

WBE.2021.28 / MW / wm

Art. 45

Urteil vom 12. Mai 2021

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichter Michel
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin **A.** _____
vertreten durch lic. iur. Peter Krebs, Rechtsanwalt, Mellingerstrasse 207,
5405 Baden-Dättwil

gegen

Beschwerde-
gegnerin **B.** _____
vertreten durch Dr. iur. Dominik Strub und/oder MLaw Janine Spirig,
Rechtsanwälte, Belchenstrasse 3, 4601 Olten

und

Abwasserverband C. _____

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung des Abwasserverbands C. vom 18. Januar 2021

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Der Abwasserverband C. schrieb für die Erweiterung bzw. Anpassung der Abwasserreinigungsanlage (ARA) C. (Neu- und Umbau von Speicherbecken bzw. Teilen der Betriebsausstattung) Baumeisterarbeiten im offenen Verfahren öffentlich aus (gemäss GATT/WTO-Abkommen, resp. Staatsvertrag). Die Publikation erfolgte im Amtsblatt des Kantons Aargau vom XX. sowie auf www.simap.ch (Meldungs-Nr. YY.). Innert Eingabefrist wurden sieben Angebote mit unbereinigten Eingabesummen zwischen Fr. 2'923'213.05 und Fr. 4'447'238.95 netto (exkl. MWSt) eingereicht. Am 15. Januar 2021 beschloss der Vorstand des Abwasserverbands C. (Korrespondenzbeschluss), die Baumeisterarbeiten an die B. zum Preis von Fr. 2'923'212.95 zu vergeben. Der A. wurde die anderweitige Auftragsvergabe mit Verfügung vom 18. Januar 2021 ohne Rechtsmittelbelehrung mitgeteilt (Zustellung per E-Mail am gleichen Tag).

B.

1.

Dagegen erhob die A. mit Eingabe vom 28. Januar 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

1.

Es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Submissionsverfahren zu dessen korrekten Durchführung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.

Eventualiter sei die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen.

3.

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

2.

Mit Verfügung vom 29. Januar 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

3.

Der Abwasserverband C. stellte in seiner Beschwerdeantwort vom 10. Februar 2021 die folgenden Rechtsbegehren:

1.
Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.
Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die mit Datum vom 29. Januar 2021 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei aufzuheben.

3.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

4.
Mit Beschwerdeantwort vom 19. Februar 2021 beantragte die B., ebenfalls die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten der Beschwerdeführerin. Die mit Verfügung vom 29. Januar 2021 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei der Beschwerde umgehend wieder zu entziehen.

5.
Mit Verfügung vom 4. März 2021 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung erteilt.

6.
Am 5. März 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Eingabe ein.

7.
Mit Eingabe vom 17. März 2021 reichte die B. ein weiteres Referenzprojekt ein, verbunden mit dem Antrag, dieses gemeinsam mit dem vorliegenden Schreiben zu den Akten zu erkennen.

8.
Mit Verfügung vom 19. März 2021 wurde der Beschwerdeführerin beschränkte Akteneinsicht gewährt.

9.
Die Beschwerdeführerin reichte am 6. April 2021 eine Replik ein, mit welcher sie an den Rechtsbegehren der Beschwerde vom 28. Januar 2021 festhielt.

10.
Mit Duplik vom 23. April 2021 stellte die B. folgende Rechtsbegehren:

1.
Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2.
Eventualiter sei der Hauptantrag (Rechtsbegehren 1) der Beschwerdeführerin gutzuheissen und das Verfahren zu dessen erneuten Durchführung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beschwerdeführerin.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a – h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

1.2.

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Beim Abwasserverband C. handelt es sich um einen Gemeindeverband im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD (vgl. auch § 1 der Satzungen [Beschwerdebeilage 7]).

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss § 8 Abs. 2 SubmD erreicht, was beim hier streitigen Bauauftrag der Fall ist, gilt als anfechtbare Verfügung u.a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD). Das

Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführerin beanstandet in formeller Hinsicht die fehlende Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Vergabeentscheids sowie die Zustellung per E-Mail und verlangt seine Aufhebung. Zudem sei davon auszugehen, dass der Geschäftsführer, der den Entscheid allein unterzeichnet habe, nicht einzelzeichnungsberechtigt sei; der Entscheid sei auch aus diesem Grund ungültig und aufzuheben (vgl. Beschwerde, S. 4 f. und 7).

2.2.

§ 20 Abs. 1 SubmD bestimmt, dass die Vergabestelle den Anbietenden den Zuschlag schriftlich mitteilt, er ist kurz zu begründen (vgl. auch Art. 13 lit. g und h der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB; SAR 150.950]; ferner §§ 26 f. VRPG). Nach § 24 Abs. 2 lit. b SubmD gilt der Zuschlag als mit Beschwerde anfechtbare Verfügung im Sinne von § 24 Abs. 1 SubmD (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 und 1^{bis} lit. e IVöB). Dass der Zuschlag zwingend als Verfügung des öffentlichen Rechts auszugestalten ist, folgt zudem aus Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02). Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (§ 25 Abs. 1 SubmD). Gemäss § 7 Abs. 1 VRPG kann der Verkehr mit den Behörden schriftlich, oder bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss § 7 Abs. 2 und 3 VRPG sowie § 7 der Verordnung über die elektronische Übermittlung in Verfahren vor Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden vom 9. Mai 2012 (ÜbermittlungsV; SAR 271.215), elektronisch erfolgen. Das VRPG unterscheidet somit klar zwischen schriftlich und elektronisch erfolgenden Zustellungen.

§ 7 Abs. 2 VRPG bestimmt, dass die Partei eine elektronische Zustelladresse angeben und ihr Einverständnis erklären kann, dass Zustellungen auf elektronischem Weg erfolgen dürfen. Nach § 7 Abs. 1 ÜbermittlungsV können die Behörden einer Partei einen Entscheid auf elektronischem Weg eröffnen, sofern die Partei dieser Zustellungsart ausdrücklich zugestimmt hat und sie bei einer anerkannten Zustellplattform registriert ist. Beide Voraussetzungen sind vorliegend in Bezug auf die Beschwerdeführerin nicht erfüllt. Die mit E-Mail vom 18. Januar 2021 erfolgte Bekanntgabe des Zuschlags stellt weder eine schriftliche Mitteilung im Sinne von § 20 Abs. 1 SubmD (i.V.m. § 24 SubmD) noch eine zulässige elektronische Eröffnung im Sinne von § 7 Abs. 2 VRPG i.V.m. § 7 Abs. 2 ÜbermittlungsV dar (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] vom 12. März 2020 [WBE.2019.215], S. 7 f.; ferner Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. August 2012 [VB.2012.00257], Erw. 2.2). Inwiefern COVID 19 einer korrekten (und im Übrigen auch üblichen) *schriftlichen* Eröffnung

des Vergabeentscheids entgegenstehen sollte, wie die Vergabestelle dies antönt (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 2 f.), ist nicht ersichtlich.

2.3.

Beim Zuschlag handelt es sich, sofern die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind, um eine beschwerdefähige Verfügung (§ 24 Abs. 1 i.V.m. § 24 Abs. 2 lit. b SubmD). Beschwerdefähige Verfügungen sind mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (§ 26 Abs. 1 VRPG i.V.m. § 23 SubmD; § 37 Abs. 2 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB). Die Zuschlagsverfügung vom 18. Januar 2021, die den Anbietern den Vorstandsbeschluss vom 15. Januar 2021 eröffnete, enthält zu Unrecht keine Rechtsmittelbelehrung; sie ist somit formell mangelhaft. Daran vermag der Umstand, dass die Vergabestelle bis anhin solche "Mitteilungen von Beschlüssen" nicht als Verfügungen, schon gar nicht als mit Rechtsmittelbelehrung zu verstehende, angesehen hat (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3), auch nichts zu ändern; eine solche Praxis wäre klar rechtswidrig.

2.4.

2.4.1.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Geschäftsführer des Abwasserverbands C., D., befugt sei, die Zuschlagsverfügung für den Abwasserverband alleine zu unterzeichnen; sie schliesst daraus auf deren Ungültigkeit (Beschwerde, S. 4 f., 7; Replik, S. 3). Die Vergabestelle bringt vor, der Geschäftsführer habe "lediglich den anbietenden Firmen den Beschluss des Vorstandes mitgeteilt, was usanzgemäss nach unserer Ansicht nicht zwei Unterschriften benötigt". Sie verweist wiederum auf eine langjährige Praxis, in der die Rechtmässigkeit eines lediglich vom Geschäftsführer unterzeichneten Schreibens noch nie angezweifelt worden sei (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3).

2.4.2.

Die fehlende funktionelle und sachliche Zuständigkeit stellt grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar. Fehlt einer Verfügung jegliche Rechtsverbindlichkeit, so ist das durch jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (BGE 138 II 503 f.; 137 II 275; je mit Hinweisen). Das Schreiben eines Privaten, der keine Verfügungsbefugnis hat, kann keine Verfügung darstellen (STEFAN SCHERLER, Die Verfügung im Vergaberecht, in: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/HUBERT STÖCKLI [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 351; vgl. auch MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 147). Dies gilt namentlich auch für die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch ein mit der Durchführung der Submission oder der Offerprüfung beauftragtes verwaltungsexternes Unternehmen. Solche Mitteilungen haben keinen Verfügungscharakter und sind nichtig. Selbst wenn

der Mitteilung der Auftragsvergabe durch das verwaltungsexterne Unternehmen ein Beschluss der zuständigen Vergabestelle zugrunde liegt, bleibt er mangels förmlicher Mitteilung an die Anbietenden unwirksam (vgl. Präsidialentscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Februar 2018 [B 2018/39], Erw. 2 mit Hinweisen; ferner auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1269 f.).

2.4.3.

Im vorliegenden Fall ist die Mitteilung des Vergabeentscheids nicht durch die E. AG, welche das Vergabeverfahren begleitet bzw. durchgeführt hat, erfolgt, sondern durch den Geschäftsführer des Abwasserverbands C. Der von ihm unterzeichneten Mitteilung vom 18. Januar 2021 liegt der Beschluss des Vorstandes des Abwasserverbandes C. vom 15. Januar 2021 zugrunde, womit die Baumeisterarbeiten an die B. vergeben wurden (Protokoll über die Korrespondenzbeschlüsse 1/21 vom 15. Januar 2021 [Beschwerdeantwortbeilage 6 der Vergabestelle]), und sie nimmt auch Bezug auf diesen Beschluss. Gemäss Kompetenzdiagramm als Anhang zum Organisations- und Geschäftsführungsreglement (OGR) des Abwasserverbands C. entscheidet der Vorstand über Investitionsvergaben (Planung, Ausführung) $\geq 50'000$ Franken (Ziffer 3.7). Insofern ist davon auszugehen, dass ein kompetenzgemäss erlassener Vergabebeschluss vorliegt. Dem Geschäftsführer kommt gemäss Ziffer 4 OGR die operative Führungsverantwortung zu. Zu seinen Aufgaben gehört u.a. auch die Realisierung von Bau- und Sanierungsvorhaben (vgl. Beschwerdeantwortbeilage 5 der Vergabestelle).

Der Geschäftsführer bzw. der Geschäftsleiter ist ein in den Satzungen und vor allem im OGR ausdrücklich vorgesehenes Organ des Verbands (vgl. Ziffern 1 und 2 OGR sowie Anhang OGR); es handelt sich nicht um eine beauftragte externe Stelle. Die Vergabeverfügung vom 18. Januar 2021 ist ohne Weiteres als dem Abwasserverband C. zuzuordnender behördlicher Akt, mit dem der Vergabebeschluss bzw. der Zuschlag den Anbietenden formell eröffnet werden soll, erkennbar und daher mit einem Schreiben eines privaten Ingenieurbüros nicht zu vergleichen. Am erkennbaren behördlichen Charakter ändert auch der Umstand, dass die Vergabeverfügung allein vom Geschäftsführer unterzeichnet ist, nichts. Gemäss Ziffer 5 OGR erteilt der Verband nur kollektive Zeichnungsrechte zu zweit. Zeichnungsberechtigt sind der Präsident, der Vizepräsident sowie der Geschäftsleiter und der Rechnungsführer. Diese Regelung im OGR lässt darauf schliessen, dass die Verfügung vom 18. Januar 2021 richtigerweise eine Zweitunterschrift hätte aufweisen müssen. Das Vorliegen einer anderslautenden rechtsgültigen internen Vollmacht wird nicht behauptet; der Hinweis auf eine langjährige Praxis stellt keine solche dar. Insoweit erscheint die Verfügung auch in dieser Hinsicht formell mangelhaft.

2.5.

Die vorgenannten Mängel der Zuschlagsverfügung führen je separat betrachtet zwar nicht zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Allerdings kann man sich fragen, ob aufgrund der Summe der formellen Fehler nicht auf Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung zu schliessen bzw. die Verfügung aus formellen Gründen aufzuheben wäre. Die Frage kann im Ergebnis offenbleiben, da – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt – die angefochtene Zuschlagsverfügung so oder anders aus materiellen Gründen aufzuheben ist.

3.

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

II.

1.

1.1.

In materieller Hinsicht ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, die Beschwerdegegnerin erfülle die publizierten Eignungskriterien nicht, da sie (mutmasslich) nur ein Referenzobjekt vorweisen könne, welches die ausgeschriebenen Bedingungen erfülle. Das von der Beschwerdegegnerin eingereichte Referenzobjekt "Mischwasserbehandlungsanlage ARA C." erfülle das ausgeschriebene Kriterium der Fünfjahresfrist nicht; es sei "veraltet". Somit hätte die Beschwerdegegnerin vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (Beschwerde, S. 5 ff.; Replik, S. 3 ff.). Demgegenüber vertreten sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerin den Standpunkt, dass das Referenzobjekt "Mischwasserbehandlung ARA C." in der gewünschten Zeitspanne von fünf Jahren liege und die Eignungskriterien erfüllt seien, weshalb kein Ausschlussgrund vorliege (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 5 ff.; Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 5 ff.; Duplik Beschwerdegegnerin, S. 2 f.). Des Weiteren reichte die Beschwerdegegnerin im Verlaufe des Verwaltungsgerichtsverfahrens am 17. März 2021 ein weiteres Referenzprojekt ein, wobei sie ausführte, auch dieses erfülle die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung. Selbst wenn also das Gericht zum Schluss käme, dass die von der Beschwerdegegnerin mit der Offerte eingereichten Referenzprojekte die Eignungskriterien nicht erfüllten, so sei damit erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien ohne weiteres erfülle bzw. erfüllen könne. Ein Ausschluss wäre auch daher unverhältnismässig (Eingabe Beschwerdegegnerin vom 17. März 2021; Duplik Beschwerdegegnerin, S. 3).

1.2.

1.2.1.

In den Ausschreibungsunterlagen (Verfahrensbestimmungen, Ziffer 4.4. [Beschwerdeantwortbeilage 9 der Vergabestelle]) wurden die folgenden Eignungskriterien festgelegt:

Pos.	Kriterium	Anforderung/Nachweis
1	Fachliche Leistungsfähigkeit	Zwei Referenzen des Anbieters über vergleichbare, in den vergangenen 5 Jahren ausgeführte Objekte. Die Referenzobjekte werden als vergleichbar anerkannt, wenn sie folgende Bedingungen (Minimalanforderungen) erfüllen: - Bauwerk zur Abwasserbehandlung in massiver Stahlbetonbauweise - Bauen im Bestand - Auftragsgrösse mindestens CHF 0.5 Mio.
2	Organisatorische Leistungsfähigkeit	[...]
3	Finanzielle Leistungsfähigkeit	[...]

1.2.2.

Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Offerte vom 3. Dezember 2020 als Eignungsnachweise das Referenzprojekt 1 "Neubau Regenbecken ARA C." und das Referenzprojekt 2 "Neubau Durchlaufbecken F." angegeben. Zu "Bausumme, Termine (Beginn, Ende)" des streitigen Referenzprojekts 1 lassen sich der Offerte die folgenden Angaben entnehmen: CHF 500'000.00, von Okt. 2014 bis 2015.

1.3.

1.3.1.

Gemäss § 10 Abs. 1 SubmD kann die Vergabestelle für jeden Auftrag oberhalb der Schwellenwerte gemäss § 8 Abs. 1 SubmD in der Ausschreibung beziehungsweise in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, welche für die Ausführung des betreffenden Auftrags wesentlichen Eignungskriterien die Anbietenden erfüllen und welche unerlässlichen Nachweise, insbesondere bezüglich der finanziellen, wirtschaftlichen und fachlichen Leistungsfähigkeit, sie erbringen müssen. Neu im Markt Auftretenden ohne Referenzen ist unter Berücksichtigung der Qualitätsanforderungen nach Möglichkeit eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance einzuräumen (§ 10 Abs. 2 SubmD). 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 (AGVE 2013, S. 220; VGE vom 26. Februar 2016 [WBE.2015.513], S. 4 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564, 608 und 611 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat

(BGE 125 II 98 f.; vgl. auch Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2013 [B-4904/2013], Erw. 5.3 mit Hinweisen).

Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Bewertung vorzunehmen. Namentlich steht etwa die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabebehörde (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2010 [B-1687/2010], Erw. 4.5.1; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2013 [B-4904/2013], Erw. 5.3). Die Vergabebehörde ist aber an ihre eigenen Vorgaben in Bezug auf die Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise gebunden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 628 ff. mit Hinweisen).

1.3.2.

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 (vgl. BGE 145 II 250 f.; 143 I 181 f.; 141 II 353; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2021 [2C_717/2020], Erw. 1.3.4; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2021 [2C_718/2020], Erw. 1.3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 603; RAMONA WYSS, in: HANS RUDOLF TRÜEB, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 27 N 5 mit Hinweis). Die Eignungskriterien müssen grundsätzlich zum Zeitpunkt des Offerteingabeschlusses oder jedenfalls spätestens im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids erfüllt sein; sofern sich aus den – richtig ausgelegten – Ausschreibungsangaben nichts anderes (im Sinne einer ausnahmsweisen späteren Erfüllung) ergibt (vgl. BGE 145 II 250 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2021 [2C_717/2020], Erw. 3; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2021 [2C_718/2020], Erw. 3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 631 mit Hinweis). In Bezug auf die Gültigkeit von innerhalb einer bestimmten Zeitspanne realisierten Referenzobjekten hat das Verwaltungsgericht in einem früheren Zwischenentscheid (Verfügung vom 25. Januar 2019 [WBE.2018.453], Erw. 5.4) ausdrücklich Folgendes festgehalten:

Die Realisierung des Referenzobjekts [...] erfolgte von August 2012 bis Juni 2013. Damit erfüllte das fragliche Referenzobjekt zum Zeitpunkt der Offerteingabe (Anfang Oktober 2018) das Erfordernis der Realisierung in den letzten fünf Jahren nicht mehr. Es ist um einige Monate zu alt.

1.4.

Der Offerteingabeschluss war vorliegend der 4. Dezember 2020; das heisst, die Eignungskriterien mussten zu diesem Zeitpunkt erfüllt sein. Zum Nachweis der fachlichen Leistungsfähigkeit erforderlich waren "zwei vergleichbare, in den vergangenen 5 Jahren ausgeführte Objekte" (vgl. oben

Erw. 4.2.1). Als Referenzen zulässig waren nach dem Wortlaut dieser Bestimmung somit im Zeitraum zwischen Anfang Dezember 2015 und Anfang 2020 ausgeführte Referenzobjekte. Mit den Arbeiten für das Referenzprojekt 1 wurde nach Angaben der Beschwerdegegnerin im Oktober 2014 begonnen (vgl. Offerte der Beschwerdegegnerin). Die Abnahme des Werks erfolgte am 2. September 2015; die letzten Mängelbehebungsarbeiten wurden Ende Oktober 2015 ausgeführt (Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 6; Abnahmeprotokoll vom 2. September 2015 [Beschwerdeantwortbeilage 7 der Vergabestelle]; ferner: Duplik Beschwerdegegnerin, S. 2 f.). Zum Zeitpunkt der Offerteingabe vom 3. Dezember 2020 lagen die Werksabnahme somit fünf Jahre und drei Monate und die letzten Arbeiten zur Mängelbehebung fünf Jahre und einen Monat zurück; die Ausführung der Baumeisterarbeiten ist zwischen Oktober 2014 und Anfang September 2015 erfolgt. Mit anderen Worten handelt es sich beim Referenzprojekt 1 nicht um ein "in den vergangenen fünf Jahren" ausgeführtes Objekt der Beschwerdegegnerin, sondern die Ausführung der relevanten Arbeiten liegt klar mehr als fünf Jahre zurück. Gemäss Vergabestelle wurden die Baumeisterarbeiten Ende Mai 2015 beendet (Beschwerdeantwort, S. 6). Gemessen an den eigenen Vorgaben der Vergabestelle trifft der Vorwurf der Beschwerdeführerin, das fragliche Referenzobjekt sei "veraltet" (im Sinne von "zu alt"), zu.

Der Einwand der Vergabestelle (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 5; vgl. auch E-Mail vom 26. Januar 2021 [Beschwerdebeilage 10]; ferner: Duplik Beschwerdegegnerin, S. 2), mit "den vergangenen 5 Jahren" sei lediglich ein ungefährer Zeitraum von fünf Jahren gemeint gewesen und in erster Linie ein dem (neuesten) Stand der Technik entsprechendes Referenzobjekt verlangt worden, vermag nicht zu überzeugen. Der Wortlaut des fraglichen Eignungskriteriums in den Verfahrensbestimmungen ist klar (*"in den vergangenen 5 Jahren ausgeführte"*) und die "umgangssprachliche" Auslegung der Vergabestelle findet darin keine Grundlage. Der subjektive Wille der Vergabestelle ist unbeachtlich, wenn er nicht seinen Niederschlag im Wortlaut gefunden hat. Die Interpretation der Vergabestelle, die Eignungskriterien seien "nicht als Formulierung von Ausschlusskriterien zu verstehen, sondern als 'Motivation mit gewissen Mindestanforderungen' am Verfahren teilzunehmen" (Beschwerdeantwort, S. 7), steht im Widerspruch zur einhelligen Rechtsprechung und Lehre, wonach Eignungskriterien entweder erfüllt oder nicht erfüllt und somit Ausschlusskriterien sind (vgl. oben Erw. 1.3.2). Davon gehen – zumindest implizit – auch die Ausschreibungsunterlagen aus, bestimmt Ziff. 4.5 der Verfahrensbestimmungen (Beschwerdeantwortbeilage 9 der Vergabestelle) doch Folgendes: "Sofern das Angebot die Eignungskriterien erfüllt, wird es anhand nachfolgender Zuschlagskriterien ausgewertet." Auch hat eine Eignungsprüfung durch die E. AG stattgefunden (vgl. Vergabeantrag Baumeister vom 7. Januar 2021, S. 3 unten [Beschwerdeantwortbeilage 11 der Vergabestelle]),

wenn auch mit in Bezug auf die Beschwerdegegnerin unzutreffendem Ergebnis. Soweit die Vergabestelle vorbringt, mit dem Zeitraum von fünf Jahren sei es darum gegangen herauszufinden, ob ein Referenzobjekt dem Stand der Technik entspreche, und in diesem Kontext Bezug nimmt auf einen Bericht des Verbands der Cementindustrie, des Verbands Schweizerischer Abwasserfachleute VSA und der EMPA aus dem Jahre 2010 zu Betonqualitäten bei Kläranlagen (Beschwerdeantwort, S. 5; E-Mail vom 26. Januar 2021 [Beschwerdebeilage 10]), ist festzustellen, dass diesem Anliegen auch mit einer wesentlich weniger einschränkenden zeitlichen Definition des Ausführungszeitraums hätte Rechnung getragen werden können. Unbehelflich ist schliesslich der Hinweis auf § 10 Abs. 2 SubmD, wonach neu im Markt Auftretenden nach Möglichkeit eine angemessene Chance einzuräumen ist. Zum einen wäre eine solche Absicht vorgängig in der öffentlichen Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich anzukündigen gewesen; zum anderen lässt sich aus dieser Bestimmung nicht schliessen, dass die Vergabestelle klar definierte und bekanntgegebene Eignungsanforderungen nachträglich beliebig anpassen bzw. lockern kann. Sie ist an ihre Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise gebunden. Ausnahmen im Sinne nachträglicher Anpassungen sind nur in seltenen Konstellationen, die hier nicht gegeben sind, zulässig. Abgesehen davon ist die Beschwerdegegnerin ohnehin keine neu im Markt auftretende Firma.

1.5.

Ein Ausschluss eines Anbieters aufgrund lediglich geringfügiger, im Ergebnis unbedeutender Abweichungen von den in den Eignungskriterien statuierten Anforderungen verstösst gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) bzw. das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 BV). Vorliegend erfüllt lediglich eines der beiden als Eignungsnachweis geforderten Referenzobjekte der Beschwerdegegnerin die Anforderungen der Ausschreibung; das andere liegt – wie vorstehend ausgeführt – mehrere Monate ausserhalb der vorgegebenen Zeitspanne. Mithin hat die Beschwerdegegnerin den verlangten Eignungsnachweis in Bezug auf die fachliche Leistungsfähigkeit nicht erbracht, was einen erheblichen Mangel darstellt und den Verfahrensausschluss nach sich ziehen muss. Daran ändert nichts, dass die grundsätzliche Eignung der Beschwerdegegnerin zur Auftragsausführung nach Auffassung der Vergabestelle gegeben ist. Der Verzicht auf einen Ausschluss hätte eine Bevorzugung bzw. eine Ungleichbehandlung der Beschwerdegegnerin gegenüber denjenigen Anbietern, welche die gestellten Anforderungen korrekt und vollumfänglich erfüllt haben, zur Folge. Auch ergäbe sich eine Ungleichbehandlung gegenüber Dritten, die mangels geeignetem Referenzobjekt auf ein Angebot verzichtet haben. Da ein erheblicher Mangel vorliegt, besteht auch kein Anlass für eine Offertbereinigung nach § 17 SubmD (vgl. Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 7).

Soweit die Beschwerdegegnerin im Verlaufe des Verwaltungsgerichtsverfahrens am 17. März 2021 schliesslich ein weiteres Referenzprojekt einreichte und die Ansicht vertritt, damit seien die Eignungskriterien ohne weiteres erfüllt, geht sie fehl. Gemäss § 14 Abs. 1 SubmD müssen die Anbietenden ihr Angebot schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einreichen. Die geforderten Referenzprojekte (Eignungsnachweis) können deshalb nicht erst später im Rechtsmittelverfahren eingereicht bzw. nachgeschoben werden, nachdem aus dem Zwischenentscheid vom 4. März 2021 hervorging, dass das Gericht die gegen das Referenzprojekt 1 der Beschwerdegegnerin gerichteten Rügen prima facie als begründet erachtete. Was die Beschwerdegegnerin mit der Behauptung, wonach das Gericht das 3. Referenzprojekt richtigerweise "zu den Akten erkannt" und der Beschwerdeführerin zur Duplik zugestellt habe (Duplik, S. 3), geltend machen will, ist nicht nachvollziehbar. Im Rahmen des Replikrechts können die Parteien jederzeit Eingaben machen und sich äussern. Die Behörden ermitteln den Sachverhalt, unter Beachtung der Vorbringen der Parteien, von Amtes wegen und stellen die dazu notwendigen Untersuchungen an (§ 17 Abs. 1 VRPG). Sie würdigen das Ergebnis der Untersuchung frei (§ 17 Abs. 2 VRPG). Mit der Zustellung einer Eingabe an die weiteren Parteien ist keine "gerichtliche Anerkennung" des Inhalts dieser Eingabe verbunden.

2.

Zusammenfassend erweisen sich die gegen das Referenzprojekt 1 der Beschwerdegegnerin erhobenen Rügen als begründet, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Der mit Verfügung vom 18. Januar 2021 an die Beschwerdegegnerin erteilte Zuschlag ist aufzuheben und die Sache ist zum Erlass einer neuen Verfügung an den Abwasserverband C. zurückzuweisen.

III.

1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 VRPG). Vergabestellen werden praxisgemäss erstinstanzlich verfügenden Behörden bzw. Vorinstanzen gleichgestellt (§ 13 Abs. 2 lit. e und f VRPG).

Vorliegend obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat. Aufgrund der begangenen Verfahrensfehler hat die Vergabestelle 1/4 der Verfahrenskosten zu tragen; die restlichen 3/4 der Verfahrenskosten hat die Beschwerdegegnerin zu bezahlen (vgl. § 31 Abs. 2 VRPG).

2.

2.1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 32 Abs. 2 VRPG). Eine Privilegierung der Behörden wie bei den Verfahrenskosten besteht bei den Parteikosten nicht (§ 32 Abs. 2 im Vergleich zu § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

Analog zur Verfahrenskostenregelung gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Folglich hat sie Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Auch hier sind zunächst die von der Vergabestelle begangenen Verfahrensfehler zu beachten, womit die Vergabestelle der Beschwerdeführerin vorab 1/4 der Parteikosten zu ersetzen hat. Die restlichen 3/4 sind ausgangsgemäss von den in der Sache unterliegenden Parteien zu tragen, d.h. je zu 1/2 von der Beschwerdegegnerin und von der Vergabestelle. Der Beschwerdeführerin sind die vorinstanzlichen Parteikosten somit zu 5/8 (= $1/4 + [3/4 \times 1/2]$) von der Vergabestelle und zu 3/8 von der Beschwerdegegnerin zu ersetzen.

2.2.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach den §§ 8a – 8c des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150). Gemäss § 8a Abs. 1 lit. a AnwT bemisst sich die Entschädigung in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem gemäss § 4 AnwT berechneten Streitwert. Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c Abs. 1 AnwT). Unterliegt die obsiegende Partei jedoch selber der Mehrwertsteuerpflicht, darf die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht miteinbezogen werden (vgl. AGVE 2011, S. 465 f.; VGE vom 22. Oktober 2015 [WBE.2015.337], S. 14 f. mit Hinweisen). Geht die Entschädigung in Zivil- und Verwaltungssachen zu Lasten des Gemeinwesens, kann sie bei hohem Streitwert – was praxisgemäss bei über Fr. 100'000.00 der Fall ist – bis zu 1/3 herabgesetzt werden (vgl. § 12a Abs. 1 AnwT).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus (§ 8a Abs. 1 lit. a AnwT), wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswerts (ohne Mehrwertsteuer; vgl. § 8 Abs. 5 SubmD) beträgt. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Zuschlag zu einem Betrag von Fr. 2'923'212.95 (ohne MWSt) erteilt, womit der massgebliche Streitwert Fr. 292'321.30 beträgt. Bei einem Streitwert über Fr. 100'000.00 bis Fr. 500'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung

zwischen Fr. 5'000.00 und Fr. 15'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziff. 4 AnwT). Nachdem der Streitwert vorliegend im mittleren Bereich des vorgegebenen Rahmens liegt, der Schwierigkeitsgrad des Falles und der Aufwand als unterdurchschnittlich einzustufen sind (für ein Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 292'321.30), erscheint – ohne Berücksichtigung von § 12a Abs. 1 AnwT – eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 7'500.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von Fr. 6'963.80. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin davon 3/8, d.h. Fr. 2'611.45, zu bezahlen. Der Anteil der Vergabestelle ist gestützt auf § 12a Abs. 1 AnwT um 1/4 herabzusetzen, d.h. diese hat der Beschwerdeführerin Fr. 3'264.30 zu ersetzen.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der mit Verfügung des Abwasserverbands vom 18. Januar 2021 an die Beschwerdegegnerin erteilte Zuschlag aufgehoben. Die Sache wird zu neuem Entscheid an den Abwasserverband C. zurückgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 8'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 341.00, gesamthaft Fr. 8'341.00, sind zu 1/4 mit Fr. 2'085.25 vom Abwasserverband C. und zu 3/4 mit Fr. 6'255.75 von der Beschwerdegegnerin zu bezahlen.

3.

Der Abwasserverband C. wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für die entstandenen Parteikosten Fr. 3'264.30 zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für die entstandenen Parteikosten Fr. 2'611.45 zu ersetzen.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)

die Beschwerdegegnerin (Vertreter)

den Abwasserverband C.

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 2'923'212.95 (ohne MWSt).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern

der angefochtene Akt Verfassungsrecht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 12. Mai 2021

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi