

VergabeNews Nr.

9

Verbot der Doppelprüfung: Ein Abschied in Raten. Gemäss Urteil des Bundesgerichts können Vergabestellen Eignungskriterien bei der Prüfung der Zuschlagskriterien nochmals berücksichtigen.

walderwyss rechtsanwälte



Von **Pandora Notter**
Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 44 498 99 30
pandora.notter@walderwysse.com

Verbot der Doppelprüfung: Ein Abschied in Raten

Vergabestellen können Eignungskriterien bei der Prüfung der Zuschlagskriterien als «Mehr-Eignung» nochmals berücksichtigen – sofern es bei der Leistungserbringung auf die fachliche Eignung und persönliche Erfahrung des Anbieters ankommt. Die Prüfung der Kriterien «unter verschiedenen Aspekten» muss transparent angekündigt werden.

Sachverhalt

Die Vergabestelle des Kantons Nidwalden schrieb das Projekt «Erneuerung der Prozesssteuerungen und des Leitsystems» im offenen Verfahren aus. Die Vergabestelle erteilte den Zuschlag mit Verfügung vom 3. Oktober 2011. Die Beschwerdeführerin erhob gegen den Zuschlag Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden mit dem Antrag, es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Nachdem das Verwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung abwies, schloss die Vergabestelle mit der obsiegenden Anbieterin einen Vertrag ab.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden wies die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung ab. Die Beschwerdeführerin erhob dagegen Beschwerde an das Bundesgericht. Sie beantragte, dass der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 3. Oktober 2011 festzustellen sei. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 23. Juli 2013 (2C_91/2013) ab.

Beschwerde an das Bundesgericht

Gegen einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid kann nur ausnahmsweise Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden. Vorausgesetzt ist, dass der massgebende Schwellenwert des BöB erreicht ist und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f BGG).

Das Bundesgericht befasste sich insbesondere mit der Frage, ob Eignungskriterien bei der Prüfung der Zuschlagskriterien nochmals berücksichtigt werden können. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die bisher vom Bundesgericht noch nicht beurteilt wurde und von praktischem Interesse ist.

Eignungs- und Zuschlagskriterien

Eine Vergabestelle hat in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen die Eignungs- und Zuschlagskriterien bekanntzugeben. Eignungs- und Zuschlagskriterien sind grundsätzlich auseinanderzuhalten.

Eignungskriterien sind anbieterbezogen. Sie beziehen sich auf das anbietende Unternehmen und dessen Befähigung. Sie dienen dazu, die Eignung des jeweiligen Anbieters zur Erfüllung des Auftrages festzustellen. Erfüllt ein Anbieter die Eignungskriterien nicht, wird er nicht zum Angebot zugelassen. Ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht kompensiert werden.

Zuschlagskriterien sind demgegenüber angebotsbezogen. Sie beziehen sich in der Regel auf die zu erbringende Leistung. Mit Hilfe der Zuschlagskriterien soll das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden. Eine schlechte Bewertung

bei einem Zuschlagskriterium kann durch eine bessere Bewertung eines anderen Zuschlagskriteriums kompensiert werden.

Verbotene Doppelprüfung?

Im vorliegenden Urteil musste das Bundesgericht die Rechtsfrage beurteilen, ob die Eignungskriterien im zweiten Prüfungsschritt, also bei der Prüfung der Zuschlagskriterien, nochmals berücksichtigt werden dürfen.

In der Lehre wird überwiegend die Meinung vertreten, dass Eignungskriterien bei der Bewertung der Angebote nicht noch einmal als «Mehr-Eignung» beachtet werden können. Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellte in einem Urteil fest, dass die Kriterien «nachgewiesene Erfahrung des Sachverständigen; Personal und Ausstattung des Büros; Fähigkeit, die Studie durchzuführen» die Eignung des Anbieters betreffen und folglich nicht Zuschlagskriterien darstellen können.

Das Bundesverwaltungsgericht schliesst die Berücksichtigung einer «Mehr-Eignung» im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht grundsätzlich aus. Die Mehreignungskriterien müssen aber einen Bezug zum Projekt aufweisen, wie z.B. Qualität, Referenzen, Ausbildung. Auch die Rechtsprechung der Kantone lässt mehrheitlich die Berücksichtigung anbieterbezogener Zuschlagskriterien zu, wenn es um Aufträge geht, bei denen die Fachkompetenz des Anbieters eine wesentliche Rolle spielt.

Das Bundesgericht hält im vorliegenden Urteil fest, dass es nicht ausgeschlossen sei, bestimmte Kriterien als Eignungs- und gleichzeitig als Zuschlagskriterien zu prüfen. Bei Eignungskriterien, die mit Ja oder Nein beantwortet werden können, mache dies allerdings keinen Sinn.

Bei Eignungskriterien, die graduell bewertet würden, sei es aber möglich, dass in einem ersten Schritt gewisse Mindestanforderungen als Eignungskriterien verlangt werden. Und in einem zweiten Schritt könnten Eignungskriterien, die über die Mindestanforderungen hinausgehen, als Zuschlagskriterien gewichtet werden. Das Bundesgericht betont, dass es sich dabei nicht um eine verbotene Doppelprüfung handle, sondern um eine Prüfung der Kriterien «unter verschiedenen Aspekten».

Fachliche Eignung und Erfahrung des Anbieters

Das Bundesgericht führt im Urteil weiter aus, dass Eignungskriterien bei der Prüfung des Zuschlagskriteriums «Qualität» nochmals berücksichtigt werden können, wenn es bei der Leistungserbringung auf die fachliche Eignung und Erfahrung des Anbieters ankomme.

Das Kriterium der Qualität lasse sich nicht getrennt vom Anbieter beurteilen, wenn die Fachkompetenz für die Durchführung eines Projektes wesentlich sei. Das Bundesgericht beurteilte es im vorliegenden Verfahren als «grundsätzlich nicht unzulässig», die Anzahl der geleisteten Projekte und der erfahrenen Ingenieure sowohl als Eignungs- als auch als Zuschlagskriterium zu verwenden.

Ankündigung der Eignungs- und Zuschlagskriterien

Auch wenn dies nicht ausdrücklich im Urteil des Bundesgerichts Erwähnung findet, sind die Kriterien, die unter «verschiedenen Aspekten» beurteilt werden, aufgrund des Transparenzgebotes in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen entsprechend anzukündigen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Telefax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8
Postfach 8750
3001 Bern
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Telefax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Via F. Pelli 7
Postfach 5162
6901 Lugano
Schweiz

Telefon + 41 91 911 80 00
Telefax + 41 91 911 80 08
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com