

CH_VB JAAC 66.38 vom 16. November 2001

Bundesverwaltung, 2001-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_66.38__

FR: CH_VB JAAC 66.38 du 16 novembre 2001

IT: CH_VB JAAC 66.38 del 16 novembre 2001

Erwägungen

E. 1

Öffentliches Beschaffungswesen. Fehlende selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen im Gegensatz zur öffentlichen Ausschreibung (Präzisierung der Rechtsprechung). Folgen der unterlassenen Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung durch den Anbieter. Diskriminierung mittels technischer Spezifikationen. Unterangebot. Art. 29 Bst. b BoeB. - Mit der Ausschreibung des Auftrags im Sinne dieser Bestimmung ist nur die öffentliche Ausschreibung gemeint; die Ausschreibungsunterlagen werden durch diesen Begriff nicht mit umfasst. Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind nicht selbständig, sondern erst mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt anzufechten, der in eine Verfügung mündet (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3b-c). - Soweit die öffentliche Ausschreibung Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, muss die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt erhalten bleiben (E. 3d). - Der Entscheid über Gegenstand und Umfang der Beschaffung ist ein durch die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen nicht überprüfbarer Ermessensentscheid (E. 5a). - Die Vergabestelle darf die technischen Spezifikationen nicht so bezeichnen, dass gezielt einzelne Anbieter oder Leistungen bevorzugt werden (E. 5b). - Die Vergabestelle darf ein preislich aussergewöhnlich günstiges Angebot nur dann nicht berücksichtigen, wenn fest steht, dass der Anbieter ausserstande ist, die Teilnahmebedingungen einzuhalten oder die Auftragsbedingungen zu erfüllen (E. 5c/bb). Acquisti pubblici. Impossibilità di impugnare in modo indipendente i documenti del bando di concorso, contrariamente al bando di concorso pubblico (precisazione della giurisprudenza). Conseguenze della mancata impugnazione del bando di concorso da parte dell'offerente. Discriminazione attraverso specificità tecniche. Offerta sottocosto. Art. 29 lett. b LAPub. - Per bando di concorso ai sensi di questa disposizione si intende solo il bando di concorso pubblico; i documenti del bando di concorso non rientrano in questa definizione. Lacune in tali documenti non possono essere contestate a titolo indipendente, ma solo nella successiva tappa procedurale che termina con una decisione (precisazione della giurisprudenza; consid. 3b-c).

E. 2

(...) b. Die Vergabebehörde beantragt, auf die Beschwerde sei insoweit nicht einzutreten, als die Beschwerdeführerin auch Mängel der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen rüge. Da die Ausschreibung selbständig anfechtbar gewesen sei, stellten diejenigen Vorbringen der Beschwerdeführerin, die sich direkt oder indirekt gegen die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen richteten, im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung keinen beachtlichen Beschwerdegrund dar. c.aa. Art. 29 des

Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) bezeichnet die durch Beschwerde selbständig anfechtbaren Verfügungen. Es sind dies der Zuschlag oder der Abbruch des Vergabeverfahrens, die Ausschreibung des Auftrags, der Entscheid über die Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren, der

E. 3

Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Art. 11 BoeB sowie der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis im Rahmen eines Prüfungssystems. Die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur selbständigen Anfechtung der Ausschreibung gemäss Art. 29 Bst. b BoeB bedeutet, dass Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden können (André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000 [nachfolgend: Moser, Überblick], S. 689 mit Hinweisen; Entscheid der Rekurskommission vom 9. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4 in fine). Der Beschwerdeführer muss folglich gegen eine Ausschreibung - will er sie anfechten - innert 20 Tagen nach ihrer mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Publikation Beschwerde führen. Eine spätere Berufung auf die diesbezüglichen Beschwerdegründe ist nicht (mehr) möglich (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007], E. 2a mit weiteren Hinweisen). bb. Die selbständige Anfechtbarkeit im vorgenannten Sinn gilt in erster Linie für die öffentliche Ausschreibung. Die Rekurskommission hat sich aber auch zur Frage der Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen geäußert. In einem Entscheid vom 29. April 1998 (veröffentlicht in VPB 62.80 E. 2a) wurde dazu Folgendes ausgeführt: «Sind die Ausschreibungsunterlagen infolge Nichtanfechtung in Rechtskraft erwachsen, so sind sie selbst dann für das konkrete Beschaffungsgeschäft massgeblich, wenn sie mangelhaft sind. Denn die in Art. 29 BoeB abschliessend aufgezählten Anfechtungsgegenstände des Submissionsverfahrens des Bundes sind gemäss ausdrücklicher Vorschrift <selbständig> anfechtbare Verfügungen. Das bedeutet, dass der Überprüfungsanspruch verwirkt, wenn der betreffende Verfahrensabschnitt nicht innert der dafür vorgesehenen Frist angefochten wird (vgl. Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen vom 19. September 1994 [GATT-Botschaft 2], BB1 1994 IV 1200; Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 972; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 503).» Die Rekurskommission ist in diesem Entscheid ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass nicht nur die öffentliche Ausschreibung, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen, obwohl sie in Art. 29 Bst. b BoeB nicht ausdrücklich genannt sind, Verfügungscharakter im Sinne von Art. 29 BoeB haben und demzufolge ebenfalls selbständig angefochten werden müssen. Für das selektive Verfahren hat die Rekurskommission in einem späteren Entscheid präzisierend festgestellt, hier würden vom Zuschlag abgesehen nur die Ausschreibung und der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmenden als selbständig anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 29 BoeB gelten. In Rechtskraft erwachsen würden demnach die Ausschreibung (Art. 29 Bst. b BoeB) bzw. der darin enthaltene Katalog der Eignungskriterien sowie die Verfügung betreffend die Zulassung zur Offertstellung (Art. 29 Bst. c BoeB), nicht aber die Zuschlagskriterien, die den Anbietenden erst mit oder nach der Verfügung gemäss Art. 29 Bst. c BoeB zugestellt würden

E. 4

(Entscheid der Rekurskommission vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in VPB 65.94 E. 3b). Diese wären nach dem Entscheid somit noch zusammen mit dem Zuschlag anfechtbar, was namentlich für die den Anbietern ebenfalls erst im Anschluss an die Verfügung gemäss Art. 29 Bst. c BoeB zugestellten Ausschreibungsunterlagen, in denen die Zuschlagskriterien in aller Regel enthalten sind, gelten müsste. In Bezug auf das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren hat die Rekurskommission an anderer Stelle ausgeführt, diese Verfahren würden ohne vorgängige Ausschreibung eingeleitet, so dass insofern keine selbständig anfechtbare Verfügung vorliege und die Vergabebehörde den ersten formellen Entscheid - abgesehen von einem allfälligen Ausschluss eines eingeladenen Anbieters - mit dem Zuschlag zu treffen habe. Zwar sei es - aufgrund einer extensiven Auslegung von Art. 29 Bst. b BoeB - möglich, auch gegen eine fälschlicherweise unterlassene Ausschreibung Beschwerde zu führen. Namentlich könnte gerügt werden, dass die Voraussetzungen für ein freihändiges Verfahren bzw. ein Einladungsverfahren nicht gegeben seien, so dass die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bestehe. Mit einer Beschwerdeerhebung in einem früheren Stadium des Vergabeverfahrens stünden insbesondere die Chancen eines (potenziellen) Anbieters besser, einen Widerruf des Einladungsverfahrens und ein selektives oder offenes Verfahren zu erwirken. Eine Pflicht zur unmittelbaren, selbständigen Anfechtung bestehe indessen nur insoweit, als die Vergabebehörde gemäss Art. 29 BoeB gehalten sei, einen Entscheid als Verfügung auszugestalten. Im Rahmen eines Einladungsverfahrens gehöre die Einladung, die direkt und nicht durch Ausschreibung erfolge, nicht dazu. Die Vergabebehörde trage mit der Wahl des Einladungsverfahrens bzw. des freihändigen Verfahrens das Risiko, dass eine selbständig anfechtbare Verfügung grundsätzlich erst mit dem Zuschlag ergehe und die gewählte Verfahrensart somit noch in einem späten Verfahrensstadium in Frage gestellt werden könne (Entscheid der Rekurskommission vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in VPB 64.8 E. 1b/cc). cc. Dass es sich bei den Fragen der Anfechtbarkeit der Ausschreibung und namentlich der Ausschreibungsunterlagen und der Verwirkung des entsprechenden Beschwerderechts um eine grundsätzliche Problematik handelt, die einer vertieften Prüfung bedarf, zeigt auch die wenig einheitliche Rechtsprechung zum kantonalen bzw. interkantonalen Submissionsrecht (vgl. Baurecht 1999, S. 148 f., Anmerkung von Denis Esseiva zu den Nr. S45-S51). So bejaht etwa das Bundesgericht die selbständige Anfechtbarkeit sowohl der (öffentlichen) Ausschreibung als auch der Ausschreibungsunterlagen (BGE 125 I 206; nicht veröffentlichter BGE vom 2. März 2000 [2P.222/1999] in Sachen ARGE S. AG/K. AG, E. 3a [erwähnt in Baurecht 2001 S. 67, Anmerkung 4 von Hubert Stöckli zu Nr. S15]). Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern anerkennt die selbständige Anfechtbarkeit sowohl der Ausschreibung selbst als auch der Ausschreibungsunterlagen, wobei die Nichtanfechtung der Ausschreibungsunterlagen gemäss neuerer Praxis grundsätzlich nicht zur Folge hat, dass es unzulässig wäre, solche Rügen erst bei der Anfechtung des Zuschlags anzubringen (Entscheid vom 25. August 2000, E. 4c und 4d, veröffentlicht in Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2000 II Nr. 13 sowie in Baurecht 2001 S. 67, Nr. S15, mit Anmerkung 3 von Hubert Stöckli). Dabei beruft sich das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern unter anderem auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg

E. 5

vom 18. Juni 1999 [2A 99 15/16/17], auszugsweise veröffentlicht in Baurecht 1999, S. 148 Nr. S51. Ebenfalls eine differenzierte Lösung vertritt das Zürcher Verwaltungsgericht, indem es die selbständige Anfechtung der (öffentlichen) Ausschreibung als Zwischenentscheid zwar zulässt, aber daraus nicht den Schluss zieht, der Beschwerdeführer müsse diese sofort anfechten. Eine selbständige Anfechtbarkeit auch der Ausschreibungsunterlagen schliesst es hingegen aus (Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. April 1999 E. 3c/cc, veröffentlicht in Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2000, S. 458 f., bzw. vom 6. April 2001 [VB.2000.00121] E. 2c; vgl. zum Ganzen auch Moser, Überblick, S. 689 f. mit weiteren Hinweisen). 3.a. Art. 29 Bst. b BoeB nennt als selbständig mit Beschwerde anfechtbare Verfügung die «Ausschreibung des Auftrags». Die Bedeutung dieses Begriffs ist nicht von vornherein klar. Darunter lässt sich grundsätzlich sowohl die öffentliche Ausschreibung der Beschaffung im massgebenden Publikationsorgan, d. h. die Bekanntmachung, dass die Vergabebehörde eine Auftragsvergabe vorsieht, verstehen als auch - in einem weiteren Sinn - die Ausschreibung des Auftrags als Gesamtes, einschliesslich der Ausschreibungsunterlagen (so z. B. BGE 125 I 206, und der in E. 2c/bb hiervoor zitierte Entscheid der BRK vom 29. April 1998; vgl. auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 25. August 2000, E. 4c, in LGVE 2000 II Nr. 13). b. Festzustellen ist allerdings, dass das BoeB selbst zwischen den Begriffen «Ausschreibung» und «Ausschreibungsunterlagen» klar unterscheidet (vgl. insbesondere Art. 9 Abs. 2 BoeB). Unter dem Begriff «Ausschreibung» versteht es dabei ausschliesslich die öffentliche Ausschreibung des Auftrags im massgebenden Publikationsorgan (vgl. Art. 14 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 18 und Art. 24 BoeB). Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) übernimmt die Differenzierung des Gesetzes, indem in Art. 16 VoeB die «Ausschreibung» und in Art. 17 f. VoeB die «Ausschreibungsunterlagen» bzw. deren Inhalt geregelt werden. Schliesslich enthält der Anhang 4 zur VoeB die «Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder selektiven Verfahren», während der Anhang 5 zur VoeB die «Mindestangaben für die in einem offenen oder selektiven Verfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen» auflistet. Die zum Teil vertretene Auffassung, wonach die Ausschreibungsunterlagen als Bestandteil der (öffentlichen) Ausschreibung anzusehen sind (BGE 125 I 206; Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 25. August 2000, E. 4c, veröffentlicht in LGVE II 2000 Nr. 13), lässt sich für das Submissionsrecht des Bundes angesichts der hier unmissverständlich vorgenommenen Unterscheidung zwischen «Ausschreibung» und «Ausschreibungsunterlagen» nicht begründen. Das BoeB verwendet den Begriff «Ausschreibung» nirgends im Sinne eines Oberbegriffs sowohl für die öffentliche Ausschreibung als auch für die Ausschreibungsunterlagen. Schon eine systematische Betrachtungsweise des BoeB und der VoeB legt daher die Schlussfolgerung nahe, dass auch mit dem in Art. 29 Bst. b BoeB verwendeten Begriff «Ausschreibung des Auftrags» nur die öffentliche Ausschreibung gemeint sein kann. Weder aus dem Wortlaut der Bestimmung noch aus den einschlägigen Materialien ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff der «Ausschreibung» in Art. 29 Bst. b BoeB anders bzw. weiter

E. 6

zu verstehen ist und hier auch die Ausschreibungsunterlagen mitumfasst. In der Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen vom 19. September 1994 (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1200) wird lediglich festgehalten, dass in Art. 29 BoeB alle Entscheide bezeichnet werden, die im Rahmen des Beschaffungsverfahrens als Verfügungen ausgestaltet werden

müssen, und es wird ausdrücklich auf den abschliessenden Charakter der Aufzählung hingewiesen (vgl. dazu kritisch Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Diss. Fribourg 1997, S. 501; Attilio R. Gadola, *Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen*, in: *AJP* 1996, S. 972; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 501 und 509 Anm. 10). Auch dieser eindeutig erkennbare Wille des Gesetzgebers, die selbständig anfechtbaren Verfügungen in ihrer Anzahl zu beschränken, steht einer extensiven Auslegung des Ausschreibungsbegriffs gemäss Art. 29 Bst. b BoeB im Sinne der Ausdehnung auf die Ausschreibungsunterlagen entgegen. c. Zugunsten der selbständigen Anfechtbarkeit auch der Ausschreibungsunterlagen wird vor allem auf die effiziente Abwicklung der öffentlichen Beschaffungen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 25. August 2000, E. 4c, veröffentlicht in *LGVE* 2000 II Nr. 13), also auf ein vorab praxisorientiertes Argument, hingewiesen. Auf der andern Seite lassen sich verschiedene Überlegungen ins Feld führen, die ebenfalls eher praktischer Natur sind und die durchaus gegen eine selbständige Anfechtung sprechen. aa. Unklar ist zunächst schon der Beginn der Anfechtungsfrist. Die Ausschreibung ist innert 20 Tagen seit Eröffnung anzufechten (Art. 29 Bst. b in Verbindung mit Art. 30 BoeB). Für den Beginn des Fristenlaufs massgebend ist bei der öffentlichen Ausschreibung das Datum der Publikation (vgl. den Entscheid der Rekurskommission vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007], E. 2a). Für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen, die von den Interessenten in der Regel aufgrund der öffentlichen Ausschreibung bezogen werden (können), kann das Publikationsdatum indessen nicht entscheidend sein, ansonsten für die Anfechtung der Unterlagen regelmässig nur eine verkürzte Beschwerdefrist zur Verfügung stünde. Die Anfechtungsfrist dürfte folglich erst mit der Zustellung der Ausschreibungsunterlagen ausgelöst werden (so *BGE* 125 I 206); andernfalls käme es zu einer unzulässigen Verkürzung einer bundesrechtlichen Rechtsmittelfrist. Für die öffentliche Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen müssten somit zwangsläufig unterschiedliche Anfechtungsfristen gelten. Dies kann zu Verfahrensverzögerungen sowie zu Rechtsunsicherheiten führen. bb. Ein weiteres Argument gegen die selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen ist der Umstand, dass die Minimalfrist für die Einreichung der Angebote im Grundsatz doppelt so lang ist wie die zwanzigtägige Beschwerdefrist (vgl. Art. 17 BoeB in Verbindung mit Art. 19 VoeB und Art. XI Ziff. 2 und 3 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoeB], SR 0.632.231.422). Die Erfahrung zeigt, dass die Offerten zum überwiegenden Teil erst gegen das Ende bzw. am Ende der Eingabefrist bei der Vergabestelle eintreffen. Die Eingabefristen werden von den Anbietenden in aller Regel voll

E. 7

ausgenutzt. Die Verpflichtung, allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen innert einer Frist von 20 Tagen anzufechten, hätte zur Folge, dass die Anbietenden entweder ihre Angebote schon innerhalb dieser kürzeren Frist erstellen oder aber zumindest die - unter Umständen sehr umfangreichen - Ausschreibungsunterlagen sorgfältig auf mögliche Mängel überprüfen müssten. Viele Mängel sind nicht offensichtlich, sondern werden erst im Rahmen einer vertieften Auseinandersetzung erkennbar. Ein Anbieter, der seine Offerte erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erarbeitet und dabei auf Mängel in den Ausschreibungsunterlagen stösst, könnte diese nicht mehr rügen. Auch diese Konsequenz einer selbständigen Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen erweist sich letztlich als

wenig sachgerecht. Von erheblicher praktischer Relevanz dürften schliesslich auch die (berechtigten oder unberechtigten) Befürchtungen der Anbietenden sein, sich durch das Ergreifen eines Rechtsmittels gegen die Ausschreibungsunterlagen von vornherein um die Chancen auf den Zuschlag zu bringen. Es ist davon auszugehen, dass die Hemmschwelle zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen, also zur Beschwerdeerhebung während eines laufenden Vergabeverfahrens, für die Anbietenden wohl noch wesentlich höher ist als diejenige zur Anfechtung des Zuschlags. cc. Sprechen somit sachliche Gründe gegen eine (selbständige) Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen, besteht auch keine Veranlassung, in diesem Punkt eine allfällige (planwidrige) Unvollständigkeit oder Lückenhaftigkeit der Regelung von Art. 29 BoeB anzunehmen. Vielmehr ist von einer diesbezüglich bewusst negativen Antwort des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers auszugehen. Es liegt mit andern Worten ein qualifiziertes Schweigen vor. Damit ist in Präzisierung der Rechtsprechung festzuhalten, dass Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung nach Art. 29 BoeB mündet, anzufechten sind (vgl. Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [hrsg. von Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli], Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht [hrsg. von Thomas Cottier/Remo Arpagaus], Basel/Genf/München 1999, S. 36 Rz. 66). In der Regel wird dies der Zuschlag sein. d. Was schliesslich die Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung bzw. die Frage der Verwirkung des entsprechenden Beschwerderechts anbelangt, erscheinen ebenfalls gewisse Differenzierungen und Präzisierungen angezeigt. aa. Wie schon mehrfach erwähnt, verlangt Art. 29 Bst. b BoeB, dass die (öffentliche) Ausschreibung als selbständig anfechtbare Verfügung ausgestaltet werden muss. Nach der Botschaft zum BoeB und der Rechtsprechung der Rekurskommission können Beschwerdegründe, welche gegen eine selbständig anfechtbare Verfügung hätten vorgebracht werden können, im Beschwerdeverfahren gegen den Auswahlentscheid gemäss Art. 29 Bst. c BoeB oder im Rahmen einer späteren Zuschlagsanfechtung grundsätzlich nicht mehr gerügt werden; vorbehalten bleibt die durch die Schwere des betreffenden Mangels allenfalls bewirkte Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung (Entscheidung der Rekurskommission vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4, vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007] E. 2a, und vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63

E. 8

E. 3; vgl. auch Moser, Überblick, S. 689). So ist z. B. eine in der öffentlichen Ausschreibung figurierende Beschränkung der Verfahrenssprache mit Beschwerde gegen die Ausschreibungsverfügung anzufechten, ansonsten das Beschwerderecht des Anbieters diesbezüglich verwirkt (Entscheidung der Rekurskommission vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63 E. 3). Dasselbe gilt in Bezug auf die in der Ausschreibung vorgesehene Beschränkung der Teilnehmerzahl im selektiven Verfahren (Entscheidung der Rekurskommission vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4 in fine) oder für die in der öffentlichen Ausschreibung bekannt gegebene Auswahl der Zuschlagskriterien (Entscheidung der Rekurskommission vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007] E. 2 a). bb. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vertritt aufgrund des besonderen Verfügungscharakters der (öffentlichen) Ausschreibung die Auffassung, die darin enthaltenen Anordnungen zum Verfahren stellen, soweit verbindlich, in der Regel für die betroffenen Interessenten lediglich Zwischenentscheide dar, die den Verlauf des weiteren Verfahrens bestimmen, ohne dieses abzuschliessen. Sie seien, da dies spezialgesetzlich so

vorgesehen sei, zwar selbständig anfechtbar, eine Pflicht zur Anfechtung bestehe aber nicht. Da Zwischenentscheide nicht in Rechtskraft erwachsen würden, könnten sie grundsätzlich noch mit dem Endentscheid angefochten werden. Anders verhalte es sich nur, wenn der Betroffene nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei, die ihm zustehende Rüge in einem möglichst frühen Verfahrensstadium geltend zu machen, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Soweit durch die getroffenen Anordnungen bezüglich Verfahrensart, Eingabefrist usw. einzelnen Interessenten die Abgabe eines Angebots verunmöglicht werde, könne die Ausschreibung allerdings auch die Bedeutung eines Endentscheides haben. Soweit die Ausschreibung schliesslich auch Fragen des materiellen Vergaberechts, wie z. B. die Gewichtung der Zuschlagskriterien, verbindlich regle, stellten die diesbezüglichen Anordnungen nicht Zwischen-, sondern Vor- bzw. Teilentscheide dar, die einen Teilaspekt der Vergabe abschliessend regelten. Soweit eine Ausschreibung solche Teilentscheide über materielle Aspekte enthalte, habe deren Nichtanfechtung zur Folge, dass die betreffenden Fragen für das Vergabeverfahren definitiv entschieden seien. Dies treffe indessen nur in Ausnahmefällen zu, zumal die in Frage kommenden Rechtsfragen in der Ausschreibung selten mit ausreichender Bestimmtheit umschrieben seien, um als verbindliche Festlegungen im Sinne eines Teilentscheids gelten zu können (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 16. April 1999, in ZBl 2000, S. 456 f. E. 3c). cc. Die Überlegungen des Zürcher Verwaltungsgerichts lassen sich nicht ohne weiteres auf das Bundesbeschaffungsrecht übertragen. Die in Art. 29 BoeB explizit aufgelisteten Akte der Vergabebehörden müssen zwingend als Verfügung ausgestaltet werden und sind selbständig anfechtbar, mit der Konsequenz der Verwirkung, wenn eine rechtzeitige Anfechtung unterbleibt. Der diesbezügliche Wille des Gesetzgebers ergibt sich unmissverständlich aus der Botschaft zum BoeB (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1200). Eine Differenzierung in Bezug auf Anfechtbarkeit und Verwirkung danach, ob die fragliche Verfügung den Charakter eines Zwischenentscheids oder eines Endentscheids hat, existiert nicht.

E. 9

Am Gebot der unmittelbaren Anfechtung (mit der Konsequenz der Verwirkung) muss in jedem Fall für diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung 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 hier 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 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. 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 (Präqualifikationsunterlagen beim selektiven Verfahren, Leistungsbeschriebe und -verzeichnisse, Pflichtenhefte usw.) 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. 4. Die Anwendung dieser Grundsätze führt im hier zu beurteilenden Fall zu folgenden Schlüssen: a. Die Beschwerdeführerin ficht zwar den an die S. AG erteilten Zuschlag an; zur Begründung ihrer Beschwerde rügt sie jedoch hauptsächlich die fehlende Neutralität der Ausschreibung und stellt zudem generell den Sinn bzw. Nutzen (Effizienz) der Beschaffung der ausgeschriebenen Geräte für die Armee in Frage. Diese Rügen betreffen den Gegenstand und Umfang der Beschaffung sowie die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen. Die Vergabebehörde erachtet diese Rügen wie bereits ausgeführt als verspätet. b. Bezüglich Art und Umfang der zu vergebenden Lieferung enthält die Ziff. 3a der öffentlichen Ausschreibung mit dem Titel «Produktebeschrieb» einzig das Stichwort «20 Defibrillatoren» sowie den Hinweis, dass die Unterlagen zum Defibrillator bei der Auftraggeberin kostenlos bezogen werden können. In Ziff. 17 findet sich zusätzlich der Hinweis, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Armeepothek mit den

E. 10

Spezifikationen zum Defibrillator als Ausschreibungsunterlagen abgegeben würden. Weitere Angaben über das zu beschaffende Produkt enthält die öffentliche Ausschreibung nicht. Die vorhandenen Angaben zum Inhalt der Beschaffung sind nun derart rudimentär, dass eine unmittelbare Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung hinsichtlich Art und Umfang der zu liefernden Produkte ausgeschlossen ist. Die Beschwerdeführerin konnte Inhalt und Umfang der Beschaffung erst aufgrund der vom 8. März 2001 datierenden Ausschreibungsunterlagen, die den Interessenten Ende März 2001 zugestellt wurden, mit ausreichender Bestimmtheit erkennen. Hier wird das zu beschaffende System anhand eines Anforderungskatalogs ausführlich umschrieben. Damit steht fest, dass bezüglich der im vorliegenden Fall gerügten Punkte eine selbständige Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung mangels ausreichender Bestimmtheit für die Beschwerdeführerin nicht möglich war. Diese erhielt vielmehr erst mit der Zustellung der nicht selbständig anfechtbaren Ausschreibungsunterlagen ausreichende Kenntnis vom Gegenstand der Beschaffung. Auch die von der Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibung (im weiteren Sinn; vgl. E. 3a hiervor) erhobenen Rügen erweisen sich damit als rechtzeitig erfolgt. c. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Vergabebehörde eine «Wiedererwägung» der Ausschreibungsunterlagen vom 8. März 2001 vorgenommen und die Musskriterien mit Verfügung vom

E. 13

Nr. 92 beispielsweise wird zwar die Nellcor Technologie als Anforderung genannt, in der folgenden Nr. 93 wird aber ausdrücklich nach einer anderen Technologie gefragt. Somit musste für die Anbietenden klar sein, dass für die Vergabebehörde auch eine andere Technologie in Betracht kam. Die Beschwerdeführerin hat hier denn auch die Masimo SET (Signal-Extractions-Technologie) aufgeführt und ist dafür gleich bewertet worden wie die Zuschlagsempfängerin. Dass es im vorliegenden Fall nicht zu einer Diskriminierung der

Beschwerdeführerin aufgrund der technischen Spezifikationen gekommen ist, zeigt auch die Bewertung der beiden streitbetroffenen Angebote im Rahmen der Nutzwertanalyse. Bei der «Auswertung Erfüllung der Anforderungskriterien» hat die Beschwerdeführerin mit 322 Punkten nur eine unwesentlich schlechtere Beurteilung erfahren als die Zuschlagsempfängerin mit 325 Punkten. Auch diese fast vollständige Gleichbewertung in technischer Hinsicht zeigt, dass es nicht nur der Zuschlagsempfängerin, sondern auch der Beschwerdeführerin mit ihrem Produkt ohne weiteres möglich war, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Die Vergabebehörde weist auch zutreffend darauf hin, dass das von der Zuschlagsempfängerin offerierte Produkt bei den von der Beschwerdeführerin ausdrücklich als nicht neutral abgefasst gerügten Anforderungen lediglich zweimal (Nr. 43 und 58), die Beschwerdeführerin hingegen dreimal (Nr. 43, 96 und 97) das Bewertungsmaximum erhalten habe. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass ursprünglich auch das Angebot der S. AG nicht sämtlichen Musskriterien des Anforderungskatalogs vom 8. März 2001, der in Bezug auf den Inhalt der Anforderungen im Wesentlichen unverändert in die zweiten Ausschreibungsunterlagen übernommen worden ist, zu genügen vermochte. Diese Situation hätte wohl kaum eintreten können, wenn die technischen Spezifikationen und Daten unbeschrieben von der Zuschlagsempfängerin offerierten Produkt übernommen worden bzw. speziell auf dieses Produkt zugeschnitten gewesen wären. Von einer fehlenden Neutralität der Ausschreibungsunterlagen, namentlich der technischen Spezifikationen, die zur einer Bevorzugung des Angebots der S. AG bzw. zu einer Benachteiligung der Beschwerdeführerin geführt hätten, kann folglich nicht die Rede sein. c. Auch die übrigen Einwände der Beschwerdeführerin erweisen sich als nicht stichhaltig. aa. Soweit sie bemängelt, dass sie während der Evaluationsphase nie Kontakt gehabt habe mit einer Fachperson (Kardiologen, Anästhesisten oder Intensivmediziner), welche die medizinischen Unterschiede der Geräte hätte interpretieren können, ist festzustellen, dass ein Anspruch, das Angebot der Vergabebehörde persönlich zu präsentieren und zu erläutern, im Beschaffungsrecht des Bundes nicht vorgesehen ist. Die Angebote sind gemäss Art. 19 Abs. 1 BoeB schriftlich einzureichen. Es liegt im Ermessen der Vergabestelle, nötigenfalls und in Wahrung der Gleichbehandlung auch eine Präsentation der angebotenen Produkte zu verlangen. Im vorliegenden Fall war dies weder in der öffentlichen Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Falls die Beschwerdeführerin

E. 14

mit ihrem Vorwurf jedoch generell die Fachkompetenz der evaluierenden Behörde in Frage stellen will, ist die entsprechende Rüge nicht substantiiert und daher nicht zu hören. bb. Wenig klar ist auch, was genau die Beschwerdeführerin mit der Feststellung, eine Rabattgewährung von über 30% sei bei medizinischen Investitionsgütern ziemlich fragwürdig und wirke unseriös, beanstandet. In der Stellungnahme vom 20. Oktober 2001 präzisiert sie lediglich, dass sie damit nicht den Vorwurf von Rabatt-Verhandlungen erhebe, und verweist auf die Gefahr, dass hohe Rabatte mit Zubehör und Serviceleistungen wieder kompensiert würden. Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend machen will, beim Angebot der S. AG handle es sich um ein Unterangebot, ist festzustellen, dass die Vergabestelle unmittelbar gestützt auf Art. XIII Abs. 4 Bst. a Üoeb - das BoeB und die VoeB enthalten keine besonderen Bestimmungen zum Unterangebot - ein solches nur dann nicht berücksichtigen darf, wenn fest steht, dass der Anbieter ausserstande ist, die Teilnahmebedingungen einzuhalten oder die Auftragsbedingungen zu erfüllen (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes,

Freiburg 1999, S. 33 ff. Ziff. 14). Dafür bestehen im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte. In einem liberalisierten Beschaffungsmarkt ist es nach heutigem Verständnis Sache der Anbieter, wie und mit welchem Risiko sie ihre Angebote kalkulieren. Sie dürfen grundsätzlich auch ein bezüglich des Preises zu niedriges Angebot einreichen, sofern die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt sind (vgl. statt vieler die Entscheide des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 1. Mai und 9. September 1998, in: Baurecht 2000, S. 61 Nr. S24 und S25). d. Nicht begründet ist die sinngemässe Rüge, die Vergabebehörde habe die geringere Grösse, den sehr gut lesbaren Bildschirm und die Kompatibilität mit allen gleichartigen Systemen nicht berücksichtigt. Der geringeren Grösse und dem geringeren Gewicht sowie dem «sehr gut lesbaren» Bildschirm ist mit einer deutlichen Besserbewertung gegenüber dem Konkurrenzprodukt durchaus Rechnung getragen worden. Die Kompatibilität (mit anderen Armeegeräten) war kein Anforderungskriterium und blieb folglich zu Recht unbewertet. Im Übrigen beschränkt sich die Beschwerdeführerin darauf, erneut die grossen Vorzüge der von ihr angebotenen Defibrillatoren zu betonen. Klare und ausreichend substantiierte Rügen gegen die Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien oder die Auswertung und Bewertung der Angebote werden indessen keine erhoben. Insbesondere legt die Beschwerdeführerin auch nicht näher dar, inwiefern die Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben soll. (...)

E. 15

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 66.38 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001 i.S. P. AG [BRK 2001-011] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2002 Année Anno Band 66 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 005 555 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.