

Verfahren durch Einreichung einer Vernehmlassung als Beigeladene beizutreten. \n E. Mit Vernehmlassung vom 4. Dezember 2019 beantragt der Bezirk Küsnacht, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin lässt sich nicht vernehmen. \n Am 3. Januar 2020 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanz. \n Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung: \n 1.1 In ihrer Beschwerde vom 15. November 2019 bringt die Beschwerdeführerin vor, die Zuschlagsempfängerin habe an der Vorbereitung zur Submission entscheidend mitgewirkt. Durch diese Mitwirkung bei der Vorbereitung einer Machbarkeitsstudie und bei Unterlagen für die Submission sei die Vergabe zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin beeinflusst worden. \n 1.2 Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung vom 11. Dezember 2019 auf die Ausschreibungsunterlagen vom 13. August 2019, worin deklariert werde, dass die Firmen G._____ AG, E._____ AG und H._____ AG die Machbarkeitsstudie verfasst hätten. Diese Mandate seien abgeschlossen und abgegolten; die Resultate würden u.a. als Grundlage für die ausgeschriebene Leistung dienen. Die genannten Unternehmen würden nicht als vorbefasst gelten und seien ebenfalls zu dem Wettbewerb zugelassen. Gegen die Ausschreibung sei keine Beschwerde erhoben worden. \n Die Zuschlagsempfängerin habe einzig an der vorgehenden Machbarkeitsstudie sowie einer Kostenschätzung mitgewirkt. An der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen habe sie aber weder in irgendeiner Form mitgearbeitet noch habe sie davon Kenntnis gehabt. Sämtliche Resultate der Machbarkeitsstudie seien den Ausschreibungsunterlagen vollständig beigelegt und zudem in Kapitel 2.1 Dokument 5 zusammengefasst beschrieben worden. Mithin sei die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte entscheidende Mitwirkung an der \"Vorbereitung zur Submission Generalplaner\" falsch und bestritten. Die Zuschlagsempfängerin habe beim Vergabeverfahren nicht mitgewirkt und keine Einsicht erhalten. Sie habe einzig an der Machbarkeitsstudie mitgearbeitet und eine Kostenschätzung erstellt. Diese Unterlagen seien allen Anbietern transparent zur Verfügung gestellt worden. Der Wissensstand sei folglich bei allen Anbietern deckungsgleich. Das Mitwirken der Zuschlagsempfängerin sei somit offen gelegt resp. ein allfälliger Wissensrückstand der übrigen Bewerber durch geeignete Ausgleichsmechanismen kompensiert worden. Es fehle vorliegend an einem tatsächlichen, kausalen Wettbewerbsvorteil. Schliesslich vermöge die Beschwerdeführerin die Vorbefassung nicht ausreichend zu substantieren, obwohl ihr dafür die vollständige Beweislast obliege. \n 1.3 In der Eingabe vom 3. Januar 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Rüge der Vorbefassung fest. Gemäss Handbuch VIVöB, Punkt 7 Abs. 2, bestehe auch dann eine Vorbefassung, wenn Personen oder Unternehmen an der Vorbereitung von Unterlagen für eine Ausschreibung mitwirken würden. Dass die Zuschlagsempfängerin durch die Erstellung einer Machbarkeitsstudie einen Wettbewerbsvorteil erlangt habe, sei nicht von der Hand zu weisen. Auch wenn die Unterlagen allen Anbietern zugestellt worden seien, habe sie einen wesentlichen Vorteil bei der weiteren Projektbearbeitung. Daher verlange das Handbuch, dass jemand, der trotz Vorbefassung eine Offerte einreiche, vom Verfahren auszuschliessen sei. Ein Architekt beispielsweise, der zur Vorbereitung eines Wettbewerbs oder der Wettbewerbsunterlagen beigezogen werde, sei vom eigentlichen Projektwettbewerb oder vom Wettbewerb für die Bauführung ausgeschlossen. \n 1.4 Es ist unbestritten, dass der Ausschreibung eine Machbarkeitsstudie für eine Asylunterkunft B._____ mit vier Varianten für ca. 64 Personen zugrunde lag (vgl. Ausschreibungsunterlage Vi-act. 2). Fest steht auch, dass sich der Bezirk für eine Variante entschied, die Kosten dieser Variante Grundlage für die Offerten bildeten und im

Bauprojekt nochmals ein Variantenvergleich durchgeführt werden sollte. Explizit wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass auf der Grundlage der Studie (Machbarkeitsstudie) der Zuschlagsempfängerin für die SIA-Phasen 32/33 und 41 ein Generalplaner gesucht werde und die Arbeiten hierzu öffentlich ausgeschrieben wurden (vgl. Ausschreibungsunterlage Ziff. 2.1). Unter anderem umfasste die Aufgabenstellung das Prüfen des Konzepts und der Resultate der Machbarkeitsstudie, das Variantenstudium Asylzentrum gemäss Machbarkeitsstudie plus eine weitere Variante und die Überprüfung der vorliegenden Kosten und Erhöhung der Kostengenauigkeit (vgl. Ausschreibungsunterlage Ziff. 2.3). Der entsprechende Auftrag wurde auch im Leistungsbeschrieb Architekt - Gesamtleiter formuliert (Ausarbeiten von Varianten der Asylunterkunft; Neubetrachtung der vier Varianten der Machbarkeitsstudie und einer weiteren Variante; Ausschreibungsunterlage Beilage 4.1).

\n Fest steht auch, dass die Machbarkeitsstudie durch die Zuschlagsempfängerin erarbeitet wurde (Machbarkeitsstudie vom 25.10.2018) und sie auch eine Kostenschätzung vornahm (Kostenschätzung, Studie vom 25.10.2018). Diese Unterlagen bildeten Beilagen zu den Ausschreibungsunterlagen (Beilage E1 und E2) und wurden allen Interessenten abgegeben. Die Machbarkeitsstudie sollte zudem auch Vertragsbestandteil des abzuschliessenden Generalplanervertrages bilden (vgl. Planervertrag Ziff. 2.1 VB 2).

\n In Ziffer 5.2 unter \"Vorbefassung\" wird in der Ausschreibungsunterlage ausgeführt:

\n Die Firmen G. _____ AG, E. _____ AG und H. _____ AG haben die Machbarkeitsstudie (Beilagen E1) verfasst. \n Diese Mandate sind abgeschlossen und abgegolten. Die Resultate dienen u.a. als Grundlage für die hier ausgeschriebenene Leistung. Die obgenannten Unternehmen gelten dadurch nicht als vorbefasst und sind ebenfalls zu diesem Wettbewerb zugelassen. \n Aus dem Vergabeantrag Generalplaner (Vi-act. 7) ergibt sich zudem, dass als Bauingenieur im Angebot der Zuschlagsempfängerin die G. _____ AG mitwirken soll. \n Die im Rahmen des Verfahrens gestellte Frage 1 und die Antwort vom 10. September 2019 lauten wie folgt: \n Das Angebot umfasst nur die Phasen 32, 33 und 41. Anscheinend wurde die Phase 31 (Vorprojekt) von der Firma E. _____ AG erarbeitet. Werden und können diese Planungsunterlagen zur Verfügung gestellt und wenn ja, wann? \n Antwort: \n Es gibt kein Vorprojekt. Es ist die auf SIMAP zu beziehende Machbarkeitsstudie vorhanden. Aus diesem Grund werden in der Phase Bauprojekt Variantenstudien durchgeführt. Siehe dazu Antwort 3. \n In der Beilage ist zusätzlich ein Projektbeschrieb (1. Entwurf), der als Anhaltspunkt dienen soll, beigelegt. Weitere Unterlagen (ausser der auf SIMAP abrufbaren Dokumente) gibt es nicht. \n Zusammenfassend steht somit fest, \n - dass die Zuschlagsempfängerin durch die Vergabebehörde mit einer Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung für ein Asylzentrum B. _____ beauftragt worden ist; \n - dass die Zuschlagsempfängerin (unter Beizug u.a. der G. _____ AG) die Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung erarbeitete; \n - dass diese Unterlagen sämtlichen interessierten Anbietern mit den Ausschreibungsunterlagen abgegeben wurden; \n - dass die ausgeschriebenen Gesamtplanerarbeiten auf dieser Machbarkeitsstudie basieren mussten; \n - dass dieser Sachverhalt gemäss Einschätzung der Vergabebehörde keine Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin darstellen soll und \n - dass in den Ausschreibungsunterlagen sowohl diese Vorarbeiten als auch die Verneinung einer Vorbefassung und ebenso die Zulassung der Zuschlagsempfängerin zum Wettbewerb ausdrücklich offengelegt wurden. \n 1.5 Strittig und nachfolgend zu prüfen ist damit, ob die Zuschlagsempfängerin durch die Erarbeitung der Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung als vorbefasst im Sinne von § 8 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

(VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 gilt und ob sich die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerde vom 15. November 2019 hierauf berufen kann.

2.1 Wenn externe Fachleute zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden, sind sie vorbefasst und grundsätzlich als Anbieter auszuschliessen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Rz. 1052; VGE 1053-55/02 vom 17.4.2003 Erw. 4a; vgl. auch Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Stand 10.1.2011, Ziff. 7). In § 8 VIVöB wird dieser Tatbestand explizit wie folgt geregelt: "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".

2.2 Vorbefassung im vergaberechtlichen Sinne bedeutet Vorwissen, über welches ein Anbieter namentlich aufgrund seiner Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens verfügt, welches sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter problematisch sein kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1043). Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, 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 Gutes (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 3.1 mit Hinweisen). Als vorbefasst gelten und als Anbieter grundsätzlich auszuschliessen sind mithin externe Fachleute, die zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 3.3; VGE III 2013 105 vom 7.10.2013 Erw. 3.5.1; VGE III 2012 155 vom 17.1.2013 Erw. 4.3.2 mit Hinweisen).

Allerdings führt nicht jede Vorbefassung bzw. jeder Wissensvorsprung zum Ausschluss eines Anbieters. Nebst der geringen Anzahl von Anbietern einer bestimmten Leistung vermag auch der geringe Grad einer Mitwirkung einen Verzicht auf Verfahrensausschluss zu rechtfertigen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1060 [LU]; Rz. 1058 [AG]; weitere mögliche Ausnahmesituationen: bei Neuausschreibung eines Dauerauftrages, Wissensvorsprung des bisherigen Auftragsinhabers [Rz. 1053]; siehe auch Rz. 1065). Auf keinen Fall darf ein Unternehmer die Ausschreibung zu seinen Gunsten beeinflussen. Verlangt ist, dass ein Mitwirken im Verfahren offengelegt und ein allfälliger Wissensrückstand der übrigen Bewerber durch geeignete Ausgleichsmechanismen kompensiert wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1058). In Anlehnung an Christoph Jäger (Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, BR 1/2011, S. 4 ff.) hat das Verwaltungsgericht Voraussetzungen für eine relevante Vorbefassung und insbesondere das Kriterium Wettbewerbsvorteil genauer umschrieben (vgl. VGE III 2012 155 vom 17.1.2013 Erw. 4.3; VGE III 2018 59 vom 13.6.2018 Erw. 3.3).

2.3 In der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird hervorgehoben, dass es genüge, wenn ein Wettbewerbsvorteil als möglich erscheine (Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1055 [GR], 1058 [AG]; BR 2/03 S17, S. 65). Demgegenüber kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Ausschluss eines Mitbieters von der Submission jedoch nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist. Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 5.7.3; Urteil Verwaltungsgericht Zürich VB.2014.00433 vom 2.3.2015 Erw. 6.2; VGE III 2018 59 vom 13.6.2018 Erw. 3.4 und 4.3). Insofern ist diese Rechtsprechung klar von derjenigen der mit der Vorbefassung verwandten Ausstandspflicht von Richtern und Behördenmitgliedern

zu unterscheiden, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1049; Jäger, a.a.O., S. 177). Ein Unternehmer muss sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist. \n 2.4 Hingegen zeigt sich die enge Verwandtschaft von Vorbefassung und Ausstandspflicht (vgl. BR 2/03, S17, S. 65; EGV-SZ 2003 B 1.4 Erw. 3.e; VGE III 2012 155 vom 17.1.2013 Erw. 4.3.2; vgl. auch Urteil BGer 2C_459/2017 vom 9.3.2018 Erw. 3.1.1) darin, dass in beiden Fällen eine umgehende Rügepflicht besteht. Analog zum Einwand der Befangenheit ist eine Rüge der Vorbefassung im Vergabeverfahren grundsätzlich umgehend zu dem Zeitpunkt vorzubringen, an welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält (EGV-SZ 2006 B 11.2 Erw. 5.1; VGE III 2012 155 vom 17.1.2013 Erw. 4.4; Kantonsgericht Wallis, A1 19 64 vom 14.6.2019 Erw. 3.3.1; Kantonsgericht Luzern 7H 14 124 vom 23.7.2014 Erw. 3.3; Urteil Verwaltungsgericht Zürich VB.2009.00151 vom 7.10.2009 Erw. 3.1). Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 Erw. 4.3). So handelt der Anbieter treuwidrig, der trotz Kenntnis der Vorbefassung eines Mitbewerbers eine entsprechende Rüge im Vergabeverfahren unterlässt und diese erst in der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringt. Das Einlassen in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen einer möglichen Vorbefassung gilt entsprechend als Verzicht auf dessen Geltendmachung, was grundsätzlich zum Verwirken dieses Anspruchs führt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1054). Allerdings gilt das Gebot von Treu und Glauben auch für die Vergabebehörde. Die Anbieter dürfen davon ausgehen, dass sich die Vergabestelle und die von ihr beigezogenen Personen redlich verhalten und alle im Zusammenhang mit einer allfälligen Vorbefassung stehenden Tatsachen offenlegen (vgl. zum Ganzen auch Jäger, a.a.O., S. 269 ff., mit weiteren Hinweisen). \n 3.1 Zur Beschwerde im Submissionsverfahren ist befugt, wer als unterlegener Bewerber eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung seines Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (vgl. zur Beschwerdelegitimation im Vergabeverfahren VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 Erw. 1.3.1 mit Hinweisen). \n Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen der Arbeitsausschreibung \"Generalplaner Ersatz Asylunterkunft B._____\" ein Angebot eingereicht, das im Rahmen der Auswertung bewertet worden ist. Den Zuschlag erhielt gemäss Vergabebeschluss die Zuschlagsempfängerin mit 90.3 Punkten; die Beschwerdeführerin rangiert auf Platz 2 mit 84.6 Punkten (Vi-act. 4). Ist die Zuschlagsempfängerin infolge Vorbefasstheit auszuschliessen, bestehen für die Beschwerdeführerin reelle Chancen auf den Zuschlag. Sie ist zur Beschwerde legitimiert. \n 3.2 Beschwerden sind schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 15 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001). Als selbständig anfechtbare Verfügungen gelten insbesondere die Ausschreibung des Auftrages und der Zuschlag (