

BGer 2C 515/2022 vom 12. September 2023

Bundesgericht, 2023-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_515_2022

FR: TF 2C 515/2022 du 12 septembre 2023

IT: TF 2C 515/2022 del 12 settembre 2023

Regeste

Submission | Grundrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 lit. f BGG) und richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessende (Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin ist bereits im kantonalen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie als zweitplatzierte Anbieterin des Vergabeverfahrens durch das angefochtene Urteil, das die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin bestätigt, in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.8). Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 83 lit. f BGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2 i.f.; 143 II 120 E. 2.2).

E. 1.2.1

Während der massgebende Schwellenwert im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG angesichts des Zuschlags zum Angebotspreis von Fr. 910'028.80 unbestrittenermassen überschritten wird (vgl. auch Bst. B hiervor), bedarf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG einer genaueren Betrachtung: Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist,

genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis begleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2).

E. 1.2.2

Die Beschwerdeführerin unterbreitet dem Bundesgericht folgende Rechtsfrage, der sie grundsätzliche Bedeutung beimisst: "Unter welchen Voraussetzungen kann die Vergabestelle einen Zuschlagsentscheid nachträglich widerrufen bzw. eine Zuschlagsempfängerin nach Erteilung des Zuschlags vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn der Widerrufs- bzw. Ausschlussgrund bereits im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bestand bzw. der Vergabestelle bekannt war?" Die Beschwerdeführerin wirft diese Frage vor dem Hintergrund von § 28 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 20. Mai 1999 (BeschG/BS; SG 914.100) auf. Gemäss dieser kantonrechtlichen Bestimmung kann die Vergabebehörde den Zuschlag widerrufen, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliegt, der vor dem Entscheid noch nicht bestand oder der ihr nicht bekannt war. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabebehörde habe im Zuge des vorinstanzlichen Rekursverfahrens den Rekurs als begründet erachtet und daher in der Rekursantwort vom 23. Dezember 2021 den Ausschluss der Beschwerdegegnerin und den Zuschlag an die Beschwerdeführerin beantragt (vgl. auch Bst. B.b hiervor). Indem die Vorinstanz diesen Anträgen der Vergabebehörde nicht Folge geleistet habe, greife sie rechtswidrig in das Ermessen der Vergabebehörde ein und verletze den vergaberechtlichen Grundsatz, dass die Vergabebehörde den Zuschlag aus vertretbaren Gründen widerrufen könne.

E. 1.2.3

Erstinstanzliche Verfügungen entfalten keine materielle Rechtskraft. Sie werden lediglich rechtsbeständig und sind daher unter bestimmten Voraussetzungen revidierbar (vgl. Urteil 9C_8/2021 vom 8. Februar 2022 E. 4.2; zur materiellen Rechtskraft im Allgemeinen vgl. BGE 144 I 11 E. 4.2). Indem der kantonale Gesetzgeber die Kompetenz der Vergabebehörde, ihre Zuschlagsverfügung zu widerrufen, in § 28 BeschG/BS an bestimmte Voraussetzungen knüpft und dadurch einschränkt, regelt er das Verhältnis zwischen dem Interesse an Rechtssicherheit (Schutz des Vertrauens in die rechtsbeständige Verfügung) und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (vgl. auch E. 3.3.1 hiernach; zum Widerruf der Zuschlagsverfügung im Vergabeverfahren des Bundes vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2). Die Frage, ob die kantonrechtlich geregelte Abwägung dieser beiden Interessen dem Ermessensspielraum der Vergabebehörde hinreichend Nachachtung verschafft, ist von grundsätzlicher Bedeutung. Im Kern betrifft die aufgeworfene Grundsatzfrage die zeitliche Dimension der Ermessensausübung durch die Vergabebehörde und die kantonrechtliche Beschränkung des Ermessens ab dem Zeitpunkt des Zuschlags. Ausserdem gelten unter anderem der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. e der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; AS 2003 196; SG 914.500) als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen. Die interkantonale Vereinbarung, welcher der Kanton Basel-Stadt beigetreten und die in zeitlicher Hinsicht auf die vorliegende Angelegenheit noch anwendbar ist, sieht den Widerruf eines Zuschlags als Anfechtungsobjekt somit ausdrücklich vor. Obschon die Vergabebehörde vorliegend den Zuschlag nicht widerrufen

hat, will die Vergabebehörde mit ihren Anträgen in der Rekursantwort die Aufhebung des Zuschlags bewirken. Deshalb wirft die Beschwerdeführerin in vertretbarer Weise die Frage auf, ob das kantonale Recht die Kompetenz der Vergabebehörde, ihre Zuschlagsverfügung zu widerrufen, im Lichte des interkantonalen Rechts einschränken dürfe.

E. 1.2.4

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz vermag daran nichts zu ändern, dass der Kanton Basel-Stadt mit Beschluss des Grossen Rats vom 23. Juni 2022 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (nachfolgend: IVöB 2019) beigetreten ist. Zwar regelt Art. 44 Abs. 1 IVöB 2019 den Widerruf eines bereits erteilten Zuschlags ausführlich, sodass der Kanton Basel-Stadt § 28 BeschG/BS voraussichtlich aufheben werde. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich die vorliegend zu beurteilende Ausgangslage des Widerrufs einer Zuschlagsverfügung aufgrund von Tatsachen, die im Zuschlagszeitpunkt bereits bekannt gewesen sind, auch unter der Geltung des neuen Konkordats wieder ereignet. Es liegt somit eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

E. 1.2.5

Unter dem Blickwinkel von Art. 83 lit. f BGG erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als zulässig, was die eventualiter erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausschliesst (Art. 113 BGG). Auf Letztere ist demzufolge nicht einzutreten.

E. 1.3

Im Weiteren erweist sich auch der von der Beschwerdeführerin eventualiter gestellte Antrag um Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 28. Oktober 2021 grundsätzlich als zulässig (vgl. Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]; Art. 18 Abs. 2 IVöB ; vgl. auch BGE 125 II 86 E. 5b; Urteile 2C_159/2021 vom 11. Mai 2022 E. 1.4; 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3.2). Allerdings tritt der Eventualantrag nur für den Fall eines Vertragsschlusses zwischen der Vergabebehörde und der Beschwerdegegnerin an die Stelle des Hauptantrags.

E. 1.4

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

E. 2

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht und interkantonalem Recht gerügt werden (Art. 95 lit. a und lit. e BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von kantonalem und interkantonalem Recht geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Die Anwendung des kantonalen Rechts wird vom Bundesgericht abgesehen von den Fällen von Art. 95 lit. c und lit. d BGG als solche nicht überprüft. Möglich ist nur die Rüge, die Anwendung des kantonalen Rechts widerspreche dem Bundes-, Völker- oder interkantonalen Recht (Art. 95

lit. a, lit. b und lit. e BGG). Dies ist der Fall, wenn das angewendete kantonale Recht als solches dem übergeordneten Recht widerspricht, aber auch dann, wenn das an sich rechtskonforme kantonale Recht auf eine willkürliche Weise angewendet worden ist, weil dadurch Art. 9 BV verletzt wird (vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 ; 138 I 143 E. 2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Ermessens der Vergabebehörde, eine Unvereinbarkeit von § 28 BeschG/BS mit übergeordnetem Recht sowie eine willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Vorinstanz verletze den ungeschriebenen vergaberechtlichen Grundsatz, wonach die Vergabebehörde den Zuschlag aus vertretbaren Gründen widerrufen dürfe. Die Widerrufsmöglichkeit diene nicht nur der Durchsetzung des materiellen Rechts, sondern insbesondere der Gleichbehandlung der Anbieterinnen im Vergabeverfahren. Sie stehe somit im engen Zusammenhang mit den in Art. 1 IVöB festgehaltenen Grundsätzen, sodass kein Raum für das kantonale Recht bestehe, die materiellen Voraussetzungen eines Widerrufs eigenständig zu regeln. Die Vergabebehörde, so die Beschwerdeführerin weiter, habe sich im kantonalen Rekursverfahren vernehmlassungsweise dem Rekurs angeschlossen und dabei den Widerruf sowie die Neuerteilung des Zuschlags verlangt. Damit habe die Vergabebehörde ihren Willen zum Widerruf des Zuschlags klar zum Ausdruck gebracht. Indem die Vorinstanz den Willen der Vergabebehörde nicht respektiere, verletze sie den Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin geht die Vorinstanz überdies zu Unrecht davon aus, dass die Zuschlagsverfügung nicht nachträglich widerrufen werden könne, obschon der Vertreter der Beschwerdegegnerin verspätet zur obligatorischen Begehung gestossen sei. Deshalb sei auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen verletzt.

E. 3.2

Die Vorinstanz erwägt, die Verfahrensbeteiligten seien sich einig, dass die Begehung obligatorisch gewesen sei und die Nichtteilnahme daran zum Ausschluss vom Vergabeverfahren geführt hätte. Allerdings habe der Vertreter der Beschwerdegegnerin an der Begehung unbestrittenermassen teilgenommen. Er sei lediglich verspätet zur Begehungsgruppe gestossen (vgl. E. 2.2.2 des angefochtenen Urteils). Die Verspätung bei der Begehung stelle gemäss den Ausschreibungsunterlagen keinen zwingenden Ausschlussgrund dar. Es sei daher zu prüfen, ob die Verspätung einen derart schwerwiegenden Mangel darstelle, sodass die Gleichbehandlung mit den anderen Anbieterinnen nicht mehr gewährleistet wäre. Dies sei zu verneinen, da die Verspätung nur wenige Minuten betragen habe. Die Vorinstanz kommt daher zum Schluss, dass die Vergabebehörde ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt habe, als sie der Beschwerdegegnerin den Zuschlag erteilt habe. Ein Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren wäre vielmehr unverhältnismässig und überspitzt formalistisch gewesen. Der Zuschlag begründe somit keine Rechtsverletzung. Die Vergabebehörde, so die Vorinstanz weiter, könne auf ihren Entscheid nur noch unter den Voraussetzungen von § 28 BeschG/BS zurückkommen. Da der Vergabebehörde im Zuschlagszeitpunkt die

Verspätung des Vertreters der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen sei, könne sie die Zuschlagsverfügung gestützt auf diesen Grund nicht widerrufen. Mangels Vorliegens einer Rechtsverletzung könne im kantonalen Rekursverfahren dem vernehmlassungsweise gestellten Gutheissungsantrag der Vergabebehörde nicht stattgegeben werden (vgl. E. 2.3 des angefochtenen Urteils).

E. 3.3

Beim Zuschlag handelt es sich um eine Verfügung der Vergabebehörde (vgl. Art. 13 lit. g IVöB ; Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB ; vgl. auch Poltier, Droit des marchés publics, 2. Aufl. 2023, Rz. 700). Erstinstanzliche Verfügungen entfalten - im Gegensatz zu Gerichtsurteilen - keine materielle Rechtskraft. Sie werden (nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist) lediglich rechtsbeständig. Sie können daher unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben oder abgeändert werden (vgl. Urteil 9C_8/2021 vom 8. Februar 2022 E. 4.2; zur Aufhebung und Abänderung von gerichtlich beurteilten Verfügungen vgl. auch Urteil 1C_63/2019 vom 29. Januar 2020 E. 5).

E. 3.3.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann auf eine als materiell fehlerhaft erkannte Verfügung insbesondere wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, fehlerhafter Rechtsanwendung oder nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage zurückgekommen werden, sofern wichtige öffentliche Interessen berührt sind. Fehlen positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit einer Änderung einer Verfügung, ist darüber anhand einer Interessenabwägung zu befinden, bei welcher das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse am Vertrauensschutz gegenüberzustellen ist (vgl. BGE 141 IV 55 E. 3.4.2). Eine Verfügung kann somit grundsätzlich nicht widerrufen werden, wenn das Interesse am Vertrauensschutz demjenigen an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts vorgeht: Dies trifft in der Regel dann zu, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn die private Person von einer ihr durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut. Auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf infrage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (vgl. BGE 143 II 1 E. 5.1 ; 137 I 69 E. 2.3). Sind die Voraussetzungen über die Aufhebung oder Änderung einer Verfügung in der einschlägigen Gesetzgebung geregelt, bestimmt sich die Zulässigkeit des nachträglichen Eingreifens der Behörde in erster Linie nach dieser Grundlage (vgl. BGE 141 IV 55 E. 3.4.2 i.f.; 127 II 306 E. 7a i.f.).

E. 3.3.2

Der vorliegend umstrittene § 28 BeschG/BS bestimmt, dass die Zuschlagsverfügung lediglich widerrufen werden kann, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliegt, der vor dem Entscheid noch nicht bestand oder der Vergabestelle nicht bekannt war. Das kantonale Recht verankert für das erstinstanzliche Vergabeverfahren somit den Grundsatz, dass ein Widerruf der Zuschlagsverfügung nur geboten ist, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 548; vgl. auch Poltier, a.a.O., Rz.

710 ff.). Der kantonale Gesetzgeber gewichtet mit dieser Regelung das Interesse am Vertrauensschutz für den Fall des Vorliegens von Verfahrensausschlussgründen, die im Zuschlagszeitpunkt bekannt gewesen sind, explizit höher als das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung. Er nimmt die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich vorgesehene Interessenabwägung für diese spezifische Konstellation im erstinstanzlichen Vergabeverfahren gewissermassen vorweg. Dies ist nicht zu beanstanden, da nach der vorgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine positivrechtliche Regelung dem allgemeinen Grundsatz der Abwägung der involvierten Interessen in der Regel vorgeht.

E. 3.3.3

Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin im Übrigen, wenn sie geltend macht, das interkantonale Recht stehe einer kantonalrechtlichen Regelung des Widerrufs von vornherein entgegen. Das interkantonale Recht gibt in Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB lediglich vor, dass der Widerruf des Zuschlags als eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt. Es gibt damit lediglich den Rechtsschutz für den Fall des Widerrufs vor. Überdies weist das interkantonale Recht dem kantonalen Gesetzgeber ausdrücklich die Aufgaben zu, ein Verfahren zur Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter nach objektiven und überprüfbaren Kriterien zu gewährleisten (vgl. Art. 13 lit. d IVöB) und namentlich auch den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens auf wichtige Gründe zu beschränken (vgl. Art. 13 lit. i IVöB). Die Vorgaben des interkantonalen Rechts stehen einer kantonalrechtlichen Beschränkung der Kompetenz der Vergabebehörde, ihren Zuschlag zu widerrufen, nicht entgegen. Im Lichte des übergeordneten Rechts ist die Regelung von § 28 BeschG/BS nicht zu beanstanden.

E. 3.4

Von der Kompetenz der Vergabebehörde im erstinstanzlichen Vergabeverfahren ist die Überprüfungscompetenz der Rechtsmittelinstanz im Rechtsmittelverfahren zu unterscheiden. In einem allfälligen kantonalen Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 15 ff. IVöB besteht eine andere Ausgangslage.

E. 3.4.1

Im vorinstanzlichen Rekursverfahren gemäss §§ 30 ff. BeschG/BS ist die kantonale Beschwerdeinstanz - d.h. die Vorinstanz - nicht an die Beschränkung von § 28 BeschG/BS gebunden. § 28 BeschG/BS richtet sich nur an die Vergabebehörde und wirkt sich auch nur auf das erstinstanzliche Vergabeverfahren aus. Im Zuge des kantonalen Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeinstanz demgegenüber auf entsprechende Rüge hin zu prüfen, ob Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens oder eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vorliegt (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a und lit. b IVöB ; vgl. auch § 8 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 14. Juni 1928 über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege [VRPG/BS; SG 270.100] i.V.m. § 30 Abs. 5 BeschG/BS). Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (vgl. Art. 16 Abs. 2 IVöB ; vgl. auch § 8 Abs. 5 VRPG/BS i.V.m. § 30 Abs. 5 BeschG/BS). Im Rechtsmittelverfahren stellt sich daher nicht mehr die Frage, ob der Ausschlussgrund der Vergabebehörde im Zuschlagszeitpunkt bekannt gewesen ist, sondern ob der unterbliebene Ausschluss eine Rechtsverletzung begründet. Stellt die Beschwerdeinstanz eine Rechtsverletzung fest, hat sie den Zuschlag aufzuheben (vgl. Art. 18 Abs. 1 IVöB [kein Vertragsabschluss]) oder die

Rechtswidrigkeit festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB [Vertragsabschluss]). Der Widerruf der Zuschlagsverfügung, wie er durch § 28 BeschG/BS geregelt wird, steht im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zur Diskussion, zumal er auch in systematischer Hinsicht nicht im Abschnitt zum "Rechtsschutz" steht (vgl. §§ 30 ff. BeschG/BS).

E. 3.4.2

Der vom kantonalen Gesetzgeber für das erstinstanzliche Vergabeverfahren eingeräumte Vorrang des Vertrauensschutzes wird durch die im Rechtsmittelverfahren zulässigen Beschwerdegründe somit relativiert (vgl. E. 3.3.2 hiervor), zumal die beschwerdeführende Partei durch die Erhebung eines Rechtsmittels und die Rüge der Rechtsverletzung ihrem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung Ausdruck verleihen kann. Im Bereich des Beschaffungsrechts kommt dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts denn auch eine grosse Bedeutung zu, da mit der Zuschlagsverfügung nicht nur das Verhältnis zwischen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin geregelt wird. Vielmehr entfaltet die Zuschlagsverfügung auch eine Wirkung für die anderen Anbieterinnen, da mit ihr zugleich entschieden wird, dass die anderen Anbieterinnen den Zuschlag nicht erhalten (vgl. BGE 148 I 53 E. 4.1; 146 II 276 E. 1.2.4 und E. 6.3.1; 141 II 14 E. 4.7). Ein Interesse an der richtigen Rechtsanwendung haben demnach nicht nur die Zuschlagsempfängerin, sondern insbesondere auch die anderen Anbieterinnen eines Vergabeverfahrens, was sich im Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB widerspiegelt.

E. 3.4.3

Die Vorinstanz hat im Rekursverfahren daher zu Recht geprüft, ob der unterbliebene Ausschluss der Beschwerdegegnerin eine Rechtsverletzung begründet. Nur falls sie eine Rechtsverletzung festgestellt hätte (vgl. dazu E. 3.5 hiernach), hätte sie den Rekurs gutheissen und die Zuschlagsverfügung vom 28. Oktober 2021 aufheben können. Soweit sich im Antrag der Vergabebehörde, der Rekurs sei gutzuheissen, im Übrigen eine Anerkennung erblicken lässt, ist Folgendes zu erwägen (vgl. auch Urteil 6B_1269/2017 vom 16. Januar 2019 E. 10.2; Art. 241 ZPO) : Im öffentlichen Recht findet grundsätzlich die *Offizialmaxime* Anwendung. Im Grundsatz können die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen und die Vorinstanz war entsprechend nicht gehalten, die Angelegenheit im Sinne des anerkennenden respektive zustimmenden Antrags zu erledigen (vgl. Aubry Girardin, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denys/Bovey/Frésard, *Commentaire de la LTF*, 3. Aufl. 2022, Rz. 29 zu Art. 32 BGG mit weiteren Hinweisen). Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verletze den Ermessensspielraum der Vergabebehörde, da Letztere ebenfalls die Gutheissung des Rekurses und die Aufhebung des Zuschlags beantragt habe, stösst nach dem Gesagten ins Leere. Indem die Vorinstanz das Vergabeverfahren nur auf Rechtsverletzungen, nicht aber auf Unangemessenheit hin überprüft, respektiert sie das Ermessen der Vergabebehörde.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die Beschwerdegegnerin hätte aufgrund ihrer Verspätung an der Begehung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen und beanstandet die vorinstanzliche Auffassung, dass keine Rechtsverletzung vorliegt.

E. 3.5.1

Sowohl im vorinstanzlichen als auch im bundesgerichtlichen Verfahren ist unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten, dass die Begehung gemäss den Ausschreibungsunterlagen für die Anbieterinnen obligatorisch war und das Fernbleiben von oder die Nichtteilnahme an der Begehung zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führte (vgl. E. 2.2.2 des angefochtenen Urteils). Uneinig sind sich die Verfahrensbeteiligten allerdings bei der Frage, ob die Verspätung mit der Nichtteilnahme gleichzusetzen sei und deshalb gleichermaßen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren hätte führen müssen. Da die Verspätung an der Begehung kein in den Ausschreibungsunterlagen explizit vorgesehener Ausschlussgrund bildet, prüfte die Vorinstanz zu Recht, ob das Ausmass der Verspätung im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieterinnen als hinreichender Verstoss gegen die Teilnahmebedingungen zu werten ist oder ob das Ausmass der Verspätung angesichts des Verbots des überspitzten Formalismus ein Ausschluss der Beschwerdegegnerin gar nicht zulässt.

E. 3.5.2

Die vorinstanzlichen Feststellungen zur Verspätung des Vertreters der Beschwerdegegnerin bei der Begehung werden von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG). Sie sind für das Bundesgericht demnach verbindlich (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz stellt fest, gestützt auf die Aussagen der an der mündlichen Hauptverhandlung befragten Auskunftspersonen sowie die Zeitangaben im Telefonprotokoll, dürfe davon ausgegangen werden, dass der Vertreter zwischen drei und acht Minuten verspätet am Treffpunkt eingetroffen sei. Aufgrund seiner Bemühungen um Kontaktaufnahme mit dem Leiter der Begehungsguppe habe er spätestens um 9:25 Uhr zur Gruppe stossen können. Im Übrigen sei das Anwesenheitsprotokoll ohne jeglichen Hinweis auf eine Verspätung des Vertreters der Beschwerdegegnerin unterzeichnet worden (vgl. E. 2.3.1 des angefochtenen Urteils).

E. 3.5.3

Die Vorinstanz kommt angesichts dieser Feststellungen zu Recht zum Schluss, dass keine Veranlassung bestand, die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Die Verspätung ist jedenfalls nicht derart schwerwiegend, sodass sie mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen nach Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB nicht mehr vereinbar wäre (vgl. auch BGE 145 II 249 E. 3.3 ; 143 I 177 E. 2.3.1).

E. 3.5.3.1

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre ein Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen einer Verspätung von wenigen Minuten unverhältnismässig und nicht mit dem Verbot des überspitzten Formalismus vereinbar. Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung ist gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt wird. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit Art. 29 Abs. 1 BV im Widerspruch (vgl. BGE 145 I 201 E. 4.2.1; 142 IV 299 E. 1.3.2). Ausserdem dauerte die Begehung entgegen der Ankündigung nicht bis um 12:30 Uhr, sondern endete nach den vorinstanzlichen Feststellungen bereits um 10:30 Uhr (vgl. auch Bst. A hiervor). Die Vorinstanz erwägt daher zu Recht, dass die Möglichkeit bestanden hätte, mit dem Vertreter der Beschwerdegegnerin den verpassten Teil der Begehung zu wiederholen, sofern dies aus

Sicht der Vergabebehörde angezeigt gewesen wäre (vgl. E. 2.3.4.1 des angefochtenen Urteils).

E. 3.5.3.2

Soweit der Vergabebehörde nach dem Gesagten noch ein Ermessensspielraum mit Bezug auf den Ausschluss der Beschwerdegegnerin zukam, ist Folgendes zu erwägen: Die Vergabebehörde hatte von der Tatsache und vom Ausmass der Verspätung bereits im Zeitpunkt der Begehung, im Zeitpunkt der Prüfung der Angebote und im Zeitpunkt des Zuschlags Kenntnis. Sie teilte der Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 2. August 2021 im Übrigen explizit mit, dass sie keinen Anlass sehe, die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. E. 2.3.1 i.f. des angefochtenen Urteils). Indem die Vergabebehörde die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren nicht ausschloss und ihr als Erstplatzierte den Zuschlag erteilte, übte sie ihr Ermessen pflichtgemäss aus (zum pflichtgemässen Ermessen vgl. BGE 149 I 146 E. 3.4.1; 142 II 268 E. 4.2.3; 137 V 71 E. 5.1 f.).

E. 3.6

Die Vorinstanz gelangt daher zu Recht zum Schluss, dass die Vergabebehörde keine Rechtsverletzung beging, als sie der Beschwerdegegnerin den Zuschlag erteilte. Entsprechend bestand für die Vorinstanz auch kein Raum, den Rekurs gutzuheissen, so wie dies die Beschwerdeführerin und die Vergabebehörde im vorinstanzlichen Rekursverfahren beantragt hatten. Das angefochtene Urteil ist folglich nicht zu beanstanden. Nach dem Dargelegten kann dahingestellt bleiben, ob die Vorinstanz zutreffende Ausführungen zur Differenzierung von "zwingenden", "verbotenen" oder "fakultativen" Ausschlussgründen machte.

E. 4

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten. Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG), nicht hingegen der Vergabebehörde (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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