



**Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 20. Juli 2022 (810 22 54)

Submission

**Einladungsverfahren / Unterschreitung der Mindestzahl von Einladungen / Pflicht zur
produktneutralen Leistungsbeschreibung / Verhandlungsverbot**

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus
Ruckstuhl, Hans Furer, Daniel Häring, Daniel Ivanov, Gerichtsschreiber
Stefan Suter

Beteiligte **A._____ AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Pasquino Bevilacqua,
Fürsprecher

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Vorinstanz

C._____ GmbH, Beigeladene

Betreff Submission Lüftungsanlagen Aufbahrungshalle D._____
(Entscheidung der Einwohnergemeinde B._____ vom 25. Februar 2022)

A. Die Einwohnergemeinde B._____ unterzieht die Aufbahrungshalle auf der kommunalen Friedhofsanlage D._____ einer Gesamtanierung. Im Rahmen dieses Projekts sollen auch die haustechnischen Anlagen der Aufbahrungshalle erneuert werden. Zum Projektumfang gehört

unter anderem der Ersatz der Lüftungsanlagen in der Aufbahnhalle und in den Toilettenräumlichkeiten. Das von der Gemeinde beauftragte Bauleitungsunternehmen lud die A.____ AG mit E-Mail vom 23. November 2021 ein, zur entsprechenden Submission "BKP 244 Lüftungsanlagen" ein Angebot einzureichen. Einziges Zuschlagskriterium war der Nettopreis.

B. Die A.____ AG reichte am 6. Dezember 2021 ihr Angebot ein, in welchem sie die nachgesuchten Leistungen zum Nettopreis von Fr. 74'555.-- offerierte. Mit Absageschreiben vom 25. Februar 2022 teilte ihr die Einwohnergemeinde B.____ mit, dass sie nach Prüfung aller Eigenschafts- und Zuschlagskriterien von den zwei eingegangenen Angeboten demjenigen der C.____ GmbH zum Nettopreis von Fr. 93'267.40 den Zuschlag erteilt habe.

C. Mit Eingabe vom 11. März 2021 (richtig: 2022) hat die A.____ AG, vertreten durch Pasquino Bevilacqua, Fürsprecher, beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde erhoben mit dem Rechtsbegehren, die Verfügung der Einwohnergemeinde B.____ vom 25. Februar 2022 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Angelegenheit sei zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen der angerufenen Rechtsmittelinstanz an die Gemeinde zurückzuweisen. Eventuell sei die Verfügung vom 25. Februar 2022 aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei der Zuschlag für die Ausführung der Lüftungsanlage gemäss ihrem Angebot vom 6. Dezember 2021 zu erteilen, wofür die Angelegenheit zwecks Abschluss des entsprechenden Werkvertrags an die Gemeinde zurückzuweisen sei. Subeventuell sei gerichtlich festzustellen, dass der Zuschlagsentscheid der Einwohnergemeinde B.____ gemäss deren Verfügung vom 25. Februar 2022 rechtswidrig sei. Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit einhergehend Willkür bei der Zuschlagserteilung.

D. In der Vernehmlassung vom 4. April 2022 beantragt die Einwohnergemeinde B.____ die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Sie führt zusammengefasst aus, der vorliegend infrage stehende Zuschlag sei in einem rechtmässig durchgeführten Verfahren korrekt erfolgt. Die beiden Angebote seien von ihrem Fachplaner kontrolliert und geprüft worden. Im Rahmen der Prüfung sei festgestellt worden, dass die Beschwerdeführerin einen anderen Monoblock als das in den Einladungsunterlagen vorgesehene Fabrikat offeriert habe und dies den Preisunterschied der Angebote erklären könne (im sog. "Monoblock" werden in Lüftungs- bzw. Klimaanlage die verschiedenen Komponenten der Luftaufbereitung wie Filter, Wärmerückgewinnung, Ventilator, Lufterhitzer etc. in einer zentralen Baueinheit zusammengefasst). Aufgrund der Rückmeldung des Fachplaners sei der Beschwerdeführerin angeboten worden, dass sie ein "korrigiertes Angebot" mit einem Produkt, welches der in der Ausschreibung verlangten Qualität entspreche, einreichen könne. Aus Gründen der Gleichbehandlung sei die Firma C.____ GmbH ebenfalls eingeladen worden, einen anderen Monoblock zu offerieren. Die Beschwerdeführerin habe in der Folge Unterlagen zu dem von ihr offerierten Monoblock, nicht aber eine neue Offerte eingereicht. Im Rahmen des Offertvergleichs habe der Fachplaner festgehalten, dass der von der Beschwerdeführerin offerierte Monoblocktyp weder der Bauleitung noch dem Planungsbüro noch weiteren angefragten Fachpersonen geläufig sei und er darum die Qualität nicht bestätigen könne. Von Seiten des Planungsbüros sei empfohlen worden, das Angebot der Beschwerdeführerin nicht zu berücksichtigen. Ausserdem habe die Beschwer-

deführerin das Formular mit den Bedingungen der Gemeinde nicht ausgefüllt und visiert, weshalb die Offerte unvollständig sei und entsprechend hätte ausgeschlossen werden müssen. Im Übrigen seien der Beschwerdeführerin die Gründe für die Absage aufgrund der vorgängigen Nachfrage durch den Fachplaner sowie der Aufforderung, ein korrigiertes Angebot einzureichen, hinlänglich bekannt gewesen.

E. Die zum Verfahren beigelegene C.____ GmbH hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 lit. f BeG sowie § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 kann gegen eine Zuschlagsverfügung innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit das Beschaffungsgesetz nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der Verwaltungsprozessordnung (§ 30 Abs. 5 BeG). Die Beschwerdeführerin hat im Einladungsverfahren eine Offerte eingereicht und aufgrund der intakten Prozessaussichten eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder zumindest eine Wiederholung des ganzen Verfahrens zu erreichen. Sie ist damit nach § 47 Abs. 1 lit. a VPO zur Beschwerde befugt (vgl. zur vergaberechtlichen Beschwerdelegitimation das Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 15. Januar 2020 [810 19 155] E. 1.3; BGE 141 II 307 E. 6.6). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

2. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 16 Abs. 1 lit. a und b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. März 2001; § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO). Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 45 Abs. 1 lit. c VPO).

3. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs in den Teilgehalten der Begründungspflicht und des Akteneinsichtsrechts. Aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs ist diese Rüge vorab zu behandeln.

3.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vorgebrachte Begründung nichts anderes als eine eigentliche Nicht-Begründung. Mit dieser Vorgehensweise sei die Beschwerdeführerin völlig im Unklaren darüber gelassen worden, welche Gründe die Vorinstanz dazu veranlasst hätten, den Zuschlag an ihre Mitkonkurrentin zu vergeben, obschon deren Angebot doch nach der Aktenlage massiv teurer gewesen sei als dasjenige der Beschwerdeführerin. Zusätzlich sei ein nach Ergehen des Zuschlagsentscheids gestelltes Akteneinsichtsgesuch unbeantwortet geblieben.

3.2 Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 verankerte Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gewährleistet dem Einzelnen allgemein eine effektive Mitwirkung im Verfahren zum Erlass von Entscheidungen, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Rz. 42 ff. zu Art. 29 BV). Zu den Teilgehalten des rechtlichen Gehörs zählt das Recht auf einen begründeten Entscheid. Hinsichtlich Umfang und Inhalt der Begründung bestehen keine allgemeingültigen Regeln. Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die Begründungsdichte ist dabei insbesondere abhängig von der Entscheidungsfreiheit der Behörde, der Eingriffsintensität des Entscheids sowie der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen (vgl. KGE VV vom 7. Juni 2017 [810 16 294] E. 2.2; BGE 129 I 232 E. 3.3; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 400 ff.).

3.3 Zuschläge werden mit summarischer Begründung eröffnet (§ 27 Abs. 1 BeG). Die Beteiligten können innerhalb von 5 Tagen einen erweiterten Entscheid verlangen, in dem die Vergabestelle ihre Entscheidung begründet (§ 27 Abs. 2 BeG). Die Eröffnung des erweiterten Entscheids löst eine neue Rechtsmittelfrist aus (vgl. KGE VV vom 29. April 2020 [810 19 25] E. 1.1). Die Beschwerdeführerin hat vorliegend von der Vergabestelle keinen begründeten Entscheid verlangt, weshalb ihrer Gehörsrüge der Boden entzogen ist. Gleichzeitig ist aber auch festzuhalten, dass die Anforderungen an die Begründungsdichte in der vorliegenden, zugestandenermassen speziellen Konstellation von der Vorinstanz eingehalten worden sind: Ist der Angebotspreis das einzige Zuschlagskriterium, genügt für die Begründung der Zuschlagsverfügung - mangels Entscheidungsfreiheit der Behörde (vgl. hierzu auch nachfolgend E. 4.2) - die Angabe des Zuschlagsempfängers und des Preises. Ob die Begründung rechtlich trägt, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Begründetheit.

3.4 Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des vom Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV ebenfalls umfassten Rechts auf Akteneinsicht (vgl. BGE 144 II 427 E. 3.1.1; BGE 132 II 485 E. 3.1) durch die Vergabestelle moniert, scheidet die Gehörsrüge bereits daran, dass die Beschwerdeführerin die Akteneinsicht erst nach dem Zuschlag und damit nach dem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens verlangte. Das Verhalten der Vergabestelle nach dem Ergehen ihres Entscheids und damit nach dem instanzmässigen Verfahrensabschluss kann denklogisch keine Verletzung von Verfahrensgrundrechten bewirken. Ohnehin ist während des erstinstanzlichen Vergabeverfahrens von einer uneingeschränkten und umfassenden Geltung des Gebots der Vertraulichkeit auszugehen, so dass eine Akteneinsicht zu diesem Verfahrenszeitpunkt gesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 11 lit. g IVöB; § 9 lit. f BeG; PETER GALLI/ ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1191). Die Akteneinsicht ist bei Submissionen vielmehr im Rechtsmittelverfahren zu beantragen, was die Beschwerdeführerin allerdings vorliegend unterlassen hat.

3.5 Die Beschwerde erweist sich somit hinsichtlich der formellen Gehörsrügen als unbegründet.

4. In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin Willkür bei der Offertbewertung, denn der Zuschlag sei an die Beigeladene erteilt worden, obwohl diese das teurere Angebot eingereicht habe.

4.1 Nach ständiger Praxis des Kantonsgerichts steht den Vergabebehörden insbesondere in der Phase der Würdigung und des Vergleichs der Angebote im Rahmen der Offertbewertung ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Gericht aufgrund seiner auf Sachverhalts- und Rechtsfragen beschränkten Kognition nicht eingreifen darf. Es kann nicht Sache des Kantonsgerichts als Beschwerdeinstanz sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Bewertung vorzunehmen (vgl. KGE VV vom 29. April 2020 [810 19 25] E. 3; KGE VV vom 28. Juni 2017 [810 17 15] E. 5.2; BLKGE 2006 Nr. 45 E. 5e). Die Bewertung muss indes gestützt auf die publizierten Zuschlags- und Unterkriterien in sachlich haltbarer, nachvollziehbarer und rechtsgleicher Weise erfolgen. Hält sich die Vergabebehörde an diese Vorgaben, hat das Kantonsgericht nicht näher zu untersuchen, ob die Angebotsbewertung zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Ein Einschreiten ist nur angezeigt, falls die Vergabebehörde den ihr zugestandenen Spielraum überschritten hat. Eine gerichtliche Korrektur der Offertbewertung kommt folglich nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern als qualifiziert falsch und damit rechtsfehlerhaft erweist (vgl. KGE VV vom 14. November 2018 [810 18 87] E. 4.4; BLKGE 2005 Nr. 34 E. 5d; Urteil des BGer 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 859).

4.2 Ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium, reduziert sich der Ermessensspielraum der Vergabestelle auf null. Von den zur Bewertung zugelassenen Angeboten muss der Zuschlag zwingend demjenigen mit dem tiefsten Preis erteilt werden. Indem die Vorinstanz vorliegend den Zuschlag dem höherpreisigen von zwei Angeboten erteilte, hat sie das Zuschlagskriterium qualifiziert falsch angewendet und ist sie in Willkür verfallen.

4.3.1 Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Selbstverständlich kann es für die Bewertung keine Rolle spielen, ob der Fachplaner der Gemeinde das von der Beschwerdeführerin offerierte Fabrikat kennt. Nachdem die Vergabestelle darauf verzichtet hat, in der Einladung Qualitätskriterien als Zuschlagskriterien zu definieren, können diffuse Zweifel an der Qualität des Produkts schon von vornherein keinen Einfluss auf die Bewertung haben. Dass der angebotene Monoblock bestimmte technische Spezifikationen nicht erfüllen würde, wird im Übrigen nicht behauptet.

4.3.2 Die Vorinstanz wendet weiter ein, die Offerte der Beschwerdeführerin sei unvollständig und hätte entsprechend ausgeschlossen werden müssen, weil das Formular mit den Bedingungen der Gemeinde B._____ nicht ausgefüllt und visiert worden sei. Gemeint ist dabei die in den Einladungsunterlagen enthaltene "Verpflichtungserklärung des Bewerbers", mit welcher die Anbieter im Wesentlichen unterschrittlich erklären sollen, dass sie den Auftragsumfang verstanden haben und über die zeitlichen Ressourcen zur termingerechten Auftragserfüllung verfügen, dass die Angaben in der Offerte korrekt sind und dass das Angebot alle ausgeschriebenen Leistungen umfasst. Der Vergabestelle wird mit der Unterschrift weiter das Recht eingeräumt, nach dem Zuschlag Belege einzufordern und den Zuschlag widrigenfalls zu widerrufen. Abge-

sehen vom zweifelhaften Sinn der verlangten Erklärung - mit der Unterschrift am Ende der Offerte erklären die Anbieter die genannten Punkte sowieso rechtsverbindlich - und der juristisch fragwürdigen Vorgehensweise - die Belege sind gegebenenfalls vor dem Zuschlag einzufordern und zu kontrollieren, die Anbieter können rechtlich gar kein "Zuschlagswiderrufsrecht" einräumen - ist es der Vorinstanz im vorliegenden Fall nach Treu und Glauben verwehrt, sich nachträglich auf die (tatsächlich) fehlende Unterschrift auf diesem zusammen mit der (gültig unterzeichneten) Offerte eingereichten Formular zu berufen. Mögliche Ausschlussgründe sind zu prüfen, bevor die Offerte bewertet wird. Die Vorinstanz hat das Angebot der Beschwerdeführerin geprüft, für vollständig befunden und in die Bewertung aufgenommen. Im Offertvergleich vom 2. Februar 2022 wird festgehalten, die Unterschriften seien vorhanden, "das Angebot ist i.O.". Hat die Vorinstanz auf einen Ausschluss verzichtet, verhält sie sich widersprüchlich und ist sie damit nicht zu hören, wenn sie im Rechtsmittelverfahren ein unvollständiges Angebot geltend macht. Wenn sie im Übrigen vorliegend schon ein "korrigiertes Angebot" einverlangte (vgl. dazu aber nachfolgend E. 5.5), hätte sie die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben auf das nicht ausgefüllte und unterzeichnete Formular aufmerksam machen und ihr damit die Gelegenheit zur Korrektur des offensichtlichen Versehens einräumen müssen.

4.4 Die Beschwerde erweist sich in materieller Hinsicht als begründet. Der angefochtene Zuschlag ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

5. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin kommt im vorliegenden Verfahren dennoch nicht in Betracht.

5.1 Der streitgegenständliche Auftrag umfasst schwerpunktmässig die Lieferung und den Einbau des neuen Klimageräts im Untergeschoss der Aufbahrungshalle sowie die zu- und abluftmässige Erschliessung der Räumlichkeiten mit Lüftungskanälen. Diese Klima- und Lüftungsarbeiten fallen in die Kategorie des Baunebengewerbes (vgl. THOMAS P. MÜLLER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 8 Rz. 50 und Fn. 76). Da der Auftragswert vorliegend unter Fr. 150'000.-- liegt, ist nach § 7 Abs. 1 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (BeV) vom 25. Januar 2000 die freihändige Vergabe zulässig. Die Beschaffung kann aber auch im Einladungsverfahren oder im offenen oder selektiven Verfahren durchgeführt werden (vgl. § 7 Abs. 2 BeV). Wählt die Vergabestelle wie hier das Einladungsverfahren, ist sie an die Bestimmungen dieser Verfahrensart gebunden. Sie muss die dafür geltenden Grundsätze einhalten und das Einladungsverfahren korrekt durchführen (vgl. KGE VV vom 30. August 2017 [810 17 69] E. 4.2.3; DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, S. 85; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 321).

5.2 Liegt der Auftragswert im Einladungsverfahren unter Fr. 100'000.--, sind gemäss § 8 Abs. 1 lit. a BeV mindestens drei Anbieter zur Einreichung von Angeboten aufzufordern. Nur wenn ausnahmsweise zu wenig geeignete Anbieter auf dem Markt vorhanden sind, darf sich die Vergabebehörde mit weniger Einladungen begnügen und damit vom Ziel, einen wirksamen Wettbewerb zu schaffen, abweichen. Ob aufgrund dieser Zielsetzung auch zwingend mindestens drei gültige Offerten einzuholen sind (so KUONEN, a.a.O., S. 118 f.), kann vorliegend offen-

gelassen werden. Aus den Akten ist nämlich nicht ersichtlich, dass neben der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen überhaupt eine dritte Anbieterin zur Verfahrensteilnahme eingeladen worden wäre, obwohl augenscheinlich mehr als zwei geeignete Anbieter existieren. Mit der Unterschreitung der vorgeschriebenen Mindestzahl von Einladungen leidet das vorliegende Einladungsverfahren an einem gravierenden Mangel, der nach der Praxis des Kantonsgerichts schon für sich alleine und auch ohne entsprechende Rüge zur Aufhebung des Zuschlags und Wiederholung des Verfahrens führen muss (KGE VV vom 30. August 2017 [810 17 69] E. 4.2.4).

5.3 Die Vergabestelle darf grundsätzlich frei bestimmen, welche Leistung sie genau beschaffen will. Sie hat ihre Bedürfnisse in der Ausschreibung (resp. Einladung) bekanntzugeben und den Beschaffungsgegenstand im Leistungsverzeichnis möglichst präzise zu umschreiben (KGE VV vom 18. Juli 2018 [810 17 297] E. 12.5). Dabei hat sie allerdings den Gleichbehandlungsgrundsatz und das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten. Diese Prinzipien schränken den Ermessensspielraum der Auftraggeberin bei der Beschreibung des Beschaffungsgegenstands insofern ein, als es grundsätzlich unzulässig ist, bestimmte Produkte, Marken oder Hersteller zu nennen. In den Vergabeunterlagen ist der Gegenstand und Umfang des Auftrags mit detaillierter Beschreibung der Leistungen und der technischen Spezifikationen in nichtdiskriminierender Weise anzugeben (vgl. Art. 13 lit. b IVöB; § 11 Abs. 1 BeG; § 12 Abs. lit. b BeV). Es gilt die Pflicht zur hersteller- und produktneutralen Leistungsumschreibung (KUONEN, a.a.O., S. 108; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405). Nur wenn es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, darf ausnahmsweise auf ein Markenprodukt verwiesen werden, wobei kenntlich zu machen ist, dass gleichwertige Produkte ebenfalls zulässig sind. Im vorliegenden Fall ist das Leistungsverzeichnis im Kapitel Apparate vorausgefüllt. Als Monoblock wird ein bestimmtes Produkt vorgegeben, die dazugehörigen technischen Spezifikationen entsprechen dem Datenblatt dieses Fabrikats. Dasselbe gilt für die übrigen technischen Komponenten der Lüftungsanlage (Aluplattenwärmetauscher, Ventilator, Luffterhitzer). Im Material- und Ausführungsbeschrieb des Leistungsverzeichnisses wird zwar darauf hingewiesen, dass andere Fabrikate offeriert werden dürften, die "in qualitativer Hinsicht mindestens gleichwertig" sein müssten. Dass es sich dabei allerdings bloss um eine Floskel zum Zwecke der rechtlichen Absicherung handelte und die Vergabestelle in Tat und Wahrheit eine Offerte für die von ihr gewünschten Geräte erwartete, zeigt ihre konsternierte Reaktion auf das Angebot der Beschwerdeführerin, wie insbesondere die Stellungnahme des verantwortlichen Fachplaners vom 24. März 2022 plastisch vor Augen führt ("Es wurde ein anderes Produkt offeriert [...] als ausgeschrieben", Vernehmlassungsbeilage 4). Dazu passt auch die Aufforderung an die Beschwerdeführerin, ihre Offerte mit den gewünschten Produkten zu "korrigieren". Es ist vorliegend kein Grund ersichtlich, der die Nennung eines bestimmten Produktes unumgänglich machen würde. Wenn die Vorinstanz bestimmte Qualitätsvorstellungen hat, kann sie die Beschaffung über allgemein gehaltene technische Spezifikationen (z.B. Erfüllung bestimmter national oder international anerkannter Normen, Lebensdauer, Garantiefrist, Serviceleistungen) und gegebenenfalls über Zuschlagskriterien in diese Richtung steuern, ohne - wie vorliegend geschehen - die Pflicht zur produktneutralen Leistungsumschreibung zu verletzen.

5.4 Auch im Einladungsverfahren erfolgt der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot, d.h. jenes mit dem besten Preis-/Leistungs-Verhältnis. Dieses wird anhand der Zuschlagskriterien ermittelt (vgl. Art. 13 lit. f IVöB; § 26 Abs. 1 BeG; § 20 Abs. 1 BeV). Gemäss § 20 Abs. 2 BeV sind die Zuschlagskriterien für jedes Beschaffungsobjekt aus fachlicher, ökologischer und ökonomischer Sicht festzulegen. Das Zuschlagskriterium "Preis" kann nur für weitgehend standardisierte Güter das allein massgebliche Kriterium bilden (§ 20 Abs. 3 BeV). Bei allen anderen Beschaffungsgeschäften bildet es im gesetzlichen Kriterienkatalog nur eines von mehreren Kriterien, dem auch nicht ein grundsätzlich höheres Gewicht zukommt als diesen anderen Kriterien (KGE VV vom 28. Juni 2017 [810 17 15] E. 6.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 879). Im vorliegenden Fall kauft die Vorinstanz kein standardisiertes Gut (wie z.B. Brenn- und Treibstoffe, Elektrizität oder genormte vorfabrizierte Bauteile), sondern sie beschafft eine individuell auf ihre Bedürfnisse massgeschneiderte Bauleistung. Es war demnach unzulässig, den Nettopreis zum ausschliesslichen Zuschlagskriterium zu bestimmen.

5.5 Wie bereits mehrfach erwähnt, führte die Vergabestelle mit beiden eingeladenen Anbieterinnen Gespräche (vgl. z.B. Vernehmlassungsbeilage 3) und bot ihnen schliesslich die Gelegenheit, ihre Offerte zu überarbeiten und ein "korrigiertes Angebot" einzureichen. Mit diesem Vorgehen missachtete die Vergabestelle einen elementaren vergaberechtlichen Grundsatz. Das Vergabeverfahren ausserhalb der freihändigen Vergabe zeichnet sich aus durch eine Strukturierung des Kontakts zwischen der Auftraggeberin und den potentiellen Leistungserbringern. Das Vergaberecht unterwirft die innerhalb der Submission stattfindenden Kommunikationsvorgänge einem formalisierten, rigiden Regime. Ausdruck dieser Grundhaltung ist das Verhandlungsverbot (vgl. § 25 Abs. 1 BeG), wonach es der öffentlichen Auftraggeberin jenseits der im Gesetz aufgezählten Kommunikationsmöglichkeiten grundsätzlich verboten ist, mit den Anbietern Gespräche über die Beschaffung zu führen - darunter fallen insbesondere all jene Kontakte, bei denen Leistungsdefinition oder Angebotsinhalt noch wesentlich verändert würden (vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 294). Vom Kommunikationsverbot ausgenommen sind einzig Rückfragen zur Klärung des Offertinhaltes (§ 25 Abs. 2 BeG). Das Verhandlungsverbot ist Teil des Verbots von sog. Abgebotsrunden (Art. 11 lit. c IVöB), mit welchem der kantonale Gesetzgeber unter anderem verhindern will, dass öffentliche Auftraggeber ihre Nachfragemacht missbrauchen und die Anbieter einem ruinösen Preiswettbewerb ausgesetzt werden. Die Vergabebehörde darf (auch) im Einladungsverfahren nicht unter dem Deckmantel von klärenden Rückfragen zur technischen Bereinigung der Angebote eigentliche verkappte Abgebotsrunden durchführen (KUONEN, a.a.O., S. 163). Im Submissionsrecht gilt das Prinzip der (grundsätzlichen) Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde. Im offenen, im selektiven und im Einladungsverfahren darf nach Ablauf der Eingabefrist ein Angebot nicht mehr verändert werden (§ 25 Abs. 1 BeV). Schon alleine die Aufforderung zur Anpassung in Bezug auf Preise, Preisnachlässe oder den Leistungsinhalt verstösst gegen das Verbot von Abgebotsrunden (vgl. KGE VV vom 6. November 2019 [810 19 133] E. 6; BLKGE 2009 Nr. 56 E. 3.2.2).

5.6 Schliesslich wurde im vorliegenden Fall unter Verstoss gegen § 24 Abs. 4 BeG auch kein Protokoll über die Öffnung der Angebote erstellt.

5.7 Die soeben dargestellten schweren Rechtsmängel sind infolge des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen auch ohne ausdrückliche Rüge und allenfalls sogar gegen den Willen der Parteien zu berücksichtigen. Aus den dargelegten Gründen leidet das vorliegende Einladungsverfahren an derart zahlreichen und irreversiblen Fehlern, dass eine Auftragserteilung im bisherigen Verfahren nicht mehr in Frage kommen kann. Einzig die vollständige Wiederholung des Verfahrens kann zu einem rechtmässigen Zuschlag führen.

6. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben ist. Die Angelegenheit ist zur Wiederholung des Einladungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da sie sich vorgängig für das Einladungsverfahren entschieden hat, bleibt sie nun auch nach Aufhebung des Zuschlags durch das Gericht an diese Wahl gebunden und darf die Arbeiten nicht freihändig vergeben. Bei der Neuausrichtung des Wettbewerbs wird die Vergabestelle die vorstehend bemängelten Punkte zu berücksichtigen haben. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene sind zur Einreichung von Offerten einzuladen (vgl. KGE VV vom 30. August 2017 [810 17 69] E. 4.2.4).

7.1 Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.-- der Vorinstanz aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss ist ihr zurückzuerstatten.

7.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden (§ 21 Abs. 1 VPO). Die vorliegend angeordnete Rückweisung zur Wiederholung des Verfahrens gilt als vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführerin. Ihr Rechtsvertreter weist in seiner Honorarnote vom 10. Juni 2022 einen Aufwand von 10.75 Stunden à Fr. 250.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 101.20 und 7.7 % Mehrwertsteuer aus. Diese Honorarnote ist tarifkonform und nicht zu beanstanden. Demzufolge hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'272.70 (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) auszurichten.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid der Einwohnergemeinde B.____ vom 25. Februar 2022 aufgehoben und die Angelegenheit zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Einwohnergemeinde B.____ zurückgewiesen.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.-- werden der Einwohnergemeinde B.____ auferlegt.
Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Einwohnergemeinde B.____ hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'272.70 (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) zu bezahlen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber