

Irene Widmer

Unzulässigkeit der nachträglichen Änderung von Eignungskriterien

VZgV

Die Vergabestelle kann nach dem Eingang der Angebote feststellen, dass nur wenige Anbietende die Eignungskriterien erfüllen. Wie soll sie hier weiter vorgehen? Soll sie die Anbietenden, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, aus dem Verfahren ausschliessen und riskieren, dass nur wenige Anbietende übrigbleiben? Oder soll sie bei der Anwendung der Eignungskriterien weniger streng sein?

Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, wie in einem solchen Fall vorzugehen ist.

1 Grundsätzliche Bindung an Eignungskriterien

Die Vergabebehörde ist an ihre in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungskriterien gebunden.¹ Die Eignungskriterien können höchstens im Rahmen der Fragenbeantwortung vor dem Eingabetermin konkretisiert bzw. präzisiert werden, sofern die Auskünfte allen Anbietenden gleichzeitig erteilt werden (§ 17 Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, SVO; LS 720.11).² Die Änderung eines Eignungskriteriums nach Eingang der Offerten ist hingegen ausgeschlossen. Es ist somit unzulässig, nicht auf die ausgeschriebenen Eignungskriterien abzustellen.³

Ebenso dürfen nach erfolgter Öffnung der Offerten keine neuen Eignungskriterien eingeführt werden.⁴ Bei der Bewertung der Eignung der Anbieter kommt der Vergabebehörde allerdings ein weiter Ermessensspielraum zu.⁵ In diesen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit zusteht, nicht ein.⁶ Vorbehalten bleiben höchstens eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens.⁷

2 Rechtlich zulässiges Vorgehen

2.1 Ausschluss des Anbietenden aus dem Verfahren

Gemäss § 4a Abs.1 lit.a des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB-BeitrittsG; LS 720.1]. müssen Anbietende aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der

Fall bei fehlender Erfüllung der Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitriffsG), bei Missachtung von wesentlichen Formerfordernissen, insb. fehlende Unterschriften oder die Unvollständigkeit des Angebots⁸ (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitriffsG) und bei Nichterfüllung der Anforderungen an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitriffsG).

Nicht jeder Mangel führt allerdings zum Ausschluss aus dem Verfahren. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass ein Anbieter nur bei wesentlichen Mängeln ausgeschlossen werden darf. Ein Verhalten mit Bagatelldarakter rechtfertigt noch keinen Ausschluss.⁹ Unbedeutend sind rein formelle Mängel, beispielsweise eine fehlende separate Unterzeichnung oder wenn lediglich eine Bescheinigung fehlt, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt.¹⁰ Vorbehalten sind somit Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung geringfügig sind oder auf einen überspitzten Formalismus hinausliefen und schliesslich Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten.¹¹

Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden.¹² Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde.¹³ Beispiele für bedeutende Mängel ist beispielsweise die Nennung von weniger als der geforderten Anzahl Referenzobjekte.¹⁴ Nicht fristgerecht eingereichte Eignungsnachweise können aber zu einem Ausschluss führen.¹⁵

2.2 Abbruch des Vergabeverfahrens

Nach § 37 Abs. 1 lit. c SVO kann die Vergabebehörde insbesondere das Verfahren abbrechen, wenn nach der Einreichung der Angebote kein wirksamer Wettbewerb garantiert werden kann.¹⁶

Eine Vergabestelle könnte zum Schluss kommen, dass kein wirksamer Wettbewerb sichergestellt ist, wenn sich bei der Öffnung der Angebote herausstellt, dass die Vergabestelle beispielsweise bei der Forderung der Anzahl Referenzen zu streng war und nur sehr wenige Anbieter übrigbleiben.¹⁷

Eine Änderung der Eignungskriterien ist auch in einem solchen Fall nicht möglich. Dies hat das Verwaltungsgericht bereits mehrfach entschieden. Ist von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen, kann man aus einer geringen Zahl von Anbietern bzw. geeigneten Anbietern nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs schliessen; dies gilt selbst dann, wenn bloss ein Anbieter übrigbleibt.¹⁸

Folglich bleibt der Vergabebehörde in den meisten Fällen nichts anderes übrig, als diejenigen Anbieter zu berücksichtigen, welche die Eignungskriterien erfüllen.

Irene Widmer, Rechtsanwältin, Affoltern am Albis

¹ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2; VB.2015.00715 vom 7. April 2016 E. 3.5; Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Steiner Marc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 626.

² VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2.

³ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 628.

⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 629.

⁵ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2; VB.2011.00676 vom 09. Mai 2012 E. 3.2.3.

⁶ VB.2015.00715 vom 7. April 2016 E. 3.5; VB.2014.00417 vom 15. Januar 2015 E. 4.2.

⁷ VB.2015.00715 vom 7. April 2016 E. 3.5; Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2).

⁸ VB.2005.00135 vom 16. November 2005 E. 3.1.

⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 444.

¹⁰ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.3; VB.2016.00761 vom 04. Januar 2017 E. 2; Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 447.

¹¹ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 444.

¹² VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.2; VB.2011.00316 vom 28. September 2011 E. 5.1.1.

¹³ VB.2016.00761 vom 04. Januar 2017 E. 2.1.

¹⁴ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.3.

¹⁵ Galli/Moser/Lang/Steiner (EN 1), Rz. 447.

¹⁶ Zum Ganzen: VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.3.3.

¹⁷ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.3.2.

¹⁸ VB.2017.00495 vom 16. November 2017 E. 4.3.3; VB.2017.00098 vom 23. März 2017 E. 3.4.2.