



BRK 2004-018

Der Präsident: André Moser  
Die Richter: Anton Henninger, Elisabeth Lang  
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

## **Entscheidung vom 29. März 2005**

in Sachen

**X. GmbH**, Beschwerdeführerin

gegen

**Bundesamt für Statistik**, Espace de l'Europe 10, 2010 Neuchâtel

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen  
(Mangel in der Ausschreibung; zulässiger Beschwerdegrund;  
Nichteintreten)

---

### **Sachverhalt:**

A.- Das Bundesamt für Statistik schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 19. August 2004 einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitle „PISA 2006 - Kodierung und Datenerfassung“ im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziffer 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. Am 1. Oktober 2004 wurde den Interessenten – unter anderem auch der X. GmbH – 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. Am 30. November 2004 erteilte das Bundesamt für Statistik den Zuschlag an die B. SA, der Zuschlag wurde im SHAB vom (...). Dezember 2004 veröffentlicht.

B.- Mit Eingabe vom 20. Dezember 2004 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 vom 24. Januar 2005 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.- Mit Schreiben vom 25. Januar 2005 beschränkt der Präsident der Rekurskommission das Verfahren vorerst auf die Eintretensfrage.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die BRK wird, sofern sie entscheiderelevant sind, in den nachstehenden 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. Es liegt ein Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB und gemäss der Positivliste in Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB; SR 0.632.231.422) bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11) vor („Informatik und verbundene Tätigkeiten“).

b) Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission, welche endgültig entscheidet, zulässig (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 Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, 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. 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).

d) Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Bst. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat. Im Vergabeverfahren sind grundsätzlich die beim Zuschlag nicht berücksichtigten Anbieter, welche in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt sind, zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [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).

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 BoeB 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 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 etc.) vollumfänglich erkenn- und beurteilbar. Daraus darf den Interessenten kein Rechtsverlust erwachsen (Entscheidung 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. 1f).

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-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 (Ziffer 4.2) enthalten gewesen und habe sich nicht erst aus dem Antwortenkatalog ergeben, welcher den interessierten Firmen am 1. Oktober 2004 zugestellt worden war. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Kritik hätte daher gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden müssen (Vernehmlassung, S. 2).

a) In der öffentlichen Ausschreibung vom 19. August 2004 findet sich unter dem Titel „Andere Informationen“ die Ziffer 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 Fragen und Antworten-Katalog des Bundesamtes für Statistik vom 1. Oktober 2004 (Beilage Vergabebehörde Nr. 3g) 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 Ziffer 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 (Ziffer 2.2 und 2.5) ergibt sich, dass der Dienstleistungsauftrag zwei Aufgabenbereiche erfasste, nämlich die Kodierung und die Erfassung (Datenerfassung) der Antworten des Testmaterials (vgl. auch S. 3 ff. Pflichtenheft, Beilage Vergabebehörde Nr. 3a). Dass mit dem Begriff „die Arbeiten“ die Datenerfassung ebenso gemeint war, ist demnach mühelos 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 (Entscheide

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 Entscheiden 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; 118 Ia 340 E. 2a; 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 ÜoeB 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 (Vernehmlassung S. 3 f.).

4.- Bei diesem Verfahrensausgang 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 die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKEV; SR 172.041.0]). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

**erkannt:**

1. Auf die Beschwerde der X. GmbH vom 20. Dezember 2004 wird nicht eingetreten.
  2. Die Kosten des Verfahrens vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Umfang von Fr. 1'000.-- hat die X. GmbH zu tragen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'600.-- wird dementsprechend im Umfang von Fr. 600.-- teilweise zurückerstattet.
  3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
  4. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin sowie dem Bundesamt für Statistik schriftlich eröffnet und der B. SA mitgeteilt.
-

Eidgenössische Rekurskommission  
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart