

WBE.2023.423 / SW / jb

Art. 13

Urteil vom 12. Februar 2024

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichter Michel
Gerichtsschreiberin Wittich

Beschwerde- **A. _____,**
führerin vertreten durch MLaw Cedric Miehle und MLaw Dominik Luder,
Rechtsanwälte, Laupenstrasse 1, Postfach, 3008 Bern

gegen

C. _____ AG,
vertreten durch Dr. iur. David Hofstetter und/oder Alexander Rey,
Rechtsanwälte, Langhaus 4, 5401 Baden

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung der C. _____ AG
vom 20. November 2023

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die C._____ AG schrieb im Zusammenhang mit dem Neubau des [...], Q._____ die Fassadenbauarbeiten inkl. Aussendämmungen und Malerarbeiten (BKP aaa) im offenen Verfahren öffentlich aus (nicht im Staatsvertragsbereich). Die Publikation der Ausschreibung erfolgte am dd.mm.2023 auf www.simap.ch (Meldungsnummer bbb). Innert Eingabefrist ging ein Angebot der A._____, mit einer Brutto-Eingabesumme (ohne Rabatt, Skonto, MWSt) von Fr. 4'363'929.00 (bzw. Fr. 4'220'816.95 netto) ein. Am 20. November 2023 publizierte die C._____ AG auf www.simap.ch (Meldungsnummer ccc) den Abbruch des Verfahrens, ohne diesen zu begründen. Mit Schreiben vom 30. November 2023 ersuchte die B._____ AG die C._____ AG, ihrer Begründungspflicht bis zum 4. Dezember 2023 nachzukommen. Die D._____ teilte mit E-Mail vom 4. Dezember 2023 mit, die C._____ AG habe sich zum Abbruch der Submission entschieden, da das einzige Angebot weit über den erwarteten Kosten (Kostenvoranschlag) gelegen habe. Die Submission werde mit veränderten Rahmenbedingungen neu ausgeschrieben.

B.

1.

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 erhob die A._____, fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

1.

Die Verfügung vom 20. November 2023 der Beschwerdegegnerin im Vergabeverfahren, Projekt-ID ddd, sei aufzuheben.

2.

Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, das Vergabeverfahren, Projekt-ID ddd, gemäss der Ausschreibung vom dd.mm.2023 fortzuführen und mittels Zuschlags abzuschliessen.

3.

Der Beschwerdegegnerin sei einstweilen zu verbieten, betreffend die Bauarbeiten des Vergabeverfahrens, Projekt-ID ddd, gemäss Ausschreibung vom dd.mm.2023 ein neues Vergabeverfahren einzuleiten und mit einem neuen Anbieter ein Vertrag abzuschliessen.

4.

Das Verbot nach Ziff. 3 hiavor sei superprovisorisch zu verfügen.

5.

Es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Akten betreffend den Finanzierungsrahmen des Vergabeverfahrens, Projekt-ID ddd, beim Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin sei Akteneinsicht zu gewähren.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin -

2.

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

3.

Die C._____ AG stellte mit Beschwerdeantwort vom 5. Januar 2024 die folgenden Rechtsbegehren:

1.

Die Beschwerde sei abzuweisen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdeführerin.

In prozessualer Hinsicht beantragte sie:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die mit Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2023 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.

2.

Die Akteneinsicht sei auf die in Ziff. II.A. der nachfolgenden Begründung als nicht vertraulich bezeichneten Vorakten zu beschränken. Im Übrigen sei das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen.

4.

Mit Verfügung vom 8. Januar 2024 wurden der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort der C._____ AG einstweilen zur Kenntnisnahme und die Beschwerdeantwortbeilagen ("Beilagen zu Verfahren WBE.2023.423 (Gegenseite)" zur Einsichtnahme bis zum 19. Januar 2024 zugestellt.

5.

Die Beschwerdeführerin hat mit Stellungnahme vom 18. Januar 2024 ihre Rechtsbegehren wiederholt und zudem beantragt, das Verbot gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 sowie die aufschiebende Wirkung der Beschwerde seien aufrecht zu erhalten.

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, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte (§ 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, ist durch Beschwerde u. a. der Abbruch des Verfahrens anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. g IVöB).

Die C._____ AG ist ein Auftraggeber im Sinne von Art. 4 IVöB. Sie selbst bezeichnet sich in ihren Simap-Publikationen als "andere(n) Träger kommunaler Aufgaben" (gemäss Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB). Aufgrund der Tatsachen, dass es sich bei der C._____ AG um eine Aktiengesellschaft mit öffentlichen Zwecken handelt, die Eigentümerin zu 100 % die Einwohnergemeinde (Stadt) Q._____ ist, die Steuerung durch die Einwohnergemeinde bzw. den Stadtrat Q._____ erfolgt und letzterer überdies den Verwaltungsrat wählt (siehe Beschluss des Stadtrats Q._____ betreffend Eigentümerstrategie für die C._____ AG vom dd.mm.2016 [www.aaa.ch; vgl. auch www.bbb.ch, Über uns]) ist allerdings von einer (auch) im Staatsvertragsbereich der IVöB unterstehenden kommunalen Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. f IVöB auszugehen (vgl. DANIEL ZIMMERLI, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N.15 ff., insbes. N. 23 zu Art. 4). Der vorliegend streitige Bauauftrag erreicht den Schwellenwert des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB. 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.

Zu beurteilen ist die Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs.

2.

2.1.

Die Vergabestelle begründet den verfügten Abbruch des Verfahrens damit, dass das sich auf Fr. 4'220'816.95 netto belaufende Angebot der Beschwerdeführerin den ermittelten Kostenrahmen erheblich (um mehr als das Doppelte) überschritten habe und keine wirtschaftliche Beschaffung möglich gewesen sei. Der Kostenvoranschlag habe auf einer Richtofferte der E._____ AG vom dd.mm.2021 beruht. Diese habe Fr. 1'833'718.40 betragen. Diese Richtofferte habe sämtliche Arbeiten enthalten, die Eingang in die Ausschreibung der streitbetroffenen Arbeiten gefunden hätten. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass die Richtofferte nicht die Marktgegebenheiten widerspiegeln würde. Im Mai 2022 sei von den Planern des Neubauprojektes ein detaillierter Kostenvoranschlag erstellt worden. Die streitigen Fassadenarbeiten seien darin mit einem Total von Fr. 1'783'551.30 ausgewiesen (unter Berücksichtigung eines angenommenen Vergabeerfolgs). Auch bei der Berücksichtigung einer zwischenzeitlich eingetretenen Teuerung von 13 – 14 % (oder – aber nicht realisierten – 18 oder gar 20 %) liege der Angebotspreis der Beschwerdeführerin weit (um mehr als 100 %) über der Richtofferte und damit über dem Kostenrahmen. Der Hauptteil der Kostenüberschreitung durch das Angebot der Beschwerdeführerin liege in den Blecharbeiten („äussere Bekleidung“), welche zu wesentlich teureren Ansätzen offeriert worden seien als in der Richtofferte. Die Gründe dafür würden sich der Kenntnis der Vergabestelle entziehen. Ein Abbruch des Verfahrens wegen Überschreitens des Kostenrahmens erscheine vorliegend umso mehr sachlich gerechtfertigt, als nur ein einziges Angebot eingegangen sei (vgl. Beschwerdeantwort, S. 8 ff.; ferner E-Mail der D._____ vom 4. Dezember 2023 [Beschwerdebeilage 6]).

2.2.

Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass die Vergabestelle das Verfahren ohne sachlichen Grund abgebrochen habe. Ihr Angebot habe den marktüblichen Preisen entsprochen. In ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2024 macht sie geltend, dass die von der Vergabestelle eingeholte Richtofferte bei weitem nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprochen habe. Es sei etwas komplett anderes ausgeschrieben worden als in der Richtofferte angegeben. Es seien in der Richtofferte eine solch grosse Anzahl an Positionen nicht aufgeführt, dass mit Blick auf die Ausschreibungsunterlagen nicht von einer sachlichen Kostenschätzung gesprochen werden könne. In der Ausschreibung verlangte Positionen im Betrag von Fr. 860'114.90 (NPK 215.2 Blecharbeiten) und im Betrag von Fr. 355'900.20 (NPK 226.2 AWD und Malerarbeiten) fehlten in der Richtofferte. Zudem habe die Vergabestelle die Teuerung falsch hergeleitet. Diese betrage mindestens 30 %. Damit belaufe sich die (angepasste) Richtofferte (Stand Oktober 2023) auf Fr. 3'913'697.40, und die Differenz zum Angebot der Beschwerdeführerin gemäss Ausschreibung (Fr. 4'220'816.95) betrage lediglich Fr. 307'119.55 bzw. 7.28 %. Demzufolge sei der Abbruch rechtswidrig (vgl. Stellungnahme, S. 5 ff.).

3.

3.1.

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 vorteilhaftere Angebote erwarten lassen (lit. c),
- die eingereichten Angebote erlauben keine wirtschaftliche Beschaffung oder überschreiten den Kostenrahmen deutlich (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 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 [SubmD; aufgehoben per 1. Juli 2021]; Art. 13 lit. i IVöB 2001) verlangt Art. 43 IVöB für die Zulässigkeit des Abbruchs keinen wichtigen Grund mehr, sondern lässt das Vorliegen hinreichend sachlicher Gründe genügen (Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. No-

vember 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 [Musterbotschaft IVöB], S. 83; MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 265 N. 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 PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 799).

Die Vergabestelle hat die Abbruchverfügung 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, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, 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 (vgl. zum Ganzen Urteil des Verwaltungsgerichts WBE.2022.283 vom 19. Januar 2023, Erw. II/4.2.1).

Der Abbruch des Verfahrens ist gemäss Art. 48 Abs. 1 IVöB auf www.simap.ch zu veröffentlichen.

3.2.

Der Beschwerdeführerin wurde die Abbruchverfügung nicht durch individuelle Zustellung, sondern durch Veröffentlichung auf der Publikationsplattform www.simap.ch eröffnet (vgl. Art. 51 Abs. 1 IVöB; PASCAL BIERI, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 6 zu Art. 51). Die am 20. November 2023 erfolgte Publikation des Abbruchs enthält – gemäss Vergabestelle aufgrund eines technischen Problems bei der Aufschaltung (Beschwerdeantwort, S. 12) – keine Begründung; sie ist insoweit mangelhaft. Auf Nachfrage hin erhielt die Beschwerdeführerin indessen mit E-Mail vom 4. Dezember 2023, d. h. innerhalb der laufenden

Beschwerdefrist, die Auskunft, dass der Abbruch erfolgt sei, weil das einzige Angebot weit über den erwarteten Kosten (Kostenvoranschlag) gelegen habe. Die Submission werde neu mit veränderten Rahmenbedingungen und veränderten / vereinfachten Konstruktionen ausgeschrieben, was günstigere Angebote erwarten lasse; weitere Anbieterinnen könnten auf die entsprechende Ausschreibung reagieren (Beschwerdebeilage 6). Die Beschwerdeführerin konnte aus der Antwort ersehen, aus welchen Gründen die Vergabestelle das Verfahren abbrach. Insofern ist der Mangel in der Publikation geheilt. Schliesslich enthält die Beschwerdeantwort eine ausführliche Begründung für den Verfahrensabbruch, zu der die Beschwerdeführerin Stellung genommen hat. Die Beschwerdeführerin sah sich dadurch aber nicht zu einem Beschwerderückzug veranlasst.

3.3.

3.3.1.

Vorliegend ist für die am dd.mm.2023 im offenen Verfahren ausgeschrieben Fassadenarbeiten nur ein einziges Angebot, nämlich dasjenige der Beschwerdeführerin, eingegangen. Der Preis dieses Angebots beträgt nach Darstellung der Vergabestelle rund das Doppelte der – auf einer eingeholten Richtofferte basierenden – Kostenschätzung (Kostenvoranschlag) für die fraglichen Arbeiten (siehe vorne Erw. 2.1). Die Beschwerdeführerin geht hingegen – aufgrund eigener Berechnungen – von einer Überschreitung der Kostenschätzung von lediglich 7.28 % aus (siehe vorne Erw. 2.2).

2.3.2.

Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. d IVöB kann die Vergabestelle das Verfahren abbrechen, wenn die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten. Die Frage, ob allein die Tatsache, dass nur ein einzelnes Angebot vorliegt, eine wirtschaftliche Beschaffung ausschliesst und die Vergabestelle zum Abbruch wegen fehlenden Wettbewerbs berechtigt, wird in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Das Verwaltungsgericht hat in einem Entscheid vom 2. Dezember 2020 (WBE.2020.245, Erw. 3.4.4) – allerdings noch unter Geltung des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 – festgehalten, der Umstand, dass nur ein gültiges Angebot vorliege, berechtige die Vergabestelle dann nicht zum Verfahrensabbruch, wenn sich dieses Angebot noch im Rahmen der Kostenschätzung bewege. Eine Überschreitung des Kostenvoranschlags von knapp 13 % durch das einzig gültige Angebot sah es im konkreten Fall als noch in dessen Rahmen liegend an (WBE.2020.245, Erw. 3.4.3.). Entsprechend hat es die Widerrechtlichkeit des verfügten Abbruchs festgestellt. Demgegenüber führte das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden in einem Urteil vom 23. Februar 2021 (U 20 41, Erw. 2.4.1. ff.) aus, eine zahlenmässige Festsetzung der Kostenüberschreitung in Prozenten sei nicht zielführend, zumindest dann nicht, wenn nur ein (gültiges) Angebot vorliege; weil es dann

am Wettbewerb mangle, was durchaus Ursache für die Kostenüberschreitung sein könne und somit per se bereits als sachlicher Grund für einen Verfahrensabbruch ausreiche. Solange mit einem Abbruch keine Diskriminierung des Anbieters einhergehe, müsse es im Ermessen der Vergabebehörde verbleiben, einen wirksamen Wettbewerb herstellen zu dürfen. Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) sei es zulässig, ein Vergabeverfahren abzubrechen, weil in diesem nur ein einziges (bewertungsfähiges) Angebot vorliege. Im konkreten Fall erübrige sich somit die Prüfung bzw. Entscheidung, ob ein Verfahrensabbruch bei einer Kostenüberschreitung von 5 %, 10 %, 18 % oder vielleicht 25 % zulässig sei oder nicht. Vielmehr rechtfertigten auch geringfügige Überschreitungen eines Kostenvoranschlags oder eines Kreditrahmens einen Verfahrensabbruch, da die Vergabestelle vergaberechtlich nicht nur zu einer erheblichen, sondern genau gleich auch zu einer geringfügigen Überschreitung des Betrags, den diese zahlen in der Lage und gewillt sei, nicht gezwungen werden könne. Dies gelte umso mehr, wenn zur Überschreitung des Kostenvoranschlags noch das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs hinzutrete. Das Verwaltungsgericht vermag sich diesen überzeugenden Ausführungen anzuschliessen. Das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs bei nur einem Angebot wird auch in der Lehre verneint. Ziel des Wettbewerbs sei es u. a., den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (vgl. Art. 2 lit. a IVöB). Dem Auftraggeber sollte ermöglicht werden, die qualitativ gewünschte Leistung zu einem möglichst günstigen Preis zu erhalten. Eine Voraussetzung dafür sei, dass sich die vergebende Stelle einen genauen Überblick über das Angebot auf dem Markt verschaffen und anschliessend daraus eine Auswahl treffen könne. Nur so könne sie verschiedene Angebote miteinander vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auswählen. Eine Auswahl sei bei einem einzigen Angebot naturgemäss nicht möglich (STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, S. 135).

Art. 43 Abs. 1 lit. d IVöB gestattet den Abbruch nicht nur, wenn die Angebote den Kostenrahmen deutlich überschreiten, sondern auch, wenn sie keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben. Keine wirtschaftliche Beschaffung kann vorliegen, wenn sich nicht genügend geeignete Anbieter finden lassen (THOMAS LOCHER, a.a.O., N. 15 zu Art. 43). Liegt, namentlich in einem offenen Verfahren, nur ein Angebot vor, fehlt es von vornherein an einem wirksamen Wettbewerb. Die Vergabestelle hat keine Vergleichsmöglichkeiten, weder preislich/kommerziell noch in qualitativer Hinsicht, und eine wirtschaftliche Beschaffung erscheint fraglich, selbst wenn keine nennenswerte Überschreitung der Kostenschätzung oder des Kreditrahmens vorliegt. Der Vergabestelle muss daher beim Vorliegen eines einzelnen Angebots der Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens (gegebenenfalls auf der Grundlage eines überarbeiteten Projekts und einer entsprechend angepassten Ausschreibung) grundsätzlich auch ohne oder bei

– wie in casu von der Beschwerdeführerin behauptet – nur geringfügiger Kostenüberschreitung gestattet sein.

3.3.2.

Damit erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Kostenschätzung der Vergabestelle sei fehlerhaft erfolgt (Stellungnahme, S. 5 ff.), in Bezug auf die Zulässigkeit des Abbruchs im vorliegenden Fall als irrelevant. Auch eine unsorgfältig oder auf unrichtigen Grundlagen erstellte Kostenschätzung steht einem Abbruch und einer Wiederholung des Vergabeverfahrens nicht entgegen (vgl. vorerwähntes Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 20 41 vom 23. Februar 2021, Erw. 2.4.4.). Daher kann im vorliegenden Verfahren, in dem es ausschliesslich um die Zulässigkeit des Abbruchs geht, offenbleiben, ob die Kostenschätzung der Vergabestelle bzw. ihrer Planer korrekt erfolgt ist oder nicht (vgl. MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, S. 220 N. 332).

4.

Zusammenfassend erweist sich der von der Vergabestelle verfügte Abbruch des Submissionsverfahrens als durch einen hinreichenden sachlichen Grund im Sinne von Art. 43 Abs. 1 IVöB gerechtfertigt und damit als zulässig. Die Beschwerde, mit der die Fortführung und der Abschluss des Verfahrens mittels Zuschlags verlangt werden, ist demzufolge abzuweisen.

Mit diesem Endentscheid wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

III.

1.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 31 Abs. 2 VRPG), und sie hat der anwaltlich vertretenen Vergabestelle, welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG), die im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 i.V.m. § 29 VRPG).

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.2023.66 vom 10. August 2023, Erw. III/2.).

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 beträgt. Im vorliegenden Fall steht nicht eine Zuschlagsverfügung im Streit, sondern ein Verfahrensabbruch, ohne dass vorgängig ein Zuschlag erteilt worden wäre. Die Beschwerdeführerin beantragt die Fortsetzung des Verfahrens und dessen Abschluss mittels Zuschlags. Es rechtfertigt sich daher, auch hier von einem Streitwert von 10 % des Auftragswerts auszugehen. Das Angebot der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 3'919'050.10 (ohne MWSt). Der massgebliche Streitwert beträgt damit Fr. 391'905.00. 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 oberen Bereich des vorgegebenen Rahmens liegt, der Schwierigkeitsgrad des Falles und der Aufwand aber bloss als knapp durchschnittlich einzustufen sind, erscheint eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 7'000.00 sachgerecht. Unter Berücksichtigung, dass davon die Mehrwertsteuer abzuziehen ist (die C._____ AG ist in der Schweiz mehrwert-steuerpflichtig), rechtfertigt sich eine Entschädigung von (gerundet) Fr. 6'500.00. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) angemessen abgedeckt.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 5'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 227.00, gesamthaft Fr. 5'227.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der C._____ AG die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 6'500.00 zu ersetzen.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin (Vertreter)
die C._____ 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. 3'919'905.00 (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 Beweis-

mittel 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. Februar 2024

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiberin:

Winkler

Wittich