

WBE.2022.283 / MW / jb

Art. 6

Urteil vom 19. Januar 2023

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz  
Verwaltungsrichterin Lang  
Verwaltungsrichter Michel  
Gerichtsschreiber Wildi

\_\_\_\_\_  
Beschwerde-      **A.\_\_\_\_\_ GmbH**, vertreten durch Friedrich Kramer, Rechtsanwalt,  
führerin          Bubenbergplatz 9, 3011 Bern

**gegen**

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
vertreten durch Dr. iur. Peter Heer, Rechtsanwalt, Stadtturmstrasse 19,  
5401 Baden

\_\_\_\_\_  
Gegenstand      Beschwerdeverfahren betreffend Submission  
  
Verfügung der B.\_\_\_\_\_ AG vom 14. Juni 2022

---

## **Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

### **A.**

#### **1.**

##### **1.1.**

Im Zusammenhang mit dem Neubau der Energiezentrale schrieb die B. AG den Auftrag "SKP 231 Ersatznetz und Diesel Generator" (Notstrom Diesel) am \_\_\_\_\_ auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) im offenen Verfahren öffentlich aus (Projekt-ID \_\_\_\_\_; Meldungsnummer \_\_\_\_\_). Nach Prüfung der drei eingegangenen Angebote erteilte die B. AG am 10. Mai 2022 den Zuschlag an die A. GmbH zu Fr. 3'179'418.40 (inkl. MWSt). Mit Verfügung vom 11. Mai 2022 wurde der F. AG die anderweitige Auftragsvergabe eröffnet. Zudem wurde der Zuschlag am \_\_\_\_\_ auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert (Meldungsnummer \_\_\_\_\_). Mit Eingabe vom 30. Mai 2022 erhob die F. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte nebst anderem, das Angebot der A. GmbH sei für ungültig zu erklären.

##### **1.2.**

Die B. AG teilte mit Eingabe vom 14. Juni 2022 mit (unter Beilage der entsprechenden Verfügung mit gleichem Datum), sie habe den Zuschlag in Wiedererwägung gezogen, und beantragte, das Verfahren WBE.2022.219 sei zufolge Gegenstandslosigkeit von der Geschäftskontrolle abzuschreiben.

##### **1.3.**

Mit Verfügung vom 16. Juni 2022 wurde die Beschwerde als gegenstandslos von der Geschäftskontrolle abgeschrieben (Verfahren WBE.2022.219). Die Abschreibungsverfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

#### **2.**

Die B. AG verfügte am 14. Juni 2022:

##### **1.**

Die Zuschlagsverfügung wird in Wiedererwägung gezogen.

##### **2.**

Der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin (Name) wird widerrufen.

##### **3.**

Die Submission wird abgebrochen.

##### **4.**

Die Maschine wird neu ausgeschrieben, alle bisherigen Bewerber werden eingeladen, Angebote einzureichen.

##### **5.**

Dem Verwaltungsgericht wird beantragt, das Beschwerdeverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit zu erledigen.

**B.**

**1.**

Gegen die ihr am 16. Juni 2022 zugestellte Verfügung erhob die A. GmbH mit Eingabe vom 6. Juli 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

1.

Die Verfügung der B. AG vom 14.6.2022 sei in Bezug auf die Ziffern 1 – 4 aufzuheben. Dabei sei festzustellen, dass der Zuschlag des [richtig: der] B. AG gemäss Verfügung vom 11.5.2022 an die A. GmbH rechtsgültig und verbindlich erteilt ist; eventuell: Der A. GmbH sei der Zuschlag zu erteilen.

2.

Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

4.

Die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren deren Parteikosten, welche nach richterlichem Ermessen festzulegen seien, zu ersetzen.

**2.**

Mit Verfügung vom 8. Juli 2022 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

**3.**

Mit Beschwerdeantwort vom 2. August 2022 beantragte die B. AG:

1.

Die Beschwerde sei abzuweisen.

2.

Unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**4.**

Mit Verfügung vom 9. September 2022 wurde der Beschwerde (weiterhin) die aufschiebende Wirkung gewährt.

**5.**

Mit Replik vom 24. Oktober 2022 und Duplik vom 19. Dezember 2022 hielten die Beschwerdeführerin und die B. AG an ihren jeweiligen Anträgen unverändert fest.

**6.**

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 Auftraggeber ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (§ 4 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 [DöB; SAR 150.920]; Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB; SAR 150.960]). Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB erreicht, sind durch Beschwerde u.a. der Widerruf des Zuschlags und der Abbruch des Verfahrens anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. f und g IVöB).

Bei der B. AG handelt es sich um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB (vgl. DANIEL ZIMMERLI, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 23 zu Art. 4; ferner: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2017, S. 186, Erw. 1.2.2; 2013, S. 193, Erw. 1.2.1). Der vorliegend streitige Auftrag für das Liefern und Montieren einer Notstrom-Dieselanlage erreicht die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB sowohl für Lieferungen und Dienstleistungen als auch für Bauaufträge. Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**2.**

Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**3.**

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 56 Abs. 3 lit. a und b IVöB). Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB).

**II.**

**1.**

**1.1.**

In der angefochtenen Verfügung vom 14. Juni 2022 begründet die Vergabestelle die Wiedererwägung der Zuschlagsverfügung bzw. den Widerruf des Zuschlags damit, dass die Beschwerdeführerin ein Angebot für eine Maschine eingereicht habe, welches eine Mindestanforderung der Ausschreibung (2'275 KVA [Kilowatt Ampere]) nicht erfüllt habe. Das Angebot hätte daher ausgeschlossen werden müssen. Weiter wird ausgeführt, die Ausschreibung mit dem erwähnten Erfordernis sei derart einschränkend gewesen (de facto habe nur ein Typ CAR 3516B-HD2500 angeboten werden können), dass die Beschaffung nicht wirtschaftlich sein könne. Mit einer geeigneten Ausschreibung könne mehr Konkurrenz erzielt werden und die Beschaffung der Maschine günstiger erfolgen. Sie stützt sich dabei auf Art. 43 Abs. 1 lit. d, eventuell lit. f IVöB. Es werde eine neue Submission mit abgeänderten Anforderungen eingeleitet, bei der sich alle Anbieter wieder bewerben könnten.

**1.2.**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die von ihr angebotene Maschine die Anforderung von mindestens 2'275 Kilovoltampere (kVA) nicht erfülle. Diese Behauptung der Vergabestelle sei falsch; die Notstromgruppe liefere mehr als die geforderten Mindestleistungen. Die "Maschine" (es handle sich hierbei technisch um ein Diesel-Notstromaggregat) erbringe gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin zum einen eine Leistung von effektiv 2'300 kVA für die Dauerleistung und zum anderen eine Leistung von effektiv 2'548 kVA für die Notstromleistung. Die geforderten Mindestwerte für die Dauerleistung (2'275 kVA) und die Notstromleistung (2'500 kVA) seien – wie sich aus den Angebotsunterlagen ergebe – nicht nur eingehalten, sondern übertroffen. Auch die andere Begründung für den Widerruf sei fehlerhaft. In den Ausschreibungsunterlagen sei der Maschinentyp CAT 3516B-HD2500 (und nicht CAR 3516B-HD2500) verlangt worden,

wobei es aber explizit und klar erkennbar die Möglichkeit gegeben habe, ein alternatives Produkt anzubieten, unter der Voraussetzung, dass dabei die technischen Anforderungen des Typs CAT 3516B-HD2500 erfüllt sein müssten. Die Mitbewerber seien im Wettbewerb und in der Auswahl einer geeigneten Maschine nicht eingeschränkt gewesen. Den fraglichen Zuschlagswiderruf und gar den Abbruch der Submission damit zu begründen, wirke fadenscheinig und schlage offensichtlich fehl. Von der Möglichkeit, ein alternatives Produkt anbieten zu können, habe die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot Gebrauch gemacht, indem sie ein Diesel-Notstromaggregat offeriert habe, das sich aus zwei funktional verschiedenen Maschinenanlageteilen (Dieselmotor "C aaa" und Generator "G zzz") zu einer einheitlichen Maschinenanlage zusammensetze. Die beiden Anlageteile bewirkten dabei wechselseitig, dass der erwünschte Notstrom entstehe. Es handle sich um ein ausschreibungskonformes Alternativprodukt, das sämtliche spezifischen Anforderung des geforderten Typs CAT 3516B-HD2500 einwandfrei erfülle (Beschwerde, S. 5 ff.). Schliesslich vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, dass die Wiedererwägung einer Verfügung im öffentlichen Beschaffungsrecht nicht verankert sei und in der IVöB spezialgesetzlich nur der Abbruch sowie der Ausschluss und Widerruf des Zuschlags vorgesehen seien. Ziffer 1 der Verfügung sei von Rechts wegen nichtig, was von Amtes wegen zu prüfen sei. Auch Ziffer 2 der Verfügung leide an einem Formmangel, da der Name des Zuschlagsempfängers nicht genannt sei. Auch diesbezüglich sei die Nichtigkeit von Amtes wegen zu prüfen. Für den in Ziffer 3 angeordneten Abbruch fehlten gerechtfertigte Abbruchgründe. Die Verfügung nenne konkret keine stichhaltigen Gründe, welche einen Abbruch rechtfertigten. Auch könne die Neuausschreibung nicht rechtsverbindlich verfügt werden (Beschwerde, S. 16 ff.).

### **1.3.**

In der Beschwerdeantwort vertritt die Vergabestelle die Auffassung, sie habe den an die Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag bzw. die Zuschlagsverfügung in Wiedererwägung gemäss § 39 VRPG gezogen, was in ihrem Ermessen gestanden habe. Aufgrund der Submissionsbeschwerde der F. AG habe die Vergabestelle feststellen müssen, dass die Ausschreibung unter mehreren Mängeln gelitten habe, weshalb sie die Zuschlagsverfügung vom 11. Mai 2022 wiedererwägungsweise aufgehoben habe. Sie hält daran fest, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene Aggregat bei der geforderten Dauerleistung ungenügend sei. Gemäss Datenblatt erbringe das Aggregat von C eine Leistung von lediglich 2'255 kVA, was bei der Auswertung der Angebote übersehen worden sei. Die Vergabestelle sei daher gezwungen gewesen, den Vergabeentscheid vom 11. Mai 2022 aufzuheben. Aufgrund der beiden Submissionsbeschwerden (Verfahren WBE.2022.219 [F. AG] und WBE.2022.283 [A. AG]) habe die Vergabestelle erkennen müssen, dass das durchgeführte Verfahren unter mehreren Mängeln leide. Ein rechtskonformer Abschluss des Verfahrens lasse sich nur noch durch eine Neuausschreibung erreichen. Deshalb habe

sie entschieden, das Submissionsverfahren abubrechen. Ob die beiden Submissionsbeschwerden in den Verfahren WBE.2022.219 und WBE.2022.283 berechtigt seien, sei für die Zulässigkeit des Abbruchs ohne Bedeutung (Beschwerdeantwort, S. 4 ff.; vgl. auch Duplik, S. 8).

## **2.**

### **2.1.**

Entscheide können gemäss § 39 Abs. 1 VRPG durch die erstinstanzlich zuständige Behörde (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) in Wiedererwägung gezogen werden: im Falle der Anfechtung bis zur Erstattung ihrer Vernehmlassung, nach der Vernehmlassung nur noch mit Zustimmung der Beschwerdeinstanz. Liegt ein Rechtsmittelentscheid vor, ist die Wiedererwägung nur zulässig, wenn sich der dem rechtskräftigen Entscheid zugrundeliegende Sachverhalt oder die Rechtslage erheblich oder entscheidrelevant geändert hat (§ 39 Abs. 2).

### **2.2.**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Rechtsbehelf der Wiedererwägung sei innerhalb eines laufenden Vergabeverfahrens unzulässig. Die Wiedererwägung sei im Gegensatz zum Abbruch sowie zum Ausschluss und Widerruf des Zuschlags in der IVöB nicht vorgesehen, weshalb Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung an einem formellen Mangel leide und nichtig sei (Beschwerde, S. 16 f.; vgl. auch Replik, S. 6).

### **2.3.**

Art. 55 IVöB sieht vor, dass sich das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege richtet, soweit die Vereinbarung nichts anderes bestimmt. Mit Hinblick auf die Einheit des Verwaltungsverfahrens werden Abweichungen von den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensrechts nur dort vorgesehen, wo sie im Hinblick auf die besondere Natur des Vergabeverfahrens unbedingt erforderlich sind (Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 [Musterbotschaft IVöB], S. 98). Das Verfahren zum Erlass eines Vergabeentscheids und das Beschwerdeverfahren in Vergabesachen richten sich somit grundsätzlich nach dem jeweils anwendbaren kantonalen Verwaltungsrechtspflegesetz (ELISABETH LANG, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 2 zu Art. 55). § 39 VRPG sieht die Möglichkeit der Wiedererwägung eines Entscheids durch die erstinstanzlich zuständige Behörde vor. Das Vergaberecht – hier die IVöB – beansprucht diesbezüglich keine Abweichung (LANG, a.a.O., N. 23 zu Art. 55). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann aus dem Umstand, dass die IVöB den Rechtsbehelf der Wiedererwägung nicht erwähnt, im Hinblick auf Art. 55 IVöB insbesondere nicht geschlossen werden, eine

solche sei in vergaberechtlichen Verfahren generell unzulässig. Im Gegensatz zur Wiedererwägung handelt es sich beim Ausschluss und beim Widerruf (Art. 44 IVöB) nicht um verfahrens-, sondern um materiellrechtliche Institute (MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, S. 256 N. 353); ihre explizite Zulässigkeit schliesst eine Wiedererwägung nicht von vornherein aus.

#### **2.4.**

Die Vergabestelle hat mit der Verfügung vom 14. Juni 2022 somit zulässigerweise die Zuschlagsverfügung vom 11. Mai 2022 in Wiedererwägung gezogen. An die Stelle der ursprünglichen Verfügung ist neu die Verfügung vom 14. Juni 2022 getreten, mit der der Zuschlag an die Beschwerdeführerin widerrufen und das Verfahren abgebrochen wird. Mit dem Wegfall der ursprünglichen, von der F. AG angefochtenen Zuschlagsverfügung wurde die dagegen erhobene Beschwerde gegenstandslos und folgerichtig vom Verwaltungsgericht von der Kontrolle abgeschrieben (vgl. Verfügung vom 16. Juni 2022 im Verfahren WBE.2022.219; vgl. auch BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 257 N 355).

#### **2.5.**

Unzutreffend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Wiedererwägung in der Replik (S. 5 f.). Zum einen ist festzuhalten, dass die Zuschlagsverfügung vom 11. Mai 2022 nicht formell rechtskräftig geworden ist. Sie wurde vielmehr fristgerecht mit Beschwerde angefochten und in der Folge von der Vergabestelle vor Erstattung der Beschwerdeantwort in Wiedererwägung gezogen und durch die (wieder anfechtbare) Verfügung vom 14. Juni 2022 ersetzt, womit der Beschwerde der F. AG das Anfechtungsobjekt entzogen wurde. Die Zuschlagsverfügung ist mit der unangefochten gebliebenen Abschreibungsverfügung rechtskräftig aufgehoben. Zum anderen ist es bei einer sich auf § 39 Abs. 1 VRPG stützenden Wiedererwägung (entweder ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens oder vor dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz) nicht erforderlich, dass sich der Sachverhalt oder die Rechtslage erheblich oder entscheidungsrelevant geändert hat. Solche Gründe müssen erst nach einem rechtskräftigen Rechtsmittelentscheid vorliegen (§ 39 Abs. 2 VRPG). Insoweit ist der Auffassung der Vergabestelle zuzustimmen, dass die Wiedererwägung nach § 39 Abs. 1 VRPG jedenfalls vor Erstattung einer Vernehmlassung "voraussetzungslos" zulässig ist (Duplik, S. 3).

Im vorliegenden Fall wurde die Wiedererwägung der Zuschlagsverfügung durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der F. AG veranlasst, von deren Begründetheit die Vergabestelle nach neuerlicher Prüfung der Angelegenheit und der Feststellung von Mängeln ausging (Beschwerdeantwort, S. 3 ff.; vgl. auch Verfügung vom 14. Juni 2022). Sie erachtete den Vergabeentscheid als falsch und ging davon aus, dass die Beschwerde gutge-

heissen werden könnte (Duplik, S. 3). Dabei handelt es sich um eine nachvollziehbare Begründung für die vorgenommene Wiedererwägung (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2727, 2731) und der Vergabestelle kann jedenfalls nicht vorgeworfen werden, willkürlich gehandelt zu haben.

## **2.6.**

Ziffer 1 der Verfügung vom 14. Juni 2022, womit die Zuschlagsverfügung in Wiedererwägung gezogen wird, erweist sich somit als rechtens; der Vorwurf der Nichtigkeit geht fehl. Zu prüfen bleibt indessen die Rechtmässigkeit des wiedererwägungsweise verfügten Widerrufs des Zuschlags (Ziffer 2), des Verfahrensabbruchs (Ziffer 3) und der beabsichtigten Neuausschreibung (Ziffer 4).

## **3.**

### **3.1.**

Gemäss Art. 44 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm erteilten Zuschlag widerrufen, wenn das Vorliegen eines der in lit. a – j abschliessend aufgelisteten Sachverhalte festgestellt wird. Während die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 IVöB sichere Kenntnis voraussetzen, genügt bei den in Art. 44 Abs. 2 lit. a – h IVöB nicht abschliessend ("insbesondere") aufgeführten Sachverhalten für einen Ausschluss, eine Streichung aus einem Verzeichnis oder einen Widerruf des Zuschlags das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 85). Während der Ausschluss nur vor der Zuschlagserteilung möglich ist, kann die Vergabestelle nach dem Zuschlag diesen aus den gleichen Gründen wie beim Ausschluss widerrufen (LAURA LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 7 zu Art. 44).

### **3.2.**

Zum Ausschluss bzw. zum Widerruf des Zuschlags führt gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB u.a. das Nichterfüllen der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren. Zu den zu erfüllenden Teilnahmevoraussetzungen gehören neben den Teilnahmebedingungen nach Art. 26 IVöB auch die Eignungskriterien (Art. 27 IVöB) und die technischen Spezifikationen (Art. 30 IVöB). Als weitere Ausschluss- bzw. Widerrufsgründe nennt Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB wesentliche Formfehler oder wesentliche Abweichungen von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung. Die von der Vergabestelle in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Angebote sind verbindlich einzuhalten, soweit sie nicht diskriminierend wirken. Beim Widerruf des Zuschlags wie auch beim Verfahrensausschluss gilt es aber in jedem Fall den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren und das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten. Der Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen; nur geringfügige

Mängel der Offerte rechtfertigen keinen Verfahrensausschluss oder Widerruf des Zuschlags (LAURA LOCHER, a.a.O., N. 6 zu Art. 44 mit Hinweisen).

### **3.3.**

#### **3.3.1.**

In der Verfügung vom 14. Juni 2022 stützt die Vergabestelle den Widerruf des Zuschlags auf Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB. Die Beschwerdeführerin erfülle die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht, da die von ihr offerierte Maschine die Anforderung, dass die Notstromgruppe mindestens 2'275 kVA leisten müsse, nicht einhalte (vgl. auch Beschwerdeantwort, S. 6 f.). In der Duplik schliesslich bringt die Vergabestelle vor, das Angebot der Beschwerdeführerin sei unklar. Sie habe keine Klarheit geschaffen, was Gegenstand ihres Angebots sei, und es sei auch heute nicht klar, ob das Angebot der ausgeschriebenen Leistung entspreche (Duplik, S. 7 f.).

#### **3.3.2.**

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Teil B: Leistungsverzeichnis, Ziffer 3.1 [Beschwerdebeilage 9; Vorakten, Teil 1/3]) waren vier offene CAT 3516B-HD2500 Dieselaggregate mit je 2'500 kVA Notstromleistung gemäss ISO8528 zu liefern und zu montieren. Alternative (gleichwertige) Produkte waren zulässig, mussten aber sämtliche Anforderungen des Typs CAT 3516B-HD2500 erfüllen und die Dokumentation des eingesetzten Typs musste der Eingabe beigelegt werden.

Konkret wurden die Anforderungen an die Aggregate – soweit vorliegend relevant – wie folgt beschrieben Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen [Beschwerdebeilage 10; Vorakten, Teil 1/3]:

##### **Diesel Notstromaggregat**

offene Dieselaggregate mit je 2'500 kVA Notstromleistung gemäss ISO8528

Datenblätter sind dem Angebot beizulegen

- Dauerleistung inklusive Lüfterantrieb 1'820 kW
- bei cos phi 0.8, an den Generatorklemmen 2'275 kVA
- Notstromleistung (1 h pro 12 h) inkl. Lüfterantrieb 2'000 kW
- bei cos phi 0.8, an den Generatorklemmen 2'500 kVA
- Continuous Rating COP, für Regelenergiepooling 1'500 kW inkl. Lüfterantrieb
- bei cos phi 0.8, an den Generatorklemmen 1'875 kVA

[...]

Dieser Beschreibung beigelegt war der Vermerk "Wie Typ CAT 3516BB-HD2500 oder ähnlich". Hersteller des Typs CAT 3516BB-HD2500 ist Caterpillar.

### **3.3.3.**

Die Beschwerdeführerin machte – wie auch die F. AG – von der Möglichkeit, ein alternatives Produkt anbieten zu können, Gebrauch und offerierte ein Diesel-Notstromaggregat aus eigener Herstellung, bestehend aus dem Dieselmotor C aaa und dem Generator G zzz. Abweichungen zum Typ CAT 3516BB-HD2500 wurden in blauer Schrift ausgewiesen. Beim Generator (Hersteller/Typ) vermerkte sie zusätzlich: "I, G oder K, je nach derzeitiger Verfügbarkeit / I xxx, K yyy, G zzz" (vgl. Angebot Beschwerdeführerin, Register 3; Beschwerdebeilage 11). Die Technischen Datenblätter für Motor und Generator lagen dem Angebot bei. Das Datenblatt für den I-Generator bezog sich allerdings auf den Typ www (Angebot Beschwerdeführerin, Register 7). Anlässlich der aufgrund der Beschwerde der F. AG erfolgten Überprüfung reichte die Beschwerdeführerin das Datenblatt für den I-Generator xxx mit E-Mail vom 25. Mai 2022 nach (Vorakten, Ordner Auswertung Angebote).

### **3.3.4.**

#### **3.3.4.1.**

Streitig ist, ob das Aggregat die verlangte Dauerleistung (inkl. Lüfterantrieb) vom 2'275 kVA bei  $\cos \phi$  0.8 an den Generatorklemmen erbringt (die übrigen Werte sind auch nach der Auffassung der Vergabestelle eingehalten [Beschwerdeantwort, S. 7]). Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot diesbezüglich keine Abweichung zum Typ CAT 3516B-HD2500 deklariert. Auch die Vergabestelle hat im Rahmen der Angebotsprüfung keine solche Leistungsabweichung festgestellt. Im Rahmen des im Nachgang an die Zuschlagsverfügung vom 11. Mai 2022 erfolgten Debriefings äusserte die F. AG allerdings Bedenken hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des C Aggregats; in der Folge wurde ihr das Datenblatt für den C-Motor (aaa) zugestellt (vgl. E-Mail der F. AG [AB., Geschäftsführer] vom 30. Mai 2022; E-Mail der Vergabestelle [Vorakten, Ordner Auswertung Angebote]). In ihrer Beschwerde machte sie dann – nebst anderem – geltend, das von der A. GmbH offerierte Notstromaggregat vom Typ C aaa entspreche nicht dem im Submissionsteil B Leistungsverzeichnis spezifizierten Notstromaggregat. Das offerierte Aggregat bringe zu wenig Dauerleistung (Beschwerde vom 30. Mai 2022, S. 2 f. [Verfahren WBE.2022.219]). Die Vergabestelle kam (nach erneuter Prüfung) zum gleichen Schluss (Beschwerdeantwort, S. 3 unten). Den Vorakten lässt sich eine Begründung für die Behauptung, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene Aggregat die geforderte Dauerleistung nicht einhalte, nicht entnehmen.

#### **3.3.4.2.**

Die Beschwerdeführerin legt in ihren Rechtsschriften ausführlich die Argumente für die Unrichtigkeit der Annahme dar, das von ihr offerierte Aggregat halte die fragliche technische Vorgabe nicht ein. Im Wesentlichen führt sie aus, das Aggregat bestehe aus einem Verbrennungsmotor und einem

Generator. Mit dem Motor werde beim Generator eine elektrische Spannung aufgebaut und Strom produziert (Beschwerde, S. 9 f., 12; Replik, S. 11). Die Dauerleistung des Verbrennungsmotors betrage 1'960 kW, d.h. der Motor erbringe mechanisch eine Leistung von 1'960 kW. Davon sei die Leistung für den Lüfterantrieb (Propeller) abzuziehen. Diese betrage 61 kW und die dem Generator, um diesen anzutreiben, effektiv zugeführte Leistung noch 1'899 kW. Bei der im Generator stattfindenden Umwandlung der mechanischen Leistung in elektrische Leistung entstünden Wärmeverluste. Generatorspezifisch werde diesem Effekt mit einem Prozentsatz von 96.9 % (sog. Wirkungsgrad) Rechnung getragen, so dass die verbleibende elektrische Wirkleistung an den Generatorklemmen noch 1'840 kW betrage. Im Ergebnis entspreche die elektrische Wirkleistung von 1'840 kW der Dauerleistung des angebotenen Notstromaggregats. Bei einem Leistungsfaktor von  $\cos \phi$  0.8 ergebe sich eine elektrische Dauerleistung vom 2'300 kVA an den Generatorklemmen ( $1'840 \text{ kW} : 0.8 = 2'300 \text{ kVA}$ ). Damit sei der verlangte Wert von 2'275 kVA erfüllt, was übrigens auch bei einer Umgebungstemperatur bis zu 40°C und einer Aufstellhöhe bis zu 1'000 m.ü.M. gelte (Beschwerde, S. 13 f.; Replik, S. 12 ff.; ferner Beschwerdebeilagen 13 – 15).

In der Replik führt die Beschwerdeführerin zudem präzisierend aus, im Dokument (Datenblatt) "C" sei der massgebende Dieselmotor aaa aufgeführt, jedoch verwende C verschiedene Generatoren, welche die Beschwerdeführerin nicht kenne. Der enthaltene und von der Vergabestelle bemängelte Wert von 2'555 kVA entspreche nicht dem Generator, welchen die Beschwerdeführerin verwendet habe. Sie habe nicht einen C-Generator, sondern den Generator G zzz offeriert. Wegen des anderen Wirkungsgrads (der bei jedem anderen Generator unterschiedlich sei) ergebe dies einen Wert von 2'300.2 kVA (Replik, S. 9 f.).

#### **3.3.4.3.**

Nach Ansicht der Vergabestelle sind die Behauptungen der Beschwerdeführerin in sich widersprüchlich und falsch. Insbesondere beanstandet sie das Datenblatt für den Generator von C, welches eine Leistung von 2'255 kVA ausweise. Dieses Datenblatt habe zu Verwirrung und Missverständnissen geführt. Die Beschwerdeführerin habe mehrere Datenblätter abgegeben, aber keine Klarheit darüber geschaffen, was Gegenstand ihres Angebots sei. Es sei auch heute nicht klar, ob das Angebot der Beschwerdeführerin der ausgeschriebenen Leistung entspreche, zumal dies nicht nur vom Dieselmotor (C), sondern auch von der Leistungsfähigkeit des Generators abhängt. Der Generator I www erbringe die geforderte Leistung nicht, der Generator xxx bringe sie möglicherweise, was aber mangels eines entsprechenden Datenblatts nicht beurteilt werden könne. Vor allem aber sei offen, welchen Generator die Beschwerdeführerin wähle, das hänge offenbar von der Verfügbarkeit der Generatoren ab. Wohl deshalb habe sie eine Auswahl angeboten, indes erfüllten nicht alle Generatoren

dieser Auswahl die Ausschreibungskriterien, weshalb ihr Angebot aus mehreren Gründen ungenügend sei (Duplik, S. 4 ff.).

### **3.3.5.**

#### **3.3.5.1.**

Als nicht begründet erweist sich zunächst der Vorwurf der Vergabestelle, es sei unklar, was Gegenstand des Angebots der Beschwerdeführerin sei. Aus der Offerte geht hervor, dass die Beschwerdeführerin ein Diesel-Notstromaggregat bestehend aus dem (Diesel-)Motor Typ aaa und dem Generator G zzz angeboten hat. Diese beiden Komponenten sind mit ihren jeweiligen Daten im Leistungsverzeichnis spezifiziert und mit den entsprechenden technischen Datenblättern dokumentiert. Der beim Generator gemachte Hinweis auf entsprechende Produkte der Hersteller I und K "je nach derzeitiger Verfügbarkeit" und die dafür ebenfalls beigelegten Datenblätter ändern daran nichts, sondern zeigen lediglich auf, dass der Beschwerdeführerin bei allfälligen Lieferschwierigkeiten Alternativen offen stünden. Die von der Beschwerdeführerin deklarierten Angaben zum Generator und die beigelegten Datenblätter haben im Rahmen der Prüfung der Offerte (vgl. insbesondere Art. 38 Abs. 2 und Art. 39 IVöB) denn auch offensichtlich nicht zu Unklarheiten bei der Vergabestelle geführt. Thematisiert wurden lediglich die räumlichen Dimensionen der Dieselaggregate bzw. deren Einpassung in die Räumlichkeiten im 2. OG (vgl. E-Mail-Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin vom 1. und 6. April 2022 [Vorakten, Ordner Auswertung Angebote]). Der unberechtigte Vorwurf, es sei unklar, was Gegenstand des Angebots sei, wird erstmals in der Duplik erhoben.

#### **3.3.5.2.**

Nicht zutreffend ist die Behauptung, es könne mangels Datenblatt nicht geprüft und beurteilt werden, ob der Generator I xxx die geforderte Leistung erbringe (Duplik, S. 6). Das den Typ xxx betreffende Datenblatt war in der Offerte zwar tatsächlich nicht enthalten, wurde aber am 25. Mai 2022, also klar vor der Wiedererwägungs-/Widerrufsverfügung vom 14. Juni 2022 und offenbar auf Verlangen der Vergabestelle, nachgereicht (oben Erw. 3.3.3). Inwiefern der Vergabestelle eine Prüfung und Beurteilung der Leistung nicht möglich gewesen sein soll, ist daher nicht nachvollziehbar.

#### **3.3.5.3.**

Mit den detaillierten Ausführungen und Berechnungen der Beschwerdeführerin zur Frage, ob das Aggregat die verlangte Dauerleistung (inkl. Lüfterantrieb) vom 2'275 kVA bei  $\cos \phi$  0.8 an den Generatorklemmen einhalte, setzt sich die Vergabestelle nicht substantiiert auseinander. Sie bringt dazu lediglich vor, die Beschwerdeführerin habe "das Datenblatt für den Generator von C abgegeben, welche eine Leistung von 2'255 kVA ausweist: [...]" (Duplik, S. 6 f.). Da die Offerte indessen kein Datenblatt für einen Genera-

tor von C enthält und die Beschwerdeführerin auch keinen solchen angeboten hat, kann es sich bei diesem Datenblatt nur um dasjenige des C-Motors aaa handeln, welches in der Tat eine Leistung von 2'255 kVA ausweist. Die Beschwerdeführerin legte indessen unter Hinweis auf das Zusammenwirken von Motor und Generator nachvollziehbar und plausibel dar, weshalb dieser von C angegebene Wert vorliegend nicht massgebend sein könne, da sie einen Generator angeboten habe, mit dem der verlangte Wert von 2'275 kVA erreicht bzw. sogar überschritten werde. Die Vergabestelle bestreitet die Richtigkeit dieser Ausführungen nicht, sondern anerkennt vielmehr, dass die Leistung nicht nur vom Dieselmotor, sondern auch von der Leistungsfähigkeit des Generators abhängt (vgl. Duplik, S. 7). Die Leistungsfähigkeit des angebotenen G zzz stellt sie nicht in Frage.

#### **3.3.5.4.**

Es ist davon auszugehen, dass der Vorwurf der Vergabestelle, das von der Beschwerdeführerin offerierte Diesel-Aggregat erfülle die verlangte Dauerleistung (inkl. Lüfterantrieb) vom 2'275 kVA bei  $\cos \phi$  0.8 nicht, auf falschen Annahmen bzw. missverstandenen Grundlagen beruht. Die Vergabestelle stellte – veranlasst durch die Vermutung der F. AG – ohne nähere Überprüfung der Daten einzig auf die Angaben im Datenblatt von C für den Motor des Typs aaa ab und liess dabei offensichtlich ausser Acht, dass die Leistung des Aggregats aus dem Zusammenwirken zwischen den konkret verwendeten Komponenten resultiert.

#### **3.3.6.**

Im Ergebnis erweist die Vergabestelle somit keinen ausreichenden Grund gemäss Art. 44 IVöB nach, um den an die Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag zu widerrufen.

### **4.**

#### **4.1.**

Nach § 37 Abs. 1 VRPG können Entscheide, die der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht entsprechen, durch die erlassende Behörde oder die Aufsichtsbehörde abgeändert oder aufgehoben werden, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung die Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes überwiegt. Vorbehalten bleiben Entscheide, die nach besonderen Vorschriften oder der Natur der Sache nach nicht oder nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen werden können (§ 37 Abs. 2 VRPG). Das Verwaltungsgericht hielt im Entscheid WBE.2021.230 vom 2. August 2021 (Erw. II/2.3.1) fest, der Widerruf nach § 28 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD) beschränke sich wegen seines Sanktionscharakters auf die in dieser Bestimmung explizit genannten Gründe sowie auf weitere Fälle, in denen das Verhalten des Anbieters oder Mängel des Angebots diese Rechtsfolge als gerechtfertigt erscheinen liessen. Es seien indessen auch Fälle denkbar, in denen sich der Widerruf eines Zuschlags rechtfertigen

lasse, weil er eben der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht entspreche, ohne dass die Ursache dafür auf Seiten des Anbieters liege. Die allgemeine Widerrufsregelung in § 37 VRPG setze voraus, dass der betreffende Entscheid der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht entspreche. Ein sich auf § 37 VRPG stützender Widerruf eines erteilten Zuschlags ist namentlich dann gerechtfertigt, wenn die Vergabestelle das Vergabeverfahren aus zureichenden Gründen, zum Beispiel bei einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistungen, die erst nach dem Zuschlag eintritt, abbricht (THOMAS LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 3 zu Art. 43).

#### **4.2.**

Zu prüfen bleibt die Rechtmässigkeit des verfügten Verfahrensabbruchs.

##### **4.2.1.**

Art. 43 Abs. 1 IVöB enthält eine nicht abschliessende ("insbesondere") Liste von sachlich zulässigen Abbruchgründen. Art. 43 Abs. 1 lit. a IVöB erfasst den (definitiven) Verfahrensabbruch mit endgültigem Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft. Art. 43 Abs. 1 lit. b – f IVöB regelt die Gründe für den Verfahrensabbruch im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts (sog. provisorischer Abbruch). Solche Gründe können insbesondere sein

- das Ausbleiben eines zulässigen, d.h. die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllenden Angebots (lit. b),
- veränderte Rahmenbedingungen, die günstigere Angebote erwarten lassen (lit. c),
- die Angebote erlauben keine wirtschaftliche Beschaffung oder Überschreiten den Kostenrahmen (lit. d),
- unzulässige Wettbewerbsabreden unter den Anbietern (lit. e),
- Erforderlichkeit einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung (lit. f).

Im Gegensatz zum früheren Recht (§ 22 Abs. 2 SubmD; Art. 13 lit. i der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [aIVöB]) verlangt Art. 43 IVöB für die Zulässigkeit des Abbruchs keinen wichtigen Grund mehr, sondern lässt das Vorliegen hinreichend sachlicher Gründe genügen (Musterbotschaft IVöB, S. 83; BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 265 Rz. 367; ferner auch schon BGE 134 II 192, Erw. 2.3). Unzulässig ist aber nach wie vor ein grundlos bzw. ohne einen zureichenden sachlichen Grund erfolgter Abbruch eines Submissionsverfahrens. Gemäss Rechtsprechung ist die Vergabestelle zudem vorab gehalten, alternative Handlungsmöglichkeiten zu prüfen und mildere Massnahmen als den Verfahrensabbruch zu erwägen (BGE 141 II 353, Erw. 6; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00365 vom 30. Juli 2015, Erw. 3.4 und 3.5; ferner GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 799).

Die Abbruchverfügung ist von der Vergabestelle zu begründen. Aus ihr muss direkt hervorgehen, aus welchen Gründen der Auftraggeber das Verfahren abbricht und ob der Abbruch definitiv ist oder ob eine Wiederholung in Betracht gezogen wird. Die Vergabestelle hat die Entscheidungsgründe offenzulegen und so zu begründen, dass die Anbieter die Verfügung sachgerecht anfechten können und das Gericht den Entscheid sachgerecht beurteilen kann (THOMAS LOCHER, a.a.O., N. 5 zu Art. 43). Erweist sich ein provisorischer Abbruch mangels sachlichen Grundes auf Beschwerde hin als vergaberechtswidrig, wird das Vergabeverfahren fortgeführt (Art. 58 Abs. 1 IVöB; vgl. BGE 134 II 192, Erw. 2.3). An der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach die Vergabestelle auch bei einem widerrechtlichen Verfahrensabbruch nicht zur Fortsetzung des laufenden Verfahrens gezwungen werden konnte (vgl. AGVE 2015, S. 195, Erw. 2.1; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2021.230 vom 2. August 2021, Erw. II/3.1. mit Hinweisen), lässt sich unter dem revidierten Recht nicht festhalten. Die frühere Praxis stützte sich auf § 22 Abs. 1 SubmD, wonach die Vergabestelle nicht zum Zuschlag verpflichtet war. Die IVöB enthält keine entsprechende Bestimmung.

Der Abbruch des Verfahrens ist gemäss Art. 48 Abs. 1 IVöB auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) zu veröffentlichen.

#### **4.2.2.**

In der Verfügung vom 14. Juni 2022 begründet die Vergabestelle den Abbruch damit, dass die Ausschreibung mit dem Erfordernis, dass die Notstromgruppe mindestens 2'275 kVA bringen müsse, derart einschränkend gewesen sei (de facto habe nur ein Typ CAT 3516B-HD2500 angeboten werden können), dass die Beschaffung nicht habe wirtschaftlich sein können. Mit einer geeigneten Ausschreibung werde mehr Konkurrenz erzielt und die Beschaffung der Maschine günstiger erfolgen. Gestützt auf Art. 43 Abs. 1 lit. d, eventuell lit. f IVöB werde eine neue Submission mit geänderten Anforderungen eingeleitet. Der Beschwerdeantwort ist zu entnehmen, die Vergabestelle habe aufgrund der beiden Submissionsbeschwerden erkennen müssen, dass das durchgeführte Verfahren unter mehreren Mängeln leide und sich ein rechtskonformer Abschluss des Verfahrens nur noch durch einen Neuanfang erreichen lasse. Es seien zu viele Verfahrensfehler geschehen. Dies zeigten die beiden Submissionsbeschwerden. Die Situation sei "verfahren". Wer den Zuschlag erhalte, werde nicht nach den Zuschlagskriterien, sondern nach den Zufälligkeiten des Verfahrens ermittelt. Die Vergabestelle sei jedoch darauf angewiesen, ein Notstromaggregat zu erhalten, das den Anforderungen entspreche und das einen nachhaltigen Einsatz verspreche (Beschwerdeantwort, S. 7 f.; Duplik, S. 8).

#### **4.2.3.**

Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen zulässiger Abbruchgründe. Die Verfügung vom 14. Juni 2022 nenne konkret keine stichhaltigen Gründe, welche einen Abbruch der Submission rechtfertigen würden. Der verfügte Abbruch sei nicht genügend substantiiert worden. Die von der Vergabestelle behaupteten Verfahrensfehler bei der Vergabe würden bestritten (Beschwerde, S. 17 f.; Replik, S. 21).

#### **4.2.4.**

##### **4.2.4.1.**

Die Vergabestelle rechtfertigt den Abbruch u.a. mit den beiden Beschwerdeverfahren (vgl. Beschwerdeantwort, S. 7 f.). Inwiefern allerdings das vorliegende Beschwerdeverfahren die Vergabestelle zum Verfahrensabbruch (mit)veranlasst haben könnte, ist schon aus zeitlicher Sicht nicht nachzuvollziehen. Die Beschwerde wurde am 6. Juli 2022 erhoben, die damit angefochtene Widerrufs- und Abbruchverfügung erging am 14. Juni 2022. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin keine Rügen, die einen Verfahrensabbruch gerechtfertigt erscheinen lassen; vielmehr bestreitet sie das Vorliegen solcher Gründe ausdrücklich. Sie bemängelt weder das Vergabeverfahren an sich noch die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen. Sie wirft der Vergabestelle einzig eine falsche Sachverhaltsfeststellung und eine daraus resultierende "krasse Fehlbeurteilung der technischen Verhältnisse zur Anlage" in Bezug auf ihr eigenes Angebot vor (Beschwerde, S. 5; Replik, S. 10). Dabei handelt es sich um Fehler bei der (nachträglichen) Angebotsüberprüfung, die keinen Verfahrensabbruch erforderlich machen. Die im Beschwerdeverfahren WBE.2022.219 von der F. AG erhobenen Rügen beziehen sich ebenfalls überwiegend auf eine fehlerhafte Prüfung und Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin und nicht auf grundlegende Mängel der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen oder des Vergabeverfahrens. Der (bemängelte) Umstand, dass keine Fragen zur Ausschreibung zugelassen waren (vgl. Replik, S. 9; Ausschreibungsunterlagen Teil A: Angebot, Ziffer 12 [Vorakten Teil1/3]), ist zwar eher aussergewöhnlich und auch befremdlich, aber nicht derart erheblich, dass er einen Abbruch rechtfertigen könnte.

##### **4.2.4.2.**

Nicht gefolgt werden kann der Vergabestelle in ihrer Argumentation, die Ausschreibung sei derart einschränkend gewesen, dass de facto nur ein Typ CAT 3516B-HD2500 habe angeboten werden können. Zutreffend ist zwar, dass die technischen Spezifikationen produktneutral bezeichnet sein müssen. Gemäss Art. 30 Abs. 3 IVöB sind bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten als technische Spezifikationen nicht zulässig. Eine Ausnahme gilt dann, falls es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbe-

schreibung gibt. In diesem Fall ist der Auftraggeber verpflichtet, den Hinweis "oder gleichwertig" in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Die Gleichwertigkeit von Alternativprodukten ist durch den Anbieter nachzuweisen.

Vorliegend beruhen die technischen Spezifikationen für das Notstromaggregat im Leistungsverzeichnis zwar auf dem Typ CAT 3516B-HD2500 des Herstellers Caterpillar, diejenigen für den Motor auf dem Typ 3516B von Caterpillar und diejenigen des Generators auf dem Typ SR5 1647 des Herstellers Leroy Somer (Ausschreibungsunterlagen Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen; Beschwerdebeilage 10). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht jedoch ausreichend klar hervor, dass alternative Produkte, welche die technischen Anforderungen des Typs CAT 3516B-HD2500 nachweislich erfüllen, ebenfalls zugelassen waren (Ausschreibungsunterlagen Teil B: Leistungsverzeichnis, Ziffer 3.1 sowie Beilagen; Beschwerdebeilagen 9 und 10). Auch die Tatsache, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch die F. AG nicht das von Caterpillar hergestellte Aggregat CAT 3516B-HD2500 offerierten, sondern ein anderes Produkt, zeigt, dass die Ausschreibungsunterlagen zu keinen Missverständnissen oder Fehlinterpretationen Anlass gaben.

#### **4.2.4.3.**

Die Vergabestelle beruft sich auf weitere Mängel des durchgeführten Verfahrens bzw. auf "zu viele Verfahrensfehler" (Beschwerdeantwort, S. 7 f.), ohne diese auch nur ansatzweise näher zu substantizieren. Anders als zum Beispiel eine falsche Verfahrenswahl oder grundlegende Mängel in der Ausschreibung berechtigt die allfällige Korrektur schwerwiegender Fehler bei der Prüfung, Bereinigung und Bewertung der Angebote die Vergabestelle grundsätzlich nur zur Wiedererwägung bzw. zum Widerruf eines bereits erteilten Zuschlags, nicht aber zum Abbruch des gesamten Vergabeverfahrens und zur Neuausschreibung. Eine Ausnahme kann sich dann ergeben, wenn lediglich noch ein einziges Angebot im Verfahren verbleibt und keine wirtschaftliche Beschaffung möglich ist (Art. 43 Abs. 1 lit. d IVöB; vgl. THOMAS LOCHER, a.a.O., N. 15 zu Art. 43). Eine solche Ausnahmesituation besteht vorliegend nicht. Die Vergabestelle legt im Übrigen auch nicht näher dar, wieso die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben.

#### **4.2.4.4.**

Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. f IVöB kann die Vergabestelle das Verfahren abbrechen, wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (vgl. dazu THOMAS LOCHER, a.a.O., N. 17 zu Art. 43). Die in der Verfügung vom 14. Juni 2022 erwähnten abgeänderten Anforderungen bei einer Neuausschreibung substantiziert die Vergabestelle nicht einmal ansatzweise. Weder die angefochtene Verfügung noch die beiden Rechts-

schriften enthalten Angaben über die beabsichtigten wesentlichen Änderungen. Die Vergabestelle legt namentlich auch nicht dar, was sie unter einer "geeigneten Ausschreibung" versteht, mit der sie mehr Konkurrenz erzielen will (vgl. Verfügung vom 14. Juni 2022). Falls damit die Anpassung der technischen Spezifikationen im Sinne des Verzichts auf die Nennung von Herstellern und auf Typenbezeichnungen gemeint sein sollte, stellt dies im vorliegenden Fall wie bereits ausgeführt keinen ausreichenden Grund für einen Abbruch des Verfahrens dar (vgl. vorstehend Erw. II/4.2.4.2).

#### **4.3.**

Damit bleibt festzustellen, dass kein sachlich zulässiger Abbruchgrund vorliegt, was auch einem sich auf § 37 VRPG stützenden Widerruf des Zuschlags entgegensteht (vgl. oben Erw. II/4.1). Folgerichtig besteht auch keine Veranlassung für eine Neuausschreibung des Beschaffungsgeschäfts.

#### **5.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass weder für den Widerruf des an die Beschwerdeführerin erteilten Zuschlags noch für den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens ausreichende Gründe vorliegen und die angefochtene Verfügung sich in diesem Umfang als unrechtmässig erweist. Die Ziffern 2 – 4 der Verfügung vom 14. Juni 2022 sind somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Als unbegründet erweist sich die Rüge, die Wiedererwägung der Zuschlagsverfügung (Ziffer 1) sei unzulässig bzw. nichtig. Ziffer 5 blieb unangefochten.

Da die Zuschlagsverfügung vom 11. Mai 2022 aufgehoben und durch die vorliegend angefochtene und bezüglich der Ziffern 2 – 4 aufzuhebende Verfügung vom 14. Juni 2022 ersetzt wurde, ist das mit Simap-Publikation vom D eröffnete Verfahren von der Vergabestelle wieder aufzunehmen und entweder durch einen neuen Zuschlag oder durch einen auf einem zulässigen Grund beruhenden Abbruch zu beenden (vgl. Beschluss des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2018.00455 vom 31. Januar 2019, Erw. 6; LANG, a.a.O., N. 6 zu Art. 55). Da der Vergabestelle hierbei nach wie vor ein gewisses Ermessen zukommt, belässt es das Verwaltungsgericht bei der Aufhebung der Ziffern 2 – 4 der Verfügung vom 14. Juni 2022 und sieht davon ab, in der Sache selbst zu entscheiden (vgl. Art. 58 Abs. 1 IVöB).

### **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).

Im vorliegenden Fall obsiegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Aufhebung der Ziffern 2 – 4 (Widerruf, Abbruch und Neuausschreibung), und die Sache wird zu neuer Beurteilung und Entscheidung an die Vergabestelle zurückgewiesen, was einem vollumfänglichen Obsiegen gleichkommt (siehe auch BGE 141 V 281, Erw. 11.1; Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2022.314 vom 21. Dezember 2022, Erw. III/1.1, WBE.2019.324 vom 12. März 2020, Erw. III/2). Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates, da der Vergabestelle – welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG) – nicht vorgeworfen werden kann, sie habe schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder willkürlich entschieden (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 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 (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG) besteht bei den Parteikosten nicht.

Da die Beschwerdeführerin obsiegt, hat sie Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten durch die B. AG (Vergabestelle).

### **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.; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2021.230 vom 2. August 2021, Erw. III/2).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung oder wie hier der Widerruf eines Zuschlags 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 beträgt. Im vorliegenden Fall wurde der in der Folge widerrufenen Zuschlag zu einem Betrag von Fr. 3'179'418.40 inkl. MWSt vergeben (Vorakten, Ordner Auswertung Angebote, KSA H97 Energiezentrale Offertvergleich / Vergabeantrag). Der massgebliche Streitwert beträgt damit

Fr. 317'941.85. 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 Ziffer 4 AnwT). Nachdem der Streitwert vorliegend im mittleren Bereich des vorgegebenen Rahmens liegt und der Schwierigkeitsgrad des Falles sowie der Aufwand als durchschnittlich einzustufen sind, erscheint eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 9'000.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin in der Schweiz mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von gerundet Fr. 8'357.00. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 Abs. 1 AnwT) abgedeckt.

---

### **Das Verwaltungsgericht erkennt:**

#### **1.**

In Gutheissung der Beschwerde werden die Ziffern 2 – 4 der Verfügung der B. AG vom 14. Juni 2022 aufgehoben und die Beschwerdesache wird an die B. AG zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

#### **2.**

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Kantons.

#### **3.**

Die B. AG wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 8'357.00 zu ersetzen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)

die B. AG (Vertreter)

die Wettbewerbskommission (WEKO)

---

### **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. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert nach Artikel 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1) 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. 2'952'106.20 (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 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 Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

---

Aarau, 19. Januar 2023

### Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi