



BRK 2006-001

Der Präsident: André Moser
Die Gerichtsschreiberin: Andrea Flubacher

Zwischenverfügung vom 24. Februar 2006

in Sachen

Bietergemeinschaft X. AG, bestehend aus:

1. X. AG, (...) und
2. Y. AG, (...),

Beschwerdeführerin, vertreten durch ...

gegen

Beschaffungsgemeinschaft S-POS, bestehend aus:

1. Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division Personenverkehr, Geschäftsbereich Informatik, Wylstrasse 125, 3000 Bern 65 und
2. Die Schweizerische Post, PostAuto, Business Development, Helvetiastrasse 17, Postfach, 3030 Bern,

vertreten durch die Schweizerische Post, Generalsekretariat/Rechtsdienst, Viktoriastrasse 21, 3030 Bern

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Zuschlag bzw. Ausschluss vom Vergabeverfahren; aufschiebende Wirkung)

Sachverhalt:

A.- Die Beschaffungsgemeinschaft S-POS, bestehend aus den Schweizerischen Bundesbahnen SBB und der Schweizerischen Post, schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom (...) einen kombinierten Lieferauftrag für die Beschaffung von Fahrausweis-Ausgabegeräten und zugehöriger Backend-Systeme unter Verwendung einer standardisierten Datenschnittstelle öffentlich aus. Als Verfahrensart wurde das selektive Verfahren gewählt.

Innert Frist gingen zwölf Anträge auf Teilnahme ein, worunter jener der Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG, unter Federführung ersterer. Die Beurteilungen ergaben, dass alle zwölf Antragsteller grundsätzlich geeignet gewesen wären, zur zweiten Stufe im Vergabeverfahren zugelassen zu werden. Entsprechend ihrem Vorbehalt mit Bezug auf die Beschränkung der Anzahl der zum Angebot einzuladenden Bewerber hielt die Beschaffungsgemeinschaft aber daran fest, nur die maximal sechs bestbewerteten Anbieter zu präqualifizieren. Je mit Verfügung vom 8. September 2003 wurde den zwölf Antragstellern das Ergebnis der Eignungsprüfung sowie die Namen der präqualifizierten Anbieter mitgeteilt.

B.- Die X. AG erhob mit Eingabe vom 28. September 2003 bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, Rekurskommission) Beschwerde gegen diesen Präqualifikationsentscheid.

Der Präsident der BRK forderte die X. AG mit Schreiben vom 19. November 2003 auf, innert einer Frist von zehn Tagen eine Erklärung der Y. AG nachzureichen, wonach diese nach wie vor bereit wäre, zusammen mit der X. AG als Bietergemeinschaft auch in der Angebotsphase teilzunehmen. Mit Fax vom 28. November 2003 an die BRK bestätigte die Y. AG, dass sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft von X. sei.

Am 12. Dezember 2003 fand eine öffentliche Verhandlung statt und die BRK hiess die Beschwerde der X. AG vom 26. September 2003 mit Entscheid vom 12. Dezember 2003 im Sinne der Erwägungen gut; die Verfügung der Beschaffungsgemeinschaft S-POS vom 8. September 2003 betreffend Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren wurde insoweit aufgehoben, als dadurch die Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG nicht zur Abgabe eines Angebots zugelassen worden ist. Zur Begründung hielt die BRK insbesondere fest, nach Einsicht in die Unterlagen des Präqualifikationsverfahrens und Anhörung der Parteien habe sich ergeben, dass für die schlechte Benotung der Bietergemeinschaft beim Kriterium „Rechtsform und Gesellschaftskapital“ eine sachlich haltbare Begründung auch nicht ansatzweise erkennbar sei. Im Gegenteil sei aufgrund des Vergleichs mit den anderen Anbietern davon auszugehen, dass die erteilte Note (unter Berücksichtigung der Kooperation mit der Y. AG) eindeutig zu niedrig sei.

C.- Mit Verfügung vom 16. Dezember 2005 wurde die X. AG aus dem Vergabeverfahren S-POS ausgeschlossen. Gleichzeitig wurden auch die übrigen Anbieterinnen über den

Zuschlagsentscheid zu Gunsten der Z. GmbH informiert. Der Zuschlagsentscheid wurde am (...) im SHAB publiziert. Zur Begründung hielt die Vergabebehörde fest, im Rahmen der Verhandlungen vom November 2005 habe sich wiederholt die Frage nach der Vertretungsvollmacht der Y. AG zu Gunsten der X. AG gestellt. Am 23. November 2005 habe die Y. AG der Schweizerischen Post schriftlich mitgeteilt, sie sei bereits per 31. Dezember 2004 aus der Bietergemeinschaft mit der X. AG ausgetreten. Die Verhandlungen seien daher unter dem ausdrücklichen Vorbehalt fortgesetzt worden, dass rechtliche Abklärungen nicht zum Ergebnis führten, dass die Bietergemeinschaft bzw. die X. AG als Folge des Austritts der Y. AG aus dem Verfahren auszuschliessen sei. Gestützt auf Abklärungen in der Literatur und die klare Rechtsprechung der Rekurskommission sehe sich die Beschaffungsgemeinschaft S-POS veranlasst, die X. AG aus dem Verfahren auszuschliessen.

D.- Die X. AG erhebt für die Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG mit Eingabe vom 9. Januar 2006 - eingegangen bei der BRK am 17. Januar 2006 - Beschwerde gegen diese Ausschlussverfügung. Sie beantragt die sofortige Sistierung des Ausschreibungsverfahrens, die Aufhebung der Ausschlussverfügung bzw. des Zuschlagsentscheids vom 16. Dezember 2005, den Zuschlag an die Beschwerdeführerin, den Ausschluss der Firmen Z. GmbH, W. GmbH, V. AG und T. AG aus dem Verfahren sowie vollständige Akteneinsicht. Eventuell wird die Aufhebung der Ausschreibung der S-POS vom 16. Juli 2003 und die Erstattung der Aufwendungen der Beschwerdeführerin bezüglich des Vergabeverfahrens S-POS verlangt. Zur Begründung macht sie namentlich geltend, im Rahmen der Verhandlungen sei von der Schweizerischen Post ohne Angabe von Gründen die Vertretungsbefugnis der Y. AG verlangt worden; dies sei verfahrenswidrig gewesen. Die Beschwerdeführerin habe erklärt, dass sie als federführendes Unternehmen befugt sei, für die gesamte Bietergemeinschaft zu verhandeln. Gemäss Vollmacht vom 15. Dezember 2003 habe die Y. AG der X. AG eine uneingeschränkte Vollmacht zur Vertretung der Belange der Bietergemeinschaft für das Projekt S-POS erteilt. Die Y. AG habe zu keinem Zeitpunkt, weder mündlich noch schriftlich, ihr Ausscheiden aus der Bietergemeinschaft erklärt. Das Schreiben vom 23. November 2005 stelle keine rechtsverbindliche Erklärung im Sinne des Vergaberechts sowie der Verfahrensunterlagen dar. Dessen Unterzeichner S. sei nicht legitimiert gewesen, eine Erklärung für die Bietergemeinschaft abzugeben. Selbst wenn die Rekurskommission zu einer anderen Auffassung gelangen würde, sei der Ausschluss dennoch vergaberechtswidrig, zumal die X. AG auch alleine die Eignungskriterien erfülle.

E.- Mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2006 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. In einem Schreiben vom gleichen Tag fordert der Präsident der BRK die Beschwerdeführerin unter anderem auf, spätestens bis zum 9. Februar 2006 eine Erklärung der Y. AG, wonach die beschwerdeführende Bietergemeinschaft nach wie vor bestehe, eine Vollmacht sowie einen Handelsregisterauszug der Y. AG nachzureichen. Letzterer wurde fristgerecht eingereicht, während zur Einreichung der Vollmacht um Fristverlängerung ersucht wurde. Die BRK gewährte der Beschwerdeführerin hiezu eine Fristerstreckung bis 20. Februar 2006.

F.- In Ihrer Vernehmlassung vom 8. Februar 2006 beantragt die Schweizerische Post für die Beschaffungsgemeinschaft S-POS, auf die Beschwerde der Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG vom 9. Januar 2006 sei mangels Legitimation nicht einzutreten. Eventuell sei der S-POS eine neue Frist zur Einreichung einer umfassenden Stellungnahme anzusetzen. In der Begründung wird insbesondere ausgeführt, das seinerzeitige Verfahren vor der BRK sei für das vorliegende Verfahren deshalb relevant, weil die X. AG die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausdrücklich damit begründet habe, dass die Y. AG Partnerin und Mitglied der Bietergemeinschaft sei. Dieser Umstand sei für die damalige Gutheissung der Beschwerde durch die BRK und die weitere Teilnahme am Verfahren der entscheidende Punkt gewesen. Er sei auch für das vorliegende Verfahren von grosser Bedeutung, nachdem die Y. AG schriftlich erklärt habe, sie sei per Ende 2004, also vor der Angebotsabgabe und dem Zuschlagsentscheid, aus der Bietergemeinschaft ausgetreten. Bei dieser Sachlage stehe ohne weiteres fest, dass die im Vergabeverfahren S-POS präqualifizierte Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG im Zeitpunkt der Angebotsabgabe und späteren Zuschlagserteilung nicht mehr existiert habe.

Die ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene Z. GmbH beschränkt sich in ihrem Schreiben vom 6. Februar 2006 (vorläufig) darauf mitzuteilen, dass sie aus Wettbewerbsgründen einer Weitergabe ihrer Offerte und aller technischen sowie kommerziellen Einzelheiten (auch die der Auftragsverhandlungen) an die Beschwerdeführerin in keinem Fall zustimmen könne.

Auf die weitere Begründung in den Eingaben an die Rekurskommission 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[n], Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert), sind hier unbestrittenermassen erfüllt.

b) Gegen Entscheide der Auftraggeberin über den Ausschluss bzw. den Zuschlag ist die Beschwerde an die Rekurskommission, welche endgültig entscheidet, zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. a bzw. d 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 zuständig. Damit hat sie auch über das sinngemäss gestellte Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu befinden (Art. 28 Abs. 2 BoeB).

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) Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bildet allein die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Über ein solches Begehren verfahrensrechtlicher Art hat der Vorsitzende der Rekurskommission ohne Verzug (vgl. Art. 55 Abs. 3 VwVG) und ohne Durchführung einer (partei-)öffentlichen Verhandlung zu befinden.

2.- a) Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann von der Rekurskommission auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde zumindest sinngemäss ein solches Begehren.

b) Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen des Beschwerdeführers, öffentliche Interessen des Auftraggebers sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen (BGE 117 V 191 E. 2b, 110 V 45 E. 5b, 106 Ib E. 2a, 105 V 268 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1800 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, Bern 1991, S. 443). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Zwischenentscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.79, E. 2a mit Hinweisen, sowie vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 2c; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 658).

c) Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden.

3.- Vorab ist vorliegend zu prüfen, wie es sich mit der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin verhält.

a) Im Bereich des BoeB ist u.a. beschwerdelegitimiert, wer bei einem öffentlichen Vergabeverfahren nicht berücksichtigt oder ausgeschlossen worden ist (Art. 48 lit. a VwVG i.V.m. Art. 26 Abs. 1 BoeB). Handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft, so kann nach der Rechtsprechung der Rekurskommission 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 nicht mehr interessiert sind (Entscheidung der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29, E. 1b, sowie vom 23. Januar 2006 [BRK 2005-008], E. 1b mit Hinweisen). Das nachträgliche Ausscheiden eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft stellt nämlich eine wesentliche Änderung des Angebots dar. Das Angebot umfasst nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem bestimmten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbietet es daher, eine Bietergemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder Austausch einzelner ihrer Mitglieder (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2003 [VB.2003.00032], E. 2). Das Ausscheiden eines Mitglieds hat damit zur Folge, dass die Legitimation der übrigen Gesellschafter zur Anfechtung des Vergabeentscheides entfällt. Denn diese könnten selbst bei einer Gutheissung der Beschwerde allein nicht den Zuschlag erhalten, weil sie allein keine Offerte eingereicht haben (Zwischenentscheid der BRK vom 14. April 2005, veröffentlicht in VPB 69.80, E. 3b mit Hinweisen). In gleichem Sinne hält auch das Bundesgericht fest, den Erhalt des entgangenen Zuschlags könnten nur alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft gemeinsam verlangen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2004 [2P.111/2003], E. 1.1).

b) Die Beschwerdeführerin hat binnen der bis zum 20. Februar 2006 erstreckten Frist weder eine Erklärung der Y. AG, wonach die beschwerdeführende Bietergemeinschaft nach wie vor bestehe, noch eine Vollmacht eingereicht. Dass die Y. AG aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden ist, geht aber auch aus den Akten hervor. So liegt ein Schreiben vom 23. November 2005 vor, in dem der Schweizerischen Post auf deren Wunsch bestätigt wird, dass die konsortiale Zusammenarbeit mit der X. AG per 31. Dezember 2004 endete und eine Bietergemeinschaft nicht mehr bestehe. Was die Beschwerdeführerin gegen die Gültigkeit dieser Erklärung vorbringt, schlägt nicht durch. Denn einerseits wurde das Schreiben nicht von S. unterzeichnet, sondern enthält die Unterschriften von R. und Q., bei denen es sich offenbar um den Leiter bzw. kaufmännischen Leiter Y. AG handelt. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass dieses Schreiben vorab in elektronischer Form (als PDF-Beilage) von P. an O. (Konzerneinkauf Post) gesandt wurde, mit Kopie an S. und N., also ausgerechnet von jener Person, die selbst die Beschwerdeführerin als einen der beiden internen Projektverantwortlichen auf Seiten von Y. bezeichnet und die seinerzeit den Fax vom 28. November 2003 an die BRK unterzeichnete, mit

dem die Y. AG im vorhergehenden Beschwerdeverfahren fristgerecht bestätigte, dass sie weiterhin Mitglied der Bietergemeinschaft von X. sei. Dass die Vergabebehörde während der Verhandlungen die Vertretungsbefugnis der Y. AG (erneut) überprüfte, nachdem sie diesbezüglich offenbar gewisse Zweifel hatte, lässt sich nicht beanstanden.

c) Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt somit zum Schluss, dass die Rekurskommission nach dem Ausscheiden der Y. AG aus der Bietergemeinschaft auf die vorliegende Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht eintreten können (vgl. VPB 65.118, E. 1.2 mit Hinweisen). Damit dürfte auch feststehen, dass die Bietergemeinschaft X. AG/Y. AG zu Recht aus dem Vergabeverfahren der Beschaffungsgemeinschaft S-POS ausgeschlossen worden ist, so dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht kaum Aussichten auf Erfolg hätte, sofern auf sie eingetreten werden könnte. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, der Ausschluss sei selbst bei einem Ausscheiden der Y. AG aus der Bietergemeinschaft vergaberechtswidrig, zumal die X. AG auch alleine die Eignungskriterien erfülle, kann nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang erinnert die Schweizerische Post in ihrer Vernehmlassung auch zu Recht daran, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Y. AG bei der Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation eine entscheidende Rolle gespielt hat.

Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge (vgl. vorne E. 2c). Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden.

Aus diesen Gründen hat der Präsident der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

verfügt:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung vom 18. Januar 2006, mit welcher der Beschwerde vom 9. Januar 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.
2. Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.
3. Diese Zwischenverfügung wird der Beschwerdeführerin und dem Vertreter der Beschaffungsgemeinschaft S-POS schriftlich eröffnet sowie der Z. GmbH mitgeteilt.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Andrea Flubacher