



BRK 2005-008

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

Entscheid vom 23. Januar 2006

in Sachen

X. AG, ...

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; ...) einen Dienstleistungsauftrag betreffend „Historische Abklärungen der Schadstoffbelastungen auf Schiessplätzen und Schiessanlagen der Armee“ (...) 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. Die X. AG (federführende Firma) und die Y. GmbH haben sich als Bietergemeinschaft für das Teilprojekt A.

beworben. Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 wurde der X. AG von der armasuisse mitgeteilt, dass ihr Büro aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht habe präqualifiziert werden können.

B.- Mit Eingabe vom 21. Juli 2005 erhebt die X. AG (Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der armasuisse vom 19. Juli 2005 betreffend das Teilprojekt A. Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK) mit dem Begehren, die Bewertung im Kriterium 6 „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“ sei zu korrigieren. Der Entscheid sei nachzubessern; mit einer Gesamtbewertung von 4.00 wäre die Beschwerdeführerin eine ernsthafte Mitbewerberin für das Teilgebiet A.

C.- Mit Eingabe an die BRK vom 26. Juli 2005 verlangt die armasuisse, dass der Beschwerdeführerin die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses verlängert wird, dies mit der Begründung, dass die armasuisse zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage sei, die Beschwerde zu beurteilen, ein Fehler seitens der Vergabebehörde jedoch denkbar sei.

D.- Mit unaufgefordert eingereicherter Eingabe vom 23. August 2005 macht die Beschwerdeführerin Ergänzungen zu ihrer Beschwerde. Namentlich macht sie geltend, in ihrem Bewerbungsformular seien alle nötigen Angaben betreffend das Kriterium „Messgeräte und GIS-Infrastruktur“ enthalten gewesen. Ferner gehe sie nicht davon aus, dass einer der bereits gewählten Anbieter gestrichen werden müsse, sondern, dass die Beschwerdeführerin zusätzlich an der Ausschreibung teilnehmen dürfe.

E.- Mit Vernehmlassung vom 12. September 2005 beantragt die armasuisse, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie bemängelt, dass die Beschwerdeführerin das von der Vergabebehörde zur Verfügung gestellte Bewerbungsformular inhaltlich eigenmächtig abgeändert und nicht richtig ausgefüllt habe. Dies hätte grundsätzlich bereits einen Ausschluss gerechtfertigt, die armasuisse habe die Bewerbung aber trotz dieses fragwürdigen Vorgehens zum weiteren Verfahren zugelassen. Zur Bewertung des Kriteriums „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“ erläutert die armasuisse was folgt: Im abgegebenen Bewerbungsformular habe die Bietergemeinschaft nicht wie gefordert für jede der beteiligten Firmen die nötigen Informationen geleistet. Die erforderlichen Angaben zum portablen XRF-Messgerät seien gar nicht gemacht worden. Die von der Bietergemeinschaft beabsichtigte Durchführung der Analysen in einem Labor entspreche nicht dem Messverfahren, welches die Vergabebehörde vorgegeben habe. Die in der Beschwerde an die BRK nachträglich geltend gemachten Behauptungen, die fraglichen Geräte seien alle vorhanden, seien unbeachtlich. Die Beurteilung des Kriteriums „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“ sei aufgrund von fehlenden Angaben gar nicht möglich gewesen, weswegen die Note 0 vergeben worden sei.

F.- Mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 gibt die BRK der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Replik, wovon diese jedoch keinen Gebrauch macht.

G.- Nachdem die BRK die Beschwerdeführerin aufgefordert hat, eine entsprechende Erklärung der Y. GmbH nachzureichen, erfolgt am 17. Januar 2006 die Bestätigung der Y. GmbH,

wonach diese mit der Beschwerdeführerin als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilnehmen wolle.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission 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) Als bei der Präqualifikation für das in Frage stehende Teilprojekt nicht berücksichtigte Bewerberin ist die Bietergemeinschaft X. AG/Y. GmbH zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren ([VwVG; SR 172.021])). Gemäss Rechtsprechung der BRK kann im Falle einer Bietergemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag bzw. an einer weiteren Teilnahme am Submissionsverfahren nicht mehr interessiert sind (Entscheid der BRK vom 12. Dezember 2003, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.65, E. 2a; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 640 mit weiteren Hinweisen). Mit Eingabe vom 17. Januar 2006 bestätigt die Y. GmbH, mit der Beschwerdeführerin als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilnehmen zu wollen. Die Beschwerdelegitimation der X. AG kann folglich anerkannt werden, wobei diese mangels Vertretungsvollmacht der Y. GmbH im vorliegenden Verfahren alleine als Beschwerdeführerin anzusehen ist.

c) Mit Bezug auf die formellen Voraussetzungen, die eine Beschwerde an die Rekurskommission zu erfüllen hat, vermag die Eingabe vom 21. Juli 2005 den Erfordernissen von Art. 52 VwVG zu genügen. Immerhin enthält sie das sinngemässe Begehren, die Bietergemeinschaft sei zu präqualifizieren; dieser Antrag wird in der Eingabe vom 23. August 2005 im Übrigen bestätigt. Die Anforderungen, die an eine Begründung der Beschwerde zu stellen sind, können ebenfalls als erfüllt betrachtet werden. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

d) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, 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).

2.- a) 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). Eine besondere Rolle spielen die Eignungskriterien im selektiven Verfahren. Hier wird die Eignung der Anbieter aufgrund eines Teilnahmeantrags in einem gesonderten Verfahren vorab geprüft (sogenannte Präqualifikation). Nur wer die Eignungskriterien (in genügendem Mass) erfüllt, darf im selektiven Verfahren ein Angebot einreichen. Zweck der - gegenüber dem offenen Verfahren zusätzlich vorgeschalteten - Eignungsprüfung ist die frühzeitige Ermittlung derjenigen Anbieter, die grundsätzlich fähig und in der Lage sind, den konkret ausgeschriebenen Auftrag angemessen auszuführen bzw. die (rechtzeitige) Ausscheidung derjenigen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen (zum Ganzen: Entscheid der BRK vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5, E. 2a; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 153).

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 VoeB für die Überprüfung der Eignung der Anbietenden die in Anhang 3 (zur VoeB) genannten Unterlagen erheben und einsehen. Die Auflistung in Anhang 3 ist nicht abschliessend zu verstehen, die Vergabebehörde kann auch andere Nachweise verlangen (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284 Fn. 562 mit Hinweis). 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 und die Eignung der Anbietenden ist aufgrund der mit dem Teilnahmeantrag binnen Frist eingereichten Unterlagen zu prüfen. Werden die ver-

langten Eignungsnachweise erst nach Ablauf der Antragsfrist (beispielsweise im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor der BRK) erbracht, können sie als verspätet nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. Entscheide der BRK vom 13. August 1998, veröffentlicht in VPB 63.18 E. 3b, vom 8. Oktober 2002, a.a.O., E. 2b).

b) Grundsätzlich sind alle Bewerber, welche die in der Ausschreibung angegebenen Eignungskriterien erfüllen, einzuladen, ihre Offerte für die zweite Vergabephase einzureichen. Nach Art. 15 Abs. 4 BoeB kann die Vergabebehörde die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Die Vergabebehörde hat nachzuweisen, dass die zahlenmässige Begrenzung der Einzuladenden für die effiziente Durchführung des Beschaffungsgeschäfts im Sinne von Art. 15 Abs. 4 BoeB notwendig ist (Entscheide der BRK vom 12. November 2003, veröffentlicht in VPB 68.65, E. 3b, vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63, E. 4c, vom 2. Mai 1997, veröffentlicht in VPB 61.76, E. 3c und d). Nach der Rechtsprechung der BRK setzt die Beschränkung - gestützt auf das Transparenzprinzip nach Art. XII Ziff. 2 Bst. j ÜoEB und Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB - eine entsprechende Bekanntmachung in der Ausschreibung (oder allenfalls zumindest in den Ausschreibungsunterlagen) voraus (Entscheid der BRK vom 2. Mai 1997, a.a.O., E. 3d und e, siehe auch Kritik von Peter Gauch, in Baurecht [BR] 1997 S. 120; Bestätigung des Urteils in den Entscheiden vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16, E. 4 und vom 9. Dezember 1999, a.a.O., E. 4c; ebenso: Entscheid des Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 29. Oktober 2002, veröffentlicht in AGVE 2002 S. 338 ff., E. 5). Eine nachträgliche, nicht zum Voraus in der Ausschreibung (oder den Ausschreibungsunterlagen) bekannt gegebene Limitierung der Teilnehmer ist folglich grundsätzlich nicht zulässig. In ihrem ersten Entscheid zu dieser Problematik hat die BRK angefügt, ausnahmsweise könne bei aussergewöhnlichen Umständen solches trotzdem zugelassen werden, so bei aussergewöhnlich grosser Zahl von Bewerbern, welche die Eignungskriterien erfüllen (Entscheid der BRK vom 2. Mai 1997, a.a.O., E. 3d und e).

3.- Die Beschwerdeführerin (als federführende Firma) und die Y. GmbH (als beteiligte Firma) reichten als Bietergemeinschaft eine Bewerbung ein, welche mit einer Punktzahl von 3.75 von allen eingereichten Angeboten Platz 10 von 16 erreicht hat. Fünf besser bewertete Bewerbungen sind von der Vergabestelle aber gar nicht berücksichtigt worden, dies mit der Begründung, diese Anbieter seien bereits in einem anderen Teilprojekt präqualifiziert worden. Damit konnte sich die Bietergemeinschaft auf Platz 5 verbessern (zusammen mit einem anderen Bewerber). Präqualifiziert wurden nur 3 Bewerbungen; die armasuisse gibt in der Vernehmlassung an, die Anzahl Teilnehmer pro Teilprojekt auf drei begrenzt zu haben (siehe Vernehmlassung S. 12 und Rangliste in Vernehmlassungsbeilage 7).

a) Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die Bewertung des Teilnahmeantrags der Bietergemeinschaft beim Eignungskriterium 6 „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“, wo sie 0 Punkte erhalten hat. Sie ist der Ansicht, bei diesem Kriterium hätte die Bietergemeinschaft die maximale Punktzahl (5 Punkte) erhalten sollen. Die Bewertung der übrigen Kriterien wird von der Beschwerdeführerin nicht bemängelt.

Die Eignungskriterien wurden den Anbietern in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben. Sieben Kriterien wurden mit verschiedenen Gewichtungen versehen, das Kriterium 6 mit einer solchen von 5%. Einzig das achte Kriterium wurde als Ausschlusskriterium bezeichnet. Die Skala für die Beurteilung der Eignungskriterien sah die Noten 0 bis 5 vor, wobei 0 für die Bewertung „nicht beurteilbar“ stand (siehe Ziff. 3.1.5 Ausschreibungsunterlagen [Vernehmlassungsbeilage 3]). Die Anbieter hatten als Teilnahmeantrag das vorgegebene Bewerbungsformular (Vernehmlassungsbeilage 4) auszufüllen. Bei Bietergemeinschaften wurde ferner verlangt, dass die Abschnitte 2 und 4 des Bewerbungsformulars durch jede Firma einzeln ausgefüllt werden (Ziff. 3.1.4 der Ausschreibungsunterlagen, ebenso Abschnitt 4 des Bewerbungsformulars). Als Grundlage für die Beurteilung des in Frage stehenden 6. Kriteriums „Messgeräte und GIS-Infrastruktur des Anbieters“ wurde in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 3.1.5) auf folgenden Abschnitt 4.1 des auszufüllenden Bewerbungsformulars (Vernehmlassungsbeilage 4) verwiesen:

4.1 Messgeräte, Datenverarbeitung

- GPS (Global Positioning System): vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Genauigkeit (...)
- Portables XRF-Spektrometer: vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Marke, Strahlungsquelle
- GIS (Geographisches Informationssystem): vorhanden/nicht vorhanden; falls vorhanden: Software, Version.

Im von der Bietergemeinschaft eingereichten Bewerbungsformular (Vernehmlassungsbeilage 6) wird dieser Punkt wie folgt dargestellt:

4.1 Datenverarbeitung X. AG

- GPS: vorhanden; [Angaben zur Genauigkeit]
- GIS: vorhanden; [Angaben zu Software, Version]

4.2 Messgeräte

Die Analytik erfolgt im Labor in Zusammenarbeit mit der Firma Z., Ansprechperson [Name und Telefonnummer]).

aa) Die armasuisse ist der Ansicht, dass das Angebot der Bietergemeinschaft wegen der „eigenmächtigen inhaltlichen Abänderungen der Bewerbungsunterlagen“ sogar hätte ausgeschlossen werden können (wovon sie aber abgesehen habe). Es trifft zu, dass der Abschnitt 4 (neben dem oben dargestellten Abschnitt 4.1 auch 4.2) des Originalbewerbungsformulars durch die Bietergemeinschaft abgeändert und namentlich neu gegliedert worden ist. Ein Ausschluss aus formellen Gründen kommt allerdings gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB nur bei wesentlichen Formfehlern in Betracht (siehe auch Entscheide der BRK vom 23. Dezember 2005 i.S. A. [BRK 2005-017], E. 2a/aa mit Hinweisen, vom 26. März 2001, veröffentlicht in VPB 65.79, E. 2b/cc). Die abweichende Darstellung durch die Bietergemeinschaft kann nicht als solcher schwerwiegender Formverstoss und somit nicht als Ausschlussgrund qualifiziert werden. Die Beschwerdeführerin hat überdies plausibel ausgeführt, dass sie eine eigene Darstellung gewählt hat, damit sie – wie in den Ausschreibungsunterlagen explizit verlangt – für die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen einzeln Angaben machen konnte.

bb) Was die Bewertung des Antrags der Bietergemeinschaft beim Eignungskriterium 6 anbelangt, legt die armasuisse insbesondere dar, dass die geforderten Informationen nicht für beide beteiligten Firmen einzeln geliefert und die erforderlichen Angaben zum portablen XRF-Messgerät gar nicht gemacht worden seien. Weiter sei im Teilnahmeangebot mitgeteilt worden (Ziff. 4.2 der Bewerbung), dass die Analysen in einem Labor durchgeführt würden, was nicht dem von der Vergabebehörde vorgegeben Messverfahren mit portablen XRF-Spektrometer entspreche. Die armasuisse wolle beurteilen können, ob der Anbieter Erfahrung mit der XRF-Messmethode und mit dem Umgang mit portablen XRF-Messgeräten hat und er über die nötige Infrastruktur verfügt.

Die Bietergemeinschaft hat tatsächlich die Darstellung des Bewerbungsformulars abgeändert und zumindest keine ausdrücklichen Angaben gemacht betreffend die Fragen, ob auch die Y. GmbH die GPS- und GIS-Systeme aufweist und ob die beiden Firmen ein portables XRF-Spektrometer besitzen (siehe Ziff. 4.1 und 4.2 der Bewerbung, S. 9 Vernehmlassungsbeilage 6). Zuzustimmen ist der armasuisse vorerst darin, dass die nachträgliche Nennung eines XRF-Messgeräts in der Beschwerde an die BRK (wobei es sich offenbar um das Gerät der Z. handelt, siehe auch Eingabe vom 23. August 2005) nicht berücksichtigt werden kann. Die Anbieterin hat die nötigen Angaben und Nachweise bezüglich der Eignung bis zum Offerteingabedatum zu liefern, nachträgliche Eingaben sind unbeachtlich (oben E. 2a). Der Vergabestelle ist in ihrer Argumentation jedoch nicht zu folgen, wonach aufgrund der etwas unpräzisen Angaben in der Bewerbung das (gesamte) Kriterium Nr. 6 „nicht beurteilbar“ sei und deswegen die Note 0 vergeben werden müsse. Aus Ziff. 4.1 und 4.2 der Bewerbung können die von der Vergabestelle verlangten Informationen nämlich durchaus ersehen werden. Es ergibt sich einerseits klar, dass die GPS- und GIS-Systeme bei der Beschwerdeführerin vorhanden sind, nicht aber bei der Y. GmbH. Betreffend die GPS- und GIS-Systeme war damit die Note 0 („nicht beurteilbar“) offensichtlich nicht rechens. Die Erklärung zum Messgerät in Ziff. 4.2 der Bewerbung muss andererseits so verstanden werden, dass keine der beiden Firmen der Bietergemeinschaft über ein portables XRF-Spektrometer verfügt, sondern mangels eigener Infrastruktur auf jene der Z. zurückgegriffen werden soll. Auch hier trifft es demnach nicht zu, dass die Angaben „nicht beurteilbar“ waren und somit die Note 0 verdient hätten, es hätte wohl zumindest eine 1 („weit unter den Erwartungen“) eingesetzt werden müssen. Jedenfalls war die Durchschnittsnote 0 (im Sinne von „nicht beurteilbar“ wie in den Ausschreibungsunterlagen angegeben) betreffend das Eignungskriterium 6 auf keine Weise zutreffend und die armasuisse hat mit dieser Benotung ihr Ermessen überschritten.

cc) Im Zusammenhang mit Kriterium 6 bzw. dem Unterkriterium „portables XRF-Spektrometer“ bleibt anzumerken, dass kein Ausschlusskriterium vorlag. Es ist zwar den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 3.1.5 in Verbindung mit Abschnitt 4.1 Vernehmlassungsbeilage 4) zu entnehmen, dass ein portables XRF-Spektrometer von der Vergabestelle gewünscht war. Jedoch wurde dieser Punkt - anders als Kriterium 8 - nicht als Ausschlusskriterium bezeichnet. Im Gegenteil handelte es sich bei Eignungskriterium Nr. 6 um ein gewichtetes (5%) und gemäss der Bewertungsskala zu bewertendes Kriterium. Ferner ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, dass zur Durchführung des vorliegenden Auftrages („Historische Untersuchungen“) ein solches Mess-

gerät zwingend nötig ist; die eigentlichen XRF-Messungen sind nämlich erst für die „Technischen Untersuchungen“ vorgesehen, welche zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden sollen und nicht Gegenstand der vorliegenden Vergabe sind (siehe S. 2 f., 7 f. Vernehmlassungsbeilage 2, S. 2 Vernehmlassungsbeilage 3). Damit stellt Kriterium 6 bzw. das Unterkriterium XRF-Spektrometer kein Ausschlusskriterium dar, aufgrund dessen die Bietergemeinschaft (mangels solchen Messgerätes) allenfalls als nicht geeignet hätte bezeichnet werden und vom weiteren Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen (oben E. 2a). Die Vergabestelle bringt im Übrigen gar nicht vor, dass die Beschwerdeführerin (aufgrund der Mängel im Teilnahmeantrag) nicht geeignet gewesen sei. Es ist also davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin als geeignet erachtet und von der armasuisse nur deswegen nicht zur Teilnahme eingeladen worden ist, weil sie sich nicht in den ersten drei Rängen befand.

dd) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin einerseits grundsätzlich zur Erfüllung des Auftrags geeignet und andererseits die Beurteilung des Eignungskriteriums 6 mit der Note 0 nicht haltbar war. Würde nun bei Kriterium Nr. 6 anstatt der Durchschnittsnote 0 beispielsweise eine 2 eingesetzt, so wäre die Beschwerdeführerin mit ihrer Gesamtnote von nunmehr 3.85 auf gleicher Höhe wie die drittplatzierte Bewerberin; bei noch höherer Benotung (z.B. mit 3), würde sie diese sogar überholen. Wie sogleich zu sehen sein wird, erübrigt sich jedoch eine neue Bewertung des Teilnahmeantrags der Bietergemeinschaft.

b) Wie bemerkt wurde die Bietergemeinschaft (zusammen mit einer anderen Firma) auf dem 5. Rang platziert. In der Ausschreibung (Ziff. 4.5) wurde für den Fall, dass „eine Vielzahl von Eingaben in der Qualifikationsrunde erfolgt“ die Anzahl Bewerber auf *fünf* beschränkt. In ihrer Vernehmlassung legt die armasuisse nun aber dar, dass die Anzahl Teilnehmer auf *drei* beschränkt worden sei. Es ist somit der Frage nachzugehen, ob die Anzahl zu präqualifizierender Teilnehmer rechtsgültig auf drei beschränkt worden ist. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste die Beschwerde unabhängig von einer Korrektur der Bewertung der Eignungskriterien gutgeheissen werden.

aa) Die Beschwerdeführerin stellt zur Begründung ihres Antrags auf Zulassung zur Angebotsabgabe zwar hauptsächlich auf die ihrer Meinung nach falsche Bewertung des Kriteriums 6 ab. Die Tatsache, dass nur drei Bewerber präselektioniert worden sind, obwohl die Anzahl Teilnehmer in der Ausschreibung auf fünf (und auch dies nur unter Vorbehalt) festgelegt worden ist, wird von ihr nicht explizit hervorgehoben. In ihrer Eingabe vom 23. August 2005 bemerkt sie immerhin, sie gehe davon aus, zusätzlich an der Ausschreibung teilnehmen zu dürfen; ihretwegen sei kein anderer bereits präqualifizierter Bewerber zu streichen. Zudem wurde die Beschränkung der Anzahl Teilnehmer auf drei Bewerber von der Vergabebehörde erstmals in der Vernehmlassung geltend gemacht und der Beschwerdeführerin war zum Zeitpunkt der Beschwerde ebenfalls nicht bekannt, dass sie Platz 5 erreicht hat. Somit hatte sie – jedenfalls in der Beschwerde – noch keinen Anlass, diese Problematik anzusprechen. Aufgrund des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG) ist die BRK als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden und kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen. Überdies hat die BRK diese Frage be-

reits – wenn auch nicht einlässlich – im dasselbe Gesamtprojekt betreffenden Verfahren BRK 2005-015 (Entscheid der BRK vom 28. Dezember 2005 i.S. C., E. 3) geprüft und das Folgende erwogen: „(...) die Zahl der zu präqualifizierenden Anbieter in der Ausschreibung für den Fall, dass eine Vielzahl von Eingaben erfolgen sollte, auf fünf (Ziff. 4.5 Ausschreibung), ansonsten aber gar nicht beschränkt worden ist. Entgegen den Angaben der armasuisse in der Vernehmlassung (...) ist den Akten nicht zu entnehmen, dass die Anzahl der Präqualifikationen auf drei beschränkt worden wäre.“

bb) Nach Art. 15 Abs. 4 BoeB kann die Vergabebehörde - unter bestimmten, von ihr nachzuweisenden Voraussetzungen - die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken. Dies bedingt aber nach der dargelegten Rechtsprechung der BRK (oben E. 2b) eine entsprechende Bekanntmachung in der Ausschreibung (oder allenfalls in den Ausschreibungsunterlagen). Vorliegend wurde also korrekterweise bereits in der Ausschreibung eine Beschränkung auf *fünf* Teilnehmer mitgeteilt (unter dem Vorbehalt, dass eine Vielzahl von Bewerbungen erfolgen würde). Hingegen war die von der armasuisse angerufene Limitierung auf *drei* Bewerber in der Ausschreibung nicht eröffnet worden - und ebenso wenig in den Ausschreibungsunterlagen. Die durch die armasuisse offenbar rein intern und vermutlich nachträglich beschlossene sowie den Bewerbern nicht mitgeteilte Beschränkung auf drei Teilnehmer widerspricht damit dem Transparenzprinzip (siehe auch oben E. 2a), welches verlangt, dass eine solche Reduktion der Anzahl Teilnehmer bekannt gegeben und nicht nachträglich allein gestützt auf den freien Willen der Vergabebehörde festgesetzt wird. Überdies besteht bei einem solchen Vorgehen auch die Gefahr der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips (Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB), denn durch eine entsprechende Festlegung der Limite könnten gewisse Bewerber gezielt benachteiligt werden.

Demnach ist die Vergabebehörde vorliegend an die Ausschreibung gebunden und damit ebenso an die darin bekannt gegebene Anzahl zum Angebot einzuladender Bewerber. Die Zulässigkeit dieser Bestimmung in der Ausschreibung ist vorliegend nicht zu prüfen, da die Ausschreibung – welche eine Verfügung im Sinne von Art. 29 Bst. b BoeB darstellt – nicht angefochten worden und damit rechtskräftig geworden ist (Entscheide der BRK vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in VPB 63.16, E. 4 und vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in VPB 64.63, E. 4c letzter Absatz). Ebenso ist nicht zu untersuchen, ob der in der fraglichen Passage enthaltene Vorbehalt der „Vielzahl von Eingaben“ erfüllt ist, denn nachdem die Bietergemeinschaft den 5. Platz erreicht hat, ist sie unabhängig davon zu präqualifizieren, ob die Beschränkung auf fünf Teilnehmer statthaft war oder nicht (im zweiten Fall müssten nämlich sämtliche geeigneten Bewerber präqualifiziert werden, siehe vorstehend E. 2b).

c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Bietergemeinschaft grundsätzlich geeignet ist für die Erfüllung des Auftrags, dass sie (ohne die „ausgeschlossenen“ Bewerber miteinzubeziehen) auf den 5. Platz gelegen kam und die armasuisse sich unzulässigerweise auf eine Beschränkung der Teilnehmerzahl auf drei berufen hat.

Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot unter Berücksichtigung der ausgeschlossenen („überzähligen“) Bewerbungen nur den Platz 10 erreicht hat, ändert im Übrigen - selbst wenn die vor ihr rangierten Bewerbungen zu Unrecht ausgeschlossen worden sein sollten - nichts am vorstehenden Ergebnis. Die besser bewerteten, aber ausgeschlossenen Anbieter haben ihre Nichtberücksichtigung nicht angefochten und dürfen nicht mehr nachträglich präqualifiziert werden. Dasselbe gilt für den Bewerber, welcher (nach Ausschluss der „überzähligen“ Bewerbungen) zusammen mit der Bietergemeinschaft den 5. Platz besetzte, auch dieser hat seine Nichtberücksichtigung nicht angefochten.

4.- a) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung der armasuisse betreffend Präqualifikation (Teilprojekt A.) vom 19. Juli 2005 wird insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft X. AG/Y. GmbH nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Die Bietergemeinschaft ist für die Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zu präqualifizieren.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung gestellt (vgl. Art. 28 BoeB). Sie verlangt jedoch nicht einen Abbruch und die Wiederholung des ganzen Vergabeverfahrens, sondern vielmehr die Zulassung zur Offertstellung. Der versäumte Antrag auf aufschiebende Wirkung hat nicht zur Folge, dass die Bietergemeinschaft zwingend vom Verfahren ausgeschlossen werden muss, sondern die Zulassung zum Angebot kann trotzdem noch möglich sein (vgl. Entscheide der BRK vom 6. Dezember 2003 i.S. E. AG [BRK 2002-012], E. 4b, vom 12. Dezember 2003, veröffentlicht in VPB 68.65, E. 5a). Der BRK ist aus einem anderen Beschwerdeverfahren (...) bekannt, dass das Verfahren suspendiert worden ist bis zur Behandlung sämtlicher vor der BRK hängigen Beschwerden im Zusammenhang mit allen Teilprojekten der Gesamtvergabe. Es ist demnach davon auszugehen, dass das Verfahren betreffend Teilprojekt A. noch nicht weitergeführt worden ist und noch kein Zuschlag erfolgt, geschweige denn mit einer Anbieterin ein Vertrag abgeschlossen worden ist. Ein Anwendungsfall im Sinne von Art. 32 Abs. 2 BoeB liegt mithin nicht vor. Das Vergabeverfahren ist noch nicht so weit fortgeschritten, dass eine Zulassung der Bietergemeinschaft nicht mehr praktikabel erscheint. Somit ist dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Präqualifikation zu entsprechen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Da die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten ist und sie keine wesentlichen Auslagen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) dartut, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

erkannt:

- 1.- Die Beschwerde der X. AG vom 21. Juli 2005 wird gutgeheissen und die Verfügung der armasuisse betreffend Präqualifikation (Teilprojekt A.) vom 19. Juli 2005 insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft X. AG/Y. GmbH nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Die Bietergemeinschaft ist für die Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zu präqualifizieren.
- 2.- Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
- 3.- Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
- 4.- Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin und der armasuisse schriftlich eröffnet.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart