

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2023 78

Entscheid vom 25. August 2023

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Monica Huber-Landolt, Richterin
Irene Thalmann, Richterin
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____ AG

gegen

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

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Arbeitsvergabe BKP 271.0 Innere
Gipserarbeiten; Sanierung und Optimierung Westtrakt Schulhaus
Riedmatt)

Sachverhalt:

A. Am 12. Januar 2023 schrieb der Bezirk Höfe auf der Plattform www.simap.ch im offenen Verfahren den dem Staatsvertragsbereich unterliegenden Bauauftrag "Sanierung Schule Riedmatt West, BKP 271.0 Innere Gipserarbeiten" aus. Innert der Eingabefrist bis 28. Februar 2023 gingen neun Angebote ein, so unter anderem von der A. _____ AG und der C. _____ AG

B. Mit Beschluss vom 25. April 2023 erteilte der Bezirksrat Höfe den Zuschlag der C. _____ AG gemäss Offerte zum Betrag von Fr. 386'900.30 inkl. MwSt vorbehältlich der rechtskräftigen Baubewilligung respektive Baufreigabe (Vi-act. 2/4). Mit Verfügung vom 28. April 2023 informierte der Bezirk Höfe unter anderem die A. _____ AG über die Zuschlagserteilung an die C. _____ AG. Als Begründung angeführt wurde "Vorteilhaftestes Angebot unter Gewichtung der Zuschlagskriterien" (Vi-act. 2/5).

C. Die A. _____ AG lässt am 22. Mai 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz gegen die ihr am 2. Mai 2023 zugestellte Zuschlagsverfügung fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Die Verfügung bzw. der Zuschlag vom 28. April 2023 an die Zuschlagsempfängerin sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Eventualiter sei das Verfahren an die Vergabestelle zur Neu beurteilung zurückzuweisen.

Verfahrensrechtlich:

4. Der Beschwerdeführerin seien die vollständigen Vergabeakten inklusive der Bewertungsmatrix zur Einsichtnahme zuzustellen; dies vorbehältlich der Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin. Der Beschwerdeführerin sei nach Zustellung der Vergabeakten eine angemessene Frist zur Stellungnahme einzuräumen.
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Der Vergabestelle sei superprovisorisch bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu untersagen, den Vertrag abzuschliessen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Vergabestelle sowie eventualiter der Zuschlagsempfängerin.

D. Mit Verfügung vom 23. Mai 2023 erteilte der verfahrensleitende Richter der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Der Vorinstanz wurde Frist zur Vernehmlassung angesetzt; die Zuschlagsempfängerin wurde eingeladen, durch innert Frist einzureichender Vernehmlassung dem Verfahren als Beigeladene beizutreten.

E. Die Vorinstanz lässt mit Vernehmlassung vom 13. Juni 2023 beantragen:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die Zuschlagsempfängerin reichte innert Frist keine Vernehmlassung ein und verzichtete damit auf den Verfahrensbeitritt als Beigeladene.

F. Mit Replik vom 6. Juli 2023 hält die Beschwerdeführerin an den Beschwerdeanträgen unverändert fest, ebenso die Vorinstanz mit Duplik vom 14. Juli 2023 an den Vernehmlassungsanträgen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung der mit Verfügung vom 28. April 2023 eröffneten Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie.

1.2 Vor Erlass eines Entscheides prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. die Zuständigkeit, die Rechtsmittelbefugnis, die Zulässigkeit des Rechtsmittels, die frist- und formgerechte Geltendmachung des Rechtsanspruches sowie die Rechtshängigkeit oder das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der gleichen Sache (vgl. § 27 Abs. 1 lit. a, d, e, f, g Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, trifft das Gericht einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.3 Gegen Verfügungen der Auftraggeber, kann ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert (Lieferungen, Dienstleistungen und Baubengewerbe über Fr. 150'000; Bauhauptgewerbe über Fr. 300'000) Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erhoben werden (Art. 52 Abs. 1 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 15. November 2019 i.V.m. § 2 des KRB über den Beitritt zur IVöB [SRSZ 430.120] vom 16.2.2022), so insbesondere gegen Zuschlagsverfügungen (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB). Die Beschwerden sind schriftlich und begründet innert zwanzig Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Vorbehältlich abweichender Bestimmungen der IVöB richtet sich das Beschwerdeverfahren nach dem VRP (Art. 55 IVöB).

1.4 Die Beschwerdeführerin hat im strittigen Submissionsverfahren ein Angebot eingereicht (Vi-act. 2/8), das auch bewertet wurde (vgl. Vi-act. 3). Den Zu-

schlag hat eine andere Offerentin erhalten. Mithin ist die Beschwerdeführerin vom angefochtenen Vergabebeschluss 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 Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird, wenn der unterlegene Bewerber eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung seines Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. (vgl. VGE III 2023 71 vom 15.5.2023 E. 3.5; VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 E. 1.3.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 E. 5). Dies wurde bejaht, wenn der nicht berücksichtigte Anbieter als Zweitplatzierte vernünftige Chancen auf einen Zuschlag gehabt hätte, ebenso bei jemandem, der nur knapp hinter dem Zweitplatzierten lag, weil nicht ohne weiteres klar war, dass bei Gutheissung der Beschwerde diese Rangfolge Bestand haben würde.

Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxisgemäss nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 E. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 E. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.).

1.5 Zu beachten ist, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar ist. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich jedoch bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln auf, beispielsweise bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart (EGV-SZ 2006 B 11.1 E. 4.1 sowie EGV-SZ 2006 B 11.2 E. 3.2).

Zu erwähnen ist sodann, dass die Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Submissionsverfahren beschränkt ist. Dies geht einmal aus Art. 56 Abs. 4 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle; EGV-SZ 2003 B 1.3). Der Vergabebehörde kommt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu, dies insbesondere in der Phase der Würdigung und des Vergleichs der Angebote (BGE 141 II 353 E. 3; BGE 141 II 14 E. 8.3). Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde grundsätzlich zurückhaltend und nicht frei (BGE 141 II 14 E. 2.3; EGV-SZ 2010 B 11.1 E. 1.3; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 E. 3.2). Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen

der Verwaltung zu beurteilen (vgl. Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 80 N 1). Das Gericht hat sich deshalb bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Bei der Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots setzt es nicht sein eigenes Ermessen anstelle jenes der Vergabebehörde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 1385). Das Gericht kann nur im Falle von Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens seitens der Vergabebehörde einschreiten, was praktisch einer beschränkten Willkürprüfung gleichkommt. Hingegen muss es bei der Prüfung der Verfahrensregeln auf dem Gebiet des Submissionsrechts nicht die gleiche Zurückhaltung an den Tag legen (BGE 141 II 353 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

1.6 Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde beim Vergleich der eingegangenen Offerten im Auswertungsraster und Beschluss der Vorinstanz vom 25. April 2023 (Vi-act. 2/4) geprüft und gewertet. Bei einem Total von 500 möglichen Punkten belegte das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer Gesamtpunktzahl von 405 Punkten Platz 2 hinter dem erstplatzierten Angebot der Zuschlagsempfängerin mit einer Gesamtpunktzahl von 428 Punkten.

Die Beschwerdeführerin rügt (neben einer Verletzung des rechtlichen Gehörs) insbesondere eine falsche Bewertung der Zuschlagskriterien. Sie habe das günstigste Angebot eingereicht und müsse beim Zuschlagskriterium 'Preis' entsprechend mehr Punkte erzielen als die Zuschlagsempfängerin, wobei die Berechnung in der Auswertung durch die Beschwerdeführerin bestritten wird; die Zuschlagsempfängerin müsse weniger Punkte erhalten. Zu Unrecht seien ihr beim Zuschlagskriterium 'Qualität' keine Punkte erteilt worden, null Punkte sei geradezu willkürlich. Das Zuschlagskriterium 'Nachweis zu den Schlüsselpersonen' sei zu Unrecht mit nur 2.5 bewertet worden, sie müsste mindestens fünf zusätzliche Punkte erhalten. Und auch das Zuschlagskriterium Referenzobjekte sei fehlerhaft ausgewertet worden.

1.7 Sollte die Prüfung der Bewertung der Zuschlagskriterien ergeben, dass die Beschwerdeführerin mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin erzielte, so ginge der Zuschlag an die Beschwerdeführerin. Mithin wird ihre Stellung durch den Verfahrensausgang unmittelbar beeinflusst. Da im Übrigen eine Beschaffung mit einem Auftragswert über der Schwelle fürs Einladungsverfahren vorliegt und die Beschwerde vom 22. Mai 2023 frist- und formgerecht beim zuständigen Verwaltungsgericht eingereicht wurde (vgl. oben E. 1.3), ist auf sie einzutreten.

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, auf welches Parteien nach Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch hätten. Gemäss Art. 51 Abs. 2 IVöB seien beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen. Der vorliegend angefochtenen Verfügung fehle es an der hierfür erforderlichen Begründung. Die angegebene Begründung (vgl. Ingress Bst. B) sage nichts darüber aus, weshalb bzw. aus welchen Motiven das Angebot als das Vorteilhafteste aller Angebote qualifiziert worden sei. Der Beschwerdeführerin sei darüber hinaus auch nicht die Möglichkeit der Teilnahme an einem Debriefing eingeräumt oder Akteneinsicht gewährt worden. Aufgrund dieser Verletzung verlangte die Beschwerdeführerin Zustellung der Akten und Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels.

2.2 Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter (Art. 51 Abs. 1 IVöB). Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 51 Abs. 2 IVöB). Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters (lit. a), den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots (lit. b), die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. c) und gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe (lit. d von Art. 51 Abs. 3 IVöB).

Gemäss den allgemeinen Grundsätzen zur Begründungspflicht einer Verfügung muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2; Urteile BGer 9C_101/2011 vom 21.7.2011 E. 6.1; 9C_257/2011 vom 25.8.2011 E. 5.1). Diese Pflicht zur Begründung eines Entscheides bzw. einer Verfügung gründet im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten.

2.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine Verletzung dieses Rechts führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Indes kann nach fester Rechtsprechung eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit er-

hält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen darf. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (u.a. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 127 V 431 E. 3d/aa, mit Hinweisen). Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzu- sehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem - der Anhörung gleichgestellten - Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 mit Verweis auf BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1175 f.).

2.4 Die in der Zuschlagsverfügung wiedergegebene Begründung "Vorteilhaftestes Angebot unter Gewichtung der Zuschlagskriterien" ist in der Tat sehr knapp gehalten. Allerdings ist der Vorinstanz beizupflichten, dass hiermit festgehalten ist, dass die Auswertung der (auch der Beschwerdeführerin bekannten) Zuschlagskriterien entscheidend war. Zudem wusste die Beschwerdeführerin, dass sie das günstigste Angebot eingereicht hat und sie kannte sowohl die Preise der Konkurrenzofferten (Offertöffnung) als auch die Preiskurve (Submissionsunterlage Ziff. 2.2). Mithin konnte sie abschätzen, wieviel besser die Zuschlagsempfängerin in den übrigen Zuschlagskriterien sein musste. Selbst wenn in der Zuschlagsverfügung auch noch die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots angeführt gewesen wären (vgl. Art. 51 Abs. 3 lit. c IVöB), wäre dies für die Beschwerdeführerin wenig informativ gewesen. Den Ausschlag gaben weniger die Merkmale und Vorteile des vorteilhaftesten Angebotes, sondern die Mängel des Angebotes der Beschwerdeführerin. Dies konnte sie erst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels erkennen. Dass sie selber die Vergabestelle um ein Debriefing oder eine weitergehende Begründung vor Ablauf der Beschwerdefrist ersucht hätte, macht sie dagegen nicht geltend. Sie verfügte insgesamt über genügend Informationen, um eine rechtsgenügende Beschwerde einzureichen. Wenn auch die Verfügung äusserst knapp begründet war, so kann vorliegend dennoch nicht von einer Gehörsverletzung gesprochen werden.

3. Die Beschwerdeführerin rügt eine fehlerhafte Auswertung der Zuschlagskriterien.

3.1 In der Submissionsunterlage Ziff. 2.2 wird zu den Zuschlagskriterien ausgeführt (Vi-act. 2/1):

Kriterien	Gewichtung	Note	Total
-----------	------------	------	-------

Preis	60%	0-5	300
Qualität	10%	0-5	50
Organisation	10%	0-5	50
Referenzen	20%	0-5	100
Maximale Punktzahl			500

Bewertung Kriterium Preis

Offerierter Werkpreis netto inkl. MwSt, gemäss durch die Bauherrschaft kontrollierter Angebotsübersicht. Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhält die Note 5. Angebote, die 50% oder mehr vom tiefsten Preis abweichen, erhalten die Note 0. Dazwischen werden die Noten (auf eine Kommastelle gerundet) linear vergeben.

Bei Unterangeboten wird die Plausibilität geprüft. Ein Unterangebot kann zum Ausschluss eines Anbieters führen, wenn zwingend vermutet werden muss, dass die Vertragserfüllung nicht gewährleistet werden kann (Ausschlussgrund nach Art. 30 VIVöB).

Bewertung Kriterium Qualität

Kapitel 1 des Auftragsberichts:

Eigenständiger technischer Bericht der zu erbringenden Leistungen.

Beschrieb der Qualitätssicherung mit allfälligen Zertifikaten.

Das Kriterium wird mit nachstehender Skala in Schritten von 0.5 bewertet:

5	Sehr gute Erfüllung	Qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung
4	Gute Erfüllung	Qualitativ gut
3	Genügende Erfüllung	Durchschnittliche Qualität, den Anforderungen entsprechend
2	Ungenügende Erfüllung	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt
1	Sehr schlechte Erfüllung	Ungenügende, unvollständige Angaben
0	Nicht beurteilbar	Keine Angaben

Bewertung Kriterium Organisation

Kapitel 2 des Auftragsberichts:

Organisationskonzept mit Organigramm mit der für die Vertragserfüllung vorgesehenen Personen und deren Funktion.

Ausbildung des Personals durch Nachweise wie Diplome, Zertifikate, Zulassungen, etc.

Das Kriterium wird mit nachstehender Skala in Schritten von 0.5 bewertet:

5	Sehr gute Erfüllung	Ausgezeichnetes Organisationskonzept, mit sehr gut ausgebildetem Personal, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung
4	Gute Erfüllung	Gutes Organisationskonzept, mit gut ausgebildetem Personal, grosser Beitrag zur Zielerreichung
3	Genügende Erfüllung	Durchschnittliches Organisationskonzept, mit gut ausgebildetem Personal, genügender Beitrag zur Zielerreichung
2	Ungenügende Erfüllung	Mangelhaftes Organisationskonzept, mit mässig ausgebildetem Personal, ungenügender Beitrag zur Zielerreichung

- 1 Sehr schlechte Erfüllung Ungenügendes Organisationskonzept, mit schlecht ausgebildetem Personal, kein Beitrag zur Zielerreichung
- 0 Nicht beurteilbar Keine Angaben

Bewertung Kriterium Referenzen:

Kapitel 3 des Auftragsberichts:

Zwei Referenzobjekte die während dem laufenden Betrieb einer Schule, eines Altersheims, Verwaltungsgebäudes, oder Vergleichbarem in den letzten 5 Jahre abgeschlossen wurde. Projekte vergleichbarer Grösse im gleichen Gewerk, welche eine umfassende Beurteilung der technischen und fachlichen Leistungsfähigkeit zulassen.

Das Kriterium wird mit nachstehender Skala in Schritten von 0.5 bewertet:

- 5 Sehr gute Erfüllung Ausgezeichnete Referenzen, sehr gute Rückmeldungen
- 4 Gute Erfüllung Gute Referenzen, gute Rückmeldungen
- 3 Genügende Erfüllung Durchschnittliche Referenzen, durchschnittliche Rückmeldungen
- 2 Ungenügende Erfüllung Ungenügende Referenzen, schlechte Rückmeldungen
- 1 Sehr schlechte Erfüllung Unvollständige Angaben, ohne ausreichenden Bezug zum Projekt
- 0 Nicht beurteilbar Keine Angaben

Anschliessend werden pro Kriterium die Wertungen mit den Gewichtungen multipliziert. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl erhält den Zuschlag.

3.2 Die Prüfung der Zuschlagskriterien gab die Vorinstanz im Vergabebeschluss wie folgt wieder (Vi-act. 2/4 S. 6; BF = Beschwerdeführerin; ZE = Zuschlagsempfängerin; die weiteren Offertsteller werden hier nicht abgebildet):

Firma	ZK Preis			ZK Qualität		ZK Organisat.		ZK Referenzobj.		Gesamt	
	CHF	Pkt.	gew.	Pkt.	gew.	Pkt.	gew.	Pkt.	gew.	Pkt.	Rang
BF	362'294.45	5.0	300	0	0	2.5	25	4.00	80	405	2
ZE	386'900.30	4.3	258	4.0	40	4.0	40	4.50	90	428	1

Nachfolgend ist auf die einzelnen Zuschlagskriterien bzw. deren Auswertung durch die Vorinstanz sowie die beschwerdeführerische Rüge einer fehlerhaften Auswertung einzugehen.

3.3 Das Zuschlagskriterium Preis wurde mit 60% gewichtet; betreffend Preis-kurve wird auf die Erläuterung unter E. 3.1 verwiesen.

3.3.1 Die Beschwerdeführerin hebt in der Replik hervor, sie habe ein Angebot über Fr. 357'204.45 eingereicht, also Fr. 5'000 tiefer als gemäss Auswertung. In der Auswertung werde von 'Angebot kontrolliert' gesprochen und einer Auswertungstabelle sei zu entnehmen, dass die Position 181.301 um Fr. 5'000 angepasst worden sei. Gemäss Art. 39 IVöB könne die Auftraggeberin mit den Anbietern die Angebote bereinigen; geregelt seien auch die Voraussetzungen und das

Vorgehen, dass etwa die Bereinigung zu protokollieren sei. Dem Protokoll techn. Bereinigungsgespräch könne entnommen werden, dass in Position 181.301 nur Fr. 2'500 anstelle Fr. 5'000 eingesetzt sei und dass dies angepasst worden sei. Dies erkläre indes nicht, weshalb das Angebot letztlich um Fr. 5'000 erhöht worden sei. Zudem sei offensichtlich auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin in derselben Position korrigiert worden, allerdings nur um Fr. 600. Insgesamt sei damit erwiesen, dass das Zuschlagskriterium Preis fehlerhaft ausgewertet worden sei.

3.3.2 Gemäss Duplik war im Leistungsverzeichnis für die Position 181.301 ein Einheitspreis von Fr. 5'000 vorgegeben. Die Beschwerdeführerin habe in dieser Position aber nur Fr. 2'500 eingesetzt, was daher anlässlich des technischen Bereinigungsgesprächs in Absprache mit ihr habe korrigiert werden müssen. Da es sich um zwei Einheiten gehandelt habe, sei der Offertpreis um total Fr. 5'000 korrigiert worden (2x 2'500). Die Zuschlagsempfängerin habe einen Einheitspreis von Fr. 4'700 eingesetzt, weshalb eine Korrektur von Fr. 600 (2x 300) vorgenommen worden sei. Mithin sei die Auswertung korrekt erfolgt.

3.3.3 Die Begründung der Vorinstanz ist nachvollziehbar. Im Leistungsverzeichnis NPK 671 Pos. 181.301 wird eine Kostenschätzung von Fr. 5'000 vorgegeben. Die Position enthält zwei Einheiten à Fr. 5'000. Die Beschwerdeführerin offerierte je Fr. 2'500, was eine Korrektur von total Fr. 5'000 zur Folge hatte (Vi-act. 2/8; Offerte Beschwerdeführerin Leistungsverzeichnis S. 57 von 64). Das Nämliche trifft auch für die Offerte der Zuschlagsempfängerin zu, welche diese Position zu zweimal Fr. 4'700 offerierte, was zu einer Korrektur von total Fr. 600 führte (Vi-act. 2/4). Aus dem Protokoll des technischen Bereinigungsgesprächs (Bf-act. 4) ergibt sich nichts Anderes. Festgehalten wird, dass in dieser Position nur Fr. 2'500 anstelle von Fr. 5'000 eingesetzt seien. Schliesslich entspricht die Ermittlung der Punkte beim Zuschlagskriterium Preis der in den Submissionsunterlagen bekannt gegebenen Preiskurve. Zusammenfassend ist die Auswertung des Preiskriteriums nicht zu beanstanden.

3.4 Beim Zuschlagskriterium Qualität erzielte die Beschwerdeführerin 0 Punkte (die Zuschlagsempfängerin 40 Punkte). Die Vorinstanz hielt hierzu vernehmlassend fest, die Beschwerdeführerin habe keine Unterlagen oder Informationen geliefert, weder einen technischen Bericht noch Zertifikate abgegeben.

3.4.1 Die Beschwerdeführerin entgegnet, die die Offertunterlagen zusammenstellende Mitarbeiterin arbeite nicht mehr für sie; man könne daher die Nichteinreichung der Unterlagen nicht bestätigen; immerhin erscheine es seltsam, dass das Fehlen anlässlich der technischen Bereinigungsgespräche nicht thematisiert

worden sei; die Nachlieferung des beglaubigten Handelsregisterauszuges sei gefordert worden. Dieser habe wie der Auftragsbericht Teil der einzureichenden Angebotsunterlagen gebildet. Warum nur diese eine Unterlage und nicht auch die andern nachgefordert worden sei, sei nicht ersichtlich; die Beschwerdeführerin hätte auch zur Nachreichung dieser weiteren Unterlagen aufgefordert werden müssen. Dass dies unterblieben sei, dürfe ihr nicht zum Nachteil gereichen. Zudem hätten die von ihr angegebenen Referenzpersonen ausgezeichnete Rückmeldungen erhalten, was der Bewertung der Qualität mit 0 Punkten diametral widerspreche und geradezu willkürlich sei.

3.4.2 In der Duplik verweist die Vorinstanz auf den Beschrieb des Zuschlagskriteriums "Qualität", wonach die Beurteilung aufgrund des eigenständigen technischen Berichts der zu erbringenden Leistungen und des Beschriebs der Qualitätssicherung mit allfälligen Zertifikaten erfolge. Die Beschwerdeführerin habe hierzu keine Unterlagen eingereicht. Diese Unterlagen habe die Beschwerdeführerin einreichen müssen, nicht eine Mitarbeiterin. Für den Inhalt des Angebotes sei sie selbst verantwortlich. Das Fehlen der Unterlagen sei durch das in den Akten liegende Angebot bewiesen. Das Angebot sei zwar fristgerecht, aber unvollständig eingereicht worden.

Das technische Bereinigungsgespräch sei vom technischen Fachmann, nicht der Vergabebehörde geführt worden. Er habe sich bei der Submissionsfachstelle des Kantons betreffend Nachforderung von Urkunden erkundigt und zur Auskunft erhalten, ein Handelsregisterauszug könne nachgefordert werden. Dies habe aber keine Bedeutung auf die Frage, ob auch kritische Unterlagen nachgereicht werden könnten. Eine allgemeine Pflicht zur Nachfrage habe nicht bestanden; aus Transparenz- und Gleichbehandlungsgründen hätten kritische Unterlagen weder nachverlangt noch nachgereicht werden dürfen.

Gemäss Bestimmungen zum Vergabeverfahren sei klar gewesen, wie die Bewertung der Qualität durchgeführt werde. Da die Beschwerdeführerin keinen eigenständigen Bericht und keine Zertifikate abgegeben habe, habe keine Bewertung vorgenommen werden können. Dies habe zu 0 Punkten geführt. Die Bewertung sei von 2 Fachpersonen durchgeführt worden; der Durchschnitt der beiden Noten sei der Schlussbewertung zu Grunde gelegt worden.

Käme es aufgrund des Beschwerdeverfahrens zu einer Neubeurteilung der Angebote, müsste jenes der Beschwerdeführerin gemäss Vorinstanz gar ausgeschlossen werden.

3.4.3 In Ziffer 1.6 der Bestimmungen zum Vergabeverfahren werden die einzureichenden Angebotsunterlagen aufgelistet (Vi-act. 1/1). So unter anderem ein

ausgefülltes und unterzeichnetes Selbstdeklarationsformular mit allen darin erwähnten Bestätigungen (Nachweisen) oder Zertifikaten (Ziffer. 1.6.2) sowie einen Auftragsbericht mit den Kapiteln Qualität, Organisation und Referenzobjekten (Ziffer 1.6.8).

Das Angebot der Beschwerdeführerin liegt in den Akten (Vi-act. 2/8). Es trifft zu, dass sich darunter kein Auftragsbericht befindet, der beschreiben würde, wie die zu erbringenden Arbeiten technisch ausgeführt würden und wie die zu erwartende Qualität erreicht würde; es fehlen ein Beschrieb der Qualitätssicherung und ebenso Zertifikate; auch wird kein unternehmerseitiges PQM aufgezeigt oder erläutert.

Bei dem gemäss Submissionsunterlage eingeforderten Bericht handelt es sich um einen für den konkreten Bauauftrag angeforderten Bericht, der nur zum Teil mit standardisierten Informationen angereichert, untermauert werden kann. Mit hin handelt es sich auch nicht um ein Dokument wie etwa einen beglaubigten Handelsregisterauszug, der einfach nachgefordert und nachgereicht werden kann. Würde einem Offerenten ermöglicht, nach Eingabefrist noch einen fehlenden Auftragsbericht nachzureichen, würde dies die Gleichbehandlung der Wettbewerber verletzen. Für die Vergabebehörde bestand daher keine Pflicht, die fehlenden Unterlagen nachzufordern.

Da nun aber die für die Auswertung / Bewertung des Zuschlagskriteriums Qualität notwendigen Unterlagen (Eigenständiger technischer Bericht der zu erbringenden Leistungen, Beschrieb der Qualitätssicherung mit allfälligen Zertifikaten; vgl. oben E. 3.1) dem Angebot nicht beilagen, ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde das Zuschlagskriterium mit 0 Punkten (Keine Angaben; nicht bewertbar; vgl. oben E. 3.1) bewertet hat. Hieran ändern auch die positiven Referenzen zum Personal nichts, da dies für das Kriterium Qualität gemäss den Submissionsunterlagen nicht relevant ist. Wie, bzw. anhand welcher Unterlagen das Zuschlagskriterium bewertet wird, liegt weitgehend im Ermessen der Vergabebehörde. Vorliegend hat diese im Voraus bekanntgegeben, welche Informationen entscheidend sind. Von einer willkürlichen Auswertung kann daher nicht die Rede sein. Es besteht seitens des Gerichts keine Veranlassung, korrigierend einzugreifen.

3.5 Beim Zuschlagskriterium Organisation erzielte die Beschwerdeführerin 2.5 (von 5) ungewichtete Punkte. Entscheidend war das Organisationskonzept mit Organigramm mit den für die Vertragserfüllung vorgesehenen Personen und deren Funktion; Ausbildung des Personals durch Nachweise wie Diplome, Zertifikate, Zulassungen, etc. (vgl. oben E. 3.1). Die Bewertung begründete die Vor-

instanz damit, dass Nachweise zu den Schlüsselpersonen wie Diplome, Zertifikate oder Zulassungen fehlen würden.

3.5.1 Replizierend führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe die für die Arbeiten vorgesehenen Mitarbeiter aufgelistet, deren Fachausbildung genannt und ebenfalls ein Organigramm eingereicht. Dies entspreche den gemäss Bestimmungen zum Vergabeverfahren einzureichenden Angebotsunterlagen. Von der Einreichung von Diplomen, Zertifikaten o.ä. sei nicht die Rede gewesen. Erst bei den Zuschlagskriterien werde dies erwähnt. Diesbezüglich seien die Ausschreibungsunterlagen somit missverständlich gewesen, was dem vergaberechtlichen Transparenzprinzip widerspreche. Die Nichteinreichung dieser Unterlagen dürfe der Beschwerdeführerin daher nicht zum Nachteil gereichen. Und selbst wenn das Fehlen in die Bewertung einflüsse, müsste das Zuschlagskriterium mit 3 Punkten und nicht mit 2.5 bewertet werden.

3.5.2 Die Vorinstanz verweist erneut auf die Ausführungen in den Submissionsunterlagen (vgl. oben E. 3.1). Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Ausbildung des Personals bewertet werde aufgrund von Nachweisen wie Diplomen, Zulassungen etc. Die Beschwerdeführerin behaupte zu Unrecht, die Unterlagen seien unklar gewesen. Vielmehr liege auch hier eine Nachlässigkeit der Beschwerdeführerin vor. Weiter erklärt die Vorinstanz, für das Organisationskonzept habe die Beschwerdeführerin 4.5 von 5 Punkten erhalten, da sie nur ein Standard-Organigramm eingereicht habe. Für die fehlenden Nachweise habe sie 0 Punkte erhalten, was zum Ergebnis von 2.25 Punkten geführt habe.

3.5.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie mit dem Angebot keine Nachweise wie Diplome, Zeugnisse, Zertifikate etc. des einzusetzenden Personals eingereicht hat. Im Angebot der Beschwerdeführerin befinden sich denn auch keine Nachweise. Sodann hält die Beschwerdeführerin selber fest, dass die Nachweise in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren in Ziffer 2.2 aufgeführt waren, indem die Bewertung anhand dieser Nachweise erfolge. Es kann der Beschwerdeführerin nun aber nicht gefolgt werden, dass diesbezüglich eine Unklarheit bestand. Korrekt ist, dass bei den einzureichenden Angebotsunterlagen (Ziff. 1.6.8) im Auftragsbericht nur Angaben zum Personal gefordert wurden, aber keine Nachweise aufgeführt waren (einen eigentlichen Auftragsbericht hat die Beschwerdeführerin nicht eingereicht). Dass im Rahmen der Bewertung ausdrücklich Nachweise hierfür gefordert wurden, stellt weder eine Unklarheit noch einen Widerspruch dar. Vielmehr ist es nachvollziehbar, dass die Vergabebehörde für die Bewertung der Organisation Nachweise verlangt. Den Anbietenden musste klar sein, dass dies nur so verstanden werden kann, dass die blossen Ausbil-

dungsangabe allein nicht genügen kann. Nachdem die Beschwerdeführerin keine Nachweise eingereicht hat, ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der fehlenden Beurteilbarkeit 0 Punkte gab (vgl. oben E. 3.1). Wenn die Vergabebehörde für die erste zu bewertende Position (Organisationskonzept mit Organigramm) nur 4.5 von 5 Punkten gab, da es sich beim eingereichten Organigramm um ein Standardorganigramm handelte, ist ebenso wenig zu beanstanden wie die Gesamtbeurteilung von 2.5 Punkten $([4.5 + 0] / 2 = 2.25, \text{ aufgerundet } 2.5)$.

3.6 Für das Zuschlagskriterium Referenzen erzielte die Beschwerdeführerin 4 von 5 Punkten. Gemäss Bestimmungen zum Vergabeverfahren erfolgte die Bewertung anhand zweier Referenzobjekte, die während dem laufenden Betrieb einer Schule, eines Altersheims, Verwaltungsgebäudes, oder Vergleichbarem in den letzten 5 Jahre abgeschlossenen wurden. Projekte vergleichbarer Grösse im gleichen Gewerk, welche eine umfassende Beurteilung der technischen und fachlichen Leistungsfähigkeit zulassen (vgl. oben E. 3.1).

3.6.1 Den Punkteabzug begründete die Vergabebehörde damit, dass Gegenstand des Referenzobjektes 1 ein Neubau sei, also keine Arbeiten in einem bestehenden Bau bei laufendem Betrieb zu erledigen waren, und auch die Arbeiten bei Referenzobjekt 2 in einem leeren Gebäude erfolgt seien.

3.6.2 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, sich sicher zu sein, zu beiden Referenzobjekten sehr gute Rückmeldungen erhalten zu haben, weshalb ihrem Angebot mindestens die Note 4.5 und damit 10 zusätzliche Punkte zu erteilen seien.

3.6.3 Die vorliegend ausgeschriebenen Bauarbeiten sind in einem Schulhaus und dies vorwiegend während des laufenden Schulbetriebes zu erbringen (vgl. Allgemeine Bedingungen der Hochbaumanagement RS2 AG für Bauarbeiten Art 8 Ziff. 8.13). Es ist daher zum einen nachvollziehbar, wenn die Vergabebehörde zwei Referenzobjekte verlangt hat zu Arbeiten während laufendem Betrieb. Zum andern ist es nicht zu beanstanden, wenn es beim Zuschlagskriterium Referenzen einen Abzug gab für Referenzobjekte, welche sich nicht auf Arbeiten während laufendem Betrieb bezogen. Gemäss Bestimmungen zum Vergabeverfahren waren fünf Punkte vorgesehen für ausgezeichnete Referenzen, sehr gute Rückmeldungen, und vier Punkte für gute Erfüllung, gute Referenzen, gute Rückmeldungen. Es liegt im Rahmen des Ermessens der Vergabebehörde, einen Punkt abzuziehen, wenn die Rückmeldungen selbst gut sind, sich aber auf Bauprojekte mit nicht laufendem Betrieb beziehen. Es besteht für das Gericht keine Veranlassung, die Bewertung zu korrigieren.

3.7 Damit aber erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe ihr Angebot falsch ausgewertet, sie hätte bei korrekter Auswertung mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin erzielt, als unbegründet.

4. Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin. Der Auswertungstabelle könne unter "Formelle Prüfung" entnommen werden, dass die Zuschlagsempfängerin entgegen den Vorgaben in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren ihr Angebot nicht zweifach (einmal in Papier, einmal digital) eingereicht habe. Dies stelle einen Formfehler dar; ein solches, formfehlerhaft eingereichtes Angebot sei daher grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Auch dieses Vorbringen erweist sich als unbegründet. Vielmehr ist der Vergabebehörde beizupflichten, wenn sie ausführt, das in Papierform eingereichte Angebot, sei nicht geändert worden, die fehlende digitale Kopie stelle einen unbedeutenden Mangel dar, so dass der Ausschluss im Ermessen der Behörde gelegen habe (vgl. betreffend Kategorien von Mängeln EGV-SZ 2019 B.11.2 E. 5.2.2). Wegen der fehlenden digitalen Kopie des Angebotes fehlten der Vergabebehörde keinerlei Informationen, um das Angebot bewerten zu können. Ein Ausschluss wäre überspitzt formalistisch gewesen.

5. Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6.1 Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf Fr. 2'500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt (§ 72 VRP).

6.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die anwaltschaftlich vertretene Vergabebehörde Anspruch auf eine Parteientschädigung (§ 74 Abs 2 VRP). 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 auf insgesamt Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten von Fr. 2'500.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie hat am 30. Mai 2023 einen Kostenvorschuss in dieser Höhe geleistet, womit die Rechnung ausgeglichen ist.
3. Die Beschwerdeführerin hat der anwaltschaftlich vertretenen Vergabebehörde eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu entrichten.
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)
 - den Rechtsvertreter der Vergabebehörde (2/R)
 - das Baudepartement des Kantons Schwyz (EB)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. August 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: 25. August 2023