

der Arbeiten geeignet ist. Eine Eignungsprüfung muss also auch hier stattfinden.

**75 Eignungs- und Zuschlagskriterien; Grundsatz der Transparenz.**

- **Eignungskriterien (Erw. 4/a/aa).**
- **Produkteanforderungen (Erw. 4/a/bb).**
- **Zuschlagskriterien (Erw. 4/a/cc).**
- **Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien (Erw. 4/a/dd).**
- **Intransparente Auswahl und Handhabung von Eignungs- und Zuschlagskriterien im konkreten Fall (Erw. 4/b).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Juni 2002 in Sachen S. AG gegen Departement für Bildung, Kultur und Sport.

*Aus den Erwägungen*

4. Als im Hinblick auf das Transparenzgebot ebenfalls problematisch erweist sich die Tatsache, dass die Vergabestelle Eignungskriterien, Produkte- bzw. Systemanforderungen/technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien zum Teil miteinander gleichsetzt und bei ihrer Handhabung vermengt.

a) aa) Die *Eignungskriterien* beziehen sich auf die leistungsbezogene Eignung eines Anbieters zur Ausführung eines Auftrags. Es geht vor allem um die finanzielle, wirtschaftliche und fachliche Leistungsfähigkeit (§ 10 SubmD). Nur wer die Eignungskriterien erfüllt, ist im selektiven Verfahren zum Angebot zuzulassen (§ 7 Abs. 2 SubmD). Zweck der - gegenüber dem offenen Verfahren zusätzlich vorgeschalteten - Eignungsprüfung ist 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 (AGVE 1999, S. 299 mit Hinweisen). Die Eignungskrite-

rien beziehen sich immer auf die Person des Anbieters, nicht auf sein Angebot (Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP 2001, S. 1406 mit Hinweisen in Anm. 19).

bb) Demgegenüber bestimmen die *Produkteanforderungen* den zwingenden Inhalt des Angebots und die technischen Spezifikationen. Unter dem Begriff der technischen Spezifikationen sind die technischen Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung zu verstehen, mit deren Hilfe das Material, das Erzeugnis oder eine Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen; dazu gehören Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Leistungsfähigkeit, Sicherheit, Abmessungen usw. (VGE III/7 vom 25. Januar 2000 [BE.1999.00311] in Sachen B. GmbH, S. 11). *Produkteanforderungen* sind absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Hauser, a.a.O., S. 1406). Das Verwaltungsgericht erachtet es als zulässig, weil im Grundsatz sachlich richtig und verfahrensökonomisch, unter bestimmten Umständen bereits im Rahmen der Eignungsprüfung (Präqualifikation) auch zu prüfen, ob die von einem bestimmten Unternehmer zu offerierenden Produkte die verlangten technischen Vorgaben einhalten können (erwählter VGE in Sachen B. GmbH, S. 12).

cc) Die *Zuschlagskriterien* schliesslich beziehen sich ebenfalls auf die zu beschaffende Leistung bzw. das Angebot; sie sind aber im Gegensatz zu den *Produkteanforderungen* relativer Natur. Erreicht ein Angebot bei einem Zuschlagskriterium nur die minimale Bewertung, führt dies allein nicht zur Nichtberücksichtigung des Angebots; vielmehr ist im Rahmen der Gesamtbewertung eine Kompensation möglich (Hauser, a.a.O., S. 1406).

dd) Der unterschiedliche Charakter und Zweck der Eignungskriterien und der Zuschlagskriterien erfordert - im Interesse der Transparenz des Verfahrens und um Missverständnisse oder Irreführungen der Anbietenden auszuschliessen - grundsätzlich eine klare Trennung (VGE III/37 vom 10. April 2001 [BE.2001.00015] in Sachen S. AG, S. 12). In der Rechtsprechung wird allerdings festgehalten, dass sich Eignungs- und Zuschlagskriterien überlappen können,

indem z.B. die Eignung des Anbieters (bzw. das Ausmass der Eignung) auch beim Zuschlag eine Rolle spielen kann (AGVE 1999, S. 329; vgl. auch Hauser, a.a.O., S. 1414 m.w.H.). Das Verwaltungsgericht lehnt eine strikte Trennung als nicht praktikabel ab. Es hat beispielsweise anerkannt, dass Referenzen sowohl bei der Eignung als auch beim Zuschlag berücksichtigt werden dürfen, und erachtet es auch als zulässig, eine allfällige "Mehr-Eignung" von Anbietern in die nachfolgende Bewertung gemäss den Zuschlagskriterien einfließen zu lassen (AGVE 1999, S. 329 f.). Vorausgesetzt ist selbstverständlich, dass dies in den Zuschlagskriterien so vorgesehen und den Anbietenden auch bekannt gegeben worden ist.

b) Die Vergabebehörde nennt in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Zuschlagskriterien" nicht nur Kriterien im Sinne von § 18 Abs. 2 SubmD, sondern auch Eignungskriterien und Produkte- bzw. Systemanforderungen. Die als viertes Zuschlagskriterium genannte "Beurteilung des Anbieters betreffend Kompetenz, Marktauftritt, Referenzen etc." beispielsweise bezieht sich eindeutig auf den Anbieter und nicht auf die zu erbringende Leistung und hätte als Eignungskriterium in einem selektiven Verfahren richtigerweise bereits im Rahmen der Präqualifikation geprüft werden müssen. An erster Stelle der "Zuschlagskriterien" wird die "Erfüllung der Muss-Kriterien gemäss Pflichtenheft" genannt. Im Pflichtenheft wird unmissverständlich verlangt, dass die "Muss-Kriterien" zwingend erfüllt sein müssen. Aus diesem Erfordernis wäre eigentlich zu schliessen, dass es sich dabei nicht um Zuschlagskriterien, sondern um absolute Kriterien im Sinne von Systemmindestanforderungen und technischen Spezifikationen handelt. Das heisst, diejenigen Anbieter, welche die "Muss-Kriterien" nicht vollumfänglich erfüllen, wären vom Verfahren bzw. von der Bewertung anhand der übrigen Zuschlagskriterien auszuschliessen. Bei dieser an sich naheliegenden Betrachtungsweise ergibt jedoch der Einbezug der "Erfüllung der Muss-Kriterien gemäss Pflichtenheft" in die Liste der Zuschlagskriterien und hier die Nennung an erster Stelle keinen Sinn. Offensichtlich hat die Vergabestelle die "Muss-Kriterien" - entgegen dem herkömmlichen Verständnis - nicht im absoluten Sinn, das heisst als "Killer-Kriterien" aufgefasst, sondern geht von der Zulässigkeit eines

abgestuften Erfüllungsgrads aus und hat die Angebote entsprechend bewertet. Aus dem "Kriterienkatalog BIDA II für Bibliotheks-Lösung" muss entnommen werden, dass die sogenannten "Muss-Kriterien" nicht selbständig, sondern im Rahmen der übrigen Zuschlagskriterien beurteilt bzw. bewertet worden sind. Nicht bekannt ist, welche Bewertung die einzelnen "Muss-Kriterien" mindestens erreichen mussten, damit sie als noch erfüllt erachtet wurden. Beispielsweise ist beim Kriterium "Applikatorische Anforderungen/Datenmigration" auch die "Übernahme ab best. System", also ein "Muss-Kriterium" (und gemäss der öffentlichen Ausschreibung zugleich auch ein Eignungskriterium), bewertet worden. Die Beschwerdeführerin hat hier das Maximum von 10 Punkten erhalten, die E. GmbH hingegen nur 7 Punkte. Mit dem Punkteabzug ist offenbar dem Umstand Rechnung getragen worden, dass die Konversion von SIS zu ALEPH 500 zwar nicht unmöglich, aber aufwändiger und komplizierter ist. Festzustellen bleibt, dass die Bedeutung und die Handhabung, das heisst die Prüfung und Bewertung, der sogenannten "Muss-Kriterien" gemäss Pflichtenheft zumindest schwer durchschaubar ist. Es kommt hinzu, dass der Kantonsbibliothekar (als Mitglied der Evaluationsbehörde) sich in diesem Zusammenhang ebenfalls widersprüchlich äussert. Die in der öffentlichen Ausschreibung als Eignungskriterien bekannt gegebenen Aspekte werden als "Muss-Kriterien" im Zuschlagsverfahren bezeichnet und diesen nun die Bedeutung von absoluten Kriterien beigemessen, indem geltend gemacht wird, das System SUNRISE der Beschwerdeführerin erfülle die Muss-Anforderungen nicht.

Handhabung und Bewertung der Kriterien entsprechen jedenfalls nicht einem transparenten Verfahren.

#### 76 Zertifizierung.

- Es liegt im Ermessen der Vergabestelle, auf welche Weise sie die Qualität eines Angebots berücksichtigen und beurteilen und welches Gewicht sie hierbei Zertifikaten beimessen will. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle einer "offiziell" anerkannten QS-Zertifizierung einen höheren Stellenwert beimisst als einem firmeneigenen Qualitätsmanagementsystem.