


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2022.00554

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 30.11.2022

 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

 AUSSCHLUSS
 SUBMISSIONSRECHT
 VORBEFASSUNG

Stichworte:

 § 9 SubmV
 § 16 Abs. IV SubmV

Rechtsnormen:

Publikationen:

- keine -

Frage der unzulässigen Vorbefassung.

Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen (§ 9 SubmV). Die Vergabebehörde darf sodann nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Unternehmung, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können (§ 16 Abs. 4 SubmV). Anbietende, welche im Sinn dieser Bestimmungen nicht bloss untergeordnet bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens mitgewirkt haben, gelten als vorbefasst. Reichen solche Unternehmen dennoch ein Angebot ein, ist dieses grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Ein Ausschluss kommt jedoch nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist. Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet. Insofern ist diese Rechtsprechung klar von derjenigen zur Ausstandspflicht von Richtern und Behördenmitgliedern zu unterscheiden, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht. Die Beschwerdeführerin vermag keine unzulässige Vorbefassung zu belegen; der blosser Eindruck genügt dazu nicht. Ein Wissensvorsprung, der - wie vorliegend - nicht dem (aktuellen, streitbetroffenen) Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit eines Submittenten bei der Vergabestelle entspringt, ist nicht zu beanstanden (E.4).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2022.00554
VB.2022.00556

Urteil

der 1. Kammer

vom 30. November 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer,
Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Baudirektion des Kantons Zürich, vertreten durch RA C,

Beschwerdegegnerin,

und

D AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Hochbauamt der Baudirektion des Kantons Zürich schrieb am 8. April 2022 auf SIMAP im Zusammenhang mit der Umnutzung des Universitätskomplexes zum Schulraumprovisorium Sek II die Ausführung des Bauauftrags BKP 248 – Gebäudeautomation im Campus Irchel in einem offenen Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich aus.

Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 23. Mai 2022 gingen sechs Angebote ein mit Preisen (netto inkl. MWST) zwischen Fr. 2'470'392.15 und Fr. 3'211'775.55. Die A AG offerierte für Fr. 2'987'339.50; die D AG zum Preis von Fr. 2'848'040.35. Drei Angebote erwiesen sich in der Folge als ungültig.

Der Zuschlag ging mit Verfügung vom 12. Juli 2022 zum Betrag von Fr. 191'127.10.- (Schadstoffsanierung) und mit Verfügung vom 16. August 2022 für Fr. 2'656'913.25 (Installation von Lüftungsanlagen) an die D AG. Diese Ergebnisse wurden den Anbietenden am 30. August 2022 mitgeteilt.

II.

Die A AG gelangte gegen beide Verfügungen mit Beschwerden vom 15. September 2022 (Eingang 19. September 2022) an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die Zuschläge aufzuheben und ihr zu erteilen. Eventuell seien die Zuschläge aufzuheben und die Sache zur rechtskonformen Durchführung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Sodann verlangte sie eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, den Beschwerden (zunächst superprovisorisch) aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Vergabestelle den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin zu verbieten sowie Einsicht in sämtliche Verfahrensakten.

Das Verwaltungsgericht eröffnete je angefochtene Verfügung ein Beschwerdeverfahren (VB.2022.00554 und VB.2022.00556) und untersagte mit separaten Präsidialverfügungen vom 19. September 2022 der Beschwerdegegnerin in beiden Verfahren einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, den Vertrag abzuschliessen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Oktober 2022, die Beschwerden vollumfänglich abzuweisen sowie eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin. Die Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen. Die eingereichten Akten bezeichnete sie teilweise als geheim.

Der Beschwerdegegnerin wurde mit Präsidialverfügungen vom 7. Oktober 2022 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, der Vertragsschluss

untersagt. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die eingereichten Vergabeakten gewährt.

Die Beschwerdeführerin replizierte am 24. Oktober 2022 mit unveränderten Anträgen. Mit Präsidialverfügungen vom 26. Oktober 2022 wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen.

Mit Duplik vom 10. November 2022 hielt die Beschwerdegegnerin ebenfalls an den gestellten Begehren fest. Gleiches gilt für die Triplik der Beschwerdeführerin, welche am 25. November 2022 eingereicht wurde.

Die Kammer erwägt:

1.

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB erfasst werden, sind in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geregelt.

2.

2.1 Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 i.V.m. § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihren Beschwerden geltend, die beiden Zuschläge seien widerrechtlich erfolgt, da die Zuschlagsempfängerin in unzulässiger Weise vorbefasst gewesen sei. Zudem macht sie eine Verletzung des submissionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots geltend, da sie nicht zur technischen Bereinigung zugelassen worden sei. Würde die Beschwerdeführerin mit diesen Vorbringen durchdringen, so hätte sie als zweitplatzierte Anbieterin mit geringem Punkterückstand eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Beschwerdelegitimation ist

demnach zu bejahen. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerden einzutreten.

3.

Die vorliegenden Beschwerden richten sich zwar gegen zwei verschiedene Zuschlagsverfügungen unterschiedlichen Datums, betreffen jedoch dasselbe Vergabeverfahren (mit derselben Ausschreibung) und werfen die gleichen Rechtsfragen auf. Die vorerst separat geführten Beschwerdeverfahren VB.2022.00554 (Schadstoffsanierung), und VB.2022.00556 (Installation Lüftungsanlagen) sind daher aus prozessökonomischen Gründen zu vereinigen und gemeinsam zu behandeln (§ 71 VRG in Verbindung mit Art. 125 lit. c der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO]; vgl. auch Martin Bertschi/Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 50–60.

Die nachfolgenden Zitate beziehen sich, wo nicht anders vermerkt, auf die Akten im Verfahren VB.2022.00554.

4.

4.1 Gegenstand der Ausschreibung war die Vergabe der Lüftungsanlage im Zusammenhang mit der Umnutzung der Gebäude des Campus Irchel für das Schulraumprovisorium von drei Kantonsschulen. Die Ausschreibung wurde gemäss Ausführungen der Vergabebehörde (ausschliesslich) vom beauftragten Fachplanunternehmen E AG vorbereitet und begleitet. Als Ansprechperson und Projektleiter sei der Fachplaner F eingesetzt worden. Dies wurde von der E AG mit Schreiben vom 7. November 2022 bestätigt.

Wie in den Submissionsbedingungen erwähnt, war am 27. April 2022 um 10.00 Uhr eine obligatorische Begehung der Baustelle vorgesehen, wobei eine Nichtteilnahme zum Ausschluss des Angebots führen sollte (Eignungskriterium 4). An der Begehung war für die Vergabestelle der Fachplaner F von der E AG anwesend; für die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin nahm daran Lüftungsmonteur G teil.

4.1.1 Die Beschwerdeführerin macht nun zusammengefasst geltend, der bei der Mitbeteiligten angestellte Lüftungsmonteur G habe die bei der Begehung anwesenden Personen durch das Objekt geführt. Er sei in Besitz der Schlüssel gewesen und habe die Anwesenden auf Vorleistungen und Ausführungsdetails hingewiesen. Er habe über enorme Vorkenntnisse mit tiefem Detaillierungsgrad verfügt und ihm seien auch Schnittstellen bekannt gewesen. Sein Wissen sei vom Fachplaner F in allen Belangen bestätigt worden. Da er in Arbeitskleidung mit Logo der Mitbeteiligten vor Ort gewesen sei, habe sie gedacht, er sei in der Funktion eines Servicemanns anwesend und sei zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die Mitbeteiligte ebenfalls eine Offerte einreichen werde.

Durch die detaillierten Kenntnisse der örtlichen Gegebenheiten von G habe die Zuschlagsempfängerin massgebliche Vorteile gehabt, um die Vergabe zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Insbesondere hätte sie dadurch die Möglichkeit gehabt, preislich genauer zu kalkulieren und damit einen tieferen Preis anzubieten. Ein Ausgleich des Wissensstands zwischen den Anbietenden sei, sofern dies überhaupt möglich gewesen wäre, nicht erfolgt. In diesen Umständen sei eine unzulässige Vorbefassung zu erblicken, welche zum Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten hätte führen müssen.

4.1.2 In ihrer Beschwerdeantwort führte die Beschwerdegegnerin dazu aus, der Umstand, dass Obermonteur G für die Mitbeteiligte an der Begehung teilgenommen habe, sei darin begründet, dass jener zu diesem Zeitpunkt Arbeiten aus zwei früheren Vergaben (provisorische Lüftung und Heizung) verrichtet habe. Er habe daher den Fachbauleiter F bereits gekannt und über die für den Zugang zur Baustelle nötigen Schlüssel verfügt. Es möge zutreffen, dass er Türen auf- und zuschloss und Bemerkungen zur ihm bekannten Baustelle gemacht habe. Sämtliche für die streitbetroffene Vergabe relevanten Informationen seien jedoch ausschliesslich von F erläutert worden.

Von einer unzulässigen Vorbefassung könne keine Rede sein. Das Leistungsverzeichnis und die weiteren Ausschreibungsunterlagen seien ausschliesslich von der Vergabestelle selbst sowie vom Planerteam, insbesondere vom beauftragten Fachplanerunternehmen erstellt worden. Die Mitbeteiligte habe weder an der Vorbereitung der Ausschreibung mitgewirkt, noch anderweitig auf die Ausschreibung oder die Ausarbeitung der Spezifikationen Einfluss genommen. Wenn, wie hier, ein gewisser Wissensvorsprung nicht der Vorbereitung des Submissionsverfahrens entspringe, sondern der bisherigen Tätigkeit von Submittenten, sei dies nicht zu beanstanden.

Im weiteren Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest.

4.2 Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bezieht sich die Problematik der Vorbefassung – wie vorliegend – regelmässig nicht auf Mitarbeitende bei der Vergabestelle, sondern auf Mitarbeitende bei den anbietenden Unternehmen. Insoweit bedeutet Vorbefassung eine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Guts. Eine solche Beteiligung kann sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Wettbewerbsverfälschung problematisch sein. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten. Oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabestelle durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (BGr, 25. Januar 2005,

2P.164/2004 m.w.H., E. 3.1; VGr, 24. März 2022, VB.2021.00782, E. 3.2.3; 24. März 2022, VB.2021.00775, E. 3.2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen).

4.2.1 Die Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten.

4.2.2 Dem entsprechen die Regelungen in der kantonalen Submissionsverordnung: Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen (§ 9 SubmV). Die Vergabebehörde darf sodann nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Unternehmung, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können (§ 16 Abs. 4 SubmV). Anbietende, welche im Sinn dieser Bestimmungen nicht bloss untergeordnet bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens mitgewirkt haben, gelten als vorbefasst (BGr, 25. Januar 2005, Urteil 2P.164/2004, E. 3.3, in: ZBl 106/2005 S. 473). Reichen solche Unternehmen dennoch ein Angebot ein, ist dieses grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 481 Rz. 1052).

4.2.3 Ein Ausschluss eines Anbietenden von einer Submission kommt jedoch nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist. Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet (VGr, 29. August 2012, VB.2012.00309, E. 4.1; 10. September 2012, VB.2012.00328; 26. September 2012, VB.2012.00286; vgl. auch VGr, 7. Oktober 2009, VB.2009.00151, E. 2.2 = BEZ 2009 Nr. 57, m.w.H.; BGr, 25. Januar 2005, 2P.164/2004, E. 5.7.3 in: ZBl 106/2005, S. 473, m.w.H. und auch zum Folgenden). Insofern ist diese Rechtsprechung klar von derjenigen zur Ausstandspflicht von Richtern und Behördenmitgliedern zu unterscheiden, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht (VGr, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 6.2).

4.2.4 Nicht zu beanstanden ist indes ein Wissensvorsprung, der nicht dem (aktuellen, streitbetroffenen) Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit eines Submittenten entspringt (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 481 Rz. 1053; VGr, 29. August 2012, VB.2012.00309, E. 4.2; 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a; 6. April 2001, VB.2000.00068, E. 4c = RB 2001

Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24, auch zum Folgenden). So kann Anbietenden nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das sie sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben haben.

Entsprechend wird bei der Neuausschreibung eines Dauerauftrags der ursprüngliche Inhaber des Auftrags nicht wegen Vorbefassung ausgeschlossen (VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.2 = RB 2004 Nr. 39 = BEZ 2005 Nr. 5, auch zum Folgenden). Zudem ist es durchaus zulässig, ein Gesamtprojekt in mehrere Etappen zu unterteilen und die jeweiligen Vergabeverfahren zeitlich zu staffeln. Die Ausführung einer einzelnen Etappe stellt grundsätzlich einen eigenständigen Auftrag dar, was in der Regel keine Vorbefassung des Zuschlagsempfängers für zeitlich später auszuführende Abschnitte bewirkt (VGr, 29. August 2012, VB.2012.00309, E. 4.2 m.w.H.). In gleicher Weise führt auch die vorgängige Zusammenarbeit mit den Fachplanern der Vergabestelle nicht zu einer unzulässigen Vorbefassung (VGr, 24. Oktober 2008, VB.2008.104/178, E. 9.5; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 481 Rz. 1053).

4.3 Vorliegend ergibt sich allein aus dem Umstand, dass der Lüftungsmonteur der Mitbeteiligten den von der Vergabebehörde beauftragten Fachbauleiter F bereits gekannt und über die für den Zugang zur Baustelle nötigen Schlüssel verfügt hat, noch keine unzulässige Vorbefassung. Ebenso wenig ist eine solche darin zu sehen, wenn der Lüftungsmonteur der Mitbeteiligten Türen auf- und zugeschlossen sowie Bemerkungen zur ihm bekannten Baustelle gemacht haben sollte. So reicht es nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem Vergabeverfahren dazu nicht aus, wenn die betreffende Person "den Anschein der Befangenheit bewirkt" haben würde.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin wären ohnehin nicht ausreichend, um die behauptete Vorbefassung zu begründen; eine solche müsste nach dem Ausgeführten von der Beschwerdeführerin bewiesen werden. Da der Eindruck des Verhaltens bei Drittpersonen jedoch – wie soeben ausgeführt – nicht massgeblich ist, kann auf die beantragten Zeugeneinvernahmen verzichtet werden. So gab auch die bereits eingereichte Aussage bloss den Eindruck einer weiteren an der Begehung beteiligten Person wieder. Sodann erweist sich der pauschale Antrag auf Parteibefragung als unsubstanziert.

4.3.1 Dafür, dass G (in nicht bloss untergeordneter Art und Weise) bei Vorarbeiten oder bei der Durchführung des vorliegenden Vergabeverfahrens beteiligt gewesen wäre, bestehen keine Anhaltspunkte. Hingegen ist aufgrund der Akten nachvollziehbar, dass das Vorwissen von G aus früheren Aufträgen auf derselben (Gross-)Baustelle, insbesondere aus demjenigen der Erstellung der provisorischen Lüftungsanlage im Gebäude Y34 stammt. Dies ist nach dem Ausgeführten vergaberechtlich zulässig.

4.3.2 Zu erwähnen ist ferner, dass eine (obligatorische) Begehung der Baustelle stattfand, an welcher allen Anbietenden gleichzeitig relevante Informationen zugänglich gemacht wurden. Damit konnte zumindest teilweise ein Wissensausgleich stattfinden. Wenn zudem den Ausführungen der Beschwerdeführerin zufolge der Lüftungsmonteur der Zuschlagsempfängerin

dabei "auf viele Details" hingewiesen haben sollte, hat er damit lediglich weiter zu einer Angleichung des Kenntnisstands der Anbietenden beigetragen.

4.3.3 Ohne entsprechende Hinweise – und solche werden weder von der Beschwerdeführerin belegt noch ergeben sie sich aus den Vergabeakten – kann unter den genannten Umständen nicht auf einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil der Mitbeteiligten geschlossen werden, welcher einen Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren rechtfertigen würde. Der Vorwurf der Vorbefassung erweist sich damit als unbegründet.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, dass ihr die Gelegenheit zur technischen Bereinigung versagt und damit das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden sei.

5.1 Mit E-Mail vom 17. Juni 2022 war die Beschwerdeführerin informiert worden, dass ihr Angebot in die engere Auswahl gelangt und am 23. Juni 2022 um 14.30 Uhr eine technische Bereinigung geplant sei. Nachdem sie um Verschiebung des Termins gefragt hat, ist ihr mit E-Mail vom 24. Juni 2022 mitgeteilt worden, dass keine "technische Bereinigung" erforderlich sei, da sich ihr Angebot nicht auf dem ersten Platz befinde. Dazu führte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort erklärend aus, nachdem ein klares Submissionsergebnis vorgelegen habe, hätte auf eine "technische Bereinigung" des Angebots der Beschwerdeführerin verzichtet werden können. Aus den Akten ergibt sich sodann, dass zwei Gespräche geführt wurden; eines mit der Zuschlagsempfängerin und eines mit einer dritten Anbieterin, welche in der Folge ihr Angebot zurückzog.

5.2 Als vergaberechtliche Grundlage sind stets die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB) zu beachten, so auch bei der sogenannten Offertbereinigung. Letztere dient dazu, die Angebote inklusive allfälliger Varianten vergleichbar zu machen (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 293 Rz. 675), wobei die Vergabebehörde zur Vergleichbarmachung der Angebote verpflichtet ist (§ 29 Abs. 3 SubmV; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 289 Rz. 665). Bei der Erfüllung dieser Pflicht steht ihr die Möglichkeit der Offertbereinigung offen.

Im Rahmen der Bereinigung der Angebote sind allerdings lediglich Erläuterungen und Berichtigungen erlaubt, welche dazu dienen, offensichtliche Fehler zu korrigieren und Unklarheiten zu beseitigen, und damit die Angebote für die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar zu machen (§§ 29 und 30 SubmV; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 289, Rz. 664 f.). Dabei kann es aber grundsätzlich nur um eine Klärung auf der Grundlage von schon vorhandenen, fristgerecht eingereichten Angaben und Unterlagen gehen (VGr, 29. Oktober 2019, VB.2019.00307, E. 5.1).

Rückfragen durch die Vergabebehörde zur Erläuterung oder Präzisierung eines Angebots sind gestattet, sofern sie nicht zu einer nachträglichen Änderung oder Ergänzung führen, welche den

Rahmen der Vorschriften von § 29 und § 30 SubmV sprengt (statt vieler, VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 198 ff. Rz. 438 ff., S. 313 N. 711). Beim Entscheid, ob sie vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will, besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle (VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2).

5.3 Vorliegend ergibt sich aus den Protokollen der beiden Unternehmengespräche, dass bloss Fragen gestellt wurden, die aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung einer Klärung bzw. Bestätigung bedurften oder die im Verhältnis zur Bedeutung des gesamten Auftrags von untergeordneter Bedeutung waren. Wenn die Beschwerdegegnerin den beiden Mitbewerberinnen Gelegenheit gab, ihre Angebote zu präzisieren, ist dies daher mit Blick auf die submissionsrechtlichen Vorgaben nicht zu beanstanden, zumal diese Präzisierungen für die Bewertung nicht relevant waren.

Dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zu den Mitbewerberinnen nicht zu einem Bereinigungsgespräch eingeladen bzw. wieder ausgeladen wurde, stellte sodann keine rechtsungleiche Behandlung dar. Die Vergabestelle durfte, nachdem mit der erstplatzierten Anbieterin bereits ein (erfolgreiches) Gespräch stattgefunden hatte, mangels Notwendigkeit auf ein Bereinigungsgespräch mit der Beschwerdeführerin verzichten. Es ist nicht ersichtlich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin nicht vergleichbar und damit kein klares Bewertungsergebnis möglich gewesen wäre.

Zusammengefasst erwiesen sich damit die Rügen der Beschwerdeführerin als unberechtigt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

6.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

7.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Auch der Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da die Sach- und Rechtslage nicht hinreichend komplex oder schwierig war, um bei einem grösseren Gemeinwesen, das im Rahmen seiner üblichen Verwaltungstätigkeit regelmässig mit ähnlichen Fragestellungen konfrontiert ist, den Beizug eines Rechtsbeistands zu rechtfertigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

8.

Beim vorliegenden Auftragswert ist der Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1

lit. b BöB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerdeverfahren VB.2022.00554 und VB.2022.00556 werden vereinigt.
2. Die Beschwerden werden abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 8'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 180.-- Zustellkosten,
Fr. 8'180.-- Total der Kosten.
4. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
7. Mitteilung an:
 - a) die Beschwerdeführerin;
 - b) die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte.

