

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. März 2005 [BRK 2004-014])

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Änderung des Beschaffungsgegenstandes. Gleichbehandlungsgrundsatz. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien. Transparenzprinzip.

Art. 20, Art. 21, Art. 32 Abs. 1 BoeB. Art. 16, Art. 25, Art. 26 VoeB. Art. XIV Ziff. 4 Bst. b ÜoeB. Art. 12, Art. 62 Abs. 4 VwVG.

- Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen ist aufgrund der Untersuchungsmaxime und des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen berechtigt, auch Fragen nachzugehen, die von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfen wurden, zu deren Beantwortung jedoch aufgrund der Parteivorbringen in Kombination mit den Akten Anlass besteht (E. 1d und 3).

- Im Rahmen von Verhandlungen können allenfalls auch nach Offertöffnung noch Änderungen an den Ausschreibungsanforderungen vorgenommen werden (E. 2b/cc). Vorliegend war die nachträgliche Änderung des Beschaffungsgegenstandes durch die Vergabebehörde ohne förmliche Verhandlungen unzulässig. Die Änderung des Leistungsinhaltes war auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots vergaberechtswidrig, da die Zuschlagsempfängerin dadurch einen erheblichen Vorteil erfahren hat (E. 2b/dd, E. 2c/aa).

- Verletzung der Pflicht der Vergabebehörde zur vorgängigen Bekanntgabe sämtlicher Zuschlags- und Unterkriterien und deren relative Gewichtung (E. 3a/aa, 3b/bb). Die Verwendung von sehr offenen und unbestimmten Zuschlagskriterien erfordert zwangsläufig ihre nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien, die den Bewerbern ebenfalls vorgängig bekannt gegeben werden müssen (E. 3a/aa, 3b/aa). Anforderungen an den Evaluationsbericht (E. 3a/cc, 3b/bb). Formelle Natur dieser Pflichten der Vergabebehörde (E. 3a/bb, 3a/cc).

- Rückweisung an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung mit verbindlichen Weisungen (E. 5a).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Modification de l'objet du marché. Principe de l'égalité de traitement. Communication des critères d'adjudication. Principe de la transparence.

Art. 20, art. 21, art. 32 al. 1 LMP. Art. 16, art. 25, art. 26 OMP. Art. XIV ch. 4 let. b AMP. Art. 12, art. 62 al. 4 PA.

- Selon les principes de la maxime inquisitoire et de l'application d'office du droit, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics est en droit d'examiner les questions non contestées par la recourante, si celles-ci peuvent être résolues sur la base des allégations des parties en relation avec les pièces du dossier (consid. 1d et 3).

- Dans le cadre de négociations, des modifications peuvent au besoin être apportées aux prescriptions de l'appel d'offres après l'ouverture des offres (consid. 2b/cc). En l'espèce, la modification ultérieure de l'objet du marché par l'autorité adjudicatrice sans négociations formelles était inadmissible. La modification du contenu de la prestation contrevenait aussi au droit des marchés publics du point de vue de l'égalité de traitement, dans la mesure où l'adjudicataire en a retiré un avantage important (consid. 2b/dd et 2c/aa).

- Violation de l'obligation de l'autorité adjudicatrice de communiquer préalablement tous les critères d'adjudication et sous-critères, ainsi que leur pondération relative (consid. 3a/aa et 3b/bb). L'utilisation de critères d'adjudication très ouverts et incertains exige nécessairement une description plus détaillée par le biais de sous-critères ou de critères partiels, lesquels doivent aussi être communiqués préalablement aux soumissionnaires (consid. 3a/aa et 3b/aa). Exigences applicables au rapport d'évaluation (consid. 3a/cc et 3b/bb). Nature formelle des obligations de l'autorité adjudicatrice (consid. 3a/bb et 3a/cc).

- Renvoi à l'autorité inférieure pour nouvelle décision avec des instructions impératives (consid. 5a).

Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione aperta. Modifica dell'oggetto dell'acquisto pubblico. Principio della parità di trattamento. Comunicazione dei criteri di aggiudicazione. Principio della trasparenza.

Art. 20, art. 21, art. 32 cpv. 1 LAPub. Art. 16, art. 25, art. 26 OAPub. Art. XIV n. 4 lett. b AAP. Art. 12, art. 62 cpv. 4 PA.

- In virtù della massima inquisitoria e del principio dell'applicazione d'ufficio del diritto, la Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici ha il diritto di esaminare anche questioni che non sono state sollevate dalla ricorrente, ma a cui occorre dare una risposta sulla base degli argomenti invocati dalle parti in relazione agli atti (consid. 1d e 3).

- Nel quadro di trattative possono esserci modifiche alle condizioni per la pubblicazione anche dopo l'apertura dell'offerta (consid. 2b/cc). Nella fattispecie, la successiva modifica dell'oggetto dell'acquisto pubblico da parte dell'ente aggiudicatore, senza trattativa formale, non era ammissibile. La modifica del contenuto della prestazione era contraria al diritto sugli acquisti pubblici anche dal punto di vista del principio della parità di trattamento, poiché l'aggiudicatario in questo modo ha ottenuto un vantaggio considerevole (consid. 2b/dd, consid. 2c/aa).

- Violazione dell'obbligo dell'ente aggiudicatore di comunicare in precedenza tutti i criteri di aggiudicazione e i sotto-criteri e la loro relativa ponderazione (consid. 3a/aa, 3b/bb). L'utilizzo di criteri di aggiudicazione molto aperti ed indefiniti esige forzatamente una descrizione più dettagliata attraverso sotto-criteri o criteri parziali, che devono pure essere comunicati in precedenza ai concorrenti (consid. 3a/aa, 3b/aa). Esigenze poste al rapporto di valutazione (consid. 3a/cc, 3b/bb). Natura formale di questi obblighi dell'ente aggiudicatore (consid. 3a/bb, 3a/cc).

- Rinvio all'autorità inferiore per una nuova valutazione con istruzioni vincolanti (consid. 5a).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Eidgenössische Oberzolldirektion (OZD) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) einen Lieferauftrag für zwei Lasergravieranlagen zum Gravieren der offiziellen Kontrollmarken auf Gegenstände aus Edelmetallen im offenen Verfahren aus. Varianten waren gemäss Ziff. 2.8 der Ausschreibung nicht erlaubt. Neben weiteren Anbietern reichte die X. AG der OZD am

13. August 2004 fristgerecht eine entsprechende Offerte ein. Gemäss Veröffentlichung im SHAB wurde der Zuschlag für diese Vergabe am 28. September 2004 an die A. GmbH in D. erteilt.

B. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2004 führt die nicht berücksichtigte X. AG (Beschwerdeführerin) bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, Rekurskommission) Beschwerde gegen die Zuschlagserteilung der OZD. Sinngemäss beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung. Mit Vernehmlassung vom 2. November 2004 beantragt die OZD, auf die Beschwerde sei mangels ausformulierten Begehrens nicht einzutreten, eventualiter sei sie kostenfällig abzuweisen.

C. Am 16. November 2004 erstattet die Beschwerdeführerin Replik mit dem Begehren, der Zuschlagsentscheid der OZD sei aufzuheben, die Kriterien seien neu zu überprüfen und unter umfassender Berücksichtigung ihrer Eingaben vom 13. Oktober und 16. November 2004 sei ein neuer Entscheid zu fällen. Die OZD dupliziert mit Eingabe vom 29. November 2004, wobei sie den Nichteintretensantrag fallen lässt und am Eventualantrag festhält.

D. Im Rahmen einer Instruktionsmassnahme fordert die Rekurskommission mit Schreiben vom 11. Februar 2005 beide Parteien zu schriftlicher Stellungnahme zu noch unklaren Punkten in tatsächlicher Hinsicht auf. Die Antworten treffen innert verlängerter Frist, am 22. und 25. Februar 2005, bei der BRK ein.

E. Die Beschwerdeführerin hat keinen Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gestellt. Eine Mitteilung der OZD im Sinne von Art. 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) betreffend einen Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin ist nicht erfolgt.

Aus den Erwägungen:

1.a. 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 1994 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG], SR 173.110). Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) geregelt.

Das BoeB ist nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Lieferauftrages Fr. 248'950.- übersteigt (Art. 6 Abs. 2 BoeB und Verordnung des EVD vom 13. Oktober 2003 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2004 [AS 2003 4257]). Die Preisspanne der eingegangenen Offerten betrug laut Veröffentlichung des Zuschlags im SHAB (...) Fr. 147'106.- bis Fr. 600'000.-. Werden die Kosten für Wartung und Unterhalt in den Preis miteinbezogen, übersteigt insbesondere auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin den genannten Schwellenwert. Die OZD hat folglich die Schätzung des Wertes des Auftrages richtig vorgenommen und die Vergabe des Lieferauftrages zu Recht dem BoeB unterstellt.

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 hier unbestrittenermassen erfüllt. 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. Die Beschwerdeführerin ist als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterin ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.68, E. 1b). Auf ihre fristgerecht eingereichte Eingabe ist einzutreten.

b.-c. (...)

d. Die BRK hat den rechtserheblichen Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember

1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021). Die Untersuchungsmaxime gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern es bestehen namentlich auch Mitwirkungspflichten seitens der Parteien (Art. 13 VwVG). Insbesondere mit Bezug auf Sachverhaltselemente, welche die Partei naturgemäss besser kennt als die Behörde, wird verlangt, dass erstere selber die erforderlichen Angaben liefert (BGE 126 II 101 E. 2e, BGE 124 II 365 E. 2b). In diesem Sinne hat die Beschwerdeschrift nebst einem Antrag auch eine Begründung zu enthalten (Art. 52 Abs. 1 VwVG). In der Beschwerde vom 13. Oktober 2004 fehlte ein ausformulierter Antrag, doch war ihr sinngemäss zu entnehmen, dass der angefochtene Zuschlagsentscheid aufzuheben sei. Die Replik vom 16. November 2004 enthielt dann einen ausdrücklichen Antrag auf Aufhebung des Zuschlagsentscheids. Mit Bezug auf das Erfordernis eines Antrags sind die Minimalanforderungen gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG damit erfüllt. Dasselbe kann hinsichtlich der Begründung der Beschwerde gesagt werden.

Aufgrund des Prinzips der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist die Rekurskommission an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Sie kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 690 mit Hinweisen). Der Untersuchungsgrundsatz statuiert zwar keine Verpflichtung der Behörden, einen Sachverhalt unter jedem nur erdenklichen Gesichtspunkt auf mögliche Rechtsmängel hin zu überprüfen (vgl. Entscheid der BRK vom 29. Oktober 1999 i.S.T. AG [BRK 1999-007], E. 3b). Jedoch gebietet er, entscheidungsrelevante, aktenkundige Tatsachen auch dann zu berücksichtigen, wenn sie von den Verfahrensbeteiligten nicht ausdrücklich vorgebracht werden (Urteil des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 18. Juni 2001, veröffentlicht in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2001, S. 340 f.; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 8. März 2004, in Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2005, S. 6).

2. Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde und der Replik in verschiedener Hinsicht die Bewertung ihrer eigenen Offerte und jener der Zuschlagsempfängerin durch die OZD. Unter anderem bringt sie vor, dem Schreiben der OZD vom 30. September 2004 (...) entnommen zu haben, dass für den getroffenen Entscheid das für die OZD «äusserst wichtige Fokussiersystem mit integrierter Kamera» von Bedeutung gewesen sei. Nachdem dies speziell hervorgehoben worden sei, gehe die Beschwerdeführerin davon aus, dass die OZD bei ihrem Entscheid von der falschen Annahme ausgegangen sei, dass die von ihr angebotenen Geräte der Herstellerfirma B. AG nicht mit dem Fokussiersystem mit integrierter Kamera ausgestattet werden könnten. In dieser Hinsicht bemängelt die OZD in der Vernehmlassung (...) wie auch der Duplik, dass die B. AG anlässlich der nach Eingang der Offerten und einer ersten technischen Auswertung bei den vier besten Anbietern vorgenommenen Gravurtests

gemäss Ziff. 14 des Pflichtenhefts das «unabdingbare Fokussiersystem mittels integrierter Kamera» nicht vorgeführt, sondern nur anhand von Fotos gezeigt habe. Auf der Anlage der Zuschlagsempfängerin hingegen habe dieses effektiv vorgeführt und getestet werden können. Die Beschwerdeführerin habe nicht nachweisen können, dass ihre Lösung den Bedürfnissen der OZD genügen würde. In der Replik ergänzt die Beschwerdeführerin, softwareseitig sei das besagte System seit Jahren in ihren Anlagen implementiert, es sei nur zum Zeitpunkt des Besuches der OZD bei der B. AG (Gravurtests) nicht verfügbar gewesen.

a. Die OZD hat dem Fokus-System mit integrierter Kamera im Rahmen der Evaluation augenscheinlich einen hohen Stellenwert beigemessen, ja es nach ihren eigenen Worten geradezu als «unabdingbares» Element der Ausschreibung angesehen (...). Dies ergibt sich insbesondere aus dem für die Evaluation entscheidenden Stärken-Schwächen Vergleich (...), wo die integrierte Kamera als eigenes Unterkriterium behandelt wurde: bei der Beschwerdeführerin findet sich die Bewertung «einfaches Minus» («-») mit der Bemerkung «Kamera etc. möglich aber nicht ausgetestet» und in der Zusammenfassung wird nochmals als für die Zuschlagsempfängerin positiv hervorgehoben das «Fokus-System, funktionierend und ausgetestet». Im Schreiben der OZD vom 30. September 2004 (...) wird zur Begründung des Zuschlags - wie bemerkt - unter anderem das «äusserst wichtige Fokussiersystem mit integrierter Kamera» hervorgehoben.

Festzustellen ist, dass die OZD im Pflichtenheft unter dem Titel der Bedienerfreundlichkeit (...) zwar ein «Fokussiersystem zur Ermittlung und Einstellung der Z-Achse» verlangt hat (welches «auch bei hochglanzpolierten und hoch reflektierenden Oberflächen zuverlässig arbeiten» müsse), in den Ausschreibungsunterlagen von einer «integrierten Kamera» zum Fokussystem aber nie die Rede war. Die Zuschlagsempfängerin hat zu ihrem Laserbeschriftungssystem als «Optionen» unter anderem ein «Live-Adjust-System» (LAS, auch Kamera-Positioniersystem genannt), angeboten (...). Das Angebot der Beschwerdeführerin umfasste ein «Autofokussystem zur automatischen Einstellung der Z-Achse» (...). Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Fokussiersystem sei in ihrer Offerte nicht näher beschrieben worden, weil die konkrete Aufgabenstellung noch nicht bekannt gewesen sei; sie habe in ihrer Ansicht nach geeignetes Fokussiersystem in die Offerte einbezogen. Jedoch könne auch sie zu ihrer beschriebenen Anlage eine integrierte Kamera anbieten (...). Offenbar gingen demnach sowohl die Beschwerdeführerin (...) als auch die Zuschlagsempfängerin (welche es als Option offerierte) im Zeitpunkt der Einreichung ihrer Offerten davon aus, dass das Kamerasystem nicht zum geforderten Leistungsinhalt der Ausschreibung gehörte. Auch die OZD räumt ein, dass nie explizit und schriftlich ein solches Kamerasystem verlangt worden sei. Erst anlässlich der Gravurtests bei der (zuerst besuchten) Zuschlagsempfängerin sei dessen Zusatznutzen festgestellt worden, und es sei beschlossen worden, alle zu Gravurtests eingeladenen Hersteller mündlich anzufragen, ob sie diese zusätzliche Einstellhilfe anbieten würden (...). Dass das Kamerasystem in dem Sinne «unabdingbar» gewesen sei, dass die Ausschreibungsanforderungen ohne dieses gar nicht erfüllt werden können, wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen in Abrede gestellt und auch von der OZD nicht (mehr) behauptet (...).

In der vorliegenden Situation drängt sich die Frage auf, ob die OZD korrekt vorgegangen ist, indem sie von der Beschwerdeführerin im Nachhinein (nach Offertöffnung) und in Ergänzung der Ausschreibung verlangt hat, dass diese ebenfalls eine integrierte Kamera offeriere bzw. vorführe und in der Folge die Tatsache, dass die Demonstration beim Gravurtest nicht möglich war, im Stärken-Schwächen Vergleich negativ bewertet hat.

b.aa. In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben. Die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen haben obligatorisch einen Leistungsbeschrieb zu enthalten, welcher vollständig und klar sein muss (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 192 f., 327). Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zu beschreiben sowie alle Anforderungen an technische Spezifikationen, die erfüllt werden müssen, zu enthalten (Art. XII Ziff. 2 Bst. g Üoeb; Art. 16 Abs. 1 Voeb in Verbindung mit Ziff. 3 Bst. b und Ziff. 10 des Anhangs 4 zur Voeb, Art. 18 Abs. 1 Bst. b Voeb).

bb. Die Ausschreibungsanforderungen können vor dem Termin für die Öffnung oder der Entgegennahme von Angeboten noch konkretisiert oder präzisiert werden. Die Vergabebehörde hat die Änderung allen Personen mitzuteilen, welche die Ausschreibungsunterlagen verlangt haben. Jede wichtige Angabe, die einem Anbieter in Bezug auf eine Beschaffung gemacht wird, ist gleichzeitig allen anderen betroffenen Anbietern mitzuteilen und zwar so rechtzeitig, dass die Anbieter diese Angabe berücksichtigen und sich danach richten können (Art. IX Ziff. 10 Üoeb; Art. 16 Abs. 4 Voeb).

Wenn der Beschaffungsgegenstand in einem wichtigen Punkt geändert wird, folgt aus dem Gebot der Transparenz und der Publizität in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand, dass die Vergabebehörde das laufende Vergabeverfahren unterbrechen und es neu beginnen muss, damit neue potentielle Anbieter die Möglichkeit haben, ein Angebot einzubringen, um den Zuschlag für die neue Beschaffung zu erhalten (Entscheidung der BRK vom 26. Juni 2002, veröffentlicht in VPB 66.86 E. 5, vom 4. Dezember 2003 i.S. C. AG [BRK 2003-018], E. 2c/aa; vgl. auch Art. 16 Abs. 1 Voeb in Verbindung mit Ziff. 3 Bst. b des Anhangs 4 zur Voeb; Art. 16 Abs. 3 Voeb). Aus dem System des Üoeb/Boeb und der Voeb wie aus den mit den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen verfolgten Ziele der Gleichbehandlung und der Transparenz folgt, dass eine wichtige Änderung des Beschaffungsgegenstandes, so wie er veröffentlicht und vergeben wurde, eine neue Beschaffung darstellt (Entscheidung der BRK vom 4. Dezember 2003, a.a.O., E. 2c/aa; vgl. auch Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht [BR] 2002, S. 9 ff.).

cc. Gestützt auf Art. 20 Abs. 1 Bst. a Boeb darf die Vergabestelle mit den Anbietenden namentlich dann Verhandlungen führen, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wird. Das Boeb äussert sich nicht zur Frage, was Gegenstand bzw. Inhalt von Verhandlungen sein kann. Art. 26 Voeb regelt ausschliesslich das zur Anwendung gelangende Verfahren. Hingegen enthält Art. XIV Üoeb nähere Angaben zum Ziel von Verhandlungen. Diese sollen gemäss Art. XIV Ziff. 2 Üoeb hauptsächlich dazu dienen, Stärken und Schwächen der Angebote zu erkennen. Das Üoeb sieht auch die Möglichkeit vor, im Rahmen von Verhandlungen Änderungen an den Ausschreibungsanforderungen vorzunehmen: gemäss Art. XIV Ziff. 4 Bst. b Üoeb hat die Vergabestelle sämtliche Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen den Verhandlungsteilnehmern schriftlich mitzuteilen. Das Boeb und die Voeb sehen diese Möglichkeit, während der Verhandlungen Änderungen einzubringen, nicht ausdrücklich vor, Angebotsänderungen sind jedoch nach der Rechtsprechung der Rekurskommission im Rahmen von Verhandlungen zulässig. Die Verhandlungen dürfen auf Bundesebene (anders als im kantonalen Bereich) auch reine so genannte «Abgebotsrunden» beinhalten, d. h. Verhandlungen über Inhalte des Angebotes wie Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsverzeichnisses (Entscheidung der BRK vom 7. November 1997, veröffentlicht in VPB 62.17 E. 4d mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 336).

dd. Eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung nach Offertöffnung ist unzulässig, wenn damit ein einzelner Bewerber einen erheblichen Vorteil erfährt. Bei der Prüfung der Offerten ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 198, mit Hinweis auf Urteil des Kantons F vom 1. Juli 1999, veröffentlicht in St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [SGGVP] 1999, Nr. 34 S. 99).

In der kantonalen Rechtsprechung und der entsprechenden Lehre wird dafürgehalten, dass - abgesehen von der Unzulässigkeit wesentlicher Änderungen des Beschaffungsgegenstandes - auch weniger bedeutsame, «unwesentliche» Projektänderungen nach Offertöffnung nur zulässig seien, wenn sämtliche Anbieter der Änderung in Kenntnis der Sachlage - im Rahmen von Verhandlungen - ausdrücklich zustimmten, was wiederum voraussetze, dass die Anbieter genügend informiert würden und sie ausreichend Zeit erhielten, den hinzugefügten Projektteil bzw. die gesamte Offerte neu zu rechnen. Das Gleichbehandlungsprinzip müsse dabei strikte eingehalten werden (Urteil aus dem Kanton Waadt vom 4. Juli 2003, Auszug in BR 2004 S. 70 f. mit Anmerkungen von Denis Esseiva; Stöckli, a.a.O., BR 2002, S. 9 ff. mit Hinweisen; vgl. auch noch restriktiveres Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 4).

c.aa. Im vorliegenden Fall hat die OZD nach dem Gesagten (E. 2a) eine nachträgliche Leistungsänderung bzw. -erweiterung vorgenommen, indem sie zusätzlich zu den Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen zum Fokussystem eine integrierte Kamera verlangt hat. Dies geschah nach der Offertöffnung und auch in der vor den Gravurtests vorgenommenen technischen Bewertung der Angebote wurde noch nicht berücksichtigt, ob die Offerten das Fokus-System mit integrierter Kamera enthalten. Entsprechend wurden die beiden fraglichen Angebote unter dem Kriterium der Bedienerfreundlichkeit bezüglich des «Fokussiersystems zur Ermittlung und Einstellung der Z-Achse» als nahezu gleichwertig bewertet (...). Erst anlässlich der Gravurtests bei der Zuschlagsempfängerin hat die OZD nach ihren eigenen Angaben die «Wichtigkeit» der integrierten Kamera erkannt (...) und beim Besuch der OZD bei der B. AG wurde folglich auch von dieser die Vorführung eines Kamerasystems verlangt (...). Aus der Tatsache, dass diese Demonstration nicht möglich war, resultierte schliesslich die stark differierende Bewertung der beiden Angebote im Stärken-Schwächen Vergleich unter dem Kriterium «Fokus-System», Unterkriterium «integrierte Kamera».

Wie bemerkt, wären nach Offertöffnung grundsätzlich nur im Rahmen von Verhandlungen Änderungen des Gegenstandes der Ausschreibung möglich gewesen (Art. XIV Ziff. 4 Bst. b ÜoeB; oben E. 2b/cc). Vorliegend wurden jedoch keine Verhandlungen geführt. Es war unzulässig, die fragliche Änderung der ausgeschriebenen Leistung ohne förmliche Verhandlungen mit sämtlichen Anbietern (unter Beachtung der anwendbaren Vorschriften) vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin beanstandet, die OZD sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass ihre Anlage nicht mit einer integrierten Kamera geliefert werden könne. Gerade diese Frage hätte geklärt werden können, wenn die OZD Verhandlungen geführt und in einem korrekten Verfahren eine Änderung der Offerten verlangt hätte. Am Tag der Gravurtests ohne Ankündigung von der Lieferantin der Beschwerdeführerin zu verlangen, dass das Angebot geändert wird und die zusätzlichen Bestandteile auch gleich noch vorgeführt werden, kann den Anforderungen an ein korrektes Vorgehen im Zusammenhang mit Verhandlungen (namentlich Art. 26 VoeB) eindeutig nicht genügen. Dass die OZD nachträglich zum Fokussiersystem eine integrierte Kamera gefordert hat, hat sich zudem klar zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgewirkt, welche genau dieses Kamerasystem (freiwillig) bereits in der Offerte als Option angeboten hat und anlässlich der Tests auch vorführen konnte, während die Beschwerdeführerin erst anlässlich der Tests bei der B. AG mit dieser Forderung konfrontiert worden ist. Die von der OZD verlangte Leistungsänderung bzw. Erweiterung hatte offensichtlich ihre Ursache ausschliesslich im konkreten Angebot der Konkurrentin und nicht etwa in eigenen neuen Erkenntnissen der Vergabebehörde betreffend den Beschaffungsgegenstand. Durch die Änderung des Leistungsinhaltes hat die Zuschlagsempfängerin einen erheblichen Vorteil erfahren und das Vorgehen der OZD war auch unter diesem Gesichtspunkt unzulässig (oben E. 2b/dd; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 198). Die beschriebene Änderung der ausgeschriebenen Anlage nach Offertöffnung erweist sich als vergaberechtswidrig und widerspricht namentlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

bb. Die Frage, ob die vorliegende Änderung im Rahmen von Art. XIV Ziff. 4 Bst. b ÜoeB überhaupt zulässig gewesen wäre (oben E. 2b/cc Schluss) bzw. ob es sich um eine wesentliche Änderung des Beschaffungsgegenstandes gehandelt hat und eine Neuausschreibung erforderlich gewesen wäre (oben E. 2b/bb), kann unter den gegebenen Umständen unbeantwortet bleiben. Eine Neuausschreibung wurde von der Beschwerdeführerin nicht verlangt und drängt sich auch nicht auf, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die genannte Projektänderung den Kreis potentieller Anbieter ausweiten oder den im vorliegenden Verfahren bereits vorgängig ausgeschiedenen Anbietern wiederum Chancen eröffnen würde (vgl. dazu Stöckli, a.a.O., BR 2002, S. 11). Ebenso kann unter diesen Umständen offen gelassen werden, ob die von der Zuschlagsempfängerin offerierte «Option» («Live-Adjust-System», LAS) eine Variante im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VoeB darstellt und ob eine solche überhaupt zulässig war, nachdem in Ziff. 2.8 der Ausschreibung vom 17. Juni 2004 Varianten ausdrücklich ausgeschlossen wurden, gemäss Ausschreibungsunterlagen (...) solche jedoch wiederum vorbehalten waren.

cc. Nach dem Gesagten war das Vorgehen der OZD im Zusammenhang mit der Erweiterung des Beschaffungsgegenstandes um das Element der «integrierten Kamera» rechtswidrig. Damit war selbstverständlich auch das Unterkriterium der «integrierten Kamera» im Stärken-Schwächen Vergleich (zu den Zuschlagskriterien vgl. sogleich E. 3) und die dazugehörige Bewertung der Angebote (insbesondere der Vorwurf der mangelnden Vorführung der integrierten Kamera anlässlich der Gravurtests) sowie die Schlechterbewertung des Preises, weil die Kamera bei der Beschwerdeführerin im Preis nicht enthalten sei (vgl. im Übrigen die Angabe der Beschwerdeführerin, dass sie ein Fokussiersystem mit integrierter Kamera ohne Aufpreis hätte liefern können, [...]), unstatthaft.

dd. Die Beschwerde ist bereits aufgrund dieser unzulässigen Erweiterung des Beschaffungsgegenstandes gutzuheissen und der Zuschlag aufzuheben.

3. Die Beschwerdeführerin rügt wie bemerkt in ihrer Beschwerde namentlich die Bewertung ihrer Offerte. Der Rekurskommission drängt sich aufgrund der Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen und der weiteren Akten der Vorinstanz, namentlich der Evaluationsunterlagen (...), die Frage auf, ob der Evaluationsbericht den Anforderungen des Bundesrechts genügt und ob die Vergabebehörde die verwendeten Zuschlagskriterien in genügender Art und Weise bekannt gegeben hat. Die BRK ist aufgrund der Untersuchungsmaxime und des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen berechtigt, auch Fragen nachzugehen, die von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfen wurden, zu deren Beantwortung jedoch aufgrund der Parteivorbringen in Kombination mit den Akten durchaus Anlass besteht (vgl. vorne E. 1d).

a. Art. 21 Abs. 1 BoeB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Diese Aufzählung ist nicht als

abschliessend zu verstehen.

aa. 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 VoeB), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Aus der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst. Der Grundsatz der Transparenz gebietet überdies, dass die Vergabebehörde die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenkt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekannt gibt. 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. Unzulässig ist es namentlich, durch die Art der Gewichtung der Zuschlagskriterien einen bestimmten Anbieter zu begünstigen (BGE 125 II 101; Entscheide der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.120 E. 3a, vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 65.10 E. 4a, vom 1. September 2000, veröffentlicht in VPB 65.11 E. 2a je mit Hinweisen). Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzlich Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 3c).

Die vorgängige Offenlegung der Zuschlagskriterien schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (Entscheide der BRK vom 26. Juni 2002, veröffentlicht in VPB 66.86 E. 3a mit Hinweisen, vom 29. Januar 2003 i.S. G. [BRK 2002-007], E. 3d). Ergibt sich eine bestimmte Anforderung der Vergabebehörde an den Beschaffungsgegenstand nicht deutlich aus den festgelegten Zuschlagskriterien, ist die Vergabebehörde verpflichtet, diesbezüglich durch Formulierung entsprechender Subkriterien für die notwendige Klarheit zu sorgen (Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3d). Die Verwendung eines sehr offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig seine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien. Nur so können die Anbieter auch erkennen, was die Vergabebehörde unter dem betreffenden Zuschlagskriterium genau versteht und welche Aspekte sie dabei zu bewerten gedenkt. Für die Rechtmässigkeit des Vorgehens der Vergabebehörde kann es daher nicht genügen, wenn erst im Rahmen der Offertevaluation bei der Bewertung eines offenen Zuschlagskriteriums wie zum Beispiel der «Qualifikation» einzelne Teilaspekte herausgeschält und unterschiedlich gewichtet werden (Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 4b/bb).

bb. Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien (und deren Gewichtung) ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung dieser Regel grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 400 mit Hinweisen; Entscheide der BRK vom 1. September 2000, a.a.O., E. 4; vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3d, 4b/bb).

cc. Welches das im konkreten Geschäft wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss den in der Ausschreibung und den zugestellten Unterlagen angeführten Zuschlagskriterien ist, wird anhand der Zuschlagskriterien geprüft (Art. 25 VoeB), wobei diese Prüfung - entsprechend dem Grundsatz der Transparenz - dokumentiert werden muss und nachvollziehbar sein soll. Die Vergabebehörde hat ihren Zuschlagsentscheid in einem Evaluationsbericht so zu dokumentieren, dass er für einen Dritten nachvollziehbar ist und dass überprüft werden kann, ob die massgeblichen Beurteilungskriterien im Lichte der konkreten Offerten zum in Frage stehenden Zuschlag führen (vgl. die Entscheide der BRK vom 25. August 2000, veröffentlicht in VPB 65.9 E. 2a, vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3b). Das Fehlen eines (korrekten) Evaluationsberichts ist als formeller Mangel des Submissionsverfahrens und als Verletzung des Transparenzprinzips zu werten (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 407, 409).

b. Die OZD hat die zu beschaffenden Lasergravieranlagen im Pflichtenheft (...) hinsichtlich Dimensionen der Lasergravuranlage, Lasersystem, Anforderungen an die Gravur, Bedienerfreundlichkeit usw. näher umschrieben. In Ziff. 13.5 der Ausschreibungsbedingungen (...) nennt die OZD die folgenden Bewertungskriterien:

- (1) Den Anforderungen der Ausschreibung muss in juristischer, kaufmännischer, funktionaler und technischer Hinsicht entsprochen werden,
- (2) Preis-Leistungsverhältnis, inklusive Lebenswegkosten der Geräte,
- (3) Leistungsfähiges Unternehmen mit Serviceorganisation für die Schweiz,
- (4) Implementierte und im Angebot entsprechend dokumentierte Qualitätssicherungssysteme (...).

aa. Die von der Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen vier Zuschlagskriterien (Bewertungskriterien, Ziff. 13.5 der Ausschreibungsbedingungen) sind sehr offen formuliert; dies gilt vor allem für das erste und zweite Kriterium. So wird in Ziff. 1 nur allgemein auf die «Anforderungen der Ausschreibung [...]» verwiesen, ohne diese näher zu definieren (dazu auch sogleich E. 3b/bb) und in Ziff. 2 das «Preis-Leistungsverhältnis» (inklusive Lebenswegkosten der Geräte) als Kriterium genannt. Solch offene und unbestimmte Begriffe erfordern jedoch zwingend eine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien, die den Bewerbern bereits in der Ausschreibung oder jedenfalls in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden, damit die Anbieter sie in ihrer Offerte berücksichtigen können (vgl. oben E. 3a/aa; Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 4b/bb).

bb. Im Rahmen der Evaluation hat die OZD zur Beurteilung der Angebote dann durchaus konkrete Zuschlagskriterien zu Hilfe genommen. Die Evaluation bestand in einem ersten Schritt aus der technischen Auswertung der Offerten (...), wobei die Zuschlagsempfängerin den ersten, die Beschwerdeführerin den zweiten Platz erreichte. Nach den bei den vier besten Anbieterinnen vorgenommenen Testgravuren (...) wurde sodann der entscheidende Stärken-Schwächen Vergleich erstellt, zu dem nur noch die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin herangezogen wurden (...).

In der technischen Auswertung hat die OZD alle Punkte gemäss Pflichtenheft als Kriterien aufgeführt und bewertet. Dass die Bewertung den Punkten im Pflichtenheft folgen werde, wurde den Anbietern jedoch im Voraus nicht in genügender Art und Weise mitgeteilt. Es genügt nicht, wenn in Ziff. 1 der Bewertungskriterien (...) bloss gefordert wird, den Anforderungen der Ausschreibung müsse in juristischer, kaufmännischer, funktionaler und technischer Hinsicht entsprochen werden. Ihre Absicht, alle Punkte des Pflichtenheftes zu Zuschlagskriterien zu erheben, hätte die Vergabebehörde bereits in den Ausschreibungsunterlagen klarstellen müssen. Dies wäre der OZD ohne weiteres möglich gewesen. Weiter hat die OZD die

Kriterien in der technischen Bewertung relativ gewichtet und ihnen unterschiedliche Bedeutung beigemessen, ohne dies den Anbietern im Voraus zur Kenntnis zu bringen. Die technische Auswertung verletzt den Grundsatz der Transparenz in verschiedener Hinsicht.

Im Stärken-Schwächen Vergleich wurden die folgenden Kriterien (inklusive weiteren Unterkriterien) herangezogen: Testbewertung, Gravur, Optik, Tiefenschärfe, Software, Fokus-System, Gehäuse, Firma, Service, Sprache, Austausch Diode, Technische Bewertung, Preise. Dass ihre Angebote nach diesen Kriterien, welche zum Teil bereits in der technischen Bewertung enthalten waren, zum Teil aber neu hinzukamen (namentlich die integrierte Kamera), bewertet würden, war den Anbietern nie eröffnet worden. Die übrigen Kriterien waren bereits im Pflichtenheft, im Rahmen der Umschreibung des Gegenstandes der Ausschreibung, enthalten, ihnen wurde aber nun im entscheidenden Stadium der Evaluation besondere Bedeutung und Wichtigkeit zugemessen. Es widerspricht jedoch dem Vergaberecht, mithin dem Transparenzprinzip, die Zuschlagskriterien erst im Rahmen der Evaluation, allenfalls nachdem vom Inhalt der Offerten Kenntnis genommen worden ist, herauszubilden (oben E. 3a/aa). Die Kriterien könnten dann nämlich ohne weiteres in einer für einen bestimmten Anbieter vorteilhaften und somit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzenden Weise gestaltet werden. Die im Stärken-Schwächen Vergleich verwendeten Zuschlags- bzw. Unterkriterien hätten folglich inklusive Gewichtung im Voraus mitgeteilt werden müssen.

Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzprinzips lässt der Stärken-Schwächen Vergleich auch abgesehen davon, dass nicht bekannt gegebene Kriterien verwendet wurden, zu wünschen übrig. Die Bewertung mit Plus, doppeltem Plus, Minus, doppeltem Minus und Neutral ist reichlich vage. Die Gewichtung der verschiedenen Kriterien ist nicht bekannt. Das Resultat ist nicht rechnerisch ausgewiesen und ist aufgrund der genannten Mängel nicht genügend nachvollziehbar bzw. nachprüfbar (oben E. 3a/cc).

cc. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die OZD durch die vage Formulierung der Bewertungskriterien und die Nichtbekanntgabe der einzelnen in der technischen Bewertung und im Stärken-Schwächen Vergleich verwendeten Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung den vergaberechtlichen Anforderungen an die Offenlegung der Zuschlagskriterien (E. 3a/aa) nicht Genüge getan hat. Die Bekanntgabe der verwendeten Kriterien wäre ihr zudem ohne weiteres zumutbar gewesen; es ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht in der Lage sein sollte, die Zuschlags- inklusive Subkriterien zum Voraus festzulegen, wenn sie dasselbe im Zusammenhang mit der Offertevaluation tun kann (vgl. auch Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 4b/bb). Ebenso mangelt es - namentlich auch aufgrund der unklaren Gewichtung - an einem genügenden Evaluationsbericht. Nachdem die Pflicht zur Offenlegung der Zuschlagskriterien formeller Natur ist (oben E. 3a/bb), müsste der Zuschlag unabhängig davon aufgehoben werden, ob der formelle Fehler einen Einfluss auf die Zuschlagserteilung hatte.

4. (...)

5.a. Zusammenfassend ergibt sich, dass einerseits die nachträgliche Erweiterung des Beschaffungsgegenstands um die «integrierte Kamera» nicht rechtmässig war (E. 2) und die OZD andererseits die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien und Subkriterien sowie deren Gewichtung verletzt hat (E. 3). Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben, nachdem bisher kein Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin erfolgt ist. Die Sache ist zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die OZD zurückzuweisen (Art. 32 Abs. 1 BvBE). Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung steht in erster Linie der Vergabebehörde zu. Falls die OZD am laufenden Submissionsverfahren festhalten und die Voraussetzungen für einen Abbruch oder eine vollständige Wiederholung des Verfahrens nicht als gegeben erachten sollte, hat sie Folgendes zu beachten: In die Neubeurteilung einzubeziehen sind die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin. Mit der nochmaligen Aufforderung zur Offerteinreichung hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand zu definieren (vgl. E. 2b/aa, 2c), dies namentlich bezüglich «integrierter Kamera», falls die OZD an dieser Erweiterung der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung festhalten möchte. Der Beschwerdeführerin muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Offerte anzupassen und den Nachweis zu führen, dass sie das verlangte Kamerasystem anbieten kann. Weiter hat die OZD in der neuerlichen Einladung den beiden Anbietern alle Kriterien inklusive Gewichtung mitzuteilen, die bei der Bewertung berücksichtigt werden (vgl. oben E. 3; Entscheid der BRK vom 25. August 2000, veröffentlicht in VPB 65.9 E. 3b). Im Übrigen sind bei der Bewertung - soweit wieder entsprechende Zuschlagskriterien zur Anwendung gelangen - die oben in E. 4b und 2c/cc erfolgten Bemerkungen der Rekurskommission zu berücksichtigen. (...)

Dokumente der BRK