

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. April 2000 i.S. W. [BRK 2000-001])

Öffentliches Beschaffungswesen. Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren.

- Eine Aufhebung des Zuschlags durch die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) ist ausgeschlossen, wenn einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt und der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist (E. 1d).
- Technische Abschlussgespräche sind als Verhandlungen gemäss Art. 20 BoeB zu qualifizieren und unterstehen somit den Formvorschriften von Art. 26 VoeB (E. 3a).
- Wird von den mit den Anbietern geführten Verhandlungen kein Protokoll erstellt, so stellt dies eine Verletzung von Bundesrecht dar (E. 3b).

Marchés publics. Offre non retenue en procédure ouverte.

- Une annulation de l'adjudication par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) est exclue, quand un recours n'est pas assorti de l'effet suspensif et que le contrat avec la soumissionnaire a déjà été conclu (consid. 1d).
- Des pourparlers finaux de nature technique doivent être qualifiés de négociations au sens de l'art. 20 LMP et sont donc soumis aux prescriptions de forme de l'art. 26 OMP (consid. 3a).
- L'absence de procès-verbal portant sur les négociations menées avec les soumissionnaires constitue une violation du droit fédéral (consid. 3b).

Acquisti pubblici. Offerta non considerata nella procedura aperta.

- L'annullamento di un'aggiudicazione da parte della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRAP) è escluso se il ricorso non ha effetto sospensivo ed il contratto con l'offerente è già stato concluso (consid. 1d).
- Colloqui finali di natura tecnica devono essere considerati quali trattative ai sensi dell'art. 20 LAPub e sottostanno quindi alle prescrizioni di forma dell'art. 26 OAPub (consid. 3a).
- L'assenza di un verbale concernente le trattative condotte con gli offerenti costituisce una violazione del diritto federale (consid. 3b).

A. Mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 22. Dezember 1999 veröffentlichte das Paul Scherrer Institut (PSI) die Vergabe von 120 Stück VME64x Crates an die Firma T AG. Der Zuschlag datierte vom 17. Dezember 1999.

B. Mit Eingabe vom 4. Januar 2000 erhebt die Firma W GmbH als nichtberücksichtigte Anbieterin gegen den Zuschlag vom 17. Dezember 1999 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK). Die Beschwerdeführerin beantragt die Erteilung des Lieferauftrages an sie und die «Ungültigerklärung» des angefochtenen Zuschlags. Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hat die Beschwerdeführerin nicht gestellt. Zur Begründung wird angeführt, die angefochtene Zuschlagsverfügung verletze das Gleichbehandlungsgebot. Die Beschwerdeführerin habe das preislich tiefste Angebot eingereicht. Es scheine ausserdem, dass der Liefertermin für die Zuschlagserteilung den Ausschlag gegeben habe. Nachdem ihre eigene «Lieferzeit» realistisch und angemessen sei, könnten die kürzeren Lieferfristen der berücksichtigten Firma nur darauf beruhen, dass bereits im Vorfeld der Ausschreibung Tatsachen geschaffen worden seien, welche gewisse Anbieter gegenüber andern begünstigt hätten.

In seiner Vernehmlassung vom 11. Februar 2000 beantragt das PSI die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Es bestreitet die Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips. Der Evaluationsbericht habe ergeben, dass sich das Angebot T im direkten Vergleich hinsichtlich Backplane, Kühlung und Lieferfristen als das technisch bessere Angebot erweise. Beim Backplane handle es sich um eines der wichtigsten Elemente des VME64x Crates. Wohl sei das Angebot der Beschwerdeführerin preislich etwas tiefer, doch vermöge die diesbezügliche Differenz von rund Fr. 30 000.- (inklusive Mehrwertsteuer) die Vorteile des Angebotes von T nicht aufzuwiegen.

C. In ihrer Replik vom 6. März 2000 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie weist zunächst darauf hin, dass ihr Angebot nach abgelaufener Eingabefrist gemäss dem Evaluationsbericht gegenüber demjenigen der Firma T einen Preisvorteil von Fr. 79 722.- aufgewiesen habe. Der Firma T sei in der Folge offenbar Gelegenheit gegeben worden, ihr Angebot nachzubessern, während der Beschwerdeführerin eine solche Möglichkeit nicht geboten worden sei. Der Evaluationsbericht stelle auch in materieller Hinsicht eine krasse Fehlentscheidung dar.

Das PSI hält in seiner Duplik vom 22. März 2000 an seinen Anträgen fest. Es wird ausgeführt, der Vertrag mit der Firma T sei - gestützt auf den Zuschlag vom 17. Dezember 1999 - am 23. Dezember 1999 abgeschlossen worden. Das PSI räumt ein, das Angebot von T sei im Laufe des Submissionsverfahrens preislich abgeändert worden, wodurch sich die Preisdifferenz zur Offerte der Beschwerdeführerin letztlich verringert habe. Im Übrigen wäre aber ohnehin das Angebot von T auch im Rahmen der ursprünglichen Preisdifferenz von Fr. 79 722.- vorzuziehen gewesen, da einzig diese Firma die Einhaltung der terminlichen Vorgaben gewährleistetete, was von grosser Bedeutung sei, da ein Verspätungsschaden die Preisdifferenz wesentlich überstiegen hätte.

Aus den Erwägungen:

1.a. Das PSI ist im Annex 1 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) als Beschaffungsstelle des Bundes, die Aufträge in Übereinstimmung mit dem ÜoeB zu vergeben hat, aufgeführt. Die objektiven Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1), unter denen die Rechtsschutzbestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden

(zuständige Bundesstelle, Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert), sind beim vorliegenden Lieferauftrag erfüllt.

b. Gegen Zuschlagsverfügungen des PSI ist die Beschwerde an die BRK, welche endgültig entscheidet, zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. a und Art. 36 BoeB sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG], SR 173.110). Da zudem keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die BRK für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen Vergabe zuständig.

Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

c. (...)

d. Entgegen der bekannten und publizierten Rechtsprechung der BRK, die den Vertragsschluss unter anderem vor Ablauf der Beschwerdefrist grundsätzlich ausschliesst (Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 17. Februar 1997, E. 2e, veröffentlicht u. a. in VPB 61.24, bestätigt und präzisiert mit Zwischenentscheid vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2), hat das PSI nach eigenen Angaben den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin am 23. Dezember 1999 unmittelbar nach dem Zuschlag vom 17. Dezember 1999 und einen Tag nach Veröffentlichung im SHAB vom 22. Dezember 1999 abgeschlossen, ohne dieses Vorgehen weiter zu begründen und insbesondere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses (z. B. ausserordentliche Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) für einen solchen Schritt darzutun. Dieses Verhalten verstösst klar gegen die Praxis der BRK und ist zu missbilligen. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin indes kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt, so dass einem Vertragsschluss nach Ablauf der zwanzigtägigen und zufolge Fristenstillstandes (Art. 22a Bst. c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021) am 24. Januar 2000 endenden Beschwerdefrist nichts im Wege gestanden hätte. Der verfrühte Vertragsschluss des PSI mit der von ihm ausgewählten Anbieterin hat demnach keine praktischen Auswirkungen. Denn falls einer Beschwerde - wie vorliegend - nicht in Anwendung von Art. 28 Abs. 2 BoeB auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewährt wurde, stellt die BRK gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, wenn der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet erweist. Eine Aufhebung des Zuschlags ist diesfalls ausgeschlossen (zum Ganzen: Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1998, veröffentlicht in VPB 63.42 E. 1b).

Damit steht fest, dass das von der Beschwerdeführerin gestellte Rechtsbegehren selbst dann nicht gutgeheissen werden kann, wenn sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Bei Gutheissung der Beschwerde käme vorliegend somit nur die erwähnte Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung in Frage. Gestützt auf eine solche Feststellung könnte die Beschwerdeführerin alsdann in einem besonderen Verfahren ein Schadenersatzbegehren einreichen (Art. 34 f. BoeB und Art. 64 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB], SR 172.056.11).

2.a. Die Beschwerdeführerin hebt hervor, dass sie gemäss den ursprünglichen Offerten gegenüber dem Angebot der berücksichtigten Anbieterin einen um Fr. 79 722.- tieferen Preis angeboten habe. T habe dann die Offerte nach dem Ende der Eingabefristen nachbessern können, wogegen ihr eine solche Möglichkeit nicht eingeräumt worden sei. Damit sei das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden.

b. Das PSI räumt ein, dass das ursprüngliche Angebot von T nach Abschluss der Eingabefrist der Angebote um einen Betrag von Fr. 42 720.- nach unten korrigiert worden sei, wodurch sich die ursprüngliche Preisdifferenz der beiden Angebote im Ausmass von Fr. 79 722.- entsprechend reduziert habe. Die Gleichbehandlung der Anbieter sei jedoch gewahrt worden. Preisverhandlungen seien mit keinem Submittenten geführt worden. Das PSI habe die Firma T anlässlich der Besprechung vom 14. Dezember 1999 angefragt, ob eine gemäss Offerte farblose Aluminium-Frontplatte nicht allenfalls farblich eloxiert werden könnte. T habe dies bejaht, jedoch erklärt, diesfalls das Angebot neu berechnen zu müssen. Obschon diese farbliche Eloxierung angeblich einen Mehrpreis von Fr. 39.- pro Crate verursachte, kam das so revidierte Angebot der Firma T aufgrund dieser rechnerischen Überprüfung um Fr. 42 720.- billiger zu stehen, als das ursprüngliche Angebot. Das PSI begründet diese Entwicklung damit, dass die Firma T bei der Überprüfung ihrer Offerte offensichtlich gemerkt habe, dass ihr ein Rechnungsfehler unterlaufen sei. Offenbar seien die Materialien doppelt berechnet worden.

3.a. Es ist unbestritten, dass das PSI am 13. und 14. Dezember 1999 mit der Beschwerdeführerin bzw. der Firma T so genannt technische Abschlussgespräche führte. Bei den Abschlussgesprächen ging es nach den Ausführungen der Parteien unter anderem um Detailbesprechungen im Zusammenhang mit der verlangten Spezifikation. Sodann wurde gemäss der Darstellung des PSI zumindest die berücksichtigte Anbieterin angefragt, ob sie eine gewisse Modifikation ihrer Offerte vornehmen könne. Ausserdem wurde T Gelegenheit gegeben, ihre Offerte (rechnerisch) zu überprüfen.

Die technischen Abschlussgespräche sind als Verhandlungen gemäss Art. 20 BoeB zu qualifizieren. Solche sind denn auch nach Ziff. 19 der Ausschreibung ausdrücklich vorbehalten worden. In der Tat liegt stets eine Verhandlung im Sinne von Art. 20 BoeB vor, wenn die Vergabestelle über eine blossere Bereinigung und Prüfung der Angebote nach Art. 25 VoeB - was einen rein verwaltungsinternen Vorgang darstellt - hinausgeht und in direkten Kontakt zu den Anbietern tritt (Entscheid der BRK vom 29. April 1998, veröffentlicht in VPB 62.80 E. 2a). Verhandlungen mit den Submittenten dürfen nur unter Einhaltung der in Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB genannten Voraussetzungen und Formalien geführt werden. Insofern die BRK in ihrem Entscheid vom 29. Juni 1998 (CRM 15/97) eine ganz spezielle Ausnahme von diesem Grundsatz für den Fall zulies, dass sich die Vergabebehörde verwaltungsintern bereits für ein Angebot entschieden hatte, könnte daran wohl kaum festgehalten werden (vgl. die Kritik an diesem Entscheid in: Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 50, Rz. 20.5 mit Hinweis). Die Frage braucht indes nicht abschliessend entschieden zu werden, geht es vorliegend doch ohnehin nicht um einen solchen Anwendungsfall. Denn es ist davon auszugehen, dass die so genannt technischen Abschlussgespräche geführt wurden, bevor sich die Vergabebehörde auch nur intern für ein Angebot entschieden hatte.

Verhandlungen der Vergabebehörde über die Angebote mit den Anbietern beinhalten erhebliche Gefahren bezüglich der Gleichbehandlung der Submittenten. Zum Schutze der Anbieter sind die Verhandlungen in Gesetz (Art. 20 BoeB) und Verordnung (Art. 26 VoeB) daher stark formalisiert. Die Einhaltung der Formvorschriften bei Verhandlungen gewährleistet eine gewisse Transparenz, welche gerade mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot von grosser Bedeutung ist. Im Vergaberecht des Bundes ist die Protokollierungspflicht das zentrale Element der Formvorschriften, die bei Verhandlungen einzuhalten sind. Die damit verbundene Transparenz ermöglicht es der BRK auch, auf Beschwerde hin diesen Schritt der Vergabebehörde auf seine Nachvollziehbarkeit hin zu überprüfen. Das obligatorisch zu erstellende Protokoll hat dabei inhaltlich die in Art. 26 Abs. 3 VoeB

umschriebenen Mindestangaben bezüglich Namen der anwesenden Personen, verhandelten Angebotsteilen und Ergebnisse der Verhandlungen zu enthalten und ist nach Art. 26 Abs. 4 VoeB von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen.

b. Mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2000 ist das PSI aufgefordert worden, der BRK sämtliche Akten des zu beurteilenden Submissionsverfahrens einzureichen. In den eingereichten Unterlagen fehlt ein Protokoll über die mit den Anbietern - bzw. einzelnen von ihnen - offenbar geführten Verhandlungen. Es ist daher davon auszugehen, dass es das PSI trotz der zwingenden Vorschrift von Art. 26 Abs. 3 VoeB unterlassen hat, im Rahmen der von ihm geführten Verhandlungen ein Protokoll zu erstellen.

Die Beschwerdeführerin hat zwar die Unterlassung der Protokollierungspflicht durch das PSI nicht ausdrücklich als Rechtsverletzung gerügt, doch hat die BRK diesbezüglich eine Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen (Art. 62 Abs. 4 VwVG; André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 1.8 f.). Diese ergibt, dass die Vergabebehörde vorliegend die bei Verhandlungen einzuhaltenden Formvorschriften nicht eingehalten und damit verbunden auch einen Verstoss gegen das Gebot der Nachvollziehbarkeit des Verwaltungshandelns begangen hat.

Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob der vom PSI erstellte Evaluationsbericht ebenfalls schon rein formal zu beanstanden wäre, weil er die einzelnen Zuschlagskriterien nicht in der Reihenfolge ihrer Bedeutung zu gewichten scheint (Art. 21 Abs. 2 BoeB), sondern nur einfach jedes Kriterium als solches bewertet, ohne eine Gewichtung vorzunehmen. Ebenso wenig braucht bei diesem Stand der Dinge auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin eingegangen zu werden.

4.a. Nachdem der angefochtene Zuschlag vorliegend nicht (mehr) aufgehoben werden kann (vgl. E. 1d hiavor), ist gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich festzustellen, dass der angefochtene Entscheid durch die unzulässigerweise unterlassene Protokollierung der mit den Anbietern bzw. einzelnen von ihnen geführten Verhandlungen Bundesrecht verletzt.

Die Frage, ob die begangene Rechtsverletzung für den Erlass der angefochtenen Verfügung (adäquat) kausal war, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen. Über diese Frage wäre allenfalls im Rahmen eines konkreten Schadenersatzbegehrens der Beschwerdeführerin zu befinden (vgl. dazu GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1202 f.; Peter Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], 114/1995 I, S. 330; Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP], 1996, S. 974). Für das vorliegende Verfahren ist es jedoch irrelevant, ob der Zuschlag auch dann an die Firma T gegangen wäre, wenn diese die von der Beschwerdeführerin beanstandete Preisreduktion nicht gewährt hätte.

Die Beschwerde ist demnach im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.

b. (...)

Dokumente der BRK