

WBE.2021.422 / MW / wm

Art. 61

Urteil vom 16. Juni 2022

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichter Michel
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin **A. _____**,
vertreten durch M.A. HSG Florian Hartmann, Rechtsanwalt,
Vadianstrasse 25a, Postfach, 9001 St. Gallen

gegen

Beschwerde-
gegnerin **B. _____**,
vertreten durch lic. iur. Peter Arnold, Rechtsanwalt, Ettiswilerstrasse 12,
Postfach, 6130 Willisau

und

AGV Aargauische Gebäudeversicherung, Bleichemattstrasse 12/14,
Postfach, 5001 Aarau
vertreten durch lic. iur. Peter Fäs, Rechtsanwalt, Cordulaplatz 1, Postfach,
5402 Baden

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung der AGV Aargauische Gebäudeversicherung
vom 18. Oktober 2021

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die AGV Aargauische Gebäudeversicherung (im Folgenden: AGV) schrieb die Lieferung "von je ca. 6000 Stk. Brandschutzjacken und -hosen für Feuerwehren im Kanton Aargau, verteilt auf 4 Jahre mit Option auf weitere 2 Jahre" im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 5. Juni 2021 sowie auf www.simap.ch (Meldungsnummer C) im offenen Verfahren (im Staatsvertragsbereich) öffentlich aus. Innert Eingabefrist gingen von neun Anbietern fünfzehn Angebote mit Angebotssummen (inkl. MWSt) zwischen Fr. 4'234'182.42 und Fr. 6'620'076.70 ein. Die AGV beurteilte die Angebote in einem dreistufigen Auswertungsverfahren. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2021 vergab die Geschäftsleitung der AGV die Lieferung der Brandschutzausrüstung an die B. (D). Der A. wurde die anderweitige Auftragsvergabe durch Zustellung der Verfügung vom 18. Oktober 2021 eröffnet. Am YYY publizierte die AGV den zum Preis von Fr. 5'279'454.00 (inkl. MWSt) erteilten Zuschlag auf www.simap.ch (Meldungsnummer E).

B.

1.

Mit Eingabe vom 9. November 2021 erhob die A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

Materielle Anträge

1.

Es sei die Verfügung der AGV Aargauischen Gebäudeversicherung vom 18. Oktober 2021 aufzuheben und es sei der A. mit ihrem Angebot "K" der Zuschlag im Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" zu erteilen.

2.

Eventualiter sei die Verfügung der AGV Aargauischen Gebäudeversicherung vom 18. Oktober 2021 aufzuheben und es sei der A. mit ihrem Angebot "O" der Zuschlag im Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" zu erteilen.

3.

Subeventualiter sei die Verfügung der AGV Aargauischen Gebäudeversicherung vom 18. Oktober 2021 aufzuheben und es sei der A. mit dem Angebot "L" der Zuschlag im Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" zu erteilen.

4.

Subsubeventualiter sei die Verfügung der AGV Aargauischen Gebäudeversicherung vom 18. Oktober 2021 aufzuheben und es sei die AGV Aargauische Gebäudeversicherung anzuweisen ein neues Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" durchzuführen.

5.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Staates.

Formelle Anträge

1.
Es sei auf die Beschwerde einzutreten.
 2.
Eventualiter sei die Beschwerdefrist für vorliegende Beschwerde wiederherzustellen und es sei auf die Beschwerde einzutreten.
 3.
Es seien die Akten der AGV Aargauische Gebäudeversicherung im Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" für vorliegendes Verfahren beizuziehen.
 4.
Es sei der vorliegenden Beschwerde **superprovisorisch** die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 - 4.1.
Eventualiter sei der vorliegenden Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 - 4.2.
Subeventualiter sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
- 2.**
Mit Verfügung vom 11. November 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.
- 3.**
Die AGV liess sich mit Stellungnahme vom 1. Dezember 2021 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung vernehmen und stellte die folgenden Rechtsbegehren:
1.
Der Beschwerde sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen.
 2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.
- 4.**
Die B. beantragte mit Stellungnahme ebenfalls vom 1. Dezember 2021, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei – gegebenenfalls kostenfällig – abzuweisen.

5.

Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingaben vom 10. Dezember 2021 zu den Stellungnahmen der AGV und der Beschwerdegegnerin und ersuchte um Gutheissung der mit Beschwerde vom 9. November 2021 gestellten Rechtsbegehren.

6.

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung erteilt.

7.

Die AGV stellte mit Beschwerdeantwort vom 7. Januar 2022 die folgenden Rechtsbegehren:

1.
Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2.
Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

8.

Mit Beschwerdeantwort vom 28. Januar 2022 beantragte die B.:

1.
Die Beschwerde der A. vom 09. November 2021 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der A.

9.

Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit zwei separaten Replikschriften vom 24. Februar 2022 zu den Beschwerdeantworten und hielt an ihren Rechtsbegehren fest (nachfolgend: Replik I [zur Beschwerdeantwort der Vergabestelle) und Replik II [zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin]).

10.

Mit Duplik vom 7. April 2022 hielt die AGV an den Rechtsbegehren der Beschwerdeantwort vom 7. Januar 2022 fest.

11.

Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Duplik vom 8. April 2022 ebenfalls an ihren in der Beschwerdeantwort gestellten Anträgen fest.

12.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 20. April 2022 zu den beiden Duplikschriften Stellung und ersuchte erneut um Gutheissung der in der Beschwerde vom 9. November 2021 gestellten Rechtsbegehren.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

Am 1. Juli 2021 sind die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; SAR 150.960) und das Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 (DöB; SAR 150.920) in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Konkordats eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die angefochtene Verfügung erging zwar am 18. Oktober 2021 und damit nach Inkrafttreten des neuen Rechts; das ihr zugrunde liegende Vergabeverfahren "Beschaffung von Brandschutzjacken und Brandschutzhosen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" wurde jedoch mit öffentlicher Ausschreibung vom 5. Juni 2020 eingeleitet (vgl. lit. A oben). Anwendbar sind somit das Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (aIVöB; SAR 150.950) (vgl. auch unten Erw. I/2.3.2).

2.

2.1.

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).

2.2.

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 SubmD kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Bei der AGV handelt es sich um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. a SubmD.

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss § 8 Abs. 2 SubmD erreicht, was beim hier streitigen Lieferauftrag der Fall ist, gilt als anfechtbare Verfügung u.a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

3.

3.1.

Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin vertreten den Standpunkt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da die Beschwerdeführerin die Beschwerdefrist von 10 Tagen verpasst habe (Beschwerdeantwort AGV, S. 2 ff.; Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 3 f.; Duplik AGV, S. 3 f.; Duplik Beschwerdegegnerin, S. 3 f.; vgl. auch Stellungnahmen vom 1. Dezember 2021 zur aufschiebenden Wirkung, S. 3 ff. bzw. S. 3).

3.2.

Die Verfügung der AGV vom 18. Oktober 2021 enthält auf Seite 3 eine Rechtsmittelbelehrung:

1. Gegen diesen Entscheid kann **innert einer nicht erstreckbaren Frist von 20 Tagen** seit Zustellung beim **Verwaltungsgericht** des Kantons Aargau, Obere Vorstadt 40, 5000 Aarau, **Beschwerde** geführt werden. Es gelten keine Rechtsstillstandsfristen.

[...]

Die Verfahrensbeteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass die angegebene Frist von 20 Tagen falsch ist. Die Fehlerhaftigkeit steht indessen nicht ohne Weiteres fest. Nach der bereits erwähnten Übergangsbestimmung von Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Konkordats eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Aufgrund dieser Bestimmung waren bzw. sind – durch die Beschwerdeinstanz – auf das vorliegend streitige Vergabeverfahren materiell-rechtlich noch die aIVöB und das SubmD anwendbar (vgl. Erw. I/1 oben). Die übergangsrechtliche Regelung bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf das Vergabeverfahren; die Materialien zur IVöB (und zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB;

SR 172.056.1], das die gleiche Übergangsbestimmung kennt) enthalten jedoch keine Einschränkung der Geltung von Art. 62 BöB bzw. Art. 64 IVöB auf das materielle Recht. Es lässt sich daher – in Abweichung vom Grundsatz, dass Verfahrensvorschriften mit dem Tag ihres Inkrafttretens anwendbar sind – rechtfertigen, die Regelung integral auf sämtliche (materiellen und formellen) Vorschriften anzuwenden. Das heisst, für Beschwerden im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen, die noch nach den Vorgaben der aIVöB ausgeschrieben wurden, ist – vorbehältlich einer anderweitigen kantonalen Regelung – weiterhin das bisherige kantonale Recht massgebend (vgl. auch SOPHIE REGENFUSS, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 6 f. zu Art. 62 BöB/Art. 64 IVöB). Das DöB enthält keine anderslautende Regelung. Somit richtet sich die Beschwerdefrist in übergangsrechtlichen Fällen gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB nach § 25 Abs. 1 SubmD und Art. 15 Abs. 2 aIVöB. Danach ist die Beschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen.

3.3.

3.3.1.

Angesichts der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung ist zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin auf einen Vertrauensschutz berufen kann.

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ergibt sich, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keinerlei Nachteile erwachsen dürfen (BGE 138 I 49, Erw. 8.3.2). Enthält die Rechtsmittelbelehrung eine zu lange Rechtsmittelfrist, so ist eine (formlose) Wiederherstellung der Frist zu prüfen, wenn das Rechtsmittel innerhalb der Rechtsmittelbelehrungsfrist, aber nach Ablauf der gesetzlichen Rechtsmittelfrist eingereicht wird (vgl. BGE 121 I 177, Erw. 2b/cc). Der Vertrauensschutz versagt in solchen Fällen nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre. Nicht verlangt wird hingegen, dass neben den Gesetzestexten auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen wird (BGE 138 I 49, Erw. 8.3.2, BGE 135 III 374, Erw. 1.2.2.1; BGE 134 I 199, Erw. 1.3.1). Von einer rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Partei darf grundsätzlich ein höheres Mass an Sorgfalt erwartet werden als von einer rechtsunkundigen Privatperson (zum Ganzen: KASPAR PLÜSS, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, N. 53 zu § 10; MICHEL DAUM, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, N. 54 zu Art. 44).

3.3.2.

Die vorliegende Beschwerde wurde unbestrittenermassen nach Ablauf der Beschwerdefrist von 10 Tagen und damit verspätet eingereicht (Beschwerde, S. 3; vgl. auch Verfügung vom 20. Dezember 2021, Erw. 4.2.). Aus vorstehenden Ausführungen (Erw. I/3.2) folgt jedoch, dass die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung sowohl für die Beschwerdeführerin als auch ihren Rechtsvertreter weder offensichtlich noch – "durch einen Blick ins Gesetz" – leicht erkennbar war.

3.3.3.

Die verwaltungsgerichtliche Verfügung vom 20. Dezember 2021 legt in Erw. 4.3 dar, aus welchen Gründen das Vertrauen der Beschwerdeführerin in die falsche Rechtsmittelbelehrung zu schützen ist. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin halten an ihrer Auffassung fest, dass die Beschwerdeführerin keinen Vertrauensschutz beanspruchen könne. Bei ihr handle es sich um eine weltweit tätige und in Vergabeverfahren der öffentlichen Hand erfahrene Anbieterin. Sie könne betreffend Beschaffungsvorschriften nicht als juristische Laiin bezeichnet werden und sei, was Submissionsbeschwerdefristen anbelange, rechtlich versiert. Sie hätte die falsche Rechtsmittelbelehrung zudem auch deshalb erkennen müssen, weil ihr am 26. November 2020 und am 19. März 2021 zwei (anfechtbare) Verfügungen zugestellt worden seien, welche mit einer korrekten Rechtsmittelbelehrung (10 Tage) versehen gewesen seien (Beschwerdeantwort AGV, S. 3 f.; Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 3 f.; vgl. ferner Duplik AGV, S. 3 f.; Duplik Beschwerdegegnerin, S. 3 f.). Aus dem Umstand, dass es sich bei der in Q. ansässigen Beschwerdeführerin um ein europaweit und auch in Südamerika tätiges Unternehmen handelt, das an diversen Ausschreibungsverfahren in der Schweiz, in ganz Europa sowie in Übersee teilnimmt und überdies auch die E. beliefert hat (Stellungnahme AGV vom 1. Dezember 2021, S. 4), kann nicht geschlossen werden, dass sie auch über Kenntnisse des im Kanton Aargau anwendbaren öffentlichen Beschaffungsrechts, namentlich des Übergangsrechts, verfügt, und deshalb die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung hätte erkennen müssen. Vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau ist die A. bisher noch nie in Erscheinung getreten, weder als Beschwerdeführerin in Submissionssachen noch in irgendeiner anderen Eigenschaft oder Funktion, und verfügt folglich nicht über einschlägige Erfahrungen. Nicht ersichtlich ist schliesslich, was die AGV und die Beschwerdegegnerin aus den beiden Verfügungen der AGV vom 26. November 2020 und vom 19. März 2021 zugunsten ihres Standpunktes herleiten wollen. Diese Verfügungen (vgl. dazu unten Erw. II/3) sind zeitlich klar vor Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts ergangen, weshalb sich keine übergangsrechtlichen Fragen stellten. Aus den Rechtsmittelbelehrungen der früheren Verfügungen musste die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht zwangsläufig auf die Unrichtigkeit der Fristangabe in der Verfügung vom 18. Oktober 2021 schliessen oder auch nur Zweifel an deren Richtigkeit hegen.

Die zwischen den Verfahrensbeteiligten heftig umstrittene Frage (vgl. vor allem Duplik Beschwerdegegnerin, S. 3; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 20. April 2022, S. 2), ob die Mandatierung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin bereits am 2. oder erst 3. November 2021 erfolgte, ist wie bereits in der Verfügung vom 20. Dezember 2021 ausgeführt, nicht relevant. Unbestritten ist, dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Rechtsvertreter am 2. November 2021, d.h. am letzten Tag der Beschwerdefrist, ein Telefongespräch in der streitgegenständlichen Angelegenheit stattgefunden hat. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin ging es dabei nicht um die Erhebung einer Beschwerde, sondern vielmehr um das richtige Vorgehen bzw. die Verhaltensweisen im Hinblick auf die am 3. November 2021 stattfindende Besprechung mit der AGV betreffend Auswertung der Phase 3 (Stellungnahme vom 20. April 2022, S. 2; Replik I, S. 4). Es liegt allerdings nahe, dass der kontaktierte Rechtsanwalt bei dieser Gelegenheit Kenntnis von der Verfügung der AGV vom 18. Oktober 2021 und der darin angegebenen Rechtsmittelfrist von 20 Tagen erlangte. Wie bereits ausgeführt war die Fehlerhaftigkeit der erhaltenen Rechtsmittelbelehrung indessen weder offensichtlich noch durch einen einfachen "Blick ins Gesetz" erkennbar, sondern erforderte vertiefte Abklärungen durch Konsultation einerseits der Übergangsbestimmung der IVöB und andererseits des neuen und alten kantonalen Submissionsrechts sowie auch der einschlägigen Materialien und – soweit bereits vorhanden und zugänglich – Rechtsprechung und Literatur (vgl. oben Erw. I/3.2). Der Einwand, der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hätte die fehlerhafte Fristangabe in der Rechtsmittelbelehrung am 2. November 2021 feststellen müssen, geht somit fehl. Die Beschwerdegegnerin behauptet sodann, der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sei am 2. November 2021 fälschlicherweise davon ausgegangen, "dass die Frist bereits am 01. November 2021 abgelaufen war und eine Beschwerde am 02. November 2021 verspätet gewesen wäre (Beschwerde, S. 3 Ziff. 3). Aufgrund dieser Fehleinschätzung bestand für die Beschwerdeführerin offenbar keine Eile mehr für die Einreichung der Beschwerde; aus ihrer Sicht bzw. aus der Sicht ihrer Rechtsvertretung war die Frist zum Zeitpunkt der Mandatierung am 02. November 2021 ja bereits abgelaufen" (Duplik Beschwerdegegnerin, S. 3). Sie unterstellt mit dieser Äusserung der Beschwerdeführerin und deren Rechtsbeistand, bereits am 2. November 2021 die Unrichtigkeit der Fristangabe in der Rechtsmittelbelehrung erkannt bzw. gekannt zu haben. Für die Richtigkeit dieser Behauptung bestehen keine Anhaltspunkte; insbesondere ergibt sich diese auch nicht aus der Beschwerde. Unumstösslich fest steht demgegenüber die Tatsache, dass die Beschwerdefrist in der Rechtsmittelbelehrung auf 20 Tage lautete.

3.3.4.

Das Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung ist somit zu schützen.

4.

Die Beschwerdebefugnis als drittplatzierte Anbieterin ist ebenfalls zu bejahen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin sind die beiden vor ihr liegenden Anbieterinnen mangels Erfüllung der Eignungskriterien zu Unrecht nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden (Beschwerde, S. 11 f.). Zudem beantragt sie subsubeventualiter die Durchführung eines neuen Submissionsverfahrens. Eine Chance auf den Zuschlag kann ihr nicht abgesprochen werden. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

5.

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

II.

1.

1.1.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin wurde das vorliegend streitige Submissionsverfahren weder objektiv noch transparent noch unparteiisch durchgeführt. Insbesondere bemängelt sie, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungskriterien von diversen Anbietern nicht eingehalten worden seien, was indessen nicht zu deren Ausschluss geführt habe. Vielmehr habe ein Anbieter, der die Eignungskriterien nicht erfüllt habe, sogar den Zuschlag erhalten. Die Vergabestelle habe sich in ihren Ausschreibungsunterlagen für ein Vorgehen nach Art. 40 Abs. 2 IVöB entschieden, aber nie eine Einschränkung auf die drei bestrangierten Angebote vorgenommen, sondern mehr oder weniger willkürlich Anbieter ohne erkennbaren Grund und entgegen den Ausschreibungsunterlagen zu den verschiedenen Phasen zugelassen bzw. nicht zugelassen. In der letzten Phase habe die AGV einen Praxistest durchgeführt, dessen Evaluationskriterien keiner der Anbieter gekannt habe und der einzig auf subjektiven Kriterien beruht habe. Schlussendlich habe nicht das vorteilhafteste, sondern irgendein Angebot den Zuschlag erhalten (Beschwerde, S. 9 ff., insbesondere S. 20; ferner Replik I, S. 5 ff.; Replik II, S. 4 ff.). In formeller Hinsicht rügt sie eine Verletzung der Begründungspflicht. Die angefochtene Verfügung enthalte weder eine Angabe des Gesamtpreises der Beschwerdegegnerin noch halte sie explizit fest, welche massgebenden Vorteile das Angebot "D" gegenüber den anderen eingereichten Angeboten aufweise (Beschwerde, S. 8; Replik I, S. 6; Replik II, S. 5).

1.2.

Die Vergabestelle weist die Vorwürfe der mangelnden Objektivität, der Intransparenz und der Parteilichkeit zurück. Die Vorgehensweise, die Abläufe und die Teilnahmekriterien seien in den Ausschreibungsunterlagen und in den beiden – unangefochten gebliebenen – Zwischenverfügungen erklärt und offen und transparent kommuniziert worden. Nach ihrer Auffassung erfüllt die Beschwerdegegnerin bei richtiger Interpretation die Eignungskriterien, insbesondere auch das Eignungskriterium "Mehrjährige Erfahrung in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen", auch wenn es sich bei ihr nicht um eine (direkte) Produzentin von Brandschutzbekleidung handle. Ein Ausschluss wäre unzulässig gewesen. Als zulässig erachtet die Vergabestelle sodann das vorgenommene "Shortlisting" und das Vorgehen in der dritten Auswertungsphase. Sie bestreitet eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs; den Anbietern sei – auch nach der Eröffnung der Verfügung vom 18. Oktober 2021 – die Möglichkeit offen gestanden, die Auswertung einzusehen. Die Auswertungsergebnisse (insbesondere vom Tragetest) seien der Beschwerdeführerin offen und transparent kommuniziert und erläutert worden (vgl. Beschwerdeantwort AGV, S. 7 ff.).

1.3.

Die Beschwerdegegnerin vertritt den Standpunkt, dass das von der AGV durchgeführte Verfahren den Ausschreibungsunterlagen entsprochen und aufgrund der korrekt gewichteten Zuschlagskriterien zum Zuschlag an das beste und wirtschaftlich günstigste Angebot geführt habe. Sie erfülle offensichtlich sämtliche Eignungskriterien. Ihr Angebot habe die Hürden der ersten und zweiten Auswertungsphase genommen und sei zur dritten Auswertungsphase zugelassen worden, in der es die besten Bewertungen und folgerichtig den Zuschlag erhalten habe (Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 5 ff.; vgl. auch Duplik, S. 5 ff.).

2.

2.1.

Zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdegegnerin mangels Erfüllung der massgeblichen Eignungskriterien vom Submissionsverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

2.2.

Gemäss § 10 Abs. 1 SubmD kann die Vergabestelle für jeden Auftrag oberhalb der Schwellenwerte gemäss § 8 Abs. 1 SubmD in der Ausschreibung beziehungsweise in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, welche für die Ausführung des betreffenden Auftrags wesentlichen Eignungskriterien die Anbietenden erfüllen und welche unerlässlichen Nachweise, insbesondere bezüglich der finanziellen, wirtschaftlichen und fachlichen Leistungsfähigkeit, sie erbringen müssen. Die Eignungskriterien können insbesondere auch die Erfahrung der Anbieter betreffen. Neu im Markt Auftretenden

ohne Referenzen ist unter Berücksichtigung der Qualitätsanforderungen nach Möglichkeit eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance einzuräumen (§ 10 Abs. 2 SubmD). Sowohl bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise als auch bei der Beurteilung der Anbieter anhand der ausgewählten Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 219, Erw. 4.2; Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2015.513 vom 26. Februar 2016, Erw. II/2.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Rz. 564, 608 und 611 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (Erw. I/5; vgl. auch Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2013 [B-4904/2013], Erw. 5.3 mit Hinweisen). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Beurteilung vorzunehmen. Die Vergabestelle ist aber an ihre eigenen Vorgaben in Bezug auf die Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise gebunden (Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2021.192 vom 28. Oktober 2021, Erw. II/2, WBE.2021.28 vom 12. Mai 2021 [WBE.2021.28], Erw. II/1.3.1 und II/1.4; ferner GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 628 ff. mit Hinweisen) und kann nicht zu Gunsten einzelner Anbieter davon abweichen. Einzig wenn kein Anbieter die von der Vergabestelle definierten Eignungskriterien erfüllt, kann die Vergabestelle unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbietenden auf die betreffende Anforderung nachträglich verzichten, zumal wenn ein Abbruch des Verfahrens unverhältnismässig wäre (BGE 141 II 353, Erw. 7.3 und 7.4.2; RAMONA WYSS, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 27 N 5).

Eignungskriterien sind Ausschlusskriterien. Erfüllt ein Anbieter ein Eignungskriterium nicht, ist er vom Verfahren auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. BGE 145 II 249, Erw. 3.3; BGE 143 I 177, Erw. 2.3.1; BGE 141 II 353, Erw. 7.1; Urteile des Bundesgerichts 2C_717/2020 und 2C_718/2020 vom 11. Januar 2021, Erw. 1.3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 603; WYSS, a.a.O., N. 5 zu Art. 27).

2.3.

2.3.1.

Unter Ziffer 6.1 Eignungskriterien (Ausschreibungsunterlagen, Allgemeine Bedingungen) wurde nebst anderem Folgendes festgehalten:

Wer die folgenden Eignungskriterien nicht erfüllt oder die entsprechenden Dokumentationen und Nachweise nicht liefert, wird zum Angebot nicht zugelassen:

- a. Mehrjährige Erfahrung des Anbieters in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen für Feuerwehrgesellschaften.

Geforderter Nachweis: Referenzkataloge aus den letzten 10 Jahren (geeigneter Nachweis).

- b. Sämtliche Besprechungen müssen in der Schweiz stattfinden.

Geforderter Nachweis: Ortsangabe der Besprechungen

- c. Personelle Leistungsfähigkeit

Geforderter Nachweis: Bestätigung / Dokumentation.

- I. Benennung von direkten fachlichen Ansprechpartnern mit fließenden Deutschkenntnissen.

- II. Einsatz von Mitarbeitern mit durchschnittlicher Erfahrung von 4 Jahren in der Produktion und Lieferung für Feuerwehrorganisationen.

- d. Firmenportrait, Organisation, Organigramm, Lehrlingsausbildung.

Geforderter Nachweis: Dokumentation (geeignete Präsentation).

- e. Kundendienst

Geforderter Nachweis: Bestätigung, dass der Kundendienst für den Kanton Aargau während der Vertragsdauer 5 Tage die Woche zu Bürozeiten erreichbar und zuständig ist.

[...]

2.3.2.

2.3.2.1.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin das Kriterium lit. a "Mehrjährige Erfahrung des Anbieters in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen für Feuerwehrorganisationen" erfüllt. Letztere sei einzig in der Produktion von Feuerwehr- und Industrieschläuchen tätig, nicht aber in der Produktion von Brandschutzjacken und Brandschutzhosen – sprich von Feuerwehrausrüstung. Infolgedessen könne bei ihr auch nicht von einer mehrjährigen Erfahrung in der Produktion von Brandschutzausrüstung ausgegangen werden (Beschwerde, S. 12; vgl. auch Replik I, S. 10 ff.; Replik II, S. 7 f.; Stellungnahme vom 20. April 2022, S. 3).

2.3.2.2.

Nach Darstellung der Vergabestelle sollte mit dem Eignungskriterium "mehrjährige Erfahrung in der Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstung" primär sichergestellt werden, dass die Anbieterin ihre vertraglichen Sachgewährleistungsverpflichtungen rasch, unkompliziert und vollständig erbringen könne. Insbesondere sei es erforderlich, dass allfällige Reparaturen an den Brandschutzausrüstungen rasch und unkompliziert vorgenommen würden. Unbestritten sei, dass eine direkte Produzentin solche Anforderungen erfüllen könne. Für dieses Kriterium sei primär der Kundendienst und Kundenservice massgebend. Ein genereller Ausschluss von Anbieterinnen, welche mit Herstellerfirmen zusammenarbeiteten, sei zu eng und damit unzulässig. Auch Fachhändlerinnen könnten einen zuver-

lässigen Kundendienst mit einem ausreichenden zweckorientierten Schadensmanagement anbieten. Beim Kriterium Produktion werde also primär erwartet, dass die Anbieterin in engem Kontakt mit der Produzentin stehe und dieselbe Gewährleistung / Garantie biete, wie dies von einer Produzentin i.e.S. erwartet werden könne. Sowie Produzentinnen i.e.S. über eine Verkaufsabteilung verfügten, so verfügten auch Händler und Importeure über Fachleute mit Kenntnissen in der Herstellung. Die Eigenschaft Produzentin könne daher in der vorliegenden Ausschreibung nicht massgebend sein, um eine Anbieterin zum Vornherein auszuschliessen. Allein das Merkmal Produktion sei kein ausreichendes Kriterium. Aus diesem Grund verlange die vorliegende Ausschreibung explizit Erfahrung in der Produktion und Lieferung. Damit werde klargestellt, dass es eben auch auf die Lieferung und die damit verbundenen Gewährleistungsrechte ankomme. Dieser Interpretation sei auch deshalb zu folgen, weil der Gegenstand der Ausschreibung als Liefervertrag und nicht als Herstellungsauftrag definiert worden sei (Beschwerdeantwort AGV, S. 15 f.; Duplik AGV, S. 12).

2.3.2.3.

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass sie gemeinsam mit der F. spezielle Modelle für Feuerwehren in der Schweiz entwickle. Es bestehe eine enge Zusammenarbeit, und ihre Mitarbeiter seien kontinuierlich in die Prozesse, Entwicklung und Produktion involviert. Dabei sei ihre Erfahrung in der Herstellung textiler Brandschutzausrüstung vorteilhaft. Sie unterhalte neben einem umfangreichen Lager an Brandschutzbekleidung einen Konfektionsbetrieb, um Produkteveredelungen, Massänderungen und Reparaturen an der Brandschutzbekleidung vorzunehmen. Sie gewähre somit einen zuverlässigen Vollservice. Die eigene Infrastruktur in R. und die äusserst enge Zusammenarbeit mit der F. erlaubten es ihr, bei Wünschen und Anliegen der Kunden umgehend zu reagieren und gegebenenfalls qualitativ hochwertigen Ersatz zu liefern. Im Übrigen verkenne die Beschwerdeführerin offensichtlich, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungsgesetz, PrHG; SR 221.112.944) nicht nur der Hersteller des Endprodukts, sondern auch der Hersteller von Teilprodukten sowie der Importeur vom Herstellerbegriff erfasst werde; dabei falle selbst der sog. Assembler unter den Begriff des Herstellers, der aus gelieferten Einzelteilen ein Produkt zusammenbaue und dem die Auswahl der Einzelteile oder die Art und Weise des Zusammenbaus freigestellt sei. Den Eignungskriterien sei nicht explizit zu entnehmen, dass einzig Produzenten zum Submissionsverfahren zugelassen seien. Bei richtiger Lesart der Eignungskriterien richte sich die Submission entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht ausschliesslich an Anbieter mit eigener Produktionsstätte. Vielmehr werde Erfahrung in der Produktion und Lieferung erwartet (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 1. Dezember 2021, S. 3; Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin, S. 8 f.; Duplik Beschwerdegegnerin, S. 5).

2.3.3.

Der Wortlaut von Ziffer 6.1 lit. a der Ausschreibungsunterlagen ist klar, eindeutig und unmissverständlich. Es besteht weder Auslegungsbedarf noch auch nur Raum für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung. Verlangt wird von der Anbieterin mehrjährige Erfahrung in der *Produktion und Lieferung* von Brandschutzausrüstung. Diese Vorgabe lässt sich nur so verstehen, dass die Anbieterin selber seit mehreren Jahren Brandschutzausrüstung produziert und über entsprechende Produktionsstätten verfügt. Wenn die Vergabestelle nun vorbringt, beim Kriterium Produktion werde primär erwartet, dass die Anbieterin in engem Kontakt mit der Produzentin stehe und dieselbe Gewährleistung / Garantie biete, wie dies von einer Produzentin i.e.S. erwartet werden könne, setzt sie sich mit dieser Interpretation in Widerspruch zu ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen. Die Vergabestelle hat vorliegend nicht nur mehrjährige Erfahrung in der Lieferung von Brandschutzausrüstung, sondern an erster Stelle in der Produktion von Brandschutzausrüstung verlangt. An diese eigene Vorgabe ist sie gebunden (vgl. oben Erw. II/2.2). Eine Veranlassung, davon abzuweichen, bestand vorliegend nicht, erfüllen doch nebst der Beschwerdeführerin auch mehrere andere Anbieter diese Anforderung. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind zudem so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14, Erw. 7.1). Die Beschwerdeführerin hält fest, da sie explizit darauf hingewiesen worden sei, dass einzig Produzenten, nicht aber Händler zum Submissionsverfahren zugelassen seien, habe sie selber offerieren müssen und habe dies nicht über ihre Partner des Vertrauens in der Schweiz tun können (Beschwerde, S. 13). Es ist nicht auszuschliessen, dass andere Anbieter aufgrund der ausdrücklich verlangten mehrjährigen Erfahrung in der Produktion von der Abgabe eines Angebots abgehalten worden sind. Den Argumenten der Vergabestelle, mit denen sie diese Anforderung zu relativieren versucht, kann nicht gefolgt werden. Es ist unzutreffend, dass sie das Eignungskriterium mehrjährige Erfahrung in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen korrekt geprüft hat. Sie hat – jedenfalls in Bezug auf die Beschwerdegegnerin – die an erster Stelle verlangte Erfahrung in der Produktion ausgeblendet und die Erfahrung als Lieferantin bzw. als Händlerin genügen lassen.

Die Beschwerdegegnerin ist unbestrittenermassen keine Produzentin von Brandschutzkleidern (vgl. Beschwerdeantwort AGV, S. 17). Ihr Zweck ist die "Produktion von Feuerwehr- und Industrieschläuchen; Handel mit Feuerwehr- und Sicherheitsmaterial im Brand- und Elementarschutz; [...]" (vgl. www.zefix.ch, Firmennummer G). Auch der Internet-Auftritt der B. (H; Übers uns/Produktion und Firmenportrait) zeigt, dass sie zwar Feuerwehr- und Industrieschläuche produziert, aber keine Brandschutzbekleidung. Sie un-

terhält diesbezüglich zwar ein Lager, einen Webshop sowie einen Konfektionsbetrieb für Produkteveredelungen, Massänderungen und Reparaturen, verfügt aber nicht über eine eigene Produktion. Daran, dass die Beschwerdegegnerin keine Produzentin von Brandschutzkleidern ist, ändert auch der Umstand nichts, dass sie seit 2009 exklusive Vertragspartnerin der F. in S. ist, deren unter der Bezeichnung M hergestellten Brandschutzbekleidungsteile in der Schweiz vertreibt und eine Zusammenarbeit/Kooperation besteht (vgl. Schreiben von G. vom 18. November 2021 [Beilage 2 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 1. Dezember 2021]). Inwiefern die Erfahrung der Beschwerdegegnerin in der Herstellung von (textilen) Schläuchen für die Entwicklung und Produktion von Brandschutzbekleidung vorteilhaft sein soll, leuchtet nicht ein. Auch sind die Eignungskriterien bezogen auf den konkret zu vergebenden Auftrag festzulegen und von den Anbietern zu erfüllen. In Bezug auf die vorliegend streitige Beschaffung von je ca. 6'000 Brandschutzjacken und -hosen kann die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin textile Feuerwehrschräuche produziert, daher nicht relevant sein. Auch aus dem für die Produkthaftung massgebenden, umfassenden Herstellerbegriff gemäss Art. 2 PrHG lässt sich nichts zugunsten des Standpunkts der Beschwerdegegnerin und desjenigen der Vergabestelle ableiten. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin u.a. die von der F. hergestellten Produkte in die Schweiz importiert und hier vertreibt, macht sie (möglicherweise) zwar zur Herstellerin im Sinne des PrHG, nicht aber zur Produzentin dieser Produkte mit mehrjähriger Erfahrung.

2.3.4.

Die Beschwerdegegnerin erfüllt somit das Eignungskriterium "Mehrjährige Erfahrung des Anbieters in Produktion und Lieferung von Brandschutzausrüstungen für Feuerwehrorganisationen" in Bezug auf die Produktion nicht und hätte folgerichtig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Der Ausschluss ist weder unverhältnismässig noch überspitzt formalistisch, vielmehr entspricht er den unmissverständlichen, von der Vergabestelle selber formulierten Eignungskriterien.

2.4.

Die Vergabestelle bringt vor, dass bei einer strengen Auslegung der Eignungskriterien auch die Beschwerdeführerin hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil ihr Kundendienst entgegen dem Kriterienkatalog lediglich 4.5 Tage pro Woche (anstatt 5 Tage) erreichbar sei (Beschwerdeantwort AGV, S. 16). Die Beschwerdeführerin erachtet es als klar, dass Ziffer 6.1 lit. e der Ausschreibungsunterlagen dahingehend auszulegen sei, dass es dem Kanton Aargau während fünf Tagen pro Woche möglich sein müsse, die Anbieterin zu kontaktieren. Dies stelle die Beschwerdeführerin sicher und damit erfülle sie auch dieses Eignungskriterium. Schlussendlich sei das Verhalten der AGV auch missbräuchlich, wenn sie erst zum jetzigen Zeitpunkt mit diesem Vorhalt komme (Replik I, S. 12).

Gemäss Ziffer 6.1 lit. e der Ausschreibungsunterlagen wurde von den Anbietern eine Bestätigung verlangt, dass der Kundendienst für den Kanton Aargau während der Vertragsdauer 5 Tage die Woche zu Bürozeiten erreichbar und zuständig ist (vgl. oben Erw. II/2.3.1).

Dem Angebot der Beschwerdeführerin lassen sich folgende Bürozeiten entnehmen (Vorakten, Ordner 2, act. 797):

- Montag bis Donnerstag von 08.00 bis 17.00 Uhr
- Freitag von 08.00 bis 12.30 Uhr

Die Beschwerdeführerin bestätigt, dass sie für die Kunden während der Bürozeiten immer verfügbar sei und deren Anliegen entgegennehme.

Die Vergabestelle hat es unterlassen, die Bürozeiten, zu denen sie den Kundendienst des Anbieters zu erreichen wünscht, näher zu definieren. Damit geht die Beschwerdeführerin zu Recht davon aus, dass sie das Eignungskriterium erfüllt. Tatsächlich ist sie an 5 Tagen pro Woche erreichbar, und zwar nicht bloss in Randstunden, sondern zu allgemeinen Bürozeiten. Die fehlende Erreichbarkeit am Freitagnachmittag vermag daran nichts zu ändern. Hinzu kommt, dass ein Verfahrensausschluss des Anbieters mit der Begründung, dass seine Bürozeiten am Freitag bereits um 12.30 Uhr enden, unverhältnismässig und überspitzt formalistisch wäre. Der Kundendienst der Beschwerdeführerin ist an allen fünf Werktagen erreichbar und es ist nicht vorstellbar, welche Fragen und Probleme sich im Zusammenhang mit Brandschutzkleidern an einem Freitagnachmittag ergeben könnten, deren Klärung durch den Kundendienst nicht auch noch am folgenden Montag möglich wäre. Ansonsten hätte die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine 24/7-Verfügbarkeit verlangen müssen. Bezeichnenderweise wurde der Kundendienst der Beschwerdeführerin während des gesamten Vergabeverfahrens nie bemängelt. Weitere Ausschlussgründe gegenüber der Beschwerdeführerin nennt die Vergabestelle keine. Für einen Verfahrensausschluss auch der Beschwerdeführerin besteht somit keine Veranlassung.

3.

Da die Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen und der ihr erteilte Zuschlag aufzuheben ist, erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin vertieft einzugehen. Insbesondere kann offenbleiben, ob das von der Vergabestelle gewählte und von der Beschwerdeführerin als intransparent und von den Ausschreibungsunterlagen abweichend kritisierte "mehrphasige" Vorgehen von den hier noch zur Anwendung gelangenden Vorschriften des SubmD standhält. Im Gegensatz zu Art. 40 Abs. 2 IVöB kannten bzw. kennen weder das SubmD noch die aIVöB das

sog. Shortlisting, bei dem die Vergabestelle – unter bestimmten Voraussetzungen und sofern in der Ausschreibung angekündigt – alle Angebote auf der Grundlage der eingereichten Angebote einer ersten Prüfung unterziehen und rangieren und die drei bestrangierten Angebote einer umfassenden Prüfung und Bewertung unterziehen kann (vgl. dazu DANIEL STUCKI, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 15 ff. zu Art. 40). Festzustellen ist jedoch (auch im Hinblick auf künftige Verfahren), dass die Vergabestelle den an die B. erteilten Zuschlag allen Anbietern, die am Vergabeverfahren mit einem Angebot teilgenommen haben und zur Bewertung zugelassen wurden, mittels mit Beschwerde anfechtbarer Verfügung hätte eröffnen müssen. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin unterliegen einem Irrtum, wenn sie vorbringen, die Zwischenverfügungen vom 26. November 2020 (Ergebnis der ersten Auswertungsphase) und vom 19. März 2021 (Ergebnis der zweiten Auswertungsphase / EMPA-Test) seien selbständig anfechtbar gewesen. Die mit Beschwerde anfechtbaren Verfügungen sind in § 24 Abs. 2 lit. a – e SubmD abschliessend aufgelistet. Dazu gehören namentlich der Zuschlag (lit. b) und der Ausschluss vom Vergabeverfahren (lit. d). Die erwähnten "Zwischenverfügungen" haben weder den Charakter von Zuschlagsverfügungen noch von Ausschlussverfügungen im Sinne von § 24 Abs. 2 SubmD (mit Ausnahme der H., welche die Eignungskriterien nicht erfüllte); es handelt sich um blosse Informationsschreiben an die für die weiteren Auswertungsphasen (mit Labortest bzw. Praxistest) unberücksichtigt gebliebenen Anbieter. Auch beim Entscheid über die Nichtberücksichtigung eines Anbieters für die Shortlist gemäss Art. 40 Abs. 2 IVöB handelt es sich nicht um eine mit Beschwerde anfechtbare Verfügung gemäss Art. 53 Abs. 1 IVöB (vgl. Art. 53 Abs. 5 IVöB). Rügen gegen das Shortlisting können mit anderen Worten erst mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung oder gegebenenfalls einer Ausschlussverfügung erhoben werden (STUCKI, a.a.O., N. 37 zu Art. 40).

4.

Zusammenfassend erweist sich die Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle die Eignungskriterien nicht und hätte deshalb vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, als begründet. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 18. Oktober 2021 ist deshalb aufzuheben.

5.

5.1.

Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren, der Zuschlag sei einem ihrer Angebote ("K", eventualiter "O", subeventualiter "L") zu erteilen. Sub-subeventualiter sei die AGV anzuweisen, ein neues Submissionsverfahren betreffend "Beschaffung von Brandschutzausrüstungen für die Feuerwehren im Kanton Aargau" durchzuführen (Beschwerde, S. 2 [materielle Anträge 1 – 4]).

5.2.

Das Verwaltungsgericht kann gemäss § 27 Abs. 1 SubmD die Zuschlagsverfügung aufheben und die Beschwerdesache mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabestelle zurückweisen. Aus dem Gesetzeswortlaut geht indes nicht klar hervor, ob das Verwaltungsgericht die Rückweisung mit der Anordnung verbinden darf, einem bestimmten Anbieter den Zuschlag zu erteilen. Bei der Beratung von § 27 SubmD in der Kommission des Grossen Rates wurde zu dieser Frage ausgeführt, aufgrund des Wortlautes sei eine solche Anordnung "im Prinzip ausgeschlossen" (Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 4. September 1996, S. 25 [Votum Pfisterer]). Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums, welcher der Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung zukommt, wird das Verwaltungsgericht, dem nur eine Rechts-, aber keine Ermessenskontrolle zusteht (§ 25 Abs. 3 SubmD), höchstens in Ausnahmefällen, in denen die Vergabestelle aufgrund der besonderen Umstände des Falles kein Ermessen mehr hat, verbindliche Anweisungen bezüglich des Zuschlags erteilen (AGVE 1997, S. 354, Erw. 2a).

5.3.

Da es sich bei der zweitplatzierten I. auch um eine Anbieterin handelt, die selber keine Brandschutzkleider, sondern nur gewobene Schläuche herstellt, und infolgedessen nicht über die erforderliche Erfahrung in der Produktion von Brandschutzbekleidung verfügt (vgl. Vorakten, Ordner 1, act. 201), wäre sie richtigerweise ebenfalls vom Verfahren auszuschliessen gewesen. Weitere Anbieter wurden gar nicht erst zum Praxistest zugelassen. Insofern verbleibt der Vergabestelle vorliegendenfalls kein grosser Ermessensspielraum. Andererseits ist gemäss § 22 Abs. 1 SubmD die Vergabestelle nicht zum Zuschlag verpflichtet. Insbesondere kann aus wichtigen Gründen das Verfahren jederzeit abgebrochen oder wiederholt werden (§ 22 Abs. 2 SubmD). Im vorliegenden Verfahren stellt die Beschwerdeführerin subsubeventualiter selbst den Antrag auf ein neues Submissionsverfahren, d.h. auf Wiederholung. Insofern besteht auch in Fällen wie dem vorliegenden nach wie vor ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, weshalb das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer verbindlichen Anweisung absieht und es bei der Aufhebung des erteilten Zuschlags bewenden lässt.

5.4.

Den Begehren, der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen, ist deshalb nicht zu entsprechen. Es bleibt der Vergabestelle überlassen, ob sie einem der Angebote der Beschwerdeführerin den Zuschlag erteilen oder ob sie im Sinne des Sububeventualantrags das Submissionsverfahren wiederholen will.

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).

1.2.

Im vorliegenden Fall obsiegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung, unterliegt hingegen mit den Begehren, es sei ihr der Zuschlag für eines ihrer Angebote zu erteilen bzw. mit dem Antrag, es sei die AGV anzuweisen, ein neues Submissionsverfahren betreffend die streitgegenständliche Beschaffung durchzuführen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin von drei Vierteln auszugehen (vgl. auch Entscheide des Verwaltungsgerichts WBE.2021.192 vom 28. Oktober 2021, Erw. III/1.1, WBE.2020.443 vom 5. März 2021, Erw. III/1.2, WBE.2019.203 vom 7. Oktober 2019, Erw. III/1). Entsprechend hat sie die Verfahrenskosten zu 1/4 zu tragen (§ 31 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von 3/4 gehen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (vgl. Ziffer 3 der Verfügung vom 11. November 2021), da der Vergabestelle – welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG) – nicht vorgeworfen werden kann, sie habe schwerwiegende Verfahrensfehler begangen oder willkürlich entschieden (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

2.

2.1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 32 Abs. 2 VRPG). Eine Privilegierung der Behörden wie bei den Verfahrenskosten (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG) besteht bei den Parteikosten nicht. Bei teilweisem Obsiegen/Unterliegen werden die Anteile des Obsiegens bzw. Unterliegens verrechnet (vgl. AGVE 2012, S. 223 ff; 2011, S. 247, Erw. 3.1; 2009, S. 278 ff.).

2.2.

Da die Beschwerdeführerin zu 3/4 obsiegt und zu 1/4 unterliegt, hat sie Anspruch auf Ersatz von 1/2 ihrer Parteikosten (= $3/4 - 1/4$). Dieser Anteil ist ihr je zur Hälfte von der Beschwerdegegnerin und von der Vergabestelle zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerin und die Vergabestelle haben der Beschwerdeführerin somit je 1/4 (= $1/2 \times 1/2$) der verwaltungsgerichtlichen Parteikosten zu ersetzen.

3.

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).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus (§ 8a Abs. 1 lit. a AnwT), wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswerts (ohne Mehrwertsteuer; vgl. § 8 Abs. 5 SubmD) beträgt. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Zuschlag zu einem Betrag von Fr. 5'279'454.00 inkl. 7.7 % MWSt bzw. Fr. 4'902'000.00 ohne MWSt erteilt, womit der massgebliche Streitwert Fr. 490'200.00 beträgt. 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 oberen 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. 12'000.00 sachgerecht. Davon ist die MWSt abzuziehen, da die Beschwerdeführerin in der Schweiz mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies führt zu einem Betrag von gerundet Fr. 11'142.00. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) angemessen abgedeckt.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der AGV Aargauische Gebäudeversicherung vom 18. Oktober 2021 betreffend Zuschlagserteilung an die B. aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die AGV Aargauische Gebäudeversicherung zurückgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 14'000.00 sowie der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 504.00, gesamthaft Fr. 14'504.00, sind von der Beschwerdeführerin zu 1/4 mit Fr. 3'626.00 und von der Beschwerdegegnerin zu 3/4 mit Fr. 10'878.00 zu bezahlen.

3.

Die AGV Aargauische Gebäudeversicherung und die Beschwerdegegnerin werden verpflichtet, der Beschwerdeführerin die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 11'142.00 je zu einem Viertel, d.h. je zu Fr. 2'785.50, zu ersetzen.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)

die Beschwerdegegnerin (Vertreter)

die AGV Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt (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. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der

Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 4'902'000.00 (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 Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. 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, 16. Juni 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi