



**Geschäftsnummer:** VD.2017.215 (AG.2018.169)  
**Instanz:** Appellationsgericht  
**Entscheiddatum:** 07.03.2018  
**Erstpublikationsdatum:** 13.04.2018  
**Aktualisierungsdatum:** 13.04.2018

**Titel:** Abbruch des Submissionsverfahrens  
Installationspartner Wärmebox Fernwärme



Appellationsgericht  
des Kantons Basel-Stadt  
als Verwaltungsgericht  
Dreiergericht

VD.2017.215

## URTEIL

vom 7. März 2018

Mitwirkende

Dr. Claudius Gelzer, Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Andreas Traub  
und Gerichtsschreiberin Dr. Michèle Guth

Beteiligte

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

[...]

vertreten durch [...], Advokat,

Rekurrentin

gegen

**Industrielle Werke Basel**

[...]

vertreten durch [...], Advokat,

Rekursgegnerin

Gegenstand

**Rekurs** gegen einen Beschluss der Industriellen Werke Basel  
vom 6. September 2017

betreffend Abbruch des Submissionsverfahrens  
Installationspartner Wärmebox Fernwärme

## Sachverhalt

Die Industriellen Werke Basel (nachfolgend IWB) schrieben am 7. Januar 2017 mit Publikation im Kantonsblatt sowie Veröffentlichung unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) den Bauauftrag „Installationspartner Wärmebox Fernwärme“ im offenen Verfahren aus. Gegenstand der Beschaffung war die Installation von Anlagekomponenten und Dienstleistungen für Fernwärme-Umformerstationen während einer Vertragsdauer von Juni 2017 bis Mai 2022. Innert Frist reichte neben anderen Mitbewerberinnen auch die A\_\_\_\_\_ (Rekurrentin) ein Angebot ein.

Am 6. September 2017 publizierten die IWB den Abbruch der Ausschreibung. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilten sie der Rekurrentin mit, dass das Vergabeverfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen werde. Gegen diese Abbruchverfügung erhob die anwaltlich vertretene Rekurrentin mit Eingabe vom 18. September 2017 beim Verwaltungsgericht einen gegen das Bau- und Verkehrsdepartement sowie die IWB gerichteten Rekurs. Sie beantragt die vollumfängliche sowie kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung der angefochtenen Verfahrensabbruchverfügung und die Anweisung der beiden Rekursgegner, die Submission „Installationspartner Wärmebox Fernwärme“ auf Basis der eingereichten Angebote der Anbieter wieder aufzunehmen und weiterzuführen und dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Eventualiter beantragt sie die Feststellung, dass die Verfügung vom 6. September 2017 betreffend Abbruch der genannten Submission rechtswidrig sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der Einsicht in die gesamten „Akten des Submissionsverfahrens“. Mit Verfügung vom 20. September 2017 hat der Instruktionsrichter dem Rekurs in dem Sinne die aufschiebende Wirkung zuerkannt, dass der Vergabestelle vorsorglich untersagt worden ist, einen Vertrag über den Gegenstand der abgebrochenen Ausschreibung „IWB, Installationspartner Wärmebox Fernwärme“ abzuschliessen.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2017 wies das Bau- und Verkehrsdepartement darauf hin, dass es die IWB als Bedarfsstelle im Streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren lediglich fachlich unterstützt habe. Es komme ihm daher keine Passivlegitimation zu, weshalb auf den Rekurs gegen das Bau- und Verkehrsdepartement nicht einzutreten sei. Mit Vernehmlassung vom 8. November 2017 beantragen die anwaltlich vertretenen IWB die vollumfängliche sowie kosten- und entschädigungsfällige Abweisung des Rekurses wie auch des Antrags betreffend aufschiebende Wirkung. Dazu hat die Rekurrentin mit einer bloss noch gegen die IWB als Rekursgegnerin gerichteten Eingabe vom 8. Dezember 2017 repliziert. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 äusserte sie sich zur Wahrung der Replikfrist. Die IWB haben am 23. Januar 2018 eine Duplik eingereicht, worin sie an ihren Anträgen der Vernehmlassung vollumfänglich festgehalten haben. Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Gemäss § 31 lit. d in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung gegen den Abbruch eines Vergabeverfahrens Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

**1.2** Die Rekurrentin hat als Offerentin im abgebrochenen Verfahren ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Dies gilt umso mehr, als sie geltend macht, die ausgeschriebene Leistung zum tiefsten Preis angeboten zu haben, was von den IWB nicht bestritten wird. Sie ist daher zum Rekurs legitimiert (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG, SG 270.100]).

**1.3** Mit Verfügung vom 13. November 2017 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, dass ohne

entsprechenden Antrag von ihrer Seite der Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung angenommen und der Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen werde. Die Rekurrentin hat eine Replik eingereicht und damit implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

**1.4** Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosser Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; statt vieler: VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

## 2.

**2.1** Zur Begründung des Abbruchs der streitgegenständlichen Ausschreibung haben die IWB in der Publikation vom 6. September 2017 eine wesentliche Änderung des Projekts geltend gemacht und zudem erklärt, die Angebotspreise lägen in Teilen des Leistungsverzeichnisses mindestens 45% über den marktüblichen Preisen. Es folge eine neue öffentliche Ausschreibung. Mit der individuellen Eröffnung mit Schreiben vom gleichen Tag gaben die IWB an, die Preise des günstigsten Angebots der Ausschreibung lägen erheblich über den Marktpreisen von Drittfirmen. Für Baumeisterarbeiten lägen die Preise mindestens 160%, für Elektroarbeiten mind. 90% und für Heizungsinstallationen mind. 45% über den marktüblichen Preisen. Die Vergabe an ein dermassen über marktüblichen Preisen liegendes Angebot würde zu einem rechtsnachteiligen Zuschlag für die IWB führen. Ausserdem würden mit veränderten Vertragslaufzeiten und Änderungen im Leistungsverzeichnis wesentliche Projektänderungen vorgenommen.

## 2.2

**2.2.1** Nach Art. 13 lit. i IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen vorzusehen, dass Abbruch und Wiederholung des Verfahrens nur aus wichtigen Gründen erfolgen können. § 29 Abs. 1 BeschG sieht vor, dass das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen, wiederholt oder neu aufgelegt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde, wesentlich geändert haben (lit. b) oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (lit. c). Diese Aufzählung der gesetzlich vorgesehenen Abbruchgründe ist allerdings angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht abschliessend (VGE VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1, 620/2004 vom 16. August 2004 E. 3c, VGE 699/2004 vom 15. Juni 2005 E. 2.2; SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, S. 45; ZELLWEGER/WIRZ, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 559 S. 604 f.). Der Abbruch ist vielmehr immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199; BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3; BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784 [nachfolgend Überlegungen]; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 798). Dies folgt daraus, dass das Vergabeverfahren allein dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen Beschaffung benötigter Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und den Submittenten kein eigenständiges subjektives Recht auf Verfahrensfortführung, sondern einzig auf Gleichbehandlung zukommt. Das Vergabeverfahren muss daher abgebrochen werden können, wenn das Ziel der Beschaffung verfehlt wird. Einen weiteren Grund für den Abbruch eines Vergabeverfahrens bilden ursprüngliche Fehler der Ausschreibung, die von einem derartigen Gewicht sind, dass sie eine rechtmässige Zuschlagserteilung geradezu ausschliessen (BEYELER, Überlegungen, S. 788; SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Stöckli/Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 287 ff., 289 N 8; SUTER, a.a.O., N 182 ff., insb. 184, 256 und 264; vgl. VGE vom 8. Juni 2000 E. 4 f.). Es handelt sich um Fehler der Ausschreibung, die die Vergabebehörde zumindest zu einer rechtlich oder sachlich wesentlich anderen Ausgestaltung desselben veranlasst hätten,

wenn sie bei Verfahrenseinleitung erkannt worden wären. Dazu gehört auch eine qualifiziert mangelhafte Verfahrenseinleitung (BEYELER, Überlegungen, S. 788; SCHERLER, a.a.O., S. 289 N 8; VGE VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1). Ein Grund für den Abbruch eines Vergabeverfahrens kann auch darin bestehen, dass sich sämtliche tauglichen Angebote preislich weit über der – fehlerfreien – Kostenschätzung der Auftraggeberin bewegen (BEYELER, Überlegungen, S. 788; SCHERLER, a.a.O., S. 288 f. N 8). Die Rechtsprechung ist allerdings uneinheitlich in der Frage, ab welchem Ausmass die Überschreitung der Kostenschätzung durch das günstigste Angebot als sachlicher Grund zu betrachten ist (vgl. zu einer als nicht ausreichend gewerteten Differenz von 25% zwischen der Kostenschätzung und dem günstigsten Angebot: VGer FR 2A 00 59 vom 6. September 2000 E. 3b; anders hingegen VGer ZH VB.2000.00403 vom 31. Januar 2002 E. 4e; VGer GR U 02 26 vom 1. Mai 2002 E. 2b).

**2.2.2** Von einem Abbruch provisorischer Natur, bei dem – wie vorliegend – die Beschaffungsabsicht der Auftraggeberin mit Bezug auf einen bestimmten Leistungsbedarf bestehen bleibt und dem Abbruch (sogleich oder mittelfristig) die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens folgen soll, ist der definitive Abbruch zu unterscheiden (BEYELER, Überlegungen, S. 785). Zur Wahrung eines öffentlichen Interesses darf die Vergabestelle nach der Ausschreibung auf die Beschaffung verzichten, wenn das damit verbundene Beschaffungsziel aufgegeben wird. Die Ausschreibung in einem Submissionsverfahren begründet keine Kontrahierungspflicht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 798; SUTER, a.a.O., S. 97; BGE 129 I 410 S. 416 E. 4.3).

**2.2.3** Irrelevant ist für die Frage der Zulässigkeit eines Abbruchs, ob die Vergabebehörde ein Verschulden bezüglich des Abbruchgrundes trifft (SCHERLER, a.a.O., S. 288 f., 292 f. N 8, 16 ff.; BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199). Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann einzig für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (so BEYELER, Überlegungen, S. 790 f.; ders., Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, S. 220 f., 285, 429; FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 148 ff.; abweichend GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 489–492). Grundsätzlich ist es deshalb Sache der Vergabestelle, im Rahmen ihrer Planungsfreiheit über den Bestand sachlicher Gründe für den Abbruch eines Vergabeverfahrens zu befinden (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199). Teilweise wird in Literatur und Praxis allerdings postuliert, dass das Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht leichthin angenommen werden dürfe (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 799).

**2.3** Die Rekurrentin bestreitet mit ihrem Rekurs das Vorliegen wichtiger Gründe für den Abbruch des Vergabeverfahrens. Die Behauptung, dass die Anbieter im angebrochenen Vergabeverfahren deutlich über marktüblichen Preisen offeriert hätten, sei nachweislich nicht korrekt.

**2.3.1** Mit der abgebrochenen Ausschreibung haben die IWB die Montage und Installation von Fernwärme-Umformer Stationen mit definierten Komponenten und Dienstleistungen mit einem als Erwartungswert definierten Mengengerüst von jährlich durchschnittlich 26 Einheiten im Bereich bis 40 kW-Wärmeleistung und 9 Einheiten im Bereich von 41 bis 300 kW Wärmeleistung ausgeschrieben (Lastenheft; Vernehmlassungsbeilage 2, 1.2, Ziff. 2). Der als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 30% definierte Angebotspreis wurde aufgrund des Preisblattes gemäss Anhang 2 abgefragt (Ziff. 5.3). Damit wurde die Summe des Preises für ein Stück nach den Leistungsverzeichnissen Fernwärme EFH (resp. recte z.T. MFH) 15 kW, 25 kW und 50 kW abgefragt. Diese Leistungsverzeichnisse waren in Anhang 8 (DA Bewertungsbaum) weiter definiert. Ihre Feststellung erheblich über den Marktpreisen liegender Angebote begründen die IWB in ihrer Vernehmlassung zunächst mit ihrer internen Kalkulation (Vernehmlassungsbeilage 3) und dem Vergleich mit der Offerte der Rekurrentin (Vernehmlassungsbeilage 4; vgl. Vernehmlassung Ziff. 16 ff.). Die darin enthaltenen Zahlen werden aber nicht weiter begründet und sind für das Gericht nicht nachvollzieh- und überprüfbar.

**2.3.2** Die Rekurrentin gesteht aber selbst ein, dass die Offerten der Anbieter auf theoretischen Berechnungsmodellen basierten, die sehr grosse Bandbreiten für die Preisgestaltung beinhalteten. Dies gelte etwa für die Länge der Zuleitungen oder des Durchmessers vorzunehmender Bohrungen. Daher würden die Preise je nach konkretem Objekt stark von der Modellrechnung abweichen (Rekurs Ziff. 8.2 S. 4). Sie sei bei den Baumeisterarbeiten etwa mangels anderer Angaben von einem mittleren Durchmesser und von einer mittleren Bohrtiefe ausgegangen. Gleiches gelte für die Nebenarbeiten „Elektriker“, wo etwa

die Leitungslänge Boiler bis Tableau bis zu 10 m betragen könne, weshalb wiederum von einer mittleren Länge ausgegangen und entsprechend offeriert worden sei (Rekurs Ziff. 23 f. S. 10 f.). Auch bei den Leistungen für die Heizungsinstallation habe sie sich mit diversen sehr weit gefassten Angaben auseinandersetzen müssen und auf dieser Basis offeriert. Wo z.B. in den Musterrechnungen von Leitungslängen bis zu 6 m ausgegangen worden sei, sei sie entsprechend „sicherheitshalber“ von dieser Maximallänge ausgegangen. Bei kürzeren Längen würde sich der Preis weiter reduzieren (Rekurs Ziff. 25 S. 11). Auch mit ihrer Replik weist sie erneut darauf hin, die auszufüllende Musterofferte sei „sehr offen und vage formuliert“ worden (Replik Ziff. 56).

Dem halten die IWB mit ihrer Vernehmlassung entgegen, sie hätten mit Bezug auf einige Positionen im Leistungsverzeichnis für Modellliegenschaften Durchschnittspreise für eine definierte Bandbreite von Leistungen abgefragt und erwartet, dass die Anbieter gestützt auf ihre Erfahrung einen durchschnittlichen Angebotspreis für die betreffenden Preispositionen mit Blick auf die angestrebte langjährige Zusammenarbeit offerieren würden. Stattdessen habe die Rekurrentin offenbar unbesehen mittlere Werte gewählt, ohne sich zu überlegen, ob der mittlere Wert bei der betreffenden Position mit Blick auf die im Regelfall anzutreffenden örtlichen und gebäudetechnischen Gegebenheiten ein wirtschaftlich sinnvolles Preisangebot darstelle. Es wäre aber ihre Aufgabe gewesen, etwa bezüglich der Bohrlöcher abzuschätzen, welche Durchmesser von Kernbohrungen häufig und welche weniger häufig notwendig sind.

Darin ist der Vergabestelle zu folgen. Wie die IWB insoweit nicht bestritten ausführen, war in den Leistungsverzeichnissen für die Modellliegenschaften ein Grossteil der Preispositionen fix definiert. Bei einzelnen Positionen wurden demgegenüber Leistungen mit einer gewissen Bandbreite bezeichnet. Die Rekurrentin ist denn auch selbst der Ansicht, dass auf die offerierten Angaben nicht hätte abgestellt werden können, sondern eine Anpassung des Leistungsverzeichnisses hätte vorgenommen werden müssen. Die Vergabestelle durfte daher von den offerierten Preisen ausgehen und auf dieser Basis ihre Preisvergleiche anstellen. Aufgrund der Ergebnisse der Ausschreibung durften die IWB folgern, dass die eingereichten Offerten keine verlässliche Grundlage für eine marktkonforme Preisberechnung bieten. Die Ausschreibung war daher offensichtlich nicht geeignet, preislich verlässliche Angebote im Interesse des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel zu erhalten (vgl. oben E. 2.2.1)

**2.3.3** Mit dem Angebot der Wärmebox Fernwärme treten die IWB, wie von der Rekurrentin geltend gemacht wird, in einem gewissen Bereich in direkte Konkurrenz zu privaten Anbietern von Fernwärmeinstallationen. In einem solchen Bereich führt eine Ausschreibung bereits dann zu einem für die Vergabebehörde unbrauchbaren Resultat, wenn die Angebote auch bloss geringfügig über den Marktpreisen liegen. In diesem Bereich stellen Private und ihre baukundigen Vertretungen regelmässig Preisvergleiche aufgrund verschiedener Offerten an, sodass schon geringe Mehrpreise zur Chancenlosigkeit eines Angebots auf dem Markt führen. Die fehlende Eignung der Angebote als verlässliche Grundlage für die Preisberechnung wirkt sich daher in casu umso stärker aus.

**2.4** Daraus resultiert bereits ein sachlicher Grund für den Abbruch des Submissionsverfahrens. Auf die Ausführungen der Parteien in Replik und Duplik im Zusammenhang mit der Preisberechnung bei einem von der vorliegenden Ausschreibung unabhängigen Projekt (Hebelplatz 3) und weiteren Projekten braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

Es kann sodann auch offenbleiben, ob die von den IWB intendierte Anpassung der Vertragslaufzeiten ebenfalls einen hinreichenden Grund für einen Abbruch bildet. Dies gilt umso mehr, als sie die geplante Anpassung der fünfjährigen Vertragslaufzeit als eine Folge „der massiv überhöhten Angebote in der vorliegenden Ausschreibung“ vorzunehmen beabsichtigt. Die Änderung ergibt sich daher wiederum aus dem sachlichen Grund des Fehlens einer verlässlichen Grundlage für die Preisberechnung aufgrund der eingegangenen Offerten. Soweit die Rekurrentin vorbringt, die Vertragslaufzeit in der beinahe identischen Ausschreibung „Installationspartner Wärmebox Wärmepumpe“ belaufe sich ebenfalls auf fünf Jahre mit der Option um fünf weitere Verlängerungen um je ein Jahr, ist darauf hinzuweisen, dass die Koordination verschiedener Ausschreibungen im Ermessen der Vergabestelle liegt. Für das vorliegende Verfahren ist die Rüge der Rekurrentin jedenfalls irrelevant, da nicht ersichtlich ist, dass auch die dortigen Angebote keine verlässliche Grundlage für die Preisberechnung geboten hätten.

**2.5** Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Abbruch mit diskriminierender Motivation mit Bezug auf einen bestimmten Anbieter hätte vorgenommen sein sollen oder eine Diskriminierung einzelner Offerenten bewirken könnte. Soweit die Rekurrentin replicando geltend macht, bei einem provisorischen Abbruch des Vergabeverfahrens bestehe immer die Vermutung, dass damit eine Diskriminierung einhergehen könnte (Replik Ziff. 94), wird dies bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt nicht weiter konkretisiert und belegt. Ihre Ausführungen, die Argumente der IWB, wonach der Verwaltungsrat der Rekurrentin auch Vorstandsmitglied der [...], Sektion Nordwestschweiz, sei, welche die neue Geschäftsstruktur beim Produkt Wärmebox bemängle, würden den Verdacht begründen, dass die Rekurrentin deshalb diskriminiert werden soll (Replik Ziff. 101), sind äusserst vage und werden von der Rekursgegnerin bestritten. Solange im Abbruch nicht eine gezielte Diskriminierung liegt, haben die Anbieter allfällige Ungleichbehandlungen, die sich etwa aus der Neudefinition der Leistungsanforderungen im neuen Verfahren ergeben können, hinzunehmen, denn ihr Anspruch auf Gleichbehandlung vermag die Vergabestelle grundsätzlich nicht daran zu hindern, das Beschaffungsvorhaben nach ihren tatsächlichen Bedürfnissen auszurichten (BEYELER, Überlegungen, S. 791).

**2.6** Schliesslich rügt die Rekurrentin die lange Dauer bis zum Verfahrensabbruch. Am 16. Februar 2017 habe die Offertöffnung stattgefunden. Im Juli hätten noch Unternehmengespräche stattgefunden und an diesen Gesprächen sei die Befürchtung, es könnten zu hohe Preise offeriert worden sein, mit keinem Wort thematisiert worden. Es sei folglich unverständlich, dass die entsprechende Abschreibung des Verfahrens mit Verweis auf die zu hohen Preise erst im September 2017 erfolgt sei. Die Dauer des Verfahrens bis zum Abbruch hat allerdings keinen Einfluss auf dessen Zulässigkeit. Dass die IWB im Sommer 2017 noch Unternehmengespräche mit den Offerenten durchgeführt haben, stellt zudem keinen Anknüpfungspunkt für Vertrauensschutz dar. Nach Art. 9 der Bundesverfassung (BV, SR 101) haben Private Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (statt vieler: BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193). Eine öffentliche Ausschreibung steht aber immer unter dem Vorbehalt, dass die Vergabestelle den Beschaffungsvertrag mit einem anderen Anbieter abschliesst (SUTER, a.a.O., S. 50). Auch anlässlich eines Unternehmengesprächs erfolgt noch keine Zusicherung auf die Weiterführung des Vergabeverfahrens. Dass die Vergabestelle im Rahmen einer genauen Abklärung noch Gespräche mit den Offerenten führte, um die Gründe für die Höhe der Preisangebote zu erfahren, ist nicht zu beanstanden. Wie die Rekursgegnerin zu Recht ausführt, liegt es durchaus im Interesse der Anbietenden, dass ein Abbruchentscheid sorgfältig analysiert und beurteilt wird. Hinweise auf eine bewusste Verfahrensverzögerung sind zudem nicht ersichtlich.

### **3.**

**3.1** Die Rekurrentin verlangt anstelle des verfügten Abbruchs der Ausschreibung als mildere Massnahme eine nachträgliche Abänderung der Ausschreibung (Replik S. 3). Sie ist der Ansicht, dass sowohl die genauere Skalierung der Leistungen als auch die Verkürzung der Vertragslaufzeit nicht zu einer Projektänderung an sich, sondern nur zu einer Änderung der Ausschreibungsunterlagen führen würden und damit beide Gründe für einen Verfahrensabbruch unzureichend seien.

**3.2** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aufgrund der vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses durch einen einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position grundsätzlich unzulässig. Zur Begründung erwog das Bundesgericht, eine Abänderung des Leistungsverzeichnisses nach der Offertöffnung würde es dem Auftraggeber ermöglichen, einen bestimmten Anbieter in diskriminatorischer Weise gezielt zu bevorzugen oder zu übergehen oder sonstwie die Vergabe manipulativ zu beeinflussen, und dadurch einen echten Wettbewerb zu verhindern (BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 4c; vgl. auch VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 2.3.1). Diese Rechtsprechung ist teilweise auf Kritik gestossen, weil es in der Praxis aus plausiblen Gründen angezeigt sein könne, ein ausgeschriebenes Projekt nachträglich abzuändern (vgl. STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht 1/2002, S. 9 f.; VGR ZH VB.2002.00258 vom 23. Januar 2003). So kann auch ein Teilabbruch des Vergabeverfahrens möglich sein, wenn das anwendbare Submissionsrecht unter gewissen Voraussetzungen den Abbruch des Verfahrens zulässt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 828 f. mit Hinweisen; VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 2.3). Eine unwesentliche Projektänderung nach der Offertöffnung darf allerdings einzig dann vorgenommen werden, wenn sämtliche Anbieter, deren Offerten nach Massgabe der Ausschreibung in das Wertungsverfahren einzubeziehen wären, der

Änderung in Kenntnis der Sachlage ausdrücklich zustimmen (STÖCKLI, a.a.O., S. 10; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 829). Wesentliche Änderungen sind dagegen nur nach förmlichem Abbruch und erneuter Verfahrenseinleitung bezüglich aller noch zu beschaffenden Leistungskomponenten zulässig (BEYELER, Überlegungen, S. 786; VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 2.3.2).

Vorliegend handelt es sich indes nicht um eine nachträgliche Änderung des Beschaffungsgegenstands, sondern um eine Korrektur der Grundlage für die Preisberechnung. Die einseitige Anpassung dieser Parameter seitens der Vergabebehörde stellt keine unwesentliche Leistungsreduktion dar, die zu einer sachlich gebotenen Projektänderung führen könnte. Damit ist die vorliegende Ausgangslage nicht mit jener in VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 vergleichbar, auf welche sich die Rekurrentin bezieht. Ebenso unzulässig erscheint die von der Rekurrentin replicando verlangte Einholung weiterer Informationen bei den Anbietern und eine darauf fussende Neuberechnung der von den Offerenten angebotenen Preise (Replik Ziff. 131). Dies muss auch für die Abänderung anderer Parameter der Ausschreibung wie der Vertragsdauer gelten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung wie insbesondere auch das Verhandlungsverbot gemäss § 25 BeschG stehen einer zwischen Vergabestelle und Anbieter einvernehmlich abgesprochenen, inhaltlichen Änderung der Offerte und der offerierten Preise entgegen (vgl. SUTER, S. 110 mit weiteren Hinweisen). Das von der IWB gewählte Vorgehen ist damit nicht zu beanstanden.

#### 4.

Insgesamt erweist sich der Rekurs folglich als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 2'000.– zu tragen. Der Antrag der IWB auf Ausrichten einer Parteientschädigung ist aufgrund von § 30 Abs. 1 (in fine) VRPG abzuweisen.

#### Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 2'000.–, einschliesslich Auslagen.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Rekursgegnerin

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

Dr. Michèle Guth

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.