

BVGer B-8061/2010 vom 25. Januar 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8061_2010

FR: TAF B-8061/2010 du 25 janvier 2011

IT: TAF B-8061/2010 del 25 gennaio 2011

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 i.V.m. Art. 29 lit. a BöB). 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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen, abrufbar über www.bvger.ch, Entschiddatenbank, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009).

E. 2

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann diese jedoch auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.1

Das BöB selbst nennt die Kriterien, welche beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu berücksichtigen sind, nicht. Es können jedoch diejenigen Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, welche für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, 110 V 40 E. 5b, 106 Ib 115 E. 2a, 105 V 266 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/ St. Gallen 2010, N. 1802 f.; Pierre Moor, Droit administratif, Bd. II, 2. A., Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich dabei auf eine prima-facie-Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des

öffentlichen Beschaffungswesens massgebend. Dass der Suspensiveffekt im BöB, anders als im VwVG, nicht von Gesetzes wegen gewährt wird, zeigt, dass sich der Gesetzgeber der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung für notwendig erachtete (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.1, je mit Hinweisen).

E. 2.2

Im Falle eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss in einem ersten Schritt mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob die Beschwerde aufgrund der vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet erscheint. Trifft dies zu, so ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen diesbezüglich Zweifel, so ist aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu entscheiden. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei erhebliches Gewicht zu (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.2, B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2 und B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3 mit Hinweisen). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführer sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei die Gewährung wirksamen Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2 mit Hinweisen).

E. 3.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde (bzw. vorliegend auf einen prozessualen Antrag) einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Ist prima facie davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann, dringt die Beschwerdeführerin mit prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 2 und B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2 i.V.m. E. 3.1).

E. 3.2

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

E. 3.3

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB).

E. 3.4

Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 vom 11. Juni 2010 (SR 172.056.12) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den Schwellenwert (ohne MWST) von Fr. 230'000.- erreicht. Laut Publikation vom 27. Oktober 2010 auf simap.ch wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 384'454.80 erteilt. Demnach wird der für die Anwendbarkeit des BöB massgebliche Schwellenwert im vorliegenden Fall überschritten.

E. 4.1

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (lit. b) und der Zuschlag (lit. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; vgl. [betreffend Eignungskriterien] Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3 mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.38, E. 2c/aa mit Hinweisen); dies gilt jedenfalls in dem Masse, wie Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit Hinweisen; Marc Steiner, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in VPB 66.38, E. 3c/cc).

E. 4.2

Nach Ziff. 3.13 der simap-Ausschreibung für Los 12 vom 7. Juni 2010 waren die Ausschreibungsunterlagen ab diesem Datum bis zum 13. August 2010 auf simap.ch verfügbar. Entsprechend hielt das ASTRA in Ziff. 3 seiner Vernehmlassung vom 10. Dezember 2010 fest: "Mit den Ausschreibungen im SIMAP vom 7. Juni 2010 [...] wurden den Anbietern auch sämtliche Formulare und Unterlagen zur Erstellung eines Angebotes zur Verfügung gestellt." Die Beschwerdeführerinnen behaupten nicht, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht zeitgleich mit der Ausschreibung verfügbar gewesen wären, und mindestens prima facie bestehen auch keine anderslautenden Indizien. Vor diesem Hintergrund lässt sich jedenfalls auf ersten Anschein hin feststellen, dass die Ausschreibungsunterlagen faktisch Teil der Ausschreibung waren. Demzufolge durften hier Einwände gegen die Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen prima facie in dem Umfang nicht mehr mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag vorgebracht werden, in welchem Bedeutung und Tragweite der entsprechenden Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren.

E. 4.3

Laut ihrer Ziff. 1 richtet sich die Beschwerde vom 16. November 2010 sowohl gegen den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren (Absageschreiben des ASTRA vom 27. Oktober 2010) als auch gegen den Zuschlag vom 27. Oktober 2010. Nicht angefochten haben die Beschwerdeführerinnen hingegen die Ausschreibung vom 7. Juni 2010. Sofern und soweit die strittigen Anordnungen in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen ohne Weiteres erkennbar waren, müsste die Beschwerde daher mit der Folge des Nichteintretens als verspätet betrachtet werden.

E. 4.4

Mit ihrer Beschwerde beanstanden die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen die Methodik der Vergabestelle, eine feste Stundenzahl vorzuschreiben. Sie werfen dem ASTRA auch widersprüchliches Verhalten vor, nachdem ihnen im April 2010 der Zuschlag für ihr Angebot zu Los 10 (Chur) erteilt wurde, bei welchem sie mit leicht geänderter Projektorganisation aufgrund gleich gestalteter Ausschreibungsunterlagen ebenfalls weniger Stunden als vom ASTRA vorgegeben offeriert hatten. Die zwingende Vorgabe von Stunden lässt ihrer Auffassung nach sowohl die unterschiedlichen Spezialisierungen der Anbieter als auch laufende Arbeiten bei anderen Teilprojekten und dadurch erworbenes Know-how völlig ausser Acht. Es sei schlicht undenkbar, dass jeder Anbieter von einem uniformen Aufwand ausgehen könne.

E. 4.5

Gemäss Ziff. 2.9 der Ausschreibung (Teilangebote; Bemerkungen) sind Abänderungen am Angebotstext nicht zulässig. Ziff. 3.1 (generelle Teilnahmebedingungen) bestimmt sodann, dass Abänderungen der vom Auftraggeber abgegebenen Unterlagen nicht zulässig sind und entsprechende Angebote vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

E. 4.6

Ziff. 3.9 der Ausschreibung nennt folgende Zuschlagskriterien: Kriterium 1: Schlüsselpersonen (Gewichtung 40%) Die Schlüsselpersonen im Angebot werden hinsichtlich folgender Unterkriterien bewertet: 1.1) Referenzen in Bezug zur Aufgabe resp. zu den Aufgaben im Projekt und deren Aktualität (Gewichtung 30%) 1.2) Angaben zu Aus- und Weiterbildung, zu den speziellen Kenntnissen, zur Berufserfahrung in Bezug zur Aufgabe resp. zu den Aufgaben im Projekt Kriterium 2: Aufgabenanalyse und Vorgehensvorschlag (Gewichtung 40%) Die Angaben im Angebot werden hinsichtlich folgender Unterkriterien bewertet: 2.1) Aufgabenanalyse: Ausgangslage, Untersuchungsgebiet, bekannte Ereignisse, Schwerpunkte der Arbeit, Chancen und Risiken, Bezug zur Methodik und Risikoanalyse, Vorbehalte (Gewichtung 30%) 2.2) Vorgehensvorschlag: Organisation, Vorgehen, Wahl der Methoden, Sicherstellung der Qualität der Resultate (Gewichtung 10%) Kriterium 3: Preis (Gewichtung 20%) Für die Preisbewertung gilt: Das tiefste bereinigte Angebot erhält die maximale Punktzahl. Angebote, deren Preis 50% oder mehr über dem tiefsten Angebot liegen, erhalten 0 Punkte. Dazwischen erfolgt die Bewertung linear.

E. 4.7

Die Beschwerdeführerinnen erstellten ihre Offerte auf dem vom ASTRA abgegebenen, ab 7. Juni 2010 über simap.ch zu beziehenden Formularsatz "Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betreffend Naturgefahren auf Nationalstrassen, Los 12: Walensee, Angebot". Unmittelbar nach dem Deckblatt dieses Formularsatzes folgt eine Seite mit den Überschriften "Generelle Bemerkungen zum Angebot" sowie "Anleitung zum Ausfüllen

des Formulars"; diese Seite findet sich auch in der Offerte der Beschwerdeführerinnen. Unter den generellen Bemerkungen zum Angebot hielt die Vergabestelle insbesondere Folgendes fest: Der Auftraggeber gibt für die zu erbringenden Leistungen eine bestimmte Stundenanzahl vor. Diese vorgegebenen Stunden müssen zwingend offeriert werden. Der Bewerber ist frei, die Stundenvorgaben auf Naturgefahrenprozesse, Phasen und Personen zu verteilen. Die Stunden der Schlüsselpersonen für Projektleitung und Initialisierung sind pro Naturgefahrenprozess durch den Auftraggeber vorgegeben. Allfällige weitere Leistungen, welche aus Sicht des Anbieters vorteilhaft sind, werden in der Tabelle "Zusatzleistungen" aufgelistet. Die Zusatzleistungen müssen grundsätzlich bei dem Auftraggeber zeitgerecht angemeldet und durch ihn bewilligt werden. Unter dem Titel "Anleitung zum Ausfüllen des Formulars" sind drei unterschiedlich eingefärbte Rechtecke dargestellt. Das mittlere, orange weist folgende Legende auf: "Diese vorgegebenen Arbeitsstunden des Auftraggebers sind zwingend zu offerieren".

E. 4.8

Vor diesem Hintergrund muss zumindest bei erster Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die Anbietenden im Prinzip leicht erkennen konnten, dass die Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" bei 20% lag und das ASTRA eine feste, zwingend einzuhaltende Stundenzahl vorgab, bei deren Nichteinhaltung der Ausschluss vom Vergabeverfahren für das Los 12 drohte. Zu prüfen bleibt aber noch, ob auch Bedeutung und Tragweite dieser Anordnungen, insbesondere in ihrer Verbindung, ohne Weiteres erkennbar waren.

E. 4.9

Das ASTRA stimmt mit den Beschwerdeführerinnen darin überein, dass die Ausschreibungsunterlagen - mit Ausnahme des losindividuellen Perimeterplans und der Gefahrenhinweiskarten - für die Lose 11, 12 und 10, bei welchem die Beschwerdeführerinnen ebenfalls weniger Stunden offeriert, jedoch den Zuschlag erhalten hatten, identisch waren. Laut unbestrittener Angabe in der Beschwerdeschrift erging der Zuschlag für Los 10 im April 2010, also einige Zeit vor der Publikation der Ausschreibung des hier zur Diskussion stehenden Loses 12. Die Beschwerdeführerinnen erklären, ihr Angebot für Los 10 sei nicht ausgeschlossen worden; es habe keinerlei Vorbehalte oder Hinweise gegeben, und der Vertrag sei auf der offerierten Grundlage unterzeichnet worden. Sie hätten deshalb nachvollziehbar keinerlei Anlass gehabt, eine entsprechende Rechtsfolge bei den Losen 11 und 12 zu befürchten, entsprechende Nachfragen zu stellen oder einen Vorbehalt anzubringen. Dass ein vergleichbares Vorgehen je zum Ausschluss habe führen können, sei ihnen nicht angekündigt worden, was auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu rügen sei.

E. 4.10

Prima facie liegt es daher im Bereich des Möglichen, dass Bedeutung und Tragweite der behördlichen Anordnungen in der Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen nicht ohne Weiteres erkennbar waren. Dies gilt jedenfalls, sofern und soweit sich die Beschwerdeführerinnen aufgrund des Verhaltens des ASTRA bzw. ihrer Erfahrungen mit Offerten für frühere Lose, bei denen sie trotz Unterbietung der vorgegebenen Stundenzahl nicht ausgeschlossen wurden, in zulässiger Weise auf den Vertrauensschutz berufen dürfen, was zumindest bei vorläufiger Beurteilung denkbar erscheint. Angesichts dessen ist prima facie davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht bereits gegen die

Ausschreibung vom 7. Juni 2010 (bzw. die gleichzeitig freigegebenen Ausschreibungsunterlagen) Beschwerde führen mussten und ihre Vorbringen vom 16. November 2010 daher grundsätzlich nicht als verspätet zu gelten haben.

E. 5

Vor diesem Hintergrund können die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen, welche mindestens prima facie die Voraussetzungen zur Beschwerdeführung (Art. 48 Abs. 1, 50 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 63 Abs. 4 VwVG) erfüllen, nicht bereits mit Blick auf die Eintretensfrage abgewiesen werden.

E. 6

Demzufolge muss nun mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob die Beschwerde gestützt auf die vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet anzusehen ist.

E. 6.1

Nach der Praxis der BRK, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts liegt eine Gewichtung des Preiskriteriums mit 20% selbst für komplexe Beschaffungen grundsätzlich an der untersten Grenze des Zulässigen (BGE 130 I 241 E. 6.3, 129 I 313 E. 9.2; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.3 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 527 mit Hinweisen). Eine zu tiefe Gewichtung des Preises verletzt den Grundsatz der Zuschlagserteilung an das wirtschaftlich günstigste Angebot und steht im Widerspruch zur Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen (Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 527).

E. 6.2

Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums 3 "Preis" mit 20% liegt grundsätzlich an der untersten Grenze des nach der soeben zitierten Praxis selbst für komplexe Aufträge Zulässigen. Durch die Vorgabe einer zwingend einzuhaltenden festen Stundenzahl könnte das Gewicht dieses Zuschlagskriteriums allerdings noch abgeschwächt worden sein, weil beispielsweise erfahreneren, teureren Anbietern, welche für die Erfüllung des Auftrags an sich nicht so viele Stunden einsetzen müssten wie weniger erfahrene Offerenten mit günstigerem Honoraransatz, derselbe zeitliche Aufwand vorgeschrieben wird. Auf diese Weise konnten erstere unter Umständen ihren reicheren Erfahrungsschatz nicht zur Geltung bringen, was dazu geführt haben könnte, dass in Verletzung von Art. 1 Abs. 1 lit. b und c BöB der Wettbewerb unter den Anbietenden verzerrt und nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt wurde.

E. 6.3

Prima facie lässt sich demnach nicht ausschliessen, dass das ASTRA durch die tiefe Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" in Kombination mit der Vorgabe einer festen, zwingend einzuhaltenden Stundenzahl gegen Bundesrecht verstossen haben könnte.

E. 6.4

Daher erscheint die Beschwerde bei erster, vorläufiger Beurteilung der Rechtslage gestützt auf die vorhandenen Akten nicht als offensichtlich unbegründet. Angesichts dessen ist mittels einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden.

E. 6.5

In seiner Vernehmlassung vom 10. Dezember 2010 erklärte das ASTRA, vorliegend bestünden zwar öffentliche Interessen an der Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betreffend Naturgefahren auf Nationalstrassen, jedoch keine Dringlichkeit. Die Reihenfolge und Staffelung der ausgeschriebenen Lose sei von der Vergabestelle aufgrund der eigenen Ressourcen festgelegt worden. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht dessen, dass für das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Parteivorbringen prima facie nicht ersichtlich ist, inwiefern hier das Postulat der Gewährung wirksamen Rechtsschutzes hintanzustellen wäre, ist der Beschwerde die von den Beschwerdeführerinnen beantragte aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E. 7

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

E. 8

Über das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen ist, soweit es durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht gegenstandslos geworden ist, zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden.

E. 9

Über das weitere Vorgehen, namentlich über die Ansetzung eines zweiten Schriftenwechsels entsprechend dem Begehren der Beschwerdeführerinnen, ist zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden.

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