


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2023.00115

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 27.04.2023

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

Stichworte:

[BEWERTUNG DER ZUSCHLAGSKRITERIEN](#)
[REFERENZAUSKÜNFTE](#)
[SACHVERHALTSABKLÄRUNG](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ](#)
[UNTERSUCHUNGSPFLICHT](#)

Rechtsnormen:

§ 33 SubmV
 § 7 VRG
 § 29 Abs. I VRG

Publikationen:

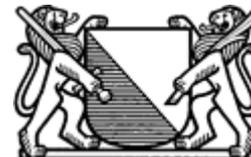
- keine -

Die erste Zuschlagsverfügung wurde vom VGr wegen mangelhafter Begründung aufgehoben und die Sache zurückgewiesen. Darauf holte die Vergabebehörde erneut sämtliche Referenzauskünfte ein und bewertete diese. Streitpunkt war bereits im ersten Verfahren und ist erneut die Bewertung ausgebliebener Referenzauskünfte mit 0 Punkten.

Im vorliegenden Einzelfall erwies sich dieses Vorgehen beim zweiten Durchlauf als unzulässig, nachdem die Beschwerdeführerin bei der ersten Abfrage für diese Referenz die Maximalpunktzahl erhalten hatte. Bei dieser Ausgangslage durfte die Beschwerdegegnerin erstens die bei der zweiten Abfrage ausgebliebene Referenzauskunft nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin bewerten. Zweitens durfte sie genauso wenig die bei der ersten Abfrage erteilte Auskunft bei der Bewertung unberücksichtigt lassen, zumal es sich – auch nach Aufhebung des ersten Zuschlagsentscheids durch das Verwaltungsgericht und Rückweisung an die Beschwerdegegnerin – immer noch um dasselbe Submissionsverfahren handelte. In dieser speziellen Konstellation war die Beschwerdegegnerin dazu gehalten, bereits bekannte Sachverhalte bei der Bewertung zu berücksichtigen. Folglich hätte sie die Referenz 2 gleich wie bei der ersten Abfrage mit 5 Punkten oder – angenommen diese wäre wie die Referenz 1 bei der zweiten Abfrage ebenfalls etwas tiefer ausgefallen – wenigstens mit 4,85 Punkten bewerten müssen (E. 4).

Gutheissung und Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2023.00115

Urteil

der 1. Kammer

vom 27. April 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer,
Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde Wald, Liegenschaften, vertreten durch RA C,

Beschwerdegegnerin,

und

E AG

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

A. Die Gemeinde Wald schrieb am 19. Mai 2022 auf SIMAP in einem offenen Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich im Zusammenhang mit der Erweiterung und Sanierung der Schulanlage Laupen den Bauauftrag BKP 244 Lüftungsanlagen aus.

Die D AG (neu: A AG) reichte am 23. Juni 2022 ihr Angebot mit einer Offertsumme von Fr. 668'389.30 ein. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 28. Juni 2022 waren acht Angebote mit Offertbeträgen von Fr. 663'199.15 bis Fr. 839'705.60 (netto, inkl. MWST) eingereicht worden.

Am 23. August 2022 vergab die Gemeinde Wald den Auftrag an die E AG zum Preis von Fr. 698'380.55 (inkl. MWST) mit der Begründung der besten Gesamterfüllung der Vergabekriterien bzw. des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses Ergebnis teilte sie der D AG am 25. August 2022 mit.

B. Die D AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 5. September 2022 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, den Zuschlagsentscheid aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen. Eventuell sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Gemeinde Wald zurückzuweisen. Subeventuell – sollte der Vertragsschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist geschlossen worden sein – sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabeentscheids festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdegegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens jegliche Vollzugshandlungen zu untersagen; alles unter Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Präsidialverfügung vom 6. September 2022 wurde der Gemeinde Wald ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Am 19. September 2022 teilte die Gemeinde Wald die Anerkennung der Beschwerde mit und reichte die Vergabeakten ein. Die mitbeteiligte E AG liess sich nicht vernehmen, weder zur Beschwerde noch zur Beschwerdeanerkennung.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde hob das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Oktober 2022 den Zuschlagsentscheid vom 23. August 2022 auf und wies die Sache zum neuen Entscheid an die Gemeinde Wald zurück (Verfahren VB.2022.00507).

II.

A. Die Gemeinde Wald erteilte nach erneuter Auswertung der Referenzen die nachgefragten Leistungen gemäss Beschluss der Baukommission vom 7. Februar 2023 wiederum an die E AG zum Preis von Fr. 698'380.55 (inkl. MWST) mit der Begründung, das Angebot habe bei der

Auswertung der Zuschlagskriterien die höchste Punktzahl erreicht und sei somit das vorteilhafteste. Dieses Ergebnis teilte sie der D AG mit Schreiben vom 10. Februar 2023 mit.

B. Die D AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 23. Februar 2023 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, den Zuschlagsentscheid aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen. Eventuell sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Gemeinde Wald zurückzuweisen. Subeventuell – sollte der Vertragsschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist geschlossen worden sein – sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabeentscheids festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde superprovisorisch (und ohne Anhörung der Gegenpartei) aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdegegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens jegliche Vollzugshandlungen zu untersagen; alles unter Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Präsidialverfügung vom 27. Februar 2023 wurde der Beschwerdegegnerin ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Die Beschwerdegegnerin beantragte am 9. März 2023, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren und ihr den Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten zu erlauben. Sodann beantragte sie eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin.

Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2023 wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen; zudem wurden der Beschwerdeführerin im Interesse der Verfahrensbeschleunigung von Amtes wegen die teilweise abgedeckten Auswertungen der Referenzabfragen aus dem ersten Rechtsgang sowie aus dem vorliegenden Verfahren zugestellt.

In ihrer Replik vom 27. März 2023 hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Anträgen fest und beantragte neu Einsicht in die vollständigen Akten des Submissionsverfahrens, insbesondere in die Referenzanfragen sämtlicher Teilnehmender.

Mit Präsidialverfügung vom 28. März 2023 wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Zudem wurde ihr Frist angesetzt, um zur Replik und insbesondere zum Akteneinsichtsbegehren Stellung zu nehmen sowie zusätzlich die Dokumente zu den Referenzabfragen der nicht am vorliegenden Gerichtsverfahren beteiligten Offertstellenden einzureichen. Mit ihrer Duplik vom 11. April 2023 reichte die Beschwerdegegnerin die nachgefragten Dokumente ein und äusserte explizit keine Einwendungen gegen eine vollständige Einsicht in die Akten des Submissionsverfahrens.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich 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.

1.2 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).

Die (wiederum) drittplatzierte Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihrer Offerte im mit 25 % gewichteten Zuschlagskriterium "Qualität, Termine, Qualifikationen" hinsichtlich der Referenzen als (erneut) willkürlich und macht geltend, sie hätte darin mindestens 122,5 Punkte erhalten müssen, womit ihr Angebot bei einem Total von 480,5 Punkten vor demjenigen der Mitbeteiligten mit 470 Punkten rangiere. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Demzufolge ist ihre Legitimation zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 287 f., Rz. 662).

2.2 Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 SubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen).

2.3 In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

3.

3.1 Vorliegend wurden die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt definiert:

Z1	Angebotspreis	60 %
Z2	Qualität, Termine, Qualifikationen	25 %
Z3	Schlüsselperson	10 %
Z4	Lehrlingsausbildung	5 %

Jedes Kriterium wurde mit einer Note zwischen 0 (nicht beurteilbar) und 5 (sehr gute Erfüllung) in Schritten von ganzen Punkten bewertet. Abschliessend wurden die Wertungen pro Kriterium mit den Gewichtungen multipliziert.

Dies führte bei den prozessbeteiligten Anbieterinnen zu folgendem Gesamtergebnis:

	Beschwerdeführerin		Mitbeteiligte	
	Punkte	gewichtet	Punkte	gewichtet
Angebotspreis (60 %)	4,8	288	4,5	270
Qualität, Termine, Qualifikationen (25 %)	3	75	5	125
Schlüsselperson (10 %)	5	50	5	50
Lehrlingsausbildung (5 %)	4	20	5	25
Total (Rang)	16,8	433	19,5	470
Rang	3.		1.	

3.2 Das mit 25 % gewichtete strittige Zuschlagskriterium ZK 2 "Qualität, Termine, Qualifikationen" wurde in den Ausschreibungsunterlagen folgendermassen konkretisiert: "Baulogistik und Einhaltung der Termine von vergleichbaren Aufgaben ausgeführt im Zeitraum der letzten 5 Jahre. Referenzen sind beizulegen. Ausführungsqualität belegt mit Referenzen von vergleichbaren Aufgaben ausgeführt im Zeitraum der letzten 5 Jahre. Nur die drei ersten (bzw. die ersten drei aufgeführten Referenzen, wenn mehr angegeben werden) werden bewertet. Situationsabhängig: Erfahrung mit Bauvorhaben unter laufendem Betrieb."

3.2.1 In ihrer Offerte nannte die Beschwerdeführerin als erstes Referenzobjekt das Projekt F für die Gemeinde G und als deren Ansprechperson H. Als Zweites gab sie ein Referenzprojekt mit der I AG als Auskunftsunternehmung und J als Referenzperson an. Dritte Referenz war das Projekt K mit der L AG als Auskunftsunternehmung und M als Auskunftsgeber.

3.2.2 Eingabedatum für die Offerten war der 28. Juni 2022. Am 6. Juli 2022 sandte die N AG, welche das Submissionsverfahren für die Beschwerdegegnerin durchführte, an alle von den Anbietenden genannten Auskunftspersonen ein Umfrageformular per E-Mail mit der Bitte um Antwort bis am Folgetag um 14.00 Uhr. H und J füllten das Formular umgehend aus und erteilten der Beschwerdeführerin ausschliesslich Maximalbewertungen. M war zum Zeitpunkt der Referenzabfrage ferienabwesend und zudem der einzige noch in der Unternehmung tätige damalige Projektbeteiligte. Die ersten beiden Referenzen flossen daher mit je 5 Punkten in die Bewertung ein, die dritte Referenz jedoch mit 0 Punkten, da keine Auskunft erteilt worden war. Dies ergab eine Durchschnittsnote von 3,33. Zwei weitere Referenzprojekte anderer Anbieterinnen wurden ebenfalls mit dem Vermerk "keine Referenzauskunft erhalten" je mit 0 Punkten bewertet. Ferner war dies auch bei zwei Referenzen für Schlüsselpersonen der Fall. Die Mitbeteiligte erhielt bei allen drei Referenzen das Maximum von 5 Punkten und damit auch im Durchschnitt 5 Punkte.

3.2.3 Dieses Vorgehen bei der Bewertung wurde im vorangegangenen Beschwerdeverfahren VB.2022.00507 von der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügt. Die Beschwerdegegnerin anerkannte daraufhin ohne weitere Begründung die Beschwerde (vgl. Urteil in VB.2022.00507). Nachdem von der Beschwerdegegnerin weder der Zuschlagsentscheid begründet noch eine Beschwerdeantwort eingereicht worden war, erkannte das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 27. Oktober 2022 eine klare Gehörsverletzung wegen unzureichender Begründung, welche (in teilweiser Gutheissung der Beschwerde) zur Aufhebung der Verfügung vom 23. August 2022 und zur Rückweisung zum Neuentscheid durch die Vergabebehörde führte. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren führt die Beschwerdegegnerin zur Anerkennung der vormaligen Beschwerde nun aus, angesichts der Kurzfristigkeit der Anfrage vermöge es nicht zu erstaunen, dass die genannten Referenzen nicht erhältlich gewesen seien. Es sei auch zweifelhaft, ob die retournierten Formulare angesichts des Zeitdrucks seriös ausgefüllt worden seien. Das Ergebnis der Referenzanfragen sei offenkundig auf einen Fehler der Vergabestelle grundsätzlicher Natur zurückzuführen gewesen.

4.

4.1 Nachdem die Aufhebung des Zuschlagsentscheids durch das Verwaltungsgericht rechtskräftig geworden war, teilte die Beschwerdegegnerin dieses Ergebnis am 19. Dezember 2022 allen Anbieterinnen mit. Gleichzeitig informierte sie diese darüber, dass das Verfahren betreffend Referenzauskünfte wiederholt werde. Die N AG versandte das entsprechende Formular am 10. Januar 2023 mit eingeschriebener Post erneut an die in den Offerten genannten Referenzpersonen mit der Einladung, dieses bis am 27. Januar 2023 ausgefüllt zu retournieren.

J erteilte der Beschwerdeführerin bei der zweiten Referenzabfrage 4,85 Punkte; ebenso wie M, welcher dieses Mal innert Frist erreichbar war. Demgegenüber erhielt die Beschwerdegegnerin nun von H keine Antwort beziehungsweise Auskunft, weshalb sie nun für diese Referenz 0 Punkte erteilte. Für vier weitere Referenzen anderer Anbieterinnen waren ferner ebenfalls keine Auskünfte erhältlich, weshalb auch diese keine Punkte erhielten. Die Mitbeteiligte wurde wiederum von allen drei Referenzpersonen mit 5 Punkten bewertet.

4.2 Die Beschwerdeführerin rügt die erneute Bewertung mit 0 Punkten für fehlenden Rücklauf im vorliegenden Verfahren wiederum als willkürlich. Sie macht geltend, es habe kein Grund dazu bestanden, die Referenzen neu einzuholen. Sodann moniert sie, dass keine Nachforschungen getätigt wurden bezüglich des Grundes für das Ausbleiben der Referenzauskunft von H. Abgesehen davon hätte ihrer Ansicht nach wenigstens die Referenzauskunft aus der ersten Abfrage bei der Zweitauswertung berücksichtigt und der Durchschnitt aus den erhaltenen Auskünften als Bewertungsgrundlage genommen werden müssen.

4.3 Die Referenzauskünfte für die Beschwerdeführerin aus den beiden Abfragen haben jeweils folgendes Bild ergeben, wobei die Beschwerdegegnerin die fehlenden Referenzen – wie erwähnt – jeweils mit 0 Punkten bewertete:

	Referenz 1	Referenz 2	Referenz 3	Durchschnitt	gerundet
Abfrage 1	5	5	0	3,33	3
Abfrage 2	4,85	0	4,85	3,23	3

Da die durchschnittlich erzielte Note zwar leicht unterschiedlich ausfiel, jedoch jeweils auf eine ganze Note gerundet wurde, änderte sich am Gesamtergebnis nichts.

4.3.1 Die Beschwerdegegnerin wähte sich verpflichtet, das Verfahren betreffend Referenzen vollständig zu wiederholen, da die erste Referenzabfrage ihrer Ansicht nach an einem grundsätzlichen Mangel litt. Ein Neuentscheid ohne erneute Referenzabfrage war daher aus ihrer Sicht nicht möglich.

Dazu ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht im ersten Verfahren (VB.2022.00507), welches dieses Vergabeverfahren betraf, die Sache (ohne weitere Anweisung) zum Neuentscheid an die Vergabebehörde zurückgewiesen hat. Die Aufhebung des Zuschlagsentscheids wurde mit der durch den Begründungsmangel erfolgten Gehörsverletzung begründet. Das Vorgehen bei der Referenzabfrage wurde im Entscheid vom 27. Oktober 2022 nicht thematisiert und auch über den Zuschlag explizit nicht entschieden. Ferner waren dem Gericht die Überlegungen der Vergabebehörde, welche zur Anerkennung der Beschwerde führten, nicht bekannt. Diese waren im Übrigen auch nicht relevant, zumal – wie im genannten Entscheid ausgeführt (E. 2.2) – eine Anerkennung lediglich bei Streitigkeiten zwischen Privaten infrage käme. Die Vergabebehörde war daher aufgrund des verwaltungsgerichtlichen Entscheids lediglich dazu gehalten, erneut zu entscheiden und ihren neuen Entscheid zu begründen. Wie es sich mit den aus Sicht der Vergabebehörde vorgängig zum Neuentscheid zwingenden Erfordernis, sämtliche Referenzabfragen zu wiederholen, verhält, kann – wie sich aus dem Folgenden ergibt – offengelassen werden.

4.3.2 Bezüglich Referenzen in Submissionsverfahren ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung auf die eingeholten Auskünfte abzustellen ist. Die Referenzangaben und -auskünfte liegen dabei in erster Linie im Verantwortungsbereich der Anbieterin. Sie sind von der Vergabebehörde nur dann mittels weiterer Abklärungen zu überprüfen, wenn sie im Rahmen der Angebotsprüfung begründete Zweifel an deren Richtigkeit hatte oder hätte haben müssen (VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

Die Prüfung der Angebote gemäss § 29 Abs. 1 SubmV ist ein Teil der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 7 VRG; VGr, 8. September 2022, VB.2022.00276, E. 4.2, auch zum Folgenden). Die behördliche Untersuchungspflicht gilt grundsätzlich unabhängig von der im Rahmen der Beweiswürdigung zu beachtenden Verteilung der Beweislast bzw. von der Regelung der Folgen der Beweislosigkeit. Die Behörden sind also auch dann zur Abklärung des Sachverhalts bzw. zur Prüfung der Angebote verpflichtet, wenn die Verfahrensbeteiligten die objektive Beweislast tragen – hier für eine schlechtere Punktebewertung bei fehlenden Referenzauskünften. Beweisbelastete Verfahrensbeteiligte sind zwar in der Regel im eigenen Interesse zur Kooperation bei der Sachverhaltsuntersuchung bereit. Doch die Behörde darf den Sachverhalt nicht mit minderer Gewissenhaftigkeit abklären, wenn es um die Abklärung von Tatsachen geht, die sich zugunsten einer beweisbelasteten Verfahrenspartei auswirken (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 7). Klärt eine Behörde den relevanten Sachverhalt nicht im erforderlichen Umfang bzw. auf fehlerhafte Weise ab, so liegt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Soweit die ungenügende Sachverhaltsfeststellung auf die Nichtabnahme eines offerierten Beweismittels zurückzuführen ist, ist ausserdem von einer Verletzung der Mitwirkungsrechte bzw. des rechtlichen Gehörs auszugehen (Plüss, § 7 N. 36).

4.3.3 Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot für ihr zweites Referenzobjekt als Bauherrschaft die Gemeinde G und als Auskunftsperson H sowie deren E-Mail-Adresse und Telefonnummer als Kontaktdaten angegeben. Sie ist damit ihrer Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhaltes nachgekommen.

Die Beschwerdegegnerin sandte das Formular für die zweite Referenzabfrage zuhanded von H nicht per E-Mail wie bei der ersten Anfrage, sondern per Einschreiben an die Gemeinde G. Zum Ausbleiben der Antwort führt sie nachträglich aus, sie hätte die Zustellung mittels eingeschriebenem Brief sichergestellt und eine hinreichend lange Frist angesetzt. Wären Nachforschungen angestellt worden, hätte dies zu einer Ungleichbehandlung der Anbietenden geführt. H war allerdings seit Ende 2022 nicht mehr im Amt, weshalb sie das Schreiben nicht erreichen konnte. Die Beschwerdegegnerin bewertete die strittige Referenz in der Folge mangels Auskunft mit null Punkten. Obwohl sie bei der ersten Anfrage umgehend Rückmeldung erhalten hatte und sie selber ausführt, es hätte kein Anlass bestanden, daran zu zweifeln, dass es sich um eine erneute Referenzabfrage handle, hat die Beschwerdegegnerin weder über die von der Beschwerdeführerin angeführte (geschäftliche) E-Mail-Adresse noch über die angegebene Telefonnummer versucht, H zu erreichen. Damit hat sie den Sachverhalt nicht mit genügender Gewissenhaftigkeit abgeklärt bzw. ist ihrer Untersuchungspflicht nicht in genügendem Umfang nachgekommen. Ferner ist bei der vorliegenden Sachlage auch von einer Gehörsverletzung auszugehen, indem die Beschwerdegegnerin ein offeriertes Beweismittel nicht abgenommen hat.

Demzufolge durfte die Beschwerdegegnerin erstens die bei der zweiten Abfrage ausgebliebene Referenzauskunft von H nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin bewerten. Zweitens durfte sie genauso wenig die bei der ersten Abfrage erteilte Auskunft bei der Bewertung unberücksichtigt lassen, zumal es sich – auch nach Aufhebung des ersten Zuschlagsentscheids durch das Verwaltungsgericht und Rückweisung an die Beschwerdegegnerin – immer noch um dasselbe Submissionsverfahren handelte. In dieser speziellen Konstellation war die Beschwerdegegnerin dazu gehalten, bereits bekannte Sachverhalte bei der Bewertung zu berücksichtigen. Folglich hätte sie die Referenz 2 mit 5 Punkten oder – angenommen diese wäre wie die Referenz 1 bei der zweiten Abfrage ebenfalls etwas tiefer ausgefallen – wenigstens mit 4,85 Punkten bewerten müssen. Damit rückt die Beschwerdeführerin auf den ersten Platz vor. Dies wäre im Übrigen auch dann der Fall, wenn es bei der zweiten Abfrage zu einer Bewertung mit lediglich 3,8 Punkten gekommen wäre, was jedoch sehr unrealistisch erscheint. Im Ergebnis ist damit die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag – angesichts der geltend gemachten Dringlichkeit – direkt an die Beschwerdeführerin zu erteilen (vgl. § 63 Abs. 1 VRG). Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

5.

Das Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

6.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Sodann ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

7.

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. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid der Gemeinde Wald vom 7. Februar 2023 aufgehoben. Der Zuschlag wird an die Beschwerdeführerin erteilt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 2'500.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 180.-- Zustellkosten,
Fr. 2'680.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
5. Gegen diese 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.
6. Mitteilung an:
 - a) die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage von act. ...;
 - b) die Mitbeteiligte;
 - c) die WEKO.

