

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2019 213

Entscheid vom 23. Januar 2020

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin
Monica Huber-Landolt, Richterin
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bezirksrat Küssnacht, Seeplatz 2/3, Postfach 176, 6403 Küssnacht,
Vorinstanz,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Vorbefassung)

Sachverhalt:

A. Im Amtsblatt Nr. ___ vom _____ (S. ___) schrieb der Bezirk Küssnacht die Arbeiten als "Generalplaner, Ersatzbau Asylunterkunft B. _____" im offenen Verfahren aus. Die Ausschreibungsunterlagen konnten unter www.simap.ch bezogen werden. Bis am 3. September 2019 waren Fragen zugelassen; die Angebote waren bis am 27. September 2019 einzureichen. Die Ausschreibung erfolgte gleichentags ebenfalls auf www.simap.ch.

Mit Schreiben vom 10. September 2019 beantwortete die C. _____ AG gegenüber den Bezüglern der Ausschreibungsunterlagen die eingegangenen Fragen in anonymisierter Form. Dem Schreiben war der Entwurf Bau- und Projektbeschrieb Asylunterkunft vom 20. August 2019 beigelegt (Vi-act. 3).

B. Innert Frist gingen sechs Angebote ein, so u.a. von der A. _____ AG, D. _____ (Sitz), sowie der E. _____ AG, F. _____ (Sitz). Mit Bezirksratsbeschluss Nr. 571 vom 30. Oktober 2019 wurden die Generalplanerarbeiten gemäss Ausschreibung der E. _____ AG vergeben. Der Beschluss wurde den Offertstellern mit Versand vom 8. November 2019 zugestellt (Vi-act. 4).

C. Am 15. November 2019 erhebt die A. _____ AG gegen den Vergabebeschluss vom 30. Oktober 2019 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, die E. _____ AG sei wegen Vorbefassung aus dem Verfahren auszuschliessen. Zudem wird der Bezirk Küssnacht aufgefordert, die detaillierte Bewertung der Angebote schriftlich zu belegen und zu begründen.

D. Mit Verfügung vom 18. November 2019 erteilt das Gericht der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Die Vorinstanz wird zur Vernehmung eingeladen. Der E. _____ AG als Zuschlagsempfängerin wird die Möglichkeit eingeräumt, dem Verfahren durch Einreichung einer Vernehmung als Beigeladene beizutreten.

E. Mit Vernehmung vom 4. Dezember 2019 beantragt der Bezirk Küssnacht, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin lässt sich nicht vernehmen.

Am 3. Januar 2020 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Vernehmung der Vorinstanz.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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.

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.

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 substantiieren, obwohl ihr dafür die vollständige Beweislast obliege.

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.

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).

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).

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

Die Firmen G. _____ AG, E. _____ AG und H. _____ AG haben die Machbarkeitsstudie (Beilagen E1) verfasst.

Diese Mandate sind abgeschlossen und abgegolten. Die Resultate dienen u.a. als Grundlage für die hier ausgeschrieben Leistung. Die obgenannten Unternehmen gelten dadurch nicht als vorbefasst und sind ebenfalls zu diesem Wettbewerb zugelassen.

Aus dem Vergabeantrag Generalplaner (Vi-act. 7) ergibt sich zudem, dass als Bauingenieur im Angebot der Zuschlagsempfängerin die G._____ AG mitwirken soll.

Die im Rahmen des Verfahrens gestellte Frage 1 und die Antwort vom 10. September 2019 lauten wie folgt:

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?

Antwort:

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.

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.

Zusammenfassend steht somit fest,

- dass die Zuschlagsempfängerin durch die Vergabebehörde mit einer Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung für ein Asylzentrum B._____ beauftragt worden ist;
- dass die Zuschlagsempfängerin (unter Beizug u.a. der G._____ AG) die Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung erarbeitete;
- dass diese Unterlagen sämtlichen interessierten Anbietern mit den Ausschreibungsunterlagen abgegeben wurden;
- dass die ausgeschriebenen Gesamtplanerarbeiten auf dieser Machbarkeitsstudie basieren mussten;
- dass dieser Sachverhalt gemäss Einschätzung der Vergabebehörde keine Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin darstellen soll und
- dass in den Ausschreibungsunterlagen sowohl diese Vorarbeiten als auch die Verneinung einer Vorbefassung und ebenso die Zulassung der Zuschlagsempfängerin zum Wettbewerb ausdrücklich offengelegt wurden.

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.

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).

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).

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.

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 (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a und e IVöB). Wie bereits ausgeführt besteht aufgrund des Gebotes von Treu und Glauben (vgl. oben Erw. 2.4) sodann eine umgehende Rügepflicht, soweit Verfahrensmängel, namentlich etwa der Einwand der Vorbefasstheit, geltend gemacht werden.

3.3 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den Vergabebeschluss innert 10 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde angefochten hat. Auf die Beschwerde ist dennoch nur dann einzutreten, wenn sie keine Pflicht traf, die Rüge der Vorbefassung bereits früher zu erheben, weil der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können.

3.4.1 Vorliegend hat die Vorinstanz bereits in den Ausschreibungsunterlagen transparent dargelegt, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Auftrag eine Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung erarbeitet hat und beide wesentliche

Grundlagen der Ausschreibung bilden. Darüber hinaus hat die Vorinstanz explizit festgehalten, dies stelle keine Vorbefassung dar und die Zuschlagsempfängerin sei zum Wettbewerb zugelassen (vgl. oben Erw. 1.4).

Damit wurde die Vorinstanz dem Gebot nach Transparenz gerecht. Ob sie damit (zusammen mit der Abgabe der Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung) auch Chancengleichheit herbeigeführt hat resp. einen Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin wirkungsvoll beseitigt hat, kann offen bleiben. In jedem Fall hat die Transparenz vorliegend die Voraussetzung geschaffen, dass die potentiellen Anbieter einen möglichen Ausstandsgrund resp. die Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin erkennen konnten und so befähigt wurden, diesen Mangel geltend zu machen. Mit dem Vergabebeschluss, den die Beschwerdeführerin angefochten hat, hat sie keine zusätzlichen Informationen bezüglich Vorbefasstheit erlangt, die ihr nicht bereits mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gewesen wären. Aufgrund der expliziten Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen, die Zuschlagsempfängerin werde zum Wettbewerb zugelassen, musste mit deren Angebot zudem geradezu gerechnet werden.

3.4.2 Ein weiteres Moment, das Problem der Vorbefassung zu erfassen, wäre im Zeitpunkt der Fragebeantwortung vom 10. September 2019 gewesen. Sämtlichen Interessenten wurde dabei eröffnet, dass sich ein Anbieter nach einem "Vorprojekt" der Zuschlagsempfängerin erkundigt hat und anfragte, ob diese Unterlagen zur Verfügung gestellt würden. Im Auftrag der Vorinstanz antwortete die C. _____ AG, es gebe kein Vorprojekt, aber eine Machbarkeitsstudie, welche auf SIMAP bezogen werden könne. Es wird damit erneut bekräftigt, dass die Zuschlagsempfängerin eine für die Ausschreibung wesentliche Machbarkeitsstudie erarbeitet hat.

3.4.3 Schliesslich fand am 27. September 2019 die Offertöffnung statt. Gemäss Offertöffnungsprotokoll waren zwei Offerenten anwesend, u.a. die Beschwerdeführerin. Sie erlangte so unmittelbar mit der Offertöffnung die Gewissheit, dass erstens sie die Offerte mit dem tiefsten Nettobetrag eingereicht hat und zweitens auch die Zuschlagsempfängerin, welche die Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung als Grundlage der Ausschreibung erarbeitete, ein Angebot eingereicht hat, das wenig teurer das zweitgünstigste war (vgl. Vi-act. 7).

Wenn die Beschwerdeführerin nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen ggf. noch argumentieren könnte, sie habe nicht davon ausgehen müssen, dass die Zuschlagsempfängerin auch tatsächlich eine Offerte einreiche und habe sich daher nicht zum Handeln veranlasst gefühlt, so erlangte die Beschwerdeführerin mit der Offertöffnung, an welcher sie zugegen war, sämtliche notwendigen Infor-

mationen, die für den Einwand der Vorbefasstheit notwendig waren. Es bestand kein Grund, den Vergabebeschluss abzuwarten. Indem die Beschwerdeführerin dies dennoch tat in der Hoffnung, den Zuschlag zu erhalten, resp. die Rüge der Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin erst erhob, nachdem diese den Zuschlag erhalten hatte, hat sie treuwidrig gehandelt und das Recht zur Rüge der Vorbefasstheit verwirkt.

3.4.4 Demgegenüber kann der Vorinstanz kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden. Sie hat bereits mit der Ausschreibung sowohl die Vorarbeiten der Zuschlagsempfängerin offengelegt als auch ihre Meinung, dies stelle keine Vorbefassung dar und die Zuschlagsempfängerin sei zum Wettbewerb zugelassen, kundgetan. Zudem hat sie die Machbarkeitsstudie und die Kostenschätzung der Zuschlagsempfängerin den Interessenten zugestellt. Mithin hat sie allen potentiellen Anbietern frühzeitig sämtliche Informationen zur Verfügung gestellt, welche für eine Beurteilung einer Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und Prüfung des entsprechenden Einwandes notwendig waren. Ob ihre eigene Darstellung, es liege keine Vorbefassung vor, zutrifft, kann - wie erwähnt - offen bleiben. Ein Hindernis, die Rüge zu erheben, stellte dies auf keinen Fall dar.

3.5. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin ihr Recht auf den Einwand der Vorbefasstheit der Zuschlagsempfängerin verwirkt hat. Bereits mit Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, in jedem Fall aber im Rahmen der Offertöffnung vom 27. September 2019 hatte sie Kenntnis von sämtlichen Tatsachen erlangt, welche für eine Beschwerdeerhebung notwendig waren. Indem sie dennoch die Zustellung des Vergabebeschlusses abwartete und die Rüge der Vorbefasstheit erst im Rahmen der Zuschlagsanfechtung vorträgt, handelte sie wider das Gebot von Treu und Glauben, das verlangt, diese Rüge umgehend zu dem Zeitpunkt vorzubringen, an welchem sie Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält.

4. Soweit die Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung selber anfecht, so erfolgt dies innert der 10-tägigen Frist. Allerdings gilt im Submissionsrecht das ausgeprägte Rügeprinzip. Mithin hat ein Beschwerdeführer aufzuzeigen, inwiefern eine Verfügung Recht verletzt (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) oder der rechtserhebliche Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt wird (vgl. Art. 16 Abs. 1 IVöB). Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich hingegen etwa bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln auf. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart (EGV-SZ 2006 B 11.1 Erw. 4.1 sowie B 11.2 Erw. 3.2).

Vorliegend verzichtet die Beschwerdeführerin darauf, andere Rügen als die Vorbefasstheit der Zuschlagsempfängerin vorzutragen oder Gründe zu nennen, weshalb die Zuschlagsverfügung nicht rechtens sein sollte. In der Beschwerde vom 15. November 2019 werden überhaupt keine Gründe genannt, die Vorinstanz einzig zum Beleg der detaillierten Bewertung der Angebote aufgefordert. In der Eingabe vom 3. Januar 2020 führt die Beschwerdeführerin aus, sie überlasse dem Verwaltungsgericht die Beurteilung, ob eine amtliche Prüfung der Angebotsbewertung durch das Gericht vorzunehmen sei und ob die Angebotsbewertung korrekt, objektiv und unparteiisch erfolgt sei. Damit aber wird die Beschwerdeführerin ihrer Rügeobliegenheit nicht gerecht. Indem sie keinerlei Anhaltspunkte nennt, inwiefern die Auswertung rechtsfehlerhaft sein soll oder die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt hat, gibt es nichts, was es zu prüfen gälte. Eine generelle Prüfung eines Vergabebeschlusses von Amtes wegen, ohne dass die Beschwerde führende Partei Beschwerdegründe nennen würde, erfolgt nicht.

5.1 Zusammenfassend ist damit auf die Beschwerde nicht einzutreten.

5.2 Die auf Fr. 2'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten, Barauslagen) sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

5.3 Die nicht anwaltschaftlich vertretene Vorinstanz hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie hat am 20. November 2019 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- geleistet, weshalb ihr aus der Gerichtskasse Fr. 500.-- zurück zu erstatten sind.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden, wenn der staatsvertragliche Schwellenwert überschritten ist und soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 42 und 82 ff., insbesondere Art. 83 lit f. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Im Übrigen kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG). Bei gleichzeitiger ordentlicher Beschwerde sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.

4. Zustellung an:
 - die Beschwerdeführerin (R)
 - die Vorinstanz (R; unter Beilage der beschwerdeführerischen Eingabe vom 3.1.2020)
 - die Zuschlagsempfängerin (R; nur im Dispositiv)
 - Baudepartement des Kantons Schwyz (z.K.)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 23. Januar 2020

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 28. Januar 2020