

00/01 21 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 10, Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV. Das selektive Verfahren ist ein zweistufiges Verfahren: In einem ersten Schritt erfolgt der Eignungsnachweis (Präqualifikation); in einem zweiten Schritt die Prüfung der Angebote. Der Auftraggeber ist grundsätzlich an die Präqualifikation gebunden. Eine Bietergemeinschaft, die nach erfolgter Präqualifikation ihre Zusammensetzung ändert, erfüllt die Eignungskriterien nicht bzw. nicht mehr. Ihr Angebot ist auszuschliessen. Die vorgeschaltete und abschliessende Eignungsabklärung macht den Sinn und Zweck des selektiven Verfahrens aus. Die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Rechtssicherheit stehen regelmässig einer nachträglichen (doppelten) Prüfung der Eignung entgegen.

Obergericht, 3. April 2000, OG V 00 12

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin rügt unrichtige Rechtsanwendung (Art. 57 Abs. 2 lit. a VRPV). Die Vorinstanz habe mit ihrer Auslegung von Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV Sinn und Zweck des Präqualifikationsverfahrens verkannt. Das Präqualifikationsverfahren bezwecke gerade noch nicht die Einreichung detaillierter Offerten. Dementsprechend müssten gewisse Modifikationen zwischen Präqualifikation einerseits und Submission andererseits möglich sein.

a) Die Auslegung der Bestimmung in Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV folgt den allgemeinen Grundsätzen. Ausgangspunkt bildet der Wortlaut der Bestimmung (BGE 125 III 403 E. 2a, 125 II 196 E. 3a). Unter der Marginalie "Ausschlussgründe" ist gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV ein Angebot nicht zu berücksichtigen, wenn der Anbieter die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt. Der Wortlaut der Bestimmung ist klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich (BVR 1997 S. 190). Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (BGE 125 III 404 E. 2a).

b) Beim selektiven Verfahren schreibt der Auftraggeber den geplanten Auftrag öffentlich aus. Alle Anbieter können einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren einreichen (Art. 10 Abs. 1 SubV; Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Gestützt darauf wählt der Auftraggeber aufgrund der Eignung der teilnahmewilligen Anbieter diejenigen aus, die ein Angebot einreichen dürfen (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 SubV; Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Die Eignung der Anbieter gehört zu den Grundsätzen des Vergaberechts: Den Zuschlag erhält nur, wer zur Ausführung des geplanten Auftrages überhaupt geeignet ist (Seminar für Schweizerisches Baurecht/Universität Freiburg (Hrsg.), Das neue Vergaberecht der Schweiz, Freiburg 1996, S. 114). Die Eignungsprüfung erfolgt auftragsbezogen. Die Eignungskriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 19). Nicht ausgeschlossen ist damit die Führung ständiger Listen von geeigneten Anbietern für bestimmte Arten von Aufträgen (Art. 24 SubV). Die Erbringung dieses vor der Angebotseinreichung erforderlichen Eignungsnachweises (die Eignungsabklärung) heisst Präqualifikation (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rn 155). Damit erweist sich das selektive Verfahren als ein zweistufiges Verfahren: In einem ersten Schritt erfolgt der Nachweis (bzw. die Abklärung der Eignung); in einem zweiten Schritt die Angebotseinreichung (bzw. die Beurteilung der Angebote) (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 155 ff.). Die vorgeschaltete Eignungsprüfung bezweckt die frühzeitige Ermittlung derjenigen Anbieter, die grundsätzlich fähig und in der Lage sind, den konkret ausgeschriebenen Auftrag angemessen auszuführen bzw. die Ausscheidung derjenigen, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen. Ungeeigneten Anbietern wird damit der mit der Offerteinreichung verbundene Aufwand erspart, und die Beschaffungsstelle bleibt von mangelhaften, untauglichen Angeboten verschont (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 28.05.1999, publ. in BR 1999 S. 144). Die Präqualifikation ist als formeller Verfahrensschritt ausgestaltet, der mit einer selbstständig anfechtbaren Verfü-

gung abgeschlossen wird (Art. 10 Abs. 3 und Art. 42 lit. c SubV; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 373).

c) Hat der Auftraggeber einen Antragsteller aufgrund der festgestellten Eignung zur Einreichung eines Angebots eingeladen, so ist er an diese Präqualifikation gebunden, darf also den Zuschlag an das eingereichte Angebot nicht mangels Eignung des präqualifizierten Anbieters verweigern. Ein derartiges Vorgehen liefe auf eine Doppelprüfung der Eignung hinaus, die dem selektiven Verfahren des Bundesvergaberechts fremd ist (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 03.09.1999, BRK 006/1999, publ. in BR 1999 S. 141; Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., S. 40 m.H. auf a.M., s. auch S. 41; vgl. auch Hubert Stöckli in BR 1999 S. 141 und 144 f., der in diesem Zusammenhang die Frage der culpa in contrahendo aufwirft). Für das kantonale Vergaberecht ist ebenfalls davon auszugehen. Namentlich die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Rechtssicherheit stehen einer doppelten Prüfung der Eignung entgegen (Hubert Stöckli, in BR 1999 S. 141). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen z.B. die festgestellte Eignung im Nachhinein weggefallen ist (Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV) oder die Eignung aufgrund falscher Auskünfte des Antragstellers festgestellt worden war (Art. 33 Abs. 1 lit. d SubV) (Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., S. 40). Da die Eignungsprüfung umfassend durchzuführen ist, kann anschliessend im Wesentlichen auf den Preis abgestützt werden. Stellen kann sich die Frage der Zulässigkeit des Losentscheides bei gleicher Anzahl Qualifikationspunkte (Georg Ganz, Referatsnotizen anlässlich der 466. Veranstaltung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen vom 03.12.1999 in Luzern, Spezielle Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens: Ausschreibung und Verfahren bei Dienstleistungen mit besonderer Berücksichtigung von Ingenieur- und Architektur-aufträgen, S. 13). Der Zuschlag könnte demzufolge nicht mit der Begründung erteilt werden, dass ein Bieter im Vergleich zu einem günstigeren Bieter der "geeigneteren" sei (Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., S. 27 und S. 40).

d) Anbieter können auch in Form von Bietergemeinschaften (Arbeitsgemeinschaften) auftreten und sich gemeinsam um einen Auftrag bewerben, indem sie einen gemeinsamen Antrag auf Teilnahme einreichen, soweit der Auftraggeber in den Vergabebedingungen nicht etwas anderes bestimmt (Art. 28 Abs. 1 SubV; Art. 21 Abs. 1 VoeB). Dabei müssen alle beteiligten Anbieter die Eignungskriterien der Ausschreibung erfüllen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 SubV). Bei Übertragung des Auftrages an eine Arbeitsgemeinschaft haftet denn auch jeder Unternehmer persönlich und solidarisch nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 37 SubV). Das gemeinsame Angebot muss mindestens die Zusammensetzung, die Beteiligungsquoten, die interne Arbeitsverteilung und die Vertretungsverhältnisse der Arbeitsgemeinschaft angeben (Art. 28 Abs. 2 SubV). Die Bietergemeinschaft hat (als einfache Gesellschaft) keine Rechtspersönlichkeit, weshalb sie ihre Identität aus den zur Gemeinschaft verbundenen Firmen schöpft. Der Auftraggeber prüft, ob die zu einer Bietergemeinschaft verbundenen Antragsteller in ihrer konkreten Zusammensetzung die vorausgesetzten Eignungskriterien erfüllen. Die Prüfung ist damit eine zweifache. Sie bezieht sich auf die einzelnen Mitglieder und die Bietergemeinschaft als Ganzes. Eine allfällige Einladung, ein Angebot einzureichen, richtet sich sodann an die gemeinschaftlichen Anbieter. Vergaberechtlich hat der Auftraggeber nur die Wahl, die der Gemeinschaft zugehörenden Anbieter (und gerade sie) zur gemeinsamen Offertstellung einzuladen oder von einer Einladung der betreffenden Bietergemeinschaft ganz abzusehen. Umgekehrt haben die zur gemeinsamen Offertstellung eingeladenen Antragsteller das gemeinsame Angebot in dieser Zusammensetzung einzureichen, ansonsten das Angebot einladungswidrig und deshalb vom Verfahren auszuschliessen ist. Dies gilt auch dann, wenn sich am Angebot einer bestimmten Bietergemeinschaft das Mitglied einer anderen Gemeinschaft beteiligt, die ebenfalls eingeladen wurde. Haben die zu einer Bietergemeinschaft verbundenen Firmen im offenen oder selektiven Verfahren ein gemeinsames Angebot eingereicht, so fällt der Zuschlag, wenn die Bietergemeinschaft berücksichtigt wird, auf dieses Angebot und damit an alle Firmen gemeinsam. An nur ausgewählte Firmen der Gemeinschaft kann der Zuschlag schon deshalb nicht gehen, weil es an einem entsprechenden Angebot fehlt. Eine (zusätzliche) separate Offertstellung einer oder mehrerer der gemeinsam offerierenden Firmen würde auf die Einreichung eines neuen Angebotes hinaus laufen, weil sich damit der Kreis der am Angebot beteiligten Personen ändert. Dies ist vergaberechtlich selbst dann unzulässig, wenn die übrigen Mitglieder der Bietergemeinschaft der Separierung zustimmen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., S. 44 f.). Denn

gerade die vorgeschaltete und abschliessende Eignungsabklärung macht den Sinn und Zweck des selektiven Verfahrens aus (s. E. 3b). Andernfalls könnte auch noch nach Durchführung des Präqualifikationsverfahrens ein beliebiger Dritter innerhalb der Offerteingabefrist ein Angebot einreichen, womit das Präqualifikationsverfahren seines Sinnes weitgehend entleert würde.

e) Vorliegend war eine Anbieterin (Bietergemeinschaft) in der Zusammensetzung ARGE X/Y/Z unter Projektleitung der X AG als geeignet beurteilt worden (präqualifiziert), die ausgeschriebenen Arbeiten auszuführen. Das Angebot hatte sie in einer neuen Zusammensetzung, nämlich unter Beizug der Firma M SA, eingereicht. In dieser Zusammensetzung war sie nicht präqualifiziert. Die Eignungskriterien sind nicht bzw. nicht mehr erfüllt. Der Ausschluss ist für diesen Fall gesetzlich vorgesehen. Triftige Gründe für ein Abweichen vom Wortlaut sind nicht ersichtlich. Der Ausschluss vom Verfahren entspricht vergaberechtlichem Sinn und Zweck.

4. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe mit ihrem Vorgehen gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen. Dieses hätte geboten, vor dem Ausschluss der Beschwerdeführerin andere, weniger weit gehende Massnahmen zu prüfen. Dies aufgrund allenfalls erforderlicher zusätzlicher sachverhaltlicher Abklärungen.

Dem Beschwerdegrund der ungenügenden Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 57 Abs. 3 VRPV) bzw. der Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 14 VRPV) kommt vorliegend keine selbständige Bedeutung zu.

Indem in Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV der Ausschluss eines Angebotes für den Fall, dass der Anbieter die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt, vorgesehen ist, hat der Gesetzgeber die Frage nach der Verhältnismässigkeit selbst beantwortet und die Nichtberücksichtigung eines Angebotes im erwähnten Falle als verhältnismässig angesehen. Damit könnte es an sich sein Bewenden haben, denn die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung wird nicht gerügt. Einige weitergehende Überlegungen erscheinen vorliegend als sachgerecht.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) ist zwar ein verfassungsmässiges Prinzip, aber kein verfassungsmässiges Recht, dessen Verletzung der einzelne selbstständig, ohne Zusammenhang mit der Anrufung eines besonderen Grundrechts geltend machen kann (BGE 123 I 11 E. 10; Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz 489 f.). Das Bundesgericht prüft nur im Rahmen der behaupteten Verletzung eines besonderen Grundrechts frei, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Wurde dieses Prinzip im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 aBV angerufen, wurde seine Handhabung nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots geprüft (BGE 117 Ia 32 E. 7a). Demgegenüber stellt sich bei verwaltungsrechtlicher Betrachtungsweise die Frage der Verhältnismässigkeit in jedem Fall (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 491; Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 133). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Verwaltungsmassnahme zum Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den damit verbundenen Nachteilen (Freiheitsbeschränkungen) steht. Die Teilgehalte der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht sind somit die Eignung der Massnahme (Zwecktauglichkeit und Zielkonformität), deren Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und die Verhältnismässigkeit i.e.S. (vernünftige Zweck-Mittel-Relation) (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 486 und 492 ff.; Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 132 f.; vgl. auch Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Rn 1141 ff.).

Der Ausschluss nach Art. 33 Abs. 1 lit. c SubV steht in Analogie zu einem nach Ablauf der Eingabefrist und damit verspätet eingereichten Angebot, was aufgrund der dem Vergaberecht zu Grunde gelegten Formstrenge zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führt. Wird nämlich diese Frist verpasst, leidet das Angebot an einem "wesentlichen Formfehler", weshalb es vom Verfahren ausgeschlossen wird (Art. 33 Abs. 1 lit. a SubV; vgl. Art. 19 Abs. 3 BoeB), ohne dass die vergebende Behörde in überspitzten Formalismus (der als besondere Form der Rechtsverweigerung gilt [BGE 120 V 417 E. 4b]) und dessen Gleichstellung mit der formellen Rechtsverweigerung das Bundesgericht auch schon als nur eine dem Verfahren eigene Anwendung des Grundsatzes der Ver-

hältnismässigkeit bezeichnet hat [Pra 1988 Nr. 73 S. 286]) verfällt, was auch nicht gerügt wird. Denn den Formvorschriften im Submissionsrecht kommt - jedenfalls insofern als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen - ein hoher Stellenwert zu (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18.12.1997, BKR 013/97, publ. in BR 1998 S. 126). Der submissionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten, und dass keinem Anbieter Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbietern verwehrt sind (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 194). So gilt für sämtliche an einer Submission teilnehmenden Anbieter dieselbe Eingabefrist. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der entsprechenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB; Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB) verletzen. Ein solches Angebot ist daher auszuschliessen (Herbert Lang, Referatsnotizen anlässlich der 466. Veranstaltung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen vom 03.12.1999 in Luzern, Spezielle Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens: Offertenbehandlung und Zuschlag, S. 8). Die Gleichbehandlung der Anbieter kann nur dann gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote durch die einseitige, ausschreibungswidrige Abänderung der Offerteingabe durch einen Anbieter aufgehoben oder beeinträchtigt wird (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18.12.1997, BKR 013/97, publ. in BR 1998 S. 126). Wie erwähnt (E. 3) fällt eine erneute Eignungsprüfung bei der Zuschlagserteilung weg. Unwesentlich sind deshalb die Argumente der Beschwerdeführerin, dass sich materiell nichts an ihrem Angebot geändert hätte und die ARGE auch in ihrer neuen Zusammensetzung für die Bewältigung des Auftrages geeignet sei. Die Vorinstanz hatte keine Gelegenheit, die Eignung der ARGE in der neuen Zusammensetzung sowie die Eignung der beigezogenen Firma M SA (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 SubV) abzuklären, was die Präqualifikation im selektiven Verfahren gerade bezweckt. Das selektive Verfahren ist denn auch insbesondere bei komplexen Aufträgen sinnvoll; d.h. bei Aufträgen, deren Ausführung eine ausserordentliche technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voraussetzt (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 179). Die Eignung der verfügten Massnahme ist gegeben.

Gerügt wird insbesondere die fehlende Erforderlichkeit der verfügten Massnahme. Erforderlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das mildeste Mittel gewählt werden muss, um den angestrebten Erfolg zu erreichen (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 497). Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, mit welchen weniger weitgehenden Massnahmen als dem Ausschluss vom Vergabeverfahren nach ihrer Ansicht die vor allem angestrebten Ziele (Funktionieren eines wirksamen Wettbewerbs, Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter, Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren und Rechtssicherheit [vgl. Präambel zum WTO-Übereinkommen, Art. 1 Abs. 2 lit. a, b und c IVöB]) hätten erreicht werden können. Eine weniger weitgehende Massnahme wäre wohl einzig das "Nachqualifizieren" anlässlich der Bereinigung und Prüfung der Angebote und dadurch die Zulassung der Offerte der neuen ARGE gewesen. Gerade dies aber verstösst insbesondere gegen den submissionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (s. E. 3c).

Der Ausschluss vom Verfahren entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip i.e.S., da insgesamt den öffentlichen Interessen der Gleichbehandlung der Anbieter, der Transparenz, der Rechtssicherheit und der mit diesen Grundsätzen verbundenen Formstrenge höheres Gewicht zukommt als dem privaten Interesse eines einzelnen Anbieters auf Teilnahme am Verfahren (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 514 ff.; Häfelin/Haller, a.a.O., Rn 1144).

5. Führt schon die nach erfolgter Präqualifikation stattgefundene Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft zum Ausschluss des Angebotes, so ist auf den Wechsel der Projektleitung nicht mehr einzugehen.