

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. Februar 2000 i.S. R. AG [BRK 2000-002])

Öffentliches Beschaffungswesen. Zuständigkeit der Rekurskommission. Vergabe im Bereich der Eisenbahnen.

- Die Rechtsschutzbestimmungen des BoeB gelangen nur dann zur Anwendung, wenn der Auftrag einerseits den in Art. 6 genannten Mindestbetrag (GATT-Schwellenwert) erreicht bzw. nicht unter die Ausschlussklausel des Art. 3 fällt und das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen andererseits durch eine Auftraggeberin durchgeführt wird, die nach Art. 2 dem Gesetz untersteht (E. 3a).

- Die Beschaffungen durch die SBB und andere Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen unterstehen - jedenfalls vorläufig - nicht dem BoeB (E. 3b und 3c).

Marchés publics. Compétence de la Commission de recours. Adjudication dans le domaine des chemins de fer.

- Les dispositions de la LMP relatives à la protection juridique sont applicables uniquement si, d'une part, le marché atteint le montant minimum mentionné à l'art. 6 (valeurs-seuils du GATT) resp. s'il ne tombe pas sous le coup de la clause d'exclusion de l'art. 3 et si, d'autre part, la procédure d'adjudication d'un marché public de fournitures, de services ou de construction est conduite par un adjudicateur qui est soumis à la loi en vertu de l'art. 2 (consid. 3a).

- Les marchés publics des CFF et d'autres adjudicateurs du secteur des chemins de fer ne sont pas soumis à la LMP - en tout cas pour le moment (consid. 3b et 3c).

Acquisti pubblici. Competenza della Commissione di ricorso. Aggiudicazione nell'ambito delle ferrovie.

- Le disposizioni della LAPub relative alla protezione giuridica sono applicabili unicamente se, da un canto, il mercato raggiunge la cifra minima menzionata all'art. 6 (valori-soglia del GATT) risp. non rientra nella clausola d'esclusione di cui all'art. 3 e se, d'altro canto, la procedura d'aggiudicazione di un acquisto pubblico di forniture, di servizi o di costruzione è condotta da un committente che sottostà alla legge in virtù dell'art. 2 (consid. 3a).

- Gli acquisti pubblici delle FFS e di altri committenti del settore delle ferrovie non sottostanno, almeno per il momento, alla LAPub (consid. 3b e 3c).

1. Die X AG schrieb am ... Oktober 1999 die Stahlbauarbeiten, Fabrikation und Montage einer Stahltragkonstruktion für das Projekt AlpTransit Surselva-RhB: Ausbau Bahnhof Disentis/Mustér, Gleis-/Perronüberdachung, im offenen Verfahren aus. Die Bauausschreibung wurde im Amtsblatt des Kantons Y vom ... Oktober 1999 und offenbar auch im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie im Submissionsanzeiger des Schweizerischen Baublatts publiziert. Mit einer Rechtsmittelbelehrung war die Ausschreibung nicht versehen. Für diesen Auftrag gingen insgesamt 13 Offerten ein. Die Offertöffnung fand am 30. November 1999 statt. Am 17. Dezember 1999 teilte die X AG den 13 Anbietern per Fax mit, dass ihr Verwaltungsrat mit Datum vom 16. Dezember 1999 die Stahlbauarbeiten für die Gleis-/Perronüberdachung Bahnhof Disentis/Mustér auf Grund der bereinigten Offerten und der vorgegebenen Zuschlagskriterien der B. AG zum Nettopreis von Fr. ... (inkl. MwSt) vergeben habe. Der Mitteilung des Vergabeentscheiders war eine Rechtsmittelbelehrung an «Eidg. Finanzdepartement, Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen» beigefügt.

2. Mit Eingabe vom 7. Januar 2000 erhebt die R. AG (ab hier: Beschwerdeführerin) als eine der nicht berücksichtigten Anbieterinnen gegen diese Vergabe Beschwerde bei der «Bundesverwaltung Finanzdepartement eidg. Rekurskommission für das öffentliche Bauwesen». Sie bringt vor, das Projekt der B. AG stelle ein Unterangebot dar. Wenn der offerierte Preis ohne Mehrwertsteuer auf die totale Menge von ungefähr 280 000 kg zu fertigende Stahlbaukonstruktion umgelegt werde, entspreche dies einem Preis von sagenhaften Fr. .../kg (aufgerundet). Die Beschwerdeführerin ersucht die Rekurskommission, dieses unglaubliche Angebot zu überprüfen und gegebenenfalls die notwendigen Schritte einzuleiten. Das Bundesamt für Bauten und Logistik, bei dem die Eingabe eingelangt war, hat diese zuständigkeitshalber an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) weitergeleitet.

Die X AG wurde am 18. Januar 2000 zur Vernehmung eingeladen. Es wurde präzisiert, dass sich diese vorläufig auf die Frage der Zuständigkeit zu beschränken habe. Mit Schreiben vom 31. Januar 2000 liess sich die X AG vernehmen. Darin bejahte sie die Zuständigkeit der BRK zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde. Die Zuständigkeit lasse sich aus Art. 11 der Vereinbarung vom 6. Dezember 1994 zwischen dem Bundesamt für Verkehr (BAV) und den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) mit der X AG betreffend die Erschliessung der Alp Transit-Baustelle Gotthard-Basistunnel, Zwischenangriff Sedrun, ableiten. Für die Ausschreibung und Vergabe der Arbeiten für den Ausbau der bestehenden Eisenbahnanlagen der X AG zur Erschliessung der SBB-Baustelle AlpTransit Gotthard-Basistunnel, Zwischenangriff Sedrun, komme das Submissionsrecht des Bundes zur Anwendung. Es handle sich dabei um das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11). Die X AG schreibe aus und verberge sämtliche Arbeiten im Zusammenhang mit der erwähnten Vereinbarung im Verfahren nach BoeB/VoeB, so auch die vorliegend angefochtenen Stahlbauarbeiten für die Gleis- und Perronüberdachung im Rahmen des Ausbaus des Bahnhofs Disentis/Mustér. In einem zweiten Punkt der Vernehmung nahm die X AG summarisch zur Sache Stellung. Sie machte insbesondere geltend, aus dem Protokoll der Offertöffnung vom 30. November 1999 sei einerseits ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin an letzter Stelle der 13 Anbieter rangiere. Andererseits seien die Angebote der ersten drei Ränge mit Unterschieden von maximal 2,9% sehr nahe beieinander. Es liege nicht ein «Unterangebot» der erstrangierten, sondern ein «Überangebot» der letztangierten, beschwerdeführenden Firma vor. Die Beschwerde sei aussichtslos und unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

3. Die BRK prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021 in Verbindung mit Art. 26 BoeB).

a. Die Rechtsschutzbestimmungen des BoeB gelangen nur dann zur Anwendung, wenn der Auftrag einerseits den in Art. 6 genannten Mindestbetrag (GATT-Schwellenwert) erreicht bzw. nicht unter die Ausschlussklausel des Art. 3 fällt und das

Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen andererseits durch eine Auftraggeberin durchgeführt wird, die nach Art. 2 dem Gesetz untersteht.

b. Nach Art. 11 der Vereinbarung vom 6. Dezember 1994 zwischen dem BAV und den SBB einerseits und der X AG andererseits ist bei der Ausschreibung und Vergabe von Arbeiten für Planung, Projektierung und Ausbau von AT Surselva Art. 13 des Bundesbeschlusses vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss [ATB], SR 742.104) bindend. Das jeweils geltende Submissionsrecht des Bundes sowie die Richtlinie des BAV betreffend Vergabe von Aufträgen im Rahmen der Realisierung der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT) sind anzuwenden (in Kraft seit 1. September 1993). Eine sinngemäss gleich lautende Bestimmung enthalten die Vereinbarungen zwischen dem Bund einerseits und den SBB andererseits bzw. zwischen dem Bund einerseits und der Berner Alpenbahn-Gesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon (BLS) andererseits je in Art. 4 (BBl 1994 III 1541 bzw. 1546).

Gemäss Art. 13 Abs. 1 ATB stellt der Bund im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicher. Art. 13 ATB verweist mithin auf das Submissionsrecht des Bundes. Bei Erlass des Alpentransit-Beschlusses bestand dieses in der Submissions- und in der Einkaufsverordnung. Die beiden Erlasse sind durch Richtlinien des BAV betreffend Vergabe von Aufträgen im Rahmen der Realisierung der NEAT ergänzt worden. Dieses Submissionsrecht ist am 1. Januar 1996 durch die neue Bundesgesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen (BoeB und VoeB) abgelöst worden (Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 44; vgl. ausführlich auch Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 385 ff. und 389 f.).

Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, welche konkreten Rechtsmittel dem Bewerber zur Verfügung stehen, der sich im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses gegen eine ihn beschwerende Entscheidung zur Wehr setzen will. Wie noch zu zeigen sein wird, unterstehen die Beschaffungen durch die SBB und andere Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen - auch im Rahmen der NEAT - dem BoeB nicht (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 515). Nach Art. 2 Abs. 2 BoeB bezeichnet der Bundesrat die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten unter das BoeB fallen. Massgebend für die Unterstellung ist dabei der Annex 3 der Schweiz zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422). Darin sind die Beschaffungsstellen aufgezählt, die unter das Übereinkommen oder andere völkerrechtliche Verträge (z. B. Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft [EG] im Rahmen bilateraler Vereinbarungen) fallen und damit vom Bundesrat auch dem BoeB unterstellt werden müssen. Nicht erfasst vom BoeB sind bis heute die

Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen (insbesondere die SBB) und Telekommunikation (Markus Metz / Gerhard Schmid, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 99/1998, S. 52 mit Hinweisen). Die Nichtunterstellung der SBB sowie der übrigen Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen unter das Gesetz bedeutet in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss entsprechender Aufträge vom Rechtsmittelsystem (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 21; vgl. auch Clerc, a.a.O., S. 625; Renate Scherrer Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in Thomas Cottier / Remo Arpagaus [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel und Frankfurt am Main 1999, S. 11). Die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen und Telekommunikation sowie die privatrechtlichen Organisationen aus den erwähnten Sektorenbereichen sollen dem Gesetz - gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BoeB - erst unterstellt werden, wenn ein entsprechendes Abkommen mit den EG abgeschlossen und ratifiziert sein wird (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1177 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 20; Clerc, a.a.O., S. 408 f.; Metz/Schmid, a.a.O., S. 51). Erst mit einem Inkrafttreten der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EG wird sich diese Ausgangslage demnach ändern.

c. Für nicht dem GATT/WTO-Übereinkommen unterstellte Auftraggeberinnen des Bundes hat der Bundesrat das Vergabeverfahren auf Verordnungsstufe bestimmt, und zwar unter der Bezeichnung «übrige Beschaffungen» im 3. Kapitel der Verordnung (Art. 32 bis 39 VoeB). Für diesen Bereich hat der Bundesrat gestützt auf die autonome Regelung von Art. 2 Abs. 3 BoeB das Gesetz oder einzelne Bestimmungen zwar auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklärt (vgl. als Beispiele Art. 34 Abs. 2 und Art. 37 VoeB oder speziell mit Bezug auf die SBB Art. 34 Abs. 3 VoeB mit dem Verweis auf Art. 18 Abs. 2 BoeB). Der Rechtsmittelweg des BoeB steht jedoch für Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB nicht offen. Dies ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 3 in fine BoeB. Insofern ist die mit Art. 39 VoeB angestrebte Nichtanwendbarkeit der Beschwerde von Art. 27 ff. BoeB auf die so genannten «übrigen Beschaffungen» denn auch bloss eine konsequente Umsetzung der BoeB-Vorgabe (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 506; Metz/Schmid, a.a.O., S. 75). Bei diesem Stand der Dinge steht somit zwingend fest, dass - vorläufig wenigstens - das Rechtsmittelverfahren des BoeB auf die Auftraggeberinnen aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen nicht zur

Anwendung gelangt, mag man es auch bedauern, dass damit ein wesentlicher Teil der grossen Auftragsvergaben durch den Bund, nämlich jene im Rahmen der Realisierung der NEAT, keinem bundesrechtlichen Rechtsschutz untersteht (vgl. unveröffentlichter Entscheid der BRK vom 11. Mai 1998 [BRK 1998-004] E. 3c/aa in fine, mit Hinweis auf Peter Gauch, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht, in: recht 1997, S. 176).

4. Steht der Rechtsmittelweg an die BRK vorliegend nicht offen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

Dokumente der BRK