

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. März 2004 in Sachen M., Inhaber der Einzelfirma K. [BRK 2004-003])

Öffentliche Beschaffung im selektiven Verfahren. Planungswettbewerb (Projektwettbewerb). Ausschreibung. Beschränkung der Zahl der Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen. Eignungskriterien. Präqualifikation. Ermessen.

Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 9 und Art. 15 Abs. 4 BoeB. Art. 42 Abs. 1 Bst. b VoeB.

- Ob sich eine Beschränkung der Teilnehmerzahl rechtfertigt, ist nach der Komplexität der durchzuführenden Beschaffung und dem Wert des zu vergebenden Auftrags zu beurteilen. Bei Präqualifikationsverfahren mit Entschädigung der ausgewählten Anbieter für ihre Offerten bzw. Projekte, wären die Kosten ohne zahlenmässige Beschränkung der Teilnehmer kaum mehr kalkulierbar (E. 3).

- Auch bei Planungswettbewerben muss die Eignung der Anbieter in einer individuellen Art und Weise für jeden Bewerber einzeln geprüft werden. Dabei sind die sich aus dem Gleichheits- und dem Transparenzprinzip ergebenden Regeln zu respektieren. Der Entscheid muss von einem Dritten nachvollziehbar sein. Ein reiner Losentscheid verletzt den Nichtdiskriminierungs-, den Gleichheits- und den Transparenzgrundsatz (E. 4/4a).

- Bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien steht einem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zu, der als noch weitergehend bezeichnet wird als bei ordentlichen Beschaffungen. In dieses Ermessen greift die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, welcher keine Überprüfung der Angemessenheit von vergaberechtlichen Verfügungen zusteht, nicht ein (E. 4b).

Marché public en procédure sélective. Concours de projets (concours de projets proprement dit). Appel d'offres. Limitation du nombre des soumissionnaires autorisés à soumettre une offre. Critères de qualification. Préqualification. Appréciation.

Art. 1 al. 1 et 2, art. 9 et art. 15 al. 4 LMP. Art. 42 al. 1 let. b OMP.

- Le bien-fondé d'une limitation du nombre de participants s'apprécie en fonction de la complexité et de la valeur du marché à attribuer. Dans le cadre d'une procédure de pré-qualification prévoyant l'indemnisation des soumissionnaires choisis pour leur offre respectivement leur projet, il ne serait plus possible de calculer les coûts sans une limitation du nombre de participants (consid. 3).

- Dans les concours de projets également, la qualification des soumissionnaires doit être évaluée de manière individuelle pour chaque candidat. A cet égard, il y a lieu de respecter les règles découlant des principes d'égalité et de transparence. Le raisonnement qui a mené à la prise de décision doit pouvoir être suivi par un tiers. Un pur tirage au sort viole les principes de non-discrimination, d'égalité et de transparence (consid. 4/4a).

- Lorsqu'il s'agit de formuler les critères de qualification et les conditions du concours, l'adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation encore plus large que dans le cadre des marchés publics ordinaires. La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, qui n'est pas compétente pour vérifier l'opportunité des décisions rendues dans le domaine des marchés publics, n'intervient pas dans cette appréciation (consid. 4b).

Acquisto pubblico nella procedura selettiva. Concorso di progetti (progettazione propriamente detta). Messa a concorso. Limitazione del numero di offerenti che possono presentare un'offerta. Criteri di idoneità. Prequalifica. Apprezzamento.

Art. 1 cpv. 1 e 2, art. 9 e art. 15 cpv. 4 LAPub. Art. 42 cpv. 1 lett. b OAPub.

- Per determinare se la limitazione del numero di partecipanti è giustificata, è rilevante la complessità dell'acquisto da effettuare e il valore del mandato da attribuire. Nel caso di procedura di prequalifica degli offerenti scelti per le loro offerte rispettivamente i loro progetti, i costi non sarebbero praticamente più calcolabili senza una limitazione numerica dei partecipanti (consid. 3).

- Anche per concorsi di progettazione, l'idoneità degli offerenti deve essere esaminata in modo individuale per ogni concorrente. Questo comporta il rispetto delle regole derivanti dal principio della trasparenza e della parità di trattamento. La decisione deve essere comprensibile per una terza persona. Una decisione basata semplicemente sul sorteggio viola i principi della non-discriminazione, della parità di trattamento e della trasparenza (consid. 4/4a).

- Nella formulazione dei criteri di idoneità e del concorso, il mandante ha una libertà di apprezzamento ancora più ampia rispetto a quella riconosciuta per gli acquisti ordinari. La Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici non limita questa libertà di apprezzamento, poiché tale Commissione non ha la competenza di esaminare la proporzionalità di decisioni nell'ambito del diritto degli acquisti pubblici (consid. 4b).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. E. schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 29. Januar 2004 einen Architektur/Generalplanungs-Projektwettbewerb im selektiven Verfahren mit Präqualifikation und darauf gestützter Beschränkung auf sieben Bewerber aus. Die Wettbewerbsaufgabe besteht in der Erarbeitung (als Generalplaner) eines Projektvorschlags für ein Trainingszentrum mit Dreifachturnhalle auf dem Areal der E. H. für die Lehre und Forschung des Instituts für Bewegungs- und Sportwissenschaften und den akademischen Sportbetrieb. Als Auswahlkriterien wurden in Ziff. 5b der Ausschreibung aufgeführt:

a. Referenzen (50%)

- 1 Referenzprojekt im Sportbereich

- Allgemeine Projekte oder Wettbewerbserfolge

b. Qualifikation Schlüsselpersonen (18%)

- Projektleiter
- Stellvertreter Projektleiter

c. Spezialkompetenzen (16%)

- Kostenkompetenz
- Erfahrung in interdisziplinären Planungs-/Bauprozessen
- Innovationsfähigkeit in Gebäudetechnik

d. Leistungsfähigkeit (16%)

- personell
- finanziell
- technisch

B. Gegen diese Ausschreibung führt M., Inhaber der Einzelfirma K., (Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 7. Februar 2004 (Postaufgabe: 9. Februar 2004) Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, Rekurskommission). Er beantragt, dass erstens die Notwendigkeit einer zahlenmässigen Begrenzung der Teilnehmer geprüft werde. Zweitens, falls diese erwiesen ist, die Teilnehmersauswahl durch eine neutrale Prüfungsstelle, ohne Jury, unter Aufsicht eines Notars, in zwei anonymen Losverfahren (Nachwuchs- und ältere Büros), mit unmittelbarer objektiver Eignungsprüfung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit durchgeführt werde. Drittens, dass allfällige Verfahrenskosten von der Auftraggeberin übernommen werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht.

Mit Schreiben vom 10. Februar 2004 verfügte der Präsident der BRK superprovisorisch, dass der Teilnahmeentscheid bis zum Entscheid der Rekurskommission über die vorliegende Beschwerde auszusetzen sei.

C. E. lässt mit Eingabe vom 20. Februar 2004 beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen und es sei ihr keine aufschiebende Wirkung zu erteilen bzw. diese sei zu entziehen.

Aus den Erwägungen:

1.a. 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 hier unbestrittenermassen erfüllt. E. als Auftraggeberin untersteht gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c BoeB diesem Gesetz. Bei Projektwettbewerben besteht der massgebende Wert aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert der im Wettbewerbsprogramm definierten weiteren planerischen Leistung (Art. 44 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], SR 172.056.11; vgl. auch Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2004, S. 76, N. 3 zu Art. 44 VoeB). Aus Ziff. 10 und 11 der vorliegend in Frage stehenden Ausschreibung ergibt sich, dass eine Gesamtpreissumme von Fr. 100'000.- zur Verfügung steht und jeder Teilnehmer an der zweiten Phase des Projektwettbewerbs für ein vollständig eingereichtes Projekt eine fixe Nebenkostenentschädigung von Fr. 5'000.- erhält. Zusammen mit der in Ziff. 12 in Aussicht gestellten

Beauftragung mit weiteren Planungsschritten dürfte der für Dienstleistungsaufträge massgebliche Schwellenwert von Fr. 248'950.- (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB und AS 2003 4257) ohne weiteres überschritten sein, zumal das Kostendach der Investitionen für den Neubau der Hochschulsportanlage auf Fr. 17 Mio. veranschlagt wird (vgl. Ziff. 1.8 des Programms für das Präqualifikationsverfahren vom 30. Januar 2004). Beim vorliegenden Projektwettbewerb handelt es sich sodann um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB in Verbindung mit Anhang I Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Üoeb], SR 0.632.231.422) bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB, wo unter der CPC-Referenz-Nummer 867 Architektur-Dienstleistungen namentlich aufgeführt sind.

b. Die Ausschreibung des Auftrags wird in Art. 29 Bst. b BoeB ausdrücklich als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung erwähnt. Beschwerdeinstanz ist die BRK, welche endgültig entscheidet (vgl. Art. 27 Abs. 1 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). In Übereinstimmung dazu hat auch E. in der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Ausschreibung auf den Beschwerdeweg an die BRK hingewiesen. Da zudem keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

c. Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 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).

d. Der Beschwerdeführer ist als Inhaber eines Architekturbüros und potentieller Teilnehmer am vorliegenden Wettbewerb im Sinne von Art. 48 Bst. a VwVG zur Beschwerde legitimiert. Auf seine binnen der Frist von Art. 30 BoeB eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

Mit der Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht offen (Art. 31 BoeB).

2. Der Gesetzgeber des Bundes hat in Art. 13 Abs. 3 BoeB die Regelung des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs an den Bundesrat delegiert. Dieser hat von der Kompetenzdelegation im 4. Kapitel der VoeB (Art. 40 bis 57) Gebrauch gemacht und

in Art. 40 bis 57 VoeB detaillierte Regelungen geschaffen für den Fall, dass eine Auftraggeberin noch über keine definitiven Vorstellungen über die Möglichkeiten zur Planung oder Realisierung eines bestimmten Projekts verfügt. Gemäss Art. 42 Abs. 1 VoeB können Planungswettbewerbe durchgeführt werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen, und zwar nach Bst. b so genannte Projektwettbewerbe zu klar umschriebenen Aufgaben und zur Ermittlung von geeigneten Vertragspartnern, welche diese Lösungen teilweise oder ganz realisieren. Sie sind im offenen oder selektiven Verfahren auszuschreiben, sofern ihr Wert - wie vorliegend (vgl. oben E. 1a) - den massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 43 Abs. 1 VoeB). Zwischen dem offenen und dem selektiven Vergabeverfahren hat die Vergabebehörde im Anwendungsbereich des BoeB die freie Wahl (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 130 mit Hinweisen).

Für Planungswettbewerbe, die im selektiven Verfahren durchgeführt werden, kann in der Ausschreibung vorgesehen werden, dass unter den Anbietern, die zur Wettbewerbseingabe eingeladen werden, ein bestimmter Anteil von Nachwuchsfachleuten sein muss (Art. 47 VoeB). In der angefochtenen Ausschreibung wurde in Ziff. 5c gestützt auf diese Bestimmung festgehalten, das Preisgericht könne zwei Teams im Sinne der Nachwuchsförderung bestimmen.

3. Der Beschwerdeführer beantragt vorweg, es sei die Notwendigkeit einer zahlenmässigen Begrenzung der Teilnehmer nach Art. X Ziff. 1 ÜoeB zu überprüfen.

Die Vergabebehörde gab in Ziff. 3 der Ausschreibung eine Beschränkung auf sieben Teilnehmer (für die zweite Stufe des selektiven Verfahrens) bekannt. Nach Art. 15 Abs. 4 BoeB kann die Auftraggeberin die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein; die Zahl der Eingeladenen darf, sofern sich genügend geeignete Anbieter bewerben, nicht kleiner als drei sein (Art. 12 Abs. 1 VoeB). Eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Anzahl der Anbieter verletzt Art. X Ziff. 1 ÜoeB (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 131). Die Beschränkung der Teilnehmerzahl zielt in erster Linie darauf ab, den bei der auftraggebenden Amtsstelle anfallenden Aufwand für die Abwicklung des Vergabeverfahrens in einem tragbaren Rahmen zu halten. Beim Entscheid darüber, ob sich eine Beschränkung der Teilnehmerzahl rechtfertigt, sind einerseits die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung, andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags zu berücksichtigen. Ein Präqualifikationsverfahren, bei welchem wie hier die ausgewählten Anbieter für ihre Offerten bzw. ihre Projekte entschädigt werden, ist ohnehin regelmässig mit der zahlenmässigen Beschränkung der Teilnehmer verbunden. Andernfalls wären die Kosten des Vergabeverfahrens kaum mehr kalkulierbar (vgl. Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 13. April 2000 [VB. 1999.00385] E. 3c/aa am Ende; vgl. auch Messerli, a.a.O., S. 39). Nach diesen Grundsätzen erweisen sich vorliegend die Voraussetzungen zur Beschränkung der Teilnehmerzahl als erfüllt, zumal E. in ihrer Vernehmlassung ausführt, bis zum 20. Februar 2004 hätten bereits über 130 Interessierte die Unterlagen angefordert.

4. Im Anwendungsbereich des BoeB muss gemäss Rechtsprechung der BRK auch bei Planungswettbewerben die Eignung der Anbieter in einer individuellen Art und Weise für jeden Bewerber einzeln und namentlich in Respektierung der sich aus dem Gleichheits- und dem Transparenzprinzip ergebenden Regeln im Lichte der im konkreten Fall anwendbaren Eignungskriterien geprüft werden. Dies gilt auch dann, wenn eine Jury eingesetzt worden ist. Insbesondere muss auch der Entscheid einer Jury im Nachhinein von Dritten, etwa der Beschwerdeinstanz, nachvollziehbar sein. Den reinen Losentscheid lehnt die BRK als Grundlage für die Selektion der Anbieter als Verletzung des Nichtdiskriminierungs-, des Gleichheits- und des Transparenzgrundsatzes ab (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 489 mit Hinweisen).

a. Damit ist dem Antrag des Beschwerdeführers, die Teilnehmersauswahl sei durch eine neutrale Prüfungsstelle, ohne Jury, unter Aufsicht eines Notars, in zwei anonymen Losverfahren (Nachwuchs- und ältere Büros), mit unmittelbarer objektiver Eignungsprüfung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit durchzuführen, von vornherein der Boden entzogen. Das von der Auftraggeberin gewählte Verfahren ist bundesrechtskonform, so dass der Beschwerdeführer nicht verlangen kann, es durch ein Vorgehen zu ersetzen, das ihm offenbar besser passen würde.

b. In der Begründung seiner Beschwerdeschrift rügt der Beschwerdeführer weiter, die in Ziff. 5b der Ausschreibung aufgeführten Auswahlkriterien, vor allem das Kriterium a mit einem Gewicht von 50%, seien absichtlich diskriminierend und unverbindlich/offen formuliert. Somit schaffe sich die Auftraggeberin bereits in der ersten nicht anonymen Phase den nötigen Freiraum für unkontrollierbare Ermessens-, alias Gefälligkeits-Qualifikationen. Der Auftraggeberin wird auch ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB sowie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorgeworfen.

Der Auftraggeberin steht bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser wird gar als noch weitergehend bezeichnet als bei ordentlichen Beschaffungen (Messerli, a.a.O., S. 45 mit Hinweis). In dieses Ermessen greift die BRK, der keine Überprüfung der Angemessenheit von vergaberechtlichen Verfügungen zusteht (vgl. oben E. 1e), nicht ein. Bei Planungswettbewerben umfassen die Eignungskriterien gemäss Ziff. 9 des Anhanges 3 zur VoeB auch objektspezifische Nachweise, insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Praxis. Dies führt dazu, dass die Auftraggeberin auch die Angabe von Referenzobjekten verlangen darf.

Inwiefern die Auftraggeberin durch die Art und Weise, wie sie vorliegend die Auswahlkriterien festgelegt hat, Bundesrecht verletzen sollte, ist nicht ersichtlich. Die Begründung der Beschwerde erschöpft sich denn auch weitgehend in einer appellatorischen Kritik am Wettbewerbsverfahren mit Präqualifikation. Die Auftraggeberin hat durchwegs zulässige Eignungskriterien gewählt und bereits in der Ausschreibung die jeweilige prozentuale Gewichtung bekannt gegeben. Die von der Auftraggeberin für den geplanten Wettbewerb festgehaltenen Auswahlkriterien sind weder diskriminierend noch unverbindlich. Auch die Gewichtung des Kriteriums betreffend Referenzen mit 50% liegt in dem der Auftraggeberin bei der Festlegung der Eignungskriterien zustehenden Ermessensbereich. Die unterschiedliche Behandlung von Nachwuchsfachleuten schliesslich ist vorliegend zulässig (vgl. oben E. 2 am Ende).

5. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und fällt die am 10. Februar 2004 superprovisorisch verfügte Massnahme dahin.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer als unterliegende Partei die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühren, zu tragen. Die Beschwerdeinstanz verrechnet im Dispositiv den Kostenvorschuss mit den Verfahrenskosten und erstattet einen allfälligen Überschuss zurück (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VwKV], SR 172.041.0). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, auch nicht an die durch einen praktizierenden Anwalt vertretene E. (vgl. Art. 8

Abs. 5 VwKV und Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 724).

Dokumente der BRK