

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. April 2005 [BRK 2005-001])

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Beschwerdelegitimation. Aufschiebende Wirkung.

Art. 28 Abs. 1 und 2 BoeB. Art. 55 und Art. 48 Bst. a VwVG.

- Das Ausscheiden einer Gesellschaft aus einer Arbeitsgemeinschaft hat zur Folge, dass die Beschwerdelegitimation der übrigen Gesellschafter entfällt. Die Veränderung einer Bietergemeinschaft stellt eine unzulässige nachträgliche Offertänderung dar (E. 3b, 3c).

- Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden, da die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage zum Schluss führt, dass auf die Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten werden dürfte bzw. das Beschwerdeverfahren infolge Wegfalls des Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos abgeschlossen werden müsste. (E. 2c, 3e).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Qualité pour recourir. Effet suspensif.

Art. 28 al. 1 et 2 LMP. Art. 55 et art. 48 let. a PA.

- Si une société quitte un consortium, cela entraîne la perte de la qualité pour recourir des autres membres. La modification d'une communauté de soumissionnaires constitue une modification postérieure de l'offre, qui ne peut pas être admise (consid. 3b, 3c).

- Il ne peut pas être donné suite à la requête d'effet suspensif, étant donné qu'il ressort de l'appréciation prima facie du dossier que le recours devrait être déclaré irrecevable faute de qualité pour recourir des requérantes, respectivement que la cause, devenue sans objet suite à la disparition de l'intérêt digne de protection, devrait être rayée du rôle (consid. 2c, 3e).

Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione aperta. Legittimazione ricorsuale. Effetto sospensivo.

Art. 28 cpv. 1 e 2 LAPub. Art. 55 e art. 48 lett. a PA.

- L'uscita di una società da un consorzio comporta la perdita della legittimazione ricorsuale per gli altri membri. La modifica di una comunità di offerenti costituisce una modifica a posteriori dell'offerta, che non può essere ammessa (consid. 3b, 3c).

- Non può essere accolta la richiesta di concessione dell'effetto sospensivo, poiché la valutazione prima-facie sulla base dell'incarto porta alla conclusione che non si potrebbe entrare nel merito a causa della mancanza di legittimazione al ricorso delle ricorrenti rispettivamente la procedura di ricorso dovrebbe essere dichiarata priva d'oggetto a causa del venire meno dell'interesse degno di protezione (consid. 2c, 3e).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) schrieb die Alptransit Gotthard AG unter dem Projekttitel «Los 151, Tunnel Erstfeld» den Auftrag für die Tunnelbauarbeiten (...) im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziff. 3.7 der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1 bis 5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 bis 4 gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die ARGE X., bestehend aus der A. GmbH, der B. AG und der D. AG, reichte fristgerecht eine Offerte für die Tunnelbauarbeiten ein. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 teilte die Alptransit Gotthard AG der ARGE X. mit, dass sie im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt werden könne, da sie weder den in den Kriterien 1 und 2 geforderten Mindestwert von 3.0 Punkten noch den geforderten Zielwert von 360 Punkten erreicht habe.

B. Mit Eingaben vom 11. und 21. Januar 2005 erheben die A. GmbH, die B. AG und die D. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Sie beantragen, der Entscheid der Alptransit Gotthard AG vom 22. Dezember 2004 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Offerte der Beschwerdeführerinnen in die Gesamtwertung aller Angebote bezüglich des Zuschlags einzubeziehen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, das Vergabeverfahren bis zur Rechtskraft des Entscheides über die vorliegende Beschwerde provisorisch unter Einbezug der Beschwerdeführerinnen weiterzuführen und dabei deren Gleichbehandlung zu gewährleisten. Namentlich seien ihnen alle den übrigen Anbietern zugegangenen Informationen zur Kenntnis zu bringen, ihr Angebot sei in gleicher Weise zu bereinigen und es seien mit ihnen entsprechende Verhandlungen wie mit den übrigen Anbietern zu führen. (...)

C. Mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D. Mit Schreiben vom 1. Februar 2005 teilen die Beschwerdeführerinnen mit, dass die B. AG gleichentags in Deutschland Insolvenz angemeldet habe. Die Alptransit Gotthard AG beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 2005, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Der Beschwerdegegnerin sei zu gestatten, das Vergabeverfahren ohne die ausgeschlossenen Beschwerdeführerinnen weiterzuführen (exkl. Vertragsabschluss). Der Beschwerde sei in diesem Sinne keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit Eingabe vom 28. Februar 2005 die Durchführung einer mündlichen, parteiöffentlichen Sitzung und nehmen zum Fortbestehen ihrer Eignung Stellung.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

c. Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht. Über solche Begehren verfahrensrechtlicher Art befindet die Rekurskommission ohne Durchführung einer (parti-)öffentlichen Verhandlung.

2.a. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann von der Rekurskommission auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.

b. Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen des Beschwerdeführers, öffentliche Interessen des Auftraggebers sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen (BGE 117 V 191 E. 2b, BGE 110 V 45 E. 5b, BGE 106 Ib E. 2a, BGE 105 V 268 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1800 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, Bern 1991, S. 443). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Zwischenentscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 658).

c. Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde Erfolgsschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (André Moser, in: Moser/Üebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.21 mit Hinweisen; Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c).

3.a. Die B. AG ist auf Grund des von ihr am 1. Februar 2005 in die Wege geleiteten Insolvenzverfahrens sowie des ARGE-Vertrags aus der ARGE X. ausgeschieden. In der ARGE X. verbleiben die A. GmbH und die D. AG (...). Es stellt sich damit vorab die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen überhaupt noch beschwerdelegitimiert sind.

b. Im Bereich des BoeB ist u. a. beschwerdelegitimiert, wer bei einem öffentlichen Vergabeverfahren nicht berücksichtigt oder ausgeschlossen worden ist (Art. 48 Bst. a VwVG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 BoeB). Handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft, so kann nach der Rechtsprechung der Rekurskommission grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert sind (Entscheid der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29 E. 1b; André Moser, Rechtsprechung: Entschieden und Unentschiedenes, in Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 84 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; ferner André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/1999 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 684; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 640). Das nachträgliche Ausscheiden eines Konsortianten einer Arbeitsgemeinschaft stellt nämlich eine wesentliche Änderung des Angebots dar. Das Angebot umfasst nicht nur das Versprechen einer

konkreten Leistung zu einem bestimmten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbietet es daher, eine Anbietergemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder Austausch einzelner ihrer Mitglieder (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2003 [VB.2003.00032], E. 2). Das Ausscheiden eines Konsortianten hat damit zur Folge, dass die Legitimation der übrigen Gesellschafter zur Anfechtung des Vergabeentscheides entfällt. Denn diese könnten selbst bei einer Gutheissung der Beschwerde allein nicht den Zuschlag erhalten, weil sie allein keine Offerte eingereicht haben (Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 17. August 1998; Moser, Rechtsprechung 1998/1999, S. 684).

c. Im vorliegenden Fall reichten die A. GmbH, die B. AG und die D. AG als Bietergemeinschaft am 19. Oktober 2004 ein Angebot für das Los 151 ein. Vorgesehen waren folgende Beteiligungen (in%): A. GmbH 50%, B. AG 45%, D. AG 5% (...). In Bezug auf die Organisation bzw. das Führungspersonal war vorgesehen, dass die B. AG den Technischen Leiter sowie einen der beiden Baustellenleiter stellen würde (...). Angesichts einer Beteiligung an der ARGE zu 45% hat das Ausscheiden der B. AG in jedem Fall eine erhebliche Veränderung des Angebots zur Folge, müsste deren Leistungsanteil doch durch die beiden verbleibenden Gesellschafterinnen übernommen werden, was ohne eine - jedenfalls teilweise - nachträgliche Anpassung des Angebots, z. B. beim Schlüsselpersonal, nicht möglich ist. Mithin stellt nicht nur das Ausscheiden der B. AG als solches eine unzulässige nachträgliche Offertänderung dar, sondern das ursprüngliche technische Angebot müsste überdies überarbeitet und an die geänderten Verhältnisse angepasst werden, um anhand der Zuschlagskriterien (neu) bewertet werden zu können. Aus diesem Grund kommen die Beschwerdeführerinnen auch für den Fall, dass sich ihre gegen den Ausschluss erhobene Beschwerde als begründet erweisen sollte, für den Zuschlag nicht mehr in Frage, weshalb ihnen jedenfalls im heutigen Zeitpunkt in Bezug auf den Beschwerdeantrag 2 (Einbezug ihres Angebots in die Gesamtbewertung aller Angebote bezüglich des Zuschlags) ein Rechtsschutzinteresse offensichtlich fehlt.

d. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich für ihre Beschwerdelegitimation auf einen Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001 (veröffentlicht in VPB 65.78 E. 1b/cc). Die Rekurskommission hat in diesem Entscheid festgehalten, der Rückzug eines Konsortiumsmitgliedes vor dem Zuschlag schliesse es nicht aus, dass der Zuschlag der Bietergemeinschaft, welche sich aus den verbleibenden Mitgliedern zusammensetzt, erteilt werde, sofern ohne zusätzliche Prüfung offensichtlich sei, dass diese die Eignungskriterien nach wie vor erfüllten. Im konkret zu beurteilenden Fall, der ein selektives Vergabeverfahren betraf, war der Rückzug (Ausstieg des einen Partners einer Kollektivgesellschaft) nach erfolgter Einreichung des Teilnahmeantrags erfolgt, wurde der Vergabebehörde aber nicht rechtzeitig zur Kenntnis gebracht, weshalb die Bietergemeinschaft in der ursprünglichen Zusammensetzung für das weitere Verfahren selektiert wurde. Da die Änderung in der Zusammensetzung der

Bietergemeinschaft indes bereits auf Stufe Eignungsprüfung, also noch vor der Abgabe des Angebots erfolgt ist, lag eine nachträgliche Offertänderung in jenem Fall nicht vor. Hinzu kommt, dass es im vorliegenden Fall keineswegs ohne zusätzliche Prüfung offensichtlich ist, dass die Bietergemeinschaft auch in der reduzierten Form die Eignungskriterien nach wie vor erfüllt.

Als für den vorliegenden Fall ebenfalls nicht einschlägig erweist sich das von den Beschwerdeführerinnen angerufene Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2000 (2P.4/2000), ging es dort doch nur um das Fortbestehen eines Interesses an der Feststellung der behaupteten Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheides (vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 640 und den Hinweis in Anm. 1324; ferner Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2004 [2P.111/2003], E. 1.1, wo das Bundesgericht festhält, den Erhalt des entgangenen Zuschlags könnten nur alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft gemeinsam verlangen).

e. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass die Rekurskommission nach dem Ausscheiden der B. AG aus der Arbeitsgemeinschaft X. auf die vorliegende Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführerinnen nicht eintreten darf bzw. das Beschwerdeverfahren infolge Wegfalls des Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden abzuschreiben hat (vgl. VPB 65.118 E. 1.2 mit Hinweisen). Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge (vgl. vorne E. 2c). Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden.

4. (...)

Dokumente der BRK