VPB 62.16

(Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössichen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 13. Juni 1997)

Öffentliches Beschaffungswesen. Legitimation zur Anfechtung des Zuschlags.

Drittbetroffenen wird die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie ein eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen können. Dabei kommt den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache spezielle Bedeutung zu.

Das Vorliegen dieser Beziehungsnähe wird in casu bei einem Planungsunternehmen verneint, dessen bestehender Vertrag mit der verfügenden Behörde in der Ausschreibung für einen Generalunternehmerauftrag als Gegenstand einer Übernahmepflicht erklärt wurde.

Marchés publics. Qualité pour recourir contre une décision d'adjudication.

Les tiers intéressés se verront reconnaître la qualité pour recourir dans la mesure où ils peuvent avoir un intérêt propre et digne de protection à faire valoir dans la procédure de recours. A cet égard, l'exigence d'un intérêt direct à l'objet du litige revêt une signification particulière.

L'existence d'un tel intérêt est niée en l'espèce dans le cas d'une entreprise de planification dont le contrat la liant à l'autorité appelée à décider fait l'objet d'une obligation de reprise selon les termes de l'avis de soumission pour un mandat d'entreprise générale.

Acquisti pubblici. Legittimazione a ricorrere contro l'aggiudicazione.

I terzi interessati sono legittimati a ricorrere nella misura in cui hanno un interesse degno di protezione, personale e distinto, a interporre ricorso. In tale ambito riveste particolare importanza l'esigenza di una relazione diretta con l'oggetto del litigio.

L'esistenza di una siffatta relazione non è ammessa nel caso di un'impresa di progettazione il cui contratto con l'autorità chiamata a decidere è stato dichiarato oggetto di un obbligo di ripresa nel bando di concorso relativo a un contratto d'appalto generale.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Das Amt für Bundesbauten (AFB) und die Firma S. schlossen am 30. Dezember 1992 einen Vertrag über die Gesamtleitung und Architektenleistungen für die Planung und den Bau der Bundesbauten (...). Der Auftrag umfasste vorerst nur die Phasen «Vorprojekt- und Projektphase». Für die Auftragserteilung der weiteren Phasen wurde die schriftliche Form vorbehalten. Nach Abschluss der Vorprojektphase entschied sich das AFB, den Auftrag an einen Generalunternehmer zu vergeben.

Mit Publikation vom 5. Dezember 1996 veröffentlichte das AFB eine Ausschreibung nach selektivem Verfahren für einen Generalunternehmerauftrag zur Erstellung der Bauten. In den Ausschreibungsunterlagen wurde S. in C1 «Projektorganisation» als Architekt genannt. In E2 «Übernahme Planungsteam» wurde festgehalten:

«Der Architekt, der Bauingenieur und die Fachingenieure haben mit dem Amt für Bundesbauten Honorarverträge abgeschlossen. Der Generalunternehmer muss das gesamte Planungsteam übernehmen.»

B. Am 19. März 1997 erfolgte der Zuschlag an die X AG. In der Folge schloss die X AG mit den vorgesehenen Bauingenieuren und den Fachingenieuren, gemäss der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Verpflichtung, Verträge ab. In den Verhandlungen zwischen der X AG und S. verlangte letztere, die gestalterische Leitung müsse mit der örtlichen Bauleitung gekoppelt werden.

Der Generalunternehmer-Werkvertrag zwischen dem AFB und der X AG wurde am 26. März 1997 abgeschlossen. Im Rahmen dieses Werkvertrages verpflichtete sich die X AG zur Übernahme des gesamten Planungsteams. Die Vergabe des Auftrages an die X AG wurde am 2. April 1997 publiziert.

Mit Schreiben vom 8. April 1997 teilte die X AG der Firma S. mit, da sie daran festhalte, für das übrige Projekt die gestalterische Leitung nur gekoppelt mit der örtlichen Bauleitung zu übernehmen, wolle die X AG von diesem Angebot keinen Gebrauch machen.

C. Mit Eingabe vom 16. April 1997 erhebt S. Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (im folgenden: Rekurskommission). Die Beschwerdeführerin verlangt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des AFB die Aufhebung der Zuschlagsverfügung an die X AG vom 19. März 1997; eventualiter sei das AFB anzuweisen, den angefochtenen Zuschlag zu widerrufen; subeventualiter sei das AFB anzuweisen, die X AG unter Androhung des Widerrufs des Zuschlages anzuweisen, den ihr überbundenen Vertrag mit der Beschwerdeführerin einzuhalten. Schliesslich wird beantragt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

(Die Rekurskommission tritt auf die Beschwerde nicht ein.)

Aus den Erwägungen:

1.a. (Formelles, vgl. VPB 61.24 E. 1a)

2.a. Zur Beschwerde an die Rekurskommission ist gemäss Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) i. V. m. Art. 48 Bst. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Vorschrift von Art. 48 Bst. a VwVG stimmt wörtlich mit Art. 103 Bst. a OG überein, der die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht regelt (BGE 116 Ib 323 E. 2a mit Hinweisen). Dem Erfordernis des «Berührtseins» kommt neben demjenigen des «schutzwürdigen Interesses» keine selbständige Bedeutung zu (Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993 Rz. 235; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, S. 898).

Das Anfechtungsinteresse kann rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein und es genügt, wenn rein tatsächliche, praktische, wirtschaftliche, ideelle oder andere Interessen der beschwerdeführenden Person verletzt werden. Gefordert wird, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen
Beziehung zur Streitsache steht (BGE 121 II 43 E. 2c/aa, 119 Ib 376 E. 2a/aa). Damit diese Beziehungsnähe gegeben ist, muss das Interesse ein unmittelbares, eigenes und persönliches sein. Die besondere Beziehungsnähe ist vom Beschwerdeführer selbst darzulegen, da sich die Begründungspflicht auch auf die Frage der Beschwerdebefugnis erstreckt (BGE 120 Ib 433 E. 1; VPB 61.22, S. 197). Ein schutzwürdiges Interesse liegt nur vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann oder anders ausgedrückt: es besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (BGE 121 II 177 E. 2a, 120 Ib 355 E. 3b, 120 Ib 433 E. 1, 119 Ib 376 E. 2, 116 Ib 323 E. 2; VPB 60.63, S. 524).

b. Zur Einlegung des Rechtsmittels sind einmal all jene befugt, gegenüber denen die Verwaltung eine sie direkt belastende Verfügung erlassen hat, bzw. die mit ihrem Rechtsbegehren vor der Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen sind. Zu diesen sogenannten primären Adressaten gehören bei einem öffentlichen Vergabeverfahren nach GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422) in erster Linie die nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Mitbewerber. Mit der Möglichkeit, widerrechtliche Entscheide der Vergabebehörde (namentlich einen widerrechtlichen Zuschlag) durch förmliche Beschwerde anzufechten, ist der öffentlichrechtliche Schutz des Submittenten mit dem Inkrafttreten des BoeB auf den 1. Januar 1996 erheblich erweitert worden (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 146).

Auch Drittbetroffenen, den sogenannten sekundären Adressaten, wird die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen können. Bei der Beschwerde durch Dritte kommt dabei den Anforderungen an die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache spezielle Bedeutung zu. Ob diese Beziehungsnähe gegeben ist, muss jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden (BGE 121 II 178, 120 Ib 51 E. 2a, 119 Ib 376 E. 2a/aa).

c. Die Beschwerdeführerin war im vorliegend durchgeführten Vergabeverfahren nicht Anbieterin und fällt daher als direkte Mitbewerberin und primäre Adressatin ausser Betracht.

Zu prüfen bleibt, ob sie als Drittbetroffene eine ausreichende Beziehungsnähe zur Streitsache hat. Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerdelegitimation mit dem zwischen ihr und dem AFB am 30. Dezember 1992 abgeschlossenen Vertrag, dessen Übernahme offensichtlicher Bestandteil, ja Bedingung des Zuschlages bilde. Sie erblickt ihre Beschwerdebefugnis darin, dass die auserwählte Anbieterin, deren Angebot den Zuschlag erhalten hat, dieser Übernahmepflicht nicht nachgekommen sei; sei es, weil die Übernahmepflicht sie direkt berühre (Art. 6 VwVG), sei es, weil dadurch gar ein Vertrag zu Gunsten Dritter durch die auserwählte Anbieterin einzuhalten sei. Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin ihre Betroffenheit auch darin, dass sie sich selbst für die Architekturarbeiten unter einer anderen Anbieterin, d. h. als Subunternehmerin, an der Ausschreibung beteiligt habe, womit sie zumindest indirekt Mitbewerberin (gewesen) sei.

Wie das AFB in seiner Vernehmlassung vom 2. Mai 1997 zutreffend ausführt, hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan, inwiefern sie in einer besonderen, beachtenswerten und nahen Beziehung zur Streitsache steht, bzw. sind die von ihr gemachten Ausführungen nicht geeignet, dieses Kriterium zu belegen. Denn die von der Beschwerdeführerin angeführten Argumente würden es ohnehin nicht erlauben, die angefochtene Verfügung zu ihren Gunsten aufzuheben. Insbesondere kann in der Nichteinhaltung der umstrittenen vertraglichen Klausel nicht ein Grund zum Ausschluss der auserwählten Anbieterin oder zum Widerruf der angefochtenen Verfügung erblickt werden. Die behauptete Nichtbeachtung der Klausel kann, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Auflage oder um einen Vertrag zu Gunsten Dritter handelt, nicht die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung zur Folge haben. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen liegen klarerweise ausserhalb des Schutzbereiches des Submissionsrechts. Gemäss Art. 1 BoeB will der Bund mit diesem Gesetz das Vergabeverfahren regeln und transparent gestalten, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern stärken, deren Gleichbehandlung gewährleisten und den wirtschaftlichen
Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Die Interessen der Beschwerdeführerin stehen nicht in einer genügend engen Verbindung zu den erwähnten Vergaberegeln, deren Verletzung gerügt werden kann und zu deren Durchsetzung die Rekurskommission auf Beschwerde hin berufen ist. Der Beschwerdeführerin ist daher die besondere Beziehungsnähe, die für die Beschwerdelegitimation erforderlich ist, abzusprechen. Dies gilt auch insofern, als die Beschwerdeführerin vorbringt, sie habe sich selbst für die Architekturarbeiten unter einer anderen Anbieterin, d. h. als Subunternehmerin, an der Ausschreibung beteiligt und sei indirekt Mitbewerberin (gewesen). Die Situation der Beschwerdeführerin ist schliesslich auch nicht vergleichbar mit jener, bei der eine beschwerdeführende Vertragspartei als sekundäre Adressatin zugunsten der anderen privaten Vertragspartei und primären Verfügungsadressatin auftritt (vgl. Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 242). Denn Vertragspartei der Beschwerdeführerin ist vorliegend nicht eine Verfügungsadressatin, sondern die verfügende Behörde. Fehlt es der Beschwerdeführerin an der Legitimation, die behauptete Nichteinhaltung der vertraglichen Klausel auf dem verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg geltend zu machen, ist
auf ihre Beschwerde nicht einzutreten. Damit erübrigt sich zugleich die Behandlung der Frage der beantragten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Dokumente der BRK