



BRK 2004-007

Der Präsident: André Moser  
Die Richter: Matthias Ackermann, Elisabeth Lang  
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

## **Entscheidung vom 22. September 2004**

in Sachen

**X. AG**, ..., Beschwerdeführerin

gegen

**A.**, ...

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen  
(Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren)

---

### **Sachverhalt:**

A.- Die A. schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) (...) unter dem Projekt-  
titel "Sanierung (...)" die Arbeitsgattung (...) Entfernung von PCB-Fugen, im offenen Verfahren  
öffentlich aus. Neben fünf weiteren Anbieterinnen reichte auch die X. AG am 30. Januar 2004  
fristgerecht eine Offerte ein. (...). Am (...) 2004 erteilte die A. den Zuschlag an die Y. AG, ....  
Mit Schreiben vom 25. Mai 2004, welches keine Rechtsmittelbelehrung enthielt, teilte die A. der  
X. AG mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können, da sie die für die Erfül-

lung der Eignungskriterien verlangten Nachweise teilweise nicht erbracht habe. Der Zuschlag an die Y. AG wurde schliesslich im SHAB vom 22. Juli 2004 publiziert.

B.- Mit Eingabe vom 22. Juni 2004 erhebt die X. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen den Submissionsentscheid der A. beim Verwaltungsgericht ... Beschwerde und beantragt superprovisorisch, es sei der A. zu untersagen, den ausgeschriebenen Auftrag zu erteilen. Das Verwaltungsgericht ... leitete die Beschwerde mit Schreiben vom 29. Juni 2004 mangels Zuständigkeit an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK) weiter.

C.- Mit Verfügung des Präsidenten der BRK vom 1. Juli 2004 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Die A. beantragt mit Vernehmlassung vom 14. Juli 2004 die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der A. sei die Zulässigkeit aller weiteren Vollziehungsvorkehren ausdrücklich zu bestätigen. Weiter wird verlangt, dass das Beschwerdeverfahren auf die Frage nach der Befähigung der Beschwerdeführerin zu beschränken und deren fehlende Eignung wegen fehlender Eignungsnachweise festzustellen sei. In der Begründung hält die A. zudem fest, dass der Werkvertrag mit der Zuschlagsempfängerin zwischenzeitlich abgeschlossen worden sei, da man infolge des Zeitablaufs angenommen habe, dass keine Beschwerde erhoben worden sei.

Mit Eingabe vom 10. August 2004 weist die A. erneut auf die Dringlichkeit der Beschaffung hin.

In ihrer Vernehmlassung zur Sache vom 25. August 2004 beantragt die A. die Abweisung der Beschwerde wegen nicht nachgewiesener Eignung der Beschwerdeführerin.

E.- Von der durch die BRK eingeräumten Möglichkeit, eine öffentliche Verhandlung zu beantragen, haben die A. mit Eingabe vom 6. September 2004 und die Beschwerdeführerin am 10. September 2004 Gebrauch gemacht. Anlässlich der Verhandlung vom 22. September 2004 machen die Parteien ergänzende Ausführungen, insbesondere zum Sachverhalt. Die Beschwerdeführerin beantragt eine Neubeurteilung unter Einschluss der X. AG sowie eine angemessene Umtriebsentschädigung. Der Vertreter der A. schliesst sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission bzw. anlässlich der Verhandlung vom 22. September 2004 wird - soweit erforderlich - im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### 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.

b) Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission zulässig; diese entscheidet endgültig (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 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG; SR 173.110]). Da zudem keiner der restriktiv auszulegenden Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist (vgl. betreffend Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB die Entscheide der BRK vom 25. November 1999 i.S. F. SA u.a. [BRK 1999-011] E. 1c und vom 30. August 2000, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.12, E. 1d), ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen Vergabe zuständig.

c) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 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).

d) Mit 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) Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 lit. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen der im SHAB vom 6. Januar 2004 publizierten Ausschreibung der A. ein Angebot eingereicht, das mangels Eignung der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt worden ist. Dies berührt die Beschwerdeführerin in ihren wirtschaftlichen Interessen. Sie hat demzufolge ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung und ist somit im Sinne von Art. 48 lit. a VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29 E. 1b; André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.26 mit Hinweisen).

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 ff. VwVG) ist daher einzutreten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die 20-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 30 BoeB erst am (...) abgelaufen ist, nachdem die angefochtene Verfügung erst mit der Publikation im SHAB vom (...) rechtsgenüchlich eröffnet worden ist (das Schreiben vom

25. Mai 2004 stellte mangels Rechtsmittelbelehrung keine rechtsgenügende Eröffnung dar) und der Fristenstillstand gemäss Art. 22a Bst. b VwVG zu beachten war.

2.- a) Die Vergabebehörde begründet die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin damit, dass diese die geforderten Eignungsnachweise nicht bzw. nur teilweise erbracht habe. Die Beschwerdeführerin habe daher als nicht leistungsfähig im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BoeB betrachtet werden müssen (Schreiben der A. vom 25. Mai 2004 an die Beschwerdeführerin; Vernehmlassung der A. vom 14. Juli 2004, S. 1, 3 f.; Vernehmlassung zur Sache vom 25. August 2004, S. 2 ff.).

Die Beschwerdeführerin erachtet diese Begründung als unhaltbar. Sie macht in ihrer Beschwerde geltend, als Autoren von technischen Richtlinien und Ausführungsempfehlungen eines kantonalen Umweltamtes für PCB-Fugensanierungen verfüge sie über fest angestellte Top-Spezialisten in diesem Bereich. Die Referenzen seien vorhanden. Der vorgeschlagene Leiter der Arbeiten sei fest angestellt, diplomierter Architekt und habe Erfahrung mit PCB-Fugensanierungen. Die in das Angebot eingebundene Firma Z. AG sei eine der renommiertesten Entsorgerfirmen für PCB-haltige Baumaterialien in der Schweiz.

b) aa) Bei der Eignung im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (Art. 9 Abs. 1 BoeB; Art. VIII 2 Bst. b ÜoeB sowie Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999, veröffentlicht in VPB 64.9 E. 2a/dd; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 284 ff.). Die Vergabestelle gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BoeB). Sie kann gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) für die Überprüfung der Eignung der Anbietenden *insbesondere* die in Anhang 3 (zur VoeB) genannten Unterlagen erheben und einsehen. Die Auflistung in Anhang 3 ist somit, wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 VoeB ergibt, nicht abschliessend zu verstehen (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284 Fn. 562 mit Hinweis). Die Vergabebehörde kann auch andere Nachweise verlangen. Bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise ist der Art und dem Umfang des Auftrags Rechnung zu tragen (Art. 9 Abs. 2 VoeB). Die verlangten Nachweise müssen zusammen mit dem Teilnahmeantrag (im selektiven Verfahren) oder mit dem Angebot eingereicht werden. Denn nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieter und Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dazu gehören auch die geforderten Nachweise. Das Gebot der Einhaltung der Fristen wird im öffentlichen Beschaffungswesen auch bedingt durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) und der Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB; vgl. Entscheid der BRK vom 13. August 1998, veröffentlicht in VPB 63.18 E. 3b).

bb) Auch in einem offenen Vergabeverfahren darf der Zuschlag nur einem Anbieter erteilt werden, der über die zur (einwandfreien) Erfüllung des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt. Eine Eignungsprüfung anhand von Eignungskriterien muss also auch beim offenen Verfahren stattfinden. Nicht erforderlich ist beim offenen Verfahren allerdings, dass die Eignungsprüfung in einem gesonderten Verfahren erfolgt (erwähnter Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999, a.a.O., E. 2a/dd).

c) In Ziff. 3.5 der öffentlichen Ausschreibung im SHAB wurde unter dem Titel *Eignungskriterien* Folgendes verlangt:

"Selektionsverfahren (Reihenfolge ihrer Bedeutung/Gewichtung).

Der Anbieter muss mit seinen Unterlagen nachweisen, dass er ohne jeden Zweifel mit eigenen oder rasch und gesichert zu beschaffenden Mitteln Gewähr bietet für: Durchsetzung der geforderten, einschlägigen Sicherheits- und Schutzmassnahmen gemäss SUVA, Arbeitsgesetz etc... Ausreichende technische Leistungsfähigkeit zur Gewährleistung der erforderlichen Qualität und Termine wie

- Gewichtung = 45%: Referenzobjekte von mindestens zwei erfolgreich durchgeführten Sanierungen neueren Datums von PCB-haltigen Fugenmassen im Innenbereich mit vergleichbarer Aufgabenstellung bzw. Grössenordnung inkl. Angabe der beteiligten Personen/Spezialisten
- Gewichtung = 30%: Know How für ausgeschriebenen Auftrag / Kann Aufträge in der ausgeschriebenen Grösse und in der vorgegebenen Zeit abwickeln
- Gewichtung = 25%: Verfügt über die erforderlichen, festangestellten Spezialisten und hat genügend qualifiziertes Leitungspersonal
- Ausreichende wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit."

Eine im Wesentlichen gleich lautende Formulierung der Eignungskriterien enthalten die Ausschreibungsunterlagen (S. 5, Pos. 211.221 der Besonderen Bestimmungen zu Bauleistungen):

"Der Anbieter muss mit seinen Unterlagen nachweisen, dass er ohne jeden Zweifel mit eigenen oder rasch und gesichert zu beschaffenden Mitteln Gewähr bietet für:

- Durchsetzung der Sicherheits- und Schutzmassnahmen gemäss Art. 8 des Werkvertrages
- Ausreichende technische Leistungsfähigkeit zur Gewährleistung der erforderlichen Qualität und Termine
  - Know How für ausgeschriebenen Auftrag
  - Kann Aufträge in der ausgeschriebenen Grösse abwickeln
  - Verfügt über die erforderlichen Spezialisten
  - Hat genügend qualifiziertes Leitungspersonal
  - Ausreichende wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit
  - Genügend Eigenkapital und Liquidität
  - Kein Insolvenzverfahren oder Konkurs
  - Steuern und Sozialabgaben bezahlt
  - Geschäftstätigkeit über Auftragsdauer sichergestellt

- Die Eignung ist mit Referenzen und Angaben zur Unternehmung zu belegen (Referenzprojekte neueren Datums mit vergleichbarer Aufgabenstellung inkl. Angaben der beteiligten Personen)
  - Mindestens zwei erfolgreich durchgeführte Sanierungen von PCB-haltigen Fugenmassen im Innenbereich
  - Mindestens eine PCB Sanierung in der gleichen Grössenordnung."

Die Vergabebehörde wirft der Beschwerdeführerin konkret das Fehlen der verlangten Angaben zu den Mitarbeitern, mindestens einer zweiten erfolgreich durchgeführten PCB- Sanierung sowie der Angaben über die Grösse der verlangten Referenzobjekte vor (Vernehmlassung vom 25. August 2004, S. 4).

d) Dem Angebot der Beschwerdeführerin ist - nebst einer Liste mit "einigen Referenzprodukten" im Umweltbereich - eine Referenzliste "Referenzen PCB-Sanierungen" mit acht Objekten aus den Jahren 1999 – 2003 beigefügt. Davon umfassen zwei Objekte - wie die Rückfrage der Vergabebehörde ergab (vgl. Beilagen 8 und 9 zur Vernehmlassung vom 14. Juli 2004) - auch die Entfernung von PCB-Fugenmassen. Beim Referenzobjekt S. erfolgte die Ausführung der PCB-Fugensanierung gemäss Beschwerdeführerin durch die Partnerfirma T., in 100% Personalunion mit der Beschwerdeführerin. Es handelte sich um die Entfernung von PCB-Fugenmassen bei Böden im Innenbereich, ohne Entfernung der Fugenflanken, jedoch mit anschliessender Neuverfugung. Diese Arbeiten seien im Jahr 2003 durch vier Mitarbeiter der Beschwerdeführerin durchgeführt worden, wobei aus Abgrenzungsgründen gegenüber reinen Planungs- und Beratungsaufgaben der Vertrag unter der T. abgewickelt worden sei. Seit Anfang 2004 würden alle umweltbezogenen Ausführungsarbeiten direkt unter X. AG abgewickelt (E-Mail der Beschwerdeführerin vom 24. Februar 2004, Vernehmlassungsbeilage 9). Aus dem der Offerte beiliegenden Referenzbeschreibung ist zu entnehmen, dass die Ausführung der Fugensanierung durch die Partnerfirma T. erfolgte, während dem der Beschwerdeführerin die Leitung und Überwachung der Ausführungsarbeiten oblag (vgl. Offerte der Beschwerdeführerin, Vernehmlassungsbeilage 14 F). Beim zweiten Referenzobjekt (M.) erfolgte die Entfernung und Entsorgung der PCB-Kittfugenmassen durch die Subunternehmerin Z. AG (E-Mail der Beschwerdeführerin vom 24. Februar 2004, Vernehmlassungsbeilage 9).

Aus der Offerte der Beschwerdeführerin einschliesslich ihrer nachträglich überarbeiteten bzw. ergänzten Referenzliste und dem zugehörigen Begleitschreiben geht somit eindeutig hervor, dass die Beschwerdeführerin – zumindest bis Anfang 2004 – im Bereich der Sanierung von PCB-haltigen Kittfugen ausschliesslich Planungs- und Beratungsaufgaben (z.B. Erstellen von technischen Richtlinien, Erarbeiten von Sanierungskonzepten, Abgabe von Empfehlungen, Laboranalysen, Leitung und Überwachung der Ausführung) wahrgenommen hat, nicht aber die handwerklichen Ausführungsarbeiten selbst. Die eigentliche Ausführung, d.h. das Entfernen und Entsorgen des PCB-haltigen Materials, wurde stets Subunternehmern übertragen.

Im vorliegenden Fall geht es gemäss der Umschreibung des Auftrags in den Ausschreibungsunterlagen um die *Entfernung* aller PCB-belasteten Fugendichtungsmassen im Umfang von insgesamt ca. 10'000 Laufmetern im Innern der Gebäude und teilweise an den Fassaden so-

wie bei den Waschtrögen (auch im Aussenbereich) ..., also einzig um die handwerklichen Arbeiten. Aus dem Angebot der Beschwerdeführerin geht nicht hervor, durch wen das Entfernen des PCB-haltigen Materials nun tatsächlich erfolgen soll. In der Liste der Subunternehmer werden zum einen die Z. AG, zuständig für Transporte und die Entsorgung, und zum andern die V. AG, zuständig für Abbrucharbeiten und Betonschneidarbeiten, genannt. Dem E-Mail der Beschwerdeführerin vom 24. Februar 2004 und der ergänzten Referenzliste lässt sich zwar entnehmen, dass die Ausführungsarbeiten, d.h. das Entfernen des Fugenmaterials, in den angeführten Referenzprojekten jeweils von der Z. AG getätigt worden sind. Im vorliegenden Fall ist dieses Unternehmen jedoch ausdrücklich nur für die Transporte und Entsorgung vorgesehen, nicht aber für das Entfernen des Materials in den Gebäuden. Auch aus dem Technischen Bericht zum Angebot geht hervor, dass der Abtransport und die vorschriftsgemässe Entsorgung in einer SAVA mittels Sonderabfallkonformer Muldencontainern durch die Z. AG erfolgen solle (welche Firma im Übrigen noch von einer weiteren Anbieterin als Subunternehmerin für die Entsorgung und den Transport des belasteten Materials genannt wurde). Es muss folglich der Schluss gezogen werden, dass die Entfernung des Fugenmaterials bei der vorliegenden Vergabe entweder durch die Beschwerdeführerin selbst oder allenfalls durch die Subunternehmerin V. AG erfolgen sollte. Für beide Firmen wurden indessen keine einschlägigen Referenzobjekte betreffend PCB-Ausführungsarbeiten genannt. Die Beschwerdeführerin räumt im E-Mail vom 24. Februar 2004 selbst ein, dass sich ihr Aufgabenbereich jedenfalls bis Anfang 2004 auf eine reine Planungs- und Beratungstätigkeit beschränkt habe.

Angaben über die an den Referenzobjekten jeweils beteiligten Personen bzw. Spezialisten (Namen, Angaben zu Ausbildung und Erfahrung) fehlen vollständig. Auch im Zusammenhang mit der nachträglichen Ergänzung der Referenzliste ist lediglich von vier Mitarbeitern der X. AG bzw. (richtigerweise) der T. die Rede, welche beim Projekt S. die PCB-Fugenmassen entfernten hätten. Die Namen und Qualifikationen dieser Mitarbeiter werden indessen nicht genannt. Ebenso wurde bei keinem der aufgelisteten Referenzobjekte das Auftragsvolumen genannt; dem Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es folglich auch am verlangten Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in vergleichbarer Grössenordnung.

Die Beschwerdeführerin bringt auch in ihrer Beschwerde nichts vor, was ihre Eignung für den konkreten Auftrag näher belegen könnte.

e) Aufgrund des Gesagten steht fest, dass der Einwand der Vergabebehörde, die Beschwerdeführerin sei nicht geeignet bzw. habe die Nachweise, dass sie über die für den zu vergebenden Auftrag geforderte Eignung verfüge, nicht erbracht, berechtigt ist. Es kann auch nicht gesagt werden, bei den zu erfüllenden Eignungskriterien bzw. den verlangten Eignungsnachweisen handle es sich um Anforderungen, die nicht sachgerecht seien. Es liegt fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen.

3.- Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos, und es fällt die am 1. Juli 2004 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung dahin.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühr, zu tragen. Die Beschwerdeinstanz verrechnet im Dispositiv den Kostenvorschuss mit den Verfahrenskosten und erstattet einen allfälligen Überschuss zurück (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKEV; SR 172.041.0]). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (vgl. Art. 8 Abs. 5 VKEV und Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 724).

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

**erkannt:**

- 1.- Die Beschwerde der X. AG vom 22. Juni 2004 wird abgewiesen und der Zuschlag der A. vom (...) an die Y. AG bestätigt.
- 2.- Die Kosten des Verfahrens vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen von Fr. 2'500.— werden der X. AG auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.— verrechnet.
- 3.- Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
- 4.- Dieser Entscheid wird der X. AG und der A. schriftlich eröffnet sowie der Y. AG mitgeteilt.

---

Eidgenössische Rekurskommission  
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:



André Moser

Sonja Bossart