

nerin in Anbetracht der fehlenden substanziellen eigenen Ausbildungsleistung bei diesem Zuschlagskriterium mit 0 Punkten zu bewerten gewesen (vgl. oben Erw. 3.4).

**30 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren; Eignungskriterien**

- Es ist zulässig, zum Nachweis der finanziellen Eignung die Einreichung der Geschäftsberichte, Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre zu verlangen.
- Im Anwendungsfall war die Vergabestelle nicht verpflichtet, der betroffenen Anbieterin zu ermöglichen, die geforderten Unterlagen nachzureichen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 7. November 2016 in Sachen A. AG gegen Kanton Aargau (WBE.2016.412).

*Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a - h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind somit Anbietende, welche die geforderten Eignungskriterien nicht mehr erfüllen (§ 28 Abs. 1 lit. a SubmD), oder deren Angebote wesentliche Formvorschriften verletzt haben, u.a. durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD; vgl. auch § 27 lit. h der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB). Wie schon aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, hat die Aufzählung der Ausschlussgründe keinen abschliessenden Charakter.

## 2.2.

Das Nichterfüllen oder das nur teilweise Erfüllen von Eignungskriterien führt nach Lehre und Rechtsprechung in der Regel zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren. Auszuschliessen sind auch Anbieter, welche die verlangten Eignungsnachweise nicht oder nicht vollständig erbringen (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 580, 603 ff., 617 mit zahlreichen Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2016 [2C\_665/2015], Erw. 1.3.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2016 [B-998/2014], Erw. 2.1). Gemäss § 14 Abs. 1 SubmD müssen die Anbietenden ihre Anträge auf Teilnahme oder ihr Angebot schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einreichen. Unvollständige Anträge auf Teilnahme führen in einem selektiven Verfahren ebenfalls zum Ausschluss und haben zur Folge, dass der betreffende Anbieter für die 2. Stufe des Submissionsverfahrens nicht zugelassen wird.

## 3.

## 3.1.

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Gemäss § 10 Abs. 1 SubmD kann die Vergabestelle 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. Die Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 588 ff.); diese müssen sich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen. Es dürfen deshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden, die im Hinblick auf die nachgefragte Leistung erforderlich sind. Soweit die gestellten Anforderungen durch die Bedürfnisse der

vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. August 2016 [VB.2016.00180], Erw. 3.1). Die Vergabestelle ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O. Rz. 628). Sowohl bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise als auch bei der Beurteilung der Anbieter anhand der ausgewählten Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein weiter Ermessensspielraum zu (AGVE 2013, S. 220; VGE III/19 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.

### 3.2.

Im Pflichtenheft 1/Präqualifikation für die Unterhaltsreinigung Teil 2 vom 30. Juni 2016 werden in Ziff. 6.1 die folgenden Eignungskriterien genannt:

Eign-1a und 1b Fachliche und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Referenzen

[...]

Eign-2 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Umsatzzahlen

Eign-3 Finanzielle Leistungsfähigkeit: Betriebsregistersauszug

Eign-4 Finanzielle Leistungsfähigkeit: Versicherungen

Eign-5 Finanzielle Leistungsfähigkeit: Handelsregistersauszug

Eign-6 Finanzielle Leistungsfähigkeit: Geschäftsbericht, Erfolgsrechnung und Bilanz

Eign-7 Selbstdeklaration

Eign-8 Bestätigungen

Im Anhang 2 zum Pflichtenheft wurden die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise näher präzisiert. Das umstrittene Eignungskriterium 6 lautet folgendermassen:

Eign-6	Der Anbieter verfügt über eine ausgewiesene finanzielle Leistungsfähigkeit	Geschäftsberichte, Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten 3 Jahre
--------	--	---

## 3.3.

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die geforderten Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten drei Jahre ihrem Teilnahmeantrag bzw. ihren Präqualifikationsunterlagen nicht beigelegt hat. In ihren Präqualifikationsunterlagen hält sie ausdrücklich fest: "Gerne haben wir Ihnen unsere Geschäftsberichte der letzten drei Jahre beigelegt (2013 - 2015). Unsere Erfolgsrechnungen und Bilanzen möchten wir Ihnen nicht beilegen. Bei Auftragserteilung gewähren wir Ihnen gerne Einblick in die gewünschten Dokumente. Besten Dank für Ihr Verständnis." Demzufolge steht ohne weiteres fest, dass ihre Präqualifikationsunterlagen bzw. ihr Teilnahmeantrag unvollständig ist, da von der Vergabestelle ausdrücklich geforderte Eignungsnachweise fehlen. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, dass es sich hierbei höchstens um einen untergeordneten Mangel handeln könne, der einen Verfahrensausschluss nicht zu rechtfertigen vermöge. Ihre finanzielle Eignung ergebe sich klarerweise aus den übrigen von ihr eingereichten Unterlagen, insbesondere den abgegebenen Geschäftsberichten 2013 - 2015, welche die Umsatzentwicklung seit 1997 aufzeigten, über die wesentlichen Kennzahlen und über die Bonität Auskunft gäben sowie den Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung enthielten.

## 3.4.

Aus § 10 Abs. 1 SubmD folgt, dass die Vergabestelle im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag festzulegen hat, welche Nachweise sie für die Prüfung u.a. der finanziellen Eignung als unerlässlich erachtet. Das Submissionsdekret macht dabei keine näheren Angaben zu den zu erhebenden und zu prüfenden Unterlagen. Im Gegensatz dazu enthält etwa Anhang 3 Ziff. 1 - 17 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) eine umfangreiche Liste von zulässigen Nachweisen, die zur Überprüfung der Eignung erhoben und eingesehen werden. Dazu gehören gemäss Ziff. 11 auch "Bilanzen oder Bilanzauszüge des Unternehmens für die letzten drei Geschäftsjahre vor der Ausschreibung". Im Bundesvergaberecht ist das Einverlangen der Bilanzen als zulässiger Nachweis der finanziellen Eignung somit ausdrücklich vorgesehen. Die Vergabestelle weist völlig zu Recht

darauf hin, dass sich den Bilanzen und Erfolgsrechnungen wesentlich weitergehende und detailliertere Informationen entnehmen liessen als dies beim Geschäftsbericht der Fall sei. Insbesondere könnten – im Sinne einer Gesamtsicht – auch Zusammenhänge erkannt und nachvollzogen werden, was bei den "nackten" Zahlen des Geschäftsberichts nicht der Fall sei. Zu beachten ist weiter, dass es vorliegend um die Vergabe eines umfangreichen Dienstleistungsauftrags für die Dauer von drei Jahren (mit der Option auf zwei weitere Jahre) geht. Auch insofern ist das Interesse der Vergabestelle an einer vertieften Prüfung der wirtschaftlichen Situation der Anbieter aufgrund verlässlicher Unterlagen ohne weiteres nachvollziehbar. Inwiefern die Vergabestelle durch die Anforderung, zum Nachweis der finanziellen Eignung seien Geschäftsberichte, Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einzureichen, vorliegend ihr Ermessen überschritten oder gar missbraucht hat, ist nicht ersichtlich. Von überspitztem Formalismus kann nicht die Rede sein.

### 3.5.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es wäre der Vergabestelle ohne weiteres möglich gewesen, die Bilanzen und Erfolgsrechnungen noch anzufordern, ist festzuhalten, dass das Einreichen der ausdrücklich geforderten Unterlagen nicht etwa versehentlich unterblieben ist, sondern dass die Beschwerdeführerin ganz bewusst davon abgesehen hat. Genau in diesem Punkt unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von demjenigen, der dem von der Beschwerdeführerin herangezogenen Entscheid vom 25. Oktober 2005 (AGVE 2005, S. 252 ff., 256) zugrunde lag. Schon insofern erscheint es mehr als fraglich, ob die Vergabestelle überhaupt berechtigt gewesen wäre, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einzuräumen, die verlangten Unterlagen noch nachzureichen, um so ihre Bewerbung nachträglich zu vervollständigen (vgl. AGVE 1999, S. 345 ff.; 1998, S. 399 f.; ferner AGVE 2005, S. 254). Eine Verpflichtung, der Beschwerdeführerin eine solche Nachbesserung zu ermöglichen, bestand jedenfalls nicht (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 453). Auch insofern hat die Vergabestelle das ihr zukommende Ermessen nicht überschritten und nicht überspitzt formalistisch gehandelt.

**31 Vertragsschluss**

- **Unzulässigkeit eines Vertragsschlusses solange nicht feststeht, dass die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist.**
- **Ein unzulässiger Vertragsschluss entfaltet (jedenfalls bis zum Entscheid betreffend aufschiebende Wirkung im hängigen Beschwerdeverfahren) keine Rechtswirkungen.**
- **Anordnung vorsorglicher Massnahmen (insbesondere Verbot von Vertragshandlungen, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB).**

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 28. Dezember 2016 in Sachen A. AG gegen B. AG (Beiladene) und C. AG (WBE.2016.539).

*Aus den Erwägungen*

1.

1.1.

Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, wenn nicht aus wichtigen Gründen im angefochtenen Entscheid oder durch besondere Vorschrift etwas anderes bestimmt wird (§ 46 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeinstanz oder das ihr vorsitzende Mitglied prüft, ob eine gegenteilige Anordnung oder andere vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind (§ 46 Abs. 2 VRPG).

Das Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) kennt bezüglich aufschiebender Wirkung eine Sonderregel: Nach § 26 Abs. 1 hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann der Beschwerde auf Gesuch oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (§ 26 Abs. 2 SubmD).