



AN DER AA 6, POSTFACH, 6301 ZUG
PAKETADRESSE: AN DER AA 6, 6300 ZUG
TEL. 041 / 728 52 70

In Sachen

A. _____ AG

vertreten durch RA B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Gemeinderat Unterägeri

vertreten durch RA C. _____
Beschwerdegegner

betreffend

Submission (Provisorium Kindergarten Euw, BKP 218 Raummodulbau / Ausschluss vom
Verfahren)
(aufschiebende Wirkung)

[Das Verfahren wurde im Anschluss an diesen Entscheid abgeschrieben.]

wird nach Einsicht in

- den angefochtenen Entscheid vom 11. Januar 2021
- die Beschwerdeschrift vom 22. Januar 2021
- die Verfügung des Kammervorsitzenden vom 25. Januar 2021 betreffend die vorläufige und vorsorgliche Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde
- die Vernehmlassung des Gemeinderats Unterägeri vom 5. Februar 2021

und in Erwägung, dass

- die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB; BGS 721.52), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann;
- die Erteilung der aufschiebenden Wirkung voraussetzt, dass die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB);
- aufgrund einer Prima-facie-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem

Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht;

- das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen werden kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2);
- die Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren stellt:

"1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 11. Januar 2021 betreffend Provisorium Kindergarten Euw Unterägeri, BKP 218 Raummodulbau (Zuschlagserteilung an die D. _____ AG), sei aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen;

2. Eventualiter (zu Ziff. 1) sei die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 11. Januar 2021 betreffend Provisorium Kindergarten Euw Unterägeri, BKP 218 Raummodulbau, aufzuheben und zur Neuurteilung oder Neudurchführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen des Verwaltungsgerichts an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3. Subeventualiter (zu Ziff. 1 und 2) sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 11. Januar 2021 betreffend Provisorium Kindergarten Euw Unterägeri, BKP 218 Raummodulbau, festzustellen und die Vorinstanz zu verurteilen, der Beschwerdeführerin Schadenersatz in angemessener Höhe, mindestens aber CHF 7'940.00 zu bezahlen;

4. Verfahrensanhörung 1: Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vorinstanz als Vergabestelle superprovisorisch und ohne vorgängige Anhörung für die Dauer des Verfahrens zu untersagen, einen Vertrag betreffend "BKP 218 Raummodulbau" für das Provisorium Kindergarten Euw Unterägeri abzuschliessen;

5. Verfahrensanhörung 2: Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten des Submissionsverfahrens vor der Vorinstanz zu gewähren, soweit nicht Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse von Mitbewerbern betroffen sind, und es sei ihr eine angemessene Frist, mindestens aber 10 Tage, seit Gewährung der Einsicht für eine allfällige ergänzende Stellungnahme anzusetzen;

6. Verfahrensanhörung 3: Es sei allfälligen weiteren Verfahrensbeteiligten (mit Ausnahme der Vorinstanz), insbesondere Mitbewerbern der Beschwerdeführerin, keine Akteneinsicht in Unterlagen zu gewähren, die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Beschwerdeführerin beinhalten. Insbesondere sei vom von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebot (kläg. act. 3/4) und der eingereichten Präzisierung (kläg. act. 6/7) allfälligen weiteren Verfahrensbeteiligten nur der Eingabepreis ohne Detailkalkulation bekannt zu geben;

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz."

- die Beschwerdeführerin zur Begründung der Beschwerde zusammengefasst geltend macht, sie sei bei der Pos. 5.10 (Grundangebot) der Ausschreibungsunterlagen von einer Mietanfrage ausgegangen; sie habe das in ihrem eingereichten Angebot spezifiziert und deutlich festgehalten, dass sich ihr Angebot auf eine Mietdauer von 24 Monaten bezogen habe; aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nicht, ob für das Grundangebot eine Kauf- oder Mietlösung verlangt worden sei; zudem habe sie auch für die beiden Varianten (Pos. 5.70, Miete mit Kaufoption und Pos. 5.80, Kauf Occasionsraummodule) entsprechende Angebote eingereicht; aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nicht, dass für die gewählte Variante Pos. 5.70 nur neue Raummodule zulässig sein sollten; das Gleiche gelte für das Grundangebot (Pos. 5.10); mit ihrer Rückfrage per E-Mail vom 19. November 2020 an alle Offerenten betreffend die zum Zug gekommene Variante 5.70 habe die Vorinstanz bestätigt, dass sowohl neue als auch gebrauchte Raummodule offeriert werden könnten; die Vorinstanz sei nicht befugt, das Angebot der Beschwerdeführerin mit dem Argument, es seien für die Pos. 5.70 nur neue Raummodule zulässig, nicht zu berücksichtigen;
- der Gemeinderat Unterägeri beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen; es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin;
- der Gemeinderat vorbringt, die Beschwerdeführerin sei zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden; sie habe kein Grundangebot für den Kauf neuer Raummodule (Pos. 5.10 der Ausschreibungsunterlagen) eingereicht und dieses stattdessen handschriftlich abgeändert mit dem Zusatz "Miete 24 Monate"; es sei ausserdem unklar, inwiefern sich dieses Angebot von jenem in Pos. 5.70 (gefragt sei hier im Sinne einer Variante eine Offerte für eine Mietdauer von 24 Monaten) unterscheide; für die vom Gemeinderat letztlich gewählte Variante (Pos. 5.70) habe die Beschwerdeführerin keine Kalkulation eingereicht, weshalb sich dieser Betrag nicht nachvollziehen lasse; die massive Preisdifferenz zum in Pos. 5.10 offerierten Betrag von rund 50 %, welcher ebenfalls eine Offerte für eine Miete von 24 Monaten darstellen solle, sei nicht erklärbar; die Beschwerdeführerin habe als einzige [von fünf Anbieterinnen] kein Grundangebot für den Kauf neuer Raummodule eingereicht und habe als einzige Anbieterin Occasion-Raummodule zur Miete angeboten; das Angebot der Beschwerdeführerin leide an erheblichen formellen Mängeln, welche die Vergleichbarkeit mit den Angeboten der übrigen Anbieter verunmöglichten und die Nachvollziehbarkeit des Angebots nicht erlaubten; entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei es klar gewesen, dass bei Pos. 5.10 der Kauf neuer Raummodule zu offerieren gewesen sei; auch bei Betrachtung der Pos. 5.70 werde klar, dass es sich bei Pos. 5.10 nicht um eine Anfrage für Miete handeln könne, ansonsten es sich bei der Pos. 5.70 nicht um eine Variante des Grundangebots handeln würde; die Pos. 5.10 sei klar; es werde in Abrede gestellt, der Gemeinderat habe mit der E-Mail vom 19. November 2020 suggeriert, dass auch Occasion-Raummodule bei der Variante 5.70 angeboten werden könnten; nur in der optionalen Pos. 5.80 seien Occasion-Container gefragt

gewesen; der Gemeinderat habe den Leistungsgegenstand klar definiert; durch die Änderung der Ausschreibungsunterlagen und die Nichtabgabe eines Grundangebots verstosse die Beschwerdeführerin gegen vom Gemeinderat festgelegte und mit der Einreichung des Hauptangebots von der Beschwerdeführerin akzeptierte Ausschreibungsbedingungen; es handle sich um eine wesentliche Abänderung, da das Hauptangebot gänzlich abgeändert worden sei und ein anderes, mit den Offerten der übrigen Anbieter nicht vergleichbares Angebot abgegeben worden sei;

- gemäss § 26 lit. i Submissionsverordnung (SubV; BGS 721.53) eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen wird, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhalten der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme am selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen;
- es unbestritten ist, dass es sich bei Pos. 5.10 der Ausschreibungsunterlagen um das von der Vergabestelle verlangte Grundangebot handelt;
- in der Pos. 5.10 weder die Möglichkeit der Miete noch eine vorgesehene Mietdauer erwähnt ist, weshalb wohl davon auszugehen ist, dass beim Grundangebot ausschliesslich Kauf möglich war;
- erst in der Pos. 5.70 die Möglichkeit der Miete erscheint, nämlich als Variante zum Kauf gemäss Pos. 5.10;
- weder in Pos. 5.10 noch in Pos. 5.70 erwähnt ist, dass auch Occasion-Raummodule angeboten werden könnten;
- wohl davon auszugehen ist, dass die Vergabestelle mit ihrer E-Mail-Nachfrage an alle Anbieter vom 19. November 2020 zu Pos. 5.70 und der Möglichkeit, darin die Felder "Raumzellen neu" und "Raumzellen gebraucht" anzukreuzen, lediglich sicherstellen wollte, dass es sich bei den einzelnen Angeboten zu Pos. 5.70 tatsächlich um neue, nicht um gebrauchte Module handelt und es den Anbietern nicht frei stand, entweder gebrauchte oder neue Raummodule zu offerieren; im Übrigen war die Beschwerdeführerin die einzige Anbieterin, welche die unter Pos. 5.70 angebotenen Raumzellen als gebraucht bezeichnete;
- erst in der Option 5.80 als weitere Variante erstmals Occasion-Module ausdrücklich gefragt wurden, was bekräftigt, dass in den Pos. 5.10 und 5.70 nur neue Module in Frage kamen;
- die Eingaben der Beschwerdeführerin zu den einzelnen Positionen im Verlaufe des Verfahrens zum Teil unterschiedliche Beträge ohne Hinterlegung einer Kalkulation enthalten, welche zum einen kaum nachvollziehbar sind und zum anderen betreffend Vergleichbarkeit mit den übrigen Angeboten fraglich sind;
- deshalb wohl festgestellt werden muss, dass die Beschwerdeführerin das von der Vergabestelle verlangte Grundangebot nicht eingereicht, sondern dieses

unzulässigerweise abgeändert hat und es der Offerte im Übrigen an der erforderlichen Nachvollziehbarkeit und Vergleichbarkeit mangelt;

- daher die Offerte der Beschwerdeführerin die Vorgaben der Vergabestelle kaum einhält und somit wohl nicht ausschreibungskonform ist;
- eine Prima-facie-Beurteilung der Beschwerde daher ergibt, dass diese nicht als ausreichend begründet erscheint, der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren vermutlich gerechtfertigt war und somit der Antrag auf Aufhebung des Entscheids der Vergabestelle wohl eher nicht gutgeheissen werden kann, was zur Aufhebung der vorläufig und vorsorglich erteilten aufschiebenden Wirkung und zur Feststellung führt, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werden kann;
- die Beschwerdeführerin verlangt, es sei ihr Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten des Submissionsverfahrens vor der Vergabestelle zu gewähren;
- es sich vorliegend darum handelt zu beurteilen, ob der Ausschluss vom Verfahren zu Recht erfolgte;
- die Vergabestelle wegen des von ihr vorgenommenen Ausschlusses der Beschwerdeführerin vom Verfahren deren Angebot gar nicht berücksichtigt bzw. bewertet hat, weshalb diesbezüglich keine Akten vorliegen, die herausgegeben werden könnten;
- die Offerten der Mitbewerber bzw. die Bewertung dieser Offerten sowie das Offertöffnungsprotokoll zur Beantwortung der Frage, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren zu Recht erfolgte oder nicht, nichts beitragen;
- es sich bei den übrigen dem Gericht vorliegenden Akten um Dokumente handelt, in deren Besitz die Beschwerdeführerin bereits ist, weil sie von der Beschwerdeführerin selbst erstellt wurden oder es sich um Dokumente handelt, deren Empfängerin während des Vergabeverfahrens die Beschwerdeführerin war;
- der Beschwerdeführerin zur Vervollständigung ihrer Akten einzig der Beschluss des Gemeinderats Unterägeri vom 6. Januar 2021 betreffend Arbeitsvergabe für BKP 218 Raummodulbau im Zusammenhang mit dem Kindergarten Euw Schulanlage Acher (Bg-Beil. 10) zuzustellen ist;
- der Antrag der Beschwerdeführerin um Einsicht in die vollständigen Akten des Submissionsverfahrens somit mit Ausnahme des erwähnten Beschlusses des Gemeinderats Unterägeri vom 6. Januar 2021 abzuweisen ist;
- das Gericht gestützt auf § 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) von der Partei, die ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann; wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist geleistet, so kann das Verfahren abgeschrieben werden;

- gegen diese Verfügung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden kann, sofern sich nach der Meinung der Beschwerdeführerin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; beim Bundesgericht kann ebenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit der Verfügung würden verfassungsmässige Rechte verletzt;

Folgendes verfügt:

1. Die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird aufgehoben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beschwerdeführerin um Einsicht in die vollständigen Akten des Submissionsverfahrens wird mit Ausnahme des Beschlusses des Gemeinderats Unterägeri vom 6. Januar 2021 betreffend Arbeitsvergabe für BKP 218 Raummodulbau im Zusammenhang mit dem Kindergarten Euw Schulanlage Acher abgewiesen.
4. Die Beschwerdeführerin hat dem Gericht bis zum **18. März 2021** einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu leisten, ansonsten das Verfahren vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abgeschrieben wird.
5. Die Beschwerdeführerin erhält Gelegenheit, dem Gericht bis zum **18. März 2021** eine Replik (im Doppel) einzureichen.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden.
7. Mitteilung an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (im Doppel, unter Beilage der Vernehmlassung des Gemeinderats Unterägeri vom 5. Februar 2021 und des Beschlusses des Gemeinderats Unterägeri vom 6. Januar 2021 betreffend Arbeitsvergabe für BKP 218 Raummodulbau im Zusammenhang mit dem Kindergarten Euw Schulanlage Acher), an den Rechtsvertreter des Gemeinderats Unterägeri (im Doppel), an die Finanzverwaltung des Kantons Zug (im Dispositiv) sowie an die Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.

Zug, 15. Februar 2021
kop

Der Vorsitzende

V 2021 8

Dr. Aldo Elsener

Hinweise

Der Vergabeentscheid enthält in der Regel nur eine summarische, oft auf formelle Angaben beschränkte Begründung. Eine eigentliche Begründung erhalten die Beschwerdeführenden regelmässig erst mit der Vernehmlassung der Vergabestelle. Wird aufgrund dieser Begründung die Beschwerde zurückgezogen, wird das Verfahren in der Regel unter ermässigten Kostenfolgen für den/die Beschwerdeführer/in abgeschlossen. Hat das Gericht über die Beschwerde zu entscheiden, werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt.

Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung gegen den Zuschlag hängig, so darf die Vergabestelle den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin oder dem berücksichtigten Anbieter abschliessen. Der Vertragsschluss ist von der Vergabestelle umgehend dem Gericht mitzuteilen. Ist der Vertrag abgeschlossen, kann das Gericht nur noch die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen, wenn sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ermöglicht dem/der Beschwerdeführer/in die Geltendmachung von Schadenersatzbegehren.