

# CH\_VB JAAC 68.65 vom 12. Dezember 2003

Bundesverwaltung, 2003-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_68.65\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_68.65__)

FR: CH\_VB JAAC 68.65 du 12 décembre 2003

IT: CH\_VB JAAC 68.65 del 12 dicembre 2003

## Erwägungen

### E. 1

Öffentliche Beschaffung im selektiven Verfahren. Beschwerdelegitimation. Präqualifikation. Eignungskriterien. Nachträgliche Zulassung zum Präqualifikationsverfahren trotz fehlendem Antrag der aufschiebenden Wirkung. - Im Fall einer Bietergemeinschaft kann auch ein einzelner Gesellschafter alleine Beschwerde an die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) führen, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren (E. 2b). - Bei einer Beschränkung der Anzahl der zum Angebot zugelassenen Bewerber im selektiven Verfahren muss die Auswahl in einer objektiven, den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichteten Weise erfolgen. Die BRK muss den Auswahlentscheid im Lichte der Eignungskriterien überprüfen können (E. 3a-e). - Vorliegend erwies sich die Benotung der Beschwerdeführerin bei dem Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als für das Gericht nicht nachvollziehbar bzw. sogar eindeutig zu niedrig. Die Bewertung bewegt sich damit ausserhalb des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens, womit Bundesrecht verletzt wurde. Eine minimale Korrektur der beanstandeten Note würde zu einem Rang unter den ersten sechs und zur Zulassung der Beschwerdeführerin zur Angebotsabgabe führen (E. 4c). - Obwohl die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde gestellt hat und die Vergabebehörde das Verfahren fortgesetzt hat, ist die nachträgliche Zulassung zum Angebot vorliegend noch möglich (E. 5a). Acquisito pubblico nella procedura selettiva. Legittimazione ricorsuale. Prequalifica. Criteri di idoneità. Ammissione successiva alla procedura di prequalifica nonostante la mancanza di una richiesta di effetto sospensivo. - Nel caso di un consorzio di offerenti, un singolo socio può inoltrare da solo un ricorso alla Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP), in particolare per evitare eventuali danni per la società (consid. 2b). - In caso di limitazione del numero di concorrenti ammessi all'offerta nella procedura selettiva, la scelta deve essere effettuata in modo oggettivo e rispettoso dei principi della parità di trattamento e della trasparenza. La CRAP deve poter verificare la decisione sulla scelta alla luce dei criteri di idoneità (consid. 3a-e). - Nella fattispecie, la nota data alla ricorrente nel criterio della capacità economica si è dimostrata non comprensibile per il tribunale rispettivamente addirittura chiaramente troppo bassa. La valutazione eccede il potere di apprezzamento dell'ente aggiudicatore, per cui è stato violato il diritto federale. Una correzione minima della nota contestata porterebbe ad un rango fra i primi sei e all'ammissione della ricorrente per la presentazione di un'offerta (consid. 4c).

### E. 2

- Anche se la ricorrente non ha chiesto l'effetto sospensivo del ricorso e l'ente aggiudicatore ha continuato la procedura, nella fattispecie è ancora possibile l'ammissione successiva (consid. 5a). Zusammenfassung des Sachverhalts: A. Eine aus den Schweizerischen

Bundesbahnen (SBB) und der Schweizerischen Post bestehende Beschaffungsgemeinschaft schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) einen kombinierten Lieferauftrag für die Beschaffung von Fahrausweis-Ausgabegeräten und zugehöriger Backend-Systeme unter Verwendung einer standardisierten Datenschnittstelle öffentlich aus. Als Verfahrensart wurde das selektive Verfahren gewählt. Zur Wahrung der Effizienz des Verfahrens wurde in der Ausschreibung die Anzahl der zum Angebot eingeladenen Bewerber auf drei bis maximal sechs beschränkt. Innert Frist gingen zwölf Anträge auf Teilnahme ein, worunter jener der Bietergemeinschaft A. AG/S. AG, unter Federführung ersterer. (...) Die Beurteilungen der Bewerbungsunterlagen ergaben, dass alle zwölf Antragsteller grundsätzlich geeignet gewesen wären, zur zweiten Stufe im Vergabeverfahren zugelassen zu werden. Entsprechend ihrem Vorbehalt mit Bezug auf die Beschränkung der Anzahl der zum Angebot einzuladenden Bewerber hielt die Beschaffungsgemeinschaft aber daran fest, nur die maximal sechs bestbewerteten Anbieter zu präqualifizieren. (...) Je mit Verfügung vom 8. September 2003 wurde den zwölf Antragstellern das Ergebnis der Eignungsprüfung sowie die Namen der präqualifizierten Anbieter mitgeteilt. B. Die A. AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) erhebt mit Eingabe vom 28. September 2003 bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, Rekurskommission) Beschwerde gegen diesen Präqualifikationsentscheid. (...) Sie macht unter anderem geltend, das Eignungskriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei nicht richtig bewertet worden. Die Bietergemeinschaft müsse somit als Anbieter zwingend zugelassen werden. C. Mit innert erstreckter Frist eingereichter Vernehmlassung vom 18. November 2003 beantragt die Beschaffungsgemeinschaft, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. D. Der Präsident der BRK fordert die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. November 2003 auf, innert einer Frist von zehn Tagen eine Erklärung der S. AG nachzureichen, wonach diese nach wie vor bereit wäre, zusammen mit der Beschwerdeführerin als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilzunehmen. Mit Fax vom 28. November 2003 an die BRK bestätigt die S. AG, dass sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft sei. Mit Eingabe vom gleichen Tag macht die Beschwerdeführerin von der durch die Rekurskommission eingeräumten Möglichkeit, eine öffentliche Verhandlung zu verlangen, fristgerecht Gebrauch. (...) E. Die öffentliche Verhandlung findet am 12. Dezember 2003 statt. Den Parteien wird ein am 11. Dezember 2003 bei der BRK zugegangenes Fax der S. AG verteilt, in welcher diese zu ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

### **E. 3**

Stellung nimmt und nochmals betont, Mitglied der Bietergemeinschaft zu sein. Anlässlich der Verhandlung (...) erneuert die Beschwerdeführerin den Antrag, als siebte Teilnehmerin zum Vergabeverfahren zugelassen zu werden. Ebenfalls verlangt sie für den Rest des Verfahrens die aufschiebende Wirkung der Beschwerde. Die Vergabebehörde dupliziert mündlich und bestätigt die in der Vernehmlassung gestellten Anträge. Auf Frage seitens des Gerichts informiert sie über die Tatsache, dass nur vier der sechs präqualifizierten Teilnehmer ein (bis am 20. November 2003 einzureichendes) Grundangebot eingereicht haben. Aus den Erwägungen: 1. (...) 2.a. In ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2003 bestreitet die Vergabebehörde vorweg die Legitimation der Beschwerdeführerin, soweit sie als einzelne Partnerin einer Bietergemeinschaft Beschwerde führt. Als bei der Präqualifikation nicht berücksichtigte Antragstellerin (auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren) ist die Bietergemeinschaft A. AG/S. AG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember

1968 [VwVG], SR 172.021). Gemäss Rechtsprechung der BRK kann im Falle einer Bietergemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag bzw. an einer weiteren Teilnahme am Submissionsverfahren nicht mehr interessiert sind (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 640 mit Hinweisen). Die S. AG hat am 28. November 2003 (fristgemäss) eine Erklärung nachgereicht, gemäss der sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft A. AG/S. AG sei; das Gleiche ergibt sich auch aus dem Fax der S. AG vom 11. Dezember 2003. Die Beschwerdelegitimation der A. AG kann folglich anerkannt werden, wobei diese mangels Vertretungsvollmacht der S. AG im vorliegenden Verfahren alleine als Beschwerdeführerin anzusehen ist. b. Auch mit Bezug auf die formellen Voraussetzungen, die eine Beschwerde an die Rekurskommission zu erfüllen hat, vermag die Eingabe vom 26. September 2003 - entgegen der Ansicht der Vergabebehörde - den Anforderungen gemäss Art. 52 VwVG zu genügen. Immerhin enthält sie das (sinngemässe) Begehren, die Bietergemeinschaft A. AG/S. AG sei - ebenfalls - für die Angebotsphase zuzulassen. Die Minimalanforderungen, die an eine Begründung der Beschwerde zu stellen sind, können ebenfalls als erfüllt betrachtet werden. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten. 3.a. Bei der Eignung im Rahmen eines Submissionsverfahrens stellt sich die Frage nach der Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB], SR 172.056.1; Art. VIII Bst. b des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoeB], SR 0.632.231.422

#### **E. 4**

sowie Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999, veröffentlicht in VPB 64.9 E. 2a/dd; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284 ff.). Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf. Eine besondere Rolle spielen die Eignungskriterien im selektiven Verfahren. Hier wird die Eignung der Anbieter aufgrund eines Teilnahmeantrags in einem gesonderten Verfahren vorab geprüft (so genannte Präqualifikation). Nur wer die Eignungskriterien (in genügendem Mass) erfüllt, darf im selektiven Verfahren ein Angebot einreichen. Zweck der - gegenüber dem offenen Verfahren zusätzlich vorgeschalteten - Eignungsprüfung ist die frühzeitige Ermittlung derjenigen Anbieter, die grundsätzlich fähig und in der Lage sind, den konkret ausgeschriebenen Auftrag angemessen auszuführen bzw. die (rechtzeitige) Ausscheidung derjenigen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen (vgl. Entscheide der BRK vom 6. Dezember 2002 i.S. E. [BRK 2002-012], E. 2a; vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2a; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 153). b. Art. 15 Abs. 4 BoeB bietet der Vergabebehörde die Möglichkeit, die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden zu beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Die Beschränkung kann sich z. B. aus finanziellen Gründen aufdrängen, um die Kosten des Vergabeverfahrens in einem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert des Beschaffungsgegenstandes zu halten. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb jedoch stets gewährleistet sein. Die Auftraggeberin muss nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR

172.056.11) mindestens drei Anbieter zur Angebotsabgabe einladen, sofern so viele für die Teilnahme qualifiziert sind, wobei die vorgenannte Bestimmung keine Auskunft darüber gibt, ob diese Zahl von drei Anbietern in allen Fällen eine genügende Zahl darstellt, um den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. In formeller Hinsicht setzt die Beschränkung der zur Angebotseinreichung Einzuladenden überdies eine entsprechende Bekanntmachung in der Ausschreibung voraus (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 286 mit Hinweisen). c. Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BoeB; vgl. Entscheide der BRK vom 13. Juni 1997 i.S. E. + R. [BRK 1997-006], E. 4b/bb und i.S. A. et alteri [BRK 1997-007], 5b/bb). Sie kann für die Überprüfung der Eignung der Anbieter und Anbieterinnen insbesondere die in Anhang 3 VoeB genannten Unterlagen erheben und einsehen. Sie trägt bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung (Art. 9 VoeB). d. Ein Ziel des öffentlichen Beschaffungsrechts ist es, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB). Muss letztlich die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (vgl. Art. 21 Abs. 1 BoeB betreffend Zuschlagskriterien) für Aussenstehende nachvollziehbar sein (vgl. Entscheid der BRK vom 25. August 2000, publiziert in VPB 65.9 E. 2a), so bedarf es ebenfalls bereits einer transparenten Teilnehmerauswahl, welche es der Rekurskommission ermöglicht, den Auswahlentscheid betreffend die Teilnahme im selektiven Verfahren im Lichte der publizierten Eignungskriterien zu überprüfen (vgl. Entscheid der BRK vom

#### **E. 6**

Dezember 2002, a.a.O., E. 2c). Bezüglich der vorgängigen Bekanntgabe der 5

Eignungskriterien und der Pflicht der Vergabebehörde, ihren Entscheid über die Selektion der Anbieter nachvollziehbar in Form eines Evaluationsberichts zu dokumentieren, gelten die Voraussetzungen zu den Zuschlagskriterien entsprechend. e. Bei einer Beschränkung der Anzahl der zum Angebot zugelassenen Bewerbern im selektiven Verfahren muss die Auswahl in einer objektiven, den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichteten Weise erfolgen. Das BoeB oder die VoeB enthalten keine Vorschriften darüber, wie die Vergabestelle dabei vorgehen muss. Art. X Ziff. 1 Satz 2 ÜoeB verpflichtet die Beschaffungsstellen lediglich, die Anbieter «in gerechter und nichtdiskriminierender Weise» auszuwählen. In praktischer Hinsicht kommt insbesondere eine Bewertung der Bewerber mit Punkten anhand der Eignungskriterien mit anschliessender Rangierung in Frage (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 132 mit Hinweis). 4.a. Unbestritten ist vorliegend, dass die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllt. Die Vergabebehörde hat in ihrer Verfügung vom

#### **E. 8**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 68.65 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Dezember 2003 in Sachen A. AG [BRK 2003-029] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2004 Année Anno Band 68 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 006 605 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.