

WBE.2022.314 / MW / wm

Art. 143

Urteil vom 21. Dezember 2022

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichter Michel
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin

A._____,
vertreten durch lic. iur. Felix Weber, Rechtsanwalt,
Hintere Bahnhofstrasse 6, Postfach, 5001 Aarau

gegen

Einwohnergemeinde S._____,
handelnd durch den Gemeinderat
dieser vertreten durch lic. iur. Christian Munz, Rechtsanwalt,
Frey-Herosé-Strasse 25, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Entscheid des Gemeinderats S._____ vom 25. Juli 2022

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Für die Planerleistungen im Zusammenhang mit der Schulraumplanung S. (Projekte Umbau und Sanierung B, Erweiterungsbau und Umbau Schulhaus C sowie Energetische Sanierung C und Photovoltaik-Anlage) führte die Einwohnergemeinde S. eine Honorarsubmission im Einladungsverfahren durch. Von den sieben am 22. März 2022 per E-Mail eingeladenen Architekturbüros reichten innert Frist deren drei Angebote ein. Mit Beschluss vom 25. Juli 2022 vergab der Gemeinderat S. die Planerleistungen für alle drei Projekte an die D., T. (Umbau und Sanierung B für Fr. 62'531.70 inkl. MWSt, Erweiterungsbau und Umbau Schulhaus C für Fr. 110'931.00 inkl. MWSt, Energetische Sanierung C und PV-Anlage für Fr. 40'387.50 inkl. MWSt). Der A. wurde die anderweitige Auftragsvergabe durch Zustellung des entsprechenden Protokollauszugs eröffnet (zugestellt am 28. Juli 2022).

B.

1.

Mit Eingabe vom 5. August 2022 erhob die A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

1.

Die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 25.07.2022 betreffend Submission 2022-122 (Honorarausschreibung BKP 291 Architekturleistungen "Schulraumplanung S.") sei aufzuheben.

2.

Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

3.

Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

4.

Unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST).

Zudem stellte sie folgende Verfahrensanträge:

5.

Es sei der Beschwerdeführerin, im Rahmen des gesetzlich Zulässigen, volle Einsicht in die Akten der Beschwerdegegnerin zu gewähren.

6.

Der Beschwerdeführerin sei eine angemessene Nachfrist anzusetzen, damit sie nach der Akteneinsicht in Kenntnis der notwendigen Informationen über den Zuschlag ihre Beschwerde weiter substantiieren kann.

7.

Der Beschwerde sei die **aufschiebende Wirkung** zu erteilen und es sei die Vergabestelle anzuweisen, bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Zuschlag mit der D. (Zuschlagsempfängerin) keinen Vertrag abzuschliessen.

8.

Es sei **superprovisorisch** die aufschiebende Wirkung zu verfügen, welche bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts über den Antrag auf aufschiebende Wirkung andauern soll.

2.

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

3.

Mit Beschwerdeantwort vom 31. August 2022 beantragte die Einwohnergemeinde S.:

1.

Die Beschwerde sei abzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin (zuzüglich Mehrwertsteuer).

4.

Mit Verfügung vom 7. September 2022 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung erteilt.

5.

Die D. hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (vgl. Ziffer 3 der Verfügung vom 8. August 2022; Ziffer 4 der Verfügung vom 7. September 2022).

6.

Mit Replik vom 27. September 2022 und Duplik vom 27. Oktober 2022 hielten die Beschwerdeführerin und die Einwohnergemeinde S. an ihren jeweiligen Anträgen fest.

7.

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 Zuschlag anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

Bei der Einwohnergemeinde S. handelt es sich um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 IVöB, und der vorliegend streitige Planerauftrag erreicht den Schwellenwert des Einladungsverfahrens für Dienstleistungen. Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2.

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

3.

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

II.

1.

1.1.

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 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).

1.2.

Im Gegensatz zum vorliegend nicht mehr anwendbaren § 18 Abs. 3 des Submissionsdekrets 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 Bedeutung beimisst, die derjenigen eines Zuschlagskriteriums gleichkommt, müssen wie die Zuschlagskriterien vorgängig bekannt gegeben werden (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [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 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).

1.3.

Bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien kommt der Vergabehörde 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 (vgl. 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.

1.4.

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).

2.

2.1.

In Ziffer 5.3 der Honorarausschreibung (Vorakten, Griff 5) gab die Vergabestelle die massgeblichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt bekannt:

- Honorarangebot	70 %
- Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten	20 %
- Ausbildung von Lernenden	10 %

Zudem wurde festgehalten, dass die Auftraggeberschaft das wirtschaftlichste Angebot wähle. Gemäss Ziffer 5.1 sollte der Zuschlag aufgrund einer Gesamtbeurteilung der Qualitätskriterien und des Honorarangebots erfolgen.

2.2.

Die beiden streitbetroffenen Angebote wurde aufgrund der Zuschlagskriterien wie folgt bewertet (Ordner Vorakten, Griff 3, Offertvergleich vom 25. Juli 2022, Auswertung Gesamtübersicht):

Anbieter	D.	A.
Zuschlagskriterien		
Preis (70 %)	70.00	64.09
Referenzen (20 %)	20.00	10.00
Lernende (10 %)	9.93	4.82
Total (100 %)	99.93	78.91

Auswertung Gesamtübersicht, wenn Projekte erst zusammengezählt werden:

Anbieter	D.	A.
Zuschlagskriterien		
Preis (70 %)	63.69	70.00
Referenzen (20 %)	20.00	10.00
Lernende (10 %)	9.93	4.82
Total (100 %)	93.61	84.82

2.3.

Die Beschwerdeführerin stellt mit Ausnahme der "Ausbildung von Lernenden" (vgl. Replik, S. 8 f.) grundsätzlich weder die Auswahl der Zuschlagskriterien noch deren Gewichtung in Frage. Sie rügt vielmehr verschiedene Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien. So seien unzulässigerweise die Kosten für die Fachplaner in die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Honorarangebot" miteinbezogen worden und es sei statt einer Gesamtbewertung des Honorarangebots eine unzulässige Losbildung bzw. Einzelbewertung von Teilprojekten erfolgt (Beschwerde, S. 9 ff.). Beim Zuschlagskriterium "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" habe die Vergabestelle unzulässigerweise nachträglich das Subkriterium "Projekte ähnlicher Grösse im Kanton Aargau" berücksichtigt (Replik, S. 6 ff.). Auch die Bewertung des mit 10 % ohnehin zu hoch gewichteten Zuschlagskriteriums "Ausbildung von Lernenden" sei nicht korrekt erfolgt, da die Vergabestelle das Subkriterium, welches die Anzahl der Lernenden ins Verhältnis zur Anzahl der Mitarbeiter setze, nachträglich eingeführt habe (Replik, S. 8 f.). Bei rechtmässiger Auswertung der eingereichten Angebote hätte die Beschwerdeführerin das Maximum von 100 Punkten erhalten müssen. Der Zuschlag sei mithin nicht an das vorteilhafteste Angebot erfolgt (Replik, S. 10).

2.4.

Die Vergabestelle räumt ein, dass die Zuschlagsverfügung in Bezug auf die Kosten der Fachplaner missverständlich sei. Sie hält fest, dass die Fachplanerkosten für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Honorarangebot"

nicht relevant und entsprechend auch nicht in Angebotsauswertung eingeflossen seien. Beim Zuschlagskriterium "Honorarangebot" seien ausschliesslich die Offerten für die eigentlichen Architekturleistungen ohne Fachplaner bewertet worden (Beschwerdeantwort, S. 7). Im Ergebnis sei die Bewertung und der an die D. erfolgte Zuschlag jedoch nicht zu beanstanden (Beschwerdeantwort, S. 13; Duplik, S. 6).

3.

3.1.

Streitig ist zunächst, ob die Preisbewertung für jedes der drei Teilprojekte gesondert oder aber gesamthaft für alle drei Teilprojekte gemeinsam zu erfolgen hatte.

3.2.

3.2.1.

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, aus Ziffer 2.8 der Honorarausschreibung ergebe sich, dass eine Bewertung der Offerten anhand einer Gesamtrechnung zu erfolgen habe, da der Auftrag nicht in Lose aufgeteilt werden könne. Gemäss Ziffer 4.3 der Honorarausschreibung hätten die Anbieter ein ausgefülltes und unterzeichnetes Honorarangebot einreichen müssen. Auch Ziffer 5.1 der Honorarausschreibung spreche von einem Honorarangebot ("des Honorarangebotes"). Eine Einzelbewertung der verschiedenen Sanierungsprojekte stehe im Widerspruch zum klaren Wortlaut der Ausschreibung. Richtigerweise seien die Gesamthonorare für die Architekturleistungen für alle drei Projekte miteinander zu vergleichen. Mit total Fr. 139'150.05 (inkl. Nebenkosten, ohne MWST) liege die Beschwerdeführerin an erster Stelle vor der Zuschlagsempfängerin (Fr. 148'561.00) und der E. (Fr. 179'378.75). Ihr Angebot sei um als 6.75 % bzw. fast 29 % günstiger als diejenigen der beiden Konkurrentinnen (vgl. Beschwerde, S. 12 ff.; Replik, S. 9 f.).

3.2.2.

Demgegenüber erachtet die Vergabestelle aufgrund der Aufgliederung des Auftrags in drei Teilprojekte die Einzelauswertung als korrekt. Sie verneint eine Losbildung vorgenommen zu haben. In Ziffer 2.8 der Honorarausschreibung sei die Aufteilung in Lose und das Einreichen von Teilangeboten ausgeschlossen worden. In Ziffer 2.8 nicht geregelt sei aber die Bewertung der Offerten (Beschwerdeantwort, S. 11). Aufgrund der Aufteilung in die drei Teilprojekte, die zumindest theoretisch auch separat hätten vergeben werden können, habe die Vergabestelle die Addition der Honorarkosten aller drei Teilprojekte als unpassend erachtet und die Auswertung teilprojektbezogen vorgenommen (Beschwerdeantwort, S. 8).

3.3.

Ziffer 4.3 der Honorarausschreibung mit der Überschrift "Einzureichende Unterlagen" lautet folgendermassen:

Honorarangebot	Ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnet
Angaben zum Büro	Ausgefülltes Formular
Angaben Fachplaner	Ausgefülltes Formular
Honorar Umbau und Sanierung B	Ausgefülltes Formular
Honorar Erweiterungsbau und Umbau C	Ausgefülltes Formular
Honorar Energetische Sanierung C	Ausgefülltes Formular
Honorar Zusatzleistungen	Ausgefülltes Formular
Terminbestätigung	Ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnet
Selbstdeklaration	Ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnet

Ziffer 5.1 der Honorarausschreibung sieht vor, dass der Zuschlag aufgrund einer Gesamtbeurteilung der Qualitätskriterien und "des Honorarangebotes" erfolgt. Gemäss Ziffer 1.3 der Honorarausschreibung sucht die Gemeinde S. mit der vorliegenden Submission "einen geeigneten Partner, ...", und gemäss Ziffer 2.8 der Honorarsubmission sind Teilangebote oder Varianten nicht zugelassen. Der Auftrag wird nicht in Lose aufgeteilt. Ziffer 6 der Honorarausschreibung schliesslich bestimmt: "Mit der Einreichung des Honorarangebotes erklären die Teilnehmenden ...".

Aus der Honorarausschreibung folgt unmissverständlich, dass *ein* Honorarangebot über alle drei Teilprojekte (im Sinne eines "Gesamtangebots") einzureichen war, welches rechtsgültig zu unterzeichnen war. Hingegen sieht die Honorarausschreibung weder eine Einzelvergabe der Teilprojekte vor noch enthält sie eine entsprechende Möglichkeit bzw. einen entsprechenden Vorbehalt zugunsten der Vergabestelle. Im Gegenteil wird eine Aufteilung (Losbildung) ausdrücklich ausgeschlossen. Wenn die Vergabestelle vorbringt, die drei Teilprojekte hätten zumindest theoretisch auch separat vergeben werden können (Beschwerdeantwort, S. 8), so wäre dies "theoretisch" vielleicht zwar möglich, rechtlich aber unzulässig gewesen, da den eigenen Ausschreibungsunterlagen widersprechend. Aufgrund der Honorarausschreibung ist eine Einzelvergabe der verschiedenen Teilprojekte ausgeschlossen. Die Planerleistungen sind an das über alle drei Teilprojekte *insgesamt* vorteilhafteste Angebot zu vergeben. Auch bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Honorarangebot" sind folgerichtig, wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, die verbindlich offerierten Gesamthonorare zu bewerten. Die Teilhonorare geben lediglich die Aufteilung auf die einzelnen Teilprojekte im Rahmen des Gesamthonorars wieder. Sie haben mit anderen Worten lediglich informativen Charakter und sind für die Bewertung der Honorarangebote nicht relevant. Das Vorgehen der Vergabestelle, die Honorarsummen für die Teilprojekte einzeln zu bewerten (vgl. Ziffer II der Zuschlagsverfügung), ist folglich nicht zulässig.

3.4.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das massgebliche Honorarangebot der Beschwerdeführerin über Fr. 139'150.05 mit dem Maximum von 70 Punkten zu bewerten ist. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin beläuft sich auf Fr. 148'561.00 und erreicht 63.69 Punkte.

4.

4.1.

Beim Zuschlagskriterium "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" hat die Zuschlagsempfängerin die volle, die Beschwerdeführerin hingegen lediglich die halbe Punktzahl erhalten (Ordner Vorakten, Griff 3, Offertvergleich vom 25. Juli 2022, Auswertung der Referenzen). Die Vergabestelle hat von elf Referenzen der Beschwerdeführerin für Schulbauten lediglich die zwei Referenzobjekte (Schulhaus F, U., und Schulhaus G, V.) als "sehr gut vergleichbar mit unserem Vorhaben" berücksichtigt. Die übrigen Referenzobjekte wurden als "zu gross" (Schulzentrum H, W.), "zu weit weg" (Schulhaus I, X.; Schulhaus O, X.; Schulanlage J, Y.) oder als "zu gross und zu weit weg" (Kantonsschule K, Z.; Gewerbeschule L.; Schulanlage M, QQ.; Schulanlage QR., QS.; Schulanlage N, QT.), mithin als untauglich, beurteilt und blieben unberücksichtigt. Der Referenz-Auswertung ist zudem zu entnehmen, dass die Vergabestelle "Projekte in ähnlicher Grösse im Kanton AG" berücksichtigt hat, was allerdings im offensichtlichen Widerspruch zur Tatsache steht, dass die bei der Beschwerdeführerin berücksichtigten beiden Referenzen sich im Kanton R. befinden.

4.2.

Gemäss Begründung in der Zuschlagsverfügung ist die D. aufgrund der Referenzen am besten geeignet, die gestellten Anforderungen zu erfüllen. Die Gemeinde S. habe mit ihr im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Machbarkeitsstudie bereits sehr gute Erfahrungen gemacht. Ihr sei die Schulanlage bekannt und es könnten Synergien genutzt werden.

In ihren Rechtsschriften führt die Vergabestelle zur Bewertung der Referenzen aus, die Distanz zu S. sei deswegen relevant, weil in grosser Entfernung abgewickelte Projekte keine verlässliche Aussage darüber erlauben, ob das Architekturbüro mit den lokalen Gegebenheiten, den lokalen und regionalen Handwerkern etc. vertraut sei. Hinzu komme die Vertrautheit mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, den Abläufen und Begriffen und Messweisen im Baubewilligungsverfahren (Beschwerdeantwort, S. 9; Duplik, S. 5). Das Kriterium des Bauvolumens führe zu einer sachgerechten Beurteilung und zu einer Antwort auf die Frage, ob ein Anbieter Erfahrungen in Bezug auf ein vergleichbares Projekt wie dem Ausgeschriebenen habe. Ein Architekturbüro, dass sich auf kleinere Schulhausumbauten und Schulhausneubauten konzentriere, habe zwangsläufig einen anderen Fokus und eine andere Erfahrung im Umgang mit kleinen Budgets und mit geringfügigeren Bauvorhaben. Die Erfahrung mit grösseren Bauvorhaben führe zudem nicht dazu, dass auch die kleineren Bauvorhaben seitens Architekten gut gemeistert würden, seien die Anforderungen beim Bauen mit einem kleinen Budget doch ganz anders als bei grösseren Baustellen (Duplik, S. 5 f.).

4.3.

Die Beschwerdeführerin erachtet sowohl die Vergleichbarkeit aufgrund der Projektsummen als auch die Berücksichtigung der Distanz der Referenzprojekte zur Gemeinde S. als unzulässig. Bei der Auswertung seien nachträglich unsachliche und willkürliche Subkriterien gebildet worden, die das Transparenzgebot verletzen und im Widerspruch zu den gesetzlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien gemäss Art. 29 Abs. 3 IVöB stünden. Das nachträglich angewendete Subkriterium der Vergleichbarkeit allein aufgrund der Projektsumme sei auch sachlich falsch. Ein Anbieter, der grössere Projekte ausführen könne, sei in aller Regel auch kompetent zur Bearbeitung von Projekten mit kleineren Bausummen. Zudem lasse alleine die Bausumme keine Rückschlüsse zu auf die Komplexität der Schulbauten. Das Subkriterium "Distanz zu S." bzw. "Projekte im Kanton AG" verstosse zusätzlich gegen Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02), indem es die Beschwerdeführerin mit Sitz im Westaargau und einem wesentlich grösseren Tätigkeitsgebiet als die Zuschlagsempfängerin benachteilige (vgl. Replik, S. 6 ff.).

4.4.

4.4.1.

Die vorliegende Honorarausschreibung legt lediglich das Zuschlagskriterium "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" mit einem Gewicht von 20 % fest. Weitere Angaben oder Vorgaben zu den Referenzen (wie z.B. Anzahl, Alter, Kontakt Referenzgeber) enthält die Honorarausschreibung nicht. Insbesondere wurden auch keine Subkriterien festgelegt; es wurde auch sonst nicht bekannt gegeben, nach welchen Gesichtspunkten die Referenzen bewertet würden. Im Rahmen der Fragebeantwortung wurde den Anbietern lediglich mitgeteilt, dass es "vor allem um Referenzen Ihres Büros betr. Neu-, An- und Umbauten im Bereich Schulbauten" gehe. Die Anzahl und die Form würden dem Anbieter überlassen (Beschwerdebeilage 5). Eine inhaltliche Präzisierung erfolgte auch hier nicht.

4.4.2.

Mit der Abgabe von Referenzobjekten soll insbesondere auch belegt werden, dass ein Anbieter über die nötige Erfahrung für die Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es zulässig, dass die Vergabebehörde Referenzobjekte, die der ausgeschriebenen Leistung möglichst nahe kommen, besser bewertet als weniger einschlägige Referenzobjekte. Abzüge bei der Bewertung sind beispielsweise dann angezeigt, wenn die ausgeführten Referenzobjekte zum grossen Teil hinsichtlich Bedeutung, Komplexität, Schwierigkeitsgrad etc. nicht mit dem zu vergebenden Auftrag vergleichbar sind oder wenn die Referenzliste kaum aktuelle Referenzen enthält (Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2012.438 vom 28. Februar 2013, Erw. II/3.3.3 mit Hinweisen).

4.4.3.

Aus der "Auswertung der Referenzen" lässt sich schliessen, dass die Vergabestelle lediglich Referenzobjekte mit einer Bausumme < 10 Mio. Franken und mit einer örtlichen Distanz von max. 30 km zur Gemeinde S. berücksichtigt hat. Waren diese beiden Kriterien erfüllt, wurde die Referenz als "Sehr gut vergleichbar mit unserem Vorhaben" beurteilt. War eines der beiden Kriterien nicht erfüllt, wurde die Referenz als untauglich angesehen und fiel bei der Bewertung vollständig ausser Betracht. Eine differenzierte Bewertung der einzelnen Objekte, was im Zusammenhang mit einem Zuschlagskriterium an sich zu erwarten wäre, hat nicht stattgefunden. Weitere Kriterien wie namentlich Komplexität oder Schwierigkeitsgrad wurden soweit ersichtlich nicht berücksichtigt. Kindergärten wurden Schulbauten gleichgesetzt. Referenzauskünfte wurden keine eingeholt.

Das ausschliessliche Abstellen auf eine Bausumme < 10 Mio. Franken ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, nicht sachgerecht und damit unzulässig. Allein damit lässt sich die Qualität, insbesondere die Erfahrung und Leistungsfähigkeit, eines Anbieters, die aufgrund der Referenzen zu beurteilen ist, nicht zuverlässig und korrekt bewerten.

Als ebenfalls unzulässig erweist sich das Abstellen auf eine geringe örtliche Distanz zur Gemeinde S. Kriterien, die einen Bezug zu einem bestimmten Ort haben, sind dann zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren des beauftragten Unternehmens erforderlich ist, wie dies etwa bei Unterhaltsverträgen, z.B. für Liftanlagen oder gewissen Informatikanlagen, der Fall sein kann (vgl. GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 922 mit Hinweis). Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Die Argumentation der Vergabestelle mit der Vertrautheit des Architekturbüros mit den lokalen Gegebenheiten, den lokalen und regionalen Handwerkern etc. sowie den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, den Abläufen und Begriffen und Messweisen im Baubewilligungsverfahren vermag nicht zu überzeugen. Inwiefern solche "lokalen Vertrautheiten" für die Qualität einer Schulbauplanung erforderlich oder auch nur wünschbar sind, ist nicht ersichtlich, zumal deren Vorhandensein bei Referenzobjekten, deren Realisierung zum Teil zehn Jahre zurückliegt (Primarschulen QV. und QW. der Zuschlagsempfängerin), ohnehin eher zweifelhaft ist. Hinzu kommt, dass eine solche unterschiedliche Berücksichtigung bzw. Bewertung der Referenzobjekte aufgrund ihrer geographischen Lage gegen das BGBM verstösst, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht (Replik, S. 8).

4.4.4.

Insgesamt erweist sich die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" als nicht auf zureichenden

sachlichen, objektiven und nachvollziehbaren Gründen beruhend und damit im Hinblick auf Art. 41 Abs. 1 IVöB als ungenügend und nicht rechtmässig. Offenbleiben kann, ob die Vergabestelle dadurch, dass sie die zur Beurteilung gelangenden Aspekte den Anbietern nicht vorgängig bekannt gegeben hat, auch gegen Art. 29 Abs. 3 IVöB und den Grundsatz der Transparenz (vgl. oben Erw. II/1.2) verstossen hat.

5.

5.1.

Die Beschwerdeführerin erachtet die Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Ausbildung von Lernenden" mit 10 % als zu hoch. Sie macht überdies geltend, die Vergabestelle habe durch das nachträglich eingeführte Subkriterium, welches die Anzahl Lernenden ins Verhältnis zur Anzahl Mitarbeiter setze, Art. 29 Abs. 3 IVöB und damit das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verletzt (Replik, S. 9).

5.2.

Unzutreffend ist die Behauptung der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin hätte ihre grundsätzlichen Bedenken im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung anbringen müssen und sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren damit nicht mehr zu hören (Duplik, S. 6). Im Gegensatz zu den Ausschreibungsunterlagen im offenen oder selektiven Verfahren werden die Ausschreibungsunterlagen im Einladungsverfahren von der Rückgeobliegenheit gemäss Art. 53 Abs. 2 IVöB nicht erfasst, da die Einladung selbst kein Anfechtungsobjekt bildet. Allfällige Mängel können zusammen mit dem nächsten anfechtbaren Verfahrensakt (z.B. Ausschluss oder Zuschlag) gerügt werden (MARTIN ZOBL, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 22 zu Art. 53).

5.3.

Art. 29 Abs. 2 IVöB gestattet die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, obwohl sich nicht am Nutzen des Angebots orientierend und damit vergaberechtsfremd, als Zuschlagskriterium. Die Vergabestelle darf das Kriterium im pflichtgemässen Ermessen und unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter zur Bewertung beiziehen. Da es sich um ein vergaberechtsfremdes Zuschlagskriterium handelt, darf ihm kein allzu grosses Gewicht beigemessen werden. Als zulässig erweist sich in der Regel eine Gewichtung von maximal 10 % (LOCHER/OECHSLIN, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 30 f. zu Art. 29). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts darf der Lehrlingsausbildung innerhalb des Kriterienkatalogs lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen (AGVE 2001, S. 342, Erw. 1c/bb/aaa; 1999, S. 294, Erw. 2c/bb/bbb; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 932 und die dort geäusserte deutliche Kritik an einem "Ausreisser" des Verwaltungsgerichts). Im von der Beschwerdeführerin erwähnten Urteil des Kantonsge-

richts Basel-Landschaft vom 20. November 2019 (810 19 185) ist das Gericht zum Schluss gekommen, eine Gewichtung des Lehrlingskriteriums von 10 % sei jedenfalls dann rechtsverletzend hoch, wenn es um einen Auftrag betreffend "Abfuhr von Siedlungsabfällen aus Haushalt und Gewerbe, Grosssperrgut brenn- und unbrennbar und Grüngut, Option Papier/Karton" gehe, bei dem als weitere Zuschlagskriterien der Preis mit 70 % und der Fuhrpark der Anbieterin mit 10 % gewichtet seien. Dies deshalb, weil im Vergleich zu einem erheblichen, direkt leistungsbezogenen Kriterium wie der Fuhrpark, welcher mit 10 % gewichtet worden sei, die Gewichtung der Lehrlingsausbildung ebenfalls mit 10 % als zu hoch und stattdessen maximal 5 % noch als vertretbar einzustufen sei (Erw. 5). Eine solche Situation liegt im hier zu beurteilenden Fall jedoch nicht vor. Insofern stellt im vorliegenden Fall die Gewichtung der Lehrlingsausbildung mit 10 % keine Rechtsverletzung dar, sondern liegt noch im Ermessensbereich der Vergabestelle.

5.4.

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung die Anzahl der Ausbildungsplätze in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieter zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich (LOCHER/OECHSLIN, a.a.O., N. 31 zu Art. 29 mit Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts; SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 111 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich).

Die Vergabestelle ist bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Ausbildung von Lernenden" gemäss der dargestellten Rechtsprechung vorgegangen, indem sie die Anzahl der Lernenden in Relation zur Anzahl der Mitarbeitenden im Betrieb der Anbieter gesetzt hat (Beschwerdeantwort, S. 10; Duplik, S. 6). Mit dieser durchaus üblichen Vorgehensweise musste die Beschwerdeführerin rechnen. Insofern kann von einem unzulässigen nachträglichen Subkriterium nicht die Rede sein. Die Beschwerdeführerin durfte nicht davon ausgehen, dass einzig bewertet würde, ob der Anbieter überhaupt Lehrlinge ausbildet oder Lehrstellen anbietet. Die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin verfügen beide über zwei Lernende. Die Beschwerdeführerin beschäftigt aber doppelt so viele Mitarbeiter wie die Zuschlagsempfängerin (vgl. Vorakten, Griff 3, Offertvergleich vom 25. Juli 2022). Vor diesem Hintergrund ist die deutlich höhere Bewertung der Zuschlagsempfängerin nicht zu beanstanden. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

6.

Zusammenfassend sind Rügen der Beschwerdeführerin begründet, soweit sie die Bewertung der Zuschlagskriterien "Honorarangebot" und "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" betreffen. Nicht begründet sind

die Rügen in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Ausbildung von Lernenden". Beim Zuschlagskriterium "Honorarangebot" erreicht die Beschwerdeführerin das Maximum von 70 Punkten. Eine rechtlich haltbare Neubewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" kann zur Folge haben, dass die Beschwerdeführerin auch bei diesem Kriterium neu die maximale Punktzahl erreicht. Diesfalls käme sie auf eine Gesamtpunktzahl von 94.82 Punkte und würde knapp vor der jetzigen Zuschlagsempfängerin an erster Stelle rangieren. Da beim Zuschlagskriterium "Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten" eine Neubewertung notwendig ist und der Vergabestelle dabei ein gewisses Ermessen zukommt, belässt es das Verwaltungsgericht bei der Aufhebung der Zuschlagsverfügung und sieht davon ab, in der Sache selbst zu entscheiden (vgl. Art. 58 Abs. 1 IVöB). Die Beschwerdesache ist somit an die Vergabestelle zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote beim Zuschlagskriterium „Referenzen Neu-, Um- und Anbauten Schulbauten“ und zu neuem Zuschlag. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

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 obsiegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und dem Eventualantrag auf Rückweisung der Sache zur Neuurteilung, was einem vollumfänglichen Obsiegen gleichkommt (siehe auch BGE 141 V 281, Erw. 11.1; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2019.324 vom 12. März 2020, Erw. III/2). Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates, da der Vergabestelle – welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG) – nicht vorgeworfen werden kann, sie habe schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder willkürlich entschieden (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

1.2.

Im Beschwerdeverfahren werden die Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 32 Abs. 2 VRPG). Eine Privilegierung der Behörden wie bei den Verfahrenskosten (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG) besteht bei den Parteikosten nicht.

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

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 Abs. 1 AnwT). Unterliegt die obsiegende Partei jedoch selber der Mehrwertsteuerpflicht, darf die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht miteinbezogen werden (vgl. AGVE 2011, S. 465 f.; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2021.230 vom 2. August 2021, Erw. III/2.1).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus (vgl. § 8a Abs. 1 lit. a AnwT), wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswerts beträgt. Im vorliegenden Fall geht es nicht um ein herkömmliches Submissionsverfahren, sondern um eine Honorarausschreibung für Planerleistungen, weshalb es sich rechtfertigt, von der berücksichtigten Honorarsumme als Streitwert auszugehen. Der angefochtene Zuschlag wurde gemäss Zuschlagsverfügung (S. 4) zu einem Betrag von Fr. 213'850.20 inkl. MWSt bzw. Fr. 198'561.00 ohne MWSt erteilt. Bei einem Streitwert über Fr. 100'000.00 bis Fr. 500'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung zwischen Fr. 5'000.00 und Fr. 15'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziffer 4 AnwT). Nachdem der Streitwert vorliegend im unteren bis 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. 7'000.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von gerundet Fr. 6'500.00. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) angemessen abgedeckt.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der mit Verfügung des Gemeinderats S. vom 25. Juli 2022 an die D. erteilte Zuschlag aufgehoben und die Beschwerdesache an die Einwohnergemeinde S. zur Neubewertung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Kantons.

3.

Die Einwohnergemeinde S. wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die ihr vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 6'500.00 zu ersetzen.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)

die Einwohnergemeinde S. (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. 198'561.00 (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 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 Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 21. Dezember 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi