Zeitschrift: Schweizer Ingenieur und Architekt

Herausgeber: Verlags-AG der akademischen technischen Vereine

Band: 115 (1997)

Heft: 39

Artikel: Öffentliches Beschaffungswesen. Teil 4: Anmerkungen zum Thema "Präqualifikation" (Fortsetzung)

Autor: Rechsteiner, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-79314

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Peter Rechsteiner, Zürich

Öffentliches Beschaffungswesen

Teil 4: Anmerkungen zum Thema «Präqualifikation» (Fortsetzung)

Öffentliches Beschaffungsrecht ist weithin öffentliches Recht, bei dessen Anwendung die öffentlichen Auftraggeber auch die übergeordneten öffentlichrechtlichen Grundsätze beachten müssen. Darunter fallen insbesondere die aus Art. 4 der Bundesverfassung (BV) abgeleiteten Prinzipien (z.B. Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung, Gleichbehandlung bei der Rechtsanwendung, Willkürverbot, Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung sowie Verbot des überspitzten Formalismus, Gebot des Handelns nach Treu und Glauben usw.), deren Bedeutung für das öffentliche Beschaffungswesen im einzelnen allerdings noch wenig abgeklärt ist.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Einer der Grundsätze, welcher bei Handlungen der Verwaltung zu befolgen ist, ist derjenige der Verhältnismässigkeit. Darauf nimmt unausgesprochen die Bestimmung in Art. 9, Abs. 2 der VoeB Bezug, welche die Überschrift «Überprüfung der Eignung» trägt und wie folgt lautet: «Sie (die Auftraggeberin) trägt bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung.» Massgebend bei der Formulierung der Eignungskriterien und der entsprechenden durch die Anbieter einzureichenden Nachweise, welche die Erfüllung dieser Kriterien belegen sollen, ist demnach die «Art und Umfang des Auftrages». Nach dieser Bestimmung obliegt es also der Auftraggeberin, Eignungskriterien bzw. die entsprechenden Nachweise im Einzelfall festzulegen. Obwohl dieser Grundsatz weder im Konkordat noch in den dazugehörigen Richtlinien festgehalten ist, gilt er meines Erachtens generell für alle öffentlichen Auftraggeber; dies jedenfalls im Geltungsbereich des Gatt/WTO-Abkommens, dessen Art. VIII lit. b folgendes bestimmt: «...die Bedingungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren sind auf diejenigen zu beschränken, welche wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann.»

Zur Bestimmung, ob eine Massnahme (im vorliegenden Zusammenhang geht es um den Ausschluss eines Anbieters aus einem Vergabeverfahren wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien) verhältnismässig ist, wird diese in der Rechtsprechung traditionell unter drei Gesichtspunkten - welche den Begriff der Verhältnismässigkeit insgesamt ausmachen - geprüft. Danach muss eine Massnahme geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne sein, um das verfolgte Ziel zu erreichen. Geeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs überhaupt beizutragen vermag. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit einer Massnahme ist insbesondere deren Wirksamkeit zu beachten: Es ist das mildeste der wirksamen Mittel zu wählen. Unter der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist schliesslich die Zweck-Mittel-Relation zu prüfen. Selbst eine geeignete und erforderliche Massnahme kann unverhältnismässig im engeren Sinne sein, wenn der mit ihr verbundene staatliche Eingriff im Vergleich zur Bedeutung des angestrebten Ziels unangemessen schwer wiegt. Diese Kriterien, obwohl in andern Bereichen entwickelt, dürften durchaus auch eine Rolle spielen, wenn es darum geht, den Ausschluss eines Anbieters aus dem Vergabeverfahren wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien richterlich zu überprüfen.

Numerus clausus der Eignungskriterien?

Als Eignungskriterien führen die neuen Grundlagen im Beschaffungsrecht die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Anbieter auf (Art. 9 BoeB). Das Konkordat ergänzt diese Trilogie durch die «organisatorische Leistungsfähigkeit» (§ 9 IVöB). Fraglich ist, ob diese (kurze) Liste der Eignungskriterien abschliessend ist, oder ob noch andere formuliert werden dürfen.

Das Gatt/WTO-Abkommen enthält keine spezifische Bestimmung, aus der sich ableiten liesse, dass die vorgenannten Eignungskriterien abschliessend geregelt sind. Auch die schweizerische Umsetzungsgesetzgebung spricht sich dazu nicht aus. Betreffend die entsprechenden Bestimmungen der EG-Richtlinien ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) allerdings zu folgendem Schluss gekommen: «Gemäss Artikel 20 [der Richtlinie 71/305] prüfen die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer nach den in den

Generelle Bemerkung

Die verschiedenen Reaktionen auf die bisherigen Artikel sind dem Autor Anlass zur folgenden generellen Vorbemerkung:

Die Anforderungen, welche ein öffentlicher Auftraggeber an die Anbieter und Anbieterinnen in einem konkreten Vergabeverfahren stellen kann, sind im neuen Beschaffungsrecht relativ generell umschrieben. Es ist Aufgabe des Auftraggebers, diese gesetzlich festgelegten Eignungskriterien objektbezogen zu präzisieren.

Der in der Praxis entwickelte generelle Standard der von den öffentlichen Auftraggebern verwendeten Eignungskriterien hat aber über das einzelne Vergabeverfahren hinaus eminente strukturpolitische Bedeutung. Dies auch, wenn im Vorfeld der Erarbeitung des neuen Beschaffungsrechts verschiedentlich darauf hingewiesen wurde, dass die Vergabe von öffentlichen Aufträgen von strukturpolitischen Überlegungen entlastet werden müsse.

Ablesbar ist die strukturpolitische Bedeutung der Eignungskriterien zur Zeit beispielsweise an der Diskussion über die Höhe und den Umfang von Garantien und Sicherheitsleistungen. Hier zeigt sich klar, dass das öffentliche Vergabewesen aus der strukturpolitischen Diskussion eben nicht ausgenommen werden kann. In diesem Sinne tragen die öffentlichen Auftraggeber eine entsprechende Verantwortung, die bisher nicht überall erkannt worden ist. Darauf deutet schon die Tatsache hin, dass in den verschiedenen erläuternden Botschaften zum neuen Beschaffungsrecht dieser Frage - wenn überhaupt - eine absolut untergeordnete Beachtung geschenkt wurde. Mit andern Worten: Es fehlt ein übergreifendes strukturpolitisches Konzept, das über die Aussage hinausgeht, dass der Strukturwandel nicht aufgehalten werden solle. Aus dieser Sachlage liesse sich immerhin ein rechtlich-politischer Auftrag ableiten, dass sich die staatlichen Behörden strukturpolitisch neutral verhalten sollen. Allein: Auch diesbezüglich fehlen Angaben, wie dieser Auftrag, falls er denn besteht, konkret in die Praxis umgesetzt werden soll. Dies ist - angesichts der Bedeutung der öffentlichen Aufträge für die verschiedenen Wirtschaftsbranchen - bedauerlich. Auch und gerade im Hinblick darauf, dass eher sozialpolitische Themen wie die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen und -bedingungen sowie die Lohngleichheit von Mann und Frau durchaus Eingang in das neue Beschaffungsrecht Eingang gefunden haben.

Urteile des Europäischen Gerichtshofs

Kopien der im vorliegenden Artikel erwähnten lesenswerten Urteile des Europäischen Gerichtshofs inkl. Sitzungsberichte (Sachverhaltsdarstellung) und Anträge des jeweiligen Generalanwalts können gegen einen Unkostenbeitrag von je Fr. 9.- beim SIA-Generalsekretariat, Rechtsabteilung, bezogen werden, Fax 01/201 63 35, Tel. 01/283 15 71.

- Urteil in Sachen Gebroeders Beentjes gegen Niederlande (31/87) vom 20.9.1988; 16 A4-Seiten, Fr. 9.-
- Urteil in Sachen CEI gegen Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes (27 bis 29/86) vom 9.7.1987, 16 A4-Seiten, Fr. 9.-.

Artikeln 25 bis 28 genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit. Zweck dieser Artikel ist es nicht, die Mitgliedstaaten in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers dargetan werden kann (...). Gleichwohl geht aus diesen Bestimmungen hervor, dass die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer nur auf der Grundlage von Kriterien prüfen können, die sich auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Betroffenen beziehen.»[1]

Nach diesem Urteil wären also die Eignungskriterien der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit als abschliessend zu verstehen. Es ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung auch unter dem Regime des Gatt/WTO-Übereinkommens gilt. Damit stellt sich jedoch die Frage, was alles unter diese Begriffe subsumiert werden kann und insbesondere, welche Nachweise als Beleg für die Erfüllung dieser Kriterien gefordert werden können.

Aspekte der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Eignung

Zunächst ist deutlich darauf hinzuweisen, dass Eignungskriterien sich auf die Person des Leistungserbringers beziehen. Sie dürfen nicht mit den Zuschlagskriterien verwechselt werden, die das Angebot eines Anbieters zum Gegenstand haben. Die Prüfung der Eignung der Anbieter für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten einerseits und der Zuschlag des Auftrags andererseits stellen rechtlich gesehen zwei verschiedene Vorgänge dar. Das Beschaffungsrecht schliesst nicht aus, dass die Eignungsprüfung und der Zuschlag gleichzeitig erfolgen, es unterwirft jedoch die beiden Vorgänge unterschiedlichen Regeln.[2] Darauf ist bereits bei der Ausschreibung eines Auftrages und spätestens bei der Begründung eines Vergabeentscheides Rücksicht zu nehmen.

Dem steht allerdings nicht entgegen, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien sachlich zusammenhängen können und dass darauf bei der Eignungsbeurteilung Rücksicht genommen werden kann (und wohl auch soll). Spielen z.B. bei einem Auftrag bestimmte technische Fragen eine Rolle, kann der Anbieter aufgefordert werden, nachzuweisen, dass er über die für die Ausführung «erforderliche spezifische Erfahrung»[3] verfügt. Damit ist aber noch nicht darüber entschieden, ob das Angebot die erforderlichen Merkmale aufweist. Die strenge Trennung der Vorgänge führt dazu, dass ein im selektiven Verfahren einmal als geeignet qualifizierter Anbieter bei der Beurteilung des Angebots nicht wegen (persönlicher) Ungeeignetheit ausgeschlossen werden kann. Unberücksichtigt bleiben kann lediglich das Angebot, soweit dieses die Zuschlags-(nicht Eignungs-) Kriterien nicht erfüllt. Will man den Anbieter (allenfalls nach erfolgter Beurteilung) ausschliessen, so kann dies nur über eine (Neu-)Beurteilung seiner Eignung erfolgen, soweit dies überhaupt noch zulässig ist.[4]

Im übrigen ist es den öffentlichen Auftraggebern unbenommen, festzulegen, gestützt auf welche Tatsachen sie die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit eines Anbieters beurteilen wollen. Der Europäische Gerichtshof hat in einem seiner Entscheide unter Berücksichtigung der entsprechenden belgischen Gesetzgebung auch anerkannt, «dass der Gesamtwert der einem Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt erteilten Aufträge ein brauchbares Kriterium darstellen kann, wenn es im konkreten Fall darum geht, gemessen an den eingegangenen Verpflichtungen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit dieses Unternehmens zu würdigen.»[5] Anzufügen bleibt, dass gemäss Art. VIII, lit. b des Gatt/WTO-Abkommens die einzelnen Aspekte der Leistungsfähigkeit eines Anbieters «sowohl auf der Grundlage der globalen Geschäftstätigkeit dieses Anbieters als auch seiner Tätigkeit im Gebiet der Beschaffungsstelle beurteilt» werden muss.

Nachweis der Leistungsfähigkeit

Sowohl das BoeB wie auch die Richtlinien zum Konkordat legen fest, dass der öffentliche Auftraggeber die Nachweise bezeichnet, die er als erforderlich betrachtet, um die Leistungsfähigkeit eines Anbieters zu belegen. Allerdings führt lediglich die VoeB eine entsprechende Liste möglicher Nachweise auf (Anhang 3 VoeB). Erweisen sich die in diesen Nachweisen enthaltenen Informationen als unrichtig, kann der entsprechende Anbieter aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (Art. 11 BoeB; § 23 lit. b VRöB).

Anmerkungen

[1] Urteil in Sachen Gebroeders Beentjes gegen Niederlande (31/87) vom 20.9.1988, RNr. 17.

[2] So auch das in Fussnote 1 erwähnte EuGH-Urteil, Rnrn 15 ff.

[3] So das vorerwähnte EuGH-Urteil, RNr 37.

[4] Das ist im selektiven Verfahren beispielsweise dann möglich, wenn der Auftraggeber nach der Präqualifikation neue Tatsachen erfährt, die ihm bei der ursprünglichen Beurteilung nicht bekannt sein konnten und die die Eignung des Anbieters in Frage stellen.

[5] Urteil in Sachen CEI gegen Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes (27 bis 29/86) vom 9.7.1987

Adresse des Verfassers:
Peter Rechsteiner, Fürsprecher, Generalsekretariat SIA, Selnaustrasse 16, Postfach, 8039 Zürich.

Bücher

Ingenieurwesen

Wir möchten auf die folgenden Neuerscheinungen im Bereich Ingenieurwesen hinweisen.

Einzugsgebietskenngrössen der hydrologischen Untersuchungsgebiete der Schweiz

Hrsg. Buwal/Landeshydrologie und -geologie. Hydrologische Mitteilungen Nr. 23. Von *H. Aschwanden*. 1996, 318 S., Preis: Fr. 40.-. Bezug: Landeshydrologie und -geologie, 3003 Bern.

Stahlfaserbeton

Reihe «Die Bibliothek der Technik». Von *Günter Brockmann, Johannes Dahl* u.a. 1996, 72 S., rund 50 Abb., kart., Preis: Fr. 16.80. Verlag Moderne Industrie, Landsberg am Lech. ISBN 3-478-93128-2.

Instabile Hänge und andere risikorelevante natürliche Prozesse

Nachdiplomkurs in angewandten Erdwissenschaften. Hrsg. *Björn Oddsson*. 1996, 430 S., zahlr. Abb., Preis: Fr. 138.-. Birkhäuser Verlag, Basel, Boston, Berlin. ISBN 3-7643-5472-0.

Dimensionnement des structures en béton

Aptitude au service, éléments des structures. Traité de Génie Civil de l'EPFL, vol. 8. Von *R. Favre, J.-P. Jaccoud, O. Burdet, H. Charif*. 1997, 544 S., zahlr. Abb., Preis: Fr. 111.-. Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne. ISBN 2-88074-330-3.

Bemessung von Betontragwerken mit Spannungsfeldern

Von *A. Muttoni, J. Schwartz, B. Thürlimann*. 1997, 152 S., zahlr. Abb., Preis: Fr. 58.-. Birkhäuser Verlag, Basel. ISBN 3-7643-5492-5. Das Buch ist auch auf englisch erschienen: Design of Concrete Structures With Stress Fields.