



BRK 2005-010
BRK 2005-011
BRK 2005-012
BRK 2005-013

Der Präsident: André Moser
Die Richter: Peter Galli, Elisabeth Lang
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Entscheid vom 23. November 2005

in Sachen

X. AG, ..., Beschwerdeführerin, vertreten durch ...

gegen

armasuisse, Immobilien, Kompetenzzentrum Boden, Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren)

Sachverhalt:

A.- Die armasuisse Bauten schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 10. Juni 2005 einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen der Armee“ (Projekt Nummer N-A/2223) im selektiven Verfahren öffentlich aus. Die armasuisse ist beauftragt, die Umwelteinwirkungen der Schiessplätze und Schiessanlagen, welche in der Vergangenheit von der Armee genutzt worden sind, in der gesamten Schweiz zu beurteilen. Diese Untersuchungen bilden einen Teil der ausgeschriebenen Vergabe.

Die armasuisse hat die Bearbeitung des Projekts nach Regionen in acht Teilprojekte aufgeteilt. In den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2 des Dokumentes „Kataster der Schiessplätze des VBS: Historische Untersuchungen; Ausschreibung der Arbeiten“) wurde Folgendes festgelegt: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“

Die X. AG bzw. deren Büros in A, B und C haben sich insgesamt für sechs Teilprojekte beworben, das Büro A für die zwei Teilprojekte Nr. 21 und 31 und das Büro B für Nr. 41 und 42. Je mit Schreiben vom 19. Juli 2005 wurde der X. AG bzw. den Büros A und B mitgeteilt, dass das Büro X. AG, C, bereits für das Teilprojekt 13 präqualifiziert worden sei und aus diesem Grund auf die Angebote der Büros A und B für die vier Teilgebiete 21, 31, 41 und 42 nicht mehr eingetreten werden könne.

B.- Mit Eingaben vom 9. August 2005 erhebt die X. AG bzw. ihre beiden Büros A und B mit je zwei Beschwerdeschriften gegen diese Verfügungen der armasuisse Beschwerden bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Beantragt wird die Aufhebung der vier Verfügungen vom 19. Juli 2005 sowie die Präqualifikation des Büros A für die Teilprojekte 21 und 31 und des Büros B für die Teilprojekte 41 und 42. Weiter sei den Beschwerden die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In den Beschwerden wird erklärt, es sei klar, dass das Büro A nur entweder für das Teilprojekt 21 oder 31 und das Büro B nur entweder für Teilprojekt 41 oder 42 präqualifiziert werden könnten. Die insgesamt vier Beschwerden seien vorsorglich und zur Wahrung aller Interessen eingereicht worden. In materieller Hinsicht wird geltend gemacht, die verschiedenen Filialen B, C und A seien im Handelsregister als selbständige Zweigniederlassungen eingetragen und die Büros würden unter eigener Leitung mit eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie eigenen Büroräumlichkeiten geführt. Alle Filialen würden ihren Betrieb in unternehmerischer, wirtschaftlicher, organisatorischer, administrativer und personeller Hinsicht völlig autonom und unabhängig von den anderen Filialbetrieben führen. Namentlich gestützt auf eine Auskunft des Sachbearbeiters der armasuisse, Y., und damit aufgrund von Treu und Glauben vertritt die X. AG die Ansicht, dass jeder Filialbetrieb als selbständiger Anbieter zu betrachten sei und deswegen je eine Filiale präqualifiziert werden könne.

C.- Mit Präsidialverfügung vom 10. August 2005 wird den vier Beschwerden superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Mit Vernehmlassung vom 12. September 2005 beantragt die armasuisse, die Beschwerden sowie die Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien vollumfänglich abzuweisen. In materieller Hinsicht stellt sich die armasuisse auf den Standpunkt, alle sechs Angebote seien als vom gleichen Anbieter stammend zu beurteilen. Nachdem die X. AG (Büro C) bereits für ein Teilprojekt präqualifiziert worden sei, könnten gemäss dem in Ziff. 2.2 der Ausschreibungsunterlagen genannten Grundsatz die anderen Angebote der X. AG nicht mehr be-

rücksichtigt werden. Die behauptete Zusicherung durch einen Sachbearbeiter der armasuisse wird inhaltlich bestritten.

E.- Am 17. November 2005 findet eine parteiöffentliche Verhandlung statt, an welcher Y., Sachbearbeiter bei der armasuisse, und Dr. Z., Projektleiter bei der X. AG (Filiale A), als Parteivertreter zum Inhalt des strittigen Telefongesprächs befragt werden. Nachdem der Präsident der BRK das Instruktionsverfahren geschlossen hat, bestätigen beide Parteien ihre bereits gestellten Rechtsbegehren.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission bzw. anlässlich der parteiöffentlichen Verhandlung vom 17. November 2005 wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- a) Gegen Verfügungen der Auftraggeberin über die Auswahl der Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren ist die Beschwerde an die Rekurskommission, welche endgültig entscheidet, zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. c und Art. 36 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB; SR 172.056.1] sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 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. 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. Es liegt ein Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB vor (vgl. Ziff. 14 der Positivliste in Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB bzw. Anhang 1 Annex 4 ÜoeB). 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 Präqualifikation zuständig.

b) Wie sich noch zeigen wird, handelt es sich beim Büro A der X. AG um eine blosser Zweigniederlassung, welche selbst keine Partei- und Prozessfähigkeit besitzt (unten E. 2a; BGE 120 III 13 E. 1a; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Zürich 2004, S. 603); als Beschwerdeführerin ist vorliegend daher die X. AG als Ganzes anzusehen und nicht die einzelnen Büros A und B.

Als bei der Präqualifikation für die vier in Frage stehenden Teilprojekte nicht berücksichtigte Bewerberin ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheidung der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.68, E. 1b).

c) Die Beschwerdeführerin ist offensichtlich selbst der Auffassung, dass auf zwei der vier Beschwerden nicht einzutreten ist, da sie in ihren Beschwerden erklärt, das Büro A habe entweder Anspruch auf Präqualifizierung für das Teilprojekt 31 oder das Teilprojekt 21 bzw. das Büro B nur für das Teilprojekt 41 oder 42. Entsprechend ist auf je eine der Beschwerden betreffend das Büro A bzw. das Büro B von vorneherein nicht einzutreten. Im Übrigen kann auf die fristgerecht eingereichten Beschwerden eingetreten werden.

d) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG). Mit der Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht offen (Art. 31 BoeB).

e) Die BRK hat im Hinblick auf die vier angefochtenen Verfügungen, welche unabhängig voneinander erlassen worden sind, vier Verfahren eröffnet. Die einzelnen Sachverhalte der vier Beschwerdeverfahren sind indes identisch, und es stellen sich die gleichen Rechtsfragen. Es rechtfertigt sich daher, die vier Verfahren mit den Prozedurnummern BRK 2005-010 bis BRK 2005-013 zu vereinigen (siehe André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.12 mit Hinweisen).

2.- Die Beschwerdeführerin stellt die konkrete Anwendung der in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2 in Vernehmlassungsbeilage 3) enthaltenen Regel in Frage, welche wie folgt lautet: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“ Entgegen dem Standpunkt der armasuisse, wonach alle sechs Bewerbungen der X. AG als vom gleichen Anbieter stammend zu beurteilen seien, ist die Beschwerdeführerin der Meinung, dass jeder Filialbetrieb als Anbieter zu betrachten sei und deswegen je eine Filiale präqualifiziert werden könne.

a) Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche laut den Handelsregisterauszügen der Kantone B, D und C neben dem Hauptsitz in B über Zweigniederlassungen in A und C verfügt.

Der Begriff der Zweigniederlassung wird weder im Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR; SR 220) noch in der Verordnung vom 7. Juni 1937 über das Handelsregister (HRegV;

SR 221.411) umschrieben. Geregelt wird bloss, dass die Aktiengesellschaft nach Art. 642 und Art. 935 Abs. 1 OR berechtigt und verpflichtet ist, ihre Zweigniederlassung in das Handelsregister einzutragen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist unter einer Zweigniederlassung ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt, rechtlich aber Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt; die Zweigniederlassung verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit (BGE 120 III 13 E. 1a, 117 II 87 E. 3; 108 II 124 E. 1 mit Hinweisen; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 603).

b) Umstritten ist vorliegend, wie die fragliche Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2) auszulegen ist. Verfügt eine Gesellschaft - wie die Beschwerdeführerin - über verschiedene, rechtlich unselbständige Standorte ist von vornherein zweifelhaft, ob diese Niederlassungen als eigenständige Anbieter gemäss Ziff. 2.2. der Ausschreibungsunterlagen angesehen werden könnten. Es ist keinesfalls naheliegend, den Begriff „ein Anbieter“ in dem Sinne zu verstehen, dass eine einzige juristische Person mit mehreren Zweigniederlassungen mehreren Anbietern entsprechen soll. Ob in gewissen Fallkonstellationen dies trotzdem der Fall sein könnte, ist vorliegend nicht abschliessend zu prüfen; bei der Beschwerdeführerin mit ihren verschiedenen Büros ist nämlich offensichtlich nicht von verschiedenen „Anbietern“ auszugehen. Die Beschwerdeführerin erscheint mit ihrem Hauptsitz und ihren Zweigniederlassungen als einheitliches Ganzes; so präsentiert sie sich in ihrem Internetauftritt in einer einzigen Homepage und die drei gleichen Geschäftsführer mit Einzelunterschrift sind für alle Niederlassungen der Beschwerdeführerin zuständig. Weiter hinterlassen auch die vier vorliegenden Bewerbungen zur Teilnahme einen einheitlichen Eindruck. Das Firmenportrait (Anhang 1 der Offerten, siehe je Vernehmlassungsbeilage 6), in welchem unter anderem erläutert wird, die X. AG sei ein 25jähriges, unabhängiges Geologie-, Ingenieur- und Planungsunternehmen mit rund 15 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, umfasst (namentlich betreffend die 15 Angestellten) die gesamte Unternehmung inklusive aller drei Standorte (vgl. Aussagen des Vertreters der Beschwerdeführerin an der Verhandlung: Protokoll S. 6). In personeller Hinsicht wurden für das Angebot des Büros A Dr. Z. als Projektleiter und Dr. W. als stellvertretender Projektleiter sowie für die Qualitätssicherung vorgesehen, in der Offerte des Büros B gerade umgekehrt Dr. W. als Projektleiter und Dr. Z. als stellvertretender Projektleiter und für die Qualitätssicherung (S. 4 f. Offerten). Auch wenn als Sachbearbeiter unterschiedliche Personen eingesetzt waren, kann auch bezüglich der Fachkräfte also nicht von eigenständigen, unabhängigen Angeboten gesprochen werden. Ferner sind die Referenzprojekte grösstenteils (drei von fünf) identisch (S. 3 f. Anhang 2 der Offerten). Auch in den übrigen Punkten sind die vier Bewerbungen zur Präqualifikation weitgehend übereinstimmend. Zusammengefasst können die verschiedenen Büros bzw. Geschäftsniederlassungen der Beschwerdeführerin nicht als eigenständige Anbieter im Sinne der Anforderung der Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2, Vernehmlassungsbeilage 7) angesehen werden.

c) Die Beschwerdeführerin versucht ihre Ansicht, wonach die verschiedenen Standorte B, A und C als eigenständige Anbieter im Sinne der Ausschreibungsunterlagen anzusehen seien, zudem auf den Grundsatz von Treu und Glauben abzustützen. Sie macht geltend, aufgrund eines Telefongesprächs eines Vertreters der Beschwerdeführerin (Dr. Z.) mit einem Mitarbeiter der

armasuisse (Y.), berechtigt zu sein, für mehrere Teilprojekte präqualifiziert zu werden. Dieser habe bestätigt, es sei ohne weiteres möglich, dass die Filialbetriebe sich je separat und gleichzeitig für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten bewerben und präqualifizieren könnten, unter der Voraussetzung, dass jeweils andere Arbeits- respektive Fachkräfte für die effektive Ausführung dieser Arbeiten vorgesehen würden. Pro Teilgebiet würde dann aber je nur ein Filialbetrieb (d.h. „ein Anbieter“) qualifiziert (Beschwerden S. 6). Die selbe Darstellung des Telefonsats wiederholte Dr. Z. anlässlich der Verhandlung vom 17. November 2005 (Protokoll S. 5 f.). Eine (interne) Notiz über dieses Gespräch wurde von der Beschwerdeführerin aber nicht erstellt. Von der armasuisse hingegen wird die angebliche Zusicherung durch Y. bestritten. Der genaue Inhalt des Telefongesprächs konnte auch an der parteiöffentlichen Verhandlung der BRK vom 17. November 2005, an welcher die beiden Gesprächsteilnehmer von der Rekurskommission befragt worden sind, nicht eruiert werden. Es ist der Beschwerdeführerin damit nicht gelungen, die von ihr behauptete Aussage des Sachbearbeiters der armasuisse nachzuweisen. Nachdem eine Auskunft oder Zusicherung nicht belegt werden konnte, fehlt es vorliegend bereits an der ersten Voraussetzung für einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens gestützt auf Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), nämlich einer Vertrauensgrundlage (zum Vertrauensschutz siehe Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 626 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 79 ff., 128 ff.). Die Berufung der Beschwerdeführerin auf Treu und Glauben schlägt schon aus diesem Grund fehl, und es erübrigt sich, die restlichen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes zu prüfen.

3.- Zusammenfassend sind die Beschwerden abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und die mit Präsidialverfügung vom 10. August 2005 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt dahin.

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 3'000.-- zu tragen. Die Beschwerdeinstanz verrechnet im Dispositiv die geleisteten Kostenvorschüsse von total Fr. 6'000.-- mit den Verfahrenskosten und erstattet den Überschuss zurück (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKEV; SR 172.041.0]). Der armasuisse ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 8 Abs. 5 VKEV).

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

erkannt:

1. Die Verfahren mit den Prozedurnummern BRK 2005-010 bis BRK 2005-013 werden vereinigt.
2. Die Beschwerden der X. AG vom 9. August 2005 werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügungen der armasuisse betreffend Präqualifikation vom 19. Juli 2005 werden bestätigt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen von insgesamt Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 6'000.-- verrechnet. Der überschüssige Betrag von Fr. 3'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
5. Dieser Entscheid wird dem Vertreter der Beschwerdeführerin und der armasuisse schriftlich eröffnet.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart