


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2023.00426

Entscheidungsart und -datum: Endentscheid vom 08.02.2024

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

[ANDROHUNG](#)
[AUSSCHLUSS](#)
[AUSSCHREIBUNG](#)
[BINDUNGSWIRKUNG](#)
[GLEICHBEHANDLUNG](#)
[NICHTERFÜLLUNG](#)
[OBLIGATORISCH](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[TEILNAHMEBEDINGUNGEN](#)
[WETTBEWERB](#)

Ausschluss der Zuschlagsempfängerin wegen Nichtteilnahme am obligatorischen Begehungstermin.

Rechtsnormen:

Art. 1 Abs. III lit. b IVöB
 Art. 11a IVöB
 § 4a Abs. I IVöB-BeitrittsG
 § 15 SubmV

In der Ausschreibung wurde ein obligatorischer Begehungstermin festgesetzt und als Folge einer Nichtteilnahme der Ausschluss angedroht. Die Teilnahme an einer Begehung für obligatorisch zu erklären, ist vergaberechtlich zulässig. Einem Teilnahme-Obligatorium kommt die gleiche Bedeutung zu wie anderen Verfahrensregeln, welche in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen im Voraus festgelegt werden (E. 3.2). Vorliegend nahm am vorgesehenen Begehungstermin einzig die Beschwerdeführerin teil. Infolge von Anfragen publizierte die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Fragenbeantwortung auf Simap einen weiteren Besichtigungstermin, an welchem ihren Angaben zufolge die Zuschlagsempfängerin und die zweitplatzierte Anbieterin teilnahmen (E. 3.4).

Publikationen:

- keine -

Die Zulassung von Anbietenden, welche nicht an der obligatorisch erklärten Begehung teilgenommen haben, ist mit der Bindungswirkung der Teilnahmebedingungen bzw. Zulassungsvoraussetzungen in den Ausschreibungsunterlagen sowie dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar (E. 3.5). Die Mitbeteiligte und die zweitplatzierte Anbieterin wären daher wegen Nichtteilnahme am obligatorischen Begehungstermin vom Verfahren auszuschliessen gewesen (E. 3.8). Als Folge dieser Ausschlüsse hätte der Beschwerdegegnerin lediglich das Angebot der Beschwerdeführerin für die Erteilung des Zuschlags vorgelegen. Bei einer solche Ausgangslage ist die Zuschlagserteilung nicht zwingend, hätte doch die Beschwerdegegnerin bei nur einem einzigen gültigen Angebot das Verfahren mangels wirksamen Wettbewerbs abbrechen können (E. 4).

Rückweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2023.00426

Urteil

der 1. Kammer

vom 8. Februar 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Zentralbibliothek Zürich,

Beschwerdegegnerin,

und

C AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Zentralbibliothek Zürich eröffnete im Rahmen des Projekts "Sanierung Zentralbibliothek Altbau" am 12. Mai 2023 ein offenes Submissionsverfahren für Gerüstarbeiten (Bauhauptgewerbe) auf Simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 29. Juni 2023 gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der A AG zu einem Eingabepreis von Fr. 472'294.30. Mit Vergabeentscheid vom 7. Juli 2023 wurden die Arbeiten zum bereinigten Betrag von Fr. 169'864.45 an die C AG vergeben. Am 13. Juli 2023 erfolgte das Absageschreiben an die A AG. Gemäss Bewertung der Vergabestelle rangierte ihr Angebot an dritter Stelle.

II.

Die A AG gelangte mit Beschwerde vom 26. Juli 2023 an das Verwaltungsgericht und liess beantragen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen; im Fall einer Zurückweisung sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen. Eventuell sei festzustellen, dass ein zwischen der Beschwerdegegnerin und der Zuschlagsempfängerin abgeschlossener Vertrag rechtswidrig sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuerzuschlag) zulasten der Beschwerdegegnerin. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Präsidialverfügung vom 27. Juli 2023 wurde der Zentralbibliothek Zürich ein Vertragsschluss einstweilen untersagt. Diese beantragte innert erstreckter Frist mit Beschwerdeantwort vom 15. August 2023, die Beschwerde und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

Nachdem ihr im Interesse der Verfahrensbeschleunigung bereits mit Präsidialverfügung vom 17. August 2023 teilweise Akteneinsicht gewährt wurde, hielt die A AG mit Replik vom 28. August 2023 an ihren Anträgen fest und beantragte in prozessualer Hinsicht die Einsichtnahme in die gesamten Akten. Am 8. September 2023 duplizierte die Zentralbibliothek Zürich und beantragte, die Beilagen zur Duplik, welche andere Arbeitsgattungen betreffen, seien der Beschwerdeführerin nicht zugänglich zu machen, in die Beilagen zur Beschwerdeantwort sei in dem Umfang Einsicht zu gewähren, als dies zur Gewährung des rechtlichen Gehörs erforderlich sei; zudem hielt sie ebenfalls an ihren Anträgen fest. Mit Präsidialverfügung vom 18. September 2023 wurde das Akteneinsichtsgesuch der A AG teilweise gutgeheissen. Am 29. September 2023 reichte diese ihre Triplik ein. Am 5. Oktober 2023 folgte die Quadruplik der Zentralbibliothek Zürich im Sinn einer freigestellten Vernehmlassung.

Mit Präsidialverfügungen vom 17. und 30. August 2023 sowie 18. September 2023 wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen.

Die C AG liess sich als Mitbeteiligte zu keinem Zeitpunkt vernehmen.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB, LS 720.1]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden jedoch Vergabeverfahren, die vor dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 12. Mai 2023 zugrunde liegt, gilt demnach altes Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

1.2 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). Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Anstalt, die ihre Rechtsgrundlage im Vertrag zwischen dem Kanton Zürich und der Stadt Zürich betreffend die Errichtung einer Zentralbibliothek vom 26. November/16. Dezember 1910 findet (LS 432.21). Als solche untersteht sie gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a aIVöB als Auftraggeberin dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

2.

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).

2.2 Gemäss Auswertung erzielte die Mitbeteiligte mit 9,5 von maximal 10 Punkten die höchste Bewertung; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 5,7 Punkten mit 3,8 Punkten auf Rang 3. Mit der Beschwerde macht sie in materieller Hinsicht geltend, die erstplatzierte Mitbeteiligte und die auf Rang 2 platzierte Anbieterin hätten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil diese nicht am obligatorischen Begehungstermin teilgenommen hätten. In den Ausschreibungsunterlagen sei als Folge der Nichtteilnahme ausdrücklich ein Ausschluss aus dem Verfahren vorgesehen worden. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie als alleinige Anbieterin eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen – wie vorstehend bereits erwähnt –, die Mitbeteiligte sowie die weitere Anbieterin hätten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil sie an der obligatorischen Begehung nicht teilgenommen hätten. In den Ausschreibungsunterlagen sei der Ausschluss als Folge der Nichtteilnahme klar und unmissverständlich festgehalten worden. Mit der Durchführung eines Ersatztermins verstosse die Beschwerdegegnerin gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot der Wettbewerbsneutralität sowie gegen die von ihr selbst aufgestellten Vorschriften, die auch für sie verbindlich seien. Zudem sei der Ersatztermin auch sachlich nicht gerechtfertigt; er sei nur durchgeführt worden, weil eine ortsansässige Anbieterin ihr Versäumnis mit Überlastung begründet habe.

3.1 Der Vergabebehörde steht bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Vorgaben von § 15 aSubmV ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 401; vgl. auch VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024; E. 2c [nicht publiziert]). Als Grundlage des vergaberechtlichen Verfahrens hat sie den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter stets zu beachten (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a aIVöB). Sodann gelten die vergaberechtlichen Grundsätze des wirksamen Wettbewerbs, der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel sowie der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 aIVöB). Staatliches Handeln muss zudem im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Die Vergabebehörde kann im Einzelfall sachlich begründete Verfahrensvorschriften für das Beschaffungsverfahren festlegen und für den Fall der Verletzung solcher Vorschriften oder Vorgaben einen Ausschluss vom Verfahren vorsehen (AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.1).

3.2 Die Teilnahme an einer Begehung als obligatorisch zu erklären, ist vergaberechtlich zulässig. Ein solches Obligatorium kann sich insbesondere dann als sachgerecht erweisen, wenn im konkreten Einzelfall die Art und Komplexität des Auftrags eine Begehung

erfordert. Letztere bietet der Vergabebehörde auch Gelegenheit, die interessierten Anbietenden auf einzelne spezielle Aspekte hinzuweisen, auf die bei der Offertstellung durch die Anbietenden und danach im Zuge der Auftragserfüllung zu achten ist (vgl. dazu AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.1; KGr LU, 6. November 2018, 7H 18 205, E. 3.3.3; VGr GR, 25. November 2014, U 14 75, E. 3a; Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016, N 109 f.; jeweils mit Hinweisen).

Bei einer obligatorischen Begehung handelt es sich weder um ein formales Eignungskriterium noch um ein Zuschlagskriterium, sondern um eine allgemeine Teilnahmebedingung bzw. eine Zulassungsvoraussetzung (vgl. BGr 13. Januar 2016, 2C_678/2015, E. 3.3; AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.1; KGr LU, 6. November 2018, 7H 18 205, E. 3.3.4.1; VGr GR, 25. November 2014, U 14 75, E. 3a; Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018, N 242 ff., mit zahlreichen Hinweisen). Wenn die mangelhafte Erfüllung von Teilnahmebedingungen in der Ausschreibung mit dem Ausschluss vom Verfahren verknüpft wird, sind sie im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt. Einem Teilnahme-Obligatorium kommt die gleiche Bedeutung zu wie anderen Verfahrensregeln, welche in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen im Voraus festgelegt werden und welche die formellen und materiellen Anforderungen an Anbietende und Angebot, die Teilnahmebedingungen sowie die Auswahl des Zuschlagsempfängers bzw. der Zuschlagsempfängerin bestimmen (vgl. AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.1; KGr LU, 6. November 2018, 7H 18 205, E. 3.3.4.1; Christoph Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 374 N 41).

3.3 Gemäss § 4a Abs. 1 aIVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a aIVöB-BeitrittsG), bei Missachtung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 4a Abs. 1 lit. b aIVöB-BeitrittsG) sowie bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c aIVöB-BeitrittsG).

Bei der Beurteilung solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 456 f.). Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel beispielsweise auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen zurückzuführen ist (VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761,

E. 2.1). Die Vergabebehörde muss allerdings auch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung eines Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht. In der Tendenz betonen Lehre und Rechtsprechung die Formenstrenge des Submissionsverfahrens (VGr, 12. Mai 2016, VB.2015.00013, E. 3.3 mit Hinweisen).

Mithin kann bei eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Anbieterin bzw. kein Anbieter gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden. Eindeutige Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen bedeuten, dass sowohl die Teilnahmebedingung klar als auch der Ausschluss des Angebots bei deren Nichteinhaltung angedroht ist (AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.1 unter Hinweis auf Oechslin/Locher, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 30 N 9).

3.4 Vorliegend sah die Beschwerdegegnerin in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen eine obligatorische Begehung am 24. Mai 2023 um 13.30 Uhr vor. Dazu wurde der Treffpunkt angegeben und als Folge einer Nichtteilnahme ein Ausschluss aus dem Verfahren angedroht. Am vorgesehenen Begehungstermin nahm nach übereinstimmender Darstellung der Parteien einzig eine Vertretung der Beschwerdeführerin teil.

Während des Verfahrens konnten über die elektronische Plattform Simap.ch bis am 2. Juni 2023 schriftliche Fragen eingereicht werden. Auf diesem Weg teilte die Mitbeteiligte mit, dass sie den Besichtigungstermin versäumt habe und begründete das Versäumnis mit hohen krankheitsbedingten Ausfällen und einer damit verbundenen Überlastung. Sie ersuchte um die Wiederholung des Besichtigungstermins. Am 5. Juni 2023 wurde von der Beschwerdegegnerin folgende Antwort auf Simap.ch aufgeschaltet: "Infolge von Anfragen bieten wir nochmals eine Gelegenheit für eine Besichtigung: Montag, 12. Juni 2023, 15.00 Uhr, Treffpunkt: [...]". Ob sich auch die zweitplatzierte Anbieterin wegen ihres Terminversäumnisses mit der Beschwerdegegnerin in Verbindung setzte, ist nicht dokumentiert. Zu beiden Begehungen liegen nach Angaben der Beschwerdegegnerin keine Protokolle vor; es seien nur die Anwesenden festgehalten worden. Eine Präsenzliste liegt jedoch nicht bei den Unterlagen, welche die Beschwerdegegnerin nach eigenem Bekunden vollständig eingereicht hat. Die Beschwerdegegnerin gibt an, dass am zweiten Besichtigungstermin vom 12. Juni 2023 die mitbeteiligte und die zweitplatzierte Anbieterin teilgenommen hätten. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen der Parteien steht zudem fest, dass die Beschwerdeführerin am Wiederholungstermin nicht teilgenommen hat.

3.5 Das Obligatorium der Begehung und die Folge des Ausschlusses bei Nichtteilnahme sind im vorliegenden Fall klar und eindeutig – und eben nicht mehrdeutig und damit auslegungsbedürftig (VGr, 23. Mai 2019, VB.2019.00109, E. 3.4 f.) – formuliert. Der Wortlaut enthält keinen Hinweis auf die Möglichkeit eines Ersatztermins. Die Nennung

eines einzigen, bestimmten Termins lässt vielmehr darauf schliessen, dass nur eine Begehung vorgesehen und ein zweiter Termin nicht geplant war. Nach den vorstehenden Ausführungen (E. 3.3) ist die Zulassung von Anbietenden, die nicht an der Begehung teilgenommen haben, mit der Bindungswirkung der Teilnahmebedingungen bzw. Zulassungsvoraussetzungen in den Ausschreibungsunterlagen sowie dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar (so auch AppGr BS, 25. März 2022, VD.2021.248, E. 2.2.2).

3.6 Die Beschwerdegegnerin begründet ihr Vorgehen wie folgt: Sie habe den zweiten Begehungstermin deshalb durchgeführt, weil bei nur einer Teilnahme am ersten Begehungstermin der Wettbewerb nicht gespielt hätte. Die Beschwerdeführerin habe denn auch zu einem massiv überhöhten Preis offeriert. Es sei zu vermuten, dass sich die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin wähnte und deshalb davon habe ausgehen können, dass ihr Angebot berücksichtigt werden müsse. Bei einem solchen Sachverhalt müsse es aufgrund von Treu und Glauben möglich sein, eine zweite Begehung durchzuführen. Andernfalls würde ein massgeblicher Zweck des Vergabeverfahrens – die Zuschlagserteilung an das günstigste Angebot – nicht erreicht. Es erscheine überdies im vorliegenden Fall als überspitzter Formalismus, wenn aufgrund eines ersten obligatorischen Begehungstermins gefolgert werde, dass in einer Situation wie der vorliegenden nicht ein zweiter, ebenfalls obligatorischer Begehungstermin durchgeführt werden könne. Wichtig sei, dass niemandem, der am Verfahren beteiligt gewesen sei, weder Vor- noch Nachteil entstanden seien. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei stets eingehalten worden.

3.7 Was die Beschwerdegegnerin vorbringt, um die Zulassung von Anbietenden, die nicht an der ersten obligatorischen Begehung teilgenommen hatten, zu rechtfertigen, überzeugt nicht.

3.7.1 Wer in den Ausschreibungsunterlagen (nur) eine obligatorische Begehung vorsieht und den Ausschluss aus dem Verfahren bei Nichtteilnahme androht, nimmt in Kauf, dass dadurch das Feld der möglichen Anbietenden aufgrund der Einmaligkeit der Durchführung und in Abhängigkeit der Terminwahl deutlich eingeschränkt werden kann. Die Nennung eines einzigen, bestimmten Termins lässt – wie ausgeführt (vgl. oben E. 3.5) – darauf schliessen, dass nur eine Begehung vorgesehen und ein zweiter Termin nicht geplant war. Es wäre der Beschwerdegegnerin unbenommen gewesen, von Anfang an zwei (obligatorische) Begehungen vorzusehen. Der von ihr erwähnte wirksame Wettbewerb wird massgeblich durch die Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen beeinflusst.

3.7.2 Gesichertes Wissen der Beschwerdegegnerin nach dem ersten Begehungstermin vom 24. Mai 2023 war, dass nur eine mögliche Anbieterin teilgenommen hatte. Die Höhe von deren Angebot war ihr hingegen erst seit der Offertöffnung vom 29. Juni 2023 bekannt. Ihre Aussage, die Beschwerdeführerin habe in der Annahme, einzige Anbieterin zu sein, ein überhöhtes Angebot eingereicht, ist spekulativ und wird mindestens teilweise dadurch

widerlegt, dass auch die zweitplatzierte Anbieterin, die aufgrund der Teilnahme am zweiten Termin vom 12. Juni 2023 mindestens von einer weiteren Anbieterin wissen musste, ein Angebot eingereichte, welches mehr als doppelt so hoch ist als dasjenige der Zuschlagsempfängerin (Mitbeteiligte). Zudem unterzeichnete die Beschwerdeführerin ihr Angebot am 9. Juni 2023 und damit erst nach Bekanntgabe der Durchführung eines weiteren Besichtigungstermins am 5. Juni 2023; zu diesem Zeitpunkt konnte sie nicht mehr davon ausgehen, alleinige Anbieterin zu sein.

3.7.3 Im Sinne der Gleichbehandlung wäre auch der zweite Besichtigungstermin als obligatorisch zu bezeichnen und ebenfalls der Ausschluss anzudrohen gewesen. Die Beschwerdegegnerin spricht jedoch in der Ankündigung vom 5. Juni 2023 eher unverbindlich von einer "Gelegenheit für eine Besichtigung", die aufgrund von Anfragen geboten werde. Dokumentiert ist jedoch einzig das Gesuch der Mitbeteiligten im Rahmen der Fragenbeantwortung. Insofern kann der Beschwerdeführerin auch nicht gefolgt werden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz stets eingehalten worden sei.

3.8 Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Mitbeteiligte und die zweitplatzierte Anbieterin wegen Nichtteilnahme am obligatorischen Begehungstermin vom Verfahren auszuschliessen gewesen wären. Mit der Zulassung ihrer Angebote hat die Beschwerdegegnerin gegen die von ihr selbst aufgestellten Teilnahmebedingungen bzw. Zulassungsvoraussetzungen verstossen.

4.

Als Folge dieser Ausschlüsse wäre der Beschwerdegegnerin lediglich das Angebot der Beschwerdeführerin für die Erteilung des Zuschlags vorgelegen. Bei einer solche Ausgangslage ist die Zuschlagserteilung jedoch nicht zwingend. Vielmehr hätte die Beschwerdegegnerin bei nur einem einzigen gültigen Angebot das Verfahren mangels wirksamen Wettbewerbs abbrechen können (§ 37 Abs. 1 lit. c aSubmV; vgl. dazu VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 3.4 f.).

Auch wenn die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeantwort als "massiv überhöht" bezeichnet hat, ist dem Entscheid der Beschwerdegegnerin hinsichtlich eines Verfahrensabbruchs nicht vorzugreifen. Unter Umständen führen zeitliche Gründe bei der Realisierung des Vorhabens oder preisliche Veränderungen auf dem Markt dazu, dass sie eine Zuschlagserteilung dem Abbruch und der Wiederholung des Verfahrens vorzieht. Deshalb ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

5.

Im Ergebnis ist die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 13. Juli 2023 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zum weiteren Entscheid im Sinne der Erwägungen (E. 4) an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin näher einzugehen.

6.

Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG nach dem Unterliegen. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Demzufolge sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

Aus den gleichen Gründen hat die Beschwerdegegnerin die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Mehrwertsteuer).

8.

Da der Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen des Bauhauptgewerbes nicht erreicht (Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG). Ausserdem ist angesichts der Rückweisung davon auszugehen, dass das vorliegende Urteil als Zwischenentscheid nur selbständig angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Zuschlagsverfügung vom 13. Juli 2023 der Beschwerdegegnerin aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an sie zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 255.-- Zustellkosten,
Fr. 3'255.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen, zahlbar innert

30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids.

5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an:
 - a) die Parteien und die Mitbeteiligte;
 - b) die Wettbewerbskommission (WEKO).

