

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 5. Juli 2001 i.S. Bietergemeinschaft X [BRK 2001-003])

Öffentliches Beschaffungswesen. Transparenzprinzip. Nachvollziehbarkeit der Vergabe. Transparenz bezüglich der Definition der Zuschlagskriterien (Art. 21 BoeB).

- Bedeutung einer verspäteten Eingabe der Zuschlagsempfängerin (E. 1d).
- Beim selektiven Verfahren wird der Katalog der Zuschlagskriterien im Gegensatz zu den in der Ausschreibung enthaltenen Eignungskriterien nicht rechtskräftig (E. 3b).
- Eine Vergabe muss so dokumentiert sein, dass es der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen möglich ist, den Zuschlagsentscheid zu überprüfen (E. 2b und E. 4).
- Bei der Definition der Zuschlagskriterien und der Bewertung der Offerten hat die Vergabestelle darauf zu achten, dass sie die gewöhnliche Bedeutung der gewählten Begriffe zugrunde legt. Tut sie dies nicht, sind die Zuschlagskriterien entsprechend zu erläutern (E. 3d und E. 5).
- Führt die Vergabestelle nachträglich ein nicht bekannt gegebenes Subkriterium ein, dem faktisch die Bedeutung eines Zuschlagskriteriums zukommt, wird der Grundsatz der Transparenz verletzt (E. 6).

Marchés publics. Principe de transparence. Traçabilité de l'adjudication. Transparence dans la définition des critères d'adjudication (Art. 21 LMP).

- Conséquences d'un allégué tardif de l'adjudicataire (consid. 1d).
- En procédure sélective, le catalogue des critères d'adjudication n'acquiert pas de valeur juridique, contrairement aux critères de qualification ressortant de l'appel d'offres (consid. 3b).
- Une adjudication doit être documentée de manière à permettre à la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics de contrôler la décision y relative (consid. 2b et consid. 4).
- Le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que la définition des critères d'adjudication et l'appréciation des offres soient basées sur la signification usuelle des concepts retenus. A défaut, les critères d'adjudication doivent être expliqués dans la mesure nécessaire (consid. 3d et consid. 5).
- Le fait que le pouvoir adjudicateur introduise a posteriori un sous-critère non communiqué aux soumissionnaires et auquel il faut accorder dans les faits la valeur d'un critère d'adjudication viole le principe de transparence (consid. 6).

Acquisti pubblici. Principio della trasparenza. Possibilità di ricostruire l'aggiudicazione. Trasparenza nella definizione dei criteri d'aggiudicazione (Art. 21 LAPub).

- Conseguenze di un allegato tardivo dell'aggiudicatario (consid. 1d).
- Nella procedura selettiva il catalogo dei criteri di aggiudicazione, al contrario dei criteri di idoneità del bando di concorso, non ha valore giuridico (consid. 3b).
- L'aggiudicazione deve essere documentata, in modo da permettere alla Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici di esaminare la decisione di aggiudicazione (consid. 2b e consid. 4).
- Nella definizione dei criteri di aggiudicazione e nella valutazione delle offerte, l'autorità aggiudicatrice deve attribuire ai concetti scelti il significato che essi hanno usualmente, altrimenti i criteri di aggiudicazione vanno spiegati nella misura necessaria (consid. 3d e consid. 5).
- Se in seguito l'autorità aggiudicatrice introduce un sotto-criterio non conosciuto, il quale assume di fatto l'importanza di un criterio d'aggiudicazione, il principio della trasparenza è violato (consid. 6).

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 28. September 2000 schrieb das Bundesamt für Energie (BFE) das Mandat zur Förderung der energetischen Optimierung respektive Energienutzung der Infrastruktur-Anlagen Abwasserentsorgung, Kehrlichtverbrennung und Wasserversorgung im Rahmen des Nachfolgeprogramms zu Energie 2000 zur Vergabe aus. Das Mandat umfasst alle erforderlichen Massnahmen, die zur vermehrten Energieverwendung in den genannten Bereichen führen. Aufgrund der Präqualifikation wurden die Bietergemeinschaft X sowie das Bewerbungsteam Y als geeignet beurteilt und zur Offertstellung eingeladen. Schliesslich entschied das Bundesamt für Energie, den Zuschlag dem Bewerbungsteam Y zu erteilen.

Gegen diesen Entscheid erhob die Bietergemeinschaft X bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1.d. Soweit die Eingabe der Zuschlagsempfängerin in Frage steht, ist festzuhalten, dass diese die Frist zur Stellungnahme vom 14. Mai 2001 ungenutzt haben verstreichen lassen. Dies anerkennt die Zuschlagsempfängerin auch ohne weiteres. Demnach ist sie mit Anträgen nicht zu hören, was aber nicht hindert, ihre Ausführungen zur Sache im Hinblick auf die einschlägigen Prozessmaximen (Art. 32 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021) allenfalls zu berücksichtigen.

2.a. (Verbindlichkeit der Beurteilungskriterien, vgl. VPB 65.11 E. 2a)

b. Welches das im konkreten Geschäft wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss den in der Ausschreibung bzw. den den Anbietern nach der Präqualifikation zugestellten Unterlagen angeführten Zuschlagskriterien ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote nach Art. 25 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) in technischer und rechnerischer Hinsicht so weit bereinigt hat, dass sie objektiv vergleichbar sind (Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 467). Sodann werden die verschiedenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien geprüft (Art. 25 VoeB), wobei diese Prüfung - entsprechend dem Grundsatz der Transparenz - dokumentiert werden muss und nachvollziehbar sein soll (vgl. den Entscheid der Rekurskommission vom 25. August 2000, veröffentlicht in VPB 65.9 E. 2a sowie die unveröffentlichten Entscheide vom 25. August 1999 in Sachen B.P. [BRK 1999-004], E. 2d, und vom 4. Februar 1999 in Sachen A.B.W. [BRK 1998-012], E. 3b/bb). Durch die Wahl der Reihenfolge der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bringt die Vergabebehörde deren Bedeutung für den Zuschlag definitiv

zum Ausdruck (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB], SR 172.056.1 und Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467; vgl. auch BGE 125 II 101 E. 7c; Entscheid der Rekurskommission vom 4. Februar 1999 in Sachen A.B.W. [BRK 1998-012], E. 3 b/cc). Dadurch wird das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebots eingeschränkt, wobei trotzdem noch ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt (Entscheide der Rekurskommission vom 3. September 1999 und vom 28. August 2000, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 3a bzw. VPB 65.9 E. 2a; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467).

3.a. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle die Zuschlagskriterien gemäss der «Allgemeinen Beschreibung» wie folgt definiert:

Nr. Kriterium: Gewicht

1 Fach- und Methodenkompetenz 4

2 Verankerung des Offertellers am Markt, Abdeckung CH 4

3 Berücksichtigung und Integration des Umfeldes 3

4 Vollständigkeit der Abdeckung des Mandates 3

5 Finanzierungsvorschlag (-> Eigenleistungen) 2

6 Originalität der Offerte (vorgeschlagene Marketingaktivitäten) 2

7 Referenzen (aus früheren Aktivitäten) 2

8 Vorschlag zur Quantifizierung und Messbarkeit der Resultate 1

b. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission ist der in der Ausschreibung aufgeführte Kriterienkatalog grundsätzlich rechtskräftig, wenn gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben worden ist (Entscheide der Rekurskommission vom 9. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16, E. 4 in fine, und vom 29. April 1998, veröffentlicht in VPB 62.80 E. 2a; zum kantonalen bzw. interkantonalen Recht vgl. auch BGE 125 I 206). Beim selektiven Verfahren gelten aber vom Zuschlag abgesehen nur die Ausschreibung und der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmenden als selbständig anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 29 BoeB; vgl. GATT- Botschaft II, BBl 1994 IV 1200). In Rechtskraft erwachsen demnach die Ausschreibung bzw. der darin enthaltene Katalog der Eignungskriterien (Art. 29 Bst. b BoeB) sowie die Verfügung betreffend die Zulassung zur Offertstellung (Art. 29 Bst. c BoeB), nicht aber die Zuschlagskriterien, die den Anbietern erst mit oder nach der Verfügung gemäss Art. 29 Bst. c BoeB zugestellt werden. Demnach können auch der Kriterienkatalog bzw. die Zuschlagskriterien als solche Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein.

c. Zur Auswahl der Zuschlagskriterien ist vorab festzuhalten, dass der Preis fehlt. Dies wird durch die Auskunft vom 11. April 2001 belegt, nach welcher «gemäss Budgetvorgabe» 400'000 Franken (gemeint jährlich) eingesetzt werden sollen. Entsprechend enthielt die «Allgemeine Beschreibung» den Hinweis, dass während fünf Jahren von einem Jahresbudget von 400'000.- Franken auszugehen sei.

Jedenfalls bei komplexen Dienstleistungsaufträgen kann es sich rechtfertigen, das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch zu ermitteln, dass ein festes Kostendach vorgegeben nach der überzeugendsten Leistung für den eingesetzten Preis gefragt wird. Während bei der Beschaffung eines weitgehend standardisierten Produkts der Preis ausschliesslich entscheidend sein kann (Art. 21 Abs. 3 BoeB), liegt das Schwergewicht bei komplexen Mandaten wie im vorliegenden Fall bei der zu erbringenden Leistung.

d. Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinne versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998, S. 394). Insbesondere bei komplexen Aufträgen sind höhere Anforderungen an die auf die Umschreibung der Zuschlagskriterien verwendete Sorgfalt zu stellen. Dies namentlich dann, wenn Rückfragen der Anbieter nicht zulässig sein sollen.

Der präzisen Umschreibung der Kriterien kommt im vorliegenden Fall eine erhöhte Bedeutung zu, weil die Zuschlagsempfängerin ihre Vorstellung der Ausgestaltung des Mandats der Vergabestelle bereits vor der Ausschreibung mitgeteilt hat. Die Zuschlagsempfängerin hatte zuvor im Auftrag des BFE das Mandat «Energie in ARA» betreut und bereits vor der Ausschreibung ihr Interesse am vorliegenden Projekt «Energie in Infrastrukturanlagen» angemeldet. Im Angebot der Zuschlagsempfängerin wird denn auch auf das erprobte Team von «Energie in ARA» hingewiesen, welches die Arbeiten in diesem Bereich ausführe. Das Mandat Infrastruktur-Anlagen sei für sie eine Herausforderung, weil sie dieses Thema aufgebaut habe.

4. Es wird im Folgenden zu prüfen sein, ob die beim gewählten Bewertungsvorgehen zu beachtenden Verfahrensregeln - namentlich bezüglich der Dokumentation bzw. der Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids - eingehalten worden sind.

a. Zum Vorgehen der Vergabestelle ist zunächst festzuhalten, dass drei Mitarbeiter des Bundesamtes für Energie, U, V und W, die Offerten zunächst unabhängig voneinander evaluiert haben. Nachdem aufgrund der Diskussion noch Korrekturen vorgenommen worden waren, ergab sich die Gesamtbewertung aufgrund des Durchschnitts der drei Bewertungen bzw. der

Addition der durch die drei evaluierenden Mitarbeiter vergebenen Punkte.

b. Gemäss der Rechtsprechung der Rekurskommission muss der Vergabeentscheid so dokumentiert sein, dass er für Dritte nachvollziehbar ist (vgl. E. 2/b hiervor). Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist die parallele Bewertung der Offerte durch drei Sachbearbeiter. Ergeben sich jedoch grosse Unterschiede in der Bewertung, ist - um Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens zu vermeiden - jedenfalls insoweit eine Differenzbereinigung durchzuführen.

Wenn die Sachbearbeiter die Angebote der Anbietenden nach dem ihnen zustehenden Ermessen unabhängig voneinander evaluieren und sich nicht auf eine gemeinsame Begründung einigen, verlangt es der Grundsatz der Transparenz, dass jede Bewertung schriftlich begründet wird; nur dann ist die Nachvollziehbarkeit der Beurteilung gegeben und somit der Dokumentationspflicht im Sinne der Rechtsprechung der Rekurskommission Genüge getan. Im vorliegenden Fall hat einer der Bewertenden (V) seine Beurteilung nicht schriftlich festgehalten. Damit ist die Evaluation insoweit nicht nachvollziehbar.

c. Wie ausgeführt ist das Vorgehen, drei Sachbearbeiter die Offerten unabhängig voneinander beurteilen zu lassen, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Hingegen ist es nicht zulässig, dass die Bewertenden bei der Evaluation von verschiedenen Sachverhaltsvoraussetzungen ausgehen.

Im vorliegenden Fall waren sich die Bewertenden nicht einig, ob sich der Beizug von Marketingspezialisten gemäss Offerte der Zuschlagsempfängerin nur auf einen Teilaspekt - die Vermarktung neuer Produkte im Ökostrom-Bereich - oder auf das ganze Mandat bezieht. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin kann einerseits aufgrund des Organigramms, verbunden mit dem Hinweis auf die neuen Ideen, so verstanden werden, dass die beigezogenen PR-Spezialisten in allen Bereichen zum Einsatz kommen sollen. Andererseits ist es auch möglich, das Angebot so zu deuten, dass sich der Beizug dieser Experten auf die Vermarktung von Ökostrom beschränkt.

Der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) hätte es geboten, den Sachverhalt soweit zu klären, dass allen Bewertungen die gleiche Interpretation der Offerte zugrunde liegt. Alle Bewertenden hätten sich darüber einig sein müssen, welche Interpretation allen Bewertungen zugrunde gelegt werden soll.

Demgegenüber hat die Vergabestelle es richtigerweise zugelassen, dass ein Sachbearbeiter seine Bewertung aufgrund einer übersehenen Tabelle korrigiert.

5. Nachfolgend wird die Umschreibung der Zuschlagskriterien erörtert, um festzustellen, ob diese den Anforderungen des vergaberechtlichen Transparenzgebots genügt.

a.aa. Den Unterlagen, die den Anbieterinnen nach ihrer Zulassung zur Offertstellung zugestellt worden sind, lässt sich nicht entnehmen, was «Verankerung am Markt» bedeutet. Nach den Ausführungen der Vergabestelle ist unter «Verankerung am Markt, Abdeckung Schweiz» beurteilt worden, wie gut die Bewerber die verschiedenen Fachbereiche ARA (Abwasserreinigungsanlagen), KVA (Kehrichtverbrennungsanlagen), WV (Wasserversorgungen) und das jeweilige Marktgeschehen aus eigener Tätigkeit kennen und wie gut ihre Organisationsstruktur die ganze Schweiz erreichen kann. Nach den Aussagen der Vergabestelle anlässlich der öffentlichen Verhandlung geht es «um die Kenntnis der Fachbereiche und Spezifitäten der drei Bereiche». Auf die Frage hin, ob die Grösse des Kundenstammes von Bedeutung sei, erklärte die Vergabestelle, der Kundenstamm spiele keine Rolle. Bei diesem Gesichtspunkt gehe es um die Frage nach den Kenntnissen des Marktes bzw. der Spezifitäten der Szene.

Daraus ergab sich folgende Bewertung der beiden Anbieterinnen: Die Bietergemeinschaft der Beschwerdeführerinnen erreiche einerseits durch geschäftliche Aktivitäten der beteiligten Firmen in den drei Fachbereichen sowie von Partnern einen grossen Kundenkreis in der gesamten Schweiz, andererseits nehme sie als Akteur des Marktes auch an dessen Entwicklung teil. Sie habe deshalb eine gute bis sehr gute Bewertung erhalten. Die Zuschlagsempfängerin verfügt nach Angaben der Vergabestelle durch ihre bisherigen Aktivitäten in «Energie in ARA» und ihre Zusammenarbeit mit dem Abwasser- und Gewässerschutz-Verband VSA über sehr gute Kenntnisse des ARA-Marktes. Ihre intensiven Kontakte zu Exponenten der beiden andern Bereiche KVA und WV (Präsidenten der Branchenverbände SVGW [Schweizerischer Verein des Gas- und Wasserfaches], SBV [Schweizerischer Brunnenmeisterverband], VBSA [Verband Betriebsleiter Schweizerischer Abfallbehandlungsanlagen] eröffnen ihr gute bis sehr gute Möglichkeiten, das aktuelle Marktgeschehen in allen drei Sprachregionen der Schweiz zu verfolgen. Durch diese Kontakte (inklusive VSA) sei auch der flächendeckende Zugang zum Zielpublikum gewährleistet. Den Schilderungen der Vergabestelle zufolge geniessen die

Branchenverbände eine sehr hohe Akzeptanz bei ihren Mitgliedern; daher sei dieser Kommunikationsweg als sehr wirkungsvoll und effizient einzustufen. Die Zuschlagsempfängerin sei deshalb unter diesem Kriterium zwischen gut und sehr gut bewertet worden.

bb. Die Zuschlagsempfängerin hebt in ihrer Offerte unter dem Punkt «Verankerung des Offertstellers am Markt/Abdeckung CH» hervor, die wichtigsten Marktpartner bei den ARA, WV und KVA seien die Betreiber und die Ingenieure. Diese seien in den starken Fachverbänden VSA, SVGW und VBSA zusammengeschlossen. «Alle drei Verbände haben uns - als neutrale Berater - die volle Unterstützung zugesichert, so dass wir unser Beziehungsnetz vertiefen und ausweiten können. Wir sind damit sowohl bei den ARA, als auch im neuen Markt der WV und KVA in der Deutschschweiz, wie auch der Romandie und im Tessin bestens verankert».

Die Offerte der Beschwerdeführerinnen lautet in Kap. 9 «Verankerung am Markt, Abdeckung CH» wie folgt: «Die grosse Anzahl von weit über 200 ausgeführten Anlagen, Projektierungen und Beratungen in den relevanten Bereichen durch die Mitglieder unserer Bietergemeinschaft, die Menge der in diesen Bereichen durch sie gegenwärtig bearbeiteten Projekte (über 30) sowie die sehr zahlreichen Kontakte zu Behörden, Verbänden, Kunden und Planer in allen Regionen der Schweiz erlauben uns, die zum Erfolg erforderliche Marktverankerung zu garantieren.» Zur Marktabdeckung wird ausgeführt, durch die 17 Standorte ihrer Mitglieder sei die Bietergemeinschaft in allen Regionen der Schweiz täglich präsent. Somit sei die volle Marktabdeckung gewährleistet.

cc. Im Rahmen der «Verbalen Bewertung der Mandatsofferten » wurde zum Gesichtspunkt «Verankerung am Markt / Abdeckung Schweiz» Folgendes festgehalten:

ARGE X Bewerbungsteam Y

Verankerung am Markt vor allem im Bereich ARA gegeben [...]; in den Bereichen KVA und Wasserversorgung weniger gute Vernetzung - Umfeld ist den Offerierenden auch in diesen Bereichen immerhin bekannt. Flächendeckung vor allem durch Partnerschaft gegeben. Verankerung am Markt im Bereich ARA durch bisherige Beschleunigungsaktion «Energie in ARA» (Programm Energie 2000) sehr gut; in den anderen beiden Bereichen durch intensive Kontakte zu Exponenten dieser Bereiche gegeben.

dd. Die Bewertungen durch die drei involvierten Mitarbeiter des BFE ergeben folgendes Bild: Alle drei Sachbearbeiter haben beide Anbietenden gleich bewertet. Während U diesen 4 Punkte zuerkannte, wurden beide Anbieterinnen von V und W mit der Höchstnote bedacht. Die Begründung von U stimmt mit der Verbalen Bewertung der Mandatsofferten «Energie in Infrastrukturanlagen» überein bis auf den Umstand, dass der zweite Halbsatz der Beurteilung betreffend die Zuschlagsempfängerin vollständig wie folgt lautet: «[Verankerung] in den anderen beiden Bereichen durch intensive Kontakte zu Exponenten dieser Bereiche gegeben - aber ausbaubedürftig». W notiert zu den Beschwerdeführerinnen: «Abdeckung gut. Vertriebsnetz muss noch aufgebaut werden.» Die Beurteilung der Zuschlagsempfängerin lautet: «ARA: Sehr gute Abdeckung, da bisher Programmleitung, WV: Vertretung Westschweiz Z [Partnerin Bewerbungsteam Y] hat bisher keine Energieprojekte realisiert, KVA: Zugang via Verband ».

ee. Es stellt sich nun die Frage, ob die Anbieter aufgrund des nicht näher erläuterten Zuschlagskriteriums mit diesem Vorgehen bei der Bewertung rechnen mussten. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass sich die Verankerung am Markt nach dem herkömmlichen Verständnis wohl aus den ausgeführten Projekten ergibt und sich am Kundenstamm misst. Aber selbst wenn die Kenntnis des Marktes allein genügen würde, um Verankerung am Markt zu gewährleisten, und dies für die Anbieter aus der Umschreibung des Kriteriums auch ersichtlich wäre, kann dem Begriff «Verankerung» jedenfalls nicht entnommen werden, dass es genüge, wenn der Zugang via Verband «angeteigt» ist. Demnach mussten die Anbieter dieses Kriterium nicht so verstehen, wie es nachher als Grundlage der Bewertung gedient hat. Die Vergabestelle hat die Wahl, ob sie ihre eigene Begrifflichkeit verwendet, das Kriterium erläutert und entsprechend bewertet oder ob sie das nicht mit Erläuterungen versehene Kriterium nach seinem herkömmlichen Verständnis der Bewertung zugrunde legt. Hingegen vermag das Vorgehen im vorliegenden Fall vor dem Transparenzgebot nicht zu bestehen.

Nach dem Gesagten kann dahingestellt bleiben, ob zugleich eine unzulässige doppelte Verwertung desselben Gesichtspunkts gegeben ist. Diesbezüglich hat die Rekurskommission in ihrer Zwischenverfügung vom 11. Mai 2001 (E. 2b) darauf hingewiesen, dass die Zuschlagsempfängerin ihre Punktzahl bei der «Verankerung am Markt/Abdeckung CH» unter anderem ihren «intensiven Kontakten zu Exponenten» verdanke und unter dem Kriterium «Berücksichtigung des Umfelds/Integration» zugleich ihr «gesponnenes Netzwerk» zu ihren Gunsten ins Gewicht falle. Es liege daher möglicherweise eine unzulässige doppelte Verwertung desselben Gesichtspunkts vor.

b. Zur «Vollständigkeit der Abdeckung des Mandats» finden sich in den Unterlagen der Vergabestelle, die den zur Offertstellung eingeladenen Anbieterinnen zugestellt worden sind, keinerlei Erläuterungen. Damit ist auch hier davon auszugehen, dass die Vergabestelle einen herkömmlichen Sinn dieser Formulierung voraussetzt. Anlässlich der Verhandlung vom 5. Juli 2001 führte die Vergabestelle auf die Frage, was unter diesem Kriterium zu verstehen sei, aus, es gehe darum, ob in der Offerte Antworten auf alle im Pflichtenheft aufgeworfenen Fragen in Bezug auf alle Bereiche enthalten waren. Damit könnte der Eindruck entstehen, es gehe, wie der herkömmliche Sinn der Formulierung auch nahelegt, um eine relativ formale Prüfung bezüglich der Vollständigkeit der Offerte. Ob die Berücksichtigung der Vollständigkeit der Offerte im Rahmen der Bewertung zulässig wäre, ist für die folgenden Ausführungen indes unerheblich.

Andererseits wurde - in einem gewissen Widerspruch dazu - ebenfalls bestätigt, dass die Marketingstrategie - angesichts der Umschreibung des Mandats wohl einer der wichtigsten Gesichtspunkte überhaupt - Teilgehalt dieses Kriteriums ist. So hat U unter diesem Kriterium zu den Beschwerdeführerinnen festgehalten:

«· Wesen, Möglichkeiten und Risiken in allen drei Bereichen klar identifiziert;

· Projektbeschreibungen umfassend und durchdacht; die Rolle der Verbände als Vertriebsnetze (also Partner im Mandat) ist jedoch relativ unklar;

· Zielerfüllungs-Übersicht mit Zeitraster überzeugend - aber auch ambitiös;

· Aufbau/Nutzung von «Übertragungskanälen» (Vertriebsnetzen) für Marketing zielführend/effizient; CO2-Steuer und ISO-Umweltzertifikat als Marketinginstrument einsetzen gut; allerdings ist fraglich, ob die im Zentrum der Strategie stehenden «Anstösse» zum Handeln und die «Zusammenführung der Marktcompetenzen» genügen - das braucht zunächst viel Überzeugungsarbeit und Zeit.»

Aus dieser Begründung geht hervor, dass unter dem Kriterium «Vollständigkeit der Abdeckung des Mandats» das Marketingkonzept der Anbieterinnen - wohl einer der wichtigen Punkte - geprüft worden ist. Dabei hat die Vergabestelle einen eigenen, sehr weiten Marketingbegriff verwendet. Die Beschwerdeführerinnen verweisen in diesem Sinne in Kap. 11 ihres Angebots auf das Kap. 2 der Offerte «Zielsetzungen, Marketingstrategie, Zielbeiträge, Synergien, Konflikte, Chancen und Risiken» einschliesslich Tabelle «Optimierungsstrategien» im Punkt 2.1 sowie auf das Kap. 4 («Projektbeschreibungen, Zielgruppen, Vorgehenspläne») und halten fest, damit sei die Vollständigkeit der Mandatsabdeckung aufgezeigt. Die Zuschlagsempfängerin führt demgegenüber Folgendes aus: «Wir decken alle Bereiche der Offertanfrage in der ganzen Schweiz hundertprozentig ab. Wir haben bereits in allen Landesteilen der Deutschschweiz, der Romandie und dem Tessin Anlauf- und Auskunftsstellen etabliert.» Sie versteht also die Vollständigkeit im Hinblick auf die geographische Abdeckung und die Abdeckung der drei Bereiche ARA, WV und KVA. Somit ist offensichtlich, dass sich aufgrund der nicht eindeutigen Umschreibung des Kriteriums Missverständnisse ergeben haben.

c. Anhand dieser beiden Beispiele lässt sich zeigen, dass die Begriffe, die zur Umschreibung der Zuschlagskriterien gedient haben, zum Teil trotz fehlender Erläuterungen von der Vergabestelle nicht so verwendet worden sind, wie sie die Anbieterinnen - im Sinne ihrer herkömmlichen Bedeutung - verstehen durften. Dadurch wird das Transparenzgebot im Rahmen der Umschreibung der Zuschlagskriterien verletzt. Es kann unter diesem Gesichtspunkt offen bleiben, ob es zur Wahrung der Transparenz nicht zusätzlich erforderlich gewesen wäre, das Kriterium «Fach- und Methodenkompetenz» in zwei Subkriterien «Fach- und Methodenkompetenz Ingenieurwesen» und «Fach- und Methodenkompetenz Marketing» unter Angabe der Gewichtung zu unterteilen. Gleichfalls offen bleiben kann, ob die Anbietenden aufgrund der den Anbietern nach der Präqualifikation zugestellten Unterlagen erkennen konnten, was die Vergabestelle unter Marketing verstanden hat (zur Bedeutung

des Kriteriums «Berücksichtigung/Integration Umfeld» vgl. E. 6 hiernach).

6.a. Der Grundsatz der Transparenz erfordert überdies, dass die Vergabebehörde die Gewichtung der Angebote nach den von ihr bekanntgegebenen Kriterien beurteilt. Werden bekanntgegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzlich Kriterien herangezogen, die nicht bekanntgegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der Rekurskommission vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30, E. 3c).

b. W notiert zu den Beschwerdeführerinnen unter dem Kriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld», ihre Akteurrolle schränke die Berücksichtigung des Umfeldes potenziell ein. Demgegenüber hält er zur Zuschlagsempfängerin fest, sie erfülle dieses Kriterium sehr gut, da «keine Akteure in der ARGE» seien. In der Gesamtbeurteilung («conclusion») betreffend die Vergabe als Ganzes hält der Sachbearbeiter fest, beide Offerenten erschienen ihm sehr kompetent. Insbesondere die Neutralität am Markt lasse seine Wahl dabei auf die Zuschlagsempfängerin fallen. Anlässlich der Verhandlung führte die Vergabestelle diesbezüglich aus, bereits ein entsprechender Verdacht könne die Gesprächsbereitschaft des Zielpublikums beeinträchtigen.

Die hohe Bedeutung der Neutralität am Markt entspricht ganz der Zielrichtung der Offerte der Zuschlagsempfängerin. Sie führt in den «Abstracts» unter «5. Neutralität, Schlüssel des Erfolges» aus, die Mitwirkung aller Marktteilnehmer (Ingenieure, Betreiber/Gemeinden, kantonale Ämter) sei notwendig zum Erfolg. Die Erfahrung der Aktion «Energie in ARA» habe gezeigt, dass die Neutralität des Teams (keine Konkurrenzprobleme mit den Marktteilnehmern) in dieser Hinsicht besonders wichtig sei. Die Branche sei darauf sehr empfindlich, wie Äusserungen von Verbandsvertretern bestätigen würden. Dieser Ansatz schlägt sich auch in der Organisation des Projektteams nieder. Die Zuschlagsempfängerin führt dazu zum Bereich ARA Folgendes aus: «Unteraufträge werden gezielt an die besten Fachpersonen, die wir aufgrund unserer umfassenden Marktkenntnisse bestens kennen, erteilt. Dabei werden diese Büros aber ausschliesslich in jenen Regionen als Berater von uns eingesetzt, wo sie neutral arbeiten und die örtlichen Ingenieure nicht konkurrenzieren. Gemäss [Äusserungen von Verbandsvertretern] sind Betreiber und Ingenieure darauf . Abwasserfirmen, die landesweit tätig sind, können deshalb nicht beigezogen werden». Dies wird mit einem Protokoll eines Koordinationsgesprächs mit einem Branchenverband belegt. Auch ein weiteres Protokoll mit dem Präsidenten eines Branchenverbandes enthält eine entsprechende Aussage: «[Der Verbandsvertreter] betont aber, dass die Neutralität weiterhin gewährleistet sein muss. Büros dürfen unter diesem Mandat auf keinen Fall für eigene kommerzielle Zwecke akquirieren, das würde unweigerlich zu Problemen führen».

c. Nach der Darstellung der Vergabebehörde ist unter dem Gesichtspunkt «Berücksichtigung/Integration Umfeld» bewertet worden, wie gut die Bedürfnisse der in den jeweiligen Gebieten bestimmenden Kräfte (Fachorganisationen, Zweckverbände, Ingenieure, kantonale Organe) wahrgenommen werden können bzw. wie stark diesen bereits eine Rolle zugeordnet ist. Es gehe um den Einbezug des Umfeldes, d.h. der Verbände, die wesentlich sind, nicht dagegen um die Beziehungen zu den Verbänden als solche. Es gehe darum, ob diese als aktive Mitwirkende bzw. Teilnehmende an der Aktion eingeschlossen seien.

W führt zum Kriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld» aus, dieses werde durch die Zuschlagsempfängerin sehr gut erfüllt, da «keine Akteure in der ARGE» seien; insgesamt lasse die Neutralität am Markt seine Wahl auf die Zuschlagsempfängerin fallen (E. b hiervor). Somit ist festzuhalten, dass mit der «Neutralität am Markt» ein Unterkriterium die Bewertung unter dem Gesichtspunkt «Berücksichtigung und Integration des Umfeldes» massgeblich beeinflusst hat, das den Anbietenden weder mitgeteilt noch für diese aufgrund der ohnehin nicht klaren Umschreibung des Kriteriums erkennbar war. Der Teilgesichtspunkt «Neutralität am Markt» ist unter das Hauptkriterium «Berücksichtigung/Integration Umfeld» in der Definition der Vergabestelle nicht subsumierbar, denn bei der «Berücksichtigung/Integration» geht es um ein Konzept zur Ausführung des Mandats, bei der «Neutralität am Markt» hingegen um ein anbieterbezogenes Merkmal, das klassischerweise Gegenstand eines Eignungskriteriums oder auch einer durch die Vergabestelle gesetzten Rahmenbedingung bildet. Durch das Gewicht, welches die Vergabestelle diesem Gesichtspunkt beigemessen hat - die «Neutralität am Markt» sei nicht nur für W, sondern für alle Sachbearbeiter gleichermaßen wichtig gewesen - wird im Ergebnis ein Kriterium eingeführt, welches den Anbietenden nicht bekanntgegeben worden ist. Damit ist der Grundsatz der Transparenz auch durch die Berücksichtigung eines nicht publizierten Kriteriums verletzt. Zudem entsteht wohl ein Widerspruch zum Gesichtspunkt «Verankerung am Markt/Abdeckung CH», wie dieser von den Anbietern ohne Erläuterung verstanden werden durfte (vgl. E. 5a/ee hiervor).

Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung dieser Regel auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (vgl. Entscheide der Rekurskommission vom 27. Juni 2000 bzw. vom 1. September 2000, veröffentlicht in VPB 65.10 E. 4c bzw. VPB 65.11 E. 4).

7.a. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass einerseits die Dokumentation des Vergabeentscheides dem Gebot der Transparenz nur teilweise genügt, womit der Vergabeentscheid zum andern Teil für Dritte nicht nachvollziehbar erscheint. Andererseits ist der Grundsatz der Transparenz sowohl durch die Unbestimmtheit bzw. nicht genügend präzise Umschreibung der von der Vergabestelle teilweise nicht im herkömmlichen Sinne verstandenen Zuschlagskriterien als auch durch die Berücksichtigung eines nicht publizierten, aber für die Vergabestelle wesentlichen Gesichtspunktes verletzt worden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesamt für Energie zurückgewiesen.

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob dem Kriterium «Referenzen» eine eigenständige Bedeutung zukommen kann, nachdem die Vergabestelle die Frage, ob mit dessen Hilfe etwas nachgewiesen werden könne, was nicht schon unter anderen Kriterien Gegenstand der Bewertung war, verneint hat.

(...)

Dokumente der BRK