

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. Juli 2003 in Sachen X [BRK 2003-016])

Öffentliches Beschaffungswesen. Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren. Verhandlungen. Protokollierungspflicht.

- Während des Submissionsverfahrens kann die Vergabebehörde Verhandlungen über den Inhalt der Angebote bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden führen. Dadurch entstehende Fairnessrisiken werden durch Art. 20 BoeB und Art. 26 Voeb, welche die Möglichkeit zur Verhandlungsführung beschränken und reglementieren, aufgefangen (E. 4b).

- Die Protokollierungspflicht ist das von der Bundesgesetzgebung vorgesehene zentrale Mittel zur Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter im Rahmen von Verhandlungen (E. 4c).

- Die Voeb ist dann verletzt, wenn die Aufzeichnungen im Protokoll Lücken bezüglich der verhandelten Angebotsteile enthalten. Zudem müssen sich der Gang der Verhandlungen und die Entwicklung der Angebote aus dem Protokoll selbst und nicht aus Dritttakten ergeben. Allfällige vom Anbieter in den Verhandlungsprozess eingebrachte Besonderheiten oder Noven, welche die Modifikation der Beurteilung des Anbieters oder seines Angebots im Verhältnis zur ursprünglichen Offerte bewirken könnten, sind grundsätzlich im Protokoll festzuhalten (E. 4c).

- Vorliegend wird der Zuschlag aufgehoben, weil das Protokoll lückenhaft war und eine massive Preisreduktion nicht überprüft wird (E. 4c).

- Rückweisung an die Auftraggeberin. Es ist hier Sache der Vergabestelle zu entscheiden, mit welchen Massnahmen die festgestellten Mängel des Submissionsverfahrens zu beseitigen sind, unter Beachtung allfälliger richterlicher Weisungen (E. 5).

Marchés publics. Absence de prise en considération en procédure ouverte. Négociations. Obligation d'établir un procès verbal.

- L'autorité adjudicatrice peut, pendant la procédure de soumissions, mener des pourparlers sur le contenu des offres jusqu'à négocier des rabais sur le prix. Les risques d'irrégularités pouvant en résulter sont absorbés par l'art. 20 LMP et l'art. 26 OMP, lesquels limitent et réglementent la possibilité de mener des négociations (consid. 4b).

- L'obligation d'établir un procès verbal est le moyen central prévu par la législation fédérale pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des soumissionnaires dans le cadre des pourparlers (consid. 4c).

- L'OMP est ainsi violée lorsque les notes du procès verbal contiennent des lacunes en relation avec une partie de l'offre négociée. De plus, le cours des négociations et du développement de l'offre doivent résulter du seul procès verbal et non de documents tiers. Les éventuelles spécificités et nova apportées par les soumissionnaires au cours de la procédure de négociations, susceptibles de modifier l'appréciation du soumissionnaire ou de son offre par rapport à l'offre initiale, doivent en principe être consignées dans le procès verbal (consid. 4c).

- En l'espèce, l'adjudication est annulée car le procès verbal était lacunaire et qu'une réduction massive du prix n'a pas été examinée (consid. 4c).

- Renvoi à l'adjudicatrice. Il appartient ici au pouvoir adjudicateur de déterminer les mesures permettant d'éliminer les manquements constatés au cours de la procédure de soumission, en considération des éventuelles instructions de la Commission de recours (consid. 5).

Acquisti pubblici. Mancata considerazione nella procedura aperta. Trattative. Obbligo di redigere un verbale.

- Durante la procedura per l'inoltro delle offerte, l'ente aggiudicatore può condurre trattative sul contenuto delle offerte fino al momento delle offerte vere e proprie. I relativi potenziali rischi dal punto di vista della correttezza sono neutralizzati dall'art. 20 LAPub e l'art. 26 OAPub, che limitano e regolano la possibilità di condurre trattative (consid. 4b).

- L'obbligo di redigere un verbale è il mezzo centrale previsto dalla legislazione federale per garantire la trasparenza e la parità di trattamento degli offerenti nel quadro di trattative (consid. 4c).

- L'OAPub è violata se quanto figura nel verbale contiene lacune a proposito di una parte dell'offerta su cui si è negoziato. Inoltre, lo svolgimento delle trattative e l'evoluzione delle offerte devono emergere solo dal verbale e non da altri atti. Eventuali particolarità presentate dall'offerente durante la trattativa oppure aspetti nuovi che potrebbero portare alla modifica della valutazione dell'offerente o della sua offerta in relazione all'offerta originaria, devono essere in linea di principio menzionate nel verbale (consid. 4c).

- Nella fattispecie, l'aggiudicazione è annullata, poiché il verbale era lacunoso e non è stata verificata una massiccia riduzione del prezzo (consid. 4c).

- Rinvio all'ente aggiudicatore. E' compito di quest'ultimo decidere quali siano le misure atte ad eliminare le lacune determinate nella procedura di inoltro delle offerte, tenendo conto di eventuali istruzioni della Commissione di ricorso (consid. 5).

A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) schrieb das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) einen Dienstleistungsauftrag betreffend Bürokommunikation im offenen Verfahren aus. Auch X reichte dem EVD eine entsprechende Offerte ein. Im Laufe des Beschaffungsverfahrens lud die Vergabebehörde fünf Anbieter zu Nachverhandlungen ein. Gemäss Veröffentlichung im SHAB wurde der Zuschlag für das fragliche Projekt an Y erteilt.

B. Mit Eingabe vom 16. Mai 2003 führt die nicht berücksichtigte X (Beschwerdeführerin) bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK; Rekurskommission) Beschwerde gegen die Zuschlagserteilung des EVD. Die Beschwerdeführerin beantragt in erster Linie die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags. Eventuell sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Zudem sei der Beschwerdeführerin das Akteneinsichtsrecht in alle relevanten Akten und die Möglichkeit zur Substantiierung der Beschwerde zu gewähren. Schliesslich sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C. Mit innert erstreckter Frist eingereicherter Vernehmlassung vom 11. Juni 2003 beantragt das EVD im Wesentlichen, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen und es sei ihr keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Auch sei der Beschwerdeführerin nur beschränkt Akteneinsicht zu gewähren und deren übrige formelle Anträge seien abzuweisen.

Ebenfalls innert erstreckter Frist hat Y ihre Beschwerdeantwort vom 11. Juni 2003 eingereicht vor allem mit den Begehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen, im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen. Auch sei der Beschwerdeführerin teilweise das Akteneinsichtsrecht zu verweigern.

D. Am 19. Juni 2003 lud der Präsident der Rekurskommission die Beschwerdeführerin, das EVD und Y zu einer öffentlichen Verhandlung ein. Diese fand am 3. Juli 2003 statt und diente sowohl als Instruktionsverhandlung wie auch als mündliche und öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

E. Mit Zwischenentscheid vom 3. Juli 2003, welcher gleichentags mündlich eröffnet und am 7. Juli 2003 schriftlich zugestellt wurde, hat die Rekurskommission der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

Aus den Erwägungen:

1.a.-2.b. (...)

3. Gemäss Evaluationsbericht der Vergabestelle wurden nach Eingang der Angebote mit verwaltungsinterner Bereinigung sechs Angebote einer Bewertung unterzogen, wobei das Angebot der heutigen Zuschlagsempfängerin mit dem fünften und dasjenige der Beschwerdeführerin mit dem ersten Rang bewertet wurde. Das mit dem sechsten Rang bewertete Angebot schied in der Folge wegen Nichterfüllung von zwei Eignungskriterien aus. Gemäss Evaluationsbericht wurde daraufhin beschlossen, der «Bedeutung und Tragweite der ersten Ausschreibung für ein derartiges IT-Sourcing im Bund» in der Sinne Rechnung zu tragen, dass «nicht mit der minimalen Anzahl von (3) Anbietern in die Nachverhandlungen» gegangen werden sollte, sondern alle fünf verbliebenen Angebote in die Nachverhandlungen einbezogen werden sollten. Als die wesentlichen Ziele der mündlichen Nachverhandlungen sind im Evaluationsbericht die folgenden drei genannt:

- Überprüfen der vollständigen Erfüllung der Eignungskriterien bei bestimmten Anbietern;

- Vorstellung der Offerte mit Schwerpunkten zu den Bereichen «Referenzen», «Mitarbeiterübernahme», «Server Konsolidierung» und «Gewährleistung Sicherheit Bund»;

- Erhalt einer Nachofferte.

Zusätzlich habe die Nachverhandlung der subjektiven Beurteilung des Anbieters und der eingereichten Offerten durch die entsprechenden Mitglieder des Evaluationsteams aus den Verantwortungsbereichen Personal, Sicherheit und IT-Betrieb gedient.

Die Ausschreibungsunterlagen umschreiben im Teil «Allgemeine Information & Administrative Anweisungen», Ziff. 4, das Evaluationsverfahren. Dabei fallen im Verhältnis zum später tatsächlich gewählten Evaluationsverfahren gemäss Evaluationsbericht gewisse Änderungen auf. Namentlich hat das Projektteam im Gegensatz zu den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen bewusst darauf verzichtet, den Ausschluss all jener Anbieter zu verfügen, welche einen Eignungsnachweis nach E1-E7 nicht (bzw. noch nicht) erbracht haben. Nicht explizit vorgesehen waren nach Erstellung der «Shortlist» sodann Nachverhandlungen; vielmehr sahen die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich vor, dass die betreffenden Anbieter zu «Anbieterpräsentationen» eingeladen werden könnten, wobei von den Anbietern noch verlangt werden könne, ausgewählte Referenzen kontaktieren oder besuchen zu dürfen.

Das diesbezügliche Vorgehen der Vergabebehörde dürfte indes kaum zu beanstanden sein. Auch wenn nicht zum vornherein Nachverhandlungen zu diesem Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden sind, durften diese noch durchgeführt werden, da sie bereits durch die Ausschreibung generell vorbehalten worden sind (vgl. dazu auch E. 4b). Der weitere Punkt, nämlich die Einräumung der Möglichkeit für jene Anbieter, welche noch nicht alle Eignungsnachweise erbracht haben, dies im Gegensatz zu den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen von Nachverhandlungen noch nachbringen zu können, braucht vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden, da die Beschwerde ohnehin bereits aus anderen Gründen, die nachfolgend in E. 4 zu erläutern sind, gutzuheissen ist. Dass einzelne Anbieter noch nicht sämtliche Eignungsnachweise erbracht hatten, heisst denn auch nicht, dass diese bereits als ungeeignet zu qualifizieren wären.

4.a. Die Einladungen der Vergabebehörde an die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin zu den Nachverhandlungen wurden am gleichen Tag erstellt und enthalten dieselben Traktanden. Diese Traktanden sind allerdings offen formuliert, wie etwa das Traktandum «Vorstellung und Diskussion der Offerte», und die Einladung enthält denn auch den Hinweis, dass die Fragen zur Offerte an der Nachverhandlung schriftlich abzugeben würden. Die vorstehend erwähnten Fragen zur Offerte sind individuell auf den Einzelfall zugeschnitten und daher mit Bezug auf die am vorliegenden Verfahren beteiligten Anbieter auch nicht identisch. Ferner mussten die Anbieter diese Fragen nicht anlässlich der mündlichen Nachverhandlungssitzung beantworten, weshalb dieselben mit Ausnahme des blossen Hinweises auf die schriftlich abgegebenen Fragen keinen Niederschlag im Sitzungsprotokoll fanden; vielmehr hatten die in die Nachverhandlungen einbezogenen Anbieter die Antworten auf die schriftlichen Fragen im Nachgang zur mündlichen Verhandlung schriftlich einzureichen. Allerdings wurden an der Sitzung zur Offerte mündlich «Zusatzfragen» gestellt, welche im Protokoll mit den Untertiteln «Zusatzfragen technischer Teil» und «Zusatzfragen kommerzieller Teil» erwähnt wurden. Die Protokolle der Nachverhandlungen ihrerseits sind insgesamt in einem teilweise schwer verständlichen «Telegrammstil» abgefasst.

Die weiteren Punkte auf der in der Einladung zur Nachverhandlung wiedergegebenen Traktandenliste fanden ebenfalls nur teilweise Eingang in das Sitzungsprotokoll. So schweigt sich das Nachverhandlungsprotokoll sowohl bezüglich der Beschwerdeführerin wie auch der Zuschlagsempfängerin etwa zum Traktandum «Vorstellung Firma (Schwerpunkt: Kunden Bürokommunikation Schweiz)» vollständig aus. Bezüglich der weiteren Punkte der Traktandenliste, wie «Vorstellung und Diskussion der Offerte (Schwerpunkte: Mitarbeiterübernahme, Betriebsübernahme (RZ), Gewährleistung Sicherheit Bund)», enthält das Protokoll ebenfalls keine Ausführungen: Namentlich fehlen in den Protokollen der Nachverhandlungen bezüglich beider am vorliegenden Verfahren teilnehmenden Anbieter Ausführungen zur «Vorstellung» der Offerte. Allerdings finden sich in den Akten die Unterlagen, welche die beiden Anbieter anlässlich der Nachverhandlung bezüglich «Angebotspräsentation» benutzt haben.

Die Beschwerdeführerin rügt vor allem den Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin ihren Offerpreis im Rahmen der Nachverhandlungen gemäss Evaluationsbericht um rund 32% reduzierte und ihr Angebot aufgrund der in der Folge vorgenommenen Bewertung statt wie ursprünglich den fünften schliesslich den ersten Rang erreichte.

b. Im Bundesvergaberecht gilt der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nach Art. 25 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöeB, SR 172.056.11) nur technisch und rechnerisch bereinigt, sonst aber grundsätzlich nach dem vorgenannten Termin nicht mehr abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz erleidet allerdings im Bundesvergaberecht eine wesentliche Einschränkung, indem dieses der Vergabebehörde im Gegensatz zur Rechtslage im Rahmen der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.4; Art. 11 Bst. c der Vereinbarung) ermöglicht, auch während des Submissionsverfahrens Verhandlungen über den Inhalt der Angebote bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen. Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde den ihr vom Gesetz an sich eingeräumten Spielraum jedoch nicht voll ausgeschöpft, als sie in Ziff. 4.3 der Ausschreibung erklärte: «Verhandlungen bleiben vorbehalten. Es werden keine reinen Preisverhandlungen (so genannte Abgebotsrunden) durchgeführt. Allfällige Verhandlungen dienen lediglich der Bereinigung der Offerten; diese können begründete Preisadjustierungen nach sich ziehen».

Mit der vorgenannten Selbstbeschränkung hat die Vergabebehörde für das vorliegende Submissionsverfahren eine Verhandlungsregel stipuliert, welche - wie die IVöB - den Ausschluss von Abgebotsrunden vorsieht. Preisadjustierungen der Anbieter während des Submissionsverfahrens nach Ablauf der Eingabefrist müssen danach «begründet» sein und dürfen sich lediglich aus der Bereinigung der Offerten ergeben. Nachdem das Bundesvergaberecht als solches das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach Ablauf der Eingabefrist durch Statuierung eines Verbots von Abgebotsrunden nicht vorsieht, fehlen auch die in kantonalen Submissionsordnungen zur Flexibilisierung dieses Prinzips vorgesehenen Sondervorschriften über die Erläuterung der Angebote. So sieht etwa § 28 der Zürcher Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (Zürcher Gesetzessammlung 720.11) unter dem Randtitel «Erläuterung» Folgendes vor: «Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann von den Anbieterinnen und Anbietern schriftliche Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebotes verlangen. Mündliche Erläuterungen werden von der Auftraggeberin oder vom Auftraggeber schriftlich festgehalten.» Der Bundesgesetzgeber wollte die mit der Einräumung der Verhandlungsmöglichkeit über Angebotsinhalte nach Ablauf der Eingabefrist entstehenden Fairnessrisiken dadurch auffangen, dass er in Art. 20 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) und Art. 26 VöeB die Möglichkeit zur Verhandlungsführung beschränkte und reglementierte; diese Regelung bezweckt, trotz des bei Verhandlungen erfolgenden faktischen Verzichts auf die grundsätzliche Unveränderbarkeit der Angebote nach Ablauf der Eingabefrist die Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieter auch im Submissionsverfahren des Bundes zu respektieren.

Die Möglichkeit der Verhandlungsführung über Angebote nach Ablauf der Eingabefrist verbunden mit der individuellen Abänderbarkeit von Angebotsbestandteilen birgt in der Tat grosse Risiken bezüglich Verletzung des Gebots, die Anbieter gleich zu behandeln, in sich. Die Gefahr, dass ein bestimmter, der Vergabebehörde aus irgend welchen Gründen besonders genehmer Anbieter bei den Verhandlungen bewusst bevorzugt wird, besteht. Diese Risiken lassen sich auch mit den formalen Sicherungen, welche Art. 26 VöeB für solche Verhandlungsführungen vorsieht, nicht vollständig ausschliessen. Umso strenger ist es mit der Einhaltung dieser Vorschriften zu halten, wenn nicht der Möglichkeit der Willkür während der Verhandlungen Tür und Tor geöffnet werden soll. Dies gilt umso mehr für hochkomplexe Submissionsverfahren wie dem vorliegenden.

c. Die Protokollierungspflicht ist das von der Bundesgesetzgebung vorgesehene zentrale Mittel zur Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter im Rahmen von Verhandlungen. Gemäss Art. 26 Abs. 3 VöeB ist von der Auftraggeberin bei mündlichen Verhandlungen «mindestens folgendes in einem Protokoll» festzuhalten: (a) die Namen der anwesenden Personen; (b) die verhandelten Angebotsteile und (c) die Ergebnisse der Verhandlungen. Die Aufzeichnungen zu erstellenden Protokollen müssen nach der Praxis der BRK so detailliert ausgestellt sein, dass das Resultat und der Gang der Verhandlungen sowie die Entwicklung der Angebote für einen ausstehenden Dritten nachvollziehbar sind (vgl. Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003 [BRK 2002-007] E. 5a; Entscheide der BRK vom 26. April 2000, veröffentlicht in VPB 64.62 E. 3a sowie vom 7. November 1997, veröffentlicht in VPB 62.17 E. 4e/bb).

Wie erwähnt (E. 4a), enthalten die beiden über die Nachverhandlungen mit der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsempfängerin erstellten Protokolle nicht über alle traktierten Punkte Aufzeichnungen. Die VöeB ist aber erst dann verletzt, wenn die Aufzeichnungen im Protokoll Lücken bezüglich «der verhandelten Angebotsteile» enthalten. Das allerdings ist vorliegend schon beim zweiten Traktandum «Vorstellung Firma (Schwerpunkt: Kunden Bürokommunikation Schweiz)» der Fall. Denn die Firma und insbesondere auch die vom Anbieter vorzuweisenden Kunden im Bereich der Bürokommunikation Schweiz finden in den im strittigen Submissionsverfahren geltenden Zuschlagskriterien ihren direkten Niederschlag, indem eines dieser Zuschlagskriterien wie folgt lautet: «Firma (Qualität, Angebot, Referenzen)». Nun fragt es sich allerdings, was denn die Vergabebehörde im vorliegenden Zusammenhang hätte protokollieren müssen, da sowohl bezüglich Beschwerdeführerin wie auch bezüglich der Zuschlagsempfängerin deren anlässlich der Nachverhandlungssitzung verwendete Präsentationsunterlagen bei den Akten liegen. Nachdem sich der Gang der Verhandlungen und die Entwicklung der Angebote aus dem Protokoll selbst und nicht aus Drittakten ergeben müssen, wären unter diesem Titel zunächst Ausführungen über Zeitpunkt und Form der Einlegung der Präsentationsunterlagen sowie auch über die Art des (allenfalls gestützt darauf) erfolgten Vortrags des betreffenden Anbieters erforderlich gewesen. Allfällige im Rahmen der Verhandlung vom Anbieter vorgetragene bzw. von diesem in den Verhandlungsprozess eingebrachte Besonderheiten oder Noven, welche die Modifikation der Beurteilung des Anbieters oder seines Angebots im Verhältnis zur ursprünglichen Offerte bewirken könnten, sind sodann explizit im Protokoll festzuhalten, jedenfalls dann, wenn sie eine offenkundig erhebliche Bedeutung haben und das Angebot unter Umständen für sich allein schon in einem anderen oder gar einem völlig anderen, neuen Licht erscheinen lassen. Letzteres war im vorliegenden Vergabegeschäft offenkundig für die von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihrer Offertpräsentation bei den Nachverhandlungen vorgetragene massive Preisreduktion von 32,23% gemäss S. 14 ihrer Präsentationsunterlagen der Fall, da diese eine entscheidende Bedeutung für die Rangierung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin hatte, was für die Vergabestelle sofort erkennbar war. Die Vergabebehörde durfte denn auch diese Preisreduktion vorliegend nicht einfach ungeprüft entgegennehmen. Vielmehr war sie gemäss den eigenen Vorgaben in der Ausschreibung über die Verhandlungen verpflichtet zu prüfen, ob die Preisreduktion «begründet» ist und sich (lediglich) aus der Bereinigung der Offerten ergibt. Diese Prüfung setzte eine eingehende Befragung der betreffenden Anbieter voraus, welche im Protokoll detailliert und mit den vollständigen Fragen und Antworten hätte erfasst werden müssen. Die Vergabebehörde wendet diesbezüglich ein, dass die Zuschlagsempfängerin ihre Preisreduktion anlässlich der mündlichen Nachverhandlung zwar darlegte, diese jedoch erst in der bereinigten Offerte, welche im Nachgang zur mündlichen Verhandlung einzureichen war, bestätigte. Der genannte Hinweis vermag indes die Mangelhaftigkeit des Protokolls nicht zu beseitigen. Denn nach der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 26 Abs. 3 Bst. c VöeB sind auch die «Ergebnisse der Verhandlungen» zu protokollieren und das Ergebnis der vorliegenden Verhandlung war offenkundig nicht die Aufforderung an die Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin, eine bereinigte Offerte einzureichen, wie sich dies aus dem Protokoll ergibt. Vielmehr bestand das Ergebnis der Verhandlungen in den bereinigten Offerten selbst. Waren daher nach Eingang der bereinigten Offerte der Zuschlagsempfängerin allenfalls weitere Abklärungen mit der betreffenden Anbieterin zur Beurteilung der Frage notwendig, ob die Preisreduktion begründet war, indem sie sich aus der Offertbereinigung ergab, so wäre ein entsprechender weiterer Befragungstermin mit der Anbieterin unter Führung eines Protokolls nach Art. 26 VöeB notwendig gewesen; war diese Frage nach der ersten Verhandlungsrunde und dem Eingang der Nachtragsofferte allenfalls bereits klar, so wären die entsprechenden Überlegungen der Vergabebehörde jedenfalls unter Angabe eines Verweises im Protokoll im Evaluationsbericht in einer Form festzuhalten gewesen, welche für einen ausstehenden Dritten nachvollziehbar ist. Die diesbezüglichen Überlegungen der Vergabebehörde wären mit genauen Verweisen auf die massgeblichen Akten zu ergänzen gewesen. Vorliegend enthält indes auch der Evaluationsbericht keinerlei Ausführungen über die Prüfung der Zulässigkeit des Preisnachlasses, womit heute nicht feststeht, ob es sich dabei nicht allenfalls (zumindest teilweise) um ein im vorliegenden Verfahren unzulässiges Abgebot der Zuschlagsempfängerin gehandelt hat. Irritierend wirkt in diesem Zusammenhang noch, dass in den Protokollen als Zweck der Verhandlung angegeben wurde: «Offertbereinigung und Preisverhandlung», während es doch nach den eigenen Vorgaben der Vergabebehörde in ihrer Ausschreibung bei den Verhandlungen nur um die Offertbereinigung gehen konnte. Ebenso störend erscheint, dass für eine zuschlagsrelevante Preisreduktion von mehr als 30% der ursprünglichen Offertsumme erstmals in der Verhandlung vor der BRK ein konkreter Erklärungsversuch abgegeben wurde.

Abschliessend sei noch erwähnt, dass die Vergabebehörde denjenigen Anbietern, mit denen sie Verhandlungen führen will, nach Art. 26 Abs. 2 Bst. a VöeB ihr jeweils bereinigtes Angebot im Hinblick auf die Verhandlungsführung schriftlich bekannt zu geben hat. In den Akten, namentlich in der Einladung zu den Nachverhandlungen, finden sich keine diesbezüglichen Unterlagen. Jedenfalls ist das bereinigte Angebot - soweit es durch rein verwaltungsinterne Massnahmen ohne Kontaktierung der Anbieter nach Art. 25 VöeB bereinigt werden konnte (vgl. dazu Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 323 f.) - die Grundlage für die Verhandlung mit dem jeweiligen Anbieter. Im vorliegenden Fall mussten sich die Verhandlungen mit den Anbietern gemäss eigener Vorgabe der Vergabebehörde in der Ausschreibung auf eine reine Offertbereinigung beschränken, weshalb es nur darum gehen konnte, sie unter Behebung von offensichtlichen Irrtümern objektiv vergleichbar zu machen. Die Frage, was unter offensichtlichen Irrtümern zu verstehen ist, wird in Art. 25 VöeB indirekt zum Ausdruck gebracht, indem dort die Bereinigung in technischer und rechnerischer Hinsicht zwecks Vergleichsbarmachung der Angebote, erwähnt wird. Da die von der Vergabebehörde im vorliegenden Submissionsverfahren selbstgewählte Zweckbeschränkung der Verhandlungen auf die Offertbereinigung letztlich der Rechtslage nach IVöB mit dem Verzicht auf Abgebotsrunden entspricht, können zur ergänzenden Auslegung auch die aufgrund der IVöB erlassenen Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das Öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (VRöB) beigezogen werden, die in § 24 Abs. 2 (= § 28 Abs. 2 revidierte VRöB vom 15. Mai 2001[1]) "target=blank">http://www.beschaffung.admin.ch/de/beschaffungswesen_bund/recht_org_zahlen/vroeob.pdf im Zusammenhang mit der Offertbereinigung statuieren: «Offensichtliche Fehler, wie Rechnungs- und Schreibfehler, werden berichtigt.»

Zusammenfassend ist der angefochtene Zuschlag somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

5.a. Nach Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die Rekurskommission in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück.

Ein Entscheid der Rekurskommission in der Sache selbst erfolgt nach der Praxis nur ausnahmsweise, wenn die Angelegenheit nach der Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erscheint und für die Entscheidung insbesondere keine Evaluation und Prüfung der Angebote mehr erforderlich ist. Da dies vorliegend nicht der Fall ist, hat die Rekurskommission im Sinne eines kassatorischen Entscheides die Angelegenheit zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das EVD zurückzuweisen.

b. Es ist in erster Linie Sache der Vergabestelle zu entscheiden, mit welchen Massnahmen die von der BRK festgestellten Mängel des durchgeführten Submissionsverfahrens bzw. des angefochtenen Zuschlagsentscheids zu beseitigen sind, wobei sie freilich allfällige richterliche Weisungen im Rahmen des weiteren Verfahrens zu beachten hat. Kommt die Vergabestelle zum Schluss, dass das Verfahren nochmals zu wiederholen ist, so müssen die Voraussetzungen von Art. 30 VöeB über Abbruch, Wiederholung und Neuaufgabe des Vergabeverfahrens erfüllt sein. Ist dies nicht der Fall, was die Regel sein dürfte, so hat die Vergabestelle nach der Praxis der BRK die teilweise Verfahrenswiederholung mit anschliessendem neuem Zuschlagsentscheid durchzuführen. In das teilweise zu wiederholende Submissionsverfahren sind dabei nur die Beschwerdeführerin und Y als ursprünglich berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die übrigen Anbieter den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm bzw. mit ihrer Nichtberücksichtigung für die Vergabe der Leistungen abgefunden haben (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 696 mit Hinweisen).

Kommt ein Vorgehen nach Art. 30 VöeB vorliegend nicht in Frage, so sind im Sinne einer verbindlichen Weisung die festgestellten Mängel zu beseitigen. Im Lichte des in E. 4 Gesagten stellt sich nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags die Frage, inwiefern das Submissionsverfahren zu wiederholen ist. Die festgestellten Verfahrensmängel beziehen sich auf die erfolgten Nachverhandlungen, weshalb sich die Mängelbeseitigung auf jenen Verfahrensabschnitt zu beziehen hat. Die Vergabebehörde hat die Nachverhandlungen - soweit dies für die Erfüllung der formalen und materiellen Rahmenbedingungen nötig ist - zu wiederholen. Sie hat dabei namentlich den Vorschriften von Art. 26 VöeB die notwendige Beachtung zu schenken. Die Regeln des Vertraulichkeitsprinzips sind von der Vergabebehörde in diesem Verfahrensstadium zu beachten (Art. 26 Abs. 5 VöeB).

6.a./b. (...)

[1] Zu lesen auf der Internetseite des Beschaffungskommission des Bundes unter http://www.beschaffung.admin.ch/de/beschaffungswesen_bund/recht_org_zahlen/vroeob.pdf

Dokumente der BRK