

BVGer B-8244/2010 vom 23. Februar 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-02-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8244_2010

FR: TAF B-8244/2010 du 23 février 2011

IT: TAF B-8244/2010 del 23 febbraio 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 Bst. 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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (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 (Zwischenentscheid B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

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. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N. 1802 f.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, 2. Aufl., 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

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, 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 Bst. a BöB).

E. 3.4

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 (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 8. November 2010 auf simap.ch wurde der Zuschlag zum Preis von CHF 648'036.90 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 (Bst. b) und der Zuschlag (Bst. 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: 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

In der simap-Ausschreibung für das Projekt "UPlaNS - N03/70 Kerenzerbergtunnel Verkehrsplanung" vom 7. Juli 2010 wurden den Anbietern die Zuschlagskriterien sowie die Subkriterien bekannt gegeben. Das Zuschlagskriterium 1 "Preis", mit einer Gewichtung von 40 %, wurde dabei unterteilt in: "Angebotssumme", mit einer Gewichtung von 30 %, und "Plausibilität der Stundenverteilung auf die Honorarkategorien im Hinblick auf die vorliegende Aufgabe", mit einer Gewichtung von 10 %. Gleichzeitig wurde unter Ziff. 3.13 bekannt gegeben, dass die Ausschreibungsunterlagen ab dem 7. Juli 2010 via simap.ch bezogen werden könnten. Entsprechend wendet die Vergabestelle zu Recht ein, dass sich die Beschwerdeführerin bei allfälligen Unklarheiten bezüglich der Ausschreibung oder bezüglich der Zuschlagskriterien sowie deren Subkriterien und/oder Gewichtung, während der vorgesehenen Fragerunde hätte Klarheit verschaffen können. Die Rügen der Beschwerdeführerin beziehen sich vor allem auf das Zuschlagskriterium "Plausibilität der Stundenverteilung auf die Honorarkategorien im Hinblick auf die vorliegende Aufgabe". Es ist jedenfalls nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht, dass die Bedeutung und die Tragweite dieses Zuschlagskriteriums nicht eindeutig oder dieses allenfalls missverständlich formuliert gewesen wäre. Ohnehin hätten solche Einwände gegen die Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen prima facie

unmittelbar nach Erkennen des Mangels und nicht erst mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag vorgebracht werden müssen. 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. 4.3

Mit ihrer Beschwerde beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, dass sie beim Zuschlagskriterium Preis unter Punkt 1.2 "Plausibilität der Stundenverteilung" lediglich mit einer Note 2 (sehr schlechte Erfüllung des Kriteriums) bewertet worden sei. Die Begründung der Vergabestelle, wonach sich die Note 2 aus einer zu geringen Menge von Stunden der Honorarkategorie B im Vergleich zu den anderen Anbietern ergebe, sei nicht stichhaltig. Schliesslich sei ihr bewährtes und eingespieltes Team aus dem Projekt "Gesamterneuerung Stadttangente Bern" mit identischer Honorarkategoriezuteilung für das vorliegende Projekt vorgesehen.

E. 4.4

Gemäss Ziff. 2.8 und 2.9 der Ausschreibung (Varianten/Teilangebote) war weder die Abgabe von Varianten noch von Teilangeboten zugelassen. Auch Abänderungen am Angebotstext waren nicht zulässig. Ziff. 3.9 der Ausschreibung nennt folgende Zuschlagskriterien: ZK 1: Preis (Gewichtung 40%) Der Preis wurde hinsichtlich folgender Unterkriterien bewertet: - Angebotssumme (Gewichtung 30%) - Plausibilität der Stundenverteilung auf die Honorarkategorien im Hinblick auf die vorliegende Aufgabe (Gewichtung 10%). ZK 2: Fachtechnischer Bericht (Gewichtung 30%) unterteilt in: - Qualität der Aufgabenanalyse (Gewichtung 15%) - Qualität der Risikoanalyse (Gewichtung 15%) ZK 3: Referenzen der Schlüsselpersonen, Qualität und Adäquanz im Hinblick auf die vorliegende Aufgabe (Gewichtung 30%) unterteilt in: - Verkehrsingenieur (Gewichtung 20%) - Verkehrsingenieur Stv. (Gewichtung 10%). Für die Preisbewertung gilt: Das tiefste bereinigte Angebot erhält die maximale Punktzahl. Angebote, deren Preis 100% oder mehr über dem tiefsten Angebot liegen, erhalten 0 Punkte. Dazwischen erfolgt die Bewertung linear.

E. 4.5

Die Beschwerdeführerin verteilte in ihrer Offerte vom 26. August 2010 von den insgesamt zu verteilenden 4'000 Stunden nur 790 auf die Schlüsselpersonen "Verkehrsingenieur" und "Verkehrsingenieur Stv". Dies entspricht einem prozentualen Anteil von 19,75 %. Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin mit dieser Stundenverteilung zum Ausdruck bringt, wie bzw. mit welchen Personen sie die gestellten Aufgaben vor allem abzuwickeln gedenkt. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen soll der Kerenerbergtunnel während der Bauarbeiten periodisch für den Verkehr freigegeben werden. Entsprechend hoch sind die sicherheitstechnischen und verkehrsplanerischen Anforderungen. Vor diesem Hintergrund ist zumindest nach erster Betrachtung nicht zu bemängeln, wenn die Vergabestelle angesichts der Komplexität der Aufgabe erwartet, dass ein grosser Anteil der Stunden durch die Schlüsselpersonen in den entsprechenden Honorarkategorien abgewickelt werden sollen. Dies unterstrich die Vergabestelle nicht zuletzt mit dem Umstand, dass sie nebst dem Gesamtpreis auch ein Hauptaugenmerk betreffend eine plausible Stundenverteilung auf die Honorarkategorien gelegt und ein entsprechendes Subkriterium in die Bewertung einbezogen hat. Damit musste auch für die

Beschwerdeführerin ohne Weiteres erkennbar sein, dass nicht nur die Gesamthonorarsumme für die Bewertung massgebend sein sollte.

E. 4.6

Der Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach ihr eingespieltes Team aus dem Projekt "Gesamterneuerung Stadttangente Bern" für das vorliegende Projekt eine identische Honorarkategorie-Zuteilung vorgenommen habe, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Die Vergabestelle zeigt in diesem Zusammenhang mittels ins Recht gelegten Abrechnungen nachvollziehbar auf, dass die Beschwerdeführerin beim Projekt "Gesamterneuerung Stadttangente Bern" bis anhin einen Anteil von über 34 % und damit weit mehr als im vorliegend zu beurteilenden Projekt (19,75 %) der verrechneten Stunden den Schlüsselpersonen zugerechnet hat.

E. 4.7

Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, die Vergabestelle bezahle schliesslich nicht einzelne Honorarpositionen, sondern einen im Voraus festgelegten Projekt-Gesamtpreis. Deshalb sei es unerheblich, wie in diesem Total die Stunden durch den Unternehmer alloziert würden, weil dies letztlich im ökonomischen Risiko des Unternehmens liege. Mit diesem Argument verkennt die Beschwerdeführerin, dass sie in ihrer Offerte kein Festpreisangebot abgegeben hat, sondern eine Vergütung nach dem erbrachten Zeitaufwand mit Kostendach nach den offerierten Stundenansätzen je nach Honorarkategorie. Entsprechend ist das einzugehende unternehmerische Risiko auch nicht gleich hoch einzuschätzen, wie es bei der Abgabe eines Festpreisangebotes der Fall wäre.

E. 4.8

Prima facie hat die Vergabestelle dem Transparenzgebot Genüge getan, indem sie sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigte, vorgängig in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgeführt bzw. zum Voraus deutlich präzisiert und bekanntgeben hat (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB; BGE 130 I 241 E. 5.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa, unter Hinweis auf BGE 125 II 86 E. 7c sowie den Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3a). Auch die Subkriterien, welche sie zu verwenden gedachte, hat sie unter Nennung ihrer jeweiligen Gewichtung den Offerenten ebenfalls im Voraus mitgeteilt. Ferner dokumentierte die Vergabestelle die Prüfung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien (Art. 25 VöB) in nachvollziehbarer Weise.

E. 5

Unter Berücksichtigung, dass die Vergabebehörde bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien über einen breiten Ermessensspielraum verfügt, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 6.2; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2 mit Hinweisen), ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass die Vergabestelle dieses ihr zustehende Ermessen weder überschritten noch missbraucht hat. Die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zuschlagserteilung ist somit prima facie nicht zu beanstanden. Angesichts dieser Ausgangslage darf dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden, auch wenn die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 14. Januar 2010 ausführte, es bestünden zwar öffentliche Interessen an einer sorgfältigen Verkehrsplanung, damit es während der

Bauphase zu keinen sicherheitsrelevanten Verkehrsbehinderungen komme, jedoch keine Dringlichkeit. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich (vgl. E. 2.2 hiervor). Damit fällt die Verfügung vom 29. November 2010 betreffend superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahin.

E. 6

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

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