



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

vom 27. April 2022 (810 21 268)

Submission

Unvollständigkeit eines Angebots / Voraussetzungen der Angebotsbereinigung

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus Ruckstuhl, Markus Clausen, Hans Furer, Daniel Ivanov, Gerichtsschreiber Marius Wehren

Beteiligte **A._____ AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. Lukas Pfisterer, Rechtsanwalt

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Dr. Christoph Meyer, Advokat

Betreff Submission Server-Outsourcing
(Entscheidung der Einwohnergemeinde B._____ vom 24. August 2021)

A. Im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 20. Mai 2021 schrieb die Einwohnergemeinde B._____ das Projekt "Server-Outsourcing der Gemeinde B._____" im Rahmen des offenen Verfahrens aus. Innert der Eingabefrist reichten unter anderem die A._____ AG und die C._____ AG ein Angebot ein.

B. Mit Entscheid vom 24. August 2021 erteilte die Gemeinde der C.____ AG den Zuschlag zum Preis von Fr. 350'313.68 (inkl. 7.7 % MWST). In der Folge gelangte die A.____ AG an die Gemeinde und ersuchte mit Schreiben vom 31. August 2021 um einen erweiterten Entscheid. Insbesondere ersuchte sie um Erläuterung, weshalb zwischen dem Preis des Angebots der Zuschlagsempfängerin gemäss Offertöffnungsprotokoll und Zuschlagsentscheid eine Differenz bestehe.

C. Mit erweitertem Entscheid vom 14. September 2021 begründete die Gemeinde den Zuschlagsentscheid, ohne auf die von der A.____ AG angesprochene Preisveränderung des Angebots der Zuschlagsempfängerin einzugehen.

D. Am 27. September 2021 erhob die A.____ AG, vertreten durch Dr. Lukas Pfisterer, Rechtsanwalt, gegen den Zuschlagsentscheid vom 24. August 2021 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Die Beschwerdeführerin stellt das Begehren, in Gutheissung der Beschwerde sei der Zuschlag vom 24. August 2021 aufzuheben und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen (Ziff. 1). Eventualiter sei in Gutheissung der Beschwerde der Zuschlag vom 24. August 2021 aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, verbunden mit der Anweisung, der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen (Ziff. 2). Subeventualiter sei in Gutheissung der Beschwerde der Zuschlag vom 24. August 2021 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziff. 3). In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vorinstanz betreffend das Vergabeverfahren zu gewähren (Ziff. 4-5). Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz (Ziff. 6).

E. Mit Verfügung vom 29. September 2021 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

F. Am 6. Oktober 2021 erklärte die zum Verfahren beigekommene C.____ AG, dass sie nicht am Verfahren teilnehme und auf eine Parteistellung verzichte. Darauf wurde die Beigeladene mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 aus dem Rubrum gestrichen.

G. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2021 teilte die Gemeinde mit, dass sie sich der Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht widersetze. Im Weiteren nahm sie Stellung zum Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin und bezeichnete diejenigen Aktenstücke, welche von der Einsicht auszunehmen seien.

H. Am 10. November 2021 reichte die Gemeinde ihre Vernehmlassung ein mit dem Begehren, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen.

I. Mit Verfügung vom 17. November 2021 wurde das Gesuch um Akteneinsicht teilweise gutgeheissen. Der Beschwerdeführerin wurde die Einsicht in die Bewertungstabellen betreffend die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin, den E-Mail-Verkehr zwi-

schen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin betreffend Preisbereinigung sowie die weiteren Unterlagen zur Preisbereinigung gewährt.

J. Am 16. Dezember 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein, in welcher vollumfänglich an den gestellten Begehren festgehalten wird.

K. In ihrer Duplik vom 28. Januar 2022 hält die Gemeinde ebenfalls an den gestellten Begehren fest.

L. Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen.

M. Mit Eingabe vom 14. Februar 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme (Triplik) ein.

N. Am 24. Februar 2022 reichte die Gemeinde ihrerseits eine weitere Eingabe ein.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss § 30 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 lit. f BeG kann gegen eine Zuschlagsverfügung innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlages oder der schriftlichen Begründung Beschwerde beim Verwaltungsgericht (heute: Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben werden. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben (§ 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [VPO] vom 16. Dezember 1993).

2.1 Nach § 47 Abs. 1 lit. a VPO ist zur Beschwerde befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist somit neben der formellen Beschwer (Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz bzw. keine Möglichkeit zur Teilnahme) zusätzlich eine materielle Beschwer in Form eines besonderen Berührtseins sowie eines aktuellen Interesses an der Beschwerdeführung. Letzteres besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (vgl. Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 18. Dezember 2013 [810 12 167] E. 1.2; KGE VV vom 31. März 2010 [810 09 106] E. 9.2; BGE 140 II 214 E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 2013, N 940 ff.). Die materielle Beschwer der beim Vergabeverfahren nicht berücksichtigten oder vom Verfahren ausgeschlossenen Anbieter ist praxisgemäss dann gegeben, wenn diese bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfah-

rens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (vgl. KGE VV vom 22. Juni 2016 [810 16 34] E. 2.2; KGE VV vom 27. April 2016 [810 15 252] E. 2.3; KGE VV vom 21. Januar 2015 [810 14 314] E. 2; BGE 141 II 14 E. 4).

2.2 Die Beschwerdeführerin hat als Anbieterin am Submissionsverfahren teilgenommen. Sie macht geltend, das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei unvollständig gewesen und hätte deshalb vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Würde das Gericht dieser Argumentation folgen, so hätte die zweitplatzierte Beschwerdeführerin eine realistische Chance, den Zuschlag zu erhalten. Die Beschwerdeführerin hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist. Ob sich ihre Rügen als begründet erweisen, ist entgegen der Auffassung der Gemeinde nicht im Rahmen der Legitimation, sondern der materiellen Beurteilung der Beschwerde zu prüfen. Da sämtliche weiteren formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

3. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit ist dem Kantonsgericht dagegen – abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen – untersagt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO).

4. Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Gemeinde zu Recht der C.____ AG im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung den Zuschlag erteilte.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerdebegründung zusammengefasst geltend, dass beim Angebot der Zuschlagsempfängerin der zwingend verlangte USB-Stick gefehlt habe. Das Angebot sei somit unvollständig gewesen und hätte entsprechend der unmissverständlichen Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (Beschwerdebegründung, Rz. 27 ff.). Zudem sei das Angebot der Zuschlagsempfängerin nach der Einreichung übermässig verändert worden. Die Gemeinde habe im Offertöffnungsprotokoll vom 29. Juni 2021 den Preis des Angebots der Zuschlagsempfängerin auf Fr. 11'300.-- einmalig und Fr. 228'152.-- wiederkehrend beziffert. Der Zuschlag sei ihr dann jedoch zum Preis von Fr. 350'313.68 erteilt worden. Damit seien offensichtlich nach Einreichung des Angebots erhebliche Veränderungen am Preis vorgenommen worden. Diese seien nicht transparent und die Gemeinde habe eine Auskunft dazu verweigert. Um eine Begründung für diese Preisveränderung zu erhalten, müsse die Beschwerdeführerin die vorliegende Beschwerde erheben (Beschwerdebegründung, Rz. 34 ff.).

4.2 Die Gemeinde führt in der Vernehmlassung zusammengefasst aus, die Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin ihr inhaltlich vollständiges Angebot in Papierform, nicht aber in elektronischer Form (USB-Stick) eingereicht habe, führe nicht zu einem Verfahrensausschluss. Namentlich wäre es überspitzt formalistisch bzw. unverhältnismässig, eine Anbieterin nur deshalb vom Verfahren auszuschliessen, weil sie der Vergabestelle ihre inhaltlich vollständige Offerte in

Papierform und nicht zusätzlich elektronisch einreicht (Vernehmlassung, Rz. 018 ff.). Was die vorgenommene Preisbereinigung betreffe, so sei im Rahmen der Angebotsevaluation festgestellt worden, dass die Anbieterinnen offenbar ein unterschiedliches Verständnis darüber gehabt hätten, welche Lizenzen bei der Gemeinde bereits vorhanden seien. Offenbar hätten bei den Anbieterinnen unterschiedliche Wahrnehmungen darüber bestanden, ob für ihre offerierte Lösung neue Lizenzen effektiv notwendig seien oder nicht. Die Beschwerdeführerin habe einerseits Lizenzkosten für SQL Lizenzen (für die Datenbank-Server) und Exchange Lizenzen (für den E-Mail Server) offeriert. Dies letztlich ohne zu wissen, ob diese Lizenzen überhaupt notwendig sind oder allenfalls infolge Vorbestehen übernommen werden können. Die Zuschlagsempfängerin andererseits habe die Lizenzen nicht in ihren Angebotspreis einkalkuliert, weil sie offenbar davon ausgegangen sei, bereits vorhandene Lizenzen übernehmen zu können. Vor diesem Hintergrund seien die Offerten nicht ohne weiteres vergleichbar gewesen. Die Vergleichbarkeit habe stattdessen mittels Bereinigung der Angebote hergestellt werden müssen. Das sei vorliegend möglich gewesen. Aus Gleichheitsüberlegungen und zum Zwecke der Vergleichbarkeit habe die Gemeinde das Angebot der Zuschlagsempfängerin deshalb um die zusätzlichen Kosten im Zusammenhang mit den neu abzuschliessenden Lizenzen erhöht. Des Weiteren habe die Gemeinde die von den Anbieterinnen offerierten einmaligen Kosten (Projektkosten) detailliert geprüft und auch hier zum Zwecke der Vergleichbarkeit und aus Gleichheitsüberlegungen unwesentliche Anpassungen vorgenommen. Einer Vergabestelle sei es gestattet, Erläuterungen bei den Anbieterinnen einzuholen und die Angebote im vorgegebenen rechtlichen Rahmen zu bereinigen, insbesondere, damit sie objektiv vergleichbar und für die weitere Prüfung zwecks Zuschlagserteilung bereit seien (Vernehmlassung, Rz. 031 ff.).

4.3 In ihrer Replik entgegnet die Beschwerdeführerin – nach gewährter Akteneinsicht – im Wesentlichen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin bereits aufgrund des fehlenden USB-Sticks als unvollständig ausgeschlossen werden müsse. Namentlich habe die Gemeinde im Pflichtenheft ausdrücklich angekündigt, dass nicht vollständige Angebote ausgeschlossen werden (Replik, Rz. 35 ff.). Was die vorgenommene Veränderung des Angebotspreises anbelange, so gehe aus dem in den Akten befindlichen E-Mail-Verkehr zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Gemeinde bzw. der in ihrem Auftrag handelnden D.____ AG hervor, dass die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot nach dem Ablauf der Eingabefrist um fehlende Lizenzen habe ergänzen können. Die Zuschlagsempfängerin habe der D.____ AG am 19. Juli 2021 ein bereinigtes Preisblatt mit Erklärungen zugestellt, welches neu einen jährlich wiederkehrenden Preis von Fr. 92'177.42 vorgesehen habe (Replik, Rz. 41 ff.). Sie habe die exakt benötigte Anzahl Lizenzen anbieten können, weil sie diese Zahl von der D.____ AG mitgeteilt erhalten habe. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit erhalten, ihr Angebot entsprechend anzupassen bzw. um 12 Lizenzen, welche sie zu viel angeboten habe, zu reduzieren. Die Differenz der 12 Lizenzen mache über 4 Jahre einen Betrag von Fr. 11'721.60 aus (Replik, Rz. 66). In nicht nachvollziehbarer Weise sei in der Folge am Preisblatt der Zuschlagsempfängerin eine erneute Preisveränderung vorgenommen worden, woraus ein Preis für jährlich wiederkehrende Kosten von Fr. 81'783.-- resultiert habe (Replik, Rz. 69 ff.). Die Zuschlagsempfängerin habe unbestrittenermassen ein System ohne Lizenzen offeriert. Die Gemeinde versuche, ihr Vorgehen mit der Begründung zu beschönigen, dass bei den Anbietern ein "unterschiedliches Verständnis" darüber bestanden habe, welche Lizenzen bei der Gemeinde bereits vor-

handen seien. Dieser Argumentation könne nicht gefolgt werden. Gemäss der von der Gemeinde ausgeschriebenen Server-Architektur könnten keine Lizenzen übernommen und verwendet werden, sondern der Serviceprovider müsse die entsprechenden Lizenzen beschaffen. Die Zuschlagsempfängerin habe mit ihrem Angebot ohne Lizenzen für die Server/Storage-Umgebung somit ein technisch unvollständiges Angebot eingereicht. Ihr sei ein grober Fehler unterlaufen, welcher zum Ausschluss ihres Angebotes führen müsse. Es handle sich vorliegend nicht mehr um unwesentliche Erläuterungen, welche die Gemeinde bei der Zuschlagsempfängerin eingeholt habe, sondern um relevante Veränderungen des Angebots nach Fristablauf (Replik, Rz. 74 ff.).

4.4 Die Gemeinde macht in der Duplik im Wesentlichen geltend, die Nichteinreichung des USB-Sticks führe nicht zur Unvollständigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin. Zudem würden gemäss den Ausschreibungsunterlagen unvollständige Offerten lediglich "grundsätzlich" nicht berücksichtigt. Die Ausschreibungsunterlagen liessen somit einen Ermessensspielraum zu (Duplik, Rz. 023 f.). Im Weiteren führe die Beschwerdeführerin zwar zutreffend aus, dass Angebote nach ihrer Einreichung grundsätzlich unveränderbar seien. Allerdings sei dieser Grundsatz nicht als absolutes Änderungsverbot zu verstehen. Einer Vergabestelle sei es gestattet, Erläuterungen bei den Anbieterinnen einzuholen und die Angebote im vorgegebenen rechtlichen Rahmen zu bereinigen, insbesondere, damit sie objektiv vergleichbar und für die weitere Prüfung zwecks Zuschlagserteilung bereit seien. Einer Vergabestelle sei es namentlich gestattet, Angebote zusammen mit den Anbieterinnen hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung zu bereinigen. Eine Bereinigung sei insbesondere dann der richtige Schritt, wenn die Form oder die Art der in der Offerte enthaltenen Erklärungen einen Vergleich mit den übrigen Angeboten noch nicht zulassen (Duplik, Rz. 020 f.). Aufgrund der Kommunikation in der Fragerunde habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass bestehende Lizenzen übernommen werden könnten und es nur teilweise neue Lizenzen brauche. Betreffend die Anforderungen in der Ausschreibung habe diesbezüglich ein unterschiedliches Verständnis entstehen können. Es sei nicht zulässig, der Zuschlagsempfängerin daraus einen Vorwurf ("grober Fehler") konstruieren zu wollen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin könne entsprechend nicht einfach als unvollständig oder "nicht funktionierend" qualifiziert werden (Duplik, Rz. 040 ff.). Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin seien sodann in transparenter Weise bereinigt worden. Die Zuschlagsempfängerin sei verpflichtet worden, ihr Angebot zu bereinigen und aufgrund neuer Erkenntnisse den Preis ihres Angebots (zu ihrem Nachteil) zu erhöhen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei im Bereinigungsprozess ebenfalls angepasst und damit verbessert worden. Was die erforderliche Anzahl Lizenzen anbelange, so würde die Beschwerdeführerin auch mit der geltend gemachten Differenz von Fr. 11'721.60 für die 12 zu viel angebotenen Lizenzen nicht auf den ersten Platz vorrücken (Duplik, Rz. 033 ff.). Die von der Beschwerdeführerin erwähnte abschliessende Anpassung des Angebots der Zuschlagsempfängerin auf Fr. 81'783.-- jährlich sei im Rahmen des Bereinigungsverfahrens erfolgt. Namentlich habe die Zuschlagsempfängerin auf Anleitung der D.____ AG im zwischenzeitlichen Angebot mit höherem Preis noch weitere Kosten im Bereich Backupstrategie eingerechnet. Die Gemeinde habe auch in diesem Bereich (gleiche Anzahl Backups, Speicher usw.) eine Vergleichbarkeit der Angebote (Harmonisierung Backupstrategie) angestrebt. Diese Harmonisierung habe noch einmal Anpassungen am Angebot (Reduktion der

vorher bereits eingerechneten Zusatzkosten) notwendig gemacht und zur abschliessenden Anpassung des Preises auf Fr. 81'783.-- geführt. Von Preisabsprachen könne keine Rede sein (Duplik, Rz. 039).

5.1.1 Gemäss § 23 Abs. 1 BeG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten (§ 23 Abs. 1 BeG Satz 2). Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeG). Im Rahmen der Prüfung der Angebote sind offensichtliche Irrtümer wie Rechnungs- und Schreibfehler zu berichtigen, wobei die Berichtigungen in einer Aktennotiz festzuhalten sind (§ 24 Abs. 4 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz [BeV] vom 25. Januar 2000). Ebenfalls sind Rückfragen zur Klärung des Offertinhalts bzw. die Aufarbeitung der Angebote auf eine einheitliche Vergleichsbasis zulässig (§ 25 Abs. 2 BeG und § 25 Abs. 3 BeV). Verhandlungen über Preise und Preisnachlässe sind unzulässig, soweit nicht das freihändige Verfahren durchgeführt wird (§ 25 Abs. 1 BeG).

5.1.2 Die Vollständigkeit der Angebote ist für einen korrekten und transparenten Vergleich der Offerten von grundlegender Bedeutung. Unvollständigen Angeboten gegenüber ist deshalb in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000 S. 335; Urteil des Bundesgerichts 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3). Eine Unvollständigkeit im Sinne von § 23 Abs. 1 BeG und damit ein Ausschlussgrund ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Mangel eine gewisse Schwere aufweist. Als Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips darf ein Anbieter wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz 444). Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot auszuschliessen ist, kommt der Vergabestelle ein erhebliches Ermessen zu. Nach der Rechtsprechung ist ein Angebot namentlich dann zwingend vom Verfahren auszuschliessen, wenn es sich in Bezug auf wesentliche Punkte als unvollständig erweist. Zu einem Ausschluss führen muss beispielsweise das Fehlen ganzer Angebotsteile oder von Angaben, welche sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis einer Offerte auswirken (vgl. KGE VV vom 9. März 2016 [810 15 295] E. 6.3 mit Hinweisen).

5.1.3 Eine Bereinigung der Angebote ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur denkbar als vertiefte Prüfung, in deren Rahmen technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Dies darf jedoch – abgesehen von der Korrektur offensichtlicher Irrtümer – nicht zu einer Änderung der Angebote führen (vgl. KGE VV vom 21. Januar 2015 [810 14 272] E. 4.1). Bereinigung im vergaberechtlichen Sinne heisst mithin ausschliesslich Klarstellung und allenfalls gleichwertige Umformulierung oder Neudarstellung von bereits Vorhandenem, nicht jedoch verhandlungsweise Bereinigung von Differenzen zwischen den Wünschen der Vergabestelle und jenen des Bieters (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2144). Bestehen nach Eingang der Angebote Unklarheiten über deren Inhalt, kann die Vergabeinstanz von den Anbietenden zusätzliche Erläuterungen verlangen; diese dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern. Rückfragen haben dementsprechend mit

der nötigen Zurückhaltung zu geschehen und es dürfen dabei insbesondere keine Informationen einfließen, die sich nicht zwingend aus einer Interpretation des Angebots ergeben, sondern die – je nach Auskunft – das Wettbewerbsergebnis nachträglich verändern könnten. Ebenso ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten, d.h. die Anbietenden sind auch bezüglich solcher Abklärungen gleich zu behandeln, mindestens soweit sie eine reelle Chance auf den Zuschlag haben (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 101/2000, S. 238; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 707 ff.).

5.2.1 Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ist die Auslagerung ("Outsourcing") der Server-Infrastruktur der Gemeindeverwaltung B.____, welche aktuell vor Ort durch einen externen Dienstleister betrieben wird, in ein externes Rechenzentrum (vgl. RFP ["Request for Proposal"] Gemeinde B.____, IT-Outsourcing Server-Infrastruktur, Pflichtenheft zur Ausschreibung eines IT-Dienstleisters für das Outsourcing der Server-Infrastruktur [nachfolgend: Pflichtenheft], S. 6). Dem Pflichtenheft kann entnommen werden, dass der anbietende IT-Dienstleister den Betrieb der gesamten Server-Infrastruktur inkl. dazugehörige Software sicherstellen soll (Pflichtenheft, Ziff. 6.5). Weiter wird im Pflichtenheft festgehalten, dass die Offerte sämtliche Preiselemente (Gesamtkosten) sowie alle übrigen gemäss dieser Ausschreibung verlangten Angaben und Bestandteile enthalten muss. Unvollständige Offerten werden grundsätzlich nicht berücksichtigt (Pflichtenheft, Ziff. 9.1). Die Kosten des Angebots waren im Einzelnen im Formular "Preisblatt" auszuweisen, welches zwischen einmaligen Kosten (Projektkosten) und wiederkehrenden Kosten (Betriebskosten) unterscheidet. In der im Preisblatt aufgeführten "Anleitung" wird unter anderem folgendes festgehalten: "Alle Kosten (einmalig und wiederkehrend) sind auf diesem Preisblatt gemäss Angebotsbeschreibung im RFP und den Anforderungen im Anhang vollständig auszuweisen. Die Anbieter sind dafür verantwortlich, dass alle dafür benötigten Positionen erfasst sind. Durch Verrechnung aller vorgegebenen und selbstdeklarierten Positionen in diesem Preisblatt (laufend und wiederkehrend) sollen die TCO ("Total Cost of Ownership") für 1 bzw. 4 Jahre abschliessend berechnet werden können." Zusätzlich hatten die Anbieter auf dem Formular "Erklärung" zu bestätigen, dass sie im Rahmen ihres Angebots alle massgebenden Leistungen in der Preiskalkulation berücksichtigt und auf dem Preisblatt ausgewiesen haben (Formular "Erklärung", E1.5).

5.2.2 Anlässlich der Beantwortung der Anbieterfragen führte die Gemeinde aus, dass kein "Server-Housing/Colocation", sondern eine Lösung mit "Private Cloud" gewünscht sei (Beilage 10 der Vernehmlassung, Fragen 3 und 6). Die Frage, ob Lizenzen (SQL, Windows) einkalkuliert werden müssten, wurde von der Gemeinde wie folgt beantwortet: "Es können die bestehenden Lizenzen übernommen werden. Wo es aufgrund der offerierten Lösung neue Lizenzen braucht, müssen die ins Angebot einkalkuliert und im Preisblatt ausgewiesen werden. Was für Lizenzen/Versionen notwendig sind, liegt in der Verantwortung des Anbieters." (Frage 5). Weiter wurde auf Frage ausgeführt, dass für die Fach- und Büroapplikationen entsprechende Lizenzen vorhanden seien und nicht einkalkuliert werden müssten (Frage 9).

5.2.3 Der von der Zuschlagsempfängerin offerierte Preis beläuft sich gemäss dem Protokoll über die Öffnung der Angebote vom 29. Juni 2021 auf Fr. 239'352.--, bestehend aus einmaligen Kosten von Fr. 11'300.-- sowie wiederkehrenden Kosten von Fr. 228'052.-- (bzw. Fr. 57'013.-- jährlich). Im Rahmen einer gemeinsam mit der Zuschlagsempfängerin durchgeführten Bereinigung des Angebots wurde dieser Preis auf insgesamt Fr. 350'313.68 erhöht. Die fragliche Bereinigung lässt sich im Einzelnen dem E-Mail-Verkehr zwischen der Zuschlagsempfängerin und der im Auftrag der Gemeinde handelnden D.____ AG sowie dem in den Akten befindlichen Preisblatt "Erklärungen Bereinigung C.____" entnehmen (Beilagen 6 und 7 der Vernehmlassung). Danach erfolgte einerseits eine Erhöhung der Projektkosten von Fr. 11'300.-- auf Fr. 23'180.--, welche unter anderem auf den Einbezug der Kosten von Workshops zurückzuführen ist. Andererseits wurden die wiederkehrenden jährlichen Kosten zunächst von Fr. 57'013.-- auf Fr. 92'177.42 erhöht (E-Mails vom 14. Juli 2021 und 19. Juli 2021). In der Folge fand eine erneute Anpassung dieser Kosten auf Fr. 81'783.-- statt, welche gemäss den Ausführungen der Gemeinde zur Herstellung der Vergleichbarkeit der Angebote im Bereich Backup-Strategie (gleiche Anzahl Backups, Speicher etc.) erfolgt sei (Duplik, Rz. 039). Die Erhöhung der wiederkehrenden Kosten ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass die Zuschlagsempfängerin nachträglich Kosten für Lizenzen einkalkulierte, welche im ursprünglichen Angebot nicht enthalten waren.

5.2.4 Nach der Offertöffnung wurde auch das Angebot der Beschwerdeführerin bereinigt bzw. angepasst. Die Bereinigung umfasste einerseits eine Reduktion der Projektkosten um Fr. 1'650.--, indem eingerechneter Aufwand für Unvorhergesehenes (Reserve) weggelassen wurde. Andererseits wurde auch der Aufwand für die Betriebskosten um eine Reserve für Unvorhergesehenes von Fr. 3'960.-- jährlich reduziert und es wurden Kosten betreffend "DataCenter Anbindung" von Fr. 5'940.-- gestrichen. Die Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerin hatte mithin zur Folge, dass offerierte Leistungen reduziert bzw. gestrichen wurden. Eine Unvollständigkeit des Angebots der Beschwerdeführerin steht demnach unbestrittenermassen nicht im Raum.

5.3.1 Strittig ist, ob die Bereinigung des Angebots der Zuschlagsempfängerin – namentlich, soweit sich diese auf nicht offerierte Lizenzen bezog – zu Recht erfolgte oder ob das Angebot zufolge Unvollständigkeit vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

5.3.2 Die Gemeinde macht wie dargelegt (E. 4.2 und E. 4.4 hiavor) geltend, dass die Anbieterinnen ein unterschiedliches Verständnis darüber gehabt hätten, welche Lizenzen bei der Gemeinde bereits vorhanden seien. Es hätten zulässigerweise unterschiedliche Wahrnehmungen darüber bestanden, ob für die offerierte Lösung neue Lizenzen notwendig seien oder nicht. Vor diesem Hintergrund seien die Offerten nicht ohne weiteres miteinander vergleichbar gewesen und die Vergleichbarkeit habe mittels Bereinigung der Angebote hergestellt werden müssen.

5.3.3 Der Gemeinde kann dahingehend gefolgt werden, dass die Zuschlagsempfängerin davon ausging, für die von ihr offerierte Lösung bestehende Lizenzen übernehmen zu können. Namentlich führt sie in ihrem Angebot unter dem Titel "Anmerkungen & Vorbehalte" aus, sie sei

von der Annahme ausgegangen, dass die Lizenzen für Microsoft Office, SQL und Exchange Server sowie jegliche weitere Anwendungs-, Datenbank- und Client Access-Lizenzen übernommen werden könnten (Angebot der Zuschlagsempfängerin, Ziff. 3.1.5). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält und von der Gemeinde nicht bestritten wird, stehen bei einer "Private Cloud"-Lösung, wie sie vorliegend anzubieten war, die Server im Eigentum des Dienstleisters und nicht der Gemeinde (Replik, Rz. 18 ff.). Ebenfalls ist unbestritten, dass bei dieser Lösung die IT-Anbieter die notwendigen Server mit allen zum Betrieb der Server notwendigen Lizenzen zur Verfügung stellen müssen (Replik, Rz. 25 f.). Die Annahme der Zuschlagsempfängerin, wonach bestehende Lizenzen übernommen werden können, erweist sich demnach als unzutreffend, was von der Gemeinde zu Recht nicht bestritten wird. Soweit die Gemeinde geltend macht, die Anbieter hätten zulässigerweise von einem unterschiedlichen Verständnis über die zu offerierenden Lizenzen ausgehen dürfen, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt (E. 5.2.1 hiavor), musste die Offerte sämtliche Preiselemente (Gesamtkosten) enthalten und waren sämtliche einmaligen und wiederkehrenden Kosten auf dem Preisblatt gemäss der Angebotsbeschreibung im RFP und den Anforderungen im Anhang vollständig auszuweisen. Auch wurde explizit festgehalten, dass die Anbieter dafür verantwortlich sind, dass alle dafür benötigten Positionen erfasst sind. Entsprechend lag es in der Verantwortung der Anbieter, sämtliche für den Betrieb der Server notwendigen Leistungen zu offerieren bzw. die entsprechenden Kosten – einschliesslich der Kosten für Lizenzen – auszuweisen. Nichts anderes ergibt sich aus der Antwort der Gemeinde zu Frage 6 im Rahmen der Fragerunde. Darin wird ausdrücklich festgehalten, dass neue Lizenzen, welche aufgrund der offerierten Lösung benötigt werden, in das Angebot einkalkuliert und im Preisblatt ausgewiesen werden müssen. Zudem wird explizit darauf hingewiesen, dass es in der Verantwortung des Anbieters liege, was für Lizenzen/Versionen notwendig sind (E. 5.2.2 hiavor). Demnach wirkt sich ein allfälliger Irrtum über die Notwendigkeit von (neuen) Lizenzen zulasten des jeweiligen Anbieters aus. Soweit die Zuschlagsempfängerin fälschlicherweise davon ausging, dass sie für die offerierte Lösung bestehende Lizenzen übernehmen kann, hat sie die Folgen eines allfälligen damit verbundenen Mangels ihres Angebots zu tragen. Als unbehelflich erweist sich der Hinweis der Gemeinde, auch die übrigen Anbieter seien hinsichtlich der anzubietenden Lizenzen von einem jeweils unterschiedlichen Verständnis ausgegangen. Inwiefern dies der Fall sein soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Gemeinde auch nicht weiter ausgeführt. Dass die fraglichen Anbieter nicht sämtliche erforderlichen Lizenzen offeriert bzw. die entsprechenden Kosten in ihren Angeboten einkalkuliert hätten, wird von der Gemeinde zu Recht nicht geltend gemacht.

5.3.4 Wie bereits ausgeführt (E. 5.1.3 hiavor), darf eine Angebotsbereinigung nicht dazu dienen, den Inhalt eines Angebots nachträglich zu verändern. Letzteres war in Bezug auf das Angebot der Zuschlagsempfängerin jedoch offenkundig der Fall. Das Angebot wurde nicht bloss zur Herstellung der Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten – namentlich dem Angebot der Beschwerdeführerin – auf eine einheitliche Basis gebracht. Vielmehr wurde der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit eingeräumt, die für den Betrieb der Server notwendigen Lizenzen nachträglich zu offerieren. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde im Rahmen der Bereinigung um fehlende Lizenzen ergänzt, was zu einer Erhöhung der wiederkehrenden jährlichen Kosten von Fr. 57'013.-- auf Fr. 81'783.-- führte. Eine derartige Anpassung des Leistungsinhalts bzw. des Preises geht über das vergaberechtlich zulässige Mass einer Bereinigung im Sinne

einer Klarstellung oder Neudarstellung der offerierten Leistung deutlich hinaus und die Gemeinde hat das ihr diesbezüglich zustehende Ermessen überschritten. Eine Bereinigung wäre vorliegend allenfalls in Bezug auf die Anzahl der erforderlichen Lizenzen zulässig gewesen. Von einer diesbezüglichen Bereinigung hat die Gemeinde jedoch gerade abgesehen, hat sie es doch unterlassen, das Angebot der Beschwerdeführerin um die 12 zu viel offerierten SQL-Lizenzen zu reduzieren.

5.4.1 Nach dem Gesagten erweist sich das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit Blick auf die fehlenden Lizenzen als in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Das fragliche Angebot hätte deshalb zufolge Unvollständigkeit vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Der angefochtene Zuschlagsentscheid ist demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Auf die Rüge, das Angebot der Zuschlagsempfängerin wäre auch mangels Einreichung in elektronischer Form (USB-Stick) vom Verfahren auszuschliessen gewesen, braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

5.4.2 Die Aufhebung des Vergabeentscheids hat regelmässig eine Rückweisung an die Vergabebehörde zur Folge, da eine Zuschlagserteilung durch das Gericht im Sinne eines reformatorischen Entscheids praxisgemäss nur mit Zurückhaltung vorzunehmen ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 6.2.1). Die Angelegenheit ist daher an die Gemeinde zurückzuweisen, damit diese unter Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin einen neuen Entscheid über den Zuschlag trifft. Soweit die Gemeinde zum Schluss kommt, dass die übrigen Anbieterinnen keinerlei Chancen auf den Zuschlag haben, wird sie den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen haben.

6.1 Es bleibt über die Kosten zu befinden. 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). Im vorliegenden Fall sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- der unterliegenden Gemeinde aufzuerlegen.

6.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Ausgangsgemäss ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zulasten der Gemeinde zuzusprechen. Der in der Honorarnote vom 23. Februar 2022 geltend gemachte Aufwand von 29.7 Stunden erweist sich als angemessen. In Berücksichtigung der Schwierigkeit und Bedeutung der Sache ist der Stundenansatz auf Fr. 280.-- und das Honorar damit auf Fr. 9'225.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) festzusetzen.

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 24. August 2021 aufgehoben und die Angelegenheit zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 9'225.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin zugesprochen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber