a nicht erreichen;
 - e.²⁹ die Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Artikel 2a Absatz 2 Buchstabe b, die den Schwellenwert nach Artikel 2a Absatz 3 Buchstabe b nicht erreichen;
 - f.³⁰ die Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Artikel 2a Absatz 2 Buchstabe c, die den Schwellenwert nach Artikel 2a Absatz 3 Buchstabe c nicht erreichen;
 - g.³¹ die Bauaufträge, deren Wert 2 Millionen Franken nicht erreicht;
 - h.³² die Bauaufträge nach Artikel 14.

Art. 36 Freihändiges Verfahren

- ¹ Die freihändige Vergabe richtet sich nach Artikel 13 Absatz 1.
- ² Im Weiteren können Auftraggeberinnen einen Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn:
 - a.³³ der Auftrag im Rahmen von Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben a–d und Absatz 2 des Gesetzes vergeben wird;
 - b. ein Bauauftrag den Wert von 100 000 Franken nicht erreicht;
 - c. ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag den Wert von 50 000 Franken nicht erreicht;
 - d. aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im Wettbewerb vergebenen Güter- oder Dienstleistungsauftrages zusätzliche Leistungen notwendig werden, deren Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Leistung darf höchstens die Hälfte des Werts des ursprünglichen Auftrages ausmachen;
 - e. es sich dabei um einen neuen gleichartigen Güter- oder Dienstleistungsauftrag handelt, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Die Auftraggeberin hat in der Ausschreibung für das Grundprojekt darauf hingewiesen, dass für solche Aufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann.
 - f.³⁴ es sich um einen Auftrag nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e des Gesetzes handelt und das freihändige Verfahren zum Erhalt von inländischen Unternehmen, die für die Landesverteidigung wichtig sind, unerlässlich ist.

²⁷ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

²⁸ Aufgehoben durch Ziff. II 5 der V vom 1. Dez. 1997 (AS 1997 2779). Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

²⁹ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³⁰ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³¹ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³² Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³³ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³⁴ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 26. April 2006 (AS 2006 1667).

Art. 37 Zuschlagskriterien

Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird nach Artikel 21 Absatz 1 des Gesetzes ermittelt.

Art. 38 Vertragsschluss

Der Vertragsschluss richtet sich nach Artikel 29.

Art. 39 Vergabeentscheide

Entscheide, die in Vergabeverfahren nach diesem Kapitel erlassen werden, stellen keine Verfügungen dar.

Entscheid vom 11. Mai 1998, BRK 004/1998, E. 3:

Der Rechtsmittelweg des BoeB steht jedoch für Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB nicht offen. Dies ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 3 in fine BoeB. Insofern ist die mit Art. 39 VoeB angestrebte Nichtanwendbarkeit der Beschwerde von Art. 27 ff. BoeB auf die sogenannten „übrigen Beschaffungen“ denn auch bloss eine konsequente Umsetzung der BoeB-Vorgabe.

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 1 f.:

Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-004, E. 3f.:

Nachdem fest steht, dass der hier vergebene öffentliche Auftrag nicht dem BoeB untersteht, ist er grundsätzlich als übrige Beschaffung des Bundes im Sinne des 3. Kapitels VoeB anzusehen. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8 (BoeB). Gemäss Art. 39 VoeB stellen Entscheide, die in Vergabeverfahren nach dem 3. Kapitel erlassen werden, keine Verfügungen dar. Sinn dieser – in der deutschen Fassung missglückten – Bestimmung ist, dass solche Vergabeentscheide nicht mit Beschwerde bei der BRK angefochten werden können. Im vorliegenden Fall lässt sich auch aus Art. 6 EMRK kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten.

Entscheid vom 27. März 2003, BRK 2003-007:

Art. 6 Abs. 1 EMRK bezieht sich nur auf Streitigkeiten, die im nationalen Recht enthaltene zivilrechtliche Ansprüche bzw. Verpflichtungen zum Gegenstand haben. Als Ansprüche kommen in jedem Fall nur solche Rechte in Betracht, von denen mit vertretbaren Gründen gesagt werden kann, dass sie im nationalen Recht verankert sind. Art. 6 EMRK kann also nicht zur Anerkennung von Rechten führen, die im nationalen Recht materiellrechtlich keine Grundlage haben. Ein Recht besteht nicht, wenn generell in einem Bereich die gerichtliche Durchsetzung ausgeschlossen wird, solange dieser Ausschluss nicht willkürlich ist. Der Ausschluss der Beschwerde bei Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB beruht auf drei Gründen: Die ersten beiden Gründe betreffen die Kosten eines (gerichtlichen) Beschwerdeverfahrens und die Eurokompatibilität der für das Schweizer Recht gewählten Lösung. Drittens und namentlich hätte die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes bei öffentlichen Beschaffungen, die dem BoeB nicht unterstellt sind und selbständig im 3. Kapitel der VoeB geregelt werden, auf internationaler Ebene eine einseitige Konzession der Schweiz ohne Garantie des Gegenrechts seitens der anderen Staaten bedeutet.

Entscheid vom 30. März 2004, BRK 2004-001, E. 1:

Auf das vorliegenden Beschaffungsgeschäft kommen aber die Vorschriften der VoeB zur Anwendung, wobei aufgrund von Art. 39 VoeB jedoch der Rechtsschutz durch die BRK ausgeschlossen ist.

4. Kapitel: Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb

Art. 40 Zweck

¹ Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe dienen der Auftraggeberin zur Evaluation verschiedener Lösungen, insbesondere in konzeptioneller, gestalterischer, ökologischer, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht.

² Die Bestimmungen der übrigen Kapitel dieser Verordnung gelten insoweit, als diese denjenigen dieses Kapitels nicht widersprechen.

Entscheid vom 13. Juni 1997, BRK 007/97, E. 5:

Von Ideenskizzen ist weder im genannten Anhang noch in den übrigen gesetzlichen Bestimmungen die Rede. Damit ist noch nicht gesagt, dass Ideenskizzen auf dieser Verfahrensstufe von den Auftraggeberinnen nicht einverlangt werden können, denn sowohl der Text als auch Anhang 3 der VoeB bringen den nicht abschliessend gemeinten Charakter der aufgezählten Eignungsnachweise klar zum Ausdruck. Andererseits ist die Zulässigkeit der einzelnen genannten Eignungskriterien am Massstab des GPA und des Gesetzes zu messen. Bei Planungswettbewerben ist weiter darauf zu achten, dass - im Falle der Anwendung eines selektiven Verfahrens - die Präqualifikation der Teilnehmer nicht in unzulässiger Weise mit dem Wettbewerb als solchem vermischt wird: Planungswettbewerbe können als Ideenwettbewerbe zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben durchgeführt werden. Es kann nicht angehen, das Erbringen solcher Lösungsvorschläge, welche den Inhalt eines Ideenwettbewerbs darstellen und für welche die VoeB eigene Regeln enthält, einfach ins Präqualifikationsverfahren zu verweisen. Es ist Sache der Vergabestelle, die Eignungskriterien so festzulegen, dass das Preisgericht auch tatsächlich eine solche Gesamtwürdigung vornehmen kann.

Décision du 9 décembre 1999, CRM 1999-011, c. 4:

Même si le concours constitue une quatrième procédure de passation, dans l'organisation et le déroulement de laquelle les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté, ils doivent assurer la traçabilité de la procédure de sélection choisie, de manière à ce que l'autorité de recours puisse en vérifier la régularité. Il en résulte que le choix des candidats doit être effectué sur la base de leur aptitude, de manière loyale, conformément aux principes de l'égalité de traitement et de la transparence. Le pouvoir adjudicateur peut se référer additionnellement au règlement SIA 142 pour le détail du déroulement du concours, mais il ne peut de ce fait modifier la nature de droit public de la procédure de passation, ni restreindre les obligations qui lui sont imposées par la loi, ni contraindre les participants au concours à entrer simultanément avec lui dans une relation contractuelle régie par le règlement SIA 142. L'explication du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'élimination des recourants résulte de la décision négative unanime prise par 12 jurés qualifiés, après examen des candidatures déposées, ne permet pas de retracer la motivation de la décision du jury. Tirage au sort : A ce titre, la CRM observe que le pouvoir adjudicateur ne saurait s'en remettre au hasard pour sélectionner par tirage au sort tout, ou même seulement partie des candidats aptes.

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Hinsichtlich dieser Punkte bedarf es somit einer einlässlicheren Prüfung im Rahmen des Sachentscheids, wobei u.a. zu untersuchen sein wird, inwiefern die allgemeinen Grundsätze und die Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Beschaffungen auch auf das Vergabeverfahren bei Gesamleistungswettbewerben anwendbar sind.

Art. 41 Verhältnis zu verbandsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen

Die Auftraggeberin regelt das Wettbewerbsverfahren im Einzelfall. Sie kann dabei ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen, soweit solche Bestimmungen nicht denjenigen dieser Verordnung widersprechen.

Décision du 9 décembre 1999, CRM 1999-011:

Même si le concours constitue une quatrième procédure de passation, dans l'organisation et le déroulement de laquelle les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté, ils doivent assurer la traçabilité de la procédure de sélection choisie, de manière à ce que l'autorité de recours puisse en vérifier la régularité. Il en résulte que le choix des candidats doit être effectué sur la base de leur aptitude, de manière loyale, conformément aux principes de l'égalité de traitement et de la transparence. Le pouvoir adjudicateur peut se référer additionnellement au règlement SIA 142 pour le détail du déroulement du concours, mais il ne peut de ce fait modifier la nature de droit public de la procédure de passation, ni restreindre les obligations qui lui sont imposées par la loi, ni contraindre les participants au concours à entrer simultanément avec lui dans une relation contractuelle régie par le règlement SIA 142. L'explication du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'élimination des recourants résulte de la décision négative unanime prise par 12 jurés qualifiés, après examen des candidatures déposées, ne permet pas de retracer la motivation de la décision du jury. A ce titre, la CRM observe que le pouvoir adjudicateur ne saurait s'en remettre au hasard pour sélectionner par tirage au sort tout, ou même seulement partie des candidats aptes.

Art. 42 Wettbewerbsarten

¹ Planungswettbewerbe können durchgeführt werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen:

- a. zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben (Ideenwettbewerb);
- b. zu klar umschriebenen Aufgaben und zur Ermittlung von geeigneten Vertragspartnern und Vertragspartnerinnen, welche diese Lösungen teilweise oder ganz realisieren (Projektwettbewerb).

² Gesamleistungswettbewerbe werden durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung.

Décision du 13 juin 1997, CRM 008/97, c. 3:

Le concours constitue ainsi une quatrième procédure de passation, à côté des procédures ouverte et sélective et de la procédure de gré à gré. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a organisé un concours de projets proprement dit («Projektwettbewerb», traduit de manière imprécise dans l'avis de concours par le terme de «concours») au sens de l'art. 42 al. 1 let. b OMP, selon la procédure sélective. Le concours passé en procédure sélective est caractérisé par la succession de deux phases, ce qui le rapproche du concours en plusieurs étapes. Toutefois, concours en procédure sélective et concours en plusieurs étapes doivent être distingués. La LMP et l'OMP sont muettes sur l'admissibilité de principe d'une exigence relative au projet lui-même, telle que la présentation d'une proposition d'idées, au stade de la première phase d'un concours passé en procédure sélective. Un tel mode de procéder du pouvoir adjudicateur pourrait aboutir à éluder les règles du concours d'idées, lequel se caractérise par l'attribution de prix au(x) lauréat(s). Or il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre une esquisse d'idée et une idée comme telle. L'exigence d'une esquisse d'idée dans la première phase d'un concours de projets proprement dit en plusieurs phases ne doit pas aboutir à contourner les règles du concours d'idées. Afin de garantir la transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit annoncer dans l'avis de concours, conformément au ch. 3 de l'annexe 6 OMP, les types exacts de concours et de procédure de passation qu'il entend utiliser. Il doit en particulier annoncer clairement l'organisation d'un concours en plusieurs étapes.

Entscheid vom 11. August 2005, BRK 2005-004, E. 2:

Ein Gesamleistungswettbewerb wird durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung. Der Gesamleistungswettbewerb umfasst neben den Planungsleistungen –

anders als ein Planungswettbewerb - auch Bauleistungen. Die Anbieter haben bei solchen Gesamtleistungswettbewerben ein Projekt und die dazugehörigen werkvertraglichen Ausführungsleistungen (mit einem entsprechenden Preis) zu offerieren. Demnach ist von einem gemischten Auftrag auszugehen, der Dienstleistungen, Bauleistungen sowie Lieferaufträge umfasst.

Art. 43 Anzuwendendes Verfahren

- ¹ Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe sind im offenen oder selektiven Verfahren auszuschreiben, sofern ihr Wert den massgebenden Schwellenwert nach Artikel 6 Absatz 1 des Gesetzes oder, bei Gesamtleistungswettbewerben im Baubereich, den Wert von 2 Millionen Franken erreicht.
- ² Werden diese Schwellenwerte nicht erreicht, so kann der Wettbewerb im Einladungsverfahren durchgeführt werden.

Entscheid vom 11. August 2005, BRK 2005-004, E. 2:

Nicht massgeblich für die Fragestellung, ob der Auftragswert über oder unter dem Schwellenwert liegt, ist der Baukredit von 9,6 Mio. (welcher den genannten Schwellenwert knapp übersteigen würde).

Art. 44 Wettbewerbswert

- ¹ Der Wettbewerbswert besteht:
 - a. beim Ideenwettbewerb aus der gesamten Preissumme;
 - b. beim Projektwettbewerb aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert der im Wettbewerbsprogramm definierten weiteren planerischen Leistung;
 - c. beim Gesamtleistungswettbewerb aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert des zu vergebenden Auftrages.
- ² Die Auftraggeberin setzt eine angemessene Gesamtpreissumme fest. Sie orientiert sich dabei an den in entsprechenden Verbandsverfahren üblichen Preis- und Ankaufssummen, der Wettbewerbsart, der geforderten Wettbewerbsleistung, der erwarteten Teilnehmerzahl, allfälligen festen Entschädigungen an die Wettbewerbsteilnehmer und Wettbewerbsteilnehmerinnen und einem in Aussicht gestellten weiteren planerischen Auftrag oder Zuschlag.

Art. 45 Vorbereitung

- ¹ Die Auftraggeberin zieht eine oder mehrere interne oder auswärtige Fachpersonen zur Beratung hinzu.
- ² Diese Fachleute müssen mit dem Wettbewerbswesen vertraut und so qualifiziert sein, dass sie die Auftraggeberin kompetent beraten können.
- ³ Sie beraten die Auftraggeberin während des ganzen Wettbewerbsverfahrens, insbesondere bei der:
 - a. Wahl des geeigneten Verfahrens;
 - b. Ausschreibung des Wettbewerbs;
 - c. Ausarbeitung des Wettbewerbsprogramms;
 - d. Auswahl der Mitglieder des Preisgerichts und allfälliger Sachverständiger;
 - e. Selektionierung der Wettbewerbsteilnehmer und -teilnehmerinnen.
- ⁴ Sie dürfen als stimmberechtigte Mitglieder im Preisgericht Einsitz nehmen, soweit sie nicht mit der Vorprüfung nach Artikel 49 betraut waren.

Art. 46 Ausschreibung

Die Ausschreibung eines Wettbewerbs im offenen oder selektiven Verfahren enthält die im Anhang 6 aufgeführten Angaben.

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Allerdings ist zu beachten, dass der Auftraggeberin im Rahmen eines Gesamtleistungswettbewerbs bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien grundsätzlich ein weiterer Ermessensspielraum zusteht als bei ordentlichen Beschaffungen.

Art. 47 Nachwuchsförderung

Für Planungswettbewerbe, die im selektiven Verfahren durchgeführt werden, kann in der Ausschreibung vorgesehen werden, dass unter den Anbietern und Anbieterinnen, die zur Wettbewerbseingabe eingeladen werden, ein bestimmter Anteil von Nachwuchsfachleuten sein muss.

Art. 48 Anonymität

¹ Die Wettbewerbsbeiträge sind anonym einzureichen.

² Die Auftraggeberin sichert die Anonymität, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie allenfalls eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat.

³ Teilnehmer und Teilnehmerinnen, die gegen das Anonymitätsgebot verstossen, werden vom Wettbewerb ausgeschlossen.

Entscheid vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 2:

Das öffentliche Vergaberecht, das Wettbewerbsverfahren eingeschlossen, ist vom Legalitätsprinzip beherrscht und somit zwingender Natur. Vorliegend war die Vergabebehörde somit nicht befugt, von Art. 48 Abs. 2 VoeB abzuweichen. Mit der in Art. 48 Abs. 2 VoeB genannten „Empfehlung“ kann nur die abschliessende Empfehlung des Preisgerichts angesprochen sein, welche bei einem Gesamtleistungswettbewerb auf Erteilung des Zuschlags lautet. Die erste „Empfehlung“ des Preisgerichts „für das weitere Vorgehen“ nach Abschluss der 2. Stufe kann demnach nicht als gemäss Art. 48 Abs. 2 VoeB zulässiger Zeitpunkt für die Aufhebung der Anonymität gelten. Die vorliegende Aufhebung des Anonymitätsgrundsatzes für die 3. Phase des Verfahrens war folglich vergaberechtswidrig.

Art. 49 Vorprüfung

Bevor die eingereichten Wettbewerbsbeiträge durch das Preisgericht bewertet werden, wird durch die Auftraggeberin oder durch von ihr beauftragte Fachleute eine wertungsfreie technische Vorprüfung durchgeführt.

Art. 50 Preisgericht

¹ Das Preisgericht setzt sich zusammen aus:

- a. Fachleuten auf mindestens einem der massgebenden Gebiete, in denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde (Fachpreisrichter und Fachpreisrichterinnen);
- b. weiteren von der Auftraggeberin frei bestimmten Personen.

² Die Mehrheit der Mitglieder des Preisgerichts muss aus Fachleuten bestehen.

³ Das Preisgericht kann zur Begutachtung von Spezialfragen jederzeit Sachverständige beiziehen.

⁴ Die Mitglieder des Preisgerichts sowie die beigezogenen Sachverständigen müssen von den am Wettbewerb teilnehmenden Anbietern und Anbieterinnen unabhängig sein. Die Ausstandsgründe nach den Artikel 22 und 23 des Bundesrechtspflegegesetzes³⁵ gelten analog. Mindestens die Hälfte der Fachpreisrichter und Fachpreisrichterinnen muss zudem von der Auftraggeberin unabhängig sein.

⁵ Die Zusammensetzung des Preisgerichts samt Ersatzleuten sowie die von Anfang an beigezogenen Sachverständigen werden im Wettbewerbsprogramm bekanntgegeben.

Art. 51 Aufgaben des Preisgerichts

¹ Das Preisgericht genehmigt das Wettbewerbsprogramm und beurteilt die Wettbewerbsarbeiten. Es entscheidet über die Rangierung und die Vergabe der Preise.

² Es spricht zudem eine Empfehlung zuhanden der Auftraggeberin aus für die Erteilung eines weiteren planerischen Auftrages, eines Zuschlages oder für das weitere Vorgehen.

³ Es kann Ankäufe beschliessen, wenn die maximale Ankaufssumme und die Bedingungen für die Ankäufe ausdrücklich im Wettbewerbsprogramm festgehalten sind.

Art. 52 Rangierung und Preise

- ¹ Das Preisgericht erstellt eine Rangierung der formell korrekten Wettbewerbsarbeiten.
- ² Bei Planungswettbewerben kann es auch Wettbewerbsarbeiten rangieren, die in wesentlichen Punkten von den Programmbestimmungen abweichen, wenn:
 - a. es dies einstimmig beschliesst; und
 - b. diese Möglichkeit im Wettbewerbsprogramm ausdrücklich festgelegt wurde.
- ³ Es darf Preise nur für programmkonforme Wettbewerbsarbeiten vergeben.
- ⁴ Preise dürfen nicht durch Aufträge oder Entschädigungen nach Artikel 55 abgegolten werden.

Art. 53 Empfehlung des Preisgerichts

Die Auftraggeberin ist grundsätzlich an die Empfehlung des Preisgerichts nach Artikel 51 Absatz 2 gebunden. In Ausnahmefällen kann sie sich von dieser Verpflichtung befreien, indem sie eine Abgeltung nach Artikel 55 Absatz 2 bezahlt und ein neues Verfahren durchführt.

Art. 54 Urheberrecht

In allen Wettbewerbsverfahren verbleibt das Urheberrecht an den Wettbewerbsarbeiten bei den Teilnehmern und Teilnehmerinnen. Die eingereichten Unterlagen der mit Preisen und Ankäufen ausgezeichneten Wettbewerbsarbeiten gehen ins Eigentum der Auftraggeberin über.

Art. 55 Ansprüche aus den Wettbewerben

- ¹ Der Gewinner oder die Gewinnerin:
 - a. eines Ideenwettbewerbs hat keinen Anspruch auf einen weiteren planerischen Auftrag;
 - b. eines Projektwettbewerbs hat in der Regel Anspruch auf einen weiteren planerischen Auftrag;
 - c. eines Gesamtleistungswettbewerbes erhält in der Regel den Zuschlag.
- ² Die Urheber und Urheberinnen von Wettbewerbsbeiträgen haben Anspruch auf eine Abgeltung in der Höhe von einem Drittel der Gesamtpreissumme, wenn:
 - a. das Preisgericht empfohlen hat, es sei ihnen ein weiterer planerischer Auftrag oder der Zuschlag zu erteilen, die Auftraggeberin diesen Auftrag jedoch an Dritte vergibt;
 - b. die Auftraggeberin den Wettbewerbsbeitrag weiterverwendet, ohne dass sie dem Urheber oder der Urheberin einen weiteren planerischen Auftrag erteilt.
- ³ Beschliesst die Auftraggeberin nach dem Preisentscheid, auf eine Realisierung des Vorhabens definitiv zu verzichten, so entfällt der Abgeltungsanspruch nach Absatz 2. Kommt sie innerhalb von zehn Jahren auf ihren Beschluss zurück, so kann der Anspruch nach Absatz 2 wieder geltend gemacht werden.

Art. 56 Abgeltungsmodalitäten

Die Auftraggeberin weist im Wettbewerbsprogramm ausdrücklich auf die Abgeltungsmodalitäten hin.

Art. 57 Veröffentlichung

Die Auftraggeberin teilt sämtlichen Teilnehmern und Teilnehmerinnen den Entscheid des Preisgerichts schriftlich mit und sorgt für eine angemessene Veröffentlichung des Wettbewerbsergebnisses in der Presse. Sie stellt die Wettbewerbsbeiträge mit der Veröffentlichung des Entscheides öffentlich aus.

5. Kapitel: Organisation, Zuständigkeit und Überwachungsbehörde³⁶

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

2. Abschnitt: Organisation der Beschaffungen im Güterbereich

3. Abschnitt: Zuständigkeiten

Art. 64 bis und mit 68: Aufgehoben durch die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes (Org-VoeB) vom 22. November 2006, in Kraft per 1. Januar 2007 (AS 2006 S. 5613).

4. Abschnitt:³⁷ Überwachungsbehörde

Art. 68a Kommission

Die Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im öffentlichen Beschaffungswesen obliegt einer Kommission, die sich paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammensetzt.

Art. 68b Aufgaben

¹ Die Kommission nimmt folgende Aufgaben wahr:

- a. Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien des öffentlichen Beschaffungswesens zu Handen des Bundesrates und Beratung der Schweizer Delegationen bei internationalen Verhandlungen;
- b. Förderung des Informations- und Erfahrungsaustausches zwischen den zuständigen Stellen des Bundes und der Kantone und Ausarbeitung von Empfehlungen im Hinblick auf die Umsetzung internationaler Verpflichtungen in Schweizer Recht;
- d. Pflege der Beziehungen zu ausländischen Überwachungsbehörden im Rahmen der internationalen Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen.

² Die Kommission nimmt die folgenden Aufgaben, unabhängig von den Behörden, die ihre Mitglieder ernannt haben, wahr:

- a. sie erteilt Ratschläge und vermittelt in Einzelfällen bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Geschäften gemäss Absatz 1;
- b. sie kann wegen Verletzung internationaler Verpflichtungen bei der zuständigen Behörde des Bundes oder der Kantone Beschwerde einreichen:
 1. auf Anzeige einer Anbieterin hin, wenn kein Rechtsmittel ergriffen wurde,
 2. auf Antrag einer ausländischen Behörde, wenn die Auftraggeberin keine Abhilfe schafft.

³ Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben kann die Kommission selber Gutachten erstellen oder Sachverständige damit beauftragen.

⁴ Die Kommission hat kein Recht auf Akteneinsicht.

Art. 68c Geschäftsreglement

Die Kommission gibt sich ein Geschäftsreglement, das vom Bundesrat und der zuständigen Stelle der Kantone genehmigt werden muss.

³⁶ Fassung gemäss Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

³⁷ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

Art. 68d Finanzierung und Vergütungen

¹ Das seco trägt sämtliche Sekretariatskosten; es trägt auch die Kosten für die externen Sachverständigen, vorbehaltlich einer gleichwertigen Kostenbeteiligung durch die Kantone.

² Die Departemente übernehmen die Untersuchungskosten, die von der auftragserteilenden Behörde verursacht wurden, die ihrer Überwachung unterstellt sind.

³ Die Vertreter des Bundes in der Kommission haben keinen Vergütungsanspruch.

6. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 69 Überwachung

Die internen Kontrollorgane der Verwaltungseinheiten und der Bundesbetriebe überwachen die Einhaltung dieser Verordnung.

Art. 70 Vollzug

Das Eidgenössische Finanzdepartement vollzieht diese Verordnung.

Art. 71 Aufhebung bisherigen Rechts

Es werden aufgehoben:

- a. die Submissionsverordnung vom 31. März 1971³⁸;
- b. die Einkaufsverordnung vom 8. Dezember 1975³⁹.

Art. 72 Änderung bisherigen Rechts

1. Verordnung vom 3. Februar 1993⁴⁰ über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen:

Anhang 1

*Finanzdepartement hinzufügen:...*⁴¹

2. Verordnung vom 1. Oktober 1973⁴² über die Entschädigung für Kommissionsmitglieder, Experten und Beauftragte:

Art. 72a⁴³ Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 30. November 2001

¹ Nach dem neuen Recht richten sich die Vergabeverfahren, die nach dem Inkrafttreten dieser Änderung durchgeführt werden, und die Vergabeverfahren, die nach dem Inkrafttreten dieser Änderung ohne Ausschreibung durchgeführt werden und über die zuvor noch kein Vertrag abgeschlossen wurde.

² Die übrigen Vergabeverfahren richten sich nach dem alten Recht und sind für die Berechnung der Schwellenwerte nicht massgebend.

Art. 73 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 1996 in Kraft.

³⁸ [AS 1971 677, 1983 1518, 1993 2524]

³⁹ [AS 1975 2373, 1988 1206, 1993 2525]

⁴⁰ SR 173.31

⁴¹ Text eingefügt in der genannten V.

⁴² [AS 1973 1559, 1989 50, AS 1996 1651 Art. 21 Bst. b]

⁴³ Eingefügt durch Ziff. I der V vom 30. Nov. 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 886).

Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen

	Zentrale Produktklassifikation (CPC) Referenz-Nr.
1. Instandhaltung (Wartung, Inspektion, Instandsetzung)	6112, 6122, 633, 886
2. Landverkehr, eingeschlossen Geldtransport und Kurierdienste, ohne Post- und Eisenbahnverkehr	712 (ausser 71235), 7512, 87304
3. Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr	73 (ausser 7321)
4. Postbeförderung im Landverkehr sowie Luftpostbeförderung (ohne Eisenbahnverkehr)	71235, 7321
5. Fernmeldewesen (ohne Fernsprechkdienstleistungen, Telex, Mobiltelefondienst, Funkrufdienst und Satellitenkommunikation)	752 (ausser 7524, 7525, 7526)
6. Versicherungs- und Bankdienstleistungen mit Ausnahme von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken	811, 812, 814
7. Informatik und verbundene Tätigkeiten	84
8. Buchführung, -haltung, -prüfung	862
9. Markt- und Meinungsforschung	864
10. Unternehmungsberatung und verbundene Tätigkeiten	865, 866*
11. Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung	867
12. Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen bei Bauvorhaben	867
13. Studienauftrag (Vergabe identischer Aufträge an mehrere Anbieter und Anbieterinnen zwecks Erarbeitung von Lösungsvorschlägen)	867
14. Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen, soweit nicht Bauvorhaben betreffend	867
15. Werbung, Information und Public Relations	871
16. Gebäudereinigung und Hausverwaltung	874, 82201–82206
17. Verlegen und Drucken	88442
18. Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen	94

* Ohne Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen

Entscheid vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 2:

Die im ersten Vertrag erwähnten Agenturdienstleistungen (Nr. 962) und Übersetzungen (Nr. 87905) sind im abschliessend zu verstehenden Anhang zur VoeB bzw. des GPA nicht aufgeführt und unterstehen demnach nicht dem Anwendungsbereich des BoeB. Dasselbe gilt für den Zugang zur Datenbank ELSA (Nr. 9631), nicht aber die Dienstleistung aus dem dritten Vertrag, die unter den sachlichen Anwendungsbereich des BoeB fällt (Nr. 752).

Entscheid vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 1 f.:

Der Staat überträgt hier einen Teilbereich des öffentlichen Gesundheits-, Fürsorge- und Sozialwesens auf private Institutionen. Der Umstand, dass die angestrebte Aids-Prävention bei der betroffenen Zielgruppe namentlich durch Information, Beratung und entsprechende Motivierung erreicht werden soll und dazu auch in der kommerziellen Werbung verbreitete Mittel eingesetzt werden sollen, ändert am nichtkommerziellen Grundcharakter des zu vergebenden öffentlichen Auftrags nichts.

Entscheid vom 28. Oktober 2003, BRK 2003-020, E. 2 f.:

Derjenige Teil des vorliegenden Auftrages, welcher die reservierten Dienste betrifft, untersteht nicht dem BoeB. Dienstleistungen, die nur im weiteren Sinn mit dem Transport zu tun haben, bilden eine eigene CPC Kategorie 74, auf welche in den Anhängen des GPA und der VoeB nicht verwiesen wird und die somit nicht dem BoeB unterstehen. Die Beschwerde ist gestützt auf Art. 8 Abs. 1 dem EDI zu überweisen, wobei es dem Departement zu überlassen ist, ob es sie als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 47a oder als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG beurteilt.

Entscheid vom 5. November 2003, BRK 2003-021, E. 1:

Wohl geht es vorliegend um Beratung, Planung und Unterstützung der zuständigen Revierförster, doch stehen die technischen Aspekte, welche Ingenieurleistungen üblicherweise definieren, nicht im Vordergrund. Die inhaltliche Umschreibung der zu vergebenden Leistungen lässt vielmehr darauf schliessen, dass es nicht oder höchstens am Rande um Forstingenieurleistungen geht, sondern primär um andere nicht-forsttechnische Aspekte, die eine Subsumption unter die CPC-Nr. 867 nicht nahe legen.

Décision du 8 septembre 2005, CRM 2004-017, c. 1 b:

Le mandat d'études parallèles (« *Studienauftrag* ») désigne traditionnellement dans la pratique une forme de mise en concurrence par laquelle le pouvoir adjudicateur confie parallèlement à plusieurs mandataires une mission d'étude portant sur la même tâche, afin d'obtenir plusieurs propositions de solutions à un problème donné, et fréquemment avec l'objectif d'attribuer subséquemment directement un marché supplémentaire de poursuite d'études (« *Folgeauftrag* ») à l'un des prestataires mandatés pour les études parallèles, à savoir celui dont la proposition aura été jugée la meilleure.

Hoch- und Tiefbauarbeiten Bauleistungen

	Zentrale Produktklassifikation (CPC) Referenz-Nr.
1. Vorbereitung des Baugeländes und der Baustellen	511
2. Bauarbeiten für Hochbauten	512
3. Bauarbeiten für Tiefbauten	513
4. Montage und Bau von Fertigbauten	514
5. Arbeiten spezialisierter Bauunternehmen	515
6. Einrichtungsarbeiten von Installationen	516
7. Ausbauarbeiten und Endfertigung von Bauten	517
8. Miete oder Leasing von Bau- oder Abbruchausrüstungen, eingeschlossen Personalleistungen	518

Nachweise

1. Handelsregisterauszug
2. Betreibungsregisterauszug
3. Erklärung über Anzahl und Funktion der in den drei Jahren vor der Ausschreibung im Unternehmen beschäftigten Personen
4. Erklärung betreffend einsetzbare Personalkapazität und Ausstattung im Hinblick auf die Erbringung des zu vergebenden Auftrages
5. Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Unternehmens und/oder von dessen Führungskräften, insbesondere aber der für die Ausführung des zu vergebenden Auftrages vorgesehenen verantwortlichen Personen
6. Erklärung betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen
7. Liste der in den letzten fünf Jahren vor der Ausschreibung erbrachten wichtigsten Leistungen
8. Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde
9. Bei Planungswettbewerben objektspezifische Nachweise, insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis
10. Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems
11. Bilanzen oder Bilanzauszüge des Unternehmens für die letzten drei Geschäftsjahre vor der Ausschreibung
12. Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in den der Ausschreibung vorangegangenen drei Jahren
13. Bankerklärungen, die garantieren, dass dem Anbieter oder der Anbieterin im Falle der Auftragserteilung entsprechende Kredite gewährt werden
14. Bankgarantie
15. Letzter Prüfungsbericht der Revisionsstelle bei juristischen Personen
16. Strafregisterauszug der verantwortlichen Führungskräfte sowie der für die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages vorgesehenen verantwortlichen Personen
17. Nachweis der Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern

Entscheid vom 8. Oktober 2002, BRK 2002-011, E. 2:

Art. 9 Abs. 1 VoeB hält in diesem Sinne fest, die Auftraggeberin könne für die Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 genannten Unterlagen erheben und einsehen. Damit steht auch fest, dass die Eignung durch die Vergabebehörde zu prüfen ist, und zwar aufgrund der mit dem Teilnahmeantrag binnen Frist eingereichten Unterlagen. Werden die verlangten Nachweise erst nach Ablauf der Antragsfrist - etwa im Laufe eines Beschwerdeverfahrens vor der BRK - erbracht, so können sie als verspätet nicht (mehr) berücksichtigt werden. Denn nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Den Anforderungen an die Vollständigkeit ist die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die von der Vergabebehörde für die Eignungsnachweise verlangten Unterlagen binnen Frist nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen. So fehlten namentlich die eigentlichen Nachweise mit Bezug auf die Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern sowie betreffend vergleichbare Abnehmer. Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin die Nachweise nicht rechtzeitig erbracht hat, kann dabei keine Rolle spielen.

Zwischenentscheid vom 3. Juli 2003, BRK 2003-014, E. 2f.:

Beim Nachweis Nr. 8 handelt es sich im Gegensatz zu den meisten andern geforderten Nachweisen zwar nicht um einen Nachweis, der in Anhang 3 zur VoeB explizit enthalten ist, d.h. nicht um einen typischen Eignungsnachweis. Dies lässt das Erfordernis eines solchen Nachweises indessen nicht als unzulässig erscheinen. Zum einen ist die Auflistung in Anhang 3 VoeB nicht abschliessend zu verstehen. Der Nachweis der Bereitschaft zur unentgeltlichen Präsentation einer Testinstallation beim Anbieter ist bei einem Auftrag der vorliegenden Grössenordnung sachlich gerechtfertigt und lässt sich durchaus in Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit und damit der Eignung des Anbieters bringen. Zum anderen war für die Anbietenden klar zu erkennen, dass dieser Nachweis zwingend zu erbringen war, um einen Ausschluss des Angebots von der weiteren Evaluation zu verhindern, insofern ein "Muss-Kriterium" vorlag. Das Erfordernis der Testinstallation *beim Anbieter* (und nicht bei der Auftraggeberin) begründet die Vergabebehörde nachvollziehbar damit, dass die dafür notwendige Hardware, insbesondere die Jukeboxen, bei ihr nicht vorhanden sei.

Entscheid vom 22. September 2004, BRK 2004-007, E. 2:

Die verlangten Eignungsnachweise müssen zusammen mit dem Teilnahmeantrag (im selektiven Verfahren) oder mit dem Angebot eingereicht werden. Denn die Anbieter und Anbieterinnen müssen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dazu gehören auch die geforderten Nachweise. Diese, d.h. das Entfernen und Entsorgen des PCB-haltigen Materials, wurde stets Subunternehmern übertragen. Die Entfernung des Fugenmaterials bei der vorliegenden Vergabe sollte entweder durch die Beschwerdeführerin selbst oder allenfalls durch eine genannte Subunternehmerin erfolgen. Für beide Firmen wurden indessen keine einschlägigen Referenzobjekte betreffend PCB-Ausführungsarbeiten genannt. Angaben über die an den Referenzobjekten jeweils beteiligten Personen bzw. Spezialisten (Namen, Angaben zu Ausbildung und Erfahrung) fehlen vollständig. Ebenso wurde bei keinem der aufgelisteten Referenzobjekte das Auftragsvolumen genannt; dem Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es folglich auch am verlangten Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in vergleichbarer Grössenordnung. Es kann auch nicht gesagt werden, bei den zu erfüllenden Eignungskriterien bzw. den verlangten Eignungsnachweisen handle es sich um Anforderungen, die nicht sachgerecht seien. Es liegt fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen.

Anhang 4 (Art. 16 Abs. 1 und 5)

Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren

1.	Bezeichnung, Adresse, Telefon und Telefax der Auftraggeberin	
2.	Die Angabe, ob das Verfahren offen oder selektiv ist	
3.	a.	Ort der Ausführung
	b.	Gegenstand und Umfang des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Mengen sowie – wenn möglich – Schätzung des Zeitpunktes, in dem solche Optionen ausgeübt werden. Im Falle von wiederkehrenden Aufträgen deren Gegenstand und Umfang sowie – wenn möglich – eine Schätzung des Zeitpunktes der nachfolgenden Ausschreibungen für die zu beschaffenden Leistungen
	c.	allfällige Lose bei einer Teilung des Auftrages
4.	Ausführungs- oder Liefertermin	
5.	Die besondere Rechtsform von Bietergemeinschaften, soweit eine solche für die Ausführung des Auftrages notwendig ist	
6.	a.	Ort und Frist für die Einreichung des Antrages auf Einladung zur Angebotsabgabe, des Antrages auf Qualifikation zur Aufnahme in ein Verzeichnis oder der Einreichung von Angeboten
	b.	Sprache oder Sprachen der Anträge oder Angebote
7.	Beim selektiven Verfahren allenfalls die Angabe des Datums, ab welchem mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu rechnen ist	
8.	Allfällige geforderte Kautionen und Sicherheiten	
9.	Wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen	
10.	Die Angabe aller wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, die von den Anbietern und Anbieterinnen verlangt werden	
11.	Die Höhe der für die Vergabeunterlagen zu entrichtenden Beträge und die diesbezüglichen Zahlungsmodalitäten	
12.	Die Angaben darüber, ob die Auftraggeberin Angebote für Kauf, Leasing, Miete oder Miet-Kauf respektive für mehr als eine dieser Formen einholt	
13.	Hinweis darauf, ob es sich um eine Ausschreibung nach GATT-Übereinkommen ⁴⁴ handelt oder nicht	
14.	Die Zuschlagskriterien, falls keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden	
15.	Gegebenenfalls die Absicht, Verhandlungen zu führen	

⁴⁴ SR 0.632.231.422

Mindestangaben für die in einem offenen oder selektiven Verfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen

1. Name, Adresse, Telefon und Telefax der Auftraggeberin, an welche die Angebote zu richten sind
2. Die Anschrift, an welche Ersuchen um zusätzliche Angaben zu richten sind
3. Die Sprache oder die Sprachen des Angebotes
4. Die Frist für die Einreichung des Angebotes
5. Die Zeitspanne, in welcher der Anbieter oder die Anbieterin an das Angebot gebunden ist
6. Die Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden
7. Die bei der Beurteilung der Angebotspreise einzubeziehenden Kostenelemente wie Transport-, Versicherungs- und Inspektionskosten, Zölle und andere Einfuhrabgaben
8. Die Währung, in der die Zahlung geleistet wird, sowie die Zahlungsbedingungen
9. Allfällige Voraussetzungen, unter denen Angebote aus Ländern eingereicht werden können, die nicht Vertragspartei des GATT-Übereinkommens⁴⁵ sind, sich aber an die Bestimmungen von Artikel XII des Übereinkommens halten

Ausschreibung von Wettbewerben

Die Ausschreibung von Wettbewerben dient dazu, interessierte Teilnehmer und Teilnehmerinnen zur Bestellung eines Wettbewerbsprogrammes und zur Teilnahme an einem Auswahlverfahren im selektiven Verfahren oder zur Anmeldung im offenen Verfahren zu veranlassen. Die Ausschreibung enthält:

1. Name, Adresse, Telefon- und Faxnummer der Wettbewerbsveranstalterin (Auftraggeberin)
2. Kurze Beschreibung der Wettbewerbsaufgabe
3. Art des Wettbewerbsverfahrens (offener oder selektiver Ideen-, Projekt- oder Gesamtleistungswettbewerb)
4. Bei offenen Wettbewerben:
 - a. Höhe und Einzahlungsmodalitäten der für die Abgabe der Wettbewerbsunterlagen (Pläne, Modellunterlagen etc.) zu leistenden Schutzgebühr
 - b. Anmeldefrist
 - c. Abgabetermin
5. Bei selektiven Wettbewerben:
 - a. Zahl der am eigentlichen Wettbewerbsverfahren zugelassenen Teilnehmer und Teilnehmerinnen
 - b. Auswahlkriterien
 - c. Einzureichende Bewerbungsunterlagen
 - d. Anmeldefrist für die Teilnahme
 - e. Voraussichtliches Datum des Teilnahmeentscheides
 - f. Voraussichtlicher Abgabetermin für die Wettbewerbsarbeiten
6. Allenfalls Angabe, ob die Teilnahme einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist
7. Zuschlagskriterien
8. Namen der Mitglieder und Ersatzleute des Preisgerichts sowie allfälliger Experten und Expertinnen
9. Angabe, ob die Entscheidung des Preisgerichts die Auftraggeberin bindet
10. Gesamtpreissumme
11. Angabe, ob die Teilnehmer und Teilnehmerinnen Anspruch auf eine feste Entschädigung haben
12. Art und Umfang der gemäss Wettbewerbsprogramm zu vergebenden weiteren planerischen Aufträge oder Zuschläge
13. Bezugsquelle für das Wettbewerbsprogramm

Décision du 13 juin 1997, CRM 008/97, c. 3:

Le concours constitue ainsi une quatrième procédure de passation, à côté des procédures ouverte et sélective et de la procédure de gré à gré. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a organisé un concours de projets proprement dit («Projektwettbewerb», traduit de manière imprécise dans l'avis de concours par le terme de «concours») au sens de l'art. 42 al. 1 let. b OMP, selon la procédure sélective. Le concours passé en procédure sélective est caractérisé par la succession de deux phases, ce qui le rapproche du concours en plusieurs étapes. Toutefois, concours en procédure sélective et concours en plusieurs étapes doivent être distingués. La LMP et l'OMP sont muettes sur l'admissibilité de principe d'une exigence relative au projet lui-même, telle que la présentation d'une proposition d'idées, au stade de la première phase d'un concours passé en procédure sélective. Un tel mode de procéder du pouvoir adjudicateur pourrait aboutir à éluder les règles du concours d'idées, lequel se caractérise par l'attribution de prix au(x) lauréat(s). Or il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre une esquisse d'idée et une idée comme telle. L'exigence d'une esquisse d'idée dans la première phase d'un concours de projets proprement dit en plusieurs phases ne doit pas aboutir à contourner

⁴⁵ SR 0.632.231.42

Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
Inoffizielle Zusammenfassungen ab 1996 bis und mit 2006 (wichtigste Entscheide)

les règles du concours d'idées. Afin de garantir la transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit annoncer dans l'avis de concours, conformément au ch. 3 de l'annexe 6 OMP, les types exacts de concours et de procédure de passation qu'il entend utiliser. Il doit en particulier annoncer clairement l'organisation d'un concours en plusieurs étapes.

Entscheid vom 22. März 2004, BRK 2004-003, E. 4b:

Der Vergabestelle steht bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser wird gar als noch weitergehend bezeichnet als bei ordentlichen Beschaffungen. Bei Planungswettbewerben umfassen die Eignungskriterien auch objektspezifische Nachweise, insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis. Dies führt dazu, dass die Vergabestelle auch die Angabe von Referenzobjekten verlangen darf.

Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006, BRK 2005-025, E. 3:

Allerdings ist zu beachten, dass der Auftraggeberin im Rahmen eines Gesamtleistungswettbewerbs bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien grundsätzlich ein weiterer Ermessensspielraum zusteht als bei ordentlichen Beschaffungen.

Adresse des Bundesverwaltungsgerichts:

Bundesverwaltungsgericht
2. Abteilung
Webergutstrasse 5
3052 Zollikofen

Kommentare und Verbesserungsvorschläge zu diesem Dokument sind herzlich willkommen:
Vos commentaires et propositions liés au présent document sont les bienvenus:

Marco.Fetz@bbl.admin.ch oder auf fetzmarco@hotmail.com