

Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2005 [BRK 2005-002]

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Dienstleistungsauftrag für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrolle im öffentlichen Verkehr. Eignungskriterien. Zuschlagskriterien. Eignungsprüfung.

Art. 6 Abs. 1 Bst. b, Art. 9 Abs. 2, Art. 21 BoeB. Art. 15 Bst. b VoeB. Art. II Ziff. 5 Bst. b ÜoeB.

- Schwellenwert. Bei einem Auftrag mit unbeschränkter Laufzeit ohne Angabe eines Gesamtpreises wird im Sinne von Art. II Ziff. 5 Bst. b ÜoeB für die Berechnung des Auftragswerts die jährliche Rate auf vier Jahre aufgerechnet (E. 1a).

- Bei dem in der Ausschreibung als Zuschlagskriterium bezeichneten Kriterium der Unabhängigkeit des Anbieters zu Eisenbahnverkehrsunternehmen handelt es sich richtigerweise um ein Eignungskriterium, denn es bezieht sich auf eine Eigenschaft, die der Offerent aufweisen soll. Die Unabhängigkeit ist kein Merkmal des Angebots und kein Kriterium zur Ermittlung des günstigsten Angebots, mithin kein Zuschlagskriterium (E. 3a/cc).

- Eignungsprüfung. Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (SBB) als Zuschlagsempfängerin erfüllen das Unabhängigkeitskriterium nicht. Es besteht keine Unabhängigkeit zwischen den SBB und deren Tochtergesellschaft, der SBB Cargo AG, welche im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrages ebenfalls kontrolliert werden muss. Der Zuschlag an die SBB ist aufzuheben (E. 3b).

Marché public en procédure ouverte. Marché de services relatif à l'examen de wagons et au contrôle du transport de marchandises dangereuses par les transports publics. Critères de qualification. Critères d'adjudication. Examen de la qualification.

Art. 6 al. 1 let. b, art. 9 al. 2, art. 21 LMP. Art. 15 let. b OMP. Art. II ch. 5 let. b AMP.

- Valeur seuil. Pour un marché de durée indéterminée et qui ne prévoit pas expressément de prix total, la valeur du marché est calculée au sens de l'art. II ch. 5 let. b AMP en prenant en considération les acomptes dus sur quatre ans (consid. 1a).

- Le critère de l'indépendance du soumissionnaire par rapport aux entreprises de transport ferroviaire que l'appel d'offres désigne comme critère d'adjudication constitue en réalité un critère de qualification, car il se rapporte à une qualité que le soumissionnaire doit présenter. L'indépendance n'est ni une caractéristique de l'offre ni un critère permettant de définir l'offre la plus avantageuse, et ne constitue dès lors pas un critère d'adjudication (consid. 3a/cc).

- Examen de la qualification. Les Chemins de fer fédéraux suisses CFF (CFF) ne remplissent pas, en tant qu'adjudicataire, la condition de l'indépendance. Il n'existe pas d'indépendance entre les CFF et leur société-fille, SBB Cargo SA, qui doit également être contrôlée dans le cadre du marché ayant fait l'objet de l'appel d'offres. L'adjudication aux CFF doit être annulée (consid. 3b).

Acquisto pubblico nella procedura di aggiudicazione aperta. Appalto per esami di vagoni e controllo di merci pericolose nel trasporto pubblico. Criteri di idoneità. Criteri di aggiudicazione. Esame dell'idoneità.

Art. 6 cpv. 1 lett. b, art. 9 cpv. 2, art. 21 LAPub. Art. 15 lett. b OAPub. Art. II n. 5 lett. b AAPub.

- Valore soglia. Nel caso di un appalto di durata indeterminata senza indicazione del prezzo totale, per il calcolo del valore dell'appalto ai sensi dell'art. II n. 5 lett. b AAPub si considera l'acconto annuale moltiplicato per quattro anni (consid. 1a).

- Per quanto riguarda il criterio dell'indipendenza dell'offerente da aziende ferroviarie, definito come criterio di aggiudicazione nel bando di concorso, si tratta in realtà di un criterio di idoneità, poiché si riferisce ad una qualità dell'offerente. L'indipendenza non è una caratteristica dell'offerta e nemmeno un criterio per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa, per cui non è un criterio di aggiudicazione (consid. 3a/cc).

- Esame dell'idoneità. Le Ferrovie federali svizzere FFS (FFS), che si sono aggiudicate l'appalto, non soddisfano la condizione di indipendenza. Non vi è indipendenza fra le FFS e la loro società figlia, la FFS Cargo SA, che deve pure essere controllata nel quadro dell'appalto messo a concorso (consid. 3b).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Das Bundesamt für Verkehr (BAV) publizierte im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) unter dem Projekttitel «Experten für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrolle im öffentlichen Verkehr» einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren. Gemäss detailliertem Aufgabenbeschrieb wurden Experten für die fachliche Unterstützung der behördlichen Überwachung von Gefahrguttransporten im öffentlichen Verkehr (insbesondere technische Eisenbahnwagenkontrollen und Wagenprüfungen nach UIC[1] 741-3) gesucht. Neben zwei weiteren Offerenten reichte die Arbeitsgemeinschaft SVTICON, bestehend aus dem Schweizerischen Verein für technische Inspektionen (SVTI) und der X. AG, fristgerecht ihr Angebot ein. Das BAV erteilte den Zuschlag für den fraglichen Dienstleistungsauftrag an die «Schweizerischen Bundesbahnen AG, Infrastruktur (SBB)» und an die Y. AG.

B. Mit Eingabe vom 17. Januar 2005 führt der SVTI (im Folgenden: Beschwerdeführer) Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an die SVTICON, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Weiter wird unter anderem beantragt, es sei Akteneinsicht zu gewähren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei eine parteiöffentliche Verhandlung durchzuführen.

C. Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D. Mit Vernehmlassung vom 8. Februar 2005 stellt das BAV den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Im Zusammenhang mit dem Begehren um aufschiebende Wirkung schlägt das BAV eine Übergangslösung vor, indem das BAV im freihändigen Verfahren einen Vertrag unterhalb des

Schwellenwerts von Fr. 50'000.- abschliesst, welcher auf den Zeitpunkt des Entscheides der Rekurskommission über die vorliegende Beschwerde befristet wird. (...)

E. Mit Zwischenverfügung der BRK vom 15. Februar 2005 wird das BAV im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ermächtigt, mit den Schweizerischen Bundesbahnen SBB (SBB) und der Y. AG einen mit Bezug auf den Auftragswert Fr. 50'000.- nicht übersteigenden und auf den Zeitpunkt des Sachentscheides im vorliegenden Beschwerdeverfahren befristeten Vertrag abzuschliessen. Im Übrigen wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Beschwerdeführer das Akteneinsichtsrecht in dem Sinn gewährt, als ihm sowie den SBB und der Y. AG je eine Kopie der Unterlagen betreffend Auswertung der Offerten durch das BAV zugestellt wird. (...)

F. Anlässlich der Verhandlung vom 20. Mai 2005 machen die Parteien ergänzende Ausführungen zum Sachverhalt und wiederholen ihre Anträge.

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. Es liegt ein Dienstleistungsauftrag vor nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB (vgl. Ziff. 14 der Positivliste in Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB], SR 172.056.11 bzw. Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoeB], SR 0.632.231.422).

Der für eine Unterstellung von Dienstleistungsaufträgen unter das BoeB massgebende Schwellenwert beträgt Fr. 248'950.- (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB und AS 2003 4257). Auszugehen ist dabei von den von der Vergabestelle geschätzten Kosten (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 142). Zur Berechnung des Auftragswertes mehrjähriger Verträge bestimmt Art. II Ziff. 5 ÜoeB: Bei Beschaffungen von Waren oder Dienstleistungen in Form von Leasing, Miete oder Miet-Kauf oder bei Beschaffungen ohne Angabe eines Gesamtpreises gilt als Grundlage für die Berechnung des Auftragswertes: a) im Falle von Fixzeitverträgen der gesamte Vertragswert bei einer Laufzeit von höchstens zwölf Monaten, oder bei einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten der Gesamtwert, einschliesslich des geschätzten Restwertes; b) im Falle von Aufträgen mit unbeschränkter Zeitdauer die monatliche Rate, multipliziert mit 48 (vgl. auch Art. 15 VoeB sowie Entscheid der BRK vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 3b). Laut Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 1.6) steht für den vorliegenden Auftrag jährlich ein Kostendach von Fr. 80'000.- zur Verfügung und der abzuschliessende Vertrag geht auf unbegrenzte Laufzeit. Gemäss Art. II Ziff. 5 Bst. b ÜoeB ist dieser Betrag auf vier Jahre aufzurechnen und es ergibt sich somit ein geschätzter Auftragswert von Fr. 320'000.- (vgl. auch Publikation des Zuschlags im SHAB vom (...), wonach der Auftrag zu einem Preis von Fr. 320'000.- zugeschlagen worden ist), womit der massgebliche Schwellenwert erreicht ist. Betreffend die Preise der konkreten Angebote sind nur die Stundenansätze, nicht aber der (jährliche) Zeitaufwand bekannt, womit die Gesamtpreise nicht eruiert werden können. Die Zuständigkeit der BRK bzw. die Geltung des BoeB sind jedoch nicht bestritten und es ist davon auszugehen, dass die Vergabebehörde die Schätzung des Auftragswertes richtig vorgenommen hat.

Ein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 3 BoeB ist nicht gegeben. Die streitige Beschaffung untersteht somit dem BoeB und die Rekurskommission ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.b.-d. (...)

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

3. Mit dem vorliegenden Dienstleistungsauftrag suchte das BAV Experten für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrolle im öffentlichen Verkehr zur fachlichen Unterstützung der behördlichen Überwachung von Gefahrguttransporten (insbesondere technische Eisenbahnwagenkontrollen und Wagenprüfungen; ...).

Zur Ausgangslage der Ausschreibung des BAV ist den Vergabeakten das Folgende zu entnehmen: Die SBB (Infrastruktur) überwachen auf ihrem eigenen Infrastrukturnetz im Rahmen der Eigenverantwortung und aufgrund von Selbstkontrollen die Sicherheit der Gefahrguttransporte entsprechend der Ordnung für die internationale Eisenbahnbeförderung gefährlicher Güter (RID; Anlage I zu den Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern [CIM] des Übereinkommens vom 9. Mai 1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr [COTIF], SR 0.742.403.1) und dem UIC Merkblatt 471-3 (welches nur für UIC-Mitglieder verbindlich ist). Für diese Aufgabe betreiben die SBB Infrastruktur die Mobile Gefahrgutequipe (im Folgenden: MGE). Die MGE kontrolliert jährlich ungefähr 1000 Gefahrgutwagen aller Netzbenutzer auf Konformität mit den anwendbaren Normen (RID, UIC usw.) und auditiert Gefahrgutprozesse. Auf dem Netz der Privatbahnen hingegen fehlen systematische Prüfungen. Zur Erfassung des gesamten Bahnnetzes der Schweiz müssen zusätzlich zu den von den SBB durchgeführten jährlich noch ungefähr 100-150 weitere Wagenprüfungen vorgenommen werden. Das BAV benötigt für diese behördliche Überwachung externe fachliche Unterstützung durch ein Expertenteam. Das Prüfprogramm umfasst technische Wagenkontrollen und die vollständige Prüfung der RID Vorgaben gemäss UIC 471-3 sowie die Kontrolle von Gefahrgutprozessen bei Bahnbeförderern und vor- oder nachgelagerten Betrieben. Das Prüfteam steht unter der Leitung eines BAV-Mitarbeiters und arbeitet nach den Vorgaben des BAV (...).

Zusammengefasst besorgen die SBB (Infrastruktur) bzw. die MGE auf ihrem eigenen Netz die nötigen Kontrollen im Gefahrgutbereich im Rahmen der vorgeschriebenen Selbstkontrolle (vorgegeben durch RID, UIC-Merkblatt, welches für die SBB verbindlich ist). Der ausgeschriebene Auftrag zur Unterstützung der behördlichen Überwachung durch das BAV betrifft hauptsächlich das Netz der Privatbahnen (ungefähr 100-150 weitere Wagenprüfungen), auf welchem systematische Prüfungen fehlen. Nach Angaben eines Vertreters des BAV anlässlich der Verhandlung vom 20. Mai 2005 tangiert die Ausschreibung aber auch Überprüfungen auf dem Infrastrukturnetz der SBB; auf diesem würden durch das BAV stichprobenartige Kontrollen durchgeführt (...). Der Zuschlagsempfänger für den vorliegenden Auftrag hat somit die Benutzer des Infrastrukturnetzes der Privatbahnen und teilweise auch die Benutzer des Netzes der SBB zu überprüfen, also namentlich verschiedene Privatbahnen sowie die SBB Cargo AG.

In der Ausschreibung vom 27. August 2004 sowie in den Ausschreibungsunterlagen (...) wurden die Eignungs- und Zuschlagskriterien wie folgt umschrieben:

3.5 Eignungskriterien: Alle wirtschaftlich und technisch leistungsfähigen Firmen, welche die folgenden Kriterien erfüllen, sind aufgerufen, ein Angebot in CHF zu unterbreiten:

- Erfahrung als Experte bei Wagenprüfungen im Bahnbereich
- Kenntnisse im Bereich Transport gefährlicher Güter für die Verkehrsträger Schiene und Strasse

3.7 Zuschlagskriterien:

Priorität 30: Qualifikation der Experten (gleiche Gewichtung der drei Bereiche: Wagenprüfungen nach UIC 471-3, technische Wagenprüfungen, Kontrollen von Gefahrgutprozessen)

Priorität 20: Unabhängigkeit der Anbieterin oder des Anbieters zu Eisenbahnverkehrsunternehmen

Priorität 20: Kenntnisse der Bahnlandschaft im Bereich Transport gefährlicher Güter

Priorität 20: Vorgesehene Auftragserledigung und Verfügbarkeit der Experten

Priorität 10: Preise und Konditionen, Honorarangebot

In Ziff. 1.6 der Ausschreibungsunterlagen wurde das Kriterium der Unabhängigkeit wie folgt erläutert:

Zur Erfüllung des Mandates ist eine weitgehende Unabhängigkeit der Anbieterin oder des Anbieters zu Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche in der Schweiz gefährliche Güter befördern, erforderlich. Es dürfen keine Interessenbindungen bestehen, welche die unabhängige Expertenhaltung in Frage stellt.

Mit Vertragsabschluss verpflichtet sich der Auftragnehmer, während der gesamten Vertragsdauer kein Mandat zu übernehmen und keine Tätigkeit auszuüben, welche die geforderte Unabhängigkeit in Frage stellen könnte.

Zur Überprüfung dieser Unabhängigkeit im Offertverfahren sind dem BAV alle durch die Firma und durch die Experten in den letzten fünf Jahren bearbeiteten Tätigkeiten offen zu legen.

a. Der Beschwerdeführer ist vorab der Auffassung, dass es sich bei dem Erfordernis der Unabhängigkeit entgegen dem Wortlaut der Ausschreibung nicht um ein Zuschlagskriterium, sondern um ein Eignungskriterium handle. Dieses Eignungskriterium werde durch die SBB Infrastruktur nicht erfüllt und der Zuschlag hätte nicht an diese erteilt werden dürfen.

aa. Das fragliche Unabhängigkeitserfordernis figurierte bereits in der Ausschreibung unter den Zuschlagskriterien. Es stellt sich vorab die Frage, ob der Beschwerdeführer diese Rüge mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen.

Nach der Rechtsprechung der BRK müssen 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 245 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 (Leistungsbeschriebe und -verzeichnisse, Pflichtenhefte usw.) vollumfänglich erkenn- und beurteilbar. Daraus darf den Interessenten kein Rechtsverlust erwachsen (Entscheide der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.38 E. 3d/cc mit Hinweisen, vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16 E. 4 und vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in VPB 68.66 E. 1f).

Vorliegend handelt es sich beim in Frage stehenden Unabhängigkeitskriterium nicht um eine Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits genügend erkennbar waren. Die Bedeutung dieses Unabhängigkeitskriteriums hat sich für den Beschwerdeführer erst im Verlaufe des Verfahrens ergeben, mithin durch den Zuschlag an die SBB, deren Unabhängigkeit der Beschwerdeführer anzweifelt. Zudem wurde dieses Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen (...) noch präzisiert. Die (allfällige) Rechtswidrigkeit der Einordnung der Unabhängigkeit unter die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung war nicht ohne weiteres erkennbar. Die genannte Rüge ist folglich im vorliegenden Verfahren zulässig und von der BRK zu prüfen.

bb. Gesetzliche Grundlagen der behördlichen Überwachung im Bereich Transporte gefährlicher Güter, für welche mit vorliegender Ausschreibung fachliche Unterstützung gesucht wird, sind Art. 43 Abs. 2 der Transportverordnung vom 5. November 1986 (TV, SR 742.401), die Verordnung vom 3. Dezember 1996 über die Beförderung gefährlicher Güter mit der Eisenbahn (RSD, SR 742.401.6) und die RID. Zuständige Behörde, Prüfstelle oder anerkannter Sachverständiger im Sinne der RID ist laut Art. 2 RSD das Eidgenössische Gefahrgutinspektorat (EGI) unter Aufsicht des BAV. Anstatt des EGI kann auch ein von ihm im Einvernehmen mit dem BAV bezeichneter Experte die Aufgabe wahrnehmen. In den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wird somit nicht präzisiert, welche Qualitäten die in Art. 2 RSD vorgesehenen und mit in Frage stehender Ausschreibung gesuchten «Experten für Wagenprüfungen und Gefahrgutkontrollen im öffentlichen Verkehr» aufzuweisen haben. Es besteht folglich keine Gesetzesgrundlage für ein Unabhängigkeitserfordernis. Die Qualifizierung dieses Kriteriums sowie die allfällige Überprüfung, ob die Anbieter dieses erfüllen, hat somit allein aufgrund der Formulierung dieses Kriteriums durch das BAV in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen zu geschehen.

cc. Es gilt abzuklären, ob es sich bei dem Kriterium der «Unabhängigkeit der Anbieter zu Eisenbahnverkehrsunternehmen

(EVU)» um ein Eignungs- oder ein Zuschlagskriterium handelt. Das BAV räumt ein, dass das Unabhängigkeitskriterium gemäss Ausschreibung zwei verschiedene Aspekte beinhalte, der eine Aspekt könne als Eignungskriterium gewertet werden, beim anderen handle es sich um ein Zuschlagskriterium. Bei der «weitgehenden Unabhängigkeit von Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche in der Schweiz gefährliche Güter befördern», wie sie in den Ausschreibungsunterlagen umschrieben worden sei, handle es sich tatsächlich um ein Eignungskriterium. Eine «weitergehende Unabhängigkeit» hingegen, welche über die Mitarbeit in einer EVU, welche in der Schweiz Gefahrgut befördert, hinausgehe, sei nur als Zuschlagskriterium anzusehen. Korrekt wäre es gewesen, je ein entsprechendes Eignungskriterium und Zuschlagskriterium zu bezeichnen.

Das in Ziff. 3.7 der Ausschreibung festgelegte Kriterium der Unabhängigkeit von Anbietern zu EVU bezieht sich auf eine Eigenschaft, die der Offerent aufweisen soll. Die Unabhängigkeit von den zu kontrollierenden Unternehmen soll die allgemeine Befähigung des Bewerbers zur Ausführung des Auftrages sicherstellen. In solchen Fällen liegt prinzipiell ein Eignungskriterium vor (...; vgl. auch Entscheid der BRK vom 26. März 2001, veröffentlicht in VPB 65.80 E. 2a, b: wirtschaftliche Unabhängigkeit als Eignungskriterium). Die Unabhängigkeit im Sinne der Ausschreibung ist ein Merkmal des Anbieters und nicht des Angebots bzw. der konkret offerierten Leistung. Sie ist kein Kriterium zur Ermittlung des günstigsten Angebots im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BoeB und eignet sich nicht zur Prüfung des wirtschaftlichen Wertes des Angebots (...). Es handelt sich somit nicht um ein Zuschlagskriterium; liegt die Unabhängigkeit vor, führt dies nicht zur Erhöhung des wirtschaftlichen Werts des Angebots (das Angebot der SBB wäre grundsätzlich mit oder ohne Unabhängigkeit wirtschaftlich gleich interessant), sondern es wird damit ausgewiesen, dass der Auftrag erfüllt werden kann. Somit ist dem Beschwerdeführer und auch dem BAV in ihrer Ansicht beizupflichten, dass die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterium deklarierte weitgehende Unabhängigkeit von Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche in der Schweiz gefährliche Güter befördern, als Eignungskriterium zu qualifizieren ist.

b. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der Zuschlag zufolge Fehlens des Eignungskriteriums der Unabhängigkeit nicht den SBB hätte erteilt werden dürfen. Es könne nicht angehen, dass als Experten für die Unterstützung der behördlichen Überwachung von Gefahrguttransporten ausgerechnet dasjenige Bahnunternehmen beigezogen werde, dessen eigene Gefahrgut transportierenden Eisenbahnwagen mit Abstand den grössten Anteil der zu überprüfenden Eisenbahnwagen ausmachen. Die Division SBB Infrastruktur sei nicht unabhängig vom zu kontrollierenden Unternehmen SBB Cargo AG. Das BAV ist demgegenüber der Ansicht, dass die SBB das Eignungskriterium erfüllen. Die SBB Infrastruktur verfügen als eigenständig geführte Division innerhalb der SBB über eine weitgehende Unabhängigkeit vom zu kontrollierenden Unternehmen SBB Cargo AG.

aa. Zur Organisation der SBB ist das Folgende festzustellen: Unter der Firma Schweizerische Bundesbahnen SBB besteht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 [SBBG], SR 742.31), welche als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen, erbringt (Art. 3 Abs. 1 SBBG). Bei den SBB handelt es sich um einen Konzern, zu welchem auch die «Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG» (mit Sitz in Basel) gehört; diese ist eine 100-Prozent-Tochtergesellschaft der SBB, also eine selbständige juristische Person. Die SBB Cargo AG wird jedoch laut Geschäftsbericht der SBB aus dem Jahre 2004 wie eine Division geführt (vgl. S. 79 des auf dem Internet publizierten Geschäftsberichts 2004 der SBB[2], welcher zudem gleichzeitig Geschäftsbericht der SBB Cargo AG ist). Ansonsten sind die SBB in die drei Divisionen Personenverkehr, Infrastruktur und Immobilien eingeteilt. Die Division SBB Infrastruktur kümmert sich um die Infrastruktur der SBB, in dieser Division ist namentlich die Mobile Gefahrgutequipe (MGE), welche für die Erfüllung des vorliegenden Auftrages vorgesehen ist, angesiedelt. Den Verkehr betreiben die Division Personenverkehr und die SBB Cargo AG (Güterverkehr).

bb. Das Kriterium der Unabhängigkeit verlangt «Unabhängigkeit der Anbieterin oder des Anbieters zu Eisenbahnverkehrsunternehmen» (...) bzw. «weitgehende Unabhängigkeit der Anbieterin oder des Anbieters zu EVU, welche in der Schweiz gefährliche Güter befördern». Es dürfen keine Interessenbindungen bestehen, welche die unabhängige Expertenhaltung in Frage stellen (...). Zu untersuchen ist also, ob die SBB bzw. deren Division Infrastruktur und die MGE unabhängig sind von den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu kontrollierenden EVU, die selbst gefährliche Güter befördern. Die Darstellung des BAV (...), wonach es allein darum gehe, ob die Division Infrastruktur der SBB selbst gefährliche Güter transportiere, ist im Übrigen unzutreffend und widerspricht schon dem Wortlaut des von ihm formulierten Kriteriums «Unabhängigkeit von einer EVU [...]».

Eine der genannten zu kontrollierenden EVU ist namentlich die SBB Cargo AG (vgl. auch oben E. 3 Einleitung). Auch wenn die Division Infrastruktur der SBB und die Tochtergesellschaft der SBB, die SBB Cargo AG, «organisatorisch und rechnerisch» getrennt sind (vgl. auch Art. 62 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [EBG], SR 742.101), gehören sie doch zum selben Konzern und unterstehen derselben Konzernleitung (vgl. auch S. 82 Geschäftsbericht SBB, wonach dem Verwaltungsrat der SBB auch Zuständigkeiten im Bereich Güterverkehr zukommen). Die SBB Infrastruktur (und die MGE) ist eine bloss Division der SBB und hat somit weder juristisch noch organisatorisch eine effektive Selbständigkeit. Die SBB Cargo AG hingegen ist juristisch gesehen eine Tochtergesellschaft der SBB. Dass sie damit in rechtlicher Hinsicht verselbständigt worden ist, ändert jedoch nichts daran, dass sie von der Muttergesellschaft nicht unabhängig ist; dies umso mehr als sie - wie bemerkt - geleitet wird wie eine Division der SBB (Geschäftsbericht 2004 der SBB S. 79). Von Unabhängigkeit der Division SBB Infrastruktur von der SBB Cargo AG kann also nicht die Rede sein (vgl. auch ähnliche Konstellation mit Konzernstrukturen im Entscheid der BRK vom 26.

März 2001, veröffentlicht in VPB 65.80 E. 2b/bb).

Es bestehen infolgedessen sehr wohl Interessenbindungen der SBB (Infrastruktur), welche die unabhängige Expertenhaltung in Frage stellen (...). Ein Zuschlag an die SBB wäre unter zwei Aspekten heikel und könnte zu Interessenkonflikten im Sinne des Unabhängigkeitskriteriums führen. Einerseits müssten die SBB bei der Überwachung der eigenen Tochtergesellschaft (SBB Cargo AG) mitarbeiten und andererseits wäre sie an der Kontrolle ihrer eigenen Konkurrenten (allerdings den Bereich Personenverkehr betreffend, welcher von der Ausschreibung ja nicht berührt wird) sowie namentlich jener der Tochtergesellschaft SBB Cargo AG (Bereich Güterverkehr) beteiligt. Letzterer Problematik, wo namentlich auch Geschäftsgeheimnisse tangiert wären, war sich auch das BAV bewusst. Es wurde betreffend die SBB bzw. die MGE als kritisch angesehen, dass Mitarbeiter der MGE bei einem direkten Konkurrenten der SBB (z. B. Berner Alpenbahn-Gesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon [BLS]) Einblick in die Prozessabläufe erlangen könnten. An der Verhandlung vom 20. Mai 2005 räumten die Vertreter des BAV denn auch ein, dass im Bereich der Themenaudits die Unabhängigkeit der SBB in Frage gestellt und klar sei, dass die Themenaudits nicht mit den Mitarbeitern der

SBB durchgeführt werden könnten (...). Aus diesem Grund wurde neben den SBB beim Zuschlag eine zweite Firma berücksichtigt. Damit werde auch eine zusätzliche Kontrolle von Wagen der SBB Cargo AG ermöglicht, die über jeglichen Anschein von Befangenheit erhaben sei (...).

c. Es ergibt sich, dass die SBB (Infrastruktur) das Eignungskriterium der Unabhängigkeit nicht erfüllen und den SBB mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums der Auftrag nicht hätte zugeschlagen werden dürfen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben. Die Sache ist an die Auftraggeberin zurückzuweisen (Art. 32 Abs. 2 BGE).

Unter diesen Umständen kann die Frage offen gelassen werden, ob bereits die fehlerhafte Ausschreibung - die Bezeichnung eines Eignungskriteriums als Zuschlagskriterium (...) - zur Konsequenz hätte, dass der Zuschlag aufgehoben werden müsste. Nachdem die SBB das Eignungskriterium ohnehin nicht erfüllen, kommen sie als Zuschlagsempfängerin nicht in Frage und der Zuschlag ist schon aus diesem Grund aufzuheben.

d. Das BAV vertritt in seiner Vernehmlassung die Ansicht, das Kriterium der Unabhängigkeit sei richtigerweise in ein Eignungs- und ein Zuschlagskriterium zu unterteilen. Dieser Vorschlag des BAV ist aber für die Überprüfung der Evaluation durch die BRK bzw. eine nochmalige Evaluation durch das BAV nach Rückweisung an dieses von vornherein nicht tauglich, da eine solche Zerteilung den Anbietern vor Offertöffnung hätte zur Kenntnis gebracht werden müssen, damit sie dann bei der Bewertung berücksichtigt werden darf (...). Nachdem nur ein Unabhängigkeitskriterium in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen enthalten war, kann nur dieses in die Evaluation einfließen - vorliegend nach dem Gesagten als Eignungskriterium. Unter diesen Umständen muss nicht geprüft werden, ob die vorgeschlagene Zerteilung überhaupt zulässig wäre. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien grundsätzlich heikel ist und sich die Problematik der unzulässigen Doppelprüfung desselben Kriteriums erstens bei der Eignungsprüfung und zweitens bei der Prüfung der Zuschlagskriterien stellt (vgl. hierzu Entscheide der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 4b, c; vom 30. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.119 E. 4d, e; vom 11. März 2005 i.S. A.T. [BRK 2004-010/011], veröffentlicht in VPB 69.56 E. 2d, e, je mit Hinweisen). Möchte die Vorinstanz im Rahmen der Wiederholung des Verfahrens mit neuerlicher Einladung zur Offertstellung (an die zwei noch übrig bleibenden Anbieter) oder gar neuer Ausschreibung neben dem Eignungskriterium ein solches zusätzliches Zuschlagskriterium definieren, müsste sie dieser Problematik Rechnung tragen.

(...)

[1] «International Union of Railways», Internationaler Eisenbahnverband.

[2] http://212.254.205.12/geschaeftsbericht/pdf/Geschaeftsbericht_d.pdf (Stand: 10. August 2005).