

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 29. März 2005 [BRK 2004-018])

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibung. Treu und Glauben. Nichteintreten. Nichtigkeit. Gleichbehandlungsgrundsatz. Diskriminierungsverbot.

Art. 29, Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB.

- Unmittelbare Anfechtung von Mängeln der Ausschreibung. Rügen gegen Anordnungen in der Ausschreibung, deren Bedeutung und Tragweite bereits hinreichend bestimmt waren, müssen gemäss der Rechtsprechung der Rekurskommission (sowie aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben) unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht werden und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung (E. 2b, 3a).

- Nichtigkeit von Verfügungen. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels Nichtigkeit vorliegt (E. 3b/aa). Vorliegend ist in der Ausschreibungsanforderung, wonach die Datenerfassung in der Schweiz ausgeführt werden müsse, keine schwere Verletzung des Diskriminierungsverbots bzw. des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss BoeB und ÜoeB und somit keine Nichtigkeit der Ausschreibung zu sehen (E. 3b/bb).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Possibilité d'attaquer de manière indépendante l'appel d'offres. Bonne foi. Irrecevabilité. Nullité. Principe de l'égalité de traitement. Interdiction de discriminer.

Art. 29, art. 1 al. 2, art. 8 al. 1 let. a LMP.

- Recours immédiat contre les vices de l'appel d'offres. Des griefs contre des prescriptions figurant dans l'appel d'offres, dont le sens et la portée étaient déjà suffisamment déterminés, doivent selon la jurisprudence de la Commission de recours (ainsi qu'en vertu du principe de la bonne foi) être invoqués directement dans le cadre d'un recours contre la décision d'appel d'offres et non pas seulement au moment d'un recours contre la décision d'adjudication (consid. 2b, 3a).

- Nullité de décisions. Exceptionnellement, il est encore possible de soulever même des griefs en principe tardifs, s'il y a nullité en raison de la gravité du vice en question (consid. 3b/aa). En l'espèce, la condition qui figure dans l'appel d'offres, selon laquelle la saisie de données doit avoir lieu en Suisse, ne peut pas être considérée comme une violation grave ni de l'interdiction de discriminer, ni du principe de l'égalité de traitement au sens de la LMP et de l'AMP et il n'y a dès lors pas nullité de l'appel d'offres (consid. 3b/bb).

Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione aperta. Impugnabilità indipendente del bando di concorso. Buona fede. Non entrata nel merito. Nullità. Principio della parità di trattamento. Divieto di discriminazione.

Art. 29, art. 1 cpv. 2, art. 8 cpv. 1 lett. a LAPub.

- Impugnazione diretta di vizi del bando di concorso. Secondo la giurisprudenza della Commissione di ricorso (come pure sulla base della buona fede), le contestazioni contro prescrizioni contenute nel bando di concorso, il cui significato ed estensione erano già stati sufficientemente determinati, devono essere presentate nel quadro di un'impugnazione della decisione di bando di concorso e non solo al momento del ricorso contro la decisione di aggiudicazione (consid. 2b, 3a).

- Nullità di decisioni. In linea di principio, a titolo eccezionale possono essere presentati anche reclami tardivi, se sulla base della gravità del vizio vi è nullità (consid. 3b/aa). Nella fattispecie, la condizione del bando di concorso, secondo cui la raccolta di dati deve essere eseguita in Svizzera, non costituisce una violazione grave del divieto di discriminazione rispettivamente del principio della parità di trattamento secondo la LAPub e l'AAP e quindi non vi è nullità del bando di concorso (consid. 3b/bb).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Das Bundesamt für Statistik schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; ...) einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel «PISA 2006 - Kodierung und Datenerfassung» im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziff. 4.2 der Ausschreibung wurde unter dem Titel «Geschäftsbedingungen» festgehalten, dass aus logistischen Gründen und Gründen des Datenschutzes die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen. Neben anderen Interessenten forderte auch die X. GmbH am 27. August 2004 die Ausschreibungsunterlagen an. Den Interessenten - unter anderem auch der X. GmbH - wurde vom Bundesamt für Statistik der Katalog mit den eingegangenen Fragen und den Antworten per E-Mail zugesendet. Innert Frist gingen bei der Vergabestelle fünf Angebote ein, wobei die X. GmbH keine Offerte einreichte. Das Bundesamt für Statistik erteilte den Zuschlag an die B. SA, der Zuschlag wurde im SHAB veröffentlicht.

B. Mit Eingabe vom (...) erhebt die X. GmbH (Beschwerdeführerin) gegen die Erteilung des Zuschlags Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Sie beantragt, das Ergebnis der Ausschreibung sei als nichtig zu erklären und das Vergabeverfahren sei in solcher Form erneut durchführen zu lassen, dass daran ausländische Bieter gegenüber inländischen ohne Benachteiligung teilnehmen können. Zur Begründung ihres Begehrens führt sie im Wesentlichen an, durch die zwingende Vorschrift einer Durchführung innerhalb der Schweiz würden ausländische Bieter gegenüber schweizerischen massgeblich benachteiligt. Bei gegenüber ausländischen Bietern neutralen Ausschreibungsbedingungen hätte die Beschwerdeführerin gute Aussichten auf eine Zuschlagserteilung gehabt.

C. Das Bundesamt für Statistik stellt in seiner Vernehmlassung die Anträge, das Verfahren sei auf die Eintretensfrage zu beschränken und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In der ausschliesslich den Hauptantrag betreffenden Stellungnahme bringt die Vergabebehörde vor, dass die Beschwerdeführerin die Ausschreibung selbständig mittels Beschwerde hätte anfechten können, dies aber nicht getan habe. Die Bedingung, dass die Arbeiten in der Schweiz auszuführen sind, sei bereits in der Ausschreibung enthalten gewesen und habe sich nicht erst aus dem Antwortenkatalog ergeben. Somit sei die Rüge der Beschwerdeführerin verwirkt. Zudem fehle es an der Legitimation, da die Beschwerdeführerin keine Offerte eingereicht habe und folglich durch den Zuschlag nicht beschwert sei.

D. Der Präsident der Rekurskommission beschränkt das Verfahren vorerst auf die Eintretensfrage.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Die Vergabebehörde beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil die Beschwerdeführerin die Rüge in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen.

a. Art. 29 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) bezeichnet die durch Beschwerde selbständig anfechtbaren Verfügungen. Es sind dies der Zuschlag oder der Abbruch des Vergabeverfahrens, die Ausschreibung des Auftrags, der Entscheid über die Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren, der Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Art. 11 BoeB sowie der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis im Rahmen eines Prüfungssystems.

b. Beschwerdegründe, welche gegen eine selbständig anfechtbare Verfügung hätten vorgebracht werden können, können im Beschwerdeverfahren gegen eine spätere Verfügung im Sinne von Art. 29 BoeB unter Umständen nicht mehr gerügt werden (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.38 E. 3 mit Hinweisen). Es müssen jedoch nach der Rechtsprechung der BRK einzig diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung unmittelbar angefochten werden, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Als Beispiele können Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Zulässigkeit und Rechtsformen von Bietergemeinschaften, Teilangeboten und Varianten, Losbildung oder Verfahrenssprache genannt werden. Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich nicht nur aufgrund von Art. 29 BoeB, sondern auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich auch die Anbietenden zu verhalten haben (zu diesem Grundsatz vgl. auch BGE 130 I 246 E. 4.3). Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar sind und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, jedenfalls erhalten. Dabei kann es sich insbesondere um Regelungen betreffend den Gegenstand der Beschaffung oder die Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. Teile davon handeln. Solche für das Vergabeverfahren grundlegende Punkte werden in der öffentlichen Ausschreibung häufig nur rudimentär und stichwortartig aufgeführt und ihre tatsächliche Bedeutung wird erst zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen (Leistungsbeschreibungen und -verzeichnisse, Pflichtenhefte usw.) vollumfänglich erkennbar und beurteilbar. Daraus darf den Interessenten kein Rechtsverlust erwachsen (Entscheide der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 3d/cc mit Hinweisen und vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in VPB 68.66 E. 1 f.).

3. Die Beschwerdeführerin ficht den an die B. SA erteilten Zuschlag mit der Begründung an, dass im vorliegenden Vergabeverfahren ausländische Anbieter gegenüber schweizerischen Bietern massgeblich benachteiligt würden. Sie habe den Antworten der Vergabebehörde auf die Fragen der Anbieter entnommen, dass die Datenerfassung der PISA[24]-Erhebungsdaten zwingend in der Schweiz durchgeführt werden müsse. Die Vergabebehörde ihrerseits erachtet diese Rüge als verwirkt. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde sei die Bedingung, dass die Arbeiten in der Schweiz auszuführen sind, bereits klar und unmissverständlich in der Ausschreibung (Ziff. 4.2) enthalten gewesen und habe sich nicht erst aus dem Antwortenkatalog ergeben, welcher den interessierten Firmen (...) zugestellt worden war. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Kritik hätte daher gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden müssen (...).

a. In der öffentlichen Ausschreibung (...) findet sich unter dem Titel «Andere Informationen» die Ziff. 4.2 folgenden Wortlautes:

«Geschäftsbedingungen: Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge.

Aus logistischen Gründen und Gründen des Datenschutzes müssen die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden.»

Im Frage- und Antworten-Katalog des Bundesamtes für Statistik vom (...) findet sich folgende Frage mit zugehöriger Antwort:

«Dürfen ausländische Mitarbeiter unserer ausländischen Tochtergesellschaft für die Datenerfassung eingesetzt werden?»

«Wenn folgende Voraussetzungen erfüllt werden:

- Die Datenerfassung findet in der Schweiz statt.

- Die Mitarbeiter erhalten für die beschriebene Arbeitsperiode einen Arbeitsvertrag, der den Bestimmungen des Schweizerischen Arbeitsgesetzes (ArG) sowie des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) zugrunde liegt.

- Sehr gute Deutschkenntnisse.»

Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, (erst) aus dieser Antwort erfahren zu haben, dass die Datenerfassung in der Schweiz durchgeführt werden muss. Dieser Darstellung kann jedoch nicht gefolgt werden, denn die fragliche Anforderung ergibt sich nach objektiver Betrachtungsweise bereits aus der Formulierung in Ziff. 4.2 der Ausschreibung, wonach «die Arbeiten innerhalb der Schweiz ausgeführt werden müssen». Die Bedeutung und Tragweite dieser «Geschäftsbedingung» war für die Interessenten durchaus erkennbar (vgl. oben E. 2b). Insbesondere konnte sich die von der Beschwerdeführerin gerügte allfällige Rechtswidrigkeit bereits aus dieser Anordnung in der Ausschreibung selbst ergeben; die Problematik der allfälligen Benachteiligung ausländischer Anbieter wurde jedenfalls bereits durch die genannte Umschreibung in der Ausschreibung aufgeworfen und die Beschwerdeführerin hätte diese unmittelbar anfechten können und müssen. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass die fragliche Passage der Ausschreibung zu wenig bestimmt war, so dass deren Bedeutung erst aufgrund des Frage- und Antworten-Katalogs erkennbar geworden wäre. Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass der Dienstleistungsauftrag zwei Aufgabenbereiche erfasste, nämlich die Kodierung und die Erfassung (Datenerfassung) der Antworten des Testmaterials. Dass mit dem Begriff «die Arbeiten» die Datenerfassung ebenso gemeint war, ist demnach mühe-los ersichtlich. Die Anordnung war somit ausreichend bestimmt, um gemäss der Rechtsprechung der BRK zu verlangen, dass die fragliche Rüge unmittelbar im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsverfügung vorgebracht wird und nicht erst in einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Diese Verpflichtung ergibt sich ebenfalls aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher auch die Anbieter bindet (oben E.

2b). Die Beschwerdeführerin verhält sich treuwidrig, wenn sie vorerst eine ihrer Meinung nach rechtswidrige Ausschreibungsanforderung unangefochten lässt, obwohl sie den geltend gemachten Mangel ohne weiteres bereits hätte erkennen können, und sodann erst im Rahmen des Zuschlags Beschwerde erhebt mit der Begründung, die fragliche Anforderung sei unzulässig - dies im Übrigen ohne selbst eine Offerte eingereicht zu haben. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge hätte im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen und erweist sich vorliegend als nicht rechtzeitig erfolgt. In der vorliegenden Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung ist die Berufung auf diesen Beschwerdegrund grundsätzlich unzulässig (oben E. 2b).

b.aa. Vorbehalten bleibt die Frage einer allfälligen Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung. Ausnahmsweise können auch grundsätzlich verspätete Rügen noch vorgebracht werden, wenn sich aufgrund der Schwere des betreffenden Mangels eine Nichtigkeit ergibt (Entscheidung der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 3d/aa, vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4, vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63 E. 3). Dieser Vorbehalt der Nichtigkeit wurde von der BRK in den zitierten Entscheidungen zwar jeweils erwähnt, nähere Ausführungen dazu, wann allenfalls eine Nichtigkeit vorliegen könnte, wurden jedoch nicht gemacht. Es sind diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit von Verfügungen heranzuziehen.

Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel nur zu deren Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit. Die Nichtigkeit bildet lediglich die Ausnahme. Vorausgesetzt wird ein schwerwiegender Rechtsfehler wie schwere Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler oder gravierende inhaltliche Mängel. Weiter muss der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich (BGE 122 I 99 E. 3a/aa, BGE 118 Ia 340 E. 2a, BGE 116 Ia 219 E. 2c; VPB 68.25 E. 2.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 955 ff.).

bb. Die Beschwerdeführerin verlangt zwar in ihrem Rechtsbegehren die Ausschreibung sei als «nichtig» zu erklären; worin der die Nichtigkeit begründende schwere Mangel liegen soll, wird indes nicht näher ausgeführt (wobei mit dem Wort «nichtig» allenfalls auch schlicht die Ungültigkeit gemeint sein könnte). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin würden ausländische Anbieter durch die Einschränkung massgeblich benachteiligt und sie stellt ein «widerrechtliches, wettbewerbsbehinderndes, protektionistisches Verhalten» fest. Sie beruft sich somit zur Begründung der Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit auf das Diskriminierungsverbot bzw. den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Bei den genannten Grundsätzen handelt es sich durchaus um grundlegendste Prinzipien des Vergaberechts. Das des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb, SR 0.632.231.422) und das BoeB verpflichten die Beschaffungsstellen, die Anbieter in gerechter und nichtdiskriminierender Weise auszuwählen und halten ausdrücklich die Gleichbehandlung der Anbieter im Submissionsverfahren des Bundes fest (Art. III Ziff. 1 und 2, Art. VII Ziff. 1 sowie Art. X Ziff. 1 Üoeb; Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB). Anbieter aus Vertragsstaaten dürfen gegenüber Anbietern aus andern Vertragsstaaten nicht diskriminiert werden (Art. III Ziff. 1 Bst. a und b Üoeb, vgl. auch Art. VIII Bst. b Üoeb). Der Auftraggeber hat in allen Phasen des Verfahrens die Gleichbehandlung der in- und ausländischen Anbieter zu gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 193). Zur Begründung der Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung müssten diese Grundsätze jedoch in schwerwiegender Weise verletzt worden sein. Gerade bei inhaltlichen Fehlern ist die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen mit ausserordentlich

schwer wiegenden Mängeln zu bejahen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 981). In der vorliegend zur Diskussion stehenden Ausschreibungsanforderung ist keine solche schwere Verletzung des Gleichbehandlungsgebots oder des Diskriminierungsverbotes zu sehen, so werden ausländische Anbieter insbesondere nicht generell ausgeschlossen, es wird von ihnen «nur» verlangt, dass sie die Datenerfassung in der Schweiz ausführen. Ob die fragliche Bestimmung in der Ausschreibung die genannten Prinzipien verletzt, kann offen bleiben, die Ausschreibungsverfügung kann aufgrund des geltend gemachten Mangels jedenfalls nicht als nichtig bezeichnet werden.

c. Zusammenfassend kann der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Beschwerdegrund in der vorliegenden Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid nicht mehr vorgebracht werden und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Unter diesen Umständen erübrigt sich die Prüfung der von der Vergabebehörde aufgeworfenen Frage, ob die Beschwerdeführerin, die keine Offerte eingegeben hat, zur Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung überhaupt legitimiert sein könne (...). (...)

[24] «Programme for International Student Assessment» (Anm. der Redaktion).

Dokumente der BRK