

# **AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2023.66 vom 10. August 2023**

AG Verwaltungsgericht, 2023-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_verwaltungsgericht\\_WBE.2023.66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_verwaltungsgericht_WBE.2023.66)

FR: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2023.66 du 10 août 2023

IT: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2023.66 del 10 agosto 2023

## **Erwägungen**

### **E. 3**

In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. April 2023 beantragte die B. AG, dem Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin Ziffer 1.1 zu entsprechen. Eventualiter sei sie zu verpflichten, das Verfahren zur Beschaffung eines Notstromaggregats neu zu starten.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich die Bewertung der Angebote aufgrund der ausgeschriebenen Zuschlagskriterien in Frage (Beschwerde, S. 6 ff.).

#### **E. 3.2**

Angefochten ist der in einem offenen Verfahren erteilte Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation beurteilt sich daher nach dem VRPG, da die IVöB in Art. 56 Abs. 5 nur für die Anfechtung von Zuschlägen im freihändigen Verfahren eine eigene Legitimationsbestimmung enthält (vgl. ELISABETH LANG, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 27 zu Art. 55). Zur Beschwerde befugt ist, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheids hat (§ 42 lit. a VRPG i.V.m. Art. 55 IVöB). Die Beschwerdebefugnis ist von Amtes wegen zu prüfen. Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum - 6 - Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Zur Beschwerde befugt ist insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde (vgl. AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Als direkter Verfügungsadressat formell beschwert ist, wer ein Angebot eingereicht hat. Eine materielle Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters besteht dann, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen, oder wenn er eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens (mit neuem Angebot) erreichen kann (vgl. AGVE 1999, S. 321 ff.; vgl. auch BGE 141 II 14 ff.); andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, Erw. 4.9).

##### **E. 3.2.1**

Gemäss Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit,

Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen (Art. 29 Abs. 1 IVöB). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen

- 20 - Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet (Art. 29 Abs. 2 IVöB). Zusätzlich zu den in der IVöB erwähnten Zuschlagskriterien können von Auftraggebern im Kanton Aargau, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, die Kriterien "Verlässlichkeit des Preises" und "Unterschiedliches Preisniveau in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird" berücksichtigt werden (§ 2 DöB). Der Auftraggeber gibt die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann auf eine Bekanntgabe der Gewichtung verzichtet werden (Art. 29 Abs. 3 IVöB). Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Art. 29 Abs. 4 IVöB). Bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien kommt der Vergabestelle in den Schranken der übergeordneten Zwecksetzung der Vereinbarung (Art. 2 IVöB) ein grosses Ermessen zu. Die Vergabestelle hat aber Kriterien zu wählen, die im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung sinnvoll sind und sicherstellen, dass die Zwecke des Vergabeverfahrens nach Art. 2 IVöB erreicht werden können (MARIO MARTI, Der Paradigmenwechsel im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2022, S. 45). Preis und Qualität sind grundsätzlich immer als Zuschlagskriterien vorzusehen (Muss-Kriterien); nur bei der Beschaffung standardisierter Leistungen kann ausnahmsweise auf das Zuschlagskriterium Qualität verzichtet werden.

### **E. 3.2.2**

Im Gegensatz zum vorliegend nicht mehr anwendbaren § 18 Abs. 3 Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD), wonach auch allfällige Teilkriterien mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben waren, äussert sich die IVöB nicht explizit zu den Teil- oder Subkriterien. Sowohl in Art. 29 Abs. 3 als auch in Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d IVöB ist nur die Rede von den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Daraus kann nun aber nicht geschlossen werden, dass die vorgängige Bekanntgabe der Teil- oder Subkriterien nicht – bzw. im Kanton Aargau nicht mehr – erforderlich sei. Legt die Vergabestelle Subkriterien fest, sind diese grundsätzlich ebenfalls mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Dies gebietet der Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 2 lit. b IVöB; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 25 zu Art. 2). Eine Ausnahme ergibt sich gemäss der Rechtsprechung dann, wenn es sich um Subkriterien handelt, die einzig dazu dienen, die publizierten Zuschlagskriterien zu konkretisieren bzw. zu verfeinern. Solche bloss konkretisierenden Subkriterien müssen nicht publiziert werden. Nur Subkriterien, die eine eigenständige Bedeutung haben bzw. denen der Auftraggeber eine Bedeu-

- 21 - tung beimisst, die derjenigen eines Zuschlagskriteriums gleichkommt, müssen wie die Zuschlagskriterien vorgängig bekannt gegeben werden (vgl. AGVE 2009, S. 200, Erw.

3.1; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-879/2020 vom 26. März 2020, Erw. 6.3.1; BGE 130 I 241, Erw. 5.1; DOMINIK KUONEN, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 12 zu Art. 36; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht IN A NUTSHELL, 2. Aufl. 2021, S. 105). Gemäss bisheriger Praxis des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts muss der Auftraggeber weder eine Beurteilungsmatrix noch eine Notenskala im Voraus bekannt geben (BGE 130 I 241, Erw. 5.1; zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. KUONEN, a.a.O., N. 13 zu Art. 36 mit Hinweisen).

### **E. 3.2.3**

Die gültigen Angebote sind nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar zu prüfen und zu bewerten. Der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation (Art. 40 Abs. 1 IVöB). Der Vergabestelle steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das vorteilhafteste ist, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 130; AGVE 1998, S. 383, Erw. 1a; vgl. auch Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [Version 1.0 vom 16. Januar 2020], S. 80).

### **E. 3.3**

In den Ausschreibungsunterlagen (Teil A: Angebot Ziffer 16 [Vorakten, Teil 1/3]) die folgenden Zuschlagskriterien (mit ihrer Gewichtung) bekannt gegeben: ZK 1. Preis 60 % (lineare Verteilung der Punkte zwischen tiefstem Angebot mit einer Preisspanne von 60 %) ZK 2. Qualität 10 % (Projektorganisation G3, Referenzen Unternehmung G4.1 sowie Schlüsselpersonen G4.2, Qualitätssicherungskonzept G6, Qualitative Anforderungen LV, Service- und Wartungsmanagement G6) ZK 3. Serviceorganisation 20 % (Termine und Leistungsfähigkeit des Unternehmens G2, Verfügbarkeit der benötigten Anzahl Mitarbeitenden G1, Erreichbarkeit und Intervention G2) ZK 4. Aufgabenanalyse 10 % (Einbezug Einbau / Arbeitsablauf G2, Dokumentation Eingabe B, IBS-Prozess / Testszenario / Inselbetrieb G2)

#### **E. 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.

#### **E. 3.3.4.2**

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

- 11 - 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.).

#### **E. 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 abhängen. 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.).

#### **E. 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 unrichtige Vorwurf, es sei unklar, was Gegenstand des Angebots sei, wird erstmals in der Duplik erhoben.

#### **E. 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.

- 12 -

#### **E. 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 Generator 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.

#### **E. 3.3.5.4**

Es ist davon auszugehen, dass der Vorwurf der Vergabestelle, dass 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.

### **E. 3.3.6**

Im Ergebnis erweist [richtig: weist] die Vergabestelle somit keinen ausreichenden Grund gemäss Art. 44 IVöB nach, um den an die Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag zu widerrufen. 2.3.3. Auch die Vergabestelle geht inzwischen davon aus, dass der Vorwurf der ungenügenden Aggregatsleistung nicht zutrifft. Die geforderten Leistungswerte der Notstromleistung wie auch der Dauerleistung würden gemäss den Analysen des B. erfüllt. Das von der Beschwerdegegnerin angebotene Aggregat (Verbrennungsmotor in Kombination mit Drehstromgenerator) erreiche eine Dauerleistung von 1'840.1 kW; dies entspreche bei  $\cos \phi$  0.8 einer Scheinleistung von 2'300.2 kVA. Damit würden die geforderten Leistungswerte der Dauerleistung erfüllt. Auch die Leistungswerte der Notstromleistung seien erfüllt. Gemäss dem Datenblatt "C \_\_\_\_\_" gebe es keine Leistungsreduzierung bis 40°C bei einer Aufstellhöhe von bis zu 1'000 m über Meer (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 2).

- 13 - 2.3.4. Die Beschwerdegegnerin legt (wie schon im Verfahren WBE.2022.283) erneut ausführlich und nachvollziehbar dar (vgl. Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 5 ff.), dass und weshalb das von ihr offerierte Diesel Notstromaggregat, bestehend aus dem Dieselmotor "C aaa" (Verbrennungsmotor) und dem Generator "G zzz", die erforderlichen Leistungen laut ausgeschriebenem Leistungsverzeichnis zum Baubeschrieb über die "Notstromaggregate" sowohl in Bezug auf die "Dauerleistung" als auch in Bezug auf die "Notstromleistung" erfülle bzw. sogar übertreffe. Laut Ausschreibung seien für die Dauerleistung inkl. Lüfterantrieb beim Generator 1'820 kW gefordert (= 2'275 kVA elektrische Dauerleistung an der Generatorklemme), effektiv erbringe der Generator 1'840.1 kW (= 2'300.2 kVA). 2.3.5. Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Stellungnahme vom 15. Mai 2023 keine substantiellen Einwände gegen die Richtigkeit der Ausführungen der Beschwerdegegnerin und der Vergabestelle vor, sondern beschränkt sich darauf, auf "signifikante Unterschiede" zwischen dem Aggregatedatenblatt, das sie im Nachgang an das Debriefing von der Vergabestelle erhalten habe, und den von der Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort vorgelegten Datenblättern von Motor und Generator hinzuweisen. Die Ausschreibung verlange u.a. explizit das Einreichen der Datenblätter der Dieselsegeneratoren bis zum Eingabetermin der Submission vom 18. März 2023 (richtig: 2022) (16:00 Uhr). Sinngemäss macht sie damit geltend, dass die Beschwerdegegnerin die Datenblätter nach dem Offerteingabetermin nachgereicht habe. Der Vorwurf trifft nicht zu. Die Beschwerdegegnerin hat – wie sich aus den Vorakten ergibt – den Diesel-Motor C aaa in Kombination mit dem Generator G zzz offeriert. Für beide Komponenten waren die massgebenden Datenblätter im Angebot enthalten. Einzig für den lediglich als eine mögliche Alternative genannten I-Generator xxx wurden dem Angebot versehentlich die Datenblätter des Typs www beigelegt und die richtigen Datenblätter später noch nachgereicht (vgl. dazu auch oben Erw. II/2.2 und Erw. II/2.3.2). Soweit die

Beschwerdeführerin vorbringt, bei der Durchsicht der technischen Angaben im Beschwerdeantwortschreiben der Beschwerdegegnerin seien weitere Werte aufgefallen, welche die Spezifikation nicht erfüllten (z.B. Kurzschlussstrom für 10 Sek, mind.  $3 \cdot I_N = 101100 \text{ A}$ ), werden diese behaupteten Abweichungen und insbesondere deren Relevanz nicht näher substantiiert und begründet, weshalb nicht darauf einzugehen ist. 2.3.6. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rüge der ungenügenden Aggregatsleistung, wie auch die Vergabestelle einräumt, nicht zutrifft.

- 14 - 2.4. 2.4.1. Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, im Datenblatt sei vermerkt, dass die Emissionswerte für den Dauerbetrieb nicht erfüllt seien (vgl. Beschwerde, S. 2 f.; Beschwerdebeilage 2 [C Diesel Engine aaa]). Die Vergabestelle führt dazu in der Beschwerdeantwort aus, nach erneuter Prüfung des Datenblatts aaa des von der Beschwerdegegnerin angebotenen C- Verbrennungsmotors (bei den Beschwerdeantwortbeilagen [C Diesel Engine aaa]) habe sie festgestellt, dass die gesetzlich geforderten Emissionswerte nur bei Notstrombetrieb (Datenblatt, Rating 1.2 / Punkt Emission 6), nicht aber bei Dauerbetrieb eingehalten würden. Bei der Submission seien folgende Werte verlangt worden: Emissionen beim Betriebspunkt unter 75 % Last: Staubemissionen:  $<50 \text{ mg/m}^3$  Russ:  $<5 \text{ mg/m}^3$  NOx:  $<2'000 \text{ mg/m}^3$  CO:  $<650 \text{ mg/m}^3$  Gemäss dem erwähnten Datenblatt würden keine Werte im Dauerbetrieb ausgewiesen. Verlangt sei jedoch die Erfüllung der vorgegebenen Emissionswerte im Notstrom- und Dauerbetrieb. Dieser Umstand sei bei der Prüfung der Angebote nicht bzw. erst bei der Nachprüfung aufgrund der Beschwerde erkannt worden. Die gesetzlichen Normen und Vorgaben müssten jederzeit erfüllt werden, bei Notstrombetrieb wie auch bei Dauerbetrieb. Der von der Beschwerdegegnerin angebotene Verbrennungsmotor könne diese zwingenden Voraussetzungen gemäss Datenblatt nicht erfüllen (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 2 f.). 2.4.2. Die Beschwerdegegnerin weist die Rüge, die Emissionswerte würden nicht eingehalten, als falsch zurück. Ausgeschrieben worden sei ein "Diesel Notstromaggregat, offene Dieselaggregate mit je 2500 kVA Notstromleistung gemäss ISO 8528". Bei einem Diesel Notstromaggregat, so wie es ausgeschrieben worden sei, sei einzig die Notstromleistung relevant. Dies sei das besondere und typische an jeder Notstromanlage. Sie sei von Natur aus für die Notstromleistung konstruiert und gerade nicht für einen Dauerbetrieb. Deshalb sei technisch betrachtet nur die Notstromleistung relevant und nicht eine Dauerleistung. In richtiger Konsequenz sei in der Submission ein Diesel Notstromaggregat denn auch nur in Bezug auf die Notstromleistung und nicht etwa auf eine Dauerleistung ausgeschrieben worden. Soweit es um die umstrittenen Emissionswerte gehe, seien einzig und allein die Ausschreibungsunterlagen massgebend, welche sich zwingend und ausschliesslich nur auf die Notstromleistung beziehen würden (vgl. Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 11 f.; Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 26. April 2023, S. 4 f.).

- 15 - Die Beschwerdegegnerin macht zudem geltend, die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle stützten sich auf ein Datenblatt, das offensichtlich aus dem Internet stamme und das zu keinem Zeitpunkt Bestandteil ihres Angebots gewesen sei. Die technischen Daten würden nicht jenen des Diesel Notstromaggregats entsprechen, welches sie offeriert habe. Die Schlussfolgerungen zu den Emissionswerten seien völlig falsch (vgl. Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 11 f.; Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 26. April 2023, S. 6). 2.4.3. Gegenstand der Submission ist die Lieferung und Montage einer (stationären) Notstrom-Dieselanlage (vgl. Ziffer 2.6 der öffentlichen Ausschreibung

vom 4. Februar 2022 [www.simap.ch, Meldungsnummer \_\_\_\_\_]). Auch aus den Ausschreibungsunterlagen geht dies – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt – unmissverständlich hervor: "Es werden 4 offene CAT 3516B-HD2500 Dieselaggregate mit je 2'500 kVA Notstromleistung gemäss ISO8528 geliefert und montiert" (Teil B: Leistungsverzeichnis, Ziffer 3.1 und Beilagen, Seite 5 [Vorakten, Teil 1/3]; Beschwerdebeilage 3). Und auf Seite 4 der Beilagen: "Lieferung einer kompletten Notstromanlage in erdbebensicherer Ausführung für Erdbebenzone 1a, bestehend aus 4 Notstromgruppen mit je 2'500 kVA Notstromleistung [Hervorhebung beigefügt]. Die Notstromanlage besteht im Wesentlichen aus vier modernen Notstromaggregaten, [...]" (Ausschreibungsunterlagen Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen, S. 4 [Vorakten, Teil 1/3]; vgl. auch oben Erw. II/2.1). Zweck eines Notstromaggregats (Notstromgruppe) bzw. einer Notstromanlage (mit mehreren Notstromgruppen) ist nicht die dauernde Stromversorgung (diese erfolgt über das reguläre öffentliche Stromnetz), sondern die Aufrechterhaltung der Stromversorgung bei vorübergehenden Netzausfällen oder Netzabschaltungen (vgl. B., Richtlinie Elektrotechnik: Installationsrichtlinie Elektrotechnik, 4 Netz-Zuteilung, S. 8 [Vorakten, Teil 1/3]). Es handelt sich nicht um Anlagen zur dauerhaften Stromerzeugung (wie z.B. Blockheizkraftwerke); ihr Betrieb ist vielmehr vorübergehend und zeitlich befristet. Dies gilt namentlich für Notstromgruppen, wie sie vorliegend ausgeschrieben wurden. 2.4.4. Die Vergabestelle beruft sich pauschal auf die gesetzlichen Normen und Vorgaben bezüglich Emissionswerte, die im Notstrom- und Dauerbetrieb jederzeit erfüllt sein müssten (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3). Im Vordergrund steht die Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1). LRV Anhang 2 Ziffer 82 regelt die Emissionsgrenzwerte von stationären Verbrennungsmotoren. Gemäss LRV werden Notstromgruppen den stationären Verbrennungsmotoren zugeteilt. Notstromgruppen sind Verbrennungsmotoren, die in Anlagen oder Gebäuden installiert sind und nicht mehr als 50 Stunden pro Jahr betrieben werden.

- 16 - Die (kantonale) Behörde legt die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen nach Art. 4 LRV fest; LRV Anhang 1 Ziffer 6, Anhang 2 Ziffer 824 sowie Anhang 6 gelten nicht (LRV Anhang 2 Ziffer 827 Abs. 1). Die staubförmigen Emissionen dürfen 50 mg/m<sup>3</sup> nicht überschreiten (LRV Anhang 2 Ziffer 827 Abs. 2). Im Kanton Aargau gelten für Notstromanlagen, die während höchstens 50 Stunden pro Jahr betrieben werden, die folgenden Emissionsgrenzwerte, bezogen auf einen Sauerstoffgehalt im Abgas von 5 % (gemäss LRV, Anhang 1 Ziffer 8 und Anhang 2 Ziffer 82 resp. festgelegt nach Art. 4 LRV; vgl. <https://www.ag.ch/de/verwaltung/bvu/umwelt-natur-landschaft/umwelt/luft/industrie-gewerbe/notstromaggregate>, Datenblatt Notstromanlagen, S. 2): ■ Feststoffe: 50 mg/m<sup>3</sup> ■ Dieselruss: 5 mg/m<sup>3</sup> ab einem Massenstrom von 50 g/h (Wir gehen davon aus, dass der Dieselruss-Grenzwert nur mit einem Partikelfilter-System eingehalten werden kann.) ■ Kohlenmonoxid: 650 mg/m<sup>3</sup> ■ Stickoxide angegeben als NO<sub>x</sub>: 2000 mg/m<sup>3</sup> 2 Notstromanlagen sind mit einem Betriebsstundenzähler auszurüsten. Für stationäre Verbrennungsmotoren, die während mehr als 50 Stunden pro Jahr betrieben werden, dürfen die Emissionen die Grenzwerte von LRV Anhang 2 Ziffer 824 nicht überschreiten. 2.4.5. In den Ausschreibungsunterlagen wurden unter dem Titel "Abgasemissionen" folgende Angaben gemacht (Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen [Vorakten, Teil 1/3]; Beschwerdebeilage 3): Emissionen beim Betriebspunkt unter 75 % Last: - Staubemissionen: <50 mg/m<sup>3</sup> - Russ: <5 mg/m<sup>3</sup> - NO<sub>x</sub>: <2'000 mg/m<sup>3</sup> - CO: <650 mg/m<sup>3</sup> Diese Werte stimmen mit denjenigen für Notstromgruppen der LRV bzw. des

Kantons für Notstromgruppen mit einer maximalen Betriebsdauer von 50 Stunden pro Jahr überein (vgl. Erw. II/2.4.4 oben). Die Einhaltung anderer Emissionswerte wurde in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt. Insbesondere findet sich kein Hinweis auf LRV Anhang 2 Ziffer 824. Insofern ist davon auszugehen, dass die vier Notstromgruppen vorliegend je maximal 50 Stunden pro Jahr und Gruppe im Betrieb sein werden. 2.4.6. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Angebot die Emissionswerte ihrer Anlage mit blauer Farbe eingetragen und auf diese Weise die Einhaltung

- 17 - der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Werte bestätigt (vgl. Beilage 4 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 26. April 2023 [Auszug aus dem Angebot]). Auch das Dokument C Aggregate- und Anlagenauslegung aaa, das sich auf Seite 6 zum Emissionsniveau äussert, lässt nicht darauf schliessen, dass die im Kanton Aargau für Notstromgruppen geltenden Emissionswerte nicht eingehalten würden (vgl. Angebot der Beschwerdegegnerin, Datenblätter). Die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle verweisen für ihren Vorwurf, das Aggregat der Beschwerdegegnerin erfülle die Emissionswerte (im Dauerbetrieb) nicht, auf ein Datenblatt des C-Dieselmotors Typ aaa. Das fragliche Datenblatt enthält zwar in der Tat den Hinweis "aa, bb and cc series are only emission compliant at the standby rating". Festzuhalten ist allerdings, dass dieses Datenblatt nicht Bestandteil des Angebots der Beschwerdegegnerin war (vgl. Vorakten), sondern (mutmasslich) aus dem Internet stammt. Zudem lässt sich daraus nicht herleiten, dass das von der Beschwerdegegnerin angebotene Aggregat die in der vorliegenden Ausschreibung massgebenden Emissionsgrenzwerte (vgl. oben Erw. II/2.4.4 und Erw. II/2.4.5) nicht einhalten würde. 2.4.6. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Argumentation der Beschwerdegegnerin, dass beim vorliegenden Projekt bzw. der vorliegenden Ausschreibung für die Einhaltung der Emissionswerte nur der Notstrombetrieb relevant sein könne, als nachvollziehbar, zumal weder die Beschwerdeführerin noch die Vergabestelle konkret darlegen, wieso in Bezug auf die Emissionswerte ein Dauerbetrieb bzw. die Dauerleistung des Aggregats massgebend sein soll. 2.5. 2.5.1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Angebot der Beschwerdegegnerin müsse aus einem weiteren Grund für ungültig erklärt werden. Da es ohne IBC-Zertifikat für Erdbebensicherheit und auch ohne Nachweis durch Berechnung eingereicht worden sei, sei es unvollständig. Das nachträgliche Einreichen von Nachweisen bzw. nachträgliche Berechnungen im Auftragsfall seien intolerabel (Beschwerde, S. 5; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 3). 2.5.2. Demgegenüber verweist die Beschwerdegegnerin auf die Ausschreibungsunterlagen, wonach es zulässig gewesen sei, anstelle eines IBC-Zertifikats die erforderlichen "Berechnungen für die Erdbebenzone 1a" im Auftragsfall zu liefern. In sachlicher Hinsicht sei nicht die Anlage für sich einem theoretischen Erdbeben ausgesetzt, sondern der bauliche Untergrund und der Gebäudeteil, auf den die Notstromdieselanlage aufgebaut und montiert

- 18 - werde. Aus diesem Grund würden die Berechnungen der Notstromanlage erst seriös gemacht werden können, wenn die Gebäudeverhältnisse konkret vorliegen würden. Heute sei dies nach dem Baustand im Areal der Vergabestelle noch verfrüht. Deshalb habe die Beschwerdegegnerin im Angebot auf die entsprechenden Berechnungen im Auftragsfall verwiesen (Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 18 f.). Auch die Vergabestelle erachtet es als opportun, dass die Erstellung eines definitiven rechnerischen Erdbebennachweises durch den Anbieter erst im Auftragsfall erbracht wird. Dies stelle eine gängige Herangehensweise dar (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3). 2.5.3. In Bezug

auf die Erdbebensicherheit war ein "Aggregat in erdbebensicherer Ausführung mit IBC-Zertifikat oder Nachweis durch Berechnung für Erdbebenzone 1a" verlangt. Die Anbieter hatten somit die Wahl, als Nachweis der Erdbebensicherheit entweder ein IBC-Zertifikat oder eine Berechnung vorzulegen (Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen [Vorakten, Teil 1/3]; Beschwerdebeilage 4). Es ist unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin weder ein IBC-Zertifikat noch eine Berechnung enthielt. Vielmehr bestätigte sie die Erdbebensicherheit des Aggregats im Leistungsverzeichnis mit "ja" und brachte den Vermerk an "Berechnung wird im Auftragsfall durchgeführt". Im Begleitschreiben zum Angebot (S. 4) wies die Beschwerdegegnerin zudem darauf hin, dass es anstelle eines IBC-Zertifikats (welches sich auf die Erdbeben-Standardfestigkeit in Nordamerika beziehe) sinnvoller sei, dass die Aggregate entsprechend der Erdbebenzone Z1a in der Schweiz ausgelegt respektive installiert würden. Die Erbringung vom Nachweis für die Erdbebenzone Z1a in der Schweiz sei Bestandteil ihres Angebots. 2.5.4. In der Ausschreibung verlangte Nachweise sind in der Regel mit dem Angebot einzureichen, es sei denn, die Vergabestelle gestattet den Nachweis auch noch zu einem späteren Zeitpunkt. Der Vergabestelle steht in Bezug auf die zu erbringenden Nachweise und den Zeitpunkt, bis zu dem diese vorliegen müssen, in der Regel ein grosser Ermessensspielraum zu. Im Hinblick auf dieses Ermessen, welches das Verwaltungsgericht zu respektieren hat (vgl. Erw. I/5 oben), ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle es vorliegend als genügend erachtet, wenn die Berechnung der Erdbebensicherheit bzw. das Erbringen des entsprechenden Nachweises erst im Auftragsfall erfolgt. Eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens ist darin nicht zu erkennen. 2.6. Als ebenfalls unbegründet bzw. verspätet erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Ausschreibung sei in Bezug auf den Lieferumfang

- 19 - der (motorisierten) Generatorschalter widersprüchlich gewesen (Beschwerde, S. 4; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 3). Den Ausschreibungsunterlagen (Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen, S. 6 [Vorakten, Teil 1/3]) ist zu entnehmen, dass der Generator mit einem "manuellen, 3-poligen, LSI, 4000A Schalter auszurüsten" ist, und unter "Leistungsabgang" wird ein "Motorisierter Generator fest auf dem Aggregat aufgebaut: 3-polig, LSI, therm. & magn. Auslösend [...] Auslegung 4000A" verlangt. Damit erscheint klar, dass in das Angebot 3-polige Generatorschalter einzurechnen waren (vgl. auch Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3). Die Feststellung in Pos. 2.1 Aggregatesteuerung (Teil B: Leistungsverzeichnis, Beilagen, S. 8 [Vorakten, Teil 1/3]), der Generatorschalter sei "nicht Teil dieses Angebots" lässt sich dahingehend verstehen, dass der Generatorschalter nicht in die Pos. 2.1 (Aggregatesteuerung), sondern in die Pos. 1.1 (Notstromaggregate) einzurechnen ist. Die Beschwerdegegnerin hat die verlangten 3-poligen Generatorschalter offeriert und in den Angebotspreis eingerechnet (vgl. Offerte der Beschwerdegegnerin [bei den Vorakten]; Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 18). Im Übrigen ist festzuhalten, dass nach dem revidierten Beschaffungsrecht Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen "zusammen mit der Ausschreibung" angefochten werden müssen, soweit ihre Bedeutung erkennbar ist (Art. 53 Abs. 2 IVöB). Werden die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestellt und erachtet ein Anbieter die Ausschreibungsunterlagen als fehlerhaft oder – wie hier – als widersprüchlich und unklar, muss er die Mängel umgehend mit Beschwerde rügen und darf damit nicht (mehr) bis zum Zuschlagsentscheid zuwarten. 3.

### **E. 3.4**

Die beiden streitbetroffenen Angebote wurden anhand der Zuschlagskriterien wie folgt mit Punkten bewertet (Bewertung der offerierenden Unternehmen sowie der eingereichten Angebote [Vorakten, Ordner Auswertung Angebote und Kommunikation – B.]):

- 22 - Anbieter A. GmbH F. AG Zuschlagskriterium ZK 1 Preis 60 % 60 57.99 ZK 2 Qualität 10 % 4.575 / 4.925 (9.5) 3.625 / 4.925 (8.55) ZK 3 Serviceorganisation 20 % 6.0 / 8.75 (14.75) 5.2 / 5.85 (11.05) ZK 4 Aufgabenanalyse 10 % 5.0 / 5.0 (10.0) 5.0 / 5.0 (10.0) Punkte Total 94.20 87.59

### **E. 3.5.1**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, sie hätte beim Zuschlagskriterium Preis bei richtiger Bewertung nicht lediglich 57.99 Punkte, sondern 59 Punkte erhalten müssen (Beschwerde, S. 6). Sie bemängelt zudem fehlende Transparenz, weil die Preisbewertungsformel in den Ausschreibungsunterlagen nicht veröffentlicht worden sei (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 3 f.). Gemäss der Vergabestelle ist die Berechnung der Punktezahl der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Preis mit 96.65 Punkten (gewichtet 57.99 Punkte) unter Berücksichtigung der Preisdifferenz von 1.675 % richtig erfolgt (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 3 f.). In den Ausschreibungsunterlagen wird eine Preisspanne von 60 % genannt, was sich nur dahingehend verstehen lässt, dass Angebote, die 60 % über dem Preis des günstigsten Angebots liegen, beim Preiskriterium keine Punkte mehr erhalten. Die dazwischen liegenden Angebote werden linear bewertet. Die Vergabestelle ist bei der Bewertung der Angebote in Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen von einer Preisbewertungsmethode ausgegangen, bei der bereits um 50 % höhere Angebote mit 0 Punkten bewertet wurden (tiefster Preis = 100 Punkte, Differenz grösser 50 % = 0 Punkte, Zwischenwerte linear interpoliert). Eine solche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen ist an sich nicht zulässig, vermag sich im vorliegenden Fall aber nicht zuschlagsrelevant auszuwirken. Auch eine Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin beim Preis mit 59 Punkten hätte letztlich keine Änderung der Rangierung zur Folge, da sich die Bewertungsrügen beim Zuschlagskriterium Serviceorganisation – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – als unbegründet erweisen. Eine Verpflichtung der Vergabestelle zur vorgängigen Bekanntgabe der Preisbewertungsmethode besteht nach bisheriger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht (hingegen muss sie der bekannt gegebenen Gewichtung des Preises entsprechen), weshalb keine Veranlassung für die von der Beschwerdeführerin deswegen beantragte Neuausschreibung (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 4) besteht.

### **E. 3.5.2**

In Bezug auf das Zuschlagskriterium Qualität beanstandet die Beschwerdeführerin, dass es die Vergabestelle zu Unrecht unterlassen habe, bei den

- 23 - von ihr angegebenen Referenzpersonen, die sich auf Anfrage hin nicht gemeldet hätten, erneut bzw. wiederholt nachzufragen. Mit nur je einer Rückmeldung zu den Referenzen der Unternehmung sowie der Schlüsselpersonen könne keine abschliessende Beurteilung gemacht werden (Beschwerde, S. 7; vgl. auch Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 15. Mai 2023, S. 4). Die Vergabestelle hält fest, dass sie jene Referenzen beurteilt habe, welche eingegangen seien. Sie habe weder bei den Referenzpersonen/ Firmen der Beschwerdeführerin noch bei den Referenzpersonen der Mit-

bewerber nachgefasst, um weitere Rückmeldungen zu erhalten (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 4). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Teil A: Angebot Ziffer 22, Einreichende Unterlagen [Vorakten, Teil 1/3]) war für die Unternehmung der Nachweis von drei ausgeführten, vergleichbaren Referenzmandaten zu erbringen. Die Benotung sollte auf Basis der Analyse der Unterlagen erfolgen. Sodann waren Referenzen für die Unternehmung sowie für die Schlüsselpersonen Projektleiter und Bauleiter gefordert. Die Benotung der Referenzen war auf Basis der Analyse der Referenzauskünfte vorgesehen. Aus der Bewertung der Angebote (Bepunktung Referenzen) ergibt sich, dass bei den vergleichbaren Referenzprojekten beide Anbieter sowohl für das Unternehmen als auch die Schlüsselpersonen jeweils die Maximalbewertung erhalten haben. Bei den Referenzen (bzw. bei den Referenzauskünften) wurden bei der Beschwerdegegnerin deren zwei (sowohl für das Unternehmen als auch für die Schlüsselpersonen) in Bezug auf die Aspekte Gesamteindruck, Termintreue, Kostentreue, Flexibilität, Qualität und Personalmanagement benotet. Bei der Beschwerdeführerin hingegen wurde die zweite Referenz (mangels Rückmeldung des Referenzgebers) sowohl beim Unternehmen als auch bei den Schlüsselpersonen jeweils durchwegs mit 0 Punkten bewertet. Dies führte im Ergebnis dazu, dass die Referenzen der Beschwerdeführerin mit 3.625 Punkten und diejenigen der Beschwerdegegnerin mit 4.575 Punkten bewertet wurden. Auch bei der Beurteilung der Referenzen kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu. Es steht ihr grundsätzlich frei, ob sie allein auf die beschriebenen Referenzprojekte abstellt oder (zusätzliche) Referenzauskünfte einholen will oder nicht. Zudem kann sie von den Anbietern auch verlangen, dass diese dem Angebot entsprechende Referenzschreiben beilegen. Gibt sie jedoch wie hier bekannt, dass die Benotung der Referenzen auf der Grundlage von Referenzauskünften erfolge, ist sie zur Einholung dieser Referenzauskünfte verpflichtet, nötigenfalls auch zu mehrfachen Nachfragen bei den angegebenen Ansprechpersonen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2023.00115 vom 27. April 2023, Erw. 3). Letzterer Verpflichtung ist die Vergabestelle vorliegend unbestritten nicht nachgekommen. Indem sie die bei der Beschwerdeführerin (und zum Teil auch bei der dritten Anbieterin) ausgebliebenen Re-

- 24 - ferenzauskünfte mit 0 Punkten bewertet hat, hat sie zum einen den relevanten Sachverhalt ungenügend ermittelt und zum anderen gegen das Gebot, die Angebote objektiv, einheitlich und nachvollziehbar zu prüfen und zu bewerten (Art. 40 Abs. 1 IVöB), verstossen. Auch dieser Fehler wirkt sich vorliegend jedoch im Ergebnis nicht zuschlagsrelevant aus, da die Beschwerdeführerin ihre Gesamtbewertung auch bei einer Maximalbewertung ihrer Referenzen mit fünf Punkten lediglich um 1.375 Punkte verbessern könnte. Eine Maximalbewertung fällt jedoch a priori ausser Betracht, da die einzige vorliegende Referenz nicht tadellos war.

#### **E. 3.5.3.1**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung beim Zuschlagskriterium Serviceorganisation. Diese entspreche nicht den in der Ausschreibung definierten Zuschlagskriterien und benachteilige zudem kleinere Firmen, welche sämtliche Eignungskriterien erfüllt hätten. Zuschlagskriterien wie im Projekt eingeplante Mitarbeitende, Anzahl Mitarbeiter in der Firma und der jährlich erzielte Umsatz seien in Art. 29 Abs. 4 IVöB/BöB nicht vorgesehen. Die angewendete Punktevergabe sei unzulässig, da vergabefremd, diskriminierend und unklar. Die Beschwerdegegnerin habe zudem als ihre Serviceorganisation die Firma D. SA aus Q. angegeben. Die angegebene

Interventionszeit von zwei Stunden könne damit nicht eingehalten werden. Zum Stichtag der Offerteingabe habe auch der angekündigte Servicestützpunkt der D. SA in R. nicht bestanden. Hinzu komme, dass es beim fraglichen Zuschlagskriterium um die Serviceorganisation des Anbieters gehe, weshalb die Leistungsfähigkeit und Verfügbarkeit der benötigten Anzahl Mitarbeitern der Beschwerdegegnerin hätte bewertet werden müssen und nicht die eines Unternehmens mit unklarem Bezug zum Anbieter (Beschwerde, S. 8). Die Beschwerdeführerin stellt zudem in Abrede, dass die Beschwerdegegnerin bzw. die D. SA in der Lage sei, innert weniger Monate eine Serviceorganisation aufzubauen. Es sei nicht erlaubt, eine Vergabe aufgrund von (unbelegten) Versprechungen auszuführen (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 4 f.). Die Vergabestelle räumt ein, dass die Beschwerdegegnerin das Zuschlagskriterium Service-Organisation bis dato nicht erfülle. Sie gehe aber davon aus, dass die Anforderungen gemäss der Ausschreibung im Auftragsfall umgesetzt werde (Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 4). Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die D. SA komme im Fall des definitiven Zuschlags zum Zug und zwar in ihrer Eigenschaft als Subunternehmer. Bei der angesprochenen Interventionszeit falle nicht nur der Reiseweg von Q. nach E. (richtig wohl: S.) in Betracht, sondern auch die übrigen Organisationsmassnahmen wie das Meldewesen, Telefonate und dergleichen. Die D. SA sei professionell organisiert und benötige keine zwei Stunden, um im Dieselnotstromfall im B. vor Ort intervenieren zu können. Zudem werde die D. SA im Vergabefall zusätzlich zur ihren Einrichtungen am Hauptsitz auch eine

- 25 - Serviceorganisation im Kanton Aarau einrichten (Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 20 f.).

### **E. 3.5.3.2**

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen werden unter dem mit 20 % gewichteten Zuschlagkriterium Serviceorganisation die Aspekte Termine und Leistungsfähigkeit des Unternehmens (G2), Verfügbarkeit der benötigten Anzahl Mitarbeitenden (G1), Erreichbarkeit und Intervention (G2) bewertet. Einzureichen waren in Bezug auf die Serviceorganisation Angaben bzw. Unterlagen zur "Erreichbarkeit für Störungsbehebungen 7/24, Interventionszeit 2 Stunden". Die Anbieter hatten unter G1 Angaben der Unternehmung in der Ziffer 1.4.5 (Serviceorganisation) anzugeben, ob sie bzw. ihr Betrieb 7/24 erreichbar sei (inkl. Feiertage). In Ziffer 1.4.6 (Interventionszeit) war auf die Frage, ob der Betrieb in der Lage sei, nach Störungsmeldungseingang innerhalb von 2 Stunden (7/24) zu intervenieren und geeignetes Personal zu senden, die zutreffende Interventionszeit (innerhalb 2 Stunden bis länger als 24 Stunden) anzukreuzen.

### **E. 3.5.3.3**

Die Beschwerdegegnerin führt im Begleitschreiben zum Angebot (S. 3) aus, die D. SA verfüge über eine leistungsfähige Serviceorganisation in der Schweiz. Mit über 80 MVA dieselektrischen Systemen unter Wartungsvertrag stünde den Kunden eine ortsnahe Ansprechstelle zur Verfügung: Hot-Line, 24 Stunden am Tag, sieben Tage die Woche in Deutsch. Die Spezialisten würden umgehend in der Erst-Diagnose, der Bedienung der Anlage und im Störfall unterstützen, mit dem Ziel, die Produktivität und Verfügbarkeit der Anlage sicherzustellen. Am 1. Januar 2023 erfolge die Eröffnung des neuen D. SA Standorts in R. Die Interventionszeit betrage maximal eine Stunde (Offerte der Beschwerdegegnerin [bei den Vorakten]). Entsprechend bestätigte sie in ihrem Angebot

(G1 Angaben der Unternehmung, Ziffern 1.4.5 und 1.4.6) eine 7/24-Erreichbarkeit der Serviceorganisation sowie Interventionszeit von zwei Stunden.

#### **E. 3.5.3.4**

Soweit die Beschwerdeführerin das Zuschlagskriterium Serviceorganisation bzw. die darunter beurteilten Aspekte wie Termine und Leistungsfähigkeit des Unternehmens (G2) oder Verfügbarkeit der benötigten Anzahl Mitarbeitenden (G1) grundsätzlich in Frage stellt, da in Art. 29 IVöB nicht erwähnt, ist sie nicht zu hören. Die Rüge hätte gegen die Ausschreibungsunterlagen erhoben werden müssen und erweist sich somit als verspätet. Daran ändert nichts, dass es sich mehrheitlich um Kriterien handelt, die nicht mit der Serviceorganisation im Zusammenhang stehen, sondern sich erster Linie auf den Auftrag als solchen bzw. auf das Unternehmen beziehen. Die Vergabestelle hat bei der Umschreibung des als Serviceorganisation bezeichneten Zuschlagskriteriums ZK 3 bekannt gegeben, dass darunter

- 26 - auch Termine und Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie die Verfügbarkeit der benötigten Mitarbeiter bewertet würden, und hat entsprechende Angaben verlangt. Festzuhalten ist sodann, dass es sich bei den Aspekten Erreichbarkeit und Intervention, die effektiv die Serviceorganisation betreffen, gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht um Eignungskriterien handelt, deren Nichterfüllung in der Regel zum Verfahrensausschluss führt, sondern um der Bewertung zugängliche Teilaspekte des Zuschlagskriteriums Serviceorganisation. Insbesondere stellt die Interventionszeit von zwei Stunden keine zwingend einzuhaltende Vorgabe im Sinne eines Muss-Kriteriums dar, deren Überschreitung zum Ausschluss führt; ihr wurde mit einer Schlechterbewertung beim Zuschlagskriterium Serviceorganisation Rechnung getragen (vgl. Auswertung Angebote [Ordner Auswertung Angebote und Kommunikation]). Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums das ihr zukommende Ermessen überschritten und geradezu sachfremd oder sogar missbräuchlich ausgeübt hat.

#### **E. 3.6**

Entgegen der Vermutung der Beschwerdeführerin ist das von der Vergabestelle bei den Anbietern nachträglich einverlangte Angebot für einen Service-Vertrag über 15 Jahre ausweislich der Vorakten nicht in die Angebotsbewertung aufgrund der Zuschlagskriterien einbezogen worden (Auswertung Angebote [Ordner Auswertung Angebote und Kommunikation]; vgl. auch Beschwerdeantwort Vergabestelle, S. 5). Dass sich die Vergabestelle noch während des laufenden Verfahrens über die möglichen Kosten eines mehrjährigen Servicevertrags für den Notstromdiesel informiert hat, ist nicht zu beanstanden. Dafür, dass sie sich bei ihrer Vergabeentscheidung von den angebotenen Serviceverträgen hat beeinflussen lassen, was die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf eine mögliche "Vorbefassung" wohl andeuten will (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2023, S. 5), bestehen keine Anhaltspunkte, zumal die von der Beschwerdegegnerin angebotenen jährlichen Servicekosten deutlich über diejenigen der beiden Mitbewerberinnen liegen. 4. Zusammenfassend ergibt sich, dass sämtliche Rügen der Beschwerdeführerin unbegründet sind. Dies gilt insbesondere auch für die von der Vergabestelle mitunterstützte Rüge, die Emissionswerte seien im Dauerbetrieb nicht eingehalten. Es besteht weder ein Grund, das Angebot der Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen, noch eine Veranlassung zur beantragten Neubewertung der Angebote oder zur Wiederholung des Verfahrens. Die Beschwerde ist abzuweisen.

- 27 - III. 1. 1.1. 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 unterliegt die Beschwerdeführerin. Dementsprechend hat sie die Verfahrenskosten zu bezahlen. 1.2. Die Parteikosten werden in der Regel ebenfalls 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. Der obsiegenden Beschwerdegegnerin sind die Parteikosten je zur Hälfte durch die Beschwerdeführerin und die B. AG (Vergabestelle) zu ersetzen. 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). 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 angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxismässig 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 Zuschlag zu einem Betrag von Fr. 3'179'418.40 inkl. MWSt erteilt (Verfügung vom 2. Februar 2023). 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

- 28 - Fr. 15'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziff. 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. 10'000.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin in der Schweiz mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von gerundet Fr. 9'285.00. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) angemessen abgedeckt. Das Verwaltungsgericht erkennt:

#### **E. 4**

Die Beschwerdegegnerin hielt mit Stellungnahme vom 26. April 2023 am Begehren um Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin fest und beantragte neu, die Verfahrens- und Parteikosten eventuell der B. AG aufzuerlegen.

#### **E. 5**

Mit Stellungnahme vom 15. Mai 2023 modifizierte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren wie folgt: 1. Unverändert: Die Zuschlagsverfügung vom 2. Februar 2023 sei aufzuheben. 1.1. Neu: Das B. AG sei zu verpflichten, das Verfahren zur Beschaffung

der Notstromaggregate von Grund auf neu zu starten. 1.2. Weitgehend unverändert (bisher 1.1): Eventualiter sei das Angebot der A. GmbH und der Beschwerdeführerin neu zu bewerten und es sei gestützt auf die Neubewertung der Zuschlag in der Submission "SKP 231 Ersatznetz und Dieselgenerator" (Notstrom Diesel) mit der Projekt-ID \_\_\_\_\_ neu zu erteilen.

- 4 - 1.3. Unverändert (bisher 1.2.): Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, Angebot der A. GmbH und der Beschwerdeführerin neu zu bewerten und es sei gestützt auf die Neubewertung der Zuschlag in der Submission "SKP 231 Ersatznetz und Dieselgenerator" (Notstrom Diesel) mit der Projekt-ID \_\_\_\_\_ neu zu erteilen. 2. Unverändert: Eventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung vom 2. Februar 2023 das anwendbare Recht verletzt und es sei die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von CHF 27'730,- zu zahlen, zuzüglich 5 % Zins ab Rechtskraft des Urteils. 3. Neu – Verfahrens Antrag: Zur Feststellung des tatsächlichen Sachverhalts und zur abschliessenden Beurteilung, ob ein unrechtmässiger Verlauf des Ausschreibungsverfahrens bzw. eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt oder ob die Submissionsbestimmungen nicht eingehalten wurden, soll die Beschaffungsstelle die von A. GmbH am Eingabetermin der Submission vom 18.02.2023 (16:00 Uhr) eingereichten Unterlagen sowie die Bewertung der Submission ausgeführt von der B. AG zur Einsicht offenlegen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

## **E. 6**

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 10. August 2023 beraten und entschieden. 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

- 5 - 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 Zuschlag anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e 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 Notstromdieselanlage 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 von der Vergabestelle im Beschwerdeverfahren WBE.2022.283 dem

Verwaltungsgericht vorgelegten Akten des – auch vorliegend – streitbe- troffenen Vergabeverfahrens (nachfolgend als Vorakten bezeichnet) wur- den von Amtes wegen beigezogen. 3.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.