



BRK 2005-004

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

## Entscheid vom 11. August 2005

in Sachen

X. AG, ..., Beschwerdeführerin

gegen

Paul Scherrer Institut, vertreten durch Bauten Forschungsanstalten, Baumanagement, 5232  
Villigen-PSI, vertreten durch (...)

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen  
(Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren;  
Ausschlussverfügung)

---

### Sachverhalt:

A.- Das Paul Scherrer Institut (PSI) als Auftraggeberin, vertreten durch die Bauten Forschungsanstalten (BaFA), schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom (...) einen Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren aus. Gemäss Ausschreibung war Gegenstand des Auftrages die Planung und Ausführung des „A“ (Projekttitle).

B.- Im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens wurden mit Publikation im SHAB vom (...) sechs Firmen zur Teilnahme ausgewählt und zur Angebotseingabe eingeladen, darunter auch die X. AG. In der Folge reichten alle selektionierten Teilnehmer ein Angebot ein, unter anderem die X. AG mit dem Projekt „B“.

Mit Publikation im SHAB vom (...) (Präzisierung: „2. Stufe, Einladung zur Überarbeitung“) wurden nunmehr zwei Firmen zur Teilnahme ausgewählt und zur Angebotsabgabe (bzw. Eingabe von überarbeiteten Angeboten) eingeladen. In Ziff. 4.1 der Publikation wurde zur Begründung ausgeführt, die genannten Anbieter erfüllten die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung. In Ziff. 5 fand sich folgende Bemerkung:

„Die Projekte der beiden zur Überarbeitung eingeladenen Anbieter erfüllen die Zuschlagskriterien am besten. Die Projekte haben jedoch noch nicht die Reife für einen Zuschlag.

Die Projekte - „C“, Verfasser (...)  
- „B“, Verfasser X. AG, (...)

wurden wegen Überschreitung des Kostendachs von der Jurierung ausgeschlossen.“

C.- Gegen diese Verfügung vom 31. Januar 2005 führt die X. AG mit Eingabe vom 17. Februar 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK; Rekurskommission). Es wird beantragt, die Verfügung vom 31. Januar 2005 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei eine Neuurteilung des Projektes vorzunehmen. Eventualiter sei die pauschale Entschädigung auszurichten. Drittens wird für den Fall der Abweisung der Beschwerde um Rücksendung der Wettbewerbsunterlagen ersucht und vorsorglich auf die Urheberrechte hingewiesen.

Die BaFA lassen mit Eingabe vom 14. März 2005 beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

D.- Im Rahmen einer Instruktionsmassnahme fordert die Rekurskommission mit Schreiben vom 31. Mai 2005 das PSI bzw. die BaFA zu schriftlicher Stellungnahme auf zur Frage, ob der vorliegende Auftrag den Schwellenwert nach Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) erreicht (Höhe des geschätzten Auftragswertes usw.). Mit Eingabe vom 8. Juni 2005 lässt die Vergabebehörde ihre Antwort einreichen.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission wird - soweit erforderlich - im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### Erwägungen:

1.- a) 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).

b) Die Rekurskommission prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 VwVG). Gegen Verfügungen der Auftraggeberin im Anwendungsbereich des BoeB 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]). 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.

c) Das Paul Scherrer Institut ist im Annex 1 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB; SR 0.632.231.422) als Beschaffungsstelle des Bundes, die Aufträge in Übereinstimmung mit dem ÜoeB zu vergeben hat, aufgeführt und ist somit Auftraggeber im Sinne von Art. 2 BoeB.

2.- Das BoeB ist nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages die Schwellenwerte gemäss Art. 6 Abs. 1 BoeB erreicht.

a) Als erstes ist im Hinblick auf die Schwellenwerte gemäss Art. 6 Abs. 1 BoeB zu definieren, welche Auftragsart im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BoeB das vorliegende Vergabeverfahren beinhaltet. Laut Ziff. 2.1 und 2.2 der Ausschreibung vom 25. Mai 2004 soll mittels eines Gesamtleistungswettbewerbs ein Auftrag betreffend die Planung und Ausführung des „A“ vergeben werden.

aa) Ein Gesamtleistungswettbewerb wird gemäss Art. 42 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung. Der Gesamtleistungswettbewerb umfasst neben den Planungsleistungen – anders als ein Planungswettbewerb - auch Bauleistungen (Felix Jost, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2004, S. 347). Die Anbieter haben bei solchen Gesamtleistungswettbewerben ein Projekt und die dazugehörigen werkvertraglichen Ausführungsleistungen (mit einem entsprechenden Preis) zu offerieren. Dies trifft auch vorliegend zu, laut Ziff. 2.1 und 2.2 der Ausschreibung beinhaltet der Auftrag sowohl die Planung als auch die Bauausführung. Demnach

ist von einem gemischten Auftrag auszugehen, der Dienstleistungen im Sinne von Anhang 1 zur VoeB, Bauleistungen gemäss Anhang 2 zur VoeB sowie Lieferaufträge umfasst.

bb) Bei gemischten Aufträgen ist zu untersuchen, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt. Der gemischte Auftrag ist einheitlich nach dem Prinzip des überwiegenden Leistungselements zu qualifizieren. So ist ein Auftrag beispielsweise als Lieferauftrag zu betrachten, wenn der diesbezügliche Wert höher ist als derjenige des Bauauftrags; im umgekehrten Fall handelt es sich um einen Auftrag für das Bauwerk (Entscheidung der BRK vom 28. September 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.5, E. 2a, vom 29. Juni 1998, veröffentlicht in VPB 63.15, E. 1d und e; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 127; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 135, 141; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: efficacité et protection juridique, Freiburg 1997, S. 405). Auch bei der gemeinsamen Vergabe von Planerleistungen und Bauleistungen ist die Qualifikation des Auftrags grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der Leistungen vorzunehmen, wobei regelmässig das Übergewicht bei den Bauleistungen liegen wird.

cc) Im vorliegenden Fall können die Anteile der einzelnen Leistungsarten aufgrund der Zusammenstellung der Baukosten in der Offerte der Beschwerdeführerin über ihr Projekt „B“ annäherungsweise bestimmt werden (vgl. Vernehmlassungsbeilage Nr. 5, Griff 4). Bei einem Gesamtpreis von Fr. ... betragen die eigentlichen Bauleistungen (Bauvorbereitung, Erstellen Rohbau Gebäude, Installationen und Transportanlagen, Ausbau Gebäude, Bauliche Betriebseinrichtungen, Umgebung) demnach ungefähr Fr. 6,5 Mio. und die Honorare belaufen sich auf knapp Fr. 1,5 Mio. Die Lieferungen sind nicht genau eruiert; gemäss der Aufstellung ist bei den Posten Betriebsausrüstung (Fr. ...) und Ausstattung (Fr. ...) von reinen Lieferungen auszugehen. Jedenfalls überwiegen die Bauleistungen (Fr. 6,5 Mio.) die Dienstleistungen und Lieferungen betragsmässig eindeutig. Der Auftrag ist gesamthaft als Bauauftrag zu qualifizieren. Dies entspricht im Übrigen auch den Angaben der Vergabebehörde in der Ausschreibung, wo der Auftrag als „Bauftrag“ deklariert wurde (vgl. Ziff. 1.5 Ausschreibung).

b) Der für Bauaufträge massgebliche Schwellenwert beträgt Fr. 9'575'000.-- (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB und AS 2003 4257). Auszugehen ist dabei von den von der Vergabestelle geschätzten Kosten (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 142). Bei Gesamtleistungswettbewerben besteht der Wettbewerbswert aus der gesamten Preissumme und dem geschätzten Wert des zu vergebenden Auftrages (Art. 44 Abs. 1 Bst. c VoeB; Entscheidung der BRK vom 26. März 1997, veröffentlicht in VPB 61.77, E. 1a; vgl. auch Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2004, S. 76, N 3 zu Art. 44 VoeB). In die Gesamtpreissumme einzurechnen sind auch die für Entschädigungen an die Wettbewerbsteilnehmer reservierten Summen (Art. 44 Abs. 2 VoeB; Messerli, a.a.O., S. 79 f., N. 8 zu Art. 44).

aa) Für das vorliegende Bauvorhaben wurde dem Parlament ein Baukredit von Fr. 9,6 Mio. beantragt (vgl. S. 7 und 8 Verpflichtungskreditbegehren zum Bauprogramm 2005 des ETH-Bereiches an den Bundesrat, Beilage zur Eingabe der Vergabebehörde vom 8. Juni 2005). Vom genannten Baukredit stehen für den ausgeschriebenen Neubau laut Pflichtenheft maximal Fr. 8,5 Mio. zur Verfügung (Ziff. 1.12 Pflichtenheft, Beilage 4 zur Vernehmlassung; vgl. auch Vernehmlassung Ziff. 11 sowie Eingabe der Vergabebehörde vom 8. Juni 2005). Diese Summe gilt für die im Pflichtenheft abgeforderten Leistungen inklusive Honorare und Mehrwertsteuer (Ziff. 1.12 Pflichtenheft). Folglich ist von einem maximalen geschätzten Auftragswert von Fr. 8,5 Mio. auszugehen. Bestätigt wird dies zudem durch den am 31. Januar 2005 erfolgten Ausschluss der Beschwerdeführerin und eines weiteren Anbieters vom Vergabeverfahren mit der Begründung, dass deren Angebot mit Investitionskosten von knapp Fr. ... die Kostenlimite von Fr. 8,5 Mio. überschreite (vgl. Ziff. 5 der Publikation im SHAB vom ... sowie Ziff. 7 der Vernehmlassung). Der im Zusammenhang mit der Problematik des Schwellenwerts relevante Wert ist gemäss Art. 6 Abs. 1 BoeB ohne Mehrwertsteuer zu berechnen, womit sich ein geschätzter maximaler Auftrags- bzw. Wettbewerbswert von unter Fr. 8 Mio. ergibt (Wettbewerbswert abzüglich Mehrwertsteuer). Hinzuzuzählen sind nach dem Gesagten (oben E. 2b) die Pauschalentschädigungen von Fr. 55'000.-- für jeden Anbieter, der eine vollständige Arbeit eingereicht hat (Ziff. 1.10 Pflichtenheft), was vorliegend auf höchstens sechs Offerenten zutrifft. Der ausgeschriebene Bauauftrag erreicht somit den massgeblichen Schwellenwert von Fr. 9'575'000.-- klarerweise nicht.

Nicht massgeblich für die Fragestellung, ob der Auftragswert über oder unter dem Schwellenwert liegt, ist der Baukredit von 9,6 Mio. (welcher den genannten Schwellenwert knapp übersteigen würde). Dieser Kreditbetrag schliesst die Kosten für das Wettbewerbsverfahren (ca. Fr. 500'000.--), die Kosten für alle Gebühren (z.B. Baubewilligung und Anschlussgebühren) und Vorinvestitionen mit ein (Vernehmlassung Ziff. 11; Eingabe der Vergabebehörde vom 8. Juni 2005). Diese Posten gehören jedoch nicht zum massgeblichen Wert des vorliegend ausgeschriebenen Auftrags. Für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht wird, kann aus diesem Grund nicht auf den gesamten beim Parlament beantragten Baukredit abgestellt werden.

bb) Die vorliegende Vergabe stellt überdies nicht bloss einen von mehreren Aufträgen im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauwerks dar, in welchem Fall der Gesamtwert aller Bauaufträge massgebend wäre (Art. 7 Abs. 2 BoeB; vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 145). Laut Projektbeschrieb in Ziff. 2.5 der Ausschreibung geht es bei dem ausgeschriebenen Auftrag um die Erstellung des gesamten Betriebsgebäudes „A“ und nicht etwa nur um einen Teil eines grösseren Bauvorhabens (ebenso Pflichtenheft Ziff. 2 ff.; vgl. auch Verpflichtungskreditbegehren an den Bundesrat, S. 7 und 8). Die Auftraggeberin hatte im Rahmen des vorliegenden Bauvorhabens nicht mehrere Bauaufträge zu vergeben.

c) Nach dem Gesagten erreicht der Auftragswert der vorliegenden Vergabe den Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BoeB (und AS 2003 4257) nicht, womit es sich bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag nicht um eine in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffung handelt. Damit ist die Zuständigkeit der Rekurskommission als Beschwerdeinstanz nach Art. 27

BoeB für die vorliegende Beschwerde nicht gegeben und auf die Beschwerde kann nicht eingetreten werden.

d) Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtsmittelbelehrung, die sowohl der öffentlichen Ausschreibung als auch der Veröffentlichung der Verfügung vom (...) im SHAB beigefügt war, ableiten. Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden (BGE 113 Ib 213 E. 1; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 86 B II e mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Entscheide der BRK vom 30. November 2004, veröffentlicht in VPB 69.32, E. 2; vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 3b).

3.- Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind grundsätzlich der unterlegenen Partei, also der Beschwerdeführerin, die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In Anwendung von Art. 63 Abs. 1 (letzter Satz) VwVG können einer Partei die Verfahrenskosten ausnahmsweise ganz oder teilweise erlassen werden (vgl. auch Art. 4a der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [Kostenverordnung; SR 172.041.0]). Der Erlass ist möglich in Fällen, wo das Vorgehen der Vorinstanz das Rechtsmittelverfahren provoziert und insofern mitzuverantworten hat (André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 4.9 mit Verweis). Im vorliegenden Fall wurde in der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung der Vergabestelle bzw. der Publikation im SHAB vom (...) (wie auch schon in der Ausschreibung vom ...) der Rechtsmittelweg an die BRK angegeben. Es war, zumal für einen Laien, nicht ohne weiteres erkennbar, dass diese Rechtsmittelbelehrung unzutreffend war. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (vgl. BGE 122 V 205 E. 3; Art. 107 Abs. 3 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG; SR 173.110]; Entscheide der BRK vom 29. Februar 2000, veröffentlicht in VPB 64.60, E. 2b, vom 28. Oktober 2003 i.S. R. [BRK 2003-020], E. 5c). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

**erkannt:**

1. Auf die Beschwerde der X. AG vom 17. Februar 2005 wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin sowie der Vertreterin des Paul Scherrer Institut bzw. der Bauten Forschungsanstalten schriftlich eröffnet.

---

Eidgenössische Rekurskommission  
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart