

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte, November 2022

Ausschluss und Begründungspflicht im Vergabeverfahren

Einer Unternehmung, welche sich um die Arbeiten beworben hat, ist zumindest kurz zu erklären, weshalb ihr Angebot nicht berücksichtigt worden ist. Aussagen wie «aufgrund der vorgängig festgelegten Vergabekriterien hat sich das Angebot der Gegenpartei als das wirtschaftlichste erwiesen» genügen dazu nicht.



Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau setzte sich im [Urteil WBE.2022.157 vom 30. Juni 2022](#) mit der Frage des Ausschlusses und der Begründungspflicht in einem Vergabeverfahren auseinander. Einerseits ging es um die Frage, wann ein Ausschluss zu verfügen sei, andererseits um die Pflicht zur Begründung des Ausschlusses und die Folgen bei ungenügender Begründung.

Gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. h Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) kann der Ausschluss als Verfügung angefochten werden. Die Vergabestelle ist frei, ob sie den Ausschluss während des laufenden Verfahrens oder erst zusammen mit dem Zuschlag verfügen will. Sie kann ein Ausschlussverfahren ab Offertöffnung bis zum Zuschlag grundsätzlich jederzeit einleiten. Es liegt in ihrem Ermessen, wann sie den Ausschluss innerhalb dieses Zeitraums vornimmt. Sie hat zudem die Möglichkeit einen Anbieter entweder individuell und explizit mittels Verfügung auszuschliessen oder implizit, durch die Zuschlagserteilung mittels

Verfügung an einen anderen Anbieter. Denn der Anbieter hat keinen Anspruch auf eine individuelle Ausschlussverfügung, also einen separaten Entscheid über seinen Ausschluss.

Dieses Vorgehen führt dazu, dass ein implizit (also ohne Ausschlussverfügung) ausgeschlossener Anbieter, der gegen den Zuschlag an einen anderen Anbieter (Zuschlagsempfänger) Beschwerde erhebt, erstmals im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht aus der Beschwerdeantwort der Vergabestelle die Gründe seines Ausschlusses erfährt. Er kann sich erst dann dagegen wehren.

Im genannten Verfahren vor Verwaltungsgericht hatte die Vergabestelle in der Zuschlagsverfügung festgehalten, das Angebot des Zuschlagsempfängers habe sich *«aufgrund der vorgängig festgelegten Vergabekriterien als das wirtschaftlichste erwiesen»*. Das Verwaltungsgericht hielt fest, damit sei die Begründungspflicht (Art. 51 Abs. 2 und 3 IVöB) nicht erfüllt. Denn es fehle eine summarische Begründung mit den massgebenden Merkmalen und Vorteilen des berücksichtigten Angebots (Art. 51 Abs. 3 lit. c IVöB). Die Begründung müsse konkrete Anhaltspunkte für die Vorteile der Zuschlagsofferte enthalten. Der ausgeschlossene bzw. unterlegene Anbieter habe Anspruch auf Kenntnis der Gründe, einerseits weshalb sein Angebot nicht berücksichtigt worden sei, sowie andererseits der relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters. Dies müsse in den Grundzügen nachvollziehbar dargestellt werden. Das sei vorliegend nicht erfolgt. Deshalb sei die Begründungspflicht verletzt.

Trotz Verletzung der Begründungspflicht ging das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer «Heilung» des Mangels aus. Denn die Anbieterin habe die Gründe ihres Ausschlusses vor Verwaltungsgericht in der Beschwerdeantwort der Vergabestelle nachlesen können. Sie hätte anschliessend die Möglichkeit gehabt, sich in einer Replik dazu zu äussern, hatte darauf aber verzichtet. So sei dieser Begründungsmangel «geheilt» worden. Der Mangel wurde jedoch praxisgemäss beim Kostenentscheid berücksichtigt: Die Gemeinde musste einen Viertel der Verfahrenskosten tragen.

Der Entscheid bestätigt einmal mehr, dass Aussagen wie *«das Angebot hat sich als das wirtschaftlich günstigste erwiesen»* oder *«hat die Zuschlagskriterien am besten erfüllt»* Worthülsen sind. Es wird damit lediglich das Gesetz (bzw. die IVöB) wiederholt, ohne eigentliche Begründung.

Somit gilt: Auch ein Ausschluss muss zumindest kurz, summarisch begründet sein, und zwar bezogen auf den konkreten Fall, nicht mit «Worthülsen». Das Gleiche gilt für die Erklärung, weshalb ein anderes Angebot berücksichtigt worden ist. Es bietet sich an, dies beispielweise im Schreiben, mit welchem über den Zuschlag an einen anderen Anbieter informiert wird (Absageschreiben), kurz darzulegen. Die Unterlassung kann im Beschwerdeverfahren zur teilweisen Pflicht zur Kostentragung führen, selbst wenn die Beschwerde abgewiesen wird.
