

## **CH\_VB JAAC 69.81 vom 29. März 2005**

Bundesverwaltung, 2005-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_69.81\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_69.81__)

FR: CH\_VB JAAC 69.81 du 29 mars 2005

IT: CH\_VB JAAC 69.81 del 29 marzo 2005

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

- Unmittelbare Anfechtung von Mängeln der Ausschreibung. Rügen gegen Anordnungen in der Ausschreibung, deren Bedeutung und Tragweite bereits hinreichend bestimmt waren, müssen gemäss der Rechtsprechung der Rekurskommission (sowie aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben) unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht werden und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung (E. 2b, 3a). - Nichtigkeit von Verfügungen. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels Nichtigkeit vorliegt (E. 3b/aa). Vorliegend ist in der Ausschreibungsanforderung, wonach die Datenerfassung in der Schweiz ausgeführt werden müsse, keine schwere Verletzung des Diskriminierungsverbots bzw. des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss BoeB und ÜoeB und somit keine Nichtigkeit der Ausschreibung zu sehen (E. 3b/bb). Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione aperta. Impugnabilità indipendente del bando di concorso. Buona fede. Non entrata nel merito. Nullità. Principio della parità di trattamento. Divieto di discriminazione. Art. 29, art. 1 cpv. 2, art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub. - Impugnazione diretta di vizi del bando di concorso. Secondo la giurisprudenza della Commissione di ricorso (come pure sulla base della buona fede), le contestazioni contro prescrizioni contenute nel bando di concorso, il cui significato ed estensione erano già stati sufficientemente determinati, devono essere presentate nel quadro di un'impugnazione della decisione di bando di concorso e non solo al momento del ricorso contro la decisione di aggiudicazione (consid. 2b, 3a). - Nullità di decisioni. In linea di principio, a titolo eccezionale possono essere presentati anche reclami tardivi, se sulla base della gravità del vizio vi è nullità (consid. 3b/aa). Nella fattispecie, la condizione del bando di concorso, secondo cui la raccolta di dati deve essere eseguita in Svizzera, non costituisce una violazione grave del divieto di discriminazione rispettivamente del principio della parità di trattamento secondo la LAPub e l'AAP e quindi non vi è nullità del bando di concorso (consid. 3b/bb). Zusammenfassung des Sachverhalts: A. Das Bundesamt für Statistik schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; ...) einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel «PISA 2006 - Kodierung und Datenerfassung» im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziff. 4.2 der Ausschreibung wurde unter dem Titel «Geschäftsbedingungen» festgehalten, dass aus logistischen Gründen und Gründen des Datenschutzes

#### **E. 2**

Die Vergabebehörde beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil die Beschwerdeführerin die Rüge in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen. a. 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 Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren, der

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin ficht den an die B. SA erteilten Zuschlag mit der Begründung an, dass im vorliegenden Vergabeverfahren ausländische Anbieter gegenüber schweizerischen Bietern massgeblich benachteiligt würden. Sie habe den Antworten der Vergabebehörde auf die Fragen der Anbieter entnommen, dass die Datenerfassung der PISA[24]-Erhebungsdaten zwingend in der Schweiz durchgeführt werden müsse. Die Vergabebehörde ihrerseits erachtet diese Rüge als verwirkt. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde sei die Bedingung, dass die Arbeiten in der Schweiz auszuführen sind, bereits klar und unmissverständlich in der Ausschreibung (Ziff. 4.2) enthalten gewesen und habe sich nicht erst aus dem Antwortenkatalog ergeben, welcher den interessierten Firmen (...) zugestellt worden war. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Kritik hätte daher gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden müssen (...). a. In der öffentlichen Ausschreibung (...) findet sich unter dem Titel «Andere Informationen» die Ziff. 4.2 folgenden Wortlautes:

### **E. 4**

«Geschäftsbedingungen: Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge. Aus logistischen Gründen und Gründen des Datenschutzes müssen die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden.» Im Frage- und Antworten-Katalog des Bundesamtes für Statistik vom (...) findet sich folgende Frage mit zugehöriger Antwort: «Dürfen ausländische Mitarbeiter unserer ausländischen Tochtergesellschaft für die Datenerfassung eingesetzt werden?» «Wenn folgende Voraussetzungen erfüllt werden: - Die Datenerfassung findet in der Schweiz statt. - Die Mitarbeiter erhalten für die beschriebene Arbeitsperiode einen Arbeitsvertrag, der den Bestimmungen des Schweizerischen Arbeitsgesetzes (ArG) sowie des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) zugrunde liegt. - Sehr gute Deutschkenntnisse.» Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, (erst) aus dieser Antwort erfahren zu haben, dass die Datenerfassung in der Schweiz durchgeführt werden muss. Dieser Darstellung kann jedoch nicht gefolgt werden, denn die fragliche Anforderung ergibt sich nach objektiver Betrachtungsweise bereits aus der Formulierung in Ziff. 4.2 der Ausschreibung, wonach «die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen». Die Bedeutung und Tragweite dieser «Geschäftsbedingung» war für die Interessenten durchaus erkennbar (vgl. oben E. 2b). Insbesondere konnte sich die von der Beschwerdeführerin gerügte allfällige Rechtswidrigkeit bereits aus dieser Anordnung in der Ausschreibung selbst ergeben; die Problematik der allfälligen Benachteiligung ausländischer Anbieter wurde jedenfalls bereits durch die genannte Umschreibung in der Ausschreibung aufgeworfen und die Beschwerdeführerin hätte diese unmittelbar anfechten können und müssen. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass die fragliche Passage der Ausschreibung zu wenig bestimmt war, so dass deren Bedeutung erst aufgrund des Frage- und Antworten-Katalogs erkennbar geworden wäre. Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass der Dienstleistungsauftrag zwei Aufgabenbereiche erfasste, nämlich die Kodierung und die Erfassung (Datenerfassung) der Antworten des Testmaterials. Dass mit dem Begriff «die Arbeiten» die Datenerfassung ebenso gemeint war, ist demnach mühelos ersichtlich. Die Anordnung war somit ausreichend bestimmt, um gemäss der Rechtsprechung der BRK zu

verlangen, dass die fragliche Rüge unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht wird und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Diese Verpflichtung ergibt sich ebenfalls aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher auch die Anbieter bindet (oben E. 2b). Die Beschwerdeführerin verhält sich treuwidrig, wenn sie vorerst eine ihrer Meinung nach rechtswidrige Ausschreibungsanforderung unangefochten lässt, obwohl sie den geltend gemachten Mangel ohne weiteres bereits hätte erkennen können, und sodann erst im Rahmen des Zuschlags Beschwerde erhebt mit der Begründung, die fragliche Anforderung sei unzulässig - dies im Übrigen ohne selbst eine Offerte eingereicht zu haben. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge hätte im Rahmen einer Beschwerde

## **E. 5**

gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen und erweist sich vorliegend als nicht rechtzeitig erfolgt. In der vorliegenden Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung ist die Berufung auf diesen Beschwerdegrund grundsätzlich unzulässig (oben E. 2b). b.aa. Vorbehalten bleibt die Frage einer allfälligen Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn sich aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels eine Nichtigkeit ergibt (Entscheidung der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 3d/aa, vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4, vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63 E. 3). Dieser Vorbehalt der Nichtigkeit wurde von der BRK in den zitierten Entscheidungen zwar jeweils erwähnt, nähere Ausführungen dazu, wann allenfalls eine Nichtigkeit vorliegen könnte, wurden jedoch nicht gemacht. Es sind diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit von Verfügungen heranzuziehen. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel nur zu deren Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit. Die Nichtigkeit bildet lediglich die Ausnahme. Vorausgesetzt wird ein schwerwiegender Rechtsfehler wie schwere Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler oder gravierende inhaltliche Mängel. Weiter muss der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich (BGE 122 I 99 E. 3a/aa, BGE 118 Ia 340 E. 2a, BGE 116 Ia 219 E. 2c; VPB 68.25 E. 2.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 955 ff.). bb. Die Beschwerdeführerin verlangt zwar in ihrem Rechtsbegehren die Ausschreibung sei als «nichtig» zu erklären; worin der die Nichtigkeit begründende schwere Mangel liegen soll, wird indes nicht näher ausgeführt (wobei mit dem Wort «nichtig» allenfalls auch schlicht die Ungültigkeit gemeint sein könnte). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin würden ausländische Anbieter durch die Einschränkung massgeblich benachteiligt und sie stellt ein «widerrechtliches, wettbewerbsbehinderndes, protektionistisches Verhalten» fest. Sie beruft sich somit zur Begründung der Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit auf das Diskriminierungsverbot bzw. den Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei den genannten Grundsätzen handelt es sich durchaus um grundlegendste Prinzipien des Vergaberechts. Das des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb, SR 0.632.231.422) und das BoeB verpflichten die Beschaffungsstellen, die Anbieter in gerechter und nichtdiskriminierender Weise auszuwählen und halten ausdrücklich die Gleichbehandlung der Anbieter im Submissionsverfahren des Bundes fest (Art. III Ziff. 1 und 2, Art. VII Ziff. 1 sowie Art. X Ziff. 1 Üoeb; Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB). Anbieter aus Vertragsstaaten

dürfen gegenüber Anbietern aus andern Vertragsstaaten nicht diskriminiert werden (Art. III Ziff. 1 Bst. a und b ÜoEB, vgl. auch Art. VIII Bst. b ÜoEB). Der Auftraggeber hat in allen Phasen des Verfahrens die Gleichbehandlung der in- und ausländischen Anbieter zu gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoEB; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche

#### **E. 6**

Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 193). Zur Begründung der Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung müssten diese Grundsätze jedoch in schwerwiegender Weise verletzt worden sein. Gerade bei inhaltlichen Fehlern ist die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen mit ausserordentlich schwer wiegenden Mängeln zu bejahen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 981). In der vorliegend zur Diskussion stehenden Ausschreibungsanforderung ist keine solche schwere Verletzung des Gleichbehandlungsgebots oder des Diskriminierungsverbotes zu sehen, so werden ausländische Anbieter insbesondere nicht generell ausgeschlossen, es wird von ihnen «nur» verlangt, dass sie die Datenerfassung in der Schweiz ausführen. Ob die fragliche Bestimmung in der Ausschreibung die genannten Prinzipien verletzt, kann offen bleiben, die Ausschreibungsverfügung kann aufgrund des geltend gemachten Mangels jedenfalls nicht als nichtig bezeichnet werden. c. Zusammenfassend kann der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Beschwerdegrund in der vorliegenden Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid nicht mehr vorgebracht werden und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Unter diesen Umständen erübrigt sich die Prüfung der von der Vergabebehörde aufgeworfenen Frage, ob die Beschwerdeführerin, die keine Offerte eingegeben hat, zur Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung überhaupt legitimiert sein könne (...). (...)

[24] «Programme for International Student Assessment» (Anm. der Redaktion).

#### **E. 7**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 69.81 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 29. März 2005 [BRK 2004-018] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2005 Année Anno Band 69 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 007 088 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.