

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte,  
April 2022

### Referenzen als Eignungskriterien

**Im Verfahren der öffentlichen Beschaffung kann die Vergabestelle in der Ausschreibung des Beschaffungsgegenstandes festlegen, ob ein Anbieter Eignungskriterien erfüllen und welche Nachweise er dafür erbringen muss. Erfüllt ein Anbieter die Eignungskriterien nicht, muss er meist aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Dabei hat die Vergabestelle praktisch kein Ermessen, wie sich einem jüngst publizierten Entscheid des Verwaltungsgerichts entnehmen lässt (VGE III/45 vom 12. Mai 2021, WBE.2021.28).**



Dieser Fall basiert auf folgendem Sachverhalt: Ein Abwasserverband schrieb Baumeisterarbeiten für die Erweiterung der Abwasserreinigungsanlage im offenen Verfahren aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die folgenden Eignungskriterien festgelegt:

Pos.	Kriterium	Anforderung/Nachweis
1	Fachliche Leistungsfähigkeit	Zwei Referenzen des Anbieters über vergleichbare, in den vergangenen 5 Jahren ausgeführte Objekte. Die Referenzobjekte werden als vergleichbar anerkannt, wenn sie folgende Bedingungen (Minimalanforderungen) erfüllen: - Bauwerk zur Abwasserbehandlung in massiver Stahlbetonbauweise - Bauen im Bestand - Auftragsgrösse mindestens CHF 0.5 Mio.
2	Organisatorische Leistungsfähigkeit	[...]
3	Finanzielle Leistungsfähigkeit	[...]

Gemäss Art. 27 IVöB (hier noch gemäss § 10 SubmD) kann die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen Kriterien zur Prüfung der Eignung des Anbieters festlegen. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen.

Bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise kommt der Vergabestelle (wie auch bei der Beurteilung der Anbieter und ihrer Angebote) ein grosses Ermessen zu. Die Vergabestelle ist aber an ihre eigenen Vorgaben in Bezug auf die Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise gebunden. Achtung: Die Eignungskriterien müssen grundsätzlich zum Zeitpunkt des Offerteingabeschlusses oder jedenfalls spätestens im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids erfüllt sein; sofern sich aus den – richtig ausgelegten – Ausschreibungsangaben kein späteres Erfüllungsdatum ergibt.

Im konkreten Fall war der Offerteingabeschluss der 4. Dezember 2020; das heisst, die Eignungskriterien mussten zu diesem Zeitpunkt erfüllt sein. Das bedeute, dass die Referenzprojekte längstens am 4. Dezember 2015 («in den vergangenen fünf Jahren ausgeführte Objekte») ausgeführt, sprich

fertiggestellt sein mussten. Im konkreten Fall erfolgte die Abnahme der Baumeisterarbeiten des einen Referenzobjekts jedoch bereits am 2. September 2015.

Zum Zeitpunkt der Offerteingabe des Anbieters am 3. Dezember 2020 lagen die Ausführung und Abnahme der Baumeisterarbeiten somit fünf Jahre und drei Monate zurück. Mit anderen Worten handelt es sich beim im Angebot genannten Referenzprojekt nicht um ein «in den vergangenen fünf Jahren» ausgeführtes Objekt des Anbieters, sondern die Ausführung der relevanten Arbeiten lag mehr als fünf Jahre zurück. Es war als Referenzprojekt somit zu alt.

Eignungskriterien sind Ausschlusskriterien. Sie sind entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Erfüllt ein Anbieter ein Eignungskriterium nicht, ist er daher vom Verfahren auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. BGE 145 II 250 f.). Das Verwaltungsgericht beurteilte das veraltete Referenzobjekt aus unserer Sicht zu Recht als erheblichen Mangel, was zum Ausschluss des Anbieters aus dem Verfahren führte.

Das Gericht begründete dies damit, dass der Verzicht auf einen Ausschluss eine Bevorzugung bzw. eine Ungleichbehandlung des Anbieters gegenüber denjenigen Anbietern zur Folge hätte, welche die gestellten Anforderungen korrekt und vollumfänglich erfüllt haben. Auch ergäbe sich eine Ungleichbehandlung gegenüber Dritten, die mangels geeignetem (weil z.B. mehr als fünfjährigem) Referenzobjekt auf ein Angebot verzichtet haben. Diese Erwägungen des Gerichts überzeugen. Es ist nicht überspitzt formalistisch, auf der Erfüllung von klar formulierten Kriterien zu beharren.

Das Verwaltungsgericht hob deshalb in Gutheissung der Beschwerde den von der Vergabestelle erteilten Zuschlag auf und wies die Sache zum Erlass einer neuen Zuschlagsverfügung an den Abwasserverband zurück.

Der Entscheid zeigt, dass der Vergabestelle zwar ein grosses Ermessen bei der Beurteilung der Angebote zukommt. Enthält die Ausschreibung aber Eignungskriterien, ist deren Einhaltung bei der Beurteilung der Anbieter genau zu prüfen. Die Vergabestelle hat dabei nahezu keinen Ermessensspielraum: Erfüllt ein Anbieter die Eignungskriterien nicht, muss im Regelfall ein Ausschluss aus dem Verfahren erfolgen. Dem Anbieter ist angesichts des Risikos eines Ausschlusses zu empfehlen, die im Angebot genannten Referenzprojekte mit grösster Sorgfalt auszuwählen.

---