

# BGer 2C 576/2022 vom 3. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_576\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_576_2022)

FR: TF 2C 576/2022 du 3 août 2023

IT: TF 2C 576/2022 del 3 agosto 2023

## Regeste

Submission | Grundrecht

## Erwägungen

### E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

#### E. 1.1

Der Ausgangspunkt der beiden Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 ist dieselbe Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 des gleichen Vergabeverfahrens (vgl. auch BGE 148 I 53 E. 4). Den beiden Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 liegt sodann dasselbe vorinstanzliche Urteil vom 16. Juni 2022 zugrunde. Es ist derselbe Sachverhalt betroffen und es stellen sich die gleichen Rechtsfragen. Der Verfahrensvereinigung stehen im Übrigen keine Geschäftsgeheimnisse entgegen. Daher rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren antragsgemäss zu vereinigen ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]; vgl. Urteile 2C\_614/2019 und 2C\_623/2019 vom 25. Juni 2020 E. 2, nicht publ. in: BGE 146 II 384 ).

#### E. 1.2

Die im Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 eingereichten Eingaben betreffen eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen. Gemäss Art. 83 lit. f BGG in der Fassung vom 1. Januar 2021 (vgl. AS 2020 641 ff., S. 686) ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2 i.f.; 143 II 120 E. 2.2).

##### E. 1.2.1

Während der massgebende Schwellenwert im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG angesichts des Zuschlags zum Angebotspreis von Fr. 5'279'454.-- unbestrittenermassen überschritten wird (vgl. Bst. B hiavor), bedarf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG einer genaueren Betrachtung: Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung

rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich sind (vgl. BGE 139 III 209 E. 1.2; 139 III 182 E. 1.2). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt nicht zum Eintreten, denn an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage besteht kein Rechtsschutzinteresse (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3; Urteil 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass diese Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2).

### **E. 1.2.2**

Die Beschwerdeführerin unterbreitet dem Bundesgericht im Verfahren 2C\_576/2022 eine Frage im Zusammenhang mit der von der Vergabebehörde durchgeführten dreistufigen Auswertung respektive dem Vergabeverfahren mit drei Phasen. Dabei bestimmte die Vergabebehörde in einer ersten Phase die wirtschaftlich günstigsten Angebote. Diese Angebote berücksichtigte sie alsdann in den nächsten zwei (Test-) Phasen zur Beurteilung der Zuschlagskriterien (sogenanntes Shortlisting; vgl. auch Bst. A hiervor). Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe erwogen, dass die Mitteilung der Ergebnisse der ersten und zweiten Auswertungsphasen blosse Informationsschreiben dargestellt hätten und mangels Charakters von Zuschlags- oder Ausschlussverfügungen nicht anfechtbar gewesen wären (vgl. E. II.3 des angefochtenen Urteils). Es sei vom Bundesgericht die Grundsatzfrage zu klären, ob die "Informationsschreiben" vom 26. November 2020 und 19. März 2021 anfechtbare Zwischenverfügungen darstellen würden. Auch die Vergabebehörde wirft im Verfahren 2C\_623/2022 die Rechtsfrage auf, ob das von ihr durchgeführte mehrphasige Verfahren ("mit Zwischenverfügungen") im Submissionsrecht generell oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei.

### **E. 1.2.3**

Indessen vermag die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zum mehrphasigen Vergabeverfahren den Ausgang der vorliegenden Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 nicht zu beeinflussen. Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin nahmen beide bis zur letzten (dritten) Phase des Vergabeverfahrens teil. Die beiden "Informationsschreiben", so die Vorinstanz, oder "Zwischenverfügungen", so die Beschwerdeführerin, die am 26. November 2020 und 19. März 2021 über die Ergebnisse der ersten und zweiten Phase des Vergabeverfahrens Auskunft gaben, wurden von keiner Anbieterin des Vergabeverfahrens beanstandet. Die Vergabebehörde teilte der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin mit der vorinstanzlich angefochtenen Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 das Endergebnis des Vergabeverfahrens mit. Im Zuge des darauffolgenden (kantonalen) Beschwerdeverfahrens war dann aber im Wesentlichen umstritten, ob die Rechtsmittelfrist gewahrt worden und die Beschwerdeführerin mangels Erfüllung der Eignungskriterien vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei (vgl. auch E. 3 und E. 4 hiernach). Beide Streitpunkte sind losgelöst von den aufgeworfenen Fragen zur Durchführung mehrphasiger Vergabeverfahren zu beantworten. Die Klärung dieser Fragen sind für die Lösung des konkreten Falles demnach

unerheblich und für den Ausgang der vorliegenden Angelegenheit folglich nicht entscheidend. Vor diesem Hintergrund erwog bereits die Vorinstanz, dass offenbleiben könne, ob das von der Vergabebehörde gewählte "mehrphasige" Vorgehen vor den zur Anwendung gelangenden, beschaffungsrechtlichen Vorschriften standhalte (vgl. II.3 des angefochtenen Urteils). Es liegt mangels Entscheidrelevanz der Klärung der aufgeworfenen Fragen zum mehrstufigen Vergabeverfahren diesbezüglich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

#### **E. 1.2.4**

Die Vergabebehörde unterbreitet dem Bundesgericht im Verfahren 2C\_623/2022 zwei weitere Rechtsfragen, denen sie grundsätzliche Bedeutung beimisst. Sie führt aus, ihre Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 habe eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung enthalten. Es stelle sich die Frage, ob die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens in die falsche Rechtsmittelbelehrung vorgelegen hätten. Dabei handelt es sich indes um keine Grundsatzfrage: Soweit sie überhaupt beschaffungsrechtlicher Natur ist, sind die Grundsätze zum Schutz des Vertrauens in eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung hinreichend geklärt (vgl. BGE 139 III 78 E. 5.4.2 ; 138 I 49 E. 8.3.2 ; 134 I 199 E. 1.3). Im Weiteren fragt die Vergabebehörde danach, ob das Eignungskriterium "mehrjährige Erfahrung" durch die Vorinstanz korrekt überprüft worden sei. Dabei handelt es sich ebenfalls nicht um eine Grundsatzfrage, sondern um die Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall, wobei auch zur rechtskonformen Auslegung und Anwendung der Eignungskriterien eine ständige Rechtsprechung besteht (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3; Urteil 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.1 ff.; vgl. auch Urteil 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2.3 ff.).

#### **E. 1.2.5**

Nach dem Gesagten unterbreiten die Beschwerdeführerin im Verfahren 2C\_576/2022 und die Vergabebehörde im Verfahren 2C\_623/2022 dem Bundesgericht keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Auf die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in den Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 ist demzufolge nicht einzutreten.

#### **E. 1.3**

Zu prüfen bleibt, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht. Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Letzteres ist im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens namentlich gegeben, wenn die beschwerdeführende Person eine reelle Chance hat, im Falle der Guttheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.1; Urteil 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3).

##### **E. 1.3.1**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da diese nach der vorinstanzlichen Auffassung die Eignungskriterien nicht erfüllt. Da der Beschwerdeführerin von der Vergabebehörde zuvor der Zuschlag erteilt wurde, wäre im Falle der Guttheissung ihres Rechtsmittels der Zuschlag grundsätzlich zu bestätigen. Auf Bestätigung der Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 lautet denn auch ihr Hauptantrag. Aufgrund der realen Chance, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten kann, hat sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der subsidiären

Verfassungsbeschwerde ( Art. 115 lit. b BGG ). Sie hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen ( Art. 115 lit. a BGG ). Im Weiteren wirkt das angefochtene Urteil, mit dem die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, obschon es sich dabei um einen Rückweisungsentscheid handelt, für die Beschwerdeführerin als Endurteil. Insofern richtet sich ihre fristgerecht eingereichte Eingabe ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG ) gegen ein kantonales letztinstanzliches ( Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessendes ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG ). Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2C\_576/2022 ist einzutreten.

### **E. 1.3.2**

Demgegenüber ist das rechtlich geschützte Interesse der Vergabebehörde an der subsidiären Verfassungsbeschwerde zu verneinen. Zwar ist die Erhebung dieses Rechtsmittels nur sinngemäss in den abschliessenden Ausführungen zu erkennen. Indessen würde selbst die unzutreffende Bezeichnung des Rechtsmittels nicht schaden (vgl. BGE 138 I 367 E. 1.1 ; 133 I 300 E. 1.2). Die Vergabebehörde ist eine selbständige öffentliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. § 2 des Gesetzes des Kantons Aargau vom 19. September 2006 über die Gebäudeversicherung [GebVG/AG; SAR 673.100]). Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind als Inhaberinnen hoheitlicher Gewalt grundsätzlich keine Trägerinnen verfassungsmässiger Rechte im Sinne von Art. 116 BGG (vgl. Urteile 2D\_53/2022 vom 22. Juni 2023 E. 3.4; 2D\_38/2020 vom 25. Februar 2021 E. 1.3; 2C\_669/2017 vom 15. Juni 2018 E. 2.1). Da die Vergabebehörde vorliegend keine Grundrechtsträgerin ist, verfügt sie grundsätzlich über kein rechtlich geschütztes Interesse (vgl. Art. 115 lit. b BGG i.V.m. Art. 116 BGG ). Dass die von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen für Verfassungsbeschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts vorliegen (vgl. BGE 142 II 259 E. 4.2 ; 140 I 285 E. 1.2; vgl. auch BGE 146 I 195 E. 1.2.1 ; 145 I 239 E. 5.1), macht die Vergabebehörde nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2C\_623/2022 ist demnach nicht einzutreten.

## **E. 2**

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 116 BGG ).

### **E. 2.1**

Ausgeschlossen ist die Rüge der Missachtung von einfachem Gesetzes- und Konkordatsrecht. Deshalb kann unter anderem die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebots und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht selbständig gerügt werden. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (vgl. Urteile 2D\_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1; 2D\_46/2020 vom 8. März 2021 E. 2.1). Hingegen ist die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung zulässig, da die Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (vgl. BGE 125 II 86 E. 4; Urteil 2D\_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1; zum Begriff der Willkür in der Rechtsanwendung vgl. BGE 144 I 113 E. 7.1; 142 II 369 E. 4.3).

### **E. 2.2**

Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 118 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 9 BV , da die Vorinstanz in willkürlicher Anwendung des (inter-) kantonalen Verfahrensrechts auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdegegnerin vom 9. November 2021 eingetreten sei. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang Art. 5 Abs. 3 BV als verletzt rügt, handelt es sich beim dort verankerten Grundsatz von Treu und Glauben nicht um ein verfassungsmässiges Recht, sondern um einen Verfassungsgrundsatz (vgl. BGE 134 I 153 E. 4).

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 sei unbestrittenermassen fehlerhaft gewesen, da die Vergabebehörde darin auf eine falsche Rechtsmittelfrist von 20 Tagen hinweise. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Beschwerdegegnerin dennoch innert zehn Tagen hätte an die Vorinstanz gelangen müssen. Die Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin weiter, hätte das Vertrauen der Beschwerdegegnerin in die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung nicht schützen dürfen. Ein einfacher Blick in die gesetzlichen Grundlagen hätte gereicht, um zu erkennen, dass die hängigen Vergabeverfahren nach bisherigem Recht zu Ende geführt würden. Die zehntägige Rechtsmittelfrist sei leicht erkennbar gewesen.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hält fest, während die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SAR 150.950) in Art. 15 Abs. 2 IVöB eine Beschwerdefrist von zehn Tagen vorsehe, verankere Art. 56 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019; SAR 150.960) eine Beschwerdefrist von 20 Tagen. Das neue Konkordat sei im Kanton Aargau am 1. Juli 2021 in Kraft getreten. Die Vorinstanz erwägt, im Grundsatz seien Verfahrensvorschriften mit dem Tag ihres Inkrafttretens anwendbar. Von diesem Grundsatz weiche Art. 64 IVöB 2019 ab. Diese Norm bestimme, dass die Vergabeverfahren wie das vorliegende, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet worden seien, nach bisherigem Recht zu Ende geführt würden. Da es sich dabei aber um eine Übergangsbestimmung handle, ist nach Auffassung der Vorinstanz der Fehler in der Rechtsmittelbelehrung nicht leicht erkennbar gewesen und das Vertrauen der Beschwerdegegnerin deshalb zu schützen (vgl. E. I.3 des angefochtenen Urteils).

#### **E. 3.3**

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 9 BV darf einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen (vgl. BGE 138 I 49 E. 8.3.2). Diese bundesgerichtliche Praxis steht indes unter dem Vorbehalt, dass die betroffene Person

den Irrtum nicht bemerkt hat und diesen bei gebührender Aufmerksamkeit auch nicht hätte bemerken müssen. Dabei darf nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt einer Partei dazu führen, dass der Schutz von Treu und Glauben nicht greift. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für die rechtsuchende Person oder ihre Rechtsvertretung allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre (vgl. BGE 139 III 78 E. 5.4.2 ; 138 I 49 E. 8.3.2; 135 III 374 E. 1.2.2.1).

### **E. 3.4**

Die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen trat im Kanton Aargau am 1. Juli 2021 in Kraft (vgl. Beschluss Nr. 2021-000643 des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 2. Juni 2021). Die Zuschlagsverfügung erliess die Vergabebehörde am 18. Oktober 2021. Die Rechtsmittelbelehrung in der Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 wies auf die neurechtliche Beschwerdefrist von 20 Tagen gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB 2019 hin. Die Rechtsmittelbelehrung folgte damit dem Grundsatz, dass verfahrensrechtliche Neuerungen mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar sind (vgl. BGE 144 V 210 E. 4.3.1; 144 II 273 E. 2.2.4). Überdies werfen die übergangsrechtlichen Regelungen des Beschaffungsrechts nicht leicht überschaubare Fragen auf (vgl. dazu Urteil 2C\_654/2022 vom 28. September 2022 E. 3 f.). Die Vorinstanz kam daher in verfassungskonformer Weise zum Schluss, dass der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerdegegnerin oder ihre Rechtsvertretung nicht durch blosser Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre und der Fehler mithin nicht leicht erkennbar gewesen sei. Demzufolge wendete die Vorinstanz das (inter-)kantonale Verfahrensrecht verfassungskonform an, indem sie auf die verspätete Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 9. November 2021 eintrat.

### **E. 3.5**

Nach dem Dargelegten stösst die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der Verletzung von Art. 9 BV ins Leere. Die Vorinstanz hat unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots das Vertrauen der Beschwerdegegnerin in die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung zu Recht geschützt und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 9. November 2021 als fristgerecht beurteilt.

## **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Anwendung des kantonalen Submissionsrechts, da die Vorinstanz sie mangels Erfüllung des Eignungskriteriums der mehrjährigen Erfahrung in "Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen" vom Vergabeverfahren ausgeschlossen habe.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien verfüge die Vergabebehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum, den die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen nicht auf Unangemessenheit hin überprüfen dürften. Indem die Vorinstanz das Eignungskriterium der mehrjährigen Erfahrung in "Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen" auf jene Anbieterinnen beschränke, die über eine eigene Produktionsstätte verfügten, habe sie in willkürlicher Weise in das Ermessen der Vergabebehörde eingegriffen. Eine willkürfreie Auslegung und Anwendung des Eignungskriteriums bedinge, dass auch Anbieterinnen mit einem engen

Kontakt zu einer Produzentin im Vergabeverfahren zuzulassen seien. Auch andere Anbieterinnen hätten keine eigene Produktionsstätte. Der Verfahrensausschluss verletzt nach Auffassung der Beschwerdeführerin das Willkürverbot von Art. 9 BV .

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hält fest, Ziffer 6.1 lit. a der Ausschreibung sehe als Eignungskriterium Folgendes vor: "Mehrjährige Erfahrung des Anbieters in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen für Feuerwehrorganisationen." Sie erwägt, der Wortlaut von Ziffer 6.1 lit. a der Ausschreibungsunterlagen sei klar, eindeutig und unmissverständlich. Verlangt werde von den Anbieterinnen mehrjährige Erfahrung in der Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen. Diese Vorgabe lasse sich nur so verstehen, dass die Anbieterin selber seit mehreren Jahren Brandschutzausrüstungen produziere und über entsprechende Produktionsstätten verfügen müsse. Wenn die Vergabebehörde vorbringe, beim Eignungskriterium "Produktion" werde primär erwartet, dass die Anbieterin im engen Kontakt mit der Produzentin stehe und dieselbe Gewährleistung oder Garantie biete, wie dies von einer Produzentin im eigentlichen Sinn erwartet werden könne, setze sie sich mit dieser Interpretation in Widerspruch zu ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen. Die Vergabebehörde habe vorliegend nicht nur mehrjährige Erfahrung in der Lieferung von Brandschutzausrüstungen, sondern an erster Stelle mehrjährige Erfahrung in der Produktion verlangt. An diese eigene Vorgabe sei sie gebunden. Die Beschwerdeführerin sei unbestrittenermassen keine Produzentin von Brandschutzausrüstungen, sondern produziere Feuerwehr- und Industrieschläuche. Damit erfülle sie, so die Vorinstanz folgernd, das Eignungskriterium gemäss Ziffer 6.1 lit. a der Ausschreibungsunterlagen nicht und sei vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. E. II.2.3.3 f. des angefochtenen Urteils).

#### **E. 4.3**

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 ; 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 7.1; 139 II 489 E. 2.2.4). Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten (Eignungs-) Kriterien sind bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig. Auszulegen und anzuwenden sind die Kriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteile 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2).

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe eine willkürliche Auslegung vorgenommen und in unhaltbarer Weise in den grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien

eingegriffen. Ihr ist jedenfalls unter dem vorliegend massgebenden Blickwinkel des Willkürverbots nicht zu folgen: Die Vergabebehörde erwähnt in der von ihr formulierten Ausschreibung die mehrjährige Erfahrung in der Produktion von Brandschutzausrüstungen ausdrücklich als Eignungskriterium und nennt es insbesondere vor der mehrjährigen Erfahrung in der Lieferung. Die Vorinstanz erwägt in haltbarer Weise, das Eignungskriterium habe von den Anbieterinnen in guten Treuen nur derart verstanden werden können, dass sie die Brandschutzausrüstungen selber produzieren müssten. Die Beschwerdeführerin produziert indes unbestrittenermassen keine Brandschutzausrüstungen. Die Vorinstanz erkannte daher willkürfrei, dass die Vergabebehörde im Verlauf des Vergabeverfahrens auf das Eignungskriterium der mehrjährigen Erfahrung in der Produktion verzichtet habe, da sie die Beschwerdeführerin nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und dieser sogar den Zuschlag erteilt habe. Dies stelle, so die Vorinstanz weiter haltbar folgernd, eine unzulässige nachträgliche Anpassung der Bedingungen dar. Es ist nicht als willkürlich zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Rechtskontrolle festhält, die Vergabebehörde sei an ihre Ausschreibung gebunden und es sei unklar, inwiefern die Erfahrung der Beschwerdeführerin in der Herstellung von Schläuchen für die Entwicklung und Produktion von Brandschutzbekleidung vorteilhaft sein sollte (vgl. E. II.2.3.3 des angefochtenen Urteils). Unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots kommt die Vorinstanz daher zutreffend zum Schluss, dass das Eignungskriterium rechtsfehlerhaft ausgelegt und angewendet sowie die Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

#### **E. 4.5**

Im Weiteren ist der Beschwerdeführerin nicht zu folgen, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass nur die Beschwerdegegnerin über eine Produktionsstätte verfüge. Die in den vorinstanzlichen Akten befindlichen Handelsregisterauszüge anderer Anbieterinnen, die die Beschwerdegegnerin in das vorinstanzliche Verfahren eingebracht hat, stützen den Vorwurf der Beschwerdeführerin nicht. Selbst die Vergabebehörde geht in ihrer Vernehmlassung davon aus, dass auch andere Anbieterinnen über eine eigene Produktion verfügen würden. Insofern hat die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich nicht offensichtlich unrichtig oder unvollständig festgestellt (vgl. Art. 118 Abs. 1 BGG). Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die vorinstanzliche Auslegung und Anwendung des Eignungskriteriums der mehrjährigen Erfahrung in der "Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen" stehe in unhaltbarer Weise dem im Vergabeverfahren beabsichtigten, wirksamen Wettbewerb entgegen, da nur noch die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfülle, stösst sie daher ins Leere.

#### **E. 4.6**

Auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin, wonach sich die Beschwerdegegnerin rechtsmissbräuchlich verhalte, da sie die Eignung der Zuschlagsempfängerin erst nach der Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 kritisiere, verfängt nicht. Vor Erlass der Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 hatte die Beschwerdegegnerin keine Veranlassung, die Eignung der Beschwerdeführerin infrage zu stellen, da sie noch nicht wissen konnte, an welche Anbieterin der Zuschlag letztlich erteilt wird. Ferner erschliesst sich nicht, was die Beschwerdeführerin aus dem Begriff der Herstellerin gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG; SR 221.112.944) zu ihren Gunsten ableiten möchte und inwiefern sich daraus eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte ergeben sollte. Im Übrigen legt die

Beschwerdeführerin nicht hinreichend dar, inwiefern die Vorinstanz die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV verletzt hätte. Die entsprechenden Ausführungen genügen nicht den Anforderungen an die Begründung von Grundrechtsverletzungen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG ). Weitere Ausführungen zu diesen Vorbringen erübrigen sich.

#### **E. 4.7**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, ohne damit das Willkürverbot nach Art. 9 BV zu verletzen.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2C\_576/2022 als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Verfahren 2C\_576/2022 ist nicht einzutreten. Gleiches gilt für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2C\_623/2022. Bei diesem Ausgang der Verfahren trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten des Verfahrens 2C\_576/2022 ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und die Vergabebehörde die Gerichtskosten im Verfahren 2C\_623/2022, da sie in ihrem Vermögensinteresse handelt ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG ; vgl. Urteil 2D\_38/2020 vom 25. Februar 2021 E. 1.5). Sowohl die Vergabebehörde im Verfahren 2C\_576/2022 als auch die Beschwerdeführerin im Verfahren 2C\_623/2022 beantragen vernehmlassungsweise die Gutheissung des Rechtsmittels des jeweils anderen. Daher rechtfertigt es sich, ihnen die Gerichtskosten der Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 5 BGG ). Die Beschwerdeführerin und die Vergabebehörde haben der Beschwerdegegnerin für die Verfahren 2C\_576/2022 und 2C\_623/2022 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 4 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.