

## **BGer 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023**

Bundesgericht, 2023-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_365\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_365_2022)

FR: TF 2C\_365/2022 du 19 janvier 2023

IT: TF 2C\_365/2022 del 19 gennaio 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition ( BGE 146 II 276 E. 1).

#### **E. 1.2**

Die ARGE A. \_\_\_\_\_, welche als einfache Gesellschaft ( Art. 530 ff. OR ) durch ihre Gesellschafter (B. \_\_\_\_\_ AG; C. \_\_\_\_\_ AG) handelt, ist als solche respektive als Beschwerdeführerin vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt (Urteil 2C\_327/2022 vom 26. Juli 2022 E. 1.3).

#### **E. 1.3**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert erreicht ( Art. 83 lit. f BGG ). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein ( BGE 146 II 276 E. 1.2; Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 143 II 553 ).

Die zweitgenannte Voraussetzung ( Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG ; in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung; AS 2020 641 ff., 685; vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG ) ist vorliegend unstreitig und offensichtlich erfüllt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]).

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Keine Grundsatzfrage stellt die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt ebenfalls nicht, um ihr grundsätzlichen Charakter zu verleihen. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis begleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft ( BGE 146 II 276 E. 1.2.1; Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.2, nicht publ. in: BGE 143 II 553 ). Zudem muss es sich um eine Frage handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich ist ( BGE 146 II 276 E. 1.2.1). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt mangels Rechtsschutzinteresse an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage nicht zum Eintreten auf die Beschwerde (vgl. Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG ; Urteile 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1; 2C\_553/2015 vom 26. November 2015 E. 1).

Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 146 II 276 E. 1.2.1; Urteile 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1), es sei denn, die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt sich offensichtlich (Urteil 2D\_25/2018 vom 2. Juli 2019 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 145 II 249 ; 141 II 353 E. 1.2).

Vorliegend wird von der Beschwerdeführerin weder behauptet noch begründet, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und eine solche ist auch nicht von vornherein klar ersichtlich. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist demnach nicht einzutreten.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin hat für den Fall, dass die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig sein sollte, nicht ausdrücklich subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben. Dennoch ist die Beschwerde als subsidiäre Verfassungsbeschwerde an die Hand zu nehmen, falls die entsprechenden Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, da die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels der Beschwerdeführerin nicht schadet (Art. 113 i.V.m. Art. 83 lit. f, Art. 119 Abs. 3 BGG ; BGE 138 I 367 E. 1.1; 133 II 396 E. 3.1).

##### **E. 1.4.1**

Zur subsidiären Verfassungsbeschwerde ist gemäss Art. 115 BGG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Letzteres ist im Bereich des öffentlichen Vergabewesens der Fall, wenn die nicht berücksichtigte Anbieterin eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten ( BGE 141 II 14 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin war bereits am Verfahren auf kantonaler Ebene beteiligt. Ausserdem hätte sie, wäre sie nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, bei der Bewertung als Zweitplatzierte abgeschlossen, weshalb sie rechtsprechungsgemäss über reelle Chancen auf den Zuschlag verfügt ( BGE 141 II 14 E. 4.1; Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 143 II 553 ). Die Beschwerdeführerin ist deshalb zur subsidiären Verfassungsbeschwerde legitimiert.

##### **E. 1.4.2**

Aufgrund des Devolutiveffekts ist Anfechtungsobjekt vor Bundesgericht nur das vorinstanzliche Urteil, nicht jedoch die (erstinstanzlichen) Verfügungen vom jeweils 2. Dezember 2021 bezüglich Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin und bezüglich Zuschlagserteilung (vgl. Bst. B.a und B.b oben). Diese Verfügungen gelten infolge Anfechtung des vorinstanzlichen Urteils als mitangefochten ( BGE 136 II 539 E. 1.2). Auf die Anträge auf Aufhebung der Ausschlussverfügung und der Zuschlagsverfügung vom 2. Dezember 2021 ist deshalb nicht einzutreten.

#### **E. 1.5**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 1.4.2 als subsidiäre Verfassungsbeschwerde einzutreten (Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 117 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 2.1**

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 116 BGG ). Ausgeschlossen ist damit die Rüge der Missachtung von Gesetzes- und Konkordatsrecht. Ebenfalls nicht selbständig gerügt werden kann die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenzgebotes und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (Urteile 2C\_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 2.1; 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 2.1). Die Prüfung der Anwendung der eidgenössischen, interkantonalen oder kantonalen Submissionsgesetzgebung ist deshalb auf die Verletzung des verfassungsmässigen Willkürverbots ( Art. 9 BV ) oder anderer verfassungsmässiger Rechte beschränkt (Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 140 I 285 ; Urteile 2C\_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 2.1; 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3).

### **E. 2.2**

Ob ein angefochtener Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt, prüft das Bundesgericht nur, soweit in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wurde, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (qualifizierte Rügepflicht; Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteile 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.4; 2C\_315/2013 vom 18. September 2014 E. 3, nicht publ. in: BGE 140 I 252 ). Berufet sich die Beschwerdeführerin auf das Willkürverbot, muss sie anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides dartun, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich, d.h. unhaltbar ist. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 137 I 1 E. 2.4; Urteile 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.5, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ; 2C\_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 2.2).

### **E. 2.3**

Betreffend das anwendbare Recht ist der Kanton Thurgau der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 am 15. September 2021 beigetreten, wobei diese für den Kanton Thurgau am 1. April 2022 in Kraft getreten ist (IVöB 2019; RB 720.3). Allerdings werden gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019 Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB 2019 eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die vorliegende Ausschreibung erfolgte am 8. Oktober 2021 (vgl. Bst. A.a oben). Demzufolge richtet sich dieses Vergabeverfahren weiterhin nach dem bisherigen bzw. alten Recht, nämlich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, revidiert aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB 2001; Inkrafttreten der revidierten Fassung am 1. Juni 2004; Stand vom 1. Juli 2010; RB 720.4), dem Gesetz des Kantons Thurgau über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Dezember 1996 (Stand 1. April 2004; aGöB/TG) sowie der Verordnung des Regierungsrates [des Kantons Thurgau] zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2004 (Stand 1. Mai 2014; Inkrafttreten 1. April 2004; aVöB/TG).

### **E. 2.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 118 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte beruht (Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG ). Auf eine entsprechende Rüge geht das Bundesgericht nur ein, wenn diese den Anforderungen der qualifizierten Rügepflicht genügt (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. E. 2.2 oben). Auf appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung geht das Bundesgericht nicht ein (Urteile 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 140 I 285 ; 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.5, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ).

### **E. 2.5**

Eine Sachverhaltsrüge enthält die vorliegende Beschwerde nicht. Vielmehr anerkennt die Beschwerdeführerin ausdrücklich, der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt sei korrekt. Demzufolge ist vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auszugehen.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe nicht alle Akten des Vergabeverfahrens erhalten, und erblickt darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) und des Willkürverbots ( Art. 9 BV ).

Dem ist nicht zu folgen, denn die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die D.\_\_\_\_\_ bzw. Vergabestelle der Beschwerdeführerin sämtliche Akten zugestellt hat und auch sämtliche Akten dem angefochtenen Urteil zugrunde lagen (vgl. E. 2.5 angefochtenes Urteil). Eine diesbezügliche Sachverhaltsrüge enthält die Beschwerde nicht, sondern höchstens appellatorische Sachverhaltskritik, worauf nicht weiter einzugehen ist. Mangels Sachverhaltsbasis erweist sich die vorgenannte Rüge deshalb als unbegründet.

### **E. 4.1**

Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren nur Einsicht in die von ihr selbst eingereichten Akten und die Bewertung der Angebote erhalten, nicht aber in die Akten bezüglich der weiteren Zuschlagskriterien, nämlich der Referenzen, der Schlüsselpersonen, des Terminprogramms und der Lehrlinge. Auch darin erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ).

### **E. 4.2**

Das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) fliessende Recht auf Akteneinsicht gilt nicht absolut und kann aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung kommt insbesondere im öffentlichen Beschaffungswesen zum Tragen (vgl. Art. XIV Abs. 3 GPA in der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung [AS 1996 609 ff.; AS 2020 6493]; Art. 11 lit. g IVöB 2001; § 26 aVöB/TG, wonach eingereichte Unterlagen, soweit Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich behandelt werden müssen und ohne das Einverständnis des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage weder genutzt noch an Dritte weitergeleitet oder diesen bekannt gegeben werden dürfen). Rechtsprechungsgemäss besteht kein Recht auf Einsicht in Konkurrenzangebote, wohl aber in die Referenzauskünfte, auf welche die Vergabestelle abstellen möchte; dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren ( BGE 139 II 489 E. 3.3; Urteile 2C\_445/2017 vom 9. Juni 2017 E. 2.5; 2C\_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5).

### **E. 4.3**

Wie sich aus dem angefochtenen Urteil (vgl. E. 2.5 desselben) ergibt, hat die Beschwerdeführerin bezüglich Referenzen Akteneinsicht erhalten. Der dementsprechenden Rüge mangelt es somit an der Sachverhaltsbasis. Bezüglich der übrigen Punkte besteht wie dargelegt kein Recht auf Akteneinsicht. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. des Rechts auf Akteneinsicht erweist sich damit als unbegründet.

### **E. 5.1**

Ausserdem beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, dass sie vor ihrem Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht angehört worden sei. Damit sei ihr verunmöglicht worden, die bewusst eingesetzten, tiefen Einheitspreise bzw. Platzhalterpreise von einem Rappen zu erläutern. Dadurch sei (erneut) ihr Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verletzt worden.

In der Folge rügt die Beschwerdeführerin zudem, dass ihr Ausschluss materiell rechtswidrig, nämlich willkürlich ( Art. 9 BV ) sei. Sie macht im Wesentlichen geltend, es treffe zwar zu, dass einzelne von ihr offerierte Einheitspreise nicht kostendeckend seien. Dies sei jedoch nicht unzulässig. Sie sei gewillt und in der Lage, zum offerierten Preis zu erfüllen. Die Kosten bzw. Preise der entsprechenden Positionen seien zudem nicht auf Globalpositionen umgelagert oder in andere Preise eingerechnet worden. Auch handle es sich bei ihrer Offerte nicht um ein ungewöhnlich niedriges Angebot, sodass sie (Beschwerdeführerin) aus diesem Grund nicht ausgeschlossen werden dürfe. Die Ausschreibung basiere auf verbindlichen Vorausmassen der zuständigen Ingenieure bzw. sei bezüglich der verlangten Leistungen sehr genau. Deshalb stelle die Offerierung von nicht kostendeckenden Einheitspreisen auch keine Preisspekulation dar, da die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass sie die entsprechenden Leistungen erbringen müsse. Zudem ver falle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie davon ausgehe, aufgrund der Genauigkeit der Ausschreibung beinhalte diese eine formelle Preisbildungsregel, wonach keine Einheitspreise unter den Gestehungskosten angeboten werden dürften.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, gemäss Ziff. 2.1.3 (Abs. 1) der Ausschreibungsunterlagen verstünden sich die Preise für eine fachgemässe, in allen Teilen einwandfreie, vollständige Arbeit samt allen erforderlichen Materiallieferungen in bester Qualität. Die Ausschreibung sei nach Einheitspreisen erfolgt. Demzufolge sei auch bei jeder Position ein Einheitspreis anzugeben gewesen. Mit Ausnahme von einzelnen Globalpositionen (z.B. Baustelleneinrichtung) seien alle Leistungen zu Festpreisen pro Leistungseinheit zu offerieren gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nicht erläutert, dass Einheitspreise für gewisse Positionen in Einheitspreisen anderer Positionen enthalten gewesen seien. Bei Einheitspreisen von einem Rappen könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine fachgemässe, in allen Teilen einwandfreie, vollständige Arbeit im vorgenannten Sinn abgedeckt sei. Gemäss den genannten Preisvorschriften seien Spekulationspreise nicht zulässig gewesen. Es bestehe der Verdacht, dass die Beschwerdeführerin mit Einheitspreisen von einem Rappen eine Vergabespekulation bezweckt habe. Sie habe mit diesen Platzhalterpreisen bzw. nicht realen Preisen darauf spekuliert, dass gewisse Positionen nicht zur Ausführung gelangen. Aufgrund der Preisspanne der eingereichten Angebote (vgl. Bst. A.b oben) stelle allerdings das Angebot der Beschwerdeführerin kein ungewöhnlich niedriges Angebot im Sinne von § 40 aVöB/TG

dar, weshalb die D. \_\_\_\_\_ nicht verpflichtet gewesen sei, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen und folglich keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege (vgl. E. 5.3 unten).

Ausserdem stellten die vorgenannten Ausschreibungsbedingungen Preisbildungsregeln bzw. formelle Offertvorschriften dar, wonach bei jeder Position reale Einheitspreise zu offerieren waren. Diese seien mit der Angabe blosser Platzhalterpreise bzw. nicht realer Preise verletzt worden und das Angebot der Beschwerdeführerin damit nicht ausschreibungskonform. Konkret bestünden unter dem NPK [Normpositionenkatalog]-Kapitel 241 "Ortbeton" deutliche, nicht nachvollziehbare Unterschiede zwischen den verschiedenen Angeboten. Während die entsprechenden Positionen in den Angeboten der Konkurrenten mit Totalpreisen von Fr. 362'085.20 bis Fr. 413'351.20 offeriert worden seien, habe die Beschwerdeführerin dafür bloss Fr. 6'335.15 veranschlagt. Ein Vergleich des Angebots der Beschwerdeführerin mit den anderen Angeboten sei damit verunmöglicht worden, was eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots darstelle. Eine (nachträgliche) Korrektur von Platzhalterpreisen sei nicht zulässig. Aufgrund der Verletzung formeller Ausschreibungsbedingungen sei das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht ausgeschlossen worden.

### **E. 5.3**

Gemäss gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht kostendeckende bzw. Unterangebote zulässig (vgl. statt vieler BGE 143 II 553 E. 7.1). Laut § 40 aVöB/TG "kann" die Auftraggeberin bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten bei der Anbieterin Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass diese die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Diese Berechtigung wandelt sich rechtsprechungsgemäss in eine Pflicht, wenn die Vergabestelle aufgrund eines solchen Angebots Zweifel an der Fähigkeit der Anbieterin zur Leistungserbringung oder an der Seriosität des Angebots hat und deswegen einen Ausschluss dieser Anbieterin erwägt. In diesen Fällen ist die Anbieterin vor einem allfälligen Ausschluss anzuhören, andernfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt ( Art. 29 Abs. 2 BV ; BGE 139 II 489 E. 3.3). Zeigen sich aufgrund der entsprechenden (auch fehlenden) Auskünfte tatsächlich Mängel bzw. können die Zweifel nicht beseitigt werden, wird das Angebot deshalb ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht aufgrund des tiefen Preises ( BGE 143 II 425 E. 5.2 ; 130 I 241 E. 7.3; Urteil 2D\_46/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2.1).

### **E. 5.4**

Werden die Preise der anderen Angebote als Massstab herangezogen, handelt es sich beim Angebot der Beschwerdeführerin nicht um ein ungewöhnlich niedriges Angebot, liegt dieses doch preislich nur 0.09 % respektive Fr. 5'173.-- tiefer als das nächst höhere Angebot (Fr. 5'634'154.20 gegenüber Fr. 5'639'291.20; vgl. Bst. A.b oben). Ebenso wenig handelt es sich bei Ersterem nach den vorinstanzlichen, unbestrittenen Feststellungen um ein Unterangebot. Auf dieser Basis bestand somit keine Verpflichtung der D. \_\_\_\_\_, die Beschwerdeführerin vor dem Ausschluss anzuhören.

Eine andere Frage wäre, ob die Vergabestelle eine Anbieterin auch dann vorgängig anhören muss, wenn Ersterer in Betracht zieht, die Anbieterin wegen ungewöhnlich niedriger Einzelpositionen eines Angebots auszuschliessen. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, denn der Ausschluss erfolgte schwergewichtig wegen der Verletzung wesentlicher Formerfordernisse der Ausschreibung, wobei die

Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt ist (vgl. dazu E. 2.1 oben und E. 7.1 unten).

## **E. 6**

Diesbezüglich ist zu klären, ob Ziff. 2.1.3 der Ausschreibungsunterlagen (vgl. Bst. A.a oben; Titel: "Preise, Zuschläge, Preise für Nachträge"), welche sich im Kapitel 2 "Projektbedingte und besondere Bestimmungen", Unterkapitel 2.1 "Vertragsbestandteile, Preise, Zahlungsfristen, Überwachung" befindet, eine formelle Preisbildungsvorschrift darstellt und wie diese zu verstehen ist.

### **E. 6.1**

Ausschreibungsunterlagen sind 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. Allerdings verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Ausschreibungsunterlagen über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Art. 16 IVöB 2001). Im Ergebnis ist die Auslegung der Vergabestelle demnach nur zu korrigieren, wenn sie als willkürlich erscheint. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist ( BGE 141 II 14 E. 7.1; exemplarisch Urteile 2D\_2/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 4.4; 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.2 f.; vgl. aktuelle Rechtsprechungsübersicht in MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, S. 103 ff.).

### **E. 6.2**

Bereits aus dem Titel des Kapitels 2 ("Preisbedingte und besondere Bestimmungen") ergibt sich, dass hier Vorschriften bezüglich der Preise aufgestellt wurden. In Ziff. 2.1.3 enthält Abs. 1 eine generelle Vorgabe, wonach "die Preise der einzelnen Positionen" sich insbesondere als Preise für eine "vollständige Arbeit" verstehen, wobei alle Kosten (Material, Transport, etc.) in diese Preise einzuschliessen waren. Die Abs. 2 - 4 von Ziff. 2.1.3 enthalten eine Konkretisierung von Abs. 1 in Bezug auf Nachträge (Abs. 2), Zuschläge (Abs. 3), Beschleunigungsmassnahmen (Abs. 4) und Bausitzungen (Abs. 5). In den Abs. 3 - 5 wird jeweils ausdrücklich verlangt, dass sämtliche weiteren Kosten, seien diese (beispielsweise) für Nebenarbeiten (Abs. 3), Zweischichtbetrieb (Abs. 4) oder Bausitzungen (Abs. 5), "in die Einheitspreise einzurechnen" sind. Im Weiteren beinhalten die Ausschreibungsunterlagen ein 128-seitiges, detailliertes Leistungsverzeichnis gemäss BKP [Baukostenplan]-211 Baumeisterarbeiten. Die Vorinstanz hat diesbezüglich mehrere Unterpositionen der Oberposition "241 Ortbeton" herausgegriffen (vgl. E. 5.8 angefochtenes Urteil). Bei diesen war jeweils neben dem Gegenstand die Menge (Vorausmass), die Masseinheit, eine leere Kolonne für den Preis pro Stück bzw. bezüglich Masseinheit und eine weitere leere Kolonne für den Gesamtpreis der betreffenden Position angegeben. Nach diesem Muster war praktisch das ganze Leistungsverzeichnis aufgebaut.

Bereits aufgrund der vorinstanzlich festgestellten Formulierung der Ausschreibungsunterlagen, aber auch aufgrund der Systematik derselben ergibt sich, dass

Letztere wie von der Vorinstanz erwogen bzw. nach Treu und Glauben von den Anbietern nur so verstanden werden konnten, dass in jeder Unterposition der Preis pro Masseinheit bzw. pro Stück und damit ein Einheitspreis anzugeben war. Nur so konnte der Gesamtpreis pro Unterposition errechnet werden, der sich aus der Multiplikation von Menge und Stückpreis ergab. In Ziff. 2.1.3 der Ausschreibungsunterlagen wurde abgesehen davon mehrfach erwähnt, dass weitere Kosten in die Einheitspreise einzurechnen seien, was voraussetzt, dass überhaupt Einheitspreise angegeben werden. Wenn zudem in Ziff. 2.1.3 mehrmals verlangt wird, dass sämtliche Zuschläge und Zusatzkosten in die Einheitspreise eingerechnet werden, bedeutet dies auch, dass reale und effektive Preise einzusetzen sind, nämlich Preise, die wirklich die ganze Leistung abdecken. Auch macht ein dermassen detailliertes Leistungsverzeichnis nur Sinn, wenn es in allen Positionen bzw. vollständig mit effektiven Preisen ausgefüllt wird. Andernfalls werden die jeweiligen Gesamtpreise der Unterpositionen stark verzerrt. So hat die Beschwerdeführerin in der Unterposition 241.212.113 einen Rappen pro Stück eingesetzt, was zu einem Gesamtpreis von Fr. 2.90 (288 x Fr. 0.01) führte. Die Zuschlagsempfängerin hat dagegen wie die übrigen Anbieter einen vielfach höheren Stückpreis eingesetzt, wodurch ein Gesamtpreis von über Fr. 10'000.-- resultierte. Die Beschwerdeführerin hätte bei dieser Unterposition genau so gut den Betrag von Null Franken einsetzen können. Der Betrag von einem Rappen war nicht mehr als ein Platzhalter.

Die Schlussfolgerung der D.\_\_\_\_\_ und der Vorinstanz, dass die genannten Vorschriften formelle Preisbildungsregeln darstellen, wonach pro Detailposition reale Einheitspreise einzusetzen waren, ist nach dem Gesagten nicht willkürlich, sondern rechtskonform.

## **E. 7**

Als nächstes stellt sich die Frage, ob der deshalb erfolgte Ausschluss der Beschwerdeführerin gemäss angefochtenem Urteil verfassungskonform war. Gemäss § 36 Abs. 1 Ziff. 9 aVöB/TG ist ein Anbieter "in der Regel von der Teilnahme auszuschliessen, wenn er insbesondere wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder der verlangten Unterlagen oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen."

### **E. 7.1**

Rechtsprechungsgemäss verfügt die Vergabestelle bezüglich des Ausschlusses von Anbietern über ein gewisses Ermessen, was im Rahmen von § 36 Abs. 1 aVöB/TG nicht zuletzt durch die Formulierung "in der Regel" zum Ausdruck kommt. Der Ausschlussgrund muss allerdings eine gewisse Schwere aufweisen; andernfalls handelt die Vergabebehörde unverhältnismässig und überspitzt formalistisch ( BGE 145 II 249 E. 3.3 ; 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 3 und 8.2.1; Urteile 2C\_1020/2020 vom 12. April 2022 E. 4.3.1; 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.2). Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibung und die Missachtung von vergaberechtlichen Formvorschriften können zum Ausschluss eines Angebots führen ( BGE 143 I 177 E. 2.3.1 f.; 141 II 353 E. 8.2.1; Urteile 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.5.1; 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1). Sind entsprechende Mängel von untergeordnetem Charakter und wird der Zweck, den die in Frage stehenden Formvorschriften verfolgen, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt, dürfen sie allerdings nicht zum Ausschluss eines Anbieters führen ( BGE 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 8.2.1; Urteile 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.5.1; 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2; 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3). Im Ergebnis kann die

Rechtsmittelinstanz nur prüfen, ob die Vergabebehörde die Grenzen des Ermessens im vorgenannten Sinn überschritten, sprich willkürlich gehandelt hat ( BGE 141 II 353 E. 3.; Urteil 2D\_2/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 4.1). Dagegen muss die Rechtsmittelinstanz bei der Prüfung der Verfahrensregeln auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens nicht die gleiche Zurückhaltung an den Tag legen ( BGE 141 II 353 E. 3 in fine).

### **E. 7.2**

Preisbildungsvorschriften, insbesondere die Bedingung, Einheitspreise anzugeben, stellen formelle Vorschriften dar. Deren Zweck besteht darin, einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote zu verschaffen und deren Vergleich zu ermöglichen. Die Nichtbeachtung solcher Vorschriften führt zum Ausschluss vom Vergabeverfahren (Urteile 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2; 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4; Urteil BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.2.1; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2338 ff.; insbesondere zur kantonalen Rechtsprechung vgl. GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 456 ff., 464 ff., 495). Eine Missachtung solcher Vorschriften liegt insbesondere vor, wenn die Anbieterin in wesentlichen Positionen dermassen tiefe, sprich nicht reale Preise einsetzt, dass das Angebot mit den anderen Angeboten nicht vergleichbar ist. Gerade mit der Verpflichtung, Einheitspreise anzugeben, soll der faire Vergleich zwischen den Angeboten ermöglicht werden. Demnach kann und muss verlangt werden, dass alle wesentlichen Einzelpositionen komplett mit Einheitspreisen ausgefüllt werden. Andernfalls kann das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebots gar nicht beurteilt werden. Ein solches Angebot ist in der Regel auszuschliessen, weil es aufgrund inhaltlicher Mängel nicht vergleichbar ist, aber auch, weil es unvollständig ist (Urteile 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O.).

### **E. 7.3**

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung ist der vorliegende Ersatzbau mindestens teilweise in Sichtbeton zu erstellen, was hohe Anforderungen an die sogenannten Ortbetonarbeiten stellt (vgl. E. 5.4 angefochtenes Urteil). Unbestrittenermassen hat die Beschwerdeführerin in diesem wichtigen Teil des Leistungsverzeichnisses, nämlich im NPK [Normpositionenkatalog]-Kapitel 241 "Ortbeton", in vierzehn Positionen statt realen Einheitspreisen solche von einem Rappen eingesetzt (vgl. E. 5.1, 5.7 angefochtenes Urteil und E. 6.2 oben). Dies führte nicht nur zu preislichen Abweichungen gegenüber der Konkurrenz von rund Fr. 356'000.-- bis Fr. 407'000.-- (vgl. E. 5.7 angefochtenes Urteil). Durch die faktisch fehlende Angabe der Einheitspreise wurde eine aussagekräftige Beurteilung dieses Angebots, insbesondere des Preis-Leistungs-Verhältnisses, verunmöglicht. Ein solches Angebot ist zudem unvollständig (Urteil 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4).

Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz willkürfrei erwogen, dass eine solche Vorgehensweise in wesentlicher Hinsicht gegen die bestehenden, formellen Preisbildungsvorschriften - die Angabe von realen Einheitspreisen in jeder Position - verstösst, und das Angebot der Beschwerdeführerin deshalb vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist. Auch ist die Vorinstanz unter diesen Umständen willkürfrei zur Einschätzung gelangt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin deshalb nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden konnte, was ebenfalls den Ausschluss nach sich

zieht. Die Vorinstanz ist demnach im Rahmen der Anwendung von § 36 Abs. 1 aVöB/TG nicht in Willkür verfallen bzw. hat zu Recht nicht eingegriffen, weil die D.\_\_\_\_\_ ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat.

#### **E. 7.4**

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die D.\_\_\_\_\_ das Gebot der Gleichbehandlung zu beachten hatte (Art. 11 Abs. 1 lit. a IVöB 2001). Gegen Letzteres würde verstossen, wenn ein Angebot mit schweren Mängeln berücksichtigt würde ( BGE 143 I 177 E. 2.3.2). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht erwogen, dass die anderen Anbieter auf die Einhaltung der Preisbildungsvorschriften vertrauen durften (vgl. E. 5.9 angefochtenes Urteil). Aus dem Gleichbehandlungsgebot und dem Verbot von Angebotsrunden (Art. 11 Abs. 1 lit. c IVöB 2001; § 39 Abs. 1 aVöB/TG; vgl. zudem Ziff. 1.2.5 Abs. 2 Ausschreibungsunterlagen, wonach keine Verhandlungen über das Angebot geführt werden) folgt zudem das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderlichkeit der Angebote. Demzufolge darf ein Angebot nach Fristablauf nicht mehr geändert werden (vgl. so ausdrücklich § 34 Abs. 3 aVöB/TG) und ist grundsätzlich einzig auf der Basis des eingereichten Angebots zu beurteilen ( BGE 143 I 177 E. 2.5.1; 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.1; 2D\_33/2019 vom 25. März 2020 E. 3.1). Ein nachträglicher Ersatz der Platzhalterpreise im Angebot der Beschwerdeführerin durch reale Preise war demnach weder möglich noch zulässig. Auch eine Erläuterung dieses Angebots durch die Beschwerdeführerin im Sinne von § 38 Abs. 1 aVöB/TG wäre vorliegend nicht zulässig gewesen, denn eine solche Erläuterung darf lediglich der Klärung des Angebots dienen, Letzteres aber nicht inhaltlich ändern, insbesondere nicht bezüglich des Preises (Urteil 2D\_33/2019 vom 25. März 2020 E. 3.1 mit Hinweisen; vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2).

#### **E. 8**

Da sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aufgrund Verletzung formeller Vorschriften (Preisbildungsvorschriften) und Unvollständigkeit als willkürfrei und damit verfassungskonform erweist, erübrigt es sich, darauf einzugehen, ob der Ausschluss auch aufgrund der Qualifikation des Angebots als Spekulationsofferte zulässig gewesen wäre.

#### **E. 9**

Aufgrund der Rechtmässigkeit des Ausschlusses des Angebots der Beschwerdeführerin erübrigt es sich zudem, auf die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend den Zuschlag, insbesondere die Beanstandung bezüglich der Preiskurve und Bewertung der Referenzen bzw. die Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 9 BV i.V.m. § 42 aVöB/TG, einzugehen.

#### **E. 10**

Zudem ist aufgrund des vorgenannten Resultats auf den Antrag, die Streitsache zu neuem Entscheid (in der Sache) an die Vorinstanz zurückzuweisen, nicht einzutreten.

#### **E. 11**

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich damit als unberechtigt und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 12**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens den Gesellschafterinnen der Beschwerdeführerin zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 65, Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Die D.\_\_\_\_\_ hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.