

# **AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.488 vom 20. Februar 2023**

AG Verwaltungsgericht, 2023-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_verwaltungsgericht\\_WBE.2022.488](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_verwaltungsgericht_WBE.2022.488)

FR: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.488 du 20 février 2023

IT: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.488 del 20 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 27 Abs. 1 IVöB legt der Auftraggeber in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen (Art. 27 Abs. 2 IVöB). Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind (Art. 27 Abs. 3 IVöB). Er darf nicht zur Bedingung machen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge eines dieser Vereinbarung unterstellten Auftraggebers erhalten hat (Art. 27 Abs. 4 IVöB). Sowohl bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise als auch bei der Beurteilung der Anbieter anhand der ausgewählten Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu (RAMONA WYSS, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 12 und 16 zu Art. 27; vgl. bereits Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 219, Erw. 4.2). Das Verwaltungsgericht hat nur dann eingzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, d.h. wenn eine Rechtsverletzung vorliegt (vgl. oben Erw. I/2). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Beurteilung vorzunehmen. Eignungskriterien sind Ausschlusskriterien. Erfüllt ein Anbieter ein Eignungskriterium nicht, ist er vom Verfahren auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist. Gemäss Art. 44 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter u.a. dann vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass er die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht erfüllt (lit. a) oder sein Angebot wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (lit. b). Der Vergabestelle kommt bei formellen und inhaltlichen Fehlern ein gewisser Ermessensspielraum zu und sie hat die Verhältnismässigkeit zu beachten. Entspricht das Angebot indessen nicht den Vorgaben der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen, fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, muss die Vergabestelle das Angebot ausschliessen, andernfalls sie die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz verletzt (vgl. zum Ganzen: WYSS, a.a.O., N. 5 und 16 ff. zu Art. 27; DOMINIK KUONEN, in:

- 7 - Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 16 zu Art. 34; LAURA LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 6 und 11 f. zu Art. 44; ferner: BGE 145 II 249, Erw. 3.3; 143 I 177, Erw. 2.3.1; 141 II 353, Erw. 7.1; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2022.157 vom 30. Juni 2022, Erw. II/2.1). Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) verbietet überspitzten Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit Art. 29 Abs. 1 BV in Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist jedoch gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 145 I 201, Erw. 4.2.1; 142 I 10, Erw. 2.4.2; ferner: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 446).

### **E. 3.2.1**

In den Ausschreibungsunterlagen wurden die folgenden fünf Eignungskriterien definiert (vgl. Berufsfachschule Gesundheit und Soziales, Brugg, Ausschreibung Pflege der Grünflächen, Pflichtenheft, 29. September 2022, Version I [nachfolgend: Pflichtenheft], Ziffern 2.2, 4.1 und 5 [Vergabeakten, act. 98, 92 und 89] i.V.m. Beilage zum Pflichtenheft, "Eignungskriterien" [Vergabeakten, act. 12]): EK\_1 Fachliche und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Referenzen [...] EK\_2 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Umsatzzahlen [...] EK\_3 Finanzielle Leistungsfähigkeit: Erfolgsrechnung und Bilanz Abgefragte Information/Zweck: Der Anbieter verfügt über eine ausgewiesene finanzielle Leistungsfähigkeit. Geforderte Angaben/Unterlagen: Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten 3 Jahre. Falls Gründung des [richtig wohl: der] Unternehmung weniger als 3 Jahre her ist, Erfolgsrechnungen und Bilanzen seit der Gründung. Aufführung auf Formular EK\_3 und Beilage Dokumente. EK\_4 Bestätigung der Teilnahmebedingungen [...]

- 8 - EK\_5 Erfahrung der Anbieterin, Mandatsleiter [...]

### **E. 3.2.2**

Als Zuschlagskriterien wurden in den Ausschreibungsunterlagen der "Preis" (max. 800 Punkte), die "Qualität der Referenzen" (max. 200 Punkte; 100 Punkte pro Referenz) und die "Qualität der Organisation" (max. 200 Punkte) festgelegt (Pflichtenheft, Ziffer 4.2 [Vergabeakten, act. 90 ff.]). Zum Zuschlagskriterium "Qualität der Organisation" wurde festgehalten (Pflichtenheft, Ziffer 4.2.3 [Vergabeakten, act. 91]): Gewichtung Maximal erreichbare Punkte: 200 Quelle Die Anbieterin beschreibt in freier Form, wie sie die Qualität des Auftrags sicherstellt - Kapitel 1: Beschreibung des Qualitätssicherungssystems (generell), Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Dienstleistungsqualität, Beschreibung, Reklamationsmanagement, Eigenkontrolle (Ablauf, Auswertung, Konsequenzen, Dokumentation) - Kapitel 2: Führungskonzept und Organigramm mit personeller Besetzung des Auftrages - Kapitel 3: Schulungskonzept Bewertung [...]

### **E. 3.2.3**

Unter Ziffer 5 "Aufbau und Inhalt des Angebots" steht im Pflichtenheft (Vergabeakten, act. 89): [...] Das Angebot ist sowohl vollständig elektronisch als auch ausgedruckt in einem Ordner abzugeben. Die verlangten Angaben und Unterlagen sind im entsprechenden Register einzuordnen. Alle Unterlagen müssen rechtsgültig unterzeichnet sein. Mit der Unterzeichnung dieser Unterlagen bestätigt die Anbieterin deren Richtigkeit sowie alle darin aufgeführten Ver- pflichtungen und Anforderungen einzuhalten. Das Angebot muss die aufgeführten Register in der dieser Reihenfolge einhalten. Es sind nur die verlangten Dokumente abzugeben. Register Inhalt 1 – 4 [...] 5 Formular zu Eignungskriterium EK\_3 (Excel) Erfolgsrech- nung und Bilanz mit geforderten Belegen

#### **E. 3.2.4**

Das Pflichtenheft hält in Ziffer 3.3 unter "Prüfung der Form" sodann fest (Vergabeakten, act. 94): In einem ersten Schritt werden die Angebote in formeller Hinsicht beurteilt. Die Angebote werden nur in die Bewertung einbezogen, wenn sie vollstän- dig und rechtsgültig unterzeichnet sind sowie fristgerecht eingereicht wur- den. Ein allfälliger Ausschluss wird den betreffenden Anbieterinnen mittels anfechtbarer Verfügung mitgeteilt. [...] Und unter Ziffer 4.1 "Eignungskriterien" wird im Pflichtenheft festgehalten (Vergabeakten, act. 92): Nach der Angebotsöffnung und der formellen Prüfung werden alle Ange- bote bezüglich der Erfüllung der Eignungskriterien geprüft. Erfüllt eine Anbieterin eines dieser Eignungskriterien nicht, ist sie aus dem Verfahren auszuschliessen (Eröffnung mittels Verfügung). [...]

#### **E. 3.3**

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich somit klar, dass die Anbieter u.a. das Formular "Eignungskriterium\_EK3, Erfolgsrechnung und Bilanz" (vgl. dazu Vergabeakten, act. 8) auszufüllen und die Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten drei Jahre einzureichen hatten (Erw. II/3.2.1 und 3.2.3). Des Weiteren war vorgegeben, dass die Anbieter im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Qualität Organisation" eine Beschreibung einrei- chen mussten, in welcher die Anbieter – entsprechend den Vorgaben der Vergabestelle in Ziffer 4.2.3 des Pflichtenhefts – darzulegen hatten, wie sie die Qualität des Auftrags sicherstellen (Erw. II/3.2.2 und 3.2.3). Gestützt auf das Pflichtenheft stand ebenso unmissverständlich fest, dass unvoll- ständige Angebote und Angebote, welche die Eignungskriterien nicht erfül- len, vom Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. II/3.2.4). Die Vergabestelle wies in der angefochtenen Verfügung richtig darauf hin, dass das von der Beschwerdeführerin eingereichte Angebot in mehrfacher Hinsicht unvollständig ist. Betreffend das Eignungskriterium 3 "Finanzielle Leistungsfähigkeit: Erfolgsrechnung und Bilanz" hat die Beschwerdeführe- rin weder das Formular "Eignungskriterium\_EK3, Erfolgsrechnung und Bi- lanz" noch die dazugehörigen Belege, d.h. die Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten 3 Jahre, eingereicht. Die für das Eignungskriterium 3 verlangte Eignungsnachweise fehlen somit. Ebenso fehlt die in den Aus- schreibungsunterlagen geforderte Beschreibung, wie die Beschwerdefüh- rerin die Qualität des Auftrags sicherstellt (Zuschlagskriterium "Qualität Or- ganisation"). Die Beschwerdeführerin bestreitet (zu Recht) nicht, die ent- sprechenden Nachweise und Unterlagen nicht eingereicht zu haben.

- 10 -

#### **E. 3.4**

Entspricht das Angebot nicht den Vorgaben der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen, fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, muss die Vergabestelle das Angebot ausschliessen, andernfalls sie die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz verletzt (Erw. II/3.1). Im konkreten Fall waren die Eignungsnachweise für das Eignungskriterium 3 notwendig, um beurteilen zu können, ob die Beschwerdeführerin das entsprechende Eignungskriterium überhaupt erfüllt. Bei den geforderten Nachweisen bzw. Unterlagen handelt es sich somit fraglos um wesentliche Angaben bzw. Belege. Nichts Anderes gilt für die geforderte Beschreibung, wie die Anbieterin die Qualität des Auftrags sicherstellt. Diese Beschreibung bildet Grundlage für die Prüfung des Zuschlagskriteriums "Qualität Organisation", welchem Kriterium 1/4 der gesamthaft zu vergebenden Punkte zukommt (siehe Erw. II/3.2.2). Das Dokument ist wesentlich, um das Angebot überhaupt beurteilen zu können. Zu prüfen bleibt, ob der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist, welches einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigt. Festzuhalten ist dabei zunächst, dass ein Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen in der Regel als rechtmässig eingestuft wird (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447). Das Verwaltungsgericht schützte z.B. in einem Entscheid vom 7. November 2016 den Ausschluss eines Anbieters, welcher bezüglich des Eignungskriteriums "Finanzielle Leistungsfähigkeit: Geschäftsbericht, Erfolgsrechnung und Bilanz" lediglich die geforderten Geschäftsberichte, nicht jedoch die Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten 3 Jahren eingereicht hatte (wobei das Einreichen der ausdrücklich geforderten Unterlagen nicht etwa versehentlich unterblieben war, sondern die Beschwerdeführerin bewusst davon abgesehen hatte) (siehe zum Ganzen: AGVE 2016, S. 189 ff.). Der vorliegende Fall liegt hinsichtlich des Eignungskriteriums "Finanzielle Leistungsfähigkeit: Erfolgsrechnung und Bilanz" nicht entscheidend anders. Auch hier wurden die Eignungsnachweise – die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten 3 Jahre – nicht eingereicht. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es wäre ohne weiteres möglich gewesen, eine kurze Nachfrist anzusetzen und die entsprechenden Nachweise bzw. Unterlagen nachzufordern (vgl. Beschwerde, S. 6 und 8), ist festzuhalten, dass die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen transparent und klar festgehalten wurden. Die Anbieter wussten, welche Nachweise und Unterlagen sie einzureichen hatten. Ebenso wussten sie, dass unvollständige Angebote und Angebote, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, vom Verfahren ausgeschlossen werden. Anhaltspunkte, wonach seitens der Beschwerdeführerin die geforderten Nachweise und Unterlagen zum Eignungskriterium "Finanzielle Leistungsfähigkeit: Erfolgsrechnung und Bilanz" aufgrund eines Irrtums oder Versehens nicht eingereicht wurden, was – je nach Konstellation – allenfalls ein Grund für eine zulässige Nachreichung von Unterlagen hätte

- 11 - sein können (wie z.B. beim Fehlen einer im Beilagenverzeichnis erwähnten Beilage [vgl. AGVE 2005, S. 252, Erw. 2.1.1; ferner LOCHER, a.a.O., N. 18 zu Art. 44]), bestehen im Übrigen nicht. Die Beschwerdeführerin macht solches denn auch nicht geltend. Der Ausschlussgrund im Zusammenhang mit dem Eignungskriterium "Finanzielle Leistungsfähigkeit: Erfolgsrechnung und Bilanz" kann daher nicht als leicht eingestuft werden, sondern er muss als erheblich gewichtet werden. Unter diesem Aspekt lässt sich der Vergabestelle nicht vorwerfen, sie habe das ihr zustehende Ermessen (Erw. II/3.1) überschritten bzw. überspitzt formalistisch gehandelt, indem sie die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausschloss. Im Gegenteil erscheint es sogar mehr als fraglich, ob die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens überhaupt berechtigt gewesen

wäre, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einzuräumen, die verlangten Nachweise und Unterlagen noch nachzureichen, um so ihre Offerte nachträglich zu vervollständigen (vgl. AGVE 2016, S. 189, Erw. 3.5 mit Hinweisen). Eine Verpflichtung, der Beschwerdeführerin eine solche Nachbesserung zu ermöglichen, bestand jedenfalls nicht. Zu beachten ist sodann, dass mit der nicht eingereichten Beschreibung, wie die Beschwerdeführerin die Qualität des Auftrags sicherstellt (Zuschlagskriterium "Qualität Organisation"), ein weiterer Ausschlussgrund vorliegt. Die geforderte Beschreibung bildet Grundlage (und zwar die einzige) für das Zuschlagskriterium "Qualität Organisation", welchem Kriterium 1/4 der gesamthaft zu vergebenden Punkte zukommt (siehe oben sowie Erw. II/3.2.2). Das Dokument hat Einfluss darauf, wie das mit 1/4 der Gesamtpunktzahl gewichtete Zuschlagskriterium "Qualität Organisation" bewertet wird. Mit anderen Worten hat es Einfluss auf die Bewertung des Angebots. In einem solchen Fall ist eine Nachreichung nicht statthaft. Sobald nämlich Angaben und Dokumente – wie hier die Beschreibung, wie die Beschwerdeführerin die Qualität des Auftrags sicherstellt – nachgereicht werden müssten, die einen Einfluss auf das Preis-Leistungsverhältnis haben, ist die Nachreichung unzulässig und ein Ausschluss vorzunehmen (vgl. LOCHER, a.a.O., N. 18 zu Art. 44; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447). Der von der Vergabestelle angeordnete Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren erweist sich auch aus diesem Blickwinkel als rechtmässig. Beim Entscheid, die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen, hielt sich die Vergabestelle im Übrigen auch an das Gleichbehandlungsgebot (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c IVHB), schloss sie doch drei weitere Anbieterinnen ebenfalls vom Vergabeverfahren aus, welche die Teilnahmebedingungen nicht erfüllten bzw. geforderte Unterlagen (namentlich die Beschreibung, wie die Anbieterin die Qualität des Auftrags sicherstellt) ebenfalls nicht eingereicht hatten (siehe Vergabeakten, act. 586 ff., 590 ff., 598 ff.).

- 12 - 4. Die Beschwerdeführerin beanstandet schliesslich, der Kanton Aargau habe in der Beschwerdeantwort auf Seite 6, letzter Abschnitt, bis Seite 7, dritter Abschnitt, erstmals vollständige Ausführungen gemacht, weshalb die Offerte der Beschwerdeführerin in wesentlichen Teilen und in einem zur Beurteilung der Qualität massgebenden Punkt unvollständig sei. Er habe im Beschwerdeverfahren eine Begründung nachgeschoben, die er im Vorverfahren noch nicht in dieser Art und Weise vorgebracht habe. Damit gestehe er implizit ein, den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) im angefochtenen Entscheid nicht Genüge getan zu haben (vgl. Stellungnahme vom 23. Januar 2023, S. 5). Dieser Einwand trifft nicht zu. Welche Ausführungen die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeantwort auf "Seite 6, letzter Abschnitt, bis Seite 7, dritter Abschnitt" meint, ist unklar. Seite 6 der Beschwerdeantwort enthält einzig Ausführungen zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen, die Ansprüche, die Unterschrift, das Beilagenverzeichnis und den Verteiler. Eine Seite 7 hat die Beschwerdeantwort nicht. Sollte die Beschwerdeführerin allenfalls Seite 4, letzter Abschnitt, bis Seite 5, dritter Abschnitt, der Beschwerdeantwort gemeint haben, so wäre der Einwand ausserdem unbegründet. Gemäss Art. 51 Abs. 2 IVöB sind beschwerdefähige Verfügungen bloss summarisch zu begründen. In der angefochtenen Verfügung wurde ausdrücklich festgehalten, dass (u.a.) die geforderten Angaben und Unterlagen zum Zuschlagskriterium "Qualität der Organisation" fehlten. Die Organisation und Qualität der vorgesehenen Leistungserbringung durch die Anbieterin könnten nicht beurteilt werden, womit wesentliche Angaben zur Beurteilung des Angebots fehlten. U.a. deshalb sei das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren auszuschliessen

(vgl. angefochtene Verfügung, S. 2). Diese Ausführungen genügen den Begründungsanforderungen. In der Beschwerdeantwort wurden sie auf S. 4 f. verdeutlicht bzw. weiter konkretisiert. Um eine "nachgeschobene" Begründung handelt es sich dabei jedoch nicht. Von einer Gehörsverletzung kann keine Rede sein. 5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren als rechtmässig erweist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos. III. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Beschwerdeführerin (§ 31 Abs. 2 VRPG). Es werden keine Parteikosten ersetzt (§ 32 Abs. 2 und § 29 VRPG).

- 13 - Das Verwaltungsgericht erkennt:

#### **E. 4**

Mit Stellungnahme vom 23. Januar 2023 beantragte die Beschwerdeführerin: 1. An den in der Beschwerde vom 02.12.2022 (richtig wohl: 07.12.2022) gestellten Begehren wird festgehalten. 2. Der Beschwerdeführerin seien die Vorakten, die der Kanton Aargau eingereicht hat, zur kurzen Einsichtnahme zuzustellen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

#### **E. 5**

Nach gewährter (beschränkter) Akteneinsicht verzichtete die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Februar 2023 auf eine weitere Stellungnahme.

#### **E. 6**

8 [...]

#### **E. 9**

Beschreibung Zuschlagskriterium Qualität Organisation gem. Kapitel 4.2.3

#### **E. 10**

[...]

- 9 -