

**WBE.2024.125 / MW / we**

Art. 47

**Urteil vom 14. Mai 2024**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz  
Verwaltungsrichterin Lang  
Verwaltungsrichter Michel  
Gerichtsschreiber Wildi

\_\_\_\_\_  
Beschwerde-  
führerin

**A.\_\_\_\_\_ AG**

vertreten durch MLaw Corinne Uhlmann, Rechtsanwältin, Marktgasse 46,  
Postfach, 4900 Langenthal

**gegen**

**Stadt Q.\_\_\_\_\_**

handelnd durch den Stadtrat  
dieser vertreten durch Peter Rechtsteiner, Rechtsanwalt,  
Weissensteinstrasse 15, Postfach, 4503 Solothurn

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung der Stadt Q.\_\_\_\_\_ vom 13. März 2024

---

## Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

### A.

#### 1.

Die Einwohnergemeinde (Stadt) Q.\_\_\_\_\_ schrieb im Zusammenhang mit dem Neubau des B.\_\_\_\_\_ den Montagebau in Holz (BKP 214) im offenen Verfahren öffentlich aus (im Staatsvertragsbereich). Die Publikation der Ausschreibung erfolgte am \_\_\_\_\_ auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) (Meldungsnummer \_\_\_\_\_). Innert Frist gingen vier Angebote mit unbereinigten Eingebessummen zwischen Fr. 1'225'640.20 und Fr. 1'401'242.65 (inkl. MWSt) ein. Der Stadtrat Q.\_\_\_\_\_ vergab mit Beschluss vom 18. Oktober 2023 den Montagebau in Holz (BKP 214) an die C.\_\_\_\_\_ AG, R.\_\_\_\_\_, zum Preis von Fr. 1'228'608.25 (inkl. MWSt).

#### 2.

Die von der A.\_\_\_\_\_ AG gegen die Zuschlagserteilung an die C.\_\_\_\_\_ AG erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 gut. Es hob den angefochtenen Zuschlag auf und wies die Streitsache an die Stadt Q.\_\_\_\_\_ zurück zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen.

#### 3.

Mit Verfügung vom 13. März 2024 brach die Stadt Q.\_\_\_\_\_ das Vergabeverfahren ab und kündigte an, die Arbeitsgattung BKP 214, Montagebau in Holz, im offenen Verfahren neu auszuschreiben. Der Abbruch des Verfahrens wurde am \_\_\_\_\_ 2024 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert (Meldungsnummer \_\_\_\_\_).

### B.

#### 1.

Mit Eingabe vom 27. März 2024 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

##### 1.

Die Abbruchverfügung der Stadt Q.\_\_\_\_\_ vom 13. März 2024 betreffend Vergabeverfahren Neubau B.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, sei aufzuheben und die Sache sei an die Vergabestelle zur Erteilung des Zuschlags zurückzuweisen.

##### 2.

*Eventualiter:* Die Abbruchverfügung der Stadt Q.\_\_\_\_\_ vom 13. März 2024 betreffend Vergabeverfahren Neubau B.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, sei aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

##### 3.

*Subeventualiter:* Es sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen MWST) -

Zudem stellte sie folgende Verfahrensanhträge:

1.  
Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle seien die Wiederholung und die Neuausschreibung des Vergabeverfahrens betreffend den Neubau B.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, zu verbieten.
2.  
Es sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu verfügen, welche bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts über den Antrag auf aufschiebende Wirkung andauern soll.
3.  
Es sei der Beschwerdeführerin, im Rahmen des gesetzlich Zulässigen, volle Einsicht in die Akten des Submissionsverfahrens zu gewähren, um die Beschwerde innert nützlicher Nachfrist weiter zu substantizieren.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

**2.**  
Mit Verfügung vom 28. März 2024 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

**3.**  
Mit Beschwerdeantwort vom 22. April 2024 beantragte die Stadt Q.\_\_\_\_\_ die Abweisung der Beschwerde sowie des Verfahrensanhtrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung sei zu entziehen und der Vergabestelle zu erlauben, das abgebrochene Verfahren zu wiederholen.

**4.**  
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, ist durch Beschwerde u.a. der Abbruch des Verfahrens anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. g IVöB).

Bei der Einwohnergemeinde bzw. Stadt Q. \_\_\_\_\_ handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 4 IVöB, und der vorliegend streitige Montagebau in Holz (BKP 214) erreicht den Schwellenwert des Einladungsverfahrens für Bauleistungen gemäss Anhang 2 IVöB (vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023, Erw. I/1.2). 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.**

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 Neuaufnahme 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 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 [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 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 [Musterbotschaft IVöB], S. 83; MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, 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. Unzulässig wäre es insbesondere, einen Verfahrensabbruch zur gezielten Diskriminierung eines Anbieters oder zur Abwendung eines unerwünschten Verfahrensausgangs anzuwenden (vgl. THOMAS LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 4 zu Art. 43 mit Hinweis). 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 (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 Ver-

waltungsgerichts, 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: Entscheid 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](http://www.simap.ch) zu veröffentlichen.

### **3.**

#### **3.1.**

In der Verfügung vom 13. März 2024 und in Ziffer 3 der (Simap-)Publikation vom 19. März 2024 begründet die Vergabestelle den Verfahrensabbruch damit, dass eine rechtskonforme Neubewertung des Kriteriums "Nachhaltigkeit" nicht möglich sei.

#### **3.2.**

Die Beschwerdeführerin erachtet den Verfahrensabbruch als zu Unrecht erfolgt. Sie rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Da die Vergabestelle nicht ausführe, weshalb eine rechtskonforme Neubewertung nicht möglich sei, komme sie ihrer Begründungspflicht nicht nach. Die Verfügung sei für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar. In der Sache macht sie geltend, dass der verfügte Abbruch des Verfahrens unverhältnismässig und rechtswidrig sei. Das Verwaltungsgericht habe mit Urteil vom 21. Dezember 2023 die Beschwerdesache an die Vergabestelle zur Neubewertung der Angebote bei den Zuschlagskriterien "Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen" sowie "Nachhaltigkeit" zurückgewiesen. Erst wenn eine rechtskonforme Neubewertung nicht möglich sei, habe die Vergabestelle gemäss Urteilsbegründung die Neuausschreibung in Betracht zu ziehen. Demgemäss habe die Vergabestelle auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit zunächst die Angebote hinsichtlich der bemängelten Zuschlagskriterien neu zu überprüfen, und erst wenn eine solche Prüfung nicht möglich sei, den Abbruch des Vergabeverfahrens zu verfügen. Ob eine solche Prüfung überhaupt stattgefunden habe, sei aus der Abbruchverfügung nicht ersichtlich. Es sehe für die Beschwerdeführerin vielmehr so aus, als würde die Vergabestelle den Grund der mangelnden rechtskonformen Neubewertung nur vorschieben, um das Angebot der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigen zu müssen. Dieses Vorgehen verdiene keinen Rechtsschutz. Eine Neubewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen" sei ohne weiteres möglich. Auch in Bezug auf das Kriterium "Nachhaltigkeit" sei jedenfalls eine Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin möglich; es enthalte

zahlreiche sachbezogene Argumente zur Nachhaltigkeit. Es sei der Vergabestelle zudem auch – im Sinne einer weniger einschneidenden Massnahme – offen gestanden, die Angebote zusammen mit den Anbietern im Sinne von Art. 39 IVöB zu bereinigen, um diese hinsichtlich des Kriteriums "Nachhaltigkeit" vergleichbar zu machen.

### **3.3.**

Die Vergabestelle erachtet die angefochtene Abbruchverfügung als rechtmässig. In der Beschwerdeantwort vom 22. April 2024 verweist sie auf den ihr bei der Frage, ob sie ein eingeleitetes Verfahren fortsetzen oder abbrechen wolle, zukommenden grossen Ermessensspielraum. Dies gelte auch in jenen Fällen von Mängeln, in denen ein Abbruch nicht zwingend sei, sondern eine Änderung im ursprünglichen Vergabeverfahren durchgeführt werden dürfe. Wesentliche Änderungen der Ausschreibung oder der Unterlagen seien jedoch verboten. Im vorliegenden Fall habe das Verwaltungsgericht das Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" als mit 20 % erheblich gewichtetes Zuschlagkriterium qualifiziert. Eine Änderung wäre daher nicht untergeordneter Natur. Das Verwaltungsgericht habe ausführlich dargelegt, dass bereits die Art der Ausschreibung des Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" nicht den beschaffungsrechtlichen Anforderungen genügt habe und dass die Art der Ausschreibung auf die Bewertung der Angebote durchgeschlagen habe. Eine Fortsetzung des Verfahrens mit einer blossen Neuurteilung wäre deshalb ohne Änderung des mit 20 % doch erheblich gewichteten Kriteriums zwangsläufig und offensichtlich nicht möglich gewesen. Wenn bereits die Basis rechtswidrig sei, könne gestützt darauf keine beschaffungsrechtlich konforme Bewertung erfolgen. Eine Fortsetzung des Verfahrens hätte eine erhebliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen mit sich gezogen und damit die zu verneinende Frage, ob dies in einem laufenden Verfahren zulässig sei. Die Vergabestelle habe sich nach Abwägung aller Gesichtspunkte im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens aus rein sachlichen Gründen dafür entschieden, das Verfahren abzubrechen und auf einer neuen, zu konsolidieren Grundlage zu wiederholen. Die Neuausschreibung des Verfahrens lasse (zudem) einen grösseren Anbieterkreis erwarten, wie eine Anfrage einer am ursprünglichen Verfahren nicht beteiligten Unternehmung zeige. Die Vergabestelle verneint sodann eine Verletzung des Gehörsanspruchs. Die Abbruchverfügung stelle klar fest, dass eine Neuurteilung der Offerten bei der gegebenen Ausgangslage nicht möglich sei. Die Gründe dafür hätten der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund der ausführlichen Begründung des Verwaltungsgerichts in seinem Entscheid vom 21. Dezember 2023 glasklar sein müssen.

## **4.**

### **4.1.**

Im Entscheid WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023, mit dem der Zuschlag aufgehoben und die Streitsache an die Vergabe zurückgewiesen wurde zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen (Dispositiv-Ziffer 1),

hielt das Verwaltungsgericht in Erw. II/5 wörtlich fest: "Zusammenfassend erweist sich der an die C.\_\_\_\_\_ AG erteilte Zuschlag als rechtswidrig. Er ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Beschwerdesache ist an die Vergabestelle zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote bei den Zuschlagskriterien 'Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen' sowie 'Nachhaltigkeit'. Sollte eine rechtskonforme Neubewertung nicht möglich sein, so wird die Vergabestelle das vorliegende Vergabeverfahren abbrechen und den Montagebau in Holz (BKP) neu ausschreiben müssen."

#### **4.2.**

Aus der Erwägung II/4.2.5 des Entscheids folgt, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen" in ihrer Beschwerde nicht nur die Bewertung der Vergabestelle als fehlerhaft erfolgt rügte, sondern sinngemäss auch einen Verstoss gegen das Transparenzgebot (Art. 2 lit. b IVöB), indem sie geltend machte, die Vergabestelle habe nicht ausgeführt, welche Qualifikationen konkret massgebend seien und wie viele Berufserfahrungsjahre für die volle Punktzahl erforderlich seien. Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass die geltend gemachten Mängel nicht die Bewertung, sondern die Ausschreibungsunterlagen bzw. das darin bekannt gegebene Zuschlagskriterium "Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen" betreffen würden. Zur Berechtigung der Rügen äusserte sich das Verwaltungsgericht unter Hinweis, dass die betreffenden Mängel mit der Ausschreibung hätten angefochten müssen, indessen nicht.

Die durch die möglicherweise unklaren oder unvollständigen Ausschreibungsunterlagen verursachten Fehler bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen" hätten sich im Rahmen einer Neubewertung – mutmasslich nach erfolgter Bereinigung durch entsprechende Rückfrage bei der Anbieterin (vgl. Erw. II/4.2.4 des Entscheids des Verwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2023) – wohl beheben lassen und für sich allein noch keinen Abbruch gerechtfertigt. Insofern ist der Beschwerdeführerin im Grundsatz beizupflichten, wenn sie vorbringt, "eine Neubewertung des Zuschlagskriteriums 'Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen' dürfte unstreitig ohne weiteres möglich sein" (Beschwerde, S. 5).

#### **4.3.**

##### **4.3.1.**

Zum Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" hat sich das Verwaltungsgericht vorab in allgemeiner Weise geäussert und insbesondere festgehalten, die Vergabestelle müsse das betreffende Zuschlagskriterium durch "geeignete, sachbezogene und objektiv überprüf- und messbare Teil- oder Subkriterien näher definieren und diese nach der ihnen zukommenden Bedeutung gewichten". Die Kriterien seien hinreichend klar zu umschreiben. Sie müssten einer transparenten und nachvollziehbaren Bewertung zugänglich

sein (Erw. II/4.3.4.1). Entscheide sich die Vergabestelle dafür, die in engem Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit stehenden Lebenszykluskosten zu berücksichtigen, habe sie in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren, welche Daten die Anbieter bereitzustellen hätten, und die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten zu beschreiben (Erw. II/4.3.4.2). Die konkrete Umschreibung des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" durch die Vergabestelle genüge offensichtlich nicht den Anforderungen an die Festlegung von sachbezogenen, objektiv und transparent überprüf- und bewertbaren Teil- oder Subkriterien (Erw. II/4.3.5.1). Die fehlende oder zumindest ungenügende Umschreibung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen schlage konsequenterweise auf die Bewertung der Angebote durch. Die Vergabestelle habe offensichtlich den eingegangenen Angeboten bzw. den stichwortartigen Auflistungen mehr oder weniger willkürlich neun ihr tauglich erscheinende Aspekte (ohne sachlichen Bezug zum konkreten Beschaffungsobjekt) entnommen und anhand derer Punkte verteilt. Auch sei nicht zu erkennen, auf welchen Grundlagen die Bewertung der "Betriebskosten, Lebenszykluskosten und Erneuerungskosten" erfolgt sei. Auch in Bezug auf die Lebenszykluskosten wären klare und messbare Vorgaben der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen zwingend notwendig gewesen. Insgesamt erscheine die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" als mehrheitlich nicht sachbezogen, intransparent und letztlich nicht nachvollziehbar (Erw. II/4.3.5.2).

#### **4.3.2.**

Dem Urteil lässt sich unmissverständlich entnehmen, dass das Verwaltungsgericht die Hauptursache für die intransparente und nicht nachvollziehbare Bewertung in der fehlenden, zumindest unzureichenden Definition des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" in den Ausschreibungsunterlagen gesehen hat. Dieser schwerwiegende Mangel hätte an sich nicht nur die Aufhebung des angefochtenen Zuschlags, sondern die Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens und die Anordnung einer Neuausschreibung gerechtfertigt. Gemäss § 48 Abs. 2 VRPG dürfen die Verwaltungsjustizbehörden indessen über die Beschwerdebegehren nicht hinausgehen. In der Beschwerde vom 30. Oktober 2023 war in der Hauptsache die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin selbst beantragt, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle und subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung. Nicht beantragt war hingegen eine Aufhebung und Wiederholung des Verfahrens bzw. eine Neuausschreibung von BKP 214 Montagebau in Holz. Aufgrund der gesetzlichen Bindung des Verwaltungsgerichts an die gestellten Rechtsbegehren fiel eine Aufhebung des gesamten Verfahrens und die Anordnung einer erneuten Ausschreibung mit rechtmässigen Zuschlagskriterien trotz des festgestellten Ungenügens der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" daher nicht in Betracht. Das Verwaltungsgericht hatte es vielmehr beim Hinweis auf die Möglichkeit eines Verfah-

rensabbruchs in den Erwägungen (vgl. oben Erw. II/4.1) bewenden zu lassen. Zu beachten ist überdies, dass der Vergabestelle im Hinblick auf die Frage, ob sie ein Verfahren fortführen oder abbrechen will, grundsätzlich ein erhebliches Ermessen zukommt (vgl. LOCHER, a.a.O., N. 8 zu Art. 43; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2. Aufl. 2023, Rz. 695), das die Beschwerdeinstanz zu respektieren hat.

#### **4.4.**

##### **4.4.1.**

Die Vergabestelle begründet den verfügten Abbruch des Verfahrens im Wesentlichen – wie bereits ausgeführt (vgl. oben Erw. II/3.3.) – damit, dass eine rechtskonforme (Neu-)Bewertung des Kriteriums "Nachhaltigkeit" aufgrund der vom Verwaltungsgericht festgestellten Rechtswidrigkeit bereits der Ausschreibung bzw. der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen ohne wesentliche Änderung des mit 20 % doch erheblich gewichteten Kriteriums zwangsläufig und offensichtlich nicht möglich gewesen sei.

##### **4.4.2.**

Diese Überlegungen erweisen sich ohne weiteres als nachvollziehbar. Es ist nicht ersichtlich, wie die Vergabestelle im vorliegenden Fall eine Neubewertung der Angebote hätte vornehmen können, ohne die Ausschreibungsunterlagen beim fraglichen Kriterium anzupassen bzw. zu ändern, sei dies durch das nachträgliche Definieren von – einer objektiven Bewertung zugänglichen – Sub- oder Teilkriterien oder aber durch dessen vollständiges Ausserachtlassen bei der Bewertung. Letzteres hätte zwangsläufig auch eine Anpassung der andern beiden Zuschlagskriterien bei deren Gewichtung nach sich gezogen. Von nur unerheblichen Änderungen kann hierbei nicht die Rede sein. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung sind solche Änderungen der Vergabeparameter (wie z.B. den Eignungs- und Zuschlagskriterien) während eines laufenden Verfahrens in aller Regel unzulässig (vgl. STEFAN SUTER, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, 2010, S. 116; ferner: CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, *Vergaberecht IN A NUTSHELL*, 4. Aufl. 2023, S. 164). Die grundlegenden Mängel der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit", insbesondere der damit verbundene Verstoss gegen das Transparenzgebot, hätten sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde, S. 5) auch nicht durch eine Bereinigung der Offerten zusammen mit den Anbietern rechtskonform beheben lassen; ein solches "milderes" Vorgehen (vgl. oben Erw. II/2; ferner auch Beschwerde, S. 5) wäre im konkreten Fall im Hinblick auf eine Neubewertung nicht zielführend gewesen. Die Vergabestelle hält daher zutreffend fest, wenn bereits die Basis rechtswidrig sei, könne gestützt darauf keine beschaffungsrechtlich konforme Bewertung erfolgen (Beschwerdeantwort, S. 7).

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe den Grund der mangelnden rechtskonformen Neubewertung nur vorgeschö-

ben, um das Angebot der Gesuchstellerin (gemeint ist wohl Beschwerdeführerin) nicht berücksichtigen zu müssen (Beschwerde, S. 5), erscheint schon vor dem Hintergrund der Erwägungen des verwaltungsgerichtlichen Entscheids vom 21. Dezember 2023 zu den in Bezug auf die "Nachhaltigkeit" intransparenten und ungenügenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen als haltlos.

#### **4.4.3.**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der verfügte Abbruch somit nicht als rechtswidrig zu beanstanden. Er erweist sich weder als ohne einen hinreichenden sachlichen Grund erfolgt noch als unverhältnismässig oder diskriminierend.

#### **4.5.**

Nicht zu hören ist die Beschwerdeführerin schliesslich mit ihrer Rüge, die Vergabestelle habe das rechtliche Gehör verletzt. Aus der Begründung der Verfügung vom 13. März 2024 geht unmissverständlich hervor, aus welchem Grund die Vergabestelle das Verfahren abgebrochen hat. Damit genügt sie jedenfalls den Anforderungen an eine summarische Begründung gemäss Art. 51 Abs. 2 IVöB. Hinzu kommt, dass der heutigen Beschwerdeführerin, die auch Beschwerdeführerin im Verfahren WBE.2023.371 war, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2023, auf das die Abbruchverfügung Bezug nimmt, vollumfänglich bekannt ist. Schon deshalb ist der Vorwurf, die Verfügung sei für sie nicht nachvollziehbar, unverständlich.

#### **5.**

Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

#### **6.**

Mit dem heutigen Endentscheid werden die verfahrensrechtlichen Anträge der Parteien gegenstandslos. Die der Beschwerde mit Verfügung vom 28. März 2024 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit der Zustellung des vorliegenden Entscheids dahin.

In Bezug auf das Begehren der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht bleibt zu ergänzen, dass die von der Vergabestelle dem Verwaltungsgericht mit der Beschwerdeantwort zugestellten "Akten Vergabeverfahren" mit Ausnahme der Abbruchverfügung vom 13. März 2024 und der Liste der Empfänger alle das ursprüngliche Beschwerde- und Zuschlagsverfahren betreffen und keine für das vorliegende Beschwerdeverfahren relevanten Unterlagen zum Verfahrensabbruch enthalten.

### III.

#### 1.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 31 Abs. 2 VRPG). Zudem hat sie 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 [nachfolgend: 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 AnwT).

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 Verfahren steht nicht (mehr) eine Zuschlagsverfügung im Streit, sondern ein im Nachgang auf die verwaltungsgerichtliche Aufhebung des Zuschlags erfolgter Verfahrensabbruch. 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. Die Beschwerdeführerin reichte ein Angebot zu einem Preis von Fr. 1'138'013.18 (ohne MWSt) ein. Damit ergibt sich ein Streitwert von Fr. 113'801.32. 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 im unteren Bereich des vorgegebenen Rahmens liegt und der Schwierigkeitsgrad des Falles sowie der Aufwand als unterdurchschnittlich einzustufen sind, erscheint eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 6'000.00 sachgerecht. 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. 3'500.00 sowie der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 218.00, gesamthaft Fr. 3'718.00 sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

**3.**

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Stadt Q.\_\_\_\_\_ die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 6'000.00 zu ersetzen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreterin)

die Stadt Q.\_\_\_\_\_ (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 vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [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. 1'138'013.18 (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, 14. Mai 2024

### Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi