

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2022 189

Entscheid vom 29. März 2023

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Monica Huber-Landolt, Richterin
lic.iur. Karl Gasser, Richter
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B._____,

gegen

1. **Bezirk Höfe,** handelnd durch den Bezirksrat,
Verenastrasse 4b, Postfach 124, 8832 Wollerau,
Vorinstanz,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. C._____,

2. **D._____ AG,**
Beigeladene,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. E._____,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Arbeitsvergabe Rathaus und
Justizgebäude Leutschen; BKP 283.1 Heiz- und Kühldecken)

Sachverhalt:

A. Der Bezirk Höfe schrieb am 7. Oktober 2022 auf der Plattform www.simap.ch im offenen Verfahren (dem Staatsvertrag unterliegend) den Bauauftrag "Sanierung/Umnutzung Rathaus sowie Neubau Justizgebäude Leutschen, 8807 Freienbach" aus, konkret die Arbeiten BKP 283.1 - Deckenbekleidungen aus Metall, Lieferung und Montage Metall-Kühldeckensystem (geschlossene Decken und Deckensegel) inkl. Aktivierung für Raumkühlung und -heizung, inkl. Raumfeinverteilung (Hydraulik). Eingabefrist war der 16. November 2022, 16 Uhr. Das Datum der Offertöffnung wurde auf den 17. November 2022, 17 Uhr, festgesetzt (Vi-act. 6.1).

Mit E-Mail vom 28. Oktober 2022 unterbreitete die Vergabestelle (bzw. die Projektleitung) den Wettbewerbern, welche die Submissionsunterlagen von der Plattform bezogen, eine Präzisierung zur Deckenbekleidung bzw. ein korrigiertes Leistungsverzeichnis (Vi-act. 6.2).

B. Gemäss Protokoll der Offertöffnung wurden sechs Offerten eingereicht, so unter anderem durch die D._____ AG (zum Gesamtbetrag von Fr. 878'073.10 [inkl. MwSt]) und durch die A._____ AG (zum Gesamtbetrag von Fr. 773'025.85 [inkl. MwSt]) (Vi-act. 6.10).

C. Mit Beschluss Nr. 193 vom 29. November 2022 erteilte der Bezirksrat Höfe den Zuschlag für die ausgeschriebenen Arbeiten der D._____ AG zum Betrag von Fr. 878'155.85 inkl. MwSt. Dem Beschluss lässt sich sodann entnehmen, dass drei Anbieter wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "Übereinstimmung mit den Anforderungen gemäss Ausschreibung" ausgeschlossen wurden und ein weiterer Anbieter wegen Unvollständigkeit der Unterlagen (Vi-act. 2).

D. Je mit gleichlautendem Schreiben vom 2. Dezember 2022 informierte der Bezirk Höfe die Offerenten, so auch die D._____ AG und die A._____ AG, über die Vergabe an die D._____ AG. Als Begründung wurde ausgeführt: "Vorteilhaftestes Angebot unter Gewichtung der Zuschlagskriterien" (Vi-act. 6.11). Der Zuschlag wurde zudem am 23. Dezember 2022 auf www.simap.ch publiziert, wobei keine Begründung des Zuschlagsentscheides angegeben wurde (Vi-act. 6.11).

E. Am 21. Dezember 2022 lässt die A._____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

In der Sache:

1. Die Zuschlagsverfügung des Bezirks Höfe (Vergabestelle) vom 29. November / 2. Dezember 2022 sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, den

Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung vergaberechtskonformer Zuschlags- bzw. Eignungskriterien zu wiederholen;

Prozessual:

2. Der Beschwerde sei superprovisorisch bzw. unverzüglich die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei demgemäss zu verbieten, mit der Mitbeteiligten den Vertrag betreffend den Beschaffungsgegenstand abzuschliessen. Nach Anhörung der übrigen Verfahrensbeteiligten sei die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu bestätigen;
3. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Vergabestelle und/oder der Mitbeteiligten.

F. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2022 erteilte der verfahrensleitende Richter der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Der Vorinstanz wurde Frist zur Vernehmlassung angesetzt, die Zuschlagsempfängerin wurde eingeladen, durch Einreichung einer Vernehmlassung innert derselben Frist dem Verfahren als Beigeladene beizutreten.

G. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 11. Januar 2023:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdeführerin.

H. Mit Vernehmlassung vom 23. Januar 2023 trat die Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Beigeladene bei und stellte die Anträge:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdeführerin.

Zusätzlich begehrte die Beigeladene den umgehenden Widerruf der einstweilen erteilten aufschiebenden Wirkung an.

I. Am 24. Januar 2023 wurden der Beschwerdeführerin die Vernehmlassungen sowie die von der Vorinstanz geschwärzt eingereichten Verfahrensakten zugestellt mit einer Frist zur Einreichung einer Replik. Auf den Widerruf der aufschiebenden Wirkung (bzw. auf einen förmlichen Zwischenentscheid über den prozessuellen Antrag der Beigeladenen) wurde verzichtet, nachdem die Vorinstanz / Vergabestelle keinen entsprechenden Antrag gestellt hatte.

J. Mit Replik vom 8. Februar 2023 hielt die Beschwerdeführerin an den Beschwerdeanträgen und deren Begründung vollumfänglich fest. Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 23. Februar 2023 unter Verweis auf ihre Vernehmlassung vom 11. Januar 2023 auf eine weitere Stellungnahme. Mit Duplik vom 2. März 2023 bestätigte die Beigeladene die Anträge gemäss Vernehmlassung vom 23. Januar 2023. Mit Eingabe vom 20. März 2023 bekräftigt die Beschwerdeführerin erneut ihre Rechtsbegehren und sie hält fest, die mit Duplik eingereichten Beilagen 1 bis 3 der Beigeladenen stünden in keinem Zusammenhang zur Beschwerdeführerin.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Gemäss Vorinstanz und der Beigeladenen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da die Beschwerdelegitimation rechtsprechungsgemäss voraussetze, dass die Beschwerde führende Partei im Falle der Guttheissung der Beschwerde reelle Chancen auf den Zuschlag habe. Da die Beschwerdeführerin aber vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, könne sie keine reelle Chance auf den Zuschlag haben. Demgegenüber begründet die Beschwerdeführerin ihre Legitimation in der Beschwerde vom 21. Dezember 2022 mit dem Umstand, dass sie günstiger als die Beigeladene offeriert habe und das Zuschlagskriterium "Preis" mit 60% gewichtet werde. Damit habe sie bei Beschwerdeguttheissung eine reelle Chance. In der Zuschlagsverfügung werde einzig die Vergabe an die Beigeladene festgestellt; ein Ausschluss sei nicht verfügt worden; die mündlichen Auskünfte der Vergabestelle seien diesbezüglich unklar geblieben; ein förmlicher Ausschluss sei jedenfalls nicht verfügt worden und wäre im Übrigen rechtlich auch unhaltbar.

1.2 Die Beschwerdeführerin hat im strittigen Submissionsverfahren ein Angebot eingereicht. Sie wurde - wie sich aus der Vernehmlassung der Vorinstanz zeigt - vom Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag hat eine andere Offertin erhalten. Mithin ist die Beschwerdeführerin von den angefochtenen Verfügungen direkt betroffen.

Nach konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts reicht die unmittelbare Betroffenheit für die Bejahung der Beschwerdelegitimation indes nicht aus. Diese ist im Submissionsverfahren nur zu bejahen, wenn und soweit bei Beschwerdeguttheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 Erw. 1.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 Erw. 5). Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Be-

schwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxismässig nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 Erw. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 Erw. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.). Zu beachten ist, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar ist. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich hingegen 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).

1.3 Mit der Beschwerde vom 21. Dezember 2022 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Zuschlages und die Vergabe an sie selbst. Eine Aufhebung ihres Ausschlusses beantragt sie nicht. Dies ist indes nicht weiter erstaunlich, nachdem sich die Zuschlagsverfügung in keinsten Weise zu einem Ausschluss äussert. Der Vergabebeschluss des Bezirksrates, in welchem Verfahrensausschlüsse genannt sind, wurde der Verfügung/Mitteilung vom 2. Dezember 2022 soweit ersichtlich nicht (auch nicht geschwärzt) beigelegt. Replizierend bestreitet die Beschwerdeführerin dann ausdrücklich die Rechtmässigkeit des Verfahrensausschlusses. Dies hatte sie bereits in der Beschwerde angedeutet, war ihr indes konkret erst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels möglich, nachdem der Ausschluss zuvor gar nicht bekannt war.

Dem Beschluss des Bezirksrates vom 29. November 2022 (Vi-act. 2) bzw. der Auswertung der Angebote (Vi-act. 3) lässt sich sodann entnehmen, dass auch die Angebote der ausgeschlossenen Anbieter ausgewertet wurden. Die Beschwerdeführerin erreichte gemäss dieser Auswertung 92.25 Punkte, gegenüber der Beigeladenen mit 76.91 Punkten.

Sollte sich zeigen, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde, so hat sie aufgrund der genannten Auswertung durchaus reelle Chancen auf den Zuschlag, weshalb die Beschwerdelegitimation zu bejahen ist. Nachdem auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.1 Die Ausschreibung der eingangs genannten Arbeiten erfolgte am 7. Oktober 2022 auf www.simap.ch (Vi-act. 6.1). Gemäss Ausschreibung wurden Varianten zugelassen; Teilangebote nicht. Hinsichtlich Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie weiterer Bedingungen wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, welche unter www.simap.ch bezogen werden konnten.

2.2 In den Allgemeinen Submissionsbedingungen wurde u.a. definiert (Vi-act. 6.1):

8. Ausschlusskriterien: Grundsätzliche Anforderungen für die Zulassung bilden folgende Ausschreibungsbedingungen: [vorliegend unbestritten]

9. Eignungskriterien: fachliche/organisatorische Leistungsfähigkeit: Erfahrung in der Ausführung von Leistungen gleicher Art, Grösse und/oder Komplexität.

Nachweis mittels Angabe von 3 Referenzobjekten der Firma mit vergleichbarer Auftragssumme (min. CHF 400'000.-) sowie Angabe je eines Projektleiters und eines Montageleiters mit je einem Referenzobjekt (vgl. Referenzliste).

Übereinstimmung der vom Unternehmer gewählten Fabrikate mit den Anforderungen gemäss Ausschreibung bzw. Gleichwertigkeit mit den im Leistungsverzeichnis genannten Auslegungsfabrikaten. Nachweis mittels Produktdeklaration.

[...]

12. Unternehmervariante:

Unternehmervarianten sind zulässig.

Varianten sind in jedem Fall klar zu kennzeichnen und ausreichend zu umschreiben und als besondere Beilage einzureichen.

[...]

16. Zuschlagskriterien: Der Zuschlag erfolgt an den / die Anbieter/in mit dem vorteilhaftesten Angebot. Die Bewertung erfolgt gemäss folgenden Kriterien [...]

16.1 Preis gemäss Angebot max. 60 Pt.

Das Angebot mit der günstigsten bereinigten Eingabesumme erhält maximal 60 Punkte. Die Punkteverteilung der anderen Angebote erfolgt linear und es wird mit einer maximalen Preisspanne von +50% gerechnet. Folglich erhält ein Angebot mit einer 50% höheren Eingabesumme 0 Punkte.

16.2 Firmenreferenzen des Anbieters für vergleichbare Projekte max. 30 Pt.

Je max. 15 Pt. für 2 angefragte Referenzobjekte des Anbieters. (Formular in der Beilage ausfüllen).

16.3 Qualifikation und Erfahrung der Schlüsselpersonen. max. 10 Pt.

Es werden nur Angaben im Angebotsformular berücksichtigt. Gewertet werden die Erfahrung der eingesetzten Schlüsselpersonen und die Referenzen der Unternehmung / ARGE bei vergleichbaren Projekten. Die Auswertung erfolgt anhand der ausgefüllten Datenblätter. Es werden nur Angaben auf diesen Formularen berücksichtigt. Die Formulare müssen vollständig ausgefüllt werden. Unvollständige Angaben werden nicht berücksichtigt.

Total

max. 100 Pt.

Das Angebot mit der höchsten Punktzahl aus der Summe der gewichteten Kriterien erhält den Zuschlag

17. Besondere Bedingungen und Voraussetzungen:

17.1 Für diese Ausschreibung sind folgende Bedingungen und Voraussetzungen verbindlich und von der Anbieterin / vom Anbieter ausdrücklich anerkannt:

- Vorliegendes Dokument
- Besondere Bestimmungen (NPK-Kapitel 102 des Leistungsverzeichnisses)
- Allgemeine Bedingungen der Bauleitung (Dok.-Nr. FOR 8.3.2.5-2113 vom 10.11.2021)
- Allgemeine Bedingungen, technische Bedingungen und Anlagebeschrieb F. _____ AG

2.3 Zur Ausschreibung und zum Angebot halten die Allgemeinen Bedingungen der Bauleitung unter Ziffer 1.1 fest: "Lässt der Text eine Position des Leistungsverzeichnisses oder eines anderen Bestandteils der Ausschreibungsunterlagen verschiedene Auslegungen für Ausführung, Ausmass und Abrechnung zu, so ist die Auslegung der Bauleitung verbindlich, sofern der Unternehmer bei der Offerteingabe nicht schriftlich Vorbehalte angebracht hat (in Ergänzung zu Norm SIA 118 Art. 16)." Weiter ist festgehalten (Ziff. 1.7), es sei strikte untersagt, am Text des Offertformulars Änderungen vorzunehmen; allfällige Varianten nach Vorschlägen des Unternehmers seien auf einem Zusatzblatt einzureichen und dürften keine Auswirkungen auf das Leistungsverzeichnis haben; die Kostenänderungen seien separat aufzuführen. Bei Unklarheiten sei der Unternehmer verpflichtet, die Bauleitung bei der Offertstellung darauf aufmerksam zu machen; ohne Meldung sei die Auffassung der Bauleitung verbindlich.

2.4 Auf die Pflicht, bei Unklarheiten bzw. möglichen Auslegungsvarianten während der Ausschreibung eine Textbereinigung zu verlangen, weist auch das Dokument "Allgemeine Bedingungen, technische Bedingungen, Anlagebeschrieb und Leistungsverzeichnis F. _____ AG" hin (nachfolgend "Bedingungen HLK-Ingenieur"; Ziff. 1.1.1; dieses Dokument wurde den Unternehmern aufgrund von Widersprüchen am 28.10.2022 in einer überarbeiteten Version [Vi-act. 6.2] noch einmal zugestellt). Weiter wird darin festgehalten (Ziff. 1.2.1), bei der Vergabe werde dem Unternehmer Produktfreiheit zugestanden. Die von ihm eingesetzten Produkte müssten in Bezug auf Qualität, Leistung, Energieeffizienz und Service mit den ausgeschriebenen Produkten gleichwertig sein. In der Ausschreibung vom Unternehmer nicht erwähnte Produkte-, Fabrikat- und Materialänderungen und bei der Vergabe nicht ausgehandelte Änderungen müssten nicht akzeptiert werden (ohne Prüfung abgelehnt). Die Produkte, welche der Unternehmer ein-

setzen möchte, seien dem Ingenieurbüro zur Prüfung der Gleichwertigkeit vorzulegen; der Ingenieur prüfe und teile in Zusammenarbeit mit der Bauherrschaft, der Bauleitung, dem GU oder dem Architekten das Resultat dem Unternehmer mit (Ziff. 1.2.2).

Weiter werden in demselben Dokument die technischen Bedingungen (Ziff. 2; vorliegend nicht strittig) und der Anlagenbeschrieb (Ziff. 3) der Kühl-/Heizdecken aus Metall definiert. Im Besonderen wird unter dem Subtitel "Aktivierung Metalldecke" ausgeführt (Hervorhebungen im Original):

Aktivieren der Metalldeckenplatten mit Alu-Wärmeleitschienen mit darin eingepressten Präzisions-Kupferrohren nach DIN-Qualität. Zwischen den Wärmeleitschienen wird rückseitig ohne Spalt ein Akustikvlies eingeglättet.

Die Wärmeleitschienen dürfen nicht auf das Akustikvlies aufgebracht werden. Der Produktionsprozess ist nachzuweisen!

Akustikvlies ist ein organischer Stoff, der sich zersetzt und von den Deckenplatten lösen kann.

Die Direktverklebung auf die Deckenplatten verhindert eine spätere, starke Minderung der Kühlleistung sowie das Ablösen der Mäander und somit lose aufliegen auf den Deckenplatten => Beschädigungs- und Verletzungsgefahr bei Revisionsarbeiten sowie erhebliche Leistungsreduktion im Langzeitverhalten.

Die Wärmeleitschienen müssen im Klebeverfahren mit den Deckenplatten unlösbar verbunden werden. Durch Verwendung besonderer Materialien in speziellen Verarbeitungsvorgängen muss eine dauerelastische Paarung der Werkstoffe sowie ein hocheffektiver, praktisch verlustfreier Wärmeübergang gewährleistet werden. Die WLS müssen in spezieller Weise an den Flanken ausgebildet werden, um das nur zwischen die Wärmeleitschienen verklebte Vlies sauber und ohne Abstand zu verlegen. Nur dieses Herstellungsverfahren gewährleistet eine lange Produktlebensdauer, während der die Kühldeckenleistung jederzeit 100% reproduzierbar ist.

Kalibrierte Präzisions-Kupferrohre, nach DIN 1787 müssen auf frei programmierbaren Biegemaschinen industriell zu Rohrmäandern gefertigt werden. Als zusätzliche Schutzvorrichtung muss an den Enden der Mäander in genau definierten Abständen eine Sicherheitsrinne erstellt werden, welche das Abrutschen der Schnellsteckkupplung zuverlässig verhindert.

[...]

Die Identischen Vorgaben wurden im Leistungsverzeichnis unter 283.1 Metall-Kühldeckensystem, Aktivierung Metalldecke wiederholt (Leistungsverzeichnis S. 19 und S. 33; Vi-act. 6.2).

2.5 Mit der Offerte vom 11. November 2022 (Vi-act. 6.3; Bf-act. 3) unterzeichnete die Beschwerdeführerin sämtliche Ausschreibungsunterlagen und alle Bedingungen. Zusatzinformationen, welche aus ihrer Sicht für die Beurteilung des Angebotes wichtig seien, formulierte sie an der hierfür vorgesehenen Position keine (vgl. Allg. Submissionsbedingungen Ziff. 20). Im Dokument Bedingungen

HLK-Ingenieur, Kapitel 3, Anlagenbeschreibung, Subtitel Aktivierung Metalldecke merkte die Beschwerdeführerin an: "siehe Begleitschreiben technisches Verfahren Metalldeckenplatten Aktivierung". Der nämliche Vermerk wurde auch im Leistungsverzeichnis (S. 19) angebracht. In diesem Begleitschreiben wird festgehalten:

Der Aufbau der Aktivierung von Metalldeckenplatten von der Sichtseite her gesehen

- Metalldeckenplatte
- Vollflächig faltenfrei industriell geklebtes Akustikvlies
- Kupfer (CU)-Rohr-Mäander in D-Rohrtechnik
- Aluminium Wärmeleitprofil mit optimaler abgestimmter Sicke für das CU-Rohr

Diese Technik wird weltweit von führenden Herstellern von Klimadecken (z.B. Lindner Groupe, Krantz, Zehnder, Barcol-Air, Zent-Frenger, Fural, Durlum usw) eingesetzt dabei werden schätzungsweise jährlich 1.25 Mio m² verbaut. Diese Technik hat sich weltweit durchgesetzt. Einer der Hauptgründe dafür ist sicherlich, dass langfristig ein Abzeichnen der Wärmeleitprofile verhindert werden kann. Bei der Direktklebetechnik ist der Anteil des freien Querschnitts der Deckenplatte/Perforation direkt der Klebefläche ausgesetzt. Somit bleibt über Zeit Staub von der Raumluft an dem Klebeband hängen und führt zu sichtbaren Farbveränderung.

[...]

Die Alu-Wärmeleitschienen werden werkseitig mittels hydraulischer Spezialpresse unter definierter Temperatur, Druck und Zeit in die Deckenplatten eingepresst. Dauerelastische Verbindung zwischen Deckenplatte/Akustikvlies und dem Alu-Wärmeleitprofil mittels doppelseitigem und alterungsbeständigem Spezialklebeband, Farbe schwarz.

[...]

2.6 Im Angebotsvergleich der F._____ AG (HLK-Ingenieur; nachfolgend F._____) wird zum Angebot der Beschwerdeführerin festgehalten, die Aluleit-schienen würden entgegen der Vorgabe F._____ auf das Akustikvlies geklebt und nicht direkt auf die Deckenplatte. Die F._____ gelangte daher zum Schluss, das Angebot sei infolge Nichteignung nicht zuzulassen (Vi-act. 6.10).

2.7 Im Vergabebeschluss vom 29. November 2022 wiederholt der Bezirksrat die Ausschluss- und Eignungskriterien (siehe oben Erw. 2.2) sowie die Ausführungen zur Aktivierung Metalldecke der Bedingungen HLK-Ingenieur (siehe oben Erw. 2.4). Die Auswertung zeige auf, dass bei vier Anbietern die Eignung nicht erfüllt sei. Drei Anbieter würden die Wärmeleitschienen auf das Akustikvlies kleben und müssten daher wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "Übereinstimmung mit den Anforderungen gemäss Ausschreibung" ausgeschlossen werden (Vi-act. 2). Ausgewertet wurden dennoch alle Angebote, wobei das Angebot der Beschwerdeführerin am meisten Punkte erzielte. Hierzu führte der Be-

zirksrat aus: "Die eigentlichen Erstrangierten müssen ausgeschlossen werden. Nach Rücksprache mit dem HLSK-Planer ist es zwingend, dass die Wärmeleitschienen nicht auf das Akustikvlies geklebt werden (Wärmeleistung der Deckenplatten wird ansonsten stark reduziert)". Entsprechend wurde der Zuschlag der Beigeladenen erteilt.

3.1 Bei Einreichung der Beschwerde hatte die Beschwerdeführerin keine - zumindest keine eindeutige (vgl. oben Erw. 1.3) - Kenntnis von ihrem Verfahrensausschluss. Dennoch geht sie auf das Eignungskriterium Übereinstimmung der gewählten Fabrikate mit den Anforderungen gemäss Ausschreibung bzw. Gleichwertigkeit mit den im Leistungsverzeichnis genannten Auslegungsfabrikaten ein und sie äussert sich zu den technischen Spezifikationen gemäss Art. 30 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 15. November 2019. Sie selbst bringe die Wärmeleitschienen auf das Akustikvlies an, was gemäss Materialspezifikation unzulässig sein solle; allerdings sei die Beigeladene aufgrund ihres Patenten "G. _____" die einzige, welche einen Produktionsprozess mittels Direktverklebung anbieten könne. Bereits in der Offerte habe sie dargelegt, dass die Verklebung auf dem Vlies das heute gängige und weltweit durchgesetzte Verfahren sei. Es sei unerfindlich, warum die Vergabestelle in ihrer Materialspezifikation ausführe, dass die Wärmeleitschienen nicht auf das Akustikvlies aufgebracht werden dürften. Die technische Anforderung gemäss Materialspezifikation verstosse damit gegen Art. 30 IVöB, wenn nicht auch gleichwertige technische Verfahren wie jenes der Beschwerdeführerin zugelassen und ausgewertet würden.

3.2.1 Die Vorinstanz betont vernehmlassend, in den Ausschreibungsunterlagen - bei deren inhaltlichen Gestaltung die Vergabebehörde grundsätzlich frei sei - sei der Gegenstand des Auftrags genau zu beschreiben, was im Leistungsverzeichnis mit den technischen Spezifikationen erfolge. Vorliegend sei ausdrücklich verlangt worden, dass die Wärmeleitschienen direkt auf den Decken-Metallplatten angebracht sein müssen und dazwischen kein Akustikvlies verklebt werden dürfe. Dieses müsse zwischen den Wärmeleitschienen auf den Deckenplatten eingeläutet werden. Gemäss Anlagenbeschrieb sei eine Unternehmervariante, welche eine Verklebung der Wärmeleitschienen auf das Akustikvlies vorsehe, ausgeschlossen worden.

Ein Bewerber könne ausdrücklich oder stillschweigend von der Submission ausgeschlossen werden. Ein stillschweigender Ausschluss liege vor, wenn der Zuschlag einem anderen Bewerber erteilt werde. Es bestehe kein Anspruch, dass über einen Ausschluss vorweg vor der Vergabe entschieden werde.

Die Beschwerdeführerin habe die Ausschreibungsunterlagen abgeändert; sie habe ein Produkt offeriert, das genau das Gegenteil vom Verlangten biete, nämlich ein vollflächig auf den Metall-Deckenplatten verklebtes Akustikvlies, worauf die Wärmeleitschienen angebracht würden. Die Stellungnahme des Fachingenieurs Haustechnik zeige klar auf, dass diese Lösung keinesfalls gleichwertig, sondern minderwertig sei. Der Nachweis der Gleichwertigkeit sei Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Unternehmervariante, diesen Nachweis erbringe die Beschwerdeführerin nicht, was allein schon einen Ausschlussgrund darstelle.

Ferner weiche das Angebot der Beschwerdeführerin wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung ab, weshalb es habe ausgeschlossen werden müssen.

Das Angebot weise auch wesentliche Formfehler auf. Gemäss Beschwerdeführerin sei die offerierte Unternehmerofferte gestützt auf Art. 30 IVöB zulässig. Diesfalls hätte sie jedoch die Gleichwertigkeit beweisen müssen, was nicht erfolgt sei. Die Unternehmervariante hätte als besondere Beilage angeboten und umschrieben werden müssen, so dass sie vergleichbar sei. Hieran fehle es völlig. Eine Prüfung der Unternehmervariante sei unmöglich gewesen. Aus der Ausschreibungsunterlage ergebe sich ganz klar, und habe auch von der Beschwerdeführerin nur so verstanden werden können, dass ein Abweichen von der Direktverklebung der Wärmeleitschienen auf die Metalplatten nicht möglich sei und zwar selbst dann nicht, wenn die Alternative "gleichwertig" wäre. Aus all diesen Gründen habe das Angebot nicht berücksichtigt werden dürfen.

3.2.2 In der von der Vorinstanz angesprochenen Stellungnahme des Fachingenieurs vom 5. Januar 2023 (F. _____ AG; Vi-act. 5) wird vorausgeschickt, mit dem Beiblatt zur Offerte bestätige die Beschwerdeführerin, dass sie das Akustikvlies vollflächig aufklebe und damit die Vorgaben der Ausschreibung nicht einhalte.

Das vollflächige Aufbringen des Akustikvlieses sei einfacher und kostengünstiger, weshalb im Zuge einer Unternehmervariante gegenüber der Ausschreibung ein Minderpreis ausgewiesen werden müsste, was nicht vorliege. Das Aufbringen der Wärmeleitschienen auf das Akustikvlies führe zu einer Leistungsreduktion; die Beschwerdeführerin deklariere jedoch keine effektiven Leistungsdaten. Ihre Kupferrohre gebe sie mit 8-15mm an; verlangt sei in der Ausschreibung 12mm.

Bei der verlangten Direktverklebung handle es sich nicht um ein Alleinstellungsmerkmal der Beigeladenen; es werde auch von andern (namentlich aufgeführten) Herstellern angewendet. "G. _____" sei eine spezielle Lochung der Metalldecke aus akustischen Gründen (Patent D. _____ AG), was jedoch mit der Di-

rektverklebung der Wärmeleitschienen keinen Zusammenhang habe. Weil nach einer ersten Projektauslegung nicht an den ursprünglichen speziellen Akustikvorgaben festgehalten worden sei, habe man auch nicht das Produkt "G. _____" ausgeschrieben, die Anpassung der Textpassagen aber vergessen, was zur Korrektur der Ausschreibungsunterlage im Oktober 2022 geführt habe. An den Bedingungen (Direktverklebung) sei aber bewusst keine Anpassung vorgenommen worden.

In den Bedingungen HLK-Ingenieur werde die Produktfreiheit unter den Bedingungen der Qualität, Leistung, Energieeffizienz und Service zugestanden; die Produkte müssten gleichwertig sein. Damit die Gleichwertigkeit geprüft werden könne, müssten entsprechende Datenblätter beigelegt werden. Im Anlagebeschrieb werde unter Technische Grundlagen die Leistung der Metallkühldecken definiert. Gemäss dem Punkt Aktivierung der Metalldecke dürften die Wärmeleitschienen nicht auf das Akustikvlies aufgebracht werden, es werde die Direktverklebung verlangt und die Einglättung des Akustikvlieses neben den Wärmeleitschienen. Die Beschwerdeführerin habe mit Unterzeichnung der Unterlagen deren Kenntnisnahme und Übereinstimmung ihrer Offerte mit den Bedingungen bestätigt. So explizit auch, dass es untersagt sei, Änderungen am Text des Offertformulars vorzunehmen, allfällige Varianten auf einem Zusatzblatt einzureichen und Kostenänderungen separat aufzuführen.

3.3 Die Beigeladene führt vernehmlassend aus, im Gegensatz zu ihrer Offerte entspreche das Angebot der Beschwerdeführerin den Vorgaben der Ausschreibung nicht und es handle sich auch nicht um ein gleichwertiges Angebot. Die von der Beschwerdeführerin angewandte Technik (ganzflächige Verklebung des Akustikvlieses und Anbringen der Wärmeleitschienen auf Akustikvlies) sei in der Produktion kostengünstiger. Das Akustikvlies zwischen Metallplatte und Wärmeleitschiene wirke aber wie ein Isolator, was eine schlechtere Wärme- bzw. Kälteübertragung zur Folge habe. Ein weiterer Nachteil sei, dass das Akustikvlies sich als organischer Stoff zersetze und sich von der Deckenplatte lösen könne; im Rahmen von Revisionsarbeiten könne es auch zerreißen. Genau daher habe die Vergabestelle ausdrücklich die Direktverklebung verlangt. Sie habe ganz offensichtlich die qualitativ hochwertigere sowie robustere und langlebigere Technik gewollt. Das Angebot der Beschwerdeführerin entspreche den Anforderungen ganz offensichtlich nicht; es beruhe auf einem Verfahren, welches die Bedingungen HLK-Ingenieur explizit ausgeschlossen habe. Die Beigeladene gehe daher davon aus, dass die Beschwerdeführerin zu Recht ausgeschlossen worden sei, da ihr Angebot wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschrei-

bung abweiche, was einen Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB darstelle.

Die Beigeladene widerspricht sodann, dass mit der Ausschreibung ein mittels Patent geschütztes Produkt verlangt worden und die Beigeladene die einzige Anbieterin sei. Das Produkt "G. _____" sei offensichtlich nicht verlangt worden und es habe mit der Direktverklebung nichts zu tun. Es entspreche auch nicht der Wahrheit, dass die vollflächige Verklebung des Akustikvlieses das heute gängige Verfahren sei und mit Ausnahme der Beigeladenen von allen im Markt so angeboten werde. Das Verfahren der Direktverklebung sei marktüblich und würde auch von vielen anderen Anbietern angeboten.

3.4 Dass das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren effektiv ausgeschlossen wurde, erfuhr die Beschwerdeführerin erst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels. Sie macht unter Bezugnahme auf die Vernehmlassung der Vorinstanz dabei geltend, diese vermische in unzulässiger Weise die technischen Spezifikationen (Art. 30 IVöB) und Varianten (Art. 33 IVöB), die Ausführungen seien in sich widersprüchlich. Einerseits sei verlangt, dass die Wärmeleitschienen zwingend direktverklebt würden und andererseits schliesse die Ausschreibung die Einreichung eines gleichwertigen Angebotes hinsichtlich der technischen Spezifikationen gerade nicht aus. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, dass die technische Ausführung des Angebotes mittels "Gleichwertigkeit" zulässig sei. Dies ergebe sich aus der Formulierung für die Eignungskriterien (vgl. Zitat oben Erw. 2.2). Nach Treu und Glauben habe sie daher darauf vertrauen dürfen, dass hinsichtlich der technischen Spezifikationen ein gleichwertiges Angebot zugelassen sei und keinen Ausschluss zur Folge haben würde. Daher habe auch kein Grund bestanden, die Ausschreibung anzufechten. Folglich müsse ihr Angebot bewertet werden und dürfe nicht ausgeschlossen werden, wenn es sich als gleichwertig erweise.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, alles weise darauf hin, dass die technischen Spezifikationen in der Ausschreibung bewusst so ausgestaltet worden seien, dass die ortsansässige bzw. regional verankerte Anbieterin, welche das Patent auf "G. _____" halte bzw. bei welcher - gemäss Vernehmlassung der Beigeladenen - ausschreibungskonforme Produkte auch von der Beschwerdeführerin gekauft werden könnten, den Auftrag erhalten würde.

Es treffe in keiner Weise zu, dass ihr Produkt minderwertig sei, wie dies Vorinstanz und Beigeladene behaupten würden. Hauptansprüche an eine Heiz-/Kühldecke seien die thermische Leistung und das optische Erscheinungsbild. Nicht relevant sei der Produktionsprozess der Decken, wenn die Hauptansprüche erfüllt seien. Dies zeige sich daran, dass in der Ausschreibung konkrete techni-

sche Heiz-/Kühlleistungswerte vorgegeben seien, die erfüllt werden müssten. Diese würden vom System der Beschwerdeführerin erfüllt, weshalb ein Ausschluss nicht begründet werden könne. Ein Leistungsnachweis sei in der Ausschreibung nicht verlangt worden (könne aber auf Verlangen vorgelegt werden), da der Nachweis der Gleichwertigkeit mittels Produktdeklaration erfolgen könne. Der angebliche Leistungsverlust durch das zwischenliegende Vlies werde durch die D-Rohr-Technik kompensiert. Nicht korrekt sei, dass sich das aus Glasfaser und Zellstoff mit Acrylbinder bestehende Vlies mit der Zeit auflöse und zerfalle. Ebenso sei eine verlangte Klebehaftung gewährleistet; auch nach längerer Zeit würden sich die Platten nicht ablösen und auch Revisionsarbeiten würden nicht zu Defekten führen. Die von der Beigeladenen eingereichten Bilder von defekten Deckenplatten stünden in keinem Zusammenhang mit der Beschwerdeführerin und würden nicht von dieser stammen. Andererseits sei das System der Beschwerdeführerin hinsichtlich Optik überlegen, da bei der Methode der Direktverklebung der Beigeladenen auftretende Abzeichnungen den ästhetischen Anspruch beeinträchtigen würden.

4. Vorliegend steht fest, dass die Vorinstanz in Ziffer 3 der Bedingungen HLK-Ingenieur (Vi-act. 6.2) einen detaillierten Anlagenbeschrieb vornahm und dabei technische Grundlagen der Metallkühldecken definierte sowie die Materialspezifikation und die Aktivierung der Metalldecke vorgab. Unbestritten ist, dass gemäss diesem Dokument die Metalldeckenplatten mit unlösbar direkt darauf verbundenen Alu-Wärmeleitschienen mit darin eingepressten Präzisions-Kupferrohren zu aktivieren sind und zwischen den Wärmeleitschienen ein Akustikvlies eingeglättet ist. Dabei wird hervorgehoben, dass die Wärmeleitschienen nicht auf das Vlies angebracht werden dürfen, sondern direktverklebt werden müssen und der Produktionsprozess nachzuweisen ist. Im Leistungsverzeichnis wird diese Vorgabe wörtlich wiederholt (vgl. oben Erw. 2.4).

Ebenso steht fest, dass gemäss Ausschreibung Unternehmervarianten ausdrücklich zugelassen waren (vgl. Ausschreibung Ziff. 2.11; Vi-act. 6.1), dass in den Bedingungen HLK-Ingenieur den Wettbewerbern Produktfreiheit zugestanden wird, wobei die eingesetzten Produkte in Bezug auf Qualität, Leistung, Energieeffizienz und Service mit den ausgeschriebenen Produkten gleichwertig sein müssen (Bedingungen HLK-Ingenieur Ziff. 1.2.1; Vi-act. 6.2).

Und schliesslich ergibt sich aus den Allgemeinen Submissionsbedingungen das Eignungskriterium der Übereinstimmung der vom Unternehmer gewählten Fabrikate mit den Anforderungen gemäss Ausschreibung bzw. Gleichwertigkeit mit den im Leistungsverzeichnis genannten Auslegungsfabrikaten (Ausschreibungsprodukten); Nachweis mittels Produktedeklaration (Vi-act. 6.1).

Seitens der Beschwerdeführerin wird nicht bestritten, dass sie ein Angebot eingereicht hat mit Metalldecken ohne Direktverklebung, sondern mit einem zwischen der Metalldecke und den Wärmeleitschienen vollflächig aufgetragenen Akustikvlies.

Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund dieser offenkundigen Abweichung zu Recht ausgeschlossen hat oder - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - hätte evaluieren und bei der Zuschlagserteilung letztlich berücksichtigen müssen.

5.1 Es ist unbestritten, dass die Ausschreibungsunterlagen den Wettbewerbern ausdrücklich zugestehen, Varianten zu offerieren. Auch die allgemeinen Submissionsbedingungen halten ausdrücklich fest, dass Unternehmervarianten zulässig sind, wobei Varianten in jedem Fall klar zu kennzeichnen und ausreichend zu umschreiben sowie als besondere Beilage einzureichen sind (vgl. oben Erw. 2.2). Dies korrespondiert mit Art. 33 Abs. 1 Satz 1 IVöB, wonach es den Anbietern freisteht, zusätzlich zum Angebot der in der Ausschreibung beschriebenen Leistung Varianten vorzuschlagen. Als Variante gilt dabei jedes Angebot, mit dem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als vom Auftraggeber vorgesehen erreicht werden kann (Art. 33 Abs. 2 IVöB). Die Variante weicht mithin in bestimmten (oder allen) Punkten von der Ausschreibung ab bzw. übernimmt sie nicht alle Vorgaben der Ausschreibung eins zu eins, führt aber vollumfänglich zu einem gleichwertigen Ergebnis (Joss, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 33 N 12).

5.2 Die Bewertung einer Variante und letztlich die Zuschlagserteilung an eine Variante setzt - ohne anderslautende Ausschreibung - stets voraus, dass der Anbieter die Variante zusätzlich zum Angebot für die Amtslösung, d.h. zu einem Grundangebot, einreicht. Eine ohne Grundangebot (zur Amtslösung) eingereichte Variante führt zur Unvollständigkeit der Offerte und damit grundsätzlich zu deren Ausschluss (Joss, a.a.O., Art. 33 N 5, mit Hinweis auf Rechtsprechung; so auch schon unter altem Recht VGE III 2016 188 vom 29.5.2017 mit Hinweis auf das Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Ziff. 8.9.1).

5.3 Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin kein Grundangebot, d.h. kein Angebot offeriert hat, das dem Leistungskatalog umfassend entspricht, namentlich kein Angebot mit Deckenplatten mit einer Direktverklebung der Wärmeleitschienen. Dass auch Unternehmervarianten ohne Grundangebot zulässig wären, halten die Ausschreibungsunterlagen nicht fest. Im Gegenteil wird verlangt, dass Varianten besonders zu kennzeichnen, ausreichend zu um-

schreiben und als besondere Beilage einzureichen sind, was nur bedeuten kann, dass dies zusätzlich zu einem Grundangebot erfolgt.

5.4 Mangelt es aber im Angebot der Beschwerdeführerin an einem Grundangebot (zur Amtslösung), so hätte die Vorinstanz die Offerte der Beschwerdeführerin mit Deckenplatten ohne Direktverklebung rechtsprechungsgemäss zu Recht ausgeschlossen, wenn diese als Unternehmervariante zu qualifizieren wäre. Die Frage der Gleichwertigkeit wäre gar nicht zu prüfen. Indes legt sich keine Partei argumentativ klar fest, ob sie die Offerte der Beschwerdeführerin als Unternehmervariante qualifiziert oder nicht.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht vielmehr geltend, die Vergabebehörde habe den Unternehmern Produktfreiheit zugestanden und verlange als Eignungskriterium Übereinstimmung der gewählten Fabrikate mit den Ausschreibungsanforderungen bzw. "Gleichwertigkeit" mit den im Leistungsverzeichnis genannten Auslegungsfabrikaten (Ausschreibungsprodukt). Das von ihr offerierte Produkt sei dabei (mindestens) gleichwertig, weshalb ein Ausschluss ausser Frage stehe.

6.2.1 Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 Abs. 1 IVöB). Anders als Eignungskriterien (welche sich auf die Anbieter beziehen, vgl. Art. 27 IVöB) handelt es sich bei den technischen Spezifikationen um leistungsbezogene Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand. Die technischen Spezifikationen können die unterschiedlichsten Anforderungen betreffen und sind Minimal- bzw. Mussanforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrages (Joss, a.a.O., Art. 30 N 7).

6.2.2 Bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes - und damit namentlich auch bei der Festlegung der technischen Spezifikationen - kommt der Vergabestelle ein breiter Ermessensspielraum zu. Sie kann frei entscheiden, welche Leistungen sie in welcher Qualität beschaffen will (vergaberechtliche Definitionsfreiheit; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 2011; BGE 137 II 313 Erw. 3.3.1; VGE III 2019 220 vom 7.1.2020 Erw. 3.3.2). Grenze dieser Freiheit bildet aber immerhin das Diskriminierungsverbot, indem eine diskriminierende Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes unzulässig ist. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn über die Leistungsbeschreibung bestimmte Lösungen ausgeschlossen werden, ohne einen sachlichen, vernünftigen Grund nachzuweisen, oder im Einzelfall gar der potentielle Wettbewerb etwa durch technische Spezifi-

kationen de facto von vornherein und ohne wichtige Gründe auf ganz wenige Bieter oder Produkte beschränkt würde (Beyeler, a.a.O., Rz. 2014; Joss, a.a.O., Art. 30 N 14). Trotz zwingend zu erfüllenden Anforderungen (technischen Spezifikationen) soll ein wirksamer Wettbewerb unter verschiedenen potenziellen Anbietern möglich bleiben.

6.2.3 Der Ermessensspielraum der Vergabestelle wird zudem insofern eingeschränkt, als es von Gesetzes wegen unzulässig ist, als technische Spezifikationen bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen zu definieren sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und der Auftraggeber in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" aufnimmt (Art. 30 Abs. 3 IVöB). Die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes hat grundsätzlich produkt-, anbieter- und herkunftsneutral zu sein. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen, mithin ist er hierfür beweisbelastet.

6.2.4 Die Nichterfüllung technischer Spezifikationen führt grundsätzlich zum Ausschluss des Angebotes (Killerkriterium). Voraussetzung ist allerdings, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen transparent und eindeutig aufzeigt, welche Anforderungen zwingend erfüllt werden müssen. Sind die Ausschreibungsunterlagen auslegungsbedürftig, so sind sie so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an. Allerdings verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Ausschreibungsunterlagen über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Im Ergebnis ist die Auslegung der Vergabestelle demnach nur zu korrigieren, wenn sie als willkürlich erscheint. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (Urteil BGer 2C_365/2022 vom 19.1.2023 Erw. 6.1 m.w.H.).

6.3.1 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin enthielt die Ausschreibung der Vorinstanz kein vorgegebenes Produkt. Einzig für die geschlossenen

Metalldecken wurde in der Ausschreibung / Bedingungen HLK-Ingenieur, Version 4.10.2022 (Vi-act. 6.1), für die Lochung eine "G._____" Spezialschlitzlochung verlangt mit der Begründung, dass aufgrund der Akustik keine andere Lochung möglich sei (Bedingungen HLK-Ingenieur 4.10.2022 S.11). Es ist dabei unbestritten, dass es sich bei der "G._____" Spezialschlitzlochung um ein Patent der Beigeladenen handelt. Gemäss Ausführung der Vorinstanz (bzw. Stellungnahme F._____, Vi-act. 5) waren ursprünglich in zwei Räumen besondere Akustikvorgaben geplant, welche dieses Produkt vorausgesetzt hätten; daran sei aber in der Projektüberarbeitung nicht festgehalten worden, weshalb diese technische Spezifikation fallengelassen worden sei. In der Tat wurde am 28. Oktober 2022 eine neue, korrigierte Fassung der Bedingungen HLK-Ingenieur versandt, in welcher auf die "G._____" Spezialschlitzlochung verzichtet wurde (Vi-act. 6.2). Damit aber enthielten die definitiven Ausschreibungsunterlagen nach der Streichung von 'G._____' gar keine Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen oder Hinweise auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten mehr, so dass Art. 30 Abs. 3 IVöB vorliegend gar keine Anwendung findet. Kommt hinzu, dass die (gestrichene) Anforderung "G._____" die vorliegend strittige technische Spezifikation der Direktverklebung gar nicht betrifft, sondern die Lochung der Metalldecken.

6.3.2 Die in den Bedingungen HLK-Ingenieur definierten technischen Spezifikationen enthalten keinen Auslegungsspielraum. In expliziten Worten und typographischer Hervorhebung wird unzweideutig verlangt, dass die Wärmeleitschienen nicht auf das Akustikvlies aufgebracht werden dürfen. Es wird dabei der Produktionsvorgang exakt beschrieben, indem die Wärmeleitschienen direkt mit den Deckenplatten unlösbar zu verbinden und das Akustikvlies zwischen den Wärmeleitschienen abstandslos einzuglätten ist (vgl. oben Erw. 2.4). Derartige technische Spezifikationen lässt Art. 30 Abs. 1 IVöB ausdrücklich zu. Die Bedingungen HLK-Ingenieur lassen keine andere Lesart zu, als dass es sich klarerweise um ein Musskriterium handelt. Angebote, welche diese Anforderungen nicht erfüllen, sind vom Verfahren auszuschliessen.

6.3.3 Es stellt dies keinen Widerspruch zur gewährten Produktfreiheit dar. Denn ein konkretes Produkt wurde nicht verlangt, erst recht nicht nach der Streichung der Anforderung einer "G._____" Spezialschlitzlochung. Mithin konnte jedes Produkt angeboten werden, welches die technische Spezifikation erfüllt.

6.3.4 Auch aus der Formulierung des Eignungskriteriums (vgl. oben Erw. 2.2) kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. So wird - erst recht nach der Streichung der "G._____" Spezialschlitzlochung - in den Be-

dingungen HLK-Ingenieur gar kein Auslegungsfabrikat bzw. Ausschreibungsprodukt verlangt, weshalb sich die Frage der Gleichwertigkeit, eines gleichwertigen Fabrikates zu einem Ausschreibungsfabrikat gar nicht stellt. Vielmehr müssen die offerierten Fabrikate die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen, namentlich muss produkteunabhängig der Produktionsprozess der Direktverklebung nachgewiesen werden. Dies ist beim Angebot der Beschwerdeführerin zweifelsfrei nicht der Fall.

6.3.5 Zudem ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Lesart (der Zulässigkeit zur Offerierung eines die Anforderungen nicht erfüllenden, aber gleichwertigen Produktes) den Nachweis der Gleichwertigkeit beibringen müsste und zwar bereits mit der Offerte, nachdem ihr die Abweichung von der Anforderung ganz offensichtlich bewusst war (weshalb sie die entsprechenden Randnotizen anbrachte). Mit ihrer Offerte legt sie wohl ein Beiblatt "Technisches Verfahren thermische Aktivierung" (Vi-act. 6.3) bei. Dieses belegt wohl die Nichterfüllung der technischen Spezifikation 'Direktverklebung', enthält indes keinerlei Informationen, welche die Gleichwertigkeit des vollflächigen Akustikvlieses mit darauf geklebten Wärmeleitschienen gegenüber der Direktverklebung nachvollziehen liessen. Zur Nachfrage war die Vorinstanz nicht verpflichtet, nachdem die Beschwerdeführerin von den Anforderungen ganz bewusst abgewichen ist.

6.3.6 Die Beschwerdeführerin führt wohl aus, das vollflächige Aufbringen des Akustikvlieses und die hierauf verklebte Wärmeleitschiene sei aktuelle Technik und werde von vielen Anbietern erbracht. Sie behauptet aber nicht, die verlangte Direktverklebung werde nicht bzw. nur von derart wenigen oder nur einem Wettbewerber angeboten, so dass diese technische Spezifikation geradezu diskriminierend sei. Soweit sie derlei andeutet und dabei auf "G. _____" als Patent der Beigeladenen anspricht, ist zu betonen, dass erstens "G. _____" nicht verlangt wurde und sich dieses Patent zweitens auf die Lochung und nicht die Direktverklebung bezieht. Gegen eine diskriminierende Ausschreibung spricht auch, dass die Direktverklebung zwei Offerenten angeboten haben und die Vorinstanz vernehmlassend weitere mögliche Anbieter nennt.

Weiter nennt die Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen auch die Gründe für die definierte technische Spezifikation (Verhindern eines späteren Loslösen der Wärmeleitschienen / des Akustikvlieses von den Deckenplatten sowie praktisch verlustfreier Wärmeübergang), was als Begründung ausreichend ist, auf keinen Fall geradezu willkürlich erscheint. Zudem findet sich im Internet mit dem H. _____ mindestens ein weiterer relevanter Bauherr, welcher in seinen Baurichtlinien die Direktverklebung verlangt, was die Begründung der

Vorinstanz zumindest stützt (vgl. Bau Richtlinien H._____, Version 2018; https://www.H._____.ch/_____.pdf; eingesehen am 14.3.2023).

6.3.7 Ob die Technik mit ganzflächigem Akustikvlies gegenüber der Direktverklebung minderwertig ist (wie die Vorinstanz und Beigeladene darlegen) oder gar besser (wie die Beschwerdeführerin ausführt), ist unerheblich. Die Vorinstanz verfügt im Bereich der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes über eine vergaberechtliche Definitionsfreiheit; die Überprüfung des Gerichts beschränkt sich auf eine Rechtskontrolle. Wie bereits dargelegt, verletzt die Anforderung der Direktverklebung das Diskriminierungsverbot nicht und schränkt auch das Anbieten nicht auf ein spezifisches Produkt ein.

6.4 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin von der Vergabe ausgeschlossen hat mit der Begründung, ihr Angebot erfülle die technischen Spezifikationen, welche ein Muss-Kriterium darstellen, nicht. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

7. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Submissionsbeschwerdeverfahrens richten sich nach kantonalem Verfahrensrecht (vgl. Art. 55 IVöB).

7.1.1 Die Kosten für den Erlass von Verfügungen trägt in der Regel die Partei, welche den Erlass verlangt hat (§ 72 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Die obsiegende Partei kommt für die Kosten auf, die sie durch ein pflichtwidriges Verhalten im Verfahren verursacht hat (§ 72 Abs. 3 VRP).

7.1.2 Die Vorinstanz verfügte einen impliziten Ausschluss der Beschwerdeführerin, d.h. sie schloss diese nicht förmlich aus, sondern implizit durch die Zuschlagserteilung an die Beigeladene. Ob das neue Submissionsrecht dieses Vorgehen noch zulässt, ist nicht unbestritten (zustimmend Locher, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 44 N 8, Zobl, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 53 N 17; kritisch Anmerkung zu Nr. 54 in Baurecht 1/2023 S. 55 f.). Unabhängig davon stellt der Ausschluss indes immer eine beschwerdefähige Verfügung dar (vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. h IVöB) und solche müssen eröffnet, summarisch begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden (Art. 51 IVöB). Die Vorinstanz jedoch belies es beim impliziten Ausschluss; nicht einmal mit der Eröffnung des Zuschlages wurde der Beschwerdeführerin ihr Ausschluss mitgeteilt, geschweige denn begründet. Erst aufgrund des Schriftenswechsels im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erlangte die Beschwerdeführe-

rin effektiv Kenntnis von ihrem Ausschluss. Es stellt dies eine Verletzung von Art. 44 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 lit. h i.V.m. Art. 51 IVöB dar sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. VGE III 2019 3 vom 29.8.2019 Erw. 4.2.1). Rechtsprechungsgemäss muss dem - selbst wenn der Fehler im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt wird - bei der Kostenregelung Rechnung getragen werden, sei es durch angemessene Reduktion der Gerichtskosten, Verzicht auf die Kostenerhebung oder indem der für die Gehörsverletzung verantwortlichen Behörde Kosten auferlegt werden (Urteil BGer 1C_158/2019 vom 30.3.2020 Erw. 6; VGE I 2022 45 vom 9.12.2022 Erw. 4.2; VGE III 2019 205 vom 20.3.2020 Erw. 2.4).

7.1.3 Die auf Fr. 2'500.-- festzulegenden Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz auferlegt.

7.2.1 Im Rechtsmittelverfahren hat die unterliegende der obsiegenden Partei eine dem Aufwand angemessene Entschädigung auszurichten (§ 74 Abs. 1 VRP), wobei auch der anwaltschaftlich vertretene Bezirk Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (§ 74 Abs. 2 VRP). Allerdings gilt es auch hier die zuvor dargelegte Rechtsverletzung zu beachten (oben Erw. 7.1.2).

7.2.2 Die Parteientschädigung ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens festzusetzen.

7.2.3 Die unterliegende Beschwerdeführerin hat der anwaltschaftlich vertretenen Beigeladenen eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu bezahlen sowie der anwaltschaftlich vertretenen Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf Fr. 2'500.-- festgesetzt und je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz auferlegt.

Die Vorinstanz hat ihr Betreffnis von Fr. 1'250.-- innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids auf das Postkonto IBAN CH10 0900 0000 6002 2238 6 des Verwaltungsgerichts zu überweisen.

Die Beschwerdeführerin hat 3. Januar 2023 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- geleistet, so dass ihr Fr. 1'250.-- aus der Gerichtskasse zurückerstattet werden.

3. Die Beschwerdeführerin hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten und der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt).
4. 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 Rechtschrift einzureichen.

5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Rechtsvertreter der Vorinstanz (2/R; unter Beilage der beschwerdeführerischen Eingabe vom 20.3.2023)
 - den Rechtsvertreter der Beigeladenen (2/R; unter Beilage der beschwerdeführerischen Eingabe vom 20.3.2023)
 - das Baudepartement des Kantons Schwyz (z.K.)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 29. März 2023

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: 4. April 2023