

(Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 29. April 1998 [BRK 017/97])

Öffentliches Beschaffungswesen. Bereinigung der Angebote (Art. 25 VoeB). Verhandlungen.

- Anlässlich einer Offertbereinigung ist es ausgeschlossen, dass ein Angebot durch die Auftraggeberin geändert oder ergänzt wird. Verhandlungen mit den Anbietern oder Anbieterinnen sind stets nur im Rahmen der in Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB aufgestellten Voraussetzungen zulässig (E. 2a).

- Bei Gutheissung einer Beschwerde sind nur die Beschwerdeführerin und die ursprünglich berücksichtigte Anbieterin in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren einzubeziehen, da die anderen Teilnehmer den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben (E. 3c).

Marchés publics. Révision des offres (art. 25 OMP). Négociations.

- Lorsque l'adjudicateur procède à la révision des offres, il est exclu qu'il modifie ou complète celles-ci. Les négociations avec les soumissionnaires ne sont admissibles que dans le cadre des conditions posées à l'art. 20 LMP et à l'art. 26 OMP (consid. 2a).

- En cas d'admission d'un recours, seules la recourante et la soumissionnaire retenue à l'origine doivent être appelées à prendre part à la procédure de soumission qui doit être reprise puisque les autres participants n'ont pas attaqué l'adjudication et s'en sont accommodés (consid. 3c).

Acquisti pubblici. Rettifica delle offerte (art. 25 OAPub). Trattative.

- In occasione di una rettifica delle offerte, è escluso che un'offerta sia modificata o completata dal committente. Le trattative con gli offerenti sono ammissibili soltanto alle condizioni di cui all'art. 20 LAPub e all'art. 26 OAPub (consid. 2a).

- Qualora un ricorso sia accolto e la procedura d'appalto vada ripetuta, devono esservi ammessi soltanto il ricorrente e l'offerente inizialmente considerato, giacché gli altri partecipanti non hanno impugnato l'aggiudicazione e l'hanno accettata (consid. 3c).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Mit Publikation vom 25. März 1997 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlichte die Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale (EDMZ) eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Einführung der elektronischen Zeiterfassung (EZ) im Eidgenössischen Departement des Innern (EDI). Der Zuschlag an die O. AG vom 18. August 1997 wurde im SHAB vom (...) 1997 publiziert.

B. Dagegen erhebt die Z. AG mit Eingabe vom 17. November 1997 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (hiernach: Rekurskommission). Sie beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin; eventuell sei die Sache mit verbindlichen Weisungen an die EDMZ zurückzuweisen. Ferner ersucht sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde.

C. Mit Zwischenentscheid vom 26. Januar 1998 entsprach die Rekurskommission dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Sinne der Erwägungen. Sie führte aus, von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei mit Bezug auf die Beschaffung der EZ für das Bundesamt für Statistik (BFS) in Neuenburg grundsätzlich abzusehen. Ein Vertragsabschluss mit der O. AG für diesen Teilbereich könne indessen nur insoweit in Frage kommen, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrags zukommen darf. Sollte das EDI hinsichtlich des zu beschaffenden Zeiterfassungsproduktes an einem einheitlichen System und einem einheitlichen Vertragspartner für das ganze Departement festhalten, so sei vorläufig auch von einem Vertragsabschluss im Zusammenhang mit der Beschaffung der EZ für das BFS in Neuenburg abzusehen und der Entscheid der Rekurskommission in der Sache abzuwarten. Für diesen Fall werde der Beschwerde folglich die aufschiebende Wirkung vollumfänglich erteilt.

D. In der Sache selbst beantragt die EDMZ in ihrer Vernehmlassung vom 5. Januar 1998 (recte: 5. Februar 1998) die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Ferner sei von einem Entscheid in der Sache selbst, insbesondere der vollumfänglichen oder teilweisen Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin, abzusehen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2aa. Gemäss Art. 25 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) bereinigt die Auftraggeberin die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht so, dass sie objektiv vergleichbar sind, und prüft sie aufgrund der Zuschlagskriterien.

Diese Bereinigung hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie anschliessend anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) und Art. XIII Ziff. 4 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA, SR 0.632.231.422) ist es hingegen ausgeschlossen, dass eine Offerte durch die Auftraggeberin im Rahmen von Art. 25 VoeB geändert oder ergänzt wird. Grundsätzlich ist eine Bereinigung der Angebote nur denkbar als vertiefte Prüfung, im Rahmen welcher technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Dies darf aber - abgesehen von einer allfälligen Korrektur von Rechnungsfehlern gemäss Art. 24 Abs. 3 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) - nicht zu einer Änderung der Angebote führen; vielmehr sind diese so, wie sie im Zeitpunkt der Offertöffnung vorliegen und nicht wie sie sein könnten, zu prüfen sowie für den Zuschlag in Betracht zu ziehen (zum Ganzen Peter Galli/

Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 401 ff.).

Die Bereinigung der Angebote ist demnach ein rein verwaltungsinterner Vorgang. Nur so lässt es sich auch rechtfertigen, dass der Ordnungsgeber für diese wichtige Phase des Submissionsverfahrens anders als bei den Verhandlungen nach Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB keinerlei formelle Vorschriften erlassen hat, welche die Korrektheit des Verfahrens - namentlich die Gleichbehandlung der Anbieter - und den damit verbundenen Rechtsschutz gewährleisten würden. Im Rahmen einer Offertbereinigung nach Art. 25 VoeB kann sich ergeben, dass ein Angebot der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht. Ist dies der Fall, so ist das diesbezügliche Angebot allenfalls aus dem Verfahren auszuschliessen, beispielsweise dann, wenn es nicht vollständig ist (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 407).

Lassen sich indes die eingegangenen Offerten in einem rein verwaltungsinternen Prozedere nicht bereinigen bzw. vergleichbar machen, so wird dieser Umstand in der Regel auf unzulängliche bzw. ungenügend präzise Ausschreibungsunterlagen oder auf Offerten zurückzuführen sein, die den Ausschreibungsunterlagen nicht entsprechen. 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], BBl 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). Mit anderen Worten muss diesfalls das Beschaffungsgeschäft, insoweit es zu Ende geführt werden soll (vgl. Art. 30 VoeB), mit mangelhaften Ausschreibungsunterlagen auskommen. Die Vergabebehörde kann dann gegebenenfalls mit Verhandlungen - sofern diese im konkreten Beschaffungsgeschäft zulässig sind - Abhilfe schaffen. Verhandlungen im Rahmen einer Offertbereinigung können auch aus anderen Gründen gerechtfertigt sein, z. B. dann, wenn Offerten mit Formfehlern vorliegen, welche die Sanktion von Art. 19 Abs. 3 BoeB nicht rechtfertigen. Verhandlungen mit den Anbietern sind aber stets nur im Rahmen der vom Gesetz hierfür aufgestellten Voraussetzungen zulässig (Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB). Denn bei der direkten Kontaktnahme und der Besprechung der Angebote mit den Anbietern ist die Gefahr der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips und des Grundsatzes der Transparenz (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB und Art. XX Ziff. 2 GPA) sehr gross, weshalb zwingend die dafür vorgesehenen Schutzbestimmungen Platz zu greifen haben. Erforderlich ist damit insbesondere, dass nach Art. 20 BoeB überhaupt Verhandlungen geführt werden dürfen und dass bei Erfüllung dieser Voraussetzungen auch die Regeln eingehalten werden, welche der Ordnungsgeber für Verhandlungen aufgestellt hat, namentlich die Einhaltung der Formvorschriften nach Art. 26 VoeB (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 7. November 1997, VPB 62.17, S. 124 E. 4d/bb).

b. Gemäss den Ausführungen von Herrn E. (als massgeblicher Beschaffungsbeauftragter seitens der Vergabebehörde) in der öffentlichen Sitzung der Rekurskommission vom 12. März 1998 war für die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin «die unklare Situation der Systemführungskosten und der Wartungskosten je Arbeitsplatz» entscheidend. Herr E. versuchte im Rahmen seiner Bemühungen zur Bereinigung der Offerten, diese mittels telefonischer Besprechungen mit den drei bestplatzierten Anbietern vergleichbar zu machen, wobei der Inhalt dieser Telefongespräche vom 6. August 1997 in wesentlichen Teilen umstritten blieb. Am 15. August 1997 reichte die O. AG eine Nachtragsofferte ein, die zu wesentlich günstigeren Preisen gelangte, als ihre ursprüngliche Offerte. Herr E. hat weder aufgrund der Eingabe der O. AG vom 15. August 1997 mit den Mitkonkurrenten Rücksprache genommen noch hat er sichergestellt, dass die von ihm behauptete Aufforderung an die Beschwerdeführerin, ebenfalls eine Nachtragsofferte einzureichen, aktenkundig wäre. Vielmehr erklärte Herr M. (für die Beschwerdeführerin) seiner Einvernahme vom 12. März 1998 nach dem fraglichen Telefongespräch mit Herrn E. den Eindruck gehabt zu haben, nichts mehr einreichen zu müssen.

Damit steht im vorliegenden Fall fest, dass die Vergabebehörde das abgeänderte Angebot der O. AG nach Ablauf der Offerteingabefrist noch entgegennahm und dieser Bewerberin gestützt darauf in der Folge den Zuschlag erteilte. Dabei ist nicht restlos geklärt, ob Herr E. die berücksichtigte Anbieterin sogar aufforderte, eine Nachtragsofferte einzureichen. Erwiesen ist jedenfalls, dass die Mitbewerber der O. AG überhaupt keine Kenntnis von der Einreichung der genannten Nachtragsofferte erhielten und ungeklärt bzw. umstritten ist, ob ihnen, insbesondere der Beschwerdeführerin, die Gelegenheit eingeräumt wurde, ein bereinigtes Angebot einzureichen. Dieses Vorgehen der Vergabebehörde war - selbst wenn die umstrittenen Punkte zu ihren Gunsten ausgelegt werden - klar rechtswidrig. Denn der Zuschlag hätte - zulässige Verhandlungen mit den Anbieterinnen vorbehalten - auf ein Angebot fallen müssen, wie es sich bei der Offertöffnung präsentierte. Die Bereinigung nach Art. 25 VoeB dient nur der Vergleichbarmachung der einzelnen Angebote, erlaubt aber keinerlei Abänderung derselben (E. 2a hiervor).

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens ergibt sich, dass die O. AG ihr ursprüngliches Angebot mit Schreiben vom 15. August 1997 abänderte. Es kann offen bleiben, ob diese Modifikation eine Änderung des Leistungsinhaltes darstellte, welcher einen tieferen Preis ermöglichte oder ob es sich dabei ganz einfach um ein Abgebot handelte. Beide Arten von (Nachtrags-)Offerten hätten nur im Rahmen von Verhandlungen mit den Submittenten entgegengenommen werden dürfen.

c. Entgegen der Auffassung der Vergabebehörde ist diese mit der Führung von Telefongesprächen mit den drei bestplatzierten Anbietern am 6. August 1997 über den Rahmen der Offertbereinigung gemäss Art. 25 VoeB hinausgegangen und nahm mit den Submittenten Verhandlungen gemäss Art. 20 BoeB in Verbindung mit Art. 26 VoeB auf. Im vorliegenden Beschaffungsgeschäft war die Führung von Verhandlungen zwar grundsätzlich zulässig, wurden diese doch in Ziff. 19 der Ausschreibung vom 25. März 1997 ausdrücklich vorbehalten. Aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses steht jedoch fest, dass im Rahmen der geführten Verhandlungen mit den bestplatzierten Anbietern die Formvorschriften von Art. 26 VoeB nicht eingehalten wurden. Die für diese Beschaffung so zentralen Telefongespräche mit den Anbietern vom 6. August 1997 sind denn auch, zumindest dasjenige mit der Beschwerdeführerin, inhaltlich umstritten, was deutlich zeigt, wie wichtig die Einhaltung der Formvorschriften bei Verhandlungen sind. Unter diesen Umständen kann auch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bezüglich allfälliger Preisverhandlungen nicht ausgeschlossen werden (vgl. Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1998, S. 175). Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

3. Zu prüfen bleibt, welche Konsequenz die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung hat. Nach Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die Rekurskommission in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB).

a. Bei aufzuhebenden Zuschlagsverfügungen kommt ein reformatorischer Entscheid in dem Sinne, dass der Zuschlag direkt der im Beschwerdeverfahren obsiegenden Anbieterin erteilt wird, nur in klaren Ausnahmefällen in Betracht. In der Regel erlässt die Rekurskommission statt dessen einen Rückweisungsentscheid (vgl. Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 557). In Gutheissung des ursprünglichen Eventualantrags der Beschwerdeführerin ist auch im vorliegenden Fall auf Rückweisung an die Auftraggeberin zu erkennen.

b. Im Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 26. Januar 1998 hat diese der Beschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne der Erwägungen gewährt. Nach Art. 22 Abs. 2 BoeB teilt die Auftraggeberin den Vertragsschluss umgehend der Rekurskommission mit, wenn ein Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung hängig ist. Eine solche Mitteilung ist bis anhin nicht erfolgt. Gleichwohl liess die Rekurskommission mit Bezug auf die EZ für das BFS in Neuenburg einen Vertragsschluss unter gewissen Bedingungen zu. Sollte dieser Vertrag inzwischen abgeschlossen sein, so ist die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen (Art. 32 Abs. 2 und Art. 34 f. in Verbindung mit Art. 64 VoeB; vgl. den Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 15. Juli 1997, VPB 62.32 I E. 3f in fine).

c. Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung steht in erster Linie der Vergabebehörde zu. Falls die EDMZ am laufenden Submissionsverfahren festhalten sollte und - wohl zu Recht - die Voraussetzungen für einen Abbruch oder eine vollständige Wiederholung des Verfahrens nicht als gegeben erachten sollte, hat sie Folgendes zu beachten: Ob die Ausschreibungsunterlagen des zu beurteilenden Beschaffungsgeschäfts den Anforderungen des Gesetzes genügen, erscheint fraglich. Indessen war bereits gegen die Ausschreibung vom 25. März 1997 die Beschwerde an die Rekurskommission möglich (Art. 29 Bst. b BoeB). Die entsprechende Beschwerdefrist von 20 Tagen lief ab dem 26. März 1997 (Art. 20 Abs. 2 des BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021 in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 BoeB), weshalb auch die Ausschreibungsunterlagen, die bis zum 4. April 1997 angefordert werden konnten, in eine allfällige Beschwerde hätten miteinbezogen werden können. Nachdem gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben worden ist, liegt hier formelle Rechtskraft vor (vgl. E. 2a hiavor). Das Beschaffungsgeschäft ist somit - im Falle des Festhaltens der Vergabebehörde am vorliegenden Verfahren - nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung. Dabei sind in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur die Beschwerdeführerin und die O. AG als ursprünglich berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die anderen Teilnehmer der in Frage stehenden Submission den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben (vgl. unveröffentlichter Entscheid der Rekurskommission vom 13. Juni 1997 i. S. E. und R., E. 1b).

Da die Angebote der Beschwerdeführerin und der O. AG, wie sich gezeigt hat, nicht in einem rein verwaltungsinternen Prozedere vergleichbar gemacht werden können, bedeutet dies praktisch, dass dies im Rahmen von nunmehr zu führenden Verhandlungen zu geschehen hat, wobei die entsprechenden Vorschriften (Art. 26 VoeB) zu beachten sind. Dabei dürfen auch Abgebotsrunden durchgeführt werden, da diese gestützt auf Art. 20 BoeB zulässig sind (VPB 62.17 E. 4d, S. 123). Alsdann ist ein neuer Zuschlag vorzunehmen.

Dokumente der BRK