

genügende generell-abstrakte Regelung für die Übertragung der Entscheidungsbefugnis an den Informatik-Lenkungsausschuss.

4. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. Es ist daher in Gutheissung der Beschwerde festzustellen, dass der Beschluss des Informatik-Lenkungsausschusses der Stadt Aarau sowie die Verfügung des Stadtbauamtes der Stadt Aarau, Abteilung Tiefbau, durch die schriftliche Mitteilung der Beschwerdeführer an den Stadtrat Aarau vom 21. Juni 2004 dahingefallen sind. Die Akten sind im Sinne der Erwägungen an den Stadtrat Aarau zu überweisen.

**53 Ausschluss eines Anbieters.**

- **Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit (Erw. 2/c/bb).**
- **Verletzung wesentlicher Formvorschriften (Erw. 2/c/cc).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 4. August 2004 in Sachen H. AG gegen Gemeinderat Unterkulm.

*Aus den Erwägungen*

2. c) aa) Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle Anbietende, die Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben (lit. c) oder die sich in einem Konkursverfahren befinden (lit. f), vom Verfahren aus oder widerruft den Zuschlag. Der Ausschluss eines fehlbaren Anbieters ist zwingend (Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 26. November 1996, Art. 1995, S. 622 [Votum Küng]; AGVE 2000, S. 315). Vom Verfahren auszuschliessen sind auch Anbieter, die zur Erfüllung des Auftrags nicht geeignet sind, da sie die dazu erforderliche finanzielle, wirtschaftliche oder fachliche Leistungsfähigkeit nicht oder nicht mehr aufweisen (§ 28 Abs. 1 lit. a SubmD; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 279, 296). Bei der Beurteilung der Eignung kommt der Vergabestelle ein Ermessensspielraum zu.

bb) Die Anbieter hatten im vorliegenden Fall mittels Selbstdeklaration u.a. zu bestätigen, dass sie die Zahlungspflichten gemäss

§ 28 Abs. 1 lit. c SubmD (Steuern und Sozialabgaben) einhalten. Die Beschwerdegegnerin hat bejaht, dass sie die Mehrwertsteuer, die Gemeinde-, Kantons- und Bundessteuer aller Jahre vollumfänglich bis zum Fälligkeitstermin bezahlt hat; ebenso hat sie die Abrechnung und Bezahlung sämtlicher Sozialabgaben bzw. Sozialversicherungsbeiträge bejaht.

Was die finanzielle Leistungsfähigkeit bzw. die Kreditwürdigkeit der Beschwerdegegnerin anbelangt, ist diese von der Vergabestelle zwar nicht näher geprüft worden, vorgesehen ist aber, mit dem Werkvertrag eine Vertragserfüllungsgarantie in Form einer Solidarbürgschaft einer von der Bauherrschaft anerkannten Bank oder Versicherungsgesellschaft einzufordern. Eine Erfüllungsgarantie (nach Art. 111 OR) ist in den Ausschreibungsunterlagen zwar lediglich für Aufträge über Fr. 200'000.-- ausdrücklich vorgesehen. Da sich die Beschwerdegegnerin aber - wie erwähnt - zwischenzeitlich bereit erklärt hat, eine Erfüllungs- bzw. Ausführungsgarantie freiwillig beizubringen, kann ihr die Kreditwürdigkeit und damit die finanzielle Leistungsfähigkeit nicht abgesprochen werden. Festzuhalten ist, dass die Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Offerentin klarerweise im Ermessen der Vergabestelle liegt. Ein Ausschluss mangels Eignung kommt daher nicht in Betracht.

cc) Es bleibt ein sich auf § 28 Abs. 1 SubmD stützender Ausschluss zu prüfen. Festzustellen ist, dass die R. AG im Mai 2003 in Anwendung von Art. 708 Abs. 4 OR und Art. 86 Abs. 2 HRegV von Amtes wegen aufgelöst wurde, weil die ihr zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes in Bezug auf den Verwaltungsrat und die Vertretung angesetzte Frist fruchtlos abgelaufen war. Nachdem der gesetzliche Zustand in Bezug auf den Verwaltungsrat und die Vertretung wieder hergestellt worden war, wurde die Auflösung der Gesellschaft am 19. August 2003 widerrufen. Die Beschwerdegegnerin befindet sich nicht mehr in Liquidation. Aus dem Handelsregister geht hervor, dass sich die Beschwerdegegnerin auch nicht in einem Konkursverfahren befindet. Ein sich auf § 28 Abs. 1 lit. g SubmD stützender Ausschluss vom Verfahren bzw. ein Widerruf des Zuschlags kommt daher ebenfalls nicht in Betracht. Das Vorhandensein von Betreibungen führt hingegen nicht zu einem zwingenden

Ausschluss nach § 28 SubmD. Die Frage, ob eine Vergabebehörde die Existenz von (berechtigten) Betreibungen bei der Eignung oder beim Zuschlag im Rahmen ihres Ermessens negativ berücksichtigen darf, kann vorliegend offen bleiben.

dd) Die von der Beschwerdeführerin beanstandete, fehlende telefonische Erreichbarkeit der Beschwerdegegnerin sowie der Umstand, dass bei einer zehnjährigen Anlage der Beschwerdegegnerin in Montreux die Unterhaltsarbeiten anderweitig vergeben worden sind, stellen ebenfalls keine Ausschlussgründe im Sinne des SubmD dar. Sie vermögen weder die Eignung der Beschwerdegegnerin in Frage zu stellen noch handelt es sich hierbei um "genügende" Gründe im Sinne von § 28 SubmD. Die Vergabebehörde hatte ihren Angaben zufolge keinerlei Schwierigkeiten, die Beschwerdegegnerin telefonisch zu erreichen. Auch hat die Beschwerdegegnerin ihr Angebot im vorliegenden Fall fristgerecht eingereicht; insofern erscheint die auf Gerüchten basierende und nicht näher belegte Behauptung, auf eine Offerte der R. AG müsse man ewig warten oder man erhalte keine, im vorliegenden Zusammenhang irrelevant.

Was schliesslich den Vorwurf anbelangt, die Beschwerdegegnerin leiste keine Unterhaltsarbeiten mehr an bestehenden Anlagen, ist festzuhalten, dass es sich auch nach Darstellung der Beschwerdeführerin um Reparaturarbeiten an einer zehnjährigen Anlage handelt und somit nicht um Garantiewarbeiten. Eine rechtliche Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zu diesen Reparaturen bestand folglich nicht und es ist im vorliegenden Zusammenhang - wie die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht - unerheblich, aus welchen Gründen die R. AG bei der Anlage in Montreux nicht mehr tätig wurde.

#### **54 Ausschreibungsunterlagen.**

##### **- Ausgestaltung von Ausschreibungsunterlagen bei EDV-Produkten.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. Juli 2004 in Sachen L. AG gegen Gemeinderat Villmergen.