

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00094 vom 25. Juli 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-07-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00094](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00094)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00094 du 25 juillet 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00094 del 25 luglio 2019

## Regeste

Submission | Submission. Beteiligung an der Ausarbeitung der Submissionsunterlagen. Ausschluss aus dem Verfahren. Vorbefassung führt nicht von Amtes wegen zum Ausschluss einer Bewerberin (E. 4.4). Die Vergabestelle schliesst Anbieterinnen und Anbieter aus einem laufenden Vergabeverfahren aus, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht (oder nicht mehr) erfüllen oder wenn sie den rechtskonformen Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigen. Dies ist unter anderem der Fall, wenn die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung der Eignung nicht erfüllt sind. Der Vergabebehörde kommt bei der Bewertung von Eignungskriterien allerdings ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (E. 5.1). Die Eignungskriterien wurden eingehalten. Für die Beurteilung der Eignung ist nicht wesentlich, welche Anbieterin über die grössere Fachkompetenz verfügt (E. 5.2). Das Angebot der Mitbeteiligten ist nach der Ergänzung vom 10. Dezember 2018 weder unvollständig noch mangelhaft (E. 6). Die Beschwerdegegnerin war offensichtlich berechtigt, die beiden klaren Rechnungsfehler im Angebot der Mitbeteiligten zu korrigieren (E. 6.3). Die Mitbeteiligte hat mit den Erläuterungen vom 10. Dezember 2018 ergänzende Angaben zu den Anforderungen und zur Gleichwertigkeit ihres Angebots gemacht sowie den Angebotspreis erhöht (E. 7). Die Mitbeteiligte hat ihr Angebot mit den Ergänzungen aber auch mit Blick auf die Erfüllung der Vorgaben geändert (E. 7.3). So wie es bei ausgetrockneten Marktverhältnissen zulässig sein kann, nachträglich auf gewisse Anforderungen zu verzichten, ist es bei solchen Wettbewerbsverhältnissen in gewissen Grenzen auch zulässig, den Anbietern, die eine Anforderung nicht erfüllen, Gelegenheit zur Ergänzung einzuräumen (E. 7.3.2). Angesichts der vorliegenden besonderen Umstände ist es als rechtskonform zu erachten, dass die Beschwerdegegnerin der Mitbeteiligten Gelegenheit zur strittigen Erläuterung des Angebots eingeräumt hat, anstatt diese vom Verfahren auszuschliessen. Die Vergabestelle hat noch innerhalb des ihr zustehenden Spielraums entschieden (E. 7.2). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

## **E. 2.1**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

## **E. 2.2**

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin (Gesamtpunktzahl 367) macht namentlich geltend, die erstplatzierte Mitbeteiligte (Gesamtpunktzahl 457) hätte ein nicht gleichwertiges Angebot eingereicht und dieses in unzulässiger Weise nachgebessert. Die Mitbeteiligte sei deshalb aus dem Submissionsverfahren auszuschliessen, weshalb der Zuschlag an sie selbst zu erfolgen habe. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend den Ausschluss der Mitbeteiligten durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlagsentscheid nicht einmal summarisch begründet. Damit sei das rechtliche Gehör verletzt worden, weshalb die Zuschlagsverfügung aufzuheben sei.

### **E. 3.1**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Kommentar VRG, VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr,

15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

### **E. 3.2**

Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben enthält auch unter Berücksichtigung des Beiblatts keine genügende Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV. Hingegen hat die Beschwerdegegnerin ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit der Replik umfassend zu diesen Gründen zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 4**

Nach § 9 SubmV dürfen sich Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, nicht mehr als Anbietende am Verfahren beteiligen.

#### **E. 4.1**

Gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin hatte sie im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Submissionsunterlagen mehrfach Kontakt mit der Beschwerdeführerin, um Anforderungen und Planungsdetails zu besprechen. Im massgeblichen Leistungsverzeichnis werde in erheblichem Masse auf Beispielprodukte der Beschwerdeführerin verwiesen und die Pläne enthielten Detailzeichnungen zu bautechnischen Besonderheiten von Produkten der Beschwerdeführerin. In der Duplik wird, auch unter Hinweis auf zwei E-Mail-Kontakte, dargelegt, dass es insbesondere auch um die baulichen Vorgaben und Vorstellungen gegangen sei und dass die Beschwerdeführerin entsprechende Pläne sogar ausdrücklich visiert habe.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie von der Beschwerdegegnerin vor der Ausschreibung kontaktiert wurde, äusserte sich zunächst allerdings nicht zum Inhalt des Kontakts. Sie führte dazu immerhin aus, dass die Beschwerdegegnerin keine Auskünfte eingeholt habe, welche zu einer unzulässigen Vorbefassung der Beschwerdeführerin führen könnten. In der Stellungnahme zur Duplik wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe die Ausschreibung nicht zu ihren Gunsten beeinflusst, sondern es sei die Entscheidung der Vergabestelle gewesen, das Know-how der Beschwerdeführerin zu nutzen.

#### **E. 4.3**

Eine Vorbefassung der Beschwerdeführerin ist bei dieser Konstellation zu bejahen. Für die Frage der Vorbefassung ist entgegen der mutmasslichen Meinung der Beschwerdeführerin nicht massgeblich, ob die Initiative zur Kontaktaufnahme von der Vergabebehörde oder von der Anbieterin ausgegangen ist. Massgeblich ist der Umstand, dass vorliegend die Vergabebehörde das Leistungsverzeichnis samt Plänen wesentlich aufgrund des Informationsaustauschs mit der Beschwerdeführerin erstellt hat. Damit liegt es auf der

Hand, dass die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen beeinflusst hat.

#### **E. 4.4**

Diese Vorbefassung führt allerdings nicht von Amtes wegen zum Ausschluss der Beschwerdeführerin. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Mitbeteiligte, der die Beteiligung der Beschwerdeführerin spätestens im Verlauf des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gelangt ist, verlangen einen Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen Vorbefassung.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin stellt die Eignung der Mitbeteiligten infrage, namentlich weil diese die Brandschutztüren und einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistungen nicht selbst herstelle. Damit könne sie nicht über das gleiche Wissen und die gleiche Fachkompetenz verfügen wie die Beschwerdeführerin.

#### **E. 5.1**

Die Vergabestelle schliesst Anbieterinnen und Anbieter aus einem laufenden Vergabeverfahren aus, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht (oder nicht mehr) erfüllen oder wenn sie den rechtskonformen Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigen. Dies ist unter anderem der Fall, wenn die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung der Eignung nicht erfüllt sind (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG). Der Vergabebehörde kommt bei der Bewertung von Eignungskriterien allerdings ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., S. 241, Rz. 564).

#### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass die Eignungskriterien der Ausschreibung nicht verlangten, dass eine Anbieterin selbst auch Herstellerin der offerierten Produkte sei. Dem opponiert die Beschwerdeführerin nicht weiter, zumindest nicht unter Hinweis auf eine entsprechende Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Mitbeteiligte das Eignungskriterium 1, nämlich "Genügende Fachkompetenz, Infrastruktur und personelle Ressourcen für die Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art" nicht erfüllen würde. Für die Beurteilung der Eignung ist im Übrigen nicht wesentlich, welche Anbieterin über die grössere Fachkompetenz verfügt. Auch hinsichtlich der Referenzen bestehen entgegen der Beschwerdeführerin keine Hinweise auf eine ungenügende Erfahrung.

#### **E. 6**

Nach Meinung der Beschwerdeführerin hat die Mitbeteiligte ein in mehreren Positionen unvollständiges oder mangelhaftes Angebot eingereicht, weshalb es vom Verfahren auszuschliessen sei. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Gleichwertigkeit des Angebots durch die Mitbeteiligte nicht aufgezeigt worden und nicht erwiesen. Die Vergabebehörde habe es unterlassen, die beiden Angebote vergleichbar zu machen. Damit macht sie sinngemäss wohl wiederum geltend, das (ursprüngliche) Angebot der Mitbeteiligten sei ihrem eigenen nicht gleichwertig bzw. erfülle die Anforderungen der Ausschreibung nicht. An anderer Stelle führt sie an, die Vergleichbarkeit sei, wenn überhaupt, erst erreicht worden, nachdem die Mitbeteiligte die Offerte nachgebessert und

ergänzt habe.

### **E. 6.1**

Angebote sind innert Frist schriftlich und vollständig bei der Vergabebehörde einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3). Die Vergabestelle schliesst Anbietende aus einem laufenden Vergabeverfahren aus, wenn der Anbieter oder die Anbieterin wesentliche Formerfordernisse missachtet, insbesondere durch Unvollständigkeit des Angebots, oder wenn er oder sie die Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise nicht erfüllt (§ 4a Abs. 1 lit. b und c IVöB-BeitrittsG).

### **E. 6.2**

Namentlich wenn die Unvollständigkeit des Angebots wesentliche Punkte betrifft, ist es auszuschliessen (Galli et al., S. 208, Rz. 466). Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist generell aber nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., Rz. 456 f.). Dabei kann sich aus dem Verbot des überspitzten Formalismus eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a; VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1; je mit weiteren Hinweisen). Von einem überspitzten Formalismus ist insbesondere auch dann auszugehen, wenn der Mangel auf ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist (vgl. VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 7). Dabei muss die Vergabebehörde vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.2 mit Hinweisen). Dennoch besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will (VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses schliesslich das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C\_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.1; Galli et al., Rz. 444 f.).

#### **E. 6.2.1**

Die Mitbeteiligte hat zu den Positionen im Leistungsverzeichnis durchaus preisliche Angaben gemacht. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass fehlende Beträge nachträglich eingesetzt worden wären. Mit den verschiedenen handschriftlichen Ergänzungen, die nachträglich durch die Vergabebehörde vorgenommen wurden, kamen keine neuen Positionen hinzu; es handelt sich einzig um Korrekturen der jeweils bereits vorhandenen Angebotspreise. Die handschriftlichen Korrekturen erfolgten aufgrund der Erläuterungen der Mitbeteiligten im Schreiben vom 10. Dezember 2018, welches aufgrund der Nachfrage der Beschwerdegegnerin erfolgt ist. Bei dieser Sachlage greift die Rüge der Beschwerdeführerin, im Angebot der Beschwerdeführerin hätten Positionen gefehlt, ins Leere.

### **E. 6.2.2**

Zu den Positionen 415.001–415.006 des Leistungsverzeichnisses vermutet die Beschwerdeführerin, dass die Mitbeteiligte die Brandschutzflügeltore der Firma G AG angeboten habe, welche jedoch bloss als Faltschiebetüren geprüft und zugelassen seien. Die neu zugelassenen Drehfalttüren würden sodann keine Zyklusprüfung von 5000 Bewegungen aufweisen. Die Beschwerdegegnerin versteht die Zyklusprüfung von 5000 Bewegungen nicht als zwingende Voraussetzung der Ausschreibung. Wesentlich für die Gleichwertigkeit sei, dass die Brandschutzvorschriften eingehalten würden und es sich um funktionstüchtige Faltschiebetüren handle, die die verlangte Funktion einhalte. Dies sei beim Angebot der Mitbeteiligten der Fall. Im Übrigen würden die Türen der Mitbeteiligten weit über 5'000 Bewegungszyklen aufweisen. Diesen Ausführungen vermag die Beschwerdeführerin nichts Entscheidendes entgegenzusetzen. Es liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vergabebehörde, wenn sie diesbezüglich von einer Gleichwertigkeit der Angebote ausgegangen ist. Jedenfalls bestehen keine konkreten gegenteiligen Anhaltspunkte, die Zweifel an der Beurteilung der Beschwerdegegnerin wecken würden. Eine Abklärung der Gleichwertigkeit durch ein Gutachten, wie dies die Beschwerdeführerin verlangte, ist entbehrlich, zumal der Vergabebehörde auch diesbezüglich ein grosser Ermessensspielraum zusteht.

### **E. 6.2.3**

Des Weiteren bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für die Vermutung der Beschwerdeführerin, wonach die Mitbeteiligte die Türrahmen für die Positionen 414.001, 411.818 und 411.819 entgegen der Beschwerdegegnerin nicht in massiver Eiche angeboten habe.

### **E. 6.2.4**

Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass für die von der Mitbeteiligten vorgeschlagenen Produkte VKF-Zulassungen vorliegen würden. Mit diesen Ausführungen wird allerdings nicht plausibel gemacht, dass die Einreichung von diesbezüglichen Nachweisen gemäss den Ausschreibungsunterlagen vorgeschrieben gewesen wäre. Es ist darauf nicht näher einzugehen. Im Übrigen führte die Beschwerdegegnerin aus, dass die Mitbeteiligte die erforderliche VKF-Anerkennung mit ihren Erläuterungen eingereicht habe und reichte eine brandschutzrechtliche Anerkennung ein. Auf die Frage, ob eine Nachreichung von Dokumenten im Rahmen der Erläuterung zulässig war, ist zurückzukommen (vgl. unten E. 7).

### **E. 6.2.5**

Nach Meinung der Beschwerdeführerin genügt die Angabe von VKF-Nummern nicht als erforderlicher Nachweis. Es sei vielmehr eine Prüfzeichnung nötig. Es ist nicht dargetan, dass solches gemäss den Ausschreibungsunterlagen erforderlich gewesen wäre. Auch bestehen keine Hinweise, dass das Vorhandensein einer Prüfzeichnung erforderlich wäre.

### **E. 6.2.6**

Nicht ersichtlich ist schliesslich, dass die Mitbeteiligte bezüglich der Position 411.818 hätte ausgeschlossen werden können.

### **E. 6.2.7**

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass das Angebot der Mitbeteiligten die Anforderungen nach der Ergänzung vom 10. Dezember 2018 erfüllt.

### **E. 6.3**

Sodann war die Beschwerdegegnerin offensichtlich berechtigt, die beiden klaren Rechnungsfehler im Angebot der Mitbeteiligten zu korrigieren. Dies betrifft erstens Position 411.801, wo die Stückzahl anstatt der Vorgabe nicht mit dem Faktor 4, sondern nur mit dem Faktor 2 multipliziert wurde sowie zweitens Position 411.808, wo die Multiplizierung der Stückzahl um den Faktor 2 versäumt wurde. Diese Korrekturen belaufen sich total auf Fr. 9'800.-.

### **E. 7**

Die Mitbeteiligte hat mit den Erläuterungen vom 10. Dezember 2018 ergänzende Angaben zu den Anforderungen und zur Gleichwertigkeit ihres Angebots gemacht sowie den Angebotspreis erhöht. Es betrifft dies folgende Positionen: 312.801–312.803; 411.806–411.809, 411.811–411.812, 411.814–411.817. Es ist zu prüfen, ob diese Erläuterungen zulässig waren.

#### **E. 7.1**

Die Vergabestelle kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre Eignung und ihr Angebot näher erläutern (§ 30 Abs. 1 SubmV). Sie hält mündliche Erläuterungen schriftlich fest (Abs. 2). Die Beschwerdeführerin hält die von der Mitbeteiligten deponierten Erläuterungen des Angebots für vergaberechtswidrig, da hier nicht bloss der Angebotsinhalt geklärt, sondern vielmehr geändert worden sei. Dies ist in der Regel – abgesehen von untergeordneten Änderungen – nicht zulässig (vgl. etwa Galli et al, S. 312 ff.). Die Beschwerdegegnerin weist unter Bezugnahme auf die Erarbeitung des Leistungsverzeichnisses aufgrund der Produkte der Beschwerdeführerin darauf hin, dass deren Angebot die Vorgaben erwartungsgemäss habe einhalten können und keine Erläuterungen nötig gemacht habe. Bei der Prüfung des Angebots der Mitbeteiligten, das auf Produkten der Firma G AG oder eigenen Produkten beruhe, habe sich dagegen Klärungsbedarf ergeben, dem die Mitbeteiligte mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 nachgekommen sei. Aufgrund der Ausschreibungsunterlagen sei die Mitbeteiligte zudem mit guten Gründen davon ausgegangen, dass die Unterkonstruktionen bauseits geliefert würden.

#### **E. 7.2**

Aufgrund der Erläuterungen gemäss dem Schreiben vom 10. Dezember 2018 hat sich der Angebotspreis der Mitbeteiligten in 13 Positionen um insgesamt Fr. 21'720.- erhöht. Dies war allerdings mit Bezug auf die Gesamtbewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien ohne Relevanz, weil das Angebot der Mitbeteiligten auch nach der Korrektur preislich sehr deutlich unter demjenigen der Beschwerdeführerin bleibt. Mit anderen Worten: Die Korrekturen im Angebot der Beschwerdeführerin haben sich zwar möglicherweise auf das Preis-Leistungs-Verhältnis ihres Angebots ausgewirkt. Es kann jedoch ausgeschlossen werden, dass die Korrekturen eine relevante Auswirkung auf die Gesamtbewertung der beiden Angebote hatten. Somit bestehen keine Bedenken für die Zulässigkeit der preislichen Anpassung.

#### **E. 7.3**

Da die Mitbeteiligte ihr Angebot mit den Ergänzungen aber auch mit Blick auf die Erfüllung der Vorgaben geändert hat, ist die Zulassung der Erläuterung dennoch problematisch. Für die Zulässigkeit der Erläuterung sprechen allerdings folgende besondere

Umstände:

### **E. 7.3.1**

Wie gesehen, hatte die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Mitwirkung an der Vorbereitung der Ausschreibung einen erheblichen Wissensvorsprung gegenüber der Mitbeteiligten, insbesondere hinsichtlich der im Einzelnen verlangten technischen Anforderungen. Es erscheint deshalb ohne Weiteres als nachvollziehbar, dass für die Mitbeteiligte eine exakte Übereinstimmung mit den Vorgaben deutlich weniger leicht zu erzielen bzw. darzulegen war als durch die Beschwerdeführerin. Dies rechtfertigt es im vorliegenden Fall gerade mit Blick auf das von der Beschwerdeführerin angerufene Gleichbehandlungsgebot, die Anforderungen für eine zulässige Erläuterung des Angebots herabzusetzen. In diesem Zusammenhang fällt auch in Betracht, dass die Mitbeteiligte nach Meinung der Beschwerdegegnerin mit guten Gründen davon ausgehen konnte, dass gewisse Unterkonstruktionen bauseits geliefert würden; sie verweist dazu auf die nicht klar formulierten Ausschreibungsunterlagen. Davon ausgehend bestand erst recht ein Erläuterungsbedarf.

### **E. 7.3.2**

Schliesslich fällt Folgendes ins Gewicht: Die Submissionsbestimmungen sollen namentlich den wirksamen Wettbewerb fördern (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al., Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend sind in einem offenen Verfahren lediglich zwei Angebote eingegangen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon stark eingeschränkt. Würde die Konkurrenzofferte – entsprechend dem Standpunkt der Beschwerdeführerin ausgeschlossen –, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Dies spricht zusätzlich gegen eine restriktive Handhabung der Ausschlussbestimmungen (vgl. VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 7.2.3; 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.2). So wie es bei ausgetrockneten Marktverhältnissen zulässig sein kann, nachträglich auf gewisse Anforderungen zu verzichten (vgl. etwa VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 7.2.3; 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.2), ist es bei solchen Wettbewerbsverhältnissen in gewissen Grenzen auch zulässig, den Anbietenden, die eine Anforderung nicht erfüllen, Gelegenheit zur Ergänzung einzuräumen.

### **E. 7.4**

Zusammengefasst ist es angesichts der vorliegenden besonderen Umstände als rechtskonform zu erachten, dass die Beschwerdegegnerin der Mitbeteiligten Gelegenheit zur strittigen Erläuterung des Angebots eingeräumt hat, anstatt diese vom Verfahren auszuschliessen. Die Vergabestelle hat noch innerhalb des ihr zustehenden Spielraums entschieden.

### **E. 8.1**

Nach Meinung der Beschwerdeführerin verstossen die mündlichen Verhandlungen zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten, welche nicht protokolliert worden seien, gegen § 30 Abs. 2 SubmV und gegen den Grundsatz der Transparenz. Dazu ist festzuhalten, dass die massgebliche Erläuterung durch die Mitbeteiligte schriftlich erfolgt ist und damit den Anforderungen von § 30 SubmV offensichtlich genügt. Dass über einen zuvor offenbar erfolgten mündlichen Kontakt kein Protokoll geführt wurde, ist zwar ein Mangel, jedoch angesichts der nachfolgenden schriftlichen Erläuterung nicht von einem solchen Gehalt, dass das Verfahren deswegen als intransparent und rechtswidrig zu qualifizieren und eine Wiederholung desselben erforderlich wäre (vgl. dazu etwa VGr,

20. Dezember 2017, VB.2017.612, E. 4.3; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.3).

### **E. 8.2**

Die Beschwerdegegnerin wirft der Vergabebehörde bezüglich der Erläuterung weiter vor, diese hätte unter dem Aspekt der Gleichbehandlung nicht bloss an die Mitbeteiligte, sondern auch an die Beschwerdeführerin gelangen sollen. Dies steht im Widerspruch zu ihrer früheren Behauptung, sie sei ihrerseits zur Anpassung ihres Angebots angehalten worden. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin nachvollziehbar dargelegt, dass nur beim Angebot der Mitbeteiligten Erläuterungsbedarf bestanden habe. Auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung besteht kein Anspruch auf Erläuterung, wenn das Angebot keinen Anlass für Nachfragen gesetzt hat.

### **E. 9**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich die Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle als nicht nachvollziehbar. Sie macht allerdings nicht substantiiert geltend, die Punktevergabe sei falsch bzw. rechtswidrig erfolgt, weshalb auf die Bewertung der Zuschlagskriterien nicht weiter einzugehen ist. Aus der Bewertung der Vergabebehörde ergibt sich im Übrigen, dass das Produkt der Beschwerdeführerin auch in den qualitativen und unternehmensbezogenen Zuschlagskriterien insgesamt leicht besser bewertet wurde als dasjenige der Mitbeteiligten.

### **E. 10**

Zusammengefasst erweist es sich entgegen der Beschwerde als zulässig, dass die Vergabebehörde das Angebot der Mitbeteiligten im Verfahren belassen hat. Damit bleibt es beim Zuschlag an die Mitbeteiligte, welchen die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort und den eingereichten Akten ausreichend begründet hat. Es besteht auch kein genügender Anlass, um die Sache entsprechend Antrag 4 des Rechtsbegehrens an die Beschwerdegegnerin zur Neuurteilung zurückzuweisen.

### **E. 11.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Es besteht vorliegend insoweit Anlass für ein Abweichen vom Unterliegerprinzip, als die Beschwerdegegnerin mit ihrem formell nicht korrekten Vorgehen betreffend das Gespräch mit der Mitbeteiligten (vgl. vorn E. 8.1) sowie mit der zu knapp ausgefallenen Begründung des Zuschlagsentscheids mit einem Grund für die Beschwerdeerhebung gesetzt hat. Diese Umstände rechtfertigen es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin trotz deren Unterliegens lediglich zu drei Viertel und der Beschwerdegegnerin zu einem Viertel aufzuerlegen.

### **E. 11.2**

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Ausnahmsweise können jedoch – analog zur Kostenverlegung – auch die Parteientschädigungen unter (Mit-)Berücksichtigung des Verursacherprinzips zugesprochen

werden (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.). Dazu fällt in Betracht, dass die die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin trotz ihres Obsiegens nur Anspruch auf eine reduzierte Entschädigung hat. Einerseits ist die Entschädigung aufgrund des Verursacherprinzips zu kürzen. Andererseits ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihre Begründungspflicht nachgeholt hat. Für die nachfolgenden Schriftenwechsel erscheint eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- als angemessen.

## **E. 12**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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