

(Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 9. Dezember 1998)

Öffentliches Beschaffungswesen. Grundsatz des fairen Wettbewerbs und Gleichbehandlungsprinzip.

- Wurde der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen und hat die Beschwerdeführerin kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt, ist im Falle der Gutheissung der Beschwerde lediglich festzustellen, inwieweit die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (E. 2b).

- Ist die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf ein bestimmtes Fabrikat oder Gerät vorgespurt, ist es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug eines weiteren Geräts in das Submissionsverfahren einseitig, d.h. nur zu Gunsten einer bestimmten Submittentin zu berücksichtigen (E. 3).

Marchés publics. Principes de la loyauté de la concurrence et de l'égalité de traitement.

- Lorsque le contrat avec le soumissionnaire retenu a déjà été conclu et que la recourante n'a pas demandé l'octroi de l'effet suspensif, il convient de déterminer uniquement, en cas d'admission du recours, dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit fédéral (consid. 2b).

- Si le marché visait, peut-être de manière contraire au droit, un produit ou un appareil déterminés, il n'est pas admissible qu'ensuite, durant la procédure de soumission, seul un autre produit soit pris en considération de telle manière que cela favorise un soumissionnaire en particulier (consid. 3).

Acquisti pubblici. Principi della concorrenza leale e della parità di trattamento.

- Qualora il contratto di appalto sia già stato concluso e la ricorrente non abbia fatto istanza di concessione dell'effetto sospensivo, conviene soltanto rilevare, nel caso dell'ammissione del ricorso, in quale misura la decisione impugnata violi il diritto federale (consid. 2b).

- Se l'acquisto è indirizzato, magari in maniera contraria alla legge, verso un prodotto specifico o un'apparecchiatura particolare, non è ammissibile che in seguito, durante la procedura di appalto, un altro prodotto sia preso in considerazione in modo unilaterale favorendo cioè un unico appaltatore (consid. 3).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Mit Publikation vom 25. April 1997 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlichte das Amt für Bundesbauten (AFB) eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für die Erweiterung und Sanierung der Gebäude des Eidgenössischen Amtes für Messwesen. Die Teilnehmerauswahl für den Baukostenplan 245 (Klimaanlagen), mit der neun Firmen zur Angebotseinreichung eingeladen wurden, wurde im SHAB vom 18. August 1997 veröffentlicht.

Von den selektionierten Firmen reichten fünf ein Angebot ein, wobei sich die X AG und Y zur Arbeitsgemeinschaft Z (nachfolgend: ARGE) zusammenschlossen. Der Zuschlag vom 23. Juni 1998 an die A AG wurde im SHAB vom 9. Juli 1998 publiziert. Der Vertrag mit der A AG, der für die Lüftungsanlagen den Monobloc-Apparat der Firma B vorsieht, datiert vom 25. Juni 1998.

B. Gegen den Zuschlag erhebt die ARGE mit Eingabe vom 20. Juli 1998 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission). Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, indem sie verlangt, das Angebot der A AG sei als ungültig zu erklären und die Vergabe sei aufgrund der noch vorliegenden Angebote zu vollziehen. Zur Begründung führt sie an, das Angebot der berücksichtigten Anbieterin entspreche nicht den Ausschreibungsbedingungen und die A AG sei bevorzugt behandelt worden. Im Angebot der A AG sei das Monobloc-Fabrikat der Firma B enthalten, ohne dass jedoch im Zeitpunkt der Angebotseingabe die diesbezüglichen technischen Angaben hätten vorgewiesen werden können. Überdies hätte für das B-Gerät das verlangte «Messprotokoll eines Laborlüftungsgerätes» nicht vorgelegt werden können.

Das AFB beantragt in seiner Vernehmlassung vom 4. September 1998 die Abweisung der Beschwerde, die Auferlegung der Verfahrenskosten an die Beschwerdeführerin und die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Auftraggeberin.

Aus den Erwägungen:

1.a. (Formelles, siehe VPB 61.24)

b. Entgegen der bekannten Rechtsprechung der Rekurskommission, die den Vertragsschluss vor Eröffnung des Zuschlags grundsätzlich ausschliesst (Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24 E. 2e, bestätigt und präzisiert mit Zwischenentscheid vom 6. Februar 1998, VPB 62.79 E. 2), hat das AFB den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin am 25. Juni 1998 unmittelbar nach dem Zuschlag vom 23. Juni 1998 und vor Veröffentlichung im SHAB vom 9. Juli 1998 abgeschlossen, ohne dieses Vorgehen weiter zu begründen und insbesondere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses (z.B. besondere Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) für einen solchen Schritt darzutun. Dieses Verhalten verstösst klar gegen die Praxis der Rekurskommission und ist zu missbilligen. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin indes kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt, so dass die Rekurskommission im Falle einer Gutheissung der Beschwerde lediglich festzustellen hat, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Eine Aufhebung des Zuschlags ist diesfalls ausgeschlossen (vgl. Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1996 [BoeB], SR 172.056.1).

c. Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. April 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG).

Mit der Beschwerde an die Rekurskommission kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht zur Verfügung (Art. 31 BoeB).

2.a. Art. 19 Abs. 1 BoeB mit dem Randtitel «Formvorschriften» bestimmt unter anderem, dass die Anbieter und Anbieterinnen ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen müssen. Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BoeB).

Um den hohen Anforderungen im Präzisionslaborbereich entsprechend Rechnung zu tragen, hat sich das AFB entschlossen, den selektionierten Firmen die Möglichkeit zu geben, neben einer Grundvariante, bei der es den Anbieterinnen freistand, für die Klimaanlage von ihnen gewählte Geräte und Produkte vorzuschlagen, auch eine Offerte einzureichen, bei der verschiedene Fabrikate von der Auftraggeberin vorbestimmt waren (sogenannte Fabrikatvariante). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war bei der Fabrikatvariante unter anderem das Lüftungsgerät der Firma C zwingend zu berücksichtigen.

b. Im vorliegenden Fall haben alle Anbieterinnen sowohl eine Grundvariante als auch eine Fabrikatvariante eingereicht. Die berücksichtigte Anbieterin hat in ihrer Grundvariante das Monobloc-Gerät der Firma B offeriert und die Beschwerdeführerin alternativ sowohl das B- als auch das C-Lüftungsgerät. Es ist ferner unbestritten, dass im Zeitpunkt der Offerteingabe die technischen Angaben für das B-Gerät lückenhaft waren und nicht in der gemäss den Ausschreibungsunterlagen verlangten Detaillierung vorlagen.

3. Der Vertrag des AFB mit der berücksichtigten Anbieterin vom 25. Juni 1998 beinhaltet die Erstellung der Lüftungsanlagen mit dem Monobloc-Gerät der Firma B. Da dieses Gerät im Zeitpunkt der Offerteingaben unbestrittenermassen die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllte, bleibt zu prüfen, ob die Vergabebehörde ohne Verletzung von Vergabevorschriften berechtigt war, den Zuschlag an die A AG zu erteilen.

a. Das AFB macht in seiner Vernehmlassung vom 4. September 1998 geltend, bei der Beschaffung komplizierter technischer Anlagen sei der von der Auftraggeberin hinzugezogene Spezialingenieur häufig auf das Know-how der Hersteller angewiesen. Es sei gängige Praxis, dass die Ausschreibungsunterlagen in enger Zusammenarbeit zwischen dem Spezialingenieur und dem Hersteller des zu liefernden Produktes ausgearbeitet würden. Bei der Ausarbeitung der fraglichen Ausschreibungsunterlagen habe das beauftragte Ingenieurbüro mit der Firma C zusammengearbeitet, wodurch diese genau gewusst habe, welche Unterlagen verlangt würden und über die nötige Zeit verfügt habe, eine umfassende technische Dokumentation zu erarbeiten. Die Prüfung der Offerten habe gezeigt, dass sich die enge Zusammenarbeit zwischen dem Ingenieurbüro und der Firma C nachteilig für Submittentinnen ausgewirkt habe, die Produkte der Firma B offerierten. Offenbar sei die Eingabefrist zu kurz bemessen gewesen, um für das B-Fabrikat eine umfassende technische Dokumentation einzureichen. Für die Wahrung des fairen Wettbewerbs hätte sich der Vergabebehörde die Möglichkeit geboten, entweder die Anbieterinnen von Produkten der Firma C auszuschliessen oder die Anbieterinnen des B-Gerätes aufzufordern, ihr Angebot zu ergänzen.

b. Das BoeB strebt den fairen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen an (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BoeB). Der Aspekt der Fairness kommt dabei insbesondere im Gleichbehandlungsprinzip der Anbieter und Anbieterinnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) - das einen der Hauptgrundsätze des Vergabeverfahrens überhaupt darstellt - zum Ausdruck.

Dem AFB ist zuzustimmen, dass sich die enge Zusammenarbeit zwischen dem Ingenieurbüro und der Firma C nachteilig auf die berücksichtigte Anbieterin bzw. ihr «B-Angebot» ausgewirkt hat. Auch mit Blick auf die staatsvertragliche Regelung von Art. VI Ziff. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA, SR 0.632.231.422) - die den Vergabebehörden verbietet, in einer den Wettbewerb ausschaltenden Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einzuholen oder anzunehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können - erweist sich die enge Zusammenarbeit in Bezug auf die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zwischen dem von der Vergabebehörde beauftragten Ingenieurbüro und der Herstellerfirma C als nicht unproblematisch (vgl. Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 12. Dezember 1997, veröffentlicht in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1997, S. 350 f.). Diesen heiklen Punkt konnte das AFB jedoch nicht dadurch umgehen, dass es der berücksichtigten Anbieterin ermöglichte, ihre Grundvariante bezüglich des B-Gerätes zu vervollständigen.

War die Beschaffung in einer womöglich rechtswidrigen Art und Weise auf das Fabrikat der Firma C vorgespurt, war es nicht zulässig, den nachträglichen Einbezug des B-Gerätes in die Beschaffung einseitig, d.h. nur zugunsten der A AG zu berücksichtigen. Daran vermag nichts zu ändern, dass nur diese in ihrer Grundofferte ausschliesslich das Lüftungsgerät der Firma B vorschlug. Denn es ist nicht nur denkbar, sondern der Rekurskommission aus einem weiteren Beschwerdeverfahren gegen die zu beurteilende Beschaffung sogar bekannt, dass zumindest eine Anbieterin auf die Offerte des B-Apparates verzichtet hat, weil die verlangten Gerätespezifikationen von dieser Firma nicht beizubringen waren. Um dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs Genüge zu tun, hätte die Vergabebehörde allen Anbieterinnen mitteilen müssen, dass sie das B-Gerät als den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls entsprechend ansehe und es ihnen freistehe, im Rahmen einer allfälligen Zusatzofferte diesen Apparat anzubieten.

Die Beschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als im Sinne von Art. 32 Abs. 2 BoeB festzustellen ist, dass das erwähnte Vorgehen des AFB dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderläuft und der im SHAB vom 9. Juli 1998 publizierte Zuschlag vom 23. Juni 1998 insofern Bundesrecht verletzt. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen eine Aufhebung des Zuschlags anstrebt, kann dagegen auf ihre Beschwerde aufgrund von Art. 32 Abs. 2 BoeB nicht eingetreten werden (vgl. E. 1b in fine). Die Beschwerdeführerin ist insoweit auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen (Art. 34 BoeB in Verbindung mit Art. 64 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB], SR 172.056.11). Das Schadenersatzbegehren ist bei der Auftraggeberin, AFB, einzureichen (Art. 35 Abs. 1 BoeB).

Dokumente der BRK