

BVGer B-3579/2012 vom 18. Juni 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3579_2012

FR: TAF B-3579/2012 du 18 juin 2012

IT: TAF B-3579/2012 del 18 giugno 2012

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 und Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Dabei entscheidet das Bundesverwaltungsgericht auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG [SR 172.021]) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz (Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, VGG [SR 173.32]) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Blosser Unangemessenheit kann vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden (Art. 31 BöB). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Zuschlagsverfügung vom 18. Juni 2012, keine allfällige Unterlassung eines Widerrufs des Zuschlags.

E. 1.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009).

E. 1.3

Auf das Begehren um aufschiebende Wirkung ist damit einzutreten.

E. 1.4

Auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in der Hauptsache sind im Übrigen unbestrittenermassen erfüllt (Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11] in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 BöB und Art. 1 der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011, AS 2011, 5581), die Beschwerdeführerinnen als nicht berücksichtigte Offerentinnen zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 1.2 mit Hinweisen) und die Anfechtung der Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG).

E. 2.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerinnen haben vorliegend zwar ein entsprechendes Begehren eingereicht, die Vergabestelle macht jedoch geltend, dass es zu spät gestellt worden sei. In der Tat haben die Beschwerdeführerinnen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung mit ihrer Beschwerdeschrift vom 5. Juli 2012 noch nicht beantragt, sondern darin vielmehr sinngemäss ausgeführt, dass sie die Beschwerde nur vorsorglich für den Fall erhebe, dass die Zuschlagsempfängerin nach Vertragsunterzeichnung den Nachweis der Systemanforderung eines Funktionserhalts E30 nach DIN 4102-12 unter Nennlast nicht beibringen könne. Die Beschwerdeführerinnen haben damit akzeptiert, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin einstweilen unterzeichnet würde. Nur mit Bezug auf den vertraglich geschuldeten und erst nach der Unterzeichnung durch ein zertifiziertes Labor zu erstellenden Nachweis sowie nur für den Fall, dass dieser Nachweis der Zuschlagsempfängerin zwar misslingen, die Vergabestelle den Vertrag aber trotzdem nicht androhungsgemäss kündigen und den Zuschlag wieder aufheben werde, haben sie die Beschwerde überhaupt erhoben.

E. 2.3

Der vorliegende Rechtsstreit handelt damit nicht von der Erfüllung und Bewertung einer Zuschlagsvoraussetzung der strittigen Ausschreibung, die dem BöB unmittelbar unterstellt wäre, sondern, worauf die Vergabestelle zurecht hinweist, von der Erfüllung einer Vertragspflicht der Zuschlagsempfängerin gegenüber der Vergabestelle. Der Vertrag zwischen Zuschlagsempfängerin und Vergabestelle richtet sich nach dem Obligationenrecht, entfaltet gegenüber den Beschwerdeführerinnen keine Rechtswirkungen und untersteht dem BöB daher nicht (vgl. BGE 103 Ib 157 E. 2b, zur Abgrenzung von privaten und öffentlichen Verträgen vgl. BGE 109 Ib 149 ff. E. 1b-5). Stellt sich eine Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung deshalb erst nach Abschluss des Vertrages mit dem Zuschlagsempfänger als begründet heraus, hat das Bundesverwaltungsgericht lediglich festzustellen, inwiefern die Zuschlagsverfügung Bundesrecht verletzt. Es kann die Aufhebung oder Änderung des Vertrages aufgrund des fehlerhaften Zuschlagsentscheids nicht anordnen (Art. 32 Abs. 2 BöB).

E. 2.4

Allerdings verkörpert der Vertrag als Frucht der Zuschlagsverfügung zugleich auch Ziel und Zweck des Ausschreibungsverfahrens. Zweck der Bestimmungen des Vergaberechts ist nicht nur, die beste Auswahl und eine ausschreibungskonforme Bewertung der Angebote im öffentlichen Interesse zu sichern (Art. 21 Abs. 1 BöB), sondern namentlich auch die Einhaltung des Verfahrenswegs (Art. 13 ff. BöB), die Transparenz (Publizität) der Ausschreibungsbedingungen (Art. XVII des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 [GPA, SR 0.632.231.422], Art. 12 BöB; BGE 125 II 100 E. 7c), die Nichtdiskriminierung und die Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BöB) im Interesse eines fairen Wettbewerbs und gleich langer Spiesse aller Mitbewerbenden zu gewährleisten. Der durch den unterzeichneten Vertrag mit dem

Zuschlagsempfänger gekürzte Rechtsschutz der unberücksichtigt gebliebenen Anbieter (E. 2.3) erscheint aufgrund dieser Verfahrensgarantien nur gerechtfertigt, wenn die Zuschlagsvoraussetzungen vor dem Zuschlagsentscheid abschliessend geprüft und nicht, wie im vorliegenden Fall, bewusst zum Teil auf einen Zeitpunkt nach der Vertragsunterzeichnung verschoben worden sind. Da die Vergabestelle sinngemäss schon mit der Ausschreibung den Widerruf des Zuschlags für den Fall angedroht hat, dass die Erfüllung der übrigen Zuschlagsvoraussetzungen nach dem Vertragsschluss ausbleiben würden, muss auch diese nachgestellte Prüfung vom Schutz des Vergaberechts vollumfänglich erfasst sein. Ein Widerruf des Zuschlags, wie auch ein Abbruch des Vergabeverfahrens, ist zwar rechtlich möglich und in bestimmten Fällen gesetzlich vorgesehen (Art. 11 BöB, Art. 30 VöB), setzt aber zureichende Gründe, wie nichteingehaltene Bedingungen durch den Zuschlagsempfänger, grundlegend veränderte Rahmenbedingungen, wesentlich geänderte Bedürfnisse bei der Vergabestelle oder weggefallene Wettbewerbsverzerrungen voraus, die den Widerruf zwingend oder zumindest auf Grund von unerwarteten Gegebenheiten nahelegen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., N 207 ff. und 435 f.). Sind bestimmte Eignungs- oder Zuschlagskriterien aufgrund der Vorgaben der Vergabestelle erst nach Erteilung des Zuschlags und Abschluss des Vertrages zu prüfen - und sei es unter Vorbehalt des Widerrufs aufgrund eines auflösend bedingten Vertrages - kann diese Situation grundlegend der Ausgangslage von Art. 32 Abs. 2 BöB widersprechen, die auf der Vorstellung beruht, das Ausschreibungsverfahren sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Zuschlags unmittelbar vor die Unterzeichnung eines rechtsbeständigen und unbedingten Vertrages geführt worden (BBl 1994 IV 1201). Der Sinn und Zweck für die Beschränkung der Beschwerdeinstanz auf ein Feststellungsurteil über die Verletzung von Bundesrecht, ohne Möglichkeit der Aufhebung und Rückweisung an die Vergabestelle unter Anweisungen zum weiteren Vorgehen im Sinne dieser Bestimmung, ist in solchen Fällen in Frage gestellt (vgl. BVGE 2009/19 E. 7.2). Verlangt eine öffentliche Ausschreibung - und sei es aus sachlichen Gründen, wie vorliegend, um hohe Zertifizierungskosten der Offerenten zu vermeiden - darum, bestimmte "Musskriterien" erst nach Erlass der Zuschlagsverfügung oder nach Abschluss eines Vertrages unter Androhung des Widerrufs zu erfüllen, darf nicht von vornherein gestützt auf Art. 32 Abs. 2 BöB der Rechtsschutz des Beschwerdeführers verweigert werden. Auch wenn der vor Erfüllung aller "Musskriterien" bedingt geschlossene Vertrag gültig zustande gekommen ist und die Vergabestelle gegenüber der Zuschlagsempfängerin bindet, vermag er vor Abschluss der Prüfung die vergaberechtlichen Pflichten der Vergabestelle gegenüber den Mitbietenden nicht zu beenden, die befreiende Wirkung von Art. 32 Abs. 2 BöB also nicht hervorzurufen. Vielmehr erweist sich der vorgezogene Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin unter diesem Gesichtspunkt als potentiell vergaberechtswidrig (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil. Zürich 2012, N 2689). Als Folge eines aufgrund der Ausschreibung auflösend bedingten (unter Androhung des Widerrufs) geschlossenen Vertrages kann sich die Vergabestelle deshalb auch nicht zwingend auf Art. 22 Abs. 1 BöB berufen, um die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu verhindern. In diesem Fall kann das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle vielmehr vorsorglich im Sinne einer aufschiebenden Wirkung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens anweisen, den Vertrag nicht erfüllen beziehungsweise die Zuschlagsempfängerin den Vollzug bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde unterbrechen zu lassen.

E. 2.5

Das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist damit rechtzeitig gestellt worden.

E. 3.1

Das BÖB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3 Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BÖB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 3.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind, nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission, für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197 vgl. auch S. 1199 vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen

(BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

E. 4.1

Im vorliegenden Fall ist die Auseinandersetzung zwischen den Parteien auf den Anforderungsumfang und die Bewertung einschliesslich einer allfälligen Zertifizierung eines Funktionserhalts E30 nach DIN 4102-12 als "Musskriterium" beschränkt. Die Beschwerdeführerinnen machen hauptsächlich geltend, dass nicht nur einzelne Komponenten der offerierten Rettungsinstallationen wie Kabel, Dosen oder Leuchten, sondern das System von Handlauf, Beleuchtung, Abzweigdosen, Kabel und Alarmierungseinheiten einschliesslich Stromversorgung und Anschlussleitungen in seinem Zusammenwirken gesamthaft den Funktionserhalt E30 erfüllen müssten, womit einzelne Komponenten sogar E90 erforderten, um der Ausschreibung zu entsprechen. Die Vergabestelle hat sich einer Stellungnahme zu dieser Frage enthalten.

E. 4.2

Ob der nachgewiesenermassen geforderte Funktionserhalt E30 nach der Ausschreibung richtigerweise für einzelne Komponenten oder für das Gesamtsystem darzutun sei, kann aufgrund der vorliegenden Akten und ohne fachlichen Bezug zur Industrienorm 4102, Teil 12, nicht abschliessend beurteilt werden. Den Darlegungen der Beschwerde ist einerseits entgegenzuhalten, dass der Funktionserhalt der Stromversorgung, Handläufe und Anschlussdosen in Anhang 6 zum Vertrag nicht zu den nachträglich zu zertifizierenden Kriterien gezählt wird. Auf der anderen Seite scheint die Antwort der Vergabestelle auf Frage 29 die Auffassung der Beschwerdeführerinnen in der Tat zu unterstützen und erscheint es nach vorläufiger Prüfung auch sachlich gesehen nicht fernliegend anzunehmen, dass der Funktionserhalt für die Beschaffung von Notbeleuchtungen, Alarmierungseinheiten und Handläufen in Eisenbahntunnels von zentraler Bedeutung ist und im Sinne der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gesamthaft und nicht einzeln geprüft werden muss.

E. 4.3

Die Beschwerde erscheint damit nicht offensichtlich unbegründet, so dass die Konsequenzen einer aufschiebenden Wirkung für die Vergabestelle mit dem Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Wahrung ihrer Zuschlagschancen zu vergleichen sind (E. 3.2). Nach Auskunft der Vergabestelle vom 25. Oktober 2012 hat die erste Lieferung der Zuschlagsempfängerin anfangs 2014 zu erfolgen, so dass mit einem Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem ordentlichen Erfüllungszeitpunkt eher gerechnet werden kann. Unter diesen Umständen überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerinnen an einem möglichen Widerruf, ist der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen und die Vergabestelle anzuweisen den Vertragsvollzug für die Dauer des Beschwerdeverfahrens wie vorstehend erwähnt durch die Zuschlagsempfängerin unterbrechen zu lassen.

E. 5

Die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids sind mit dem Entscheid in der Hauptsache zu verlegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.