

CH_VB JAAC 65.94 vom 5. Juli 2001

Bundesverwaltung, 2001-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_65.94__

FR: CH_VB JAAC 65.94 du 5 juillet 2001

IT: CH_VB JAAC 65.94 del 5 luglio 2001

Erwägungen

E. 5

Nachfolgend wird die Umschreibung der Zuschlagskriterien erörtert, um festzustellen, ob diese den Anforderungen des vergaberechtlichen Transparenzgebots genügt. a.aa. Den Unterlagen, die den Anbieterinnen nach ihrer Zulassung zur Offertstellung zugestellt worden sind, lässt sich nicht entnehmen, was «Verankerung am Markt» bedeutet. Nach den Ausführungen der Vergabestelle ist unter «Verankerung am Markt, Abdeckung Schweiz» beurteilt worden, wie gut die Bewerber die verschiedenen Fachbereiche ARA (Abwasserreinigungsanlagen), KVA (Kehrichtverbrennungsanlagen), WV (Wasserversorgungen) und das jeweilige Marktgeschehen aus eigener Tätigkeit kennen und wie gut ihre Organisationsstruktur die ganze Schweiz erreichen kann. Nach den Aussagen der Vergabestelle anlässlich der öffentlichen Verhandlung geht es «um die Kenntnis der Fachbereiche und Spezifitäten der drei Bereiche». Auf die Frage hin, ob die Grösse des Kundenstammes von Bedeutung sei, erklärte die Vergabestelle, der Kundenstamm spiele keine Rolle. Bei diesem Gesichtspunkt gehe es um die Frage nach den Kenntnissen des Marktes bzw. der Spezifitäten der Szene. Daraus ergab sich folgende Bewertung der beiden Anbieterinnen: Die Bietergemeinschaft der Beschwerdeführerinnen erreiche einerseits durch geschäftliche Aktivitäten der beteiligten Firmen in den drei Fachbereichen sowie von Partnern einen grossen Kundenkreis in der gesamten Schweiz, andererseits nehme sie als Akteur des Marktes auch an dessen Entwicklung teil. Sie habe deshalb eine gute bis sehr gute Bewertung erhalten. Die Zuschlagsempfängerin verfügt nach Angaben der Vergabestelle durch ihre bisherigen Aktivitäten in «Energie in ARA» und ihre Zusammenarbeit mit dem Abwasser- und Gewässerschutz-Verband VSA über sehr gute Kenntnisse des ARA-Marktes. Ihre intensiven Kontakte zu Exponenten der beiden andern Bereiche KVA und WV (Präsidenten der Branchenverbände SVGW [Schweizerischer Verein des Gas- und Wasserfaches], SBV [Schweizerischer Brunnenmeisterverband], VBSA [Verband Betriebsleiter Schweizerischer Abfallbehandlungsanlagen] eröffnen ihr gute bis sehr gute Möglichkeiten, das aktuelle Marktgeschehen in allen drei Sprachregionen der Schweiz zu verfolgen. Durch diese Kontakte (inklusive VSA) sei auch der flächendeckende Zugang zum Zielpublikum gewährleistet. Den Schilderungen der Vergabestelle zufolge geniessen die Branchenverbände eine sehr hohe Akzeptanz bei ihren

E. 6

Mitgliedern; daher sei dieser Kommunikationsweg als sehr wirkungsvoll und effizient einzustufen. Die Zuschlagsempfängerin sei deshalb unter diesem Kriterium zwischen gut und sehr gut bewertet worden. bb. Die Zuschlagsempfängerin hebt in ihrer Offerte unter dem Punkt «Verankerung des Offertstellers am Markt/Abdeckung CH» hervor, die wichtigsten Marktpartner bei den ARA, WV und KVA seien die Betreiber und die Ingenieure. Diese seien in den starken Fachverbänden VSA, SVGW und VBSA

zusammengeschlossen. «Alle drei Verbände haben uns - als neutrale Berater - die volle Unterstützung zugesichert, so dass wir unser Beziehungsnetz vertiefen und ausweiten können. Wir sind damit sowohl bei den ARA, als auch im neuen Markt der WV und KVA in der Deutschschweiz, wie auch der Romandie und im Tessin bestens verankert». Die Offerte der Beschwerdeführerinnen lautet in Kap. 9 «Verankerung am Markt, Abdeckung CH» wie folgt: «Die grosse Anzahl von weit über 200 ausgeführten Anlagen, Projektierungen und Beratungen in den relevanten Bereichen durch die Mitglieder unserer Bietergemeinschaft, die Menge der in diesen Bereichen durch sie gegenwärtig bearbeiteten Projekte (über 30) sowie die sehr zahlreichen Kontakte zu Behörden, Verbänden, Kunden und Planer in allen Regionen der Schweiz erlauben uns, die zum Erfolg erforderliche Marktverankerung zu garantieren.» Zur Marktabdeckung wird ausgeführt, durch die 17 Standorte ihrer Mitglieder sei die Bietergemeinschaft in allen Regionen der Schweiz täglich präsent. Somit sei die volle Marktabdeckung gewährleistet. cc. Im Rahmen der «Verbalen Bewertung der Mandatsofferten «Energie in Infrastrukturanlagen»» wurde zum Gesichtspunkt «Verankerung am Markt / Abdeckung Schweiz» Folgendes festgehalten: ARGE X Verankerung am Markt vor allem im Bereich ARA gegeben [...]; in den Bereichen KVA und Wasservers dd. Die Bewertungen durch die drei involvierten Mitarbeiter des BFE ergeben folgendes Bild: Alle drei Sachbearbeiter haben beide Anbietenden gleich bewertet. Während U diesen 4 Punkte zuerkannte, wurden beide Anbieterinnen von V und W mit der Höchstnote bedacht. Die Begründung von U stimmt mit der Verbalen Bewertung der Mandatsofferten «Energie in Infrastrukturanlagen» überein bis auf den Umstand, dass der zweite Halbsatz der Beurteilung betreffend die Zuschlagsempfängerin vollständig wie folgt lautet: «[Verankerung] in den anderen beiden Bereichen durch intensive Kontakte zu Exponenten dieser Bereiche gegeben - aber ausbaubedürftig». W notiert zu den Beschwerdeführerinnen: «Abdeckung gut. Vertriebsnetz muss noch aufgebaut werden.» Die Beurteilung der Zuschlagsempfängerin

E. 7

lautet: «ARA: Sehr gute Abdeckung, da bisher Programmleitung, WV: Vertretung Westschweiz Z [Partnerin Bewerbungsteam Y] hat bisher keine Energieprojekte realisiert, KVA: Zugang via Verband «angeteigt»». ee. Es stellt sich nun die Frage, ob die Anbieter aufgrund des nicht näher erläuterten Zuschlagskriteriums mit diesem Vorgehen bei der Bewertung rechnen mussten. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass sich die Verankerung am Markt nach dem herkömmlichen Verständnis wohl aus den ausgeführten Projekten ergibt und sich am Kundenstamm misst. Aber selbst wenn die Kenntnis des Marktes allein genügen würde, um Verankerung am Markt zu gewährleisten, und dies für die Anbieter aus der Umschreibung des Kriteriums auch ersichtlich wäre, kann dem Begriff «Verankerung» jedenfalls nicht entnommen werden, dass es genüge, wenn der Zugang via Verband «angeteigt» ist. Demnach mussten die Anbieter dieses Kriterium nicht so verstehen, wie es nachher als Grundlage der Bewertung gedient hat. Die Vergabestelle hat die Wahl, ob sie ihre eigene Begrifflichkeit verwendet, das Kriterium erläutert und entsprechend bewertet oder ob sie das nicht mit Erläuterungen versehene Kriterium nach seinem herkömmlichen Verständnis der Bewertung zugrunde legt. Hingegen vermag das Vorgehen im vorliegenden Fall vor dem Transparenzgebot nicht zu bestehen. Nach dem Gesagten kann dahingestellt bleiben, ob zugleich eine unzulässige doppelte Verwertung desselben Gesichtspunkts gegeben ist. Diesbezüglich hat die Rekurskommission in ihrer Zwischenverfügung vom 11. Mai 2001 (E. 2b) darauf hingewiesen, dass die Zuschlagsempfängerin ihre Punktzahl bei der «Verankerung am Markt/Abdeckung CH» unter anderem ihren «intensiven Kontakten

zu Exponenten» verdanke und unter dem Kriterium «Berücksichtigung des Umfelds/Integration» zugleich ihr «gesponnenes Netzwerk» zu ihren Gunsten ins Gewicht falle. Es liege daher möglicherweise eine unzulässige doppelte Verwertung desselben Gesichtspunkts vor. b. Zur «Vollständigkeit der Abdeckung des Mandats» finden sich in den Unterlagen der Vergabestelle, die den zur Offertstellung eingeladenen Anbieterinnen zugestellt worden sind, keinerlei Erläuterungen. Damit ist auch hier davon auszugehen, dass die Vergabestelle einen herkömmlichen Sinn dieser Formulierung voraussetzt. Anlässlich der Verhandlung vom 5. Juli 2001 führte die Vergabestelle auf die Frage, was unter diesem Kriterium zu verstehen sei, aus, es gehe darum, ob in der Offerte Antworten auf alle im Pflichtenheft aufgeworfenen Fragen in Bezug auf alle Bereiche enthalten waren. Damit könnte der Eindruck entstehen, es gehe, wie der herkömmliche Sinn der Formulierung auch nahelegt, um eine relativ formale Prüfung bezüglich der Vollständigkeit der Offerte. Ob die Berücksichtigung der Vollständigkeit der Offerte im Rahmen der Bewertung zulässig wäre, ist für die folgenden Ausführungen indes unerheblich. Andererseits wurde - in einem gewissen Widerspruch dazu - ebenfalls bestätigt, dass die Marketingstrategie - angesichts der Umschreibung des Mandats wohl einer der wichtigsten Gesichtspunkte überhaupt - Teilgehalt dieses Kriteriums ist. So hat U unter diesem Kriterium zu den Beschwerdeführerinnen festgehalten: «Wesen, Möglichkeiten und Risiken in allen drei Bereichen klar identifiziert; · Projektbeschreibungen umfassend und durchdacht; die Rolle der Verbände als Vertriebsnetze (also Partner im Mandat) ist jedoch relativ unklar;

E. 8

· Zielerfüllungs-Übersicht mit Zeitraster überzeugend - aber auch ambitiös; · Aufbau/Nutzung von «Übertragungskänen» (Vertriebsnetzen) für Marketing zielführend/effizient; CO2-Steuer und ISO-Umweltzertifikat als Marketinginstrument einsetzen gut; allerdings ist fraglich, ob die im Zentrum der Strategie stehenden «Anstösse» zum Handeln und die «Zusammenführung der Marktcompetenzen» genügen - das braucht zunächst viel Überzeugungsarbeit und Zeit.» Aus dieser Begründung geht hervor, dass unter dem Kriterium «Vollständigkeit der Abdeckung des Mandats» das Marketingkonzept der Anbieterinnen - wohl einer der wichtigen Punkte - geprüft worden ist. Dabei hat die Vergabestelle einen eigenen, sehr weiten Marketingbegriff verwendet. Die Beschwerdeführerinnen verweisen in diesem Sinne in Kap. 11 ihres Angebots auf das Kap. 2 der Offerte «Zielsetzungen, Marketingstrategie, Zielbeiträge, Synergien, Konflikte, Chancen und Risiken» einschliesslich Tabelle «Optimierungsstrategien» im Punkt 2.1 sowie auf das Kap. 4 («Projektbeschreibungen, Zielgruppen, Vorgehenspläne») und halten fest, damit sei die Vollständigkeit der Mandatsabdeckung aufgezeigt. Die Zuschlagsempfängerin führt demgegenüber Folgendes aus: «Wir decken alle Bereiche der Offertanfrage in der ganzen Schweiz hundertprozentig ab. Wir haben bereits in allen Landesteilen der Deutschschweiz, der Romandie und dem Tessin Anlauf- und Auskunftstellen etabliert.» Sie versteht also die Vollständigkeit im Hinblick auf die geographische Abdeckung und die Abdeckung der drei Bereiche ARA, WV und KVA. Somit ist offensichtlich, dass sich aufgrund der nicht eindeutigen Umschreibung des Kriteriums Missverständnisse ergeben haben. c. Anhand dieser beiden Beispiele lässt sich zeigen, dass die Begriffe, die zur Umschreibung der Zuschlagskriterien gedient haben, zum Teil trotz fehlender Erläuterungen von der Vergabestelle nicht so verwendet worden sind, wie sie die Anbieterinnen - im Sinne ihrer herkömmlichen Bedeutung - verstehen durften. Dadurch wird das Transparenzgebot im Rahmen der Umschreibung der Zuschlagskriterien verletzt. Es kann unter diesem Gesichtspunkt offen bleiben, ob es zur Wahrung der

Transparenz nicht zusätzlich erforderlich gewesen wäre, das Kriterium «Fach- und Methodenkompetenz» in zwei Subkriterien «Fach- und Methodenkompetenz Ingenieurwesen» und «Fach- und Methodenkompetenz Marketing» unter Angabe der Gewichtung zu unterteilen. Gleichfalls offen bleiben kann, ob die Anbietenden aufgrund der den Anbietern nach der Präqualifikation zugestellten Unterlagen erkennen konnten, was die Vergabestelle unter Marketing verstanden hat (zur Bedeutung des Kriteriums «Berücksichtigung/Integration Umfeld» vgl. E. 6 hiernach). 6.a. Der Grundsatz der Transparenz erfordert überdies, dass die Vergabebehörde die Gewichtung der Angebote nach den von ihr bekanntgegebenen Kriterien beurteilt. Werden bekanntgegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzlich Kriterien herangezogen,

E. 9

die nicht bekanntgegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der Rekurskommission vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30, E. 3c). b. W notiert zu den Beschwerdeführerinnen unter dem Kriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld», ihre Akteurrolle schränke die Berücksichtigung des Umfeldes potenziell ein. Demgegenüber hält er zur Zuschlagsempfängerin fest, sie erfülle dieses Kriterium sehr gut, da «keine Akteure in der ARGE» seien. In der Gesamtbeurteilung («conclusion») betreffend die Vergabe als Ganzes hält der Sachbearbeiter fest, beide Offerenten erschienen ihm sehr kompetent. Insbesondere die Neutralität am Markt lasse seine Wahl dabei auf die Zuschlagsempfängerin fallen. Anlässlich der Verhandlung führte die Vergabestelle diesbezüglich aus, bereits ein entsprechender Verdacht könne die Gesprächsbereitschaft des Zielpublikums beeinträchtigen. Die hohe Bedeutung der Neutralität am Markt entspricht ganz der Zielrichtung der Offerte der Zuschlagsempfängerin. Sie führt in den «Abstracts» unter «5. Neutralität, Schlüssel des Erfolges» aus, die Mitwirkung aller Marktteilnehmer (Ingenieure, Betreiber/Gemeinden, kantonale Ämter) sei notwendig zum Erfolg. Die Erfahrung der Aktion «Energie in ARA» habe gezeigt, dass die Neutralität des Teams (keine Konkurrenzprobleme mit den Marktteilnehmern) in dieser Hinsicht besonders wichtig sei. Die Branche sei darauf sehr empfindlich, wie Äusserungen von Verbandsvertretern bestätigen würden. Dieser Ansatz schlägt sich auch in der Organisation des Projektteams nieder. Die Zuschlagsempfängerin führt dazu zum Bereich ARA Folgendes aus: «Unteraufträge werden gezielt an die besten Fachpersonen, die wir aufgrund unserer umfassenden Marktkenntnisse bestens kennen, erteilt. Dabei werden diese Büros aber ausschliesslich in jenen Regionen als Berater von uns eingesetzt, wo sie neutral arbeiten und die örtlichen Ingenieure nicht konkurrenzieren. Gemäss [Äusserungen von Verbandsvertretern] sind Betreiber und Ingenieure darauf «sehr empfindlich». Abwasserfirmen, die landesweit tätig sind, können deshalb nicht beigezogen werden». Dies wird mit einem Protokoll eines Koordinationsgesprächs mit einem Branchenverband belegt. Auch ein weiteres Protokoll mit dem Präsidenten eines Branchenverbandes enthält eine entsprechende Aussage: «[Der Verbandsvertreter] betont aber, dass die Neutralität weiterhin gewährleistet sein muss. Büros dürfen unter diesem Mandat auf keinen Fall für eigene kommerzielle Zwecke akquirieren, das würde unweigerlich zu Problemen führen».

c. Nach der Darstellung der Vergabebehörde ist unter dem Gesichtspunkt «Berücksichtigung/Integration Umfeld» bewertet worden, wie gut die Bedürfnisse der in den jeweiligen Gebieten bestimmenden Kräfte (Fachorganisationen, Zweckverbände, Ingenieure, kantonale Organe) wahrgenommen werden können bzw. wie stark diesen

bereits eine Rolle zugeordnet ist. Es geht um den Einbezug des Umfelds, d.h. der Verbände, die wesentlich sind, nicht dagegen um die Beziehungen zu den Verbänden als solche. Es geht darum, ob diese als aktive Mitwirkende bzw. Teilnehmende an der Aktion eingeschlossen seien.

E. 10

W führt zum Kriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld» aus, dieses werde durch die Zuschlagsempfängerin sehr gut erfüllt, da «keine Akteure in der ARGE» seien; insgesamt lasse die Neutralität am Markt seine Wahl auf die Zuschlagsempfängerin fallen (E. b hiervor). Somit ist festzuhalten, dass mit der «Neutralität am Markt» ein Unterkriterium die Bewertung unter dem Gesichtspunkt «Berücksichtigung und Integration des Umfeldes» massgeblich beeinflusst hat, das den Anbietenden weder mitgeteilt noch für diese aufgrund der ohnehin nicht klaren Umschreibung des Kriteriums erkennbar war. Der Teilgesichtspunkt «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 Konzept zur Ausführung des Mandats, 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 - die «Neutralität am Markt» sei nicht nur für W, sondern für alle Sachbearbeiter gleichermassen wichtig gewesen - wird im Ergebnis ein Kriterium eingeführt, welches den Anbietenden nicht bekanntgegeben worden ist. Damit ist der Grundsatz der Transparenz auch durch die Berücksichtigung eines nicht publizierten Kriteriums verletzt. Zudem entsteht wohl ein Widerspruch zum Gesichtspunkt «Verankerung am Markt/Abdeckung CH», wie dieser von den Anbietern ohne Erläuterung verstanden werden durfte (vgl. E. 5a/ee hiervor). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung dieser Regel auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (vgl. Entscheide der Rekurskommission vom 27. Juni 2000 bzw. vom 1. September 2000, veröffentlicht in VPB 65.10 E. 4c bzw. VPB 65.11 E. 4). 7.a. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass einerseits die Dokumentation des Vergabeentscheides dem Gebot der Transparenz nur teilweise genügt, womit der Vergabeentscheid zum andern Teil für Dritte nicht nachvollziehbar erscheint. Andererseits ist der Grundsatz der Transparenz sowohl durch die Unbestimmtheit bzw. nicht genügend präzise Umschreibung der von der Vergabestelle teilweise nicht im herkömmlichen Sinne verstandenen Zuschlagskriterien als auch durch die Berücksichtigung eines nicht publizierten, aber für die Vergabestelle wesentlichen Gesichtspunktes verletzt worden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesamt für Energie zurückgewiesen. Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob dem Kriterium «Referenzen» eine eigenständige Bedeutung zukommen kann, nachdem die Vergabestelle die Frage, ob mit dessen Hilfe etwas nachgewiesen werden könne, was nicht schon unter anderen Kriterien Gegenstand der Bewertung war, verneint hat. (...)

E. 11

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali

digitali JAAC 65.94 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 5. Juli 2001 i.S. Bietergemeinschaft X [BRK 2001-003] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2001 Année Anno Band 65 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 005 354 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

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