

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-10-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00151

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00151 du 7 octobre 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00151 del 7 ottobre 2009

Regeste

Submission | Neubau Schulhaus (Architekturleistungen): Ausschluss wegen Vorbefassung. Es ist zulässig, ein Gesamtprojekt in mehrere Etappen zu unterteilen und die jeweiligen Vergabeverfahren zeitlich zu staffeln. Die Ausführung einer einzelnen Etappe stellt grundsätzlich einen eigenständigen Auftrag dar, der in der Regel keine Vorbefassung des Zuschlagsempfängers für zeitlich später auszuführende Abschnitte bewirkt (E. 2.3). Der Anbieter, der trotz Kenntnis der Vorbefassung eines Mitbewerbers eine entsprechende Rüge im Vergabeverfahren unterlässt und diese erst in der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringt, handelt treuwidrig. Allerdings gilt das Gebot von Treu und Glauben auch für die Vergabebehörde. Die Anbieter dürfen davon ausgehen, dass die Vergabestelle alle im Zusammenhang mit einer allfälligen Vorbefassung stehenden Tatsachen offenlegt (E. 3.1). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2009.00151 Entscheid der 1. Kammer vom 7. Oktober 2009 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz) , Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Robert Wolf, Gerichtssekretärin Tanja Kamber. In Sachen A AG, vertreten durch RA B , Beschwerdeführerin, gegen Schulgemeinde Uitikon, vertreten durch RA C , Beschwerdegegnerin, und D AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Schulgemeinde Uitikon eröffnete mit Ausschreibung vom 30. Januar 2009 eine Submission im offenen Verfahren für Architekturleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Schulanlage E. Innert Frist gingen sechs Offerten ein. Mit Beschluss vom 9. März 2009 vergab die Schulgemeinde Uitikon den Auftrag zum Preis von Fr. 412'000.- (exkl. MwSt.) an die D AG. Der A AG, deren Angebot sie nicht berücksichtigte, wurde dies mit Schreiben vom 12. März 2009 mitgeteilt. II. Mit Eingabe vom 23. März 2009 erhob die A AG Beschwerde gegen den Beschluss der Schulgemeinde Uitikon und beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen, eventuell sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zum Neuentscheid oder zur korrekten Durchführung der Ausschreibung zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Gleichzeitig ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Am 8. Mai 2009 beantragte die Schulgemeinde Uitikon die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, eventuell sei die Angelegenheit unter Aufhebung des Vergabeentscheids zur Neudurchführung der Submission an sie zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Ausserdem sei die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. Mit Präsidialverfügungen vom 26. März und 11. Mai 2009 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt und der

Beschwerdeführerin von Amts wegen Einsicht in die entscheidungswesentlichen Akten gewährt. In den Stellungnahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Sachbegehren fest. Am 17. Juli 2009 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Die Parteivorbringen werden – soweit erheblich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen wiedergegeben. Die Kammer zieht in Erwägung:

E. 1.1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 1.2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend rangiert das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss Angebotsauswertung auf dem zweiten Platz. Falls sich ihre Rüge der Vorbefassung als begründet erweist, hat dies den Ausschluss der jetzigen Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren zur Folge. Damit hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte müsse wegen unzulässiger Vorbefassung vom Verfahren ausgeschlossen werden. Zur Begründung bringt sie in der Beschwerdeschrift vor, die Mitbeteiligte habe sich intensiv an den Vorbereitungen und der Projektierung des Neubaus beteiligt. Sie habe von der strategischen Planung über die Vorstudien bis hin zur Projektierung die gesamte Vorbereitung bis zur Durchführung des Submissionsverfahrens geleistet. Zudem sei sie auch für die Vorstellung und Öffentlichkeitsarbeit in Bezug auf das Schulhausprojekt zuständig gewesen. Alle notwendigen Unterlagen zum Neubau des Schulgebäudes seien von der Mitbeteiligten erarbeitet worden. Sie habe die Planung des Neubaus nach ihren Fähigkeiten ausrichten können und verfüge nicht nur über einen zeitlichen, sondern auch einen technischen Wissensvorsprung gegenüber anderen Mitbewerbern. Die geleisteten Vorabklärungen durch die Mitbeteiligte und die so erlangten Zusatzinformationen seien als derart entscheidend einzustufen, dass gegenüber anderen Mitbietern ein Wettbewerbsvorteil bestehe. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die Rüge der Vorbefassung sei verspätet. Die Beschwerdeführerin habe schon vor ihrer Eingabe und Teilnahme am Verfahren damit rechnen müssen, dass die Mitbeteiligte daran teilnehmen werde, und hätte ihre Rüge bereits im Vergabeverfahren geltend machen müssen. Ausserdem liege auch in materieller Hinsicht

keine Vorbefassung vor. Die Vorarbeiten der Mitbeteiligten betreffen einen zulässigerweise separat vergebenen Teilbereich desselben Projekts (Projektierung bis Baubewilligung). Im vorliegenden Verfahren gehe es nun um die Ausführung des Bauprojekts. Die von der Mitbeteiligten hervorgebrachten Resultate des vorangegangenen Mandates seien den Mitbewerbern während einer hinreichend langen Zeitdauer zur Verfügung gestellt worden. Ein allfälliges Vorwissen der Mitbeteiligten sei mit dem Versand der Unterlagen und der Fragenbeantwortung dahingefallen. Die Mitbeteiligte habe keine Möglichkeit gehabt, das konkrete Bauprojekt in einer nur für sie günstigen Weise zu beeinflussen. Schliesslich zeige auch die Angebotsauswertung klar, dass sich gar kein massgebender Wissensvorsprung realisiert habe, denn ein solcher hätte sich in der Höhe des Eingabepreises erheblich niederschlagen müssen.

E. 2.2

Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a VRG). Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV). Nach § 16 Abs. 4 SubmV darf die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Nach § 9 SubmV dürfen sich andererseits Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen könnten, nicht mehr als Anbieter am Verfahren beteiligen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist unerheblich, ob sich der vorbefasste Anbieter tatsächlich einen Vorteil verschafft hat, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils (RB 2002 Nr. 42 = BEZ 2003 Nr. 12, E. 3b, mit weiteren Hinweisen; VGr, 12. März 2003, BEZ 2003 Nr. 27, E. 2b/aa; VGr, 24. Oktober 2008, VB.2008.00104, E. 9.1, www.vgrzh.ch). Dagegen hielt das Bundesgericht in einem Entscheid vom 25. Januar 2005 fest, die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern, welche letztere schon durch den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit gegeben sein könne, lasse sich nicht auf die Zulassung von Bewerbern zur Submission übertragen. Sie habe ihren Grund in der besonderen Funktion

des Richters. Ein Unternehmer müsse sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen sei. Die Beweislast hierfür obliege im Streitfall nicht dem vorbefassten Anbieter, der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Abklärung beizutragen habe, sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspreche (BGr, 25. Januar 2005, ZBl 106/2005, S. 473, E. 5.7.3).

E. 2.3

Nicht zu beanstanden ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, www.vgrzh.ch; RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24, E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 682). So kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat. So wird z.B. bei der Erweiterung eines Spitalgebäudes auch der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen, und bei der Neuausschreibung eines Dauerauftrags wird der ursprüngliche Inhaber des Auftrags nicht wegen Vorbefassung ausgeschlossen (RB 2004 Nr. 39 = BEZ 2005 Nr. 5, E. 3.3.2, auch zum Folgenden). Es ist durchaus zulässig, ein Gesamtprojekt in mehrere Etappen zu unterteilen und die jeweiligen Vergabeverfahren zeitlich zu staffeln. Die Ausführung einer einzelnen Etappe stellt grundsätzlich einen eigenständigen Auftrag dar, der in der Regel keine Vorbefassung des Zuschlagsempfängers für zeitlich später auszuführende Abschnitte bewirkt (vgl. hierzu auch Christoph Jäger, *Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht*, Zürich/St. Gallen 2009, S. 121). Auch im Rahmen der Vorbereitung einer Submission führt nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, www.vgrzh.ch). Zwar kommt nach dem Gesagten nicht infrage, dass interessierte Unternehmen, die später als Anbieter an der Submission teilnehmen wollen, direkt oder indirekt an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitwirken. Dagegen führen Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Ausschreibung bereitgestellt werden, nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen. Als wesentlicher Gesichtspunkt fällt dabei in Betracht, dass die beigezogenen Personen oder Unternehmen die Beschaffung im Rahmen der Vorbereitung nicht zu ihren Gunsten beeinflussen. Besteht die Gefahr, dass sie die Vergabe durch ihre Vorarbeiten auf ihre eigenen Fähigkeiten ausrichten können, muss gewährleistet sein, dass die Mitarbeiter der Vergabestelle, welche in der Folge die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage sind, die Vorarbeiten aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Ferner ist darauf zu achten, dass bei den Vorarbeiten anfallende Informationen auch den andern Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht werden.

E. 3.1

Die Frage der Vorbefassung ist eng mit jener der Ausstandspflicht verwandt. Ausstandsgründe im Sinn von § 5a VRG sind umgehend geltend zu machen. Ein Untätigbleiben oder Einlassen in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht auf deren Geltendmachung und führt grundsätzlich zum Verwirken dieses Anspruchs (BGE 121 I 225 E. 3; Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 5). Die Rüge der

Vorbefassung ist, wie der Einwand der Befangenheit, grundsätzlich zu dem Zeitpunkt vorzubringen, zu welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält (VGr, 8. Dezember 2004, BEZ 2005 Nr. 5, E. 3.4; 12. März 2003, BEZ 2003 Nr. 27). Der Anbieter, der trotz Kenntnis der Vorbefassung eines Mitbewerbers eine entsprechende Rüge im Vergabeverfahren unterlässt und diese erst in der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringt, handelt treuwidrig. 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, S. 269 ff., mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2

Die Ausschreibung erfolgte am 30. Januar 2009. Bis zum 6. Februar 2009 konnten interessierte Anbieter Fragen an die Beschwerdegegnerin stellen. Der Fragenkatalog mit den entsprechenden Antworten wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. Februar 2009 zugestellt. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, aufgrund der Fragenbeantwortung hätte die Beschwerdeführerin damit rechnen müssen, dass die Mitbeteiligte am Vergabeverfahren teilnimmt, und sie hätte eine entsprechende Rüge bereits im Vergabeverfahren bzw. gegen die Ausschreibung erheben müssen. Ein interessierter Anbieter stellte die Frage, ob der Verfasser der Baueingabe zur Ausschreibung zugelassen werde. Die Antwort der Beschwerdegegnerin lautete: "Es ist keine diesbezügliche Einschränkung formuliert." Mit dieser Antwort hat es die Beschwerdegegnerin versäumt, in Bezug auf die Frage, ob bei der Mitbeteiligten eine unzulässige Vorbefassung vorliegt, für entsprechende Klarheit zu sorgen. Einerseits hat sie mit ihrer Antwort die Anbieter im Unklaren darüber gelassen, ob sich die Mitbeteiligte am Vergabeverfahren beteiligt, obwohl sie wusste, dass diese die Ausschreibungsunterlagen angefordert hatte. Andererseits hat sie sich auch nicht eindeutig festgelegt, ob sie die Mitbeteiligte zum Vergabeverfahren zulassen werde. Nachdem ersichtlich war, dass der Beschwerdegegnerin die Problematik einer allfälligen Vorbefassung der Mitbeteiligten bekannt war, und angesichts der Unsicherheiten, welche die Beschwerdegegnerin mit ihrer unpräzisen Antwort hervorgerufen hat, konnte den Anbietenden zu jenem Zeitpunkt nicht zugemutet werden, weitergehend auf die Aussage der Beschwerdegegnerin zu reagieren. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdeführerin zum damaligen Zeitpunkt keine Einwände gegen eine allfällige Beteiligung der Mitbeteiligten erhob. Im Offertöffnungsprotokoll vom 24. Februar 2009 wurde festgehalten, dass die Mitbeteiligte ein Angebot eingereicht hatte. Damit war klar, dass sich die Mitbeteiligte am Vergabeverfahren beteiligt hatte, und ihre Konkurrenten hätten zu diesem Zeitpunkt eine entsprechende Rüge erheben müssen. Das Offertöffnungsprotokoll wurde den Anbietern jedoch offenbar nicht zugestellt. Somit konnte die Beschwerdeführerin erst aus dem Vergabeentscheid vom 9. März 2009 ersehen, dass die Mitbeteiligte ein Angebot eingereicht hatte. Die erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag erhobene Rüge der Vorbefassung erweist sich somit nicht als verspätet.

E. 4.1

Wie die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort ausführt, wurde die Mitbeteiligte bereits im Frühling 2005 mit der Projektierung für die Schulraumerweiterung des Schulhauses E betraut. Allerdings musste das erste Projekt aufgrund der neuen Vorgaben des neu in Kraft getretenen Volksschulgesetzes sistiert werden. In der Folge wurde ein

neues Liegenschaftskonzept für die Schulanlagen erarbeitet, das aufgrund der neuen verkleinerten Bedürfnisse zu Anpassungen bei der Schulraumerweiterung des Schulhauses E führte. Im April 2008 wurde für die damit zusammenhängende Überarbeitung und Anpassung bzw. Neuprojektierung bis zur Baubewilligung ein neuer Vertrag mit der Mitbeteiligten abgeschlossen. Gemäss der Vereinbarung vom 3. April 2008 gehörten folgende Arbeiten zum Leistungsumfang der Mitbeteiligten: - Leistungsbeschrieb gemäss SIA Ordnung 102/2003 für die Projektphase: · Bauprojekt, Anteil Detailstudien, Kostenschätzung · Bewilligungsphase (Bewilligungsverfahren) - Baueingabe erstellen und einreichen - Koordination der Fachplaner für Grobkostenermittlung und Vorprojekt - Kostenschätzung erstellen mit Genauigkeit von +/- 10 % - Erstellen der Unterlagen für eine GU-Submission und Abgabe dieser Unterlagen an die Schulpflege (1-fach) Die Beschwerdegegnerin führt aus, sämtliche Arbeitsergebnisse der Mitbeteiligten, die aus der Erfüllung dieses Auftrags hervorgegangen seien, hätten in die Ausschreibungsunterlagen Eingang gefunden. Den interessierten Anbietern sei während der Ausschreibung eine CD abgegeben worden, welche die umfassenden Projektbestandteile und Grundlagen, welche die Mitbeteiligte erarbeitet hatte, umfassend enthielten. Auf der erwähnten CD sind folgende Unterlagen enthalten: - Baubewilligung vom 20. Oktober 2008 - Baueingabepläne der Mitbeteiligten - Detailstudien der Mitbeteiligten - Baubeschrieb der Mitbeteiligten - Ausschreibung - Angebotsformular - Grundbuchauszug E - Kostenschätzung Projekt-Planungsstand 19. Oktober 2007

E. 4.2

Nach dem Gesagten hat die Mitbeteiligte somit die für das Bauprojekt massgeblichen Pläne, Baubeschriebe und Kostenschätzungen verfasst. Diese Vorarbeiten waren zwar die Grundlage der nachfolgenden Submission, bedeuteten jedoch keine unmittelbare Mitwirkung der Mitbeteiligten an der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens. Die Fachleute der Beschwerdegegnerin waren zweifellos in der Lage, die Ausschreibung in eigener Kompetenz vorzubereiten. Dass die Mitbeteiligte die Ausschreibung in missbräuchlicher Weise hätte beeinflussen können, etwa indem sie die Projektpläne auf ihre eigenen Fähigkeiten ausgerichtet hätte, erscheint als unwahrscheinlich und wird auch nicht substantiiert geltend gemacht. Nicht zu bestreiten ist hingegen, dass die Mitbeteiligte gegenüber ihren Konkurrenten aufgrund der Vorarbeiten über einen Wissensvorsprung verfügte. Dieser wurde zwar durch die frühzeitige Übergabe der Arbeitsergebnisse der Mitbeteiligten mit den Ausschreibungsunterlagen weitgehend kompensiert. Überdies hätten der siegreichen Anbieterin, wenn der Zuschlag nicht an die Mitbeteiligte ergangen wäre, zweifellos die bisherigen Pläne in einem CAD-tauglichen Format übergeben werden müssen, sodass sie auf deren Grundlage hätte weiterarbeiten können. Ein Nachteil für die Konkurrenten konnte sich jedoch daraus ergeben, dass die Zeit, die den Anbietern zur Ausarbeitung der Offerten blieb, eher knapp bemessen war; die Ausschreibung erfolgte am 30. Januar 2009, und die Offerten waren bis zum 19. Februar 2009 einzureichen. Aus dem Offertöffnungsprotokoll vom 24. Februar 2009 geht jedoch hervor, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch weitere Anbieter ihre Offerten bereits vor Ende der Angebotsfrist einreichten. Dass die Beschwerdeführerin durch die kurze Angebotsfrist wesentlich benachteiligt wurde, ist daher nicht anzunehmen. Schliesslich ergab sich auch aus dem Umstand, dass die Mitbeteiligte noch nach der Ausschreibung bei der Vergabe des Schulhausprovisoriums mitwirkte, kein unzulässiger Wissensvorsprung, denn die Erstellung des Provisoriums gehörte, wie in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten, nicht zum Inhalt der strittigen Vergabe. Eine Bevorzugung der Mitbeteiligten

durch die Beschwerdegegnerin wird hingegen bei der Angebotsbewertung ersichtlich. In den Ausschreibungsunterlagen war in Bezug auf den Ablaufplan für die Planung und Bauausführung vorgegeben, der Neubau müsse im 3. Quartal 2010 bezugs- und betriebsbereit sein. Dieser Ausführungstermin war eher knapp und gereichte der Mitbeteiligten, die aufgrund der Vorarbeiten einen zeitlichen Vorsprung hatte, möglicherweise zum Vorteil. Jedenfalls hielten von den sechs eingereichten Offerten nur die Beschwerdeführerin, die Mitbeteiligte und zwei weitere Anbieter diese Vorgabe ein; eine Anbieterin gab einen späteren Bezugstermin an und ein Angebot enthielt keine Angaben. Überdies wurde der Mitbeteiligten als einziger Anbieterin ein "Bonus möglicher früherer Bezug" zugestanden, weil sie im Termin- und Ablaufplan die Bezugsbereitschaft schon für den Beginn des Schuljahres 2010 vorsah, obwohl ein solcher Bonus in den Ausschreibungsunterlagen nirgends vermerkt war. Diese Ungleichbehandlung durch die Beschwerdegegnerin war zweifellos nicht gerechtfertigt. Der Fehler kann aber nicht der Mitbeteiligten angelastet werden und rechtfertigt keinen Ausschluss derselben aus dem Verfahren. Überdies rangiert die Mitbeteiligte auch nach Abzug der Bonuspunkte noch an erster Stelle der Gesamtbewertung; die Ungleichbehandlung führt daher auch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Zuschlags.

E. 4.3

Insgesamt ergibt sich somit, dass die Mitbeteiligte aus ihren Vorarbeiten keine unzulässigen Vorteile hat ziehen können. Sie durfte sich als Submittentin am Verfahren beteiligen und musste nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.

E. 5

Das Verhalten der Beschwerdegegnerin im Vergabeverfahren, insbesondere die unklare Fragenbeantwortung und die unterbliebene Zustellung des Offertöffnungsprotokolls, hat dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin die Rüge der Vorbefassung erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag erheben konnte (vgl. E. 3.1). Die Vergabebehörde hat damit die Schwierigkeiten, welche zum vorliegenden Beschwerdeverfahren führten, mitverursacht. Auch wenn die Beschwerde abzuweisen ist, rechtfertigt es sich daher, der Beschwerdegegnerin die Hälfte der Verfahrenskosten aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 6

Da der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Auftrags die im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Demgemäss entscheidet die Kammer :