

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. September 2000 i.S. W. AG [BRK 2000-009])

Öffentliches Beschaffungswesen. Änderung der Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens. Nachträgliche Einführung einer relativen Gewichtung.

Art. 21 Abs. 2 BoeB.

- Eine Änderung der Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens verstösst weder gegen das Transparenzgebot noch das Gleichbehandlungsprinzip, wenn die Offerenten ihre Angebote im Hinblick auf die geänderten Zuschlagskriterien einreichen können (E. 2b).
- Eine gleich starke Gewichtung von Zuschlagskriterien stellt eine relative Gewichtung dar, welche den Offerenten vor Angebotseinreichung bekannt gegeben werden muss (E. 2b).

Marchés publics. Modification des critères d'adjudication en cours de procédure. Introduction subséquente d'une pondération relative.

Art. 21 al. 2 LMP.

- Une modification des critères d'adjudication en cours de procédure ne constitue pas une violation du principe de la transparence ni de celui de l'égalité de traitement si les soumissionnaires peuvent encore déposer leurs offres sur la base des critères modifiés (consid. 2b).
- Une prise en compte à valeur égale des critères d'adjudication constitue une pondération relative, qui doit être portée à la connaissance des soumissionnaires avant le dépôt des offres (consid. 2b).

Acquisti pubblici. Modifica dei criteri di aggiudicazione in corso di procedura. Introduzione a posteriori di una ponderazione relativa.

Art. 21 cpv. 2 LAPub.

- Una modifica dei criteri di aggiudicazione in corso di procedura non costituisce una violazione del principio della trasparenza né di quello della parità di trattamento, se gli interessati possono inoltrare le loro offerte tenendo conto dei criteri di aggiudicazione modificati (consid. 2b).
- Il conferimento dello stesso valore a tutti i criteri di aggiudicazione costituisce una ponderazione relativa, che deve essere resa nota agli interessati prima dell'inoltro delle offerte (consid. 2b).

A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 15. November 1999 schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ) den Dienstleistungsauftrag für den Umzug des Departements Chemie aus der «alten» Chemie im Stadtzentrum Zürich nach dem Neubau 3, Ausbautappe Höneggerberg, zur Vergabe aus. Als Zuschlagskriterien wurden genannt:

- Vollständigkeit der Angebotsunterlagen;
- Präsentation;
- Lösungsansätze zu Projektrisiken;
- Preis.

B. Nach durchgeführtem Präqualifikationsverfahren wurden den selektionierten Unternehmen die vom 28. Januar 2000 datierenden, von der B. AG erstellten Angebotsunterlagen zugestellt, aufgrund derer diese ihre Angebote bis zum 20. März 2000 einzureichen hatten. Nunmehr sollte der Auftrag aufgrund folgender Zuschlagskriterien vergeben werden:

1. Vollständigkeit der Angebotsunterlagen
2. Präsentation
3. Aufgabenbezogene Organisationsstruktur des Anbieters
4. Lösungsansätze zu den Projektrisiken
5. Preis/Leistungsverhältnis

C. Nach Auswertung der Angebote schlug die ETHZ mit Verfügung vom 11. Mai 2000 den Auftrag der M. AG zu. Dieser Entscheid wurde im SHAB vom 18. Mai 2000 publiziert. Der W. AG, die sich am Vergabeverfahren ebenfalls beteiligt hatte, wurde der Entscheid unter Beilage einer Kopie der Veröffentlichung im SHAB mit Schreiben vom 19. Mai 2000 mitgeteilt. Letztere erhebt Beschwerde bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK).

Aus den Erwägungen:

1.a. Die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH) sind in Art. 2 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) ausdrücklich als Auftraggeberinnen des Bundes erwähnt. Die objektiven Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. BoeB, unter denen die Rechtsschutzbestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden (zuständige Bundesstelle, Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert), sind beim vorliegenden Dienstleistungsauftrag auch sonst erfüllt. Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission, 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 Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen Vergabe zuständig.

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

Wird eine Zuschlagsverfügung durch Publikation im SHAB eröffnet, so bestimmt sich der Beginn der Beschwerdefrist nach dem Publikationsdatum. Ein Orientierungsschreiben der Verwaltung, das einem nichtberücksichtigten Anbieter nach Eröffnung der Verfügung zugestellt wird und das lediglich auf eine Abschrift der Verfügung und das diesbezügliche Publikationsdatum verweist, vermag den Beginn des Fristenlaufs nicht hinauszuschieben (Entscheid der Rekurskommission vom 7. Juli 1997, veröffentlicht in VPB 61.78 E. 2b S. 752). Der Lauf der Beschwerdefrist begann im vorliegenden Fall demnach - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - nicht am Tage nach dem Eintreffen des Schreibens vom 20. Mai 2000 bei der Beschwerdeführerin, sondern am Tage nach der am 18. Mai 2000 erfolgten Publikation der angefochtenen Verfügung im SHAB (André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.42). Mit der Postaufgabe am 7. Juni 2000 ist die 20-tägige Beschwerdefrist dessen ungeachtet eingehalten.

Die Beschwerdeführerin ist als selektionierte aber beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Eingabe ist daher einzutreten.

2.a. Die Vergabebehörde hat die für die konkrete Vergabe massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (Art. 21 Abs. 2 BoeB) und unter Bekanntgabe «aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden» (Ziff. 6 Anhang 5 zur Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], SR 172.056.11), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die Rangfolge der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen steht sodann für das weitere Submissionsverfahren grundsätzlich fest. Die Wahl der zur Anwendung gelangenden Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien darf dabei nicht in sachwidriger, wettbewerbsverzerrender Weise vorgenommen werden. Unzulässig ist es, durch die Art der Gewichtung der Zuschlagskriterien einen bestimmten Anbieter zu begünstigen. Aus der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. März 1999, veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 100 [1999], E. 3b S. 382). Der Grundsatz der

Transparenz gebietet, dass die Vergabebehörde die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenkt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekannt gibt (BGE 125 II 101; Entscheid der Rekurskommission vom 27. Juni 2000 i. S. I. [BRK 2000-005], VPB 65.10 E. 4a[76]). Könnte die Vergabebehörde nämlich die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erst nachträglich, d. h. in Kenntnis des Inhalts der eingegangenen Offerten, festsetzen, bestünde die Gefahr von Missbrauch und Manipulation von Seiten des Auftraggebers (Entscheid der BRK vom 27. Juni 2000 i. S. I. [BRK 2000-005] E. 4a[77]). Dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 3a S. 423 f.; Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Rz. 11.2). Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien und Unterkriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 467; Gauch/Stöckli, a.a.O., Rz. 11.4).

b. Im vorliegenden Fall wurden die im SHAB vom 15. November 1999 publizierten Zuschlagskriterien «Vollständigkeit der Angebotsunterlagen», «Präsentation», «Lösungsansätze zu den Projektrisiken» sowie «Preis» in den Angebotsunterlagen um das (an dritter Stelle platzierte) Zuschlagskriterium «Aufgabenbezogene Organisationsstruktur des Anbieters» ergänzt. Zudem wurde das an letzter Stelle stehende Zuschlagskriterium «Preis» nunmehr in «Preis/Leistungsverhältnis» umbenannt. Da diese Änderung der Zuschlagskriterien den selektionierten Offerenten jedoch noch vor der Angebotseinreichung mitgeteilt wurde, sie mithin ihre Angebote im Hinblick auf diese (geänderten) Zuschlagskriterien einreichen konnten, dürfte hierin noch kein Verstoss gegen die Gebote der Transparenz bzw. der Gleichbehandlung liegen.

In der von der B. AG erstellten Angebotsauswertung vom 27. April 2000 wurden nunmehr die Kriterien 1 bis 4 der in den Angebotsunterlagen bekannt gegebenen fünf Zuschlagskriterien je zu einem Viertel gewichtet. Dadurch wurde eine relative Gewichtung vorgenommen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekannt gegeben wurde. Auch die gleich starke Gewichtung der erwähnten Zuschlagskriterien stellt eine relative Gewichtung dar, welche hätte offen gelegt werden müssen. Nur so kann der Gefahr von Missbrauch und Manipulation seitens des Auftraggebers wirksam begegnet werden. Insofern verstösst die Vergabebehörde gegen den Sinn von Art. 21 Abs. 2 BoeB und gegen das Transparenzgebot, handelt mithin vergaberechtswidrig.

3. Wie die Vergabebehörde in ihren Stellungnahmen vom 20. respektive 30. Juni 2000 einräumt, ist zudem nicht leicht ersichtlich, wie das Zuschlagskriterium «Preis/Leistungsverhältnis» bewertet wurde. Es sei eine Gegenüberstellung ohne konkrete prozentuale Gewichtung in der Art vorgenommen worden, dass man zuerst die ersten vier Zuschlagskriterien bewertet und nach dieser Beurteilung dann das fünfte Kriterium herangezogen habe. Gemäss den Ausführungen der Vergabebehörde vom 30. Juni 2000 entsteht durch diese Vorgehensweise der Eindruck, dass das Kriterium «Preis/Leistungsverhältnis» das gleiche Gewicht erhalte, wie die ersten vier Kriterien zusammen.

Die Bezeichnung des fünften Zuschlagskriteriums mit «Preis-/Leistungsverhältnis» ist unzutreffend. Die Ermittlung des Preis-/Leistungsverhältnisses ist ja gerade Sinn und Zweck des ganzen Vergabeverfahrens, mithin der Würdigung aller Zuschlagskriterien. Vielmehr wird hier das Ergebnis der Würdigung der ersten vier Zuschlagskriterien, welche Auskunft über die «Leistungsverhältnisse» oder, mit den Worten der Vergabebehörde, das «Leistungspotential» der einzelnen Offerenten gibt, dem Zuschlagskriterium «Preis» gegenübergestellt. Durch eine solche Vorgehensweise kommt dem letzten Zuschlagskriterium in der Tat dasselbe Gewicht wie der Gesamtheit der übrigen Zuschlagskriterien zu. Auch darin liegt ein Verstoss gegen Art. 21 Abs. 2 BoeB, wonach die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen sind.

Zudem wird hiermit wiederum eine relative Gewichtung vorgenommen, welche den Offerenten nicht vorgängig bekannt gegeben wurde, und somit das Transparenzgebot verletzt. Der Einwand der Vergabebehörde, dass hier bloss eine «Gegenüberstellung ohne prozentuale Gewichtung» vorgenommen worden sei, ist nicht beachtlich. Entscheidend ist, dass durch die Darstellung des

Angebotspreises in Abhängigkeit vom Leistungspotential eine relative Gewichtung eingeführt wurde. Ob diese in numerischer (durch eine prozentuale Gewichtung) oder, wie im vorliegenden Fall, graphischer Weise erfolgt ist, spielt keine Rolle.

4. Die ETHZ bringt schliesslich vor, selbst wenn sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen begründet wären, würde dies nicht zu einem anderen Zuschlag führen. Ob die von der Vergabebehörde vorgenommene relative Gewichtung im vorliegenden Fall einen Einfluss auf den Vergabeentscheid gehabt hat, kann indes offen gelassen werden. Denn die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Gesichtspunkte ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung vorgenannter Regel auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (Entscheid der BRK vom 27. Juni 2000 i.S. I. [BRK 2000-005] E. 4c[78]). Entsprechend kann auch offen gelassen werden, wie es sich mit den übrigen Rügen der Beschwerdeführerin verhält. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Zuschlagsentscheid der ETHZ vom 11. Mai 2000 demnach aufzuheben.

5.a. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die Rekurskommission im Falle einer Gutheissung der Beschwerde in der Sache selbst oder weist die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. In Anbetracht des grossen Ermessensspielraums, der der Vergabebehörde zukommt, hat die Aufhebung einer Zuschlagsverfügung durch die Rekurskommission in der Regel die Rückweisung an die Auftraggeberin zur Folge. Ein Entscheid in der Sache selbst erfolgt lediglich dann, wenn der Sachverhalt vollständig erstellt ist und bloss eine Anbieterin für den Zuschlag in Frage kommt (Entscheid der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29 E. 6 S. 410). Hingegen kann es nicht Sache der Rekurskommission sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Bewertung der Angebote vorzunehmen.

b. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen, welche es der Rekurskommission ermöglichen würden, einen Entscheid in der Sache selbst zu treffen, nicht erfüllt. Insbesondere ist der Sachverhalt insofern nicht vollständig erstellt, als die Bewertung der Offerten mittels einer relativen Gewichtung durchgeführt wurde, welche den Offerenten nicht vorgängig bekanntgegeben worden ist. Deshalb kann nicht auf diese Bewertung zurückgegriffen werden. Somit müsste die Rekurskommission - um einen Entscheid in der Sache selbst fällen zu können - die von der Vergabebehörde vorgenommene Bewertung der Angebote durch eine eigene Beurteilung ersetzen, was jedoch nicht ihre Aufgabe ist. Ein reformatorischer Entscheid ist somit nicht möglich.

c. Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung steht in erster Linie der Vergabebehörde zu. Falls die ETHZ 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: Das Beschaffungsgeschäft ist nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung und den Entscheid über die Auswahl der Teilnehmerinnen. Dabei sind in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur die Beschwerdeführerin und die berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die anderen Teilnehmerinnen der in Frage stehenden Submission den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 29. April 1998, veröffentlicht in

VPB 62.80 E. 3c). Mit der nochmaligen Aufforderung zur Offerteinreichung hat die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin sowie der berücksichtigten Anbieterin mitzuteilen, welche Gewichtung die einzelnen Zuschlagskriterien sowie deren Unterkriterien erfahren werden.

[76]74 Oben S. 124.

[77]75 Oben S. 124.

[78]76 Oben S. 125.

Dokumente der BRK