Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 919/2014, 2C 920/2014

Urteil vom 21. August 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Mösching.

Verfahren 2C 919/2014

Verfahrensbeteiligte
A._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Dr. Bertrand Barbey,

gegen

Gemeinde U._____,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch
Rechtsanwälte Julia Bhend und Georg Weber,

B._____ AG.

Verfahren 2C 920/2014

Verfahrensbeteiligte
Wettbewerbskommission WEKO,
Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde U._____,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Julia Bhend und Georg Weber,

B._____ AG,

A._____ AG,
vertreten durch Dr. Bertrand Barbey.

Gegenstand

Submission,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 28. August 2014.

Sachverhalt:

A.
Die Gemeinde U._____ lud mit Schreiben vom 6. Februar 2014 sechs Unternehmen, worunter die B._____ AG und die C._____ AG, ein, eine Offerte für die Beschaffung, Installation und Einführung von Gemeinde-Fachapplikationen (neue Softwareinfrastruktur) einzureichen. Innert Frist gingen fünf Angebote ein, worunter je eines der Firma B._____ AG und der A._____ AG, welche durch Vermittlung der C._____ AG offeriert hatte und in der Folge ebenfalls zum Verfahren zugelassen worden war. Am 28. April 2014 erteilte die Gemeinde den Zuschlag der Firma B._____ AG.

B.
Dagegen erhob die A._____ AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Vergabe aufzuheben und den Zuschlag an sie zu erteilen, eventuell die Sache zu neuer Entscheidung, subeventuell zur Durchführung einer Ausschreibung im offenen Verfahren, an die Vergabestelle zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht untersagte mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2014 der Gemeinde einstweilen, den Vertrag abzuschliessen. Mit Urteil vom 28. August 2014 wies es sodann die Beschwerde ab. Es erwog, die Anbieterin sei zur Rüge, es sei zu Unrecht ein Einladungsverfahren durchgeführt worden, nicht legitimiert, da sie dadurch keine Nachteile erlitten habe. Die Vergabe sei auch materiell nicht zu beanstanden.

C.

C.a. Die A._____ AG erhob am 6. Oktober 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C 919/2014) mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen, wobei diese anzuweisen sei, die Bewertung der Kriterien Lösungskonzept sowie Wirtschaftlichkeit und Kosten in einer für die Anbieter nachvollziehbaren Weise nachzuholen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zur Durchführung einer neuen Ausschreibung im offenen Verfahren durchzuführen, subeventualiter sei festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig sei. Zudem beantragte sie Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

C.b. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) erhob am 6. Oktober 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C 920/2014) mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass das Verwaltungsgericht mit seinem Urteil den freien Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

C.c. Das Verwaltungsgericht beantragt, beide Beschwerden abzuweisen. Die Gemeinde U._____ beantragt, auf die Beschwerde der A._____ AG sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen; die Beschwerde der WEKO sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die B._____ AG hat keine Stellungnahme eingereicht.

C.d. Mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. November 2014 im Verfahren 2C 919/2014 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abgeschrieben.

Erwägungen:

1.
Die beiden Beschwerden richten sich gegen den nämlichen Entscheid und betreffen den gleichen Sachverhalt. Es rechtfertigt sich daher, die Verfahren zu vereinigen.

2.

2.1. Gegen den Endentscheid des Verwaltungsgerichts ist grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG).

2.2. Art. 83 lit. f BGG schliesst jedoch die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (BGE 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

2.3. Schwellenwert

2.3.1. Der massgebende Schwellenwert beträgt aktuell für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 230'000.– (Art. 1 lit. a und b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]).

2.3.2. Die Vorinstanz gibt in ihrer Rechtsmittelbelehrung den Streitwert (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) nicht zahlenmässig an, führt aber aus, der Auftragswert übersteige den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert. Die A._____ AG führt aus, der Schwellenwert sei deutlich überschritten; sie geht davon aus, es gehe um einen Dauerauftrag mit unbestimmter Laufzeit, so dass gemäss kantonalem Recht der Auftragswert anhand der jährlichen Rate multipliziert mit 4 zu berechnen sei, was mindestens Fr. 413'600.– ergebe. Die WEKO trägt vor, gemäss dem angefochtenen Entscheid werde eine Laufzeit von fünf Jahren angenommen mit einer Annuität von mindestens rund Fr. 121'000.–, so dass der Schwellenwert überschritten sei. Die Beschwerdegegnerin bringt vernehmlassungsweise vor, Vertragsgegenstand seien nur die Fachapplikationen von geschätzten rund Fr. 100'000 - 150'000.–; der Zuschlagspreis sei bei Fr. 202'100.– gelegen.

2.3.3. Nach dem angefochtenen Entscheid enthielten die beiden hier zur Diskussion stehenden Offerten Investitionskosten von Fr. 256'839.19 bzw. Fr. 289'526.40; hinzu kamen jährliche Betriebskosten; diese Kosten wurden von der Vorinstanz bei Laufzeiten von fünf bzw. zehn Jahren in Annuitäten umgerechnet. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, diese Laufzeit sei nur relevant gewesen für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Anschaffung, doch seien nur die Beschaffung, Installation und Einführung der Fachapplikation ausgeschrieben gewesen und nicht ein langjähriger Betriebsvertrag. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich nicht restlos klar, was überhaupt Gegenstand des Zuschlagsentscheids ist. Aus dem Offertöffnungsprotokoll geht aber hervor, dass die Offerten sowohl einen "Offertbetrag Investition" als auch einen "Offertbetrag Betrieb" enthielten. Mit dem Zuschlagsentscheid vom 28. April 2014 beauftragte der Gemeinderat den Projektbeauftragten u.a. mit der Ausarbeitung des Vertragswerks, der Definition des schlussendlichen Funktionsumfangs der Module und der definitiven Investitions- und Betriebskosten. Im Evaluationsbericht, auf den sich die Beschwerdegegnerin beruft, steht zwar auf S. 4, alle Angebote seien unter dem Wert von
Fr. 250'000.– geblieben, doch widerspricht das dem Offertöffnungsprotokoll, selbst wenn nur die Offertbeträge Investition berücksichtigt werden. Zudem ergibt sich aus den S. 9 f. des Evaluationsberichts, dass sowohl offerierte Investitionskosten als auch offerierte Betriebskosten in die Evaluation einbezogen wurden. Es ist somit davon auszugehen, dass zumindest für einige Zeit auch der Betrieb Gegenstand der Beschaffung war. Die Voraussetzung des Schwellenwertes ist damit erfüllt.

2.4. Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21). Dies ist im Folgenden für die beiden Beschwerdeführerinnen zu prüfen.

3.

3.1. Die A._____ AG ist als unterlegene Anbieterin, die bei einem Obsiegen mit ihren Anträgen reelle Chancen auf den Zuschlag hätte, zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG; BGE 141 II 14 E. 4 S. 27 ff.).

3.2. Die rechtlich vertretene Beschwerdeführerin führt einleitend aus, der angefochtene Entscheid werfe Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, unterlässt es aber, unter den Eintretensvoraussetzungen diese Rechtsfragen darzulegen. In der materiellen Beschwerdebegründung kritisiert sie verschiedene Aspekte, nämlich die Frage, nach welchen Kriterien der Schwellenwert im Einladungsverfahren zu berechnen sei, die angebliche Befangenheit des IT-Beraters der Gemeinde, die ihres Erachtens zu offene Umschreibung des Leistungsgegenstands, die nicht nachvollziehbare Bewertung der Angebote und den Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin zu einer neuen Offertlegung eingeladen worden sei. Es handelt sich zum Teil um Aspekte, die für den Verfahrensausgang nicht entscheidend sind, so die Frage der nachträglichen Offertanpassung der Zuschlagsempfängerin: Die Vorinstanz hat nämlich ausgeführt, dies sei wohl unzulässig, doch habe sich dieser Fehler nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt, da sich das Angebot der Zuschlagsempfängerin auch unter Ausserachtlassung der nachträglich tieferen Preise vor dem Angebot der Beschwerdeführerin platziere. Unter diesen Umständen liegt diesbezüglich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher
Bedeutung vor. Bei den übrigen in der Beschwerde beanstandeten Punkten geht es um blosse Anwendung bekannter und gefestigter Grundsätze auf den Einzelfall. Mit ihrem Eventualantrag auf Rückweisung zur Durchführung einer neuen Ausschreibung im offenen Verfahren könnte die Beschwerdeführerin zwar allenfalls eine ähnliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen wie die WEKO in ihrer Beschwerde (vgl. hinten E. 4), doch wird dieser Antrag nicht in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid begründet (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG), so dass darauf nicht eingetreten werden kann.

3.3. Insgesamt wirft die Beschwerdeführerin somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Ihre Eingabe ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig. Sie könnte grundsätzlich als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden (Art. 113 ff. BGG), doch würde dies voraussetzen, dass darin rechtsgenüglich vorgebracht und begründet wird, inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt werden (Art. 116 und 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Solche Rügen sind in der Beschwerdeschrift nicht enthalten. Auf die Beschwerde der A._____ AG kann deshalb nicht eingetreten werden.

4.

4.1. Die WEKO kann nach Art. 9 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Der diskriminierungsfreie Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten gilt als Grundsatz des freien Zugangs zum Markt (Art. 5 BGBM im 2. Abschnitt des Gesetzes); dessen Verletzung stellt eine unzulässige Marktbeschränkung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 bis BGBM dar (BGE 141 II 113 E. 1.5 S. 122 f.).

4.2. Die WEKO wirft als Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf:
Muss die kantonale Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 5, 3 und 9 BGBM von Amtes wegen die Zuschlagsverfügung für einen öffentlichen Auftrag aufheben bzw. deren Rechtswidrigkeit feststellen, wenn der Auftrag in binnenmarktrechtswidriger Weise ohne öffentliche Ausschreibung vergeben wurde, selbst wenn die Beschwerdeführerin zum Vorbringen dieser Rüge gemäss kantonalem Verwaltungsrecht nicht berechtigt ist?

Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung, die von den kantonalen Gerichten teilweise unterschiedlich beantwortet wird, für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

4.3. Streitgegenstand ist nicht, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht ein Einladungsverfahren durchgeführt hat bzw. Art. 5 BGBM verletzt hat. Denn das Verwaltungsgericht hat diese Frage gerade nicht beurteilt, so dass insoweit kein anfechtbarer Entscheid (Art. 86 Abs. 1 BGG) vorliegt. Streitig ist einzig, ob das Verwaltungsgericht eine solche Verletzung hätte prüfen müssen. Das Verfahrensrecht stellt Anforderungen auf, die erfüllt sein müssen, damit ein Entscheid materiell überprüft werden kann. Wenn ein Gericht zu Unrecht auf eine Beschwerde nicht eintritt oder eine Frage nicht prüft, so hat es das massgebliche Verfahrensrecht falsch angewendet, aber nicht das materielle Recht verletzt. Soweit allerdings die falsche Anwendung von Verfahrensrecht dazu führt, dass Entscheide, die möglicherweise Art. 5 BGBM verletzen, nicht materiell überprüft werden, kann die WEKO dies rügen, weil sonst im Ergebnis eine potenziell unzulässige Marktbeschränkung nicht festgestellt werden könnte. Das Begehren der WEKO, es sei festzustellen, dass die Vorinstanz den freien Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt habe, ist in diesem Sinne zulässig.

4.4. Liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde ein und prüft diese alsdann nach Massgabe der Art. 95 ff. und 105 ff. BGG umfassend, nicht nur in Bezug auf diejenigen Fragen, die von grundlegender Bedeutung sind (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.4 S. 22 f.). Es kann namentlich auch aus einem anderen Grund als demjenigen, auf den sich die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bezieht, die Beschwerde gutheissen und den angefochtenen Entscheid aufheben. Es kann im Rahmen der Parteibegehren (Art. 107 Abs. 1 BGG) auch aus einem in der Beschwerde gar nicht angeführten Grund die Beschwerde gutheissen (Motivsubstitution; Urteil 2C 913/2014 vom 4. November 2014 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 140 II 409; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89; 140 V 136 E. 1.1 S. 137 f.). In Bezug auf die Beschwerde der WEKO ist jedoch zu beachten, dass diese - wie sie das richtigerweise auch getan hat - nur eine Feststellung, nicht die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragen kann; das Beschwerderecht der WEKO will dieser ein Instrument in die Hand geben, um die Verwirklichung des Binnenmarktes voranzutreiben, indem offene und zentrale Fragen des Marktzugangs einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden können,
nicht aber einem Anbieter zum Zuschlag verhelfen (Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2005 490 Ziff. 2.6; BGE 141 II 113 E. 1.5 und 1.7 S. 122 ff.; Nicolas Diebold, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 S. 185 f.; vgl. auch Urteil 2C 85/2008 vom 24. September 2008 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 134 II 329). Im Lichte dieser Zielsetzung drängt es sich nicht auf, den angefochtenen Entscheid umfassend zu überprüfen; vielmehr beschränkt sich das Gericht auf die Beantwortung der von der WEKO aufgeworfenen Fragen. Insbesondere rechtfertigt es sich nicht, den angefochtenen Entscheid im Lichte der von der A._____ AG vorgebrachten Rügen zu prüfen.

5.

5.1. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen. Das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement der WTO [WTO-GPA, SR 0.632.231.422]) findet gemäss seinem Art. I Abs. 1 i.V.m. Anhang I Annex 2 in Verbindung mit Art. 2 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) auch auf die Vergabeverfahren der schweizerischen Gemeinden Anwendung, sofern die darin genannten Schwellenwerte (für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 200'000.–) überschritten werden. Es sieht in seinem Art. VII die drei Verfahrensarten des offenen, des selektiven und des freihändigen Verfahrens vor. Ausser in den Fällen, in denen nach Art. XV das freihändige Verfahren zulässig ist, veröffentlichen die Beschaffungsstellen für jede geplante Beschaffung eine Einladung zur Teilnahme (Art. IX Abs. 1 WTO-GPA). Diese Vorgaben werden für kantonale und kommunale Beschaffungen durch Art. 12 Abs. 1, Art. 12bis Abs. 1 sowie Anhang 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2011 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, AS 2003 196) umgesetzt. Die IVöB kennt daneben das Einladungsverfahren, in welchem die geplante Beschaffung nicht öffentlich ausgeschrieben wird, sondern die Vergabestelle eine Anzahl von Anbietern direkt zur Angebotsabgabe einlädt (Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Dieses Einladungsverfahren ist gemäss Art. 12bis Abs. 2 IVöB nur im Nicht-Staatsvertragsbereich und unterhalb der Schwellenwerte gemäss Anhang 2 IVöB zulässig

(für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 250'000.–).

5.2. Vorliegend hatte die Gemeinde das Einladungsverfahren gewählt. In ihrer Beschwerde an das Verwaltungsgericht hatte die A._____ AG subeventualiter beantragt, die Sache sei zur Durchführung einer Ausschreibung im offenen Verfahren an die Gemeinde zurückzuweisen. Sie begründete dies damit, der Schwellenwert von Fr. 250'000.– sei überschritten, so dass das Einladungsverfahren nicht zulässig sei. Das Verwaltungsgericht erwog, die Beschwerdeführerin sei zum Verfahren zugelassen worden; es erwachse ihr aus der Durchführung des Einladungsverfahrens kein Nachteil. Sie sei daher nicht berechtigt zu rügen, die Submission sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt.

5.3. Die WEKO trägt vor, die streitige Beschaffung liege über dem massgeblichen Schwellenwert und hätte gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM amtlich publiziert werden müssen. Die Durchführung des Einladungsverfahrens verstosse gegen Art. 5 BGBM. Gemäss Art. 16 IVöB sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM müsse es einer beschwerdelegitimierten Partei möglich sein, einen Rechtsverstoss gegen Art. 5 BGBM geltend zu machen. Indem das Verwaltungsgericht gestützt auf das kantonale Verfahrensrecht diese Prüfung verweigert habe, verletze es das BGBM und damit auch Art. 49 BV. Das Verwaltungsgericht hätte von Amtes wegen prüfen müssen, ob das Einladungsverfahren zulässig gewesen sei oder eine öffentliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre. Nur so könne eine Umgehung von Art. 5 BGBM wirksam verhindert werden. Mit der Konzeption des Verwaltungsgerichts könnte die falsche Wahl einer Vergabeart nie gerichtlich angefochten werden, da die nicht zugelassenen Dritten mangels Kenntnis des Verfahrens faktisch keine Möglichkeit zur Anfechtung hätten und die eingeladenen die falsche Wahl der Vergabeart nicht rügen könnten.

5.4. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Auffassung, die Wahl des Einladungsverfahrens sei zulässig gewesen, da die ex ante geschätzten Kosten des Projekts unter dem Schwellenwert gelegen seien. Zudem sei der Rechtsschutz gewährleistet. Es sei nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz gestützt auf das kantonale Verfahrensrecht angenommen habe, die A._____ AG habe kein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der Frage, ob anstelle des Einladungsverfahrens eine Ausschreibung hätte erfolgen müssen.

6.

6.1. Die WEKO wie auch die Beschwerdegegnerin gehen davon aus, dass sich die Legitimation zur Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht richte. Das ist insofern zu präzisieren, als nach Art. 111 Abs. 1 BGG die Legitimation im kantonalen Verfahren mindestens so weit gefasst sein muss wie vor Bundesgericht. Da gegen Entscheide im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens unter gewissen Voraussetzungen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig ist (vorne E. 2.2) muss zumindest dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht die Legitimation des nicht berücksichtigten Anbieters von Bundesrechts wegen mindestens im gleichen Umfang wie nach Art. 89 BGG zugelassen werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 642 f. Rz. 1298; POLTIER/CLERC, in: Martenet/Bovet [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 94 zu Art. 9 BGBM). Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Ob das kantonale Recht diese Mindestanforderungen einhält, ist als Frage des Bundesrechts vom Bundesgericht frei zu prüfen (Art. 95 lit. a BGG; Urteil 2C 596/2014 vom 6. März 2015 E. 2.2).

6.2. Das die Legitimation begründende schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen. Das blosse Anliegen, dem Prozessgegner einen (behaupteterweise) rechtswidrigen Vorteil zu verwehren, kann nicht zur Legitimation ausreichen, wenn es nicht mit einem eigenen schutzwürdigen Vorteil für den Beschwerdeführer korreliert (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.).

6.3. Für das Beschaffungsrecht gilt keine Sonderregelung. Die einschlägigen internationalen Abkommen (Art. XX WTO-GPA; Art. 5 und Anhang V des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens) sehen zwar eine Beschwerdemöglichkeit der "Anbieter" vor, regeln aber nicht im Einzelnen, wer unter welchen Voraussetzungen zur Beschwerde legitimiert ist; dies richtet sich nach nationalem Recht. Auch der von der WEKO angerufene Art. 9 BGBM enthält - abgesehen von der Beschwerdebefugnis der WEKO (Abs. 2bis) - keine Sonderregeln zur Legitimation; diese richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln (BGE 141 II 14 E. 2.3 S. 25 f.; 137 II 313 E. 3.2 S. 320; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 311 f. Rz. 399; THOMAS LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, 2013, S. 168; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, S. 259 f.). Nach Art. 89 Abs. 1 BGG bzw. Art. 48 Abs. 1 VwVG (SR 172.021) kann die Legitimation nur bejaht werden, wenn dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwächst (BGE 141 II 14 E. 4.5
S. 30). Das Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters ist in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten. Sekundär besteht ein Feststellungsanspruch, wenn sich das Rechtsmittel als begründet erweist, aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden ist (Art. 9 Abs. 3 BGBM; Art. 18 Abs. 2 IVöB; BGE 132 I 86 E. 3 S. 87 ff.). Der Feststellungsentscheid eröffnet dem nicht berücksichtigten Anbieter gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch (Art. XX Ziff. 7 lit. c GPA-WTO; Art. 34 BöB). Die Legitimation sowohl für den Primäranspruch auf Aufhebung des Zuschlags als auch für den sekundären Anspruch auf Schadenersatz setzt voraus, dass der nicht berücksichtigte Anbieter bei Obsiegen seiner Anträge eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte (BGE 141 II 14 E. 4.6-4.8 S. 31 ff.). Ferner ist legitimiert, wer zu Unrecht gar nicht die Möglichkeit erhalten hat, am Verfahren teilzunehmen (Art. 89 Abs. 1 lit. a zweite Satzhälfte BGG). Ein nicht eingeladener potenzieller Anbieter kann Beschwerde erheben und geltend machen, es sei zu Unrecht ein freihändiges oder Einladungsverfahren durchgeführt und ihm so die Einreichung eines Angebots verunmöglicht worden, sofern er geltend
macht, dass er das zu beschaffende Produkt hätte anbieten können (BGE 137 II 313 E. 3.3.2 S. 321 f.; LOCHER, a.a.O., S. 174 ff.; KASPAR LUGINBÜHL, Die Beschaffungsbeschwerde, 2014, S. 70 f.; POLTIER, a.a.O., S. 262 Rz. 408). Hier zur Diskussion steht jedoch, ob auch ein eingeladener Anbieter, der am Verfahren teilgenommen und ein Angebot eingereicht hat, geltend machen kann, es hätte anstelle des Einladungsverfahrens ein offenes Verfahren durchgeführt werden müssen.

6.4. Die Vorinstanz hat erwogen, die Anbieterin sei zum Einladungsverfahren zugelassen gewesen und habe aus dessen Durchführung anstelle des offenen oder selektiven Vergabeverfahrens keinen Nachteil erlitten. Sie sei deshalb zur Rüge, die Submission sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt, nicht legitimiert. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Mit ihrer rügespezifischen Beurteilung vermengt die Vorinstanz Beschwerdelegitimation (bzw. Beschwerdebefugnis) und Beschwerdegründe. Die Beschwerdelegitimation richtet sich ausschliesslich nach Art. 89 BGG. Sind dessen Voraussetzungen wie hier erfüllt, ist die Beschwerdeführerin mit sämtlichen der in Art. 95 ff. BGG aufgeführten Rügen zum Verfahren zuzulassen (BGE 137 II 30 E. 2.3 S. 34). Die Beschwerdeführerin kann daher die Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte all jener Rechtssätze verlangen, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinne auf ihre Stellung auswirken, dass ihr im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht.

6.5. Ist auf eine Beschwerde einzutreten, muss sodann nach Art. 110 BGG mindestens eine gerichtliche Instanz im Kanton das Recht von Amtes wegen anwenden. Das gilt auch in Submissionsangelegenheiten (POLTIER/CLERC, a.a.O., N. 105 zu Art. 5 BGBM), hier für das zürcherische Verwaltungsgericht, da es als einzige gerichtliche Instanz im Kanton entscheidet. Art. 110 BGG schliesst zwar nicht aus, dass eine Beschwerde - wie auch vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht (Art. 52 VwVG, Art. 42 BGG) - als Zulässigkeitsvoraussetzung überhaupt eine rechtliche Begründung enthalten muss (BERNARD CORBOZ, Commentaire LTF, 2. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 110 BGG; BERNHARD EHRENZELLER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 20 zu Art. 110 BGG; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, S. 274 Rz. 1135 und S. 292). Daraus wird abgeleitet, dass eine Rechtsmittelinstanz trotz Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht verpflichtet ist, wie eine erstinstanzliche Behörde alle möglicherweise relevanten

Rechtsfragen von Amtes wegen aufzugreifen, sondern sie sich grundsätzlich darauf beschränken kann, sich mit den Argumentationen der Parteien auseinanderzusetzen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu
offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389; CORBOZ, a.a.O., N. 30 zu Art. 106 BGG; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., S. 30 Rz. 101 und S. 275 Rz. 1139; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 54 f. Rz. 159; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Vol. II, 3. Aufl. 2011, S. 300 f. und S. 820 f.). Indessen ist eine eigentliche Rügepflicht, wie sie vor Bundesgericht in bestimmten Fällen gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG), im kantonalen Verfahren nicht zulässig (EHRENZELLER, a.a.O., N. 19 zu Art. 110 BGG).

6.6. Im Submissionsrecht ist die legitimationsbegründende Interessenlage des nicht berücksichtigen Anbieters in dem Sinne von dessen Vorbringen abhängig, als er beantragen muss, dass die vor ihm platzierten Anbieter ausgeschlossen oder tiefer rangiert werden, so dass seine eigene reelle Chance auf den Zuschlag erhöht wird (BGE 141 II 14 E. 4.7 und 4.8 S. 31 ff.). Rügt der Anbieter formelle Mängel, verfügt er nur dann über ein schutzwürdiges Interesse, wenn sich durch die Gutheissung der Beschwerde seine Rechtsstellung verbessert. Wurden z.B. in einem Einladungsverfahren zu wenige Anbieter eingeladen, so kann der nicht berücksichtigte Anbieter kein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass neben den zugelassenen Anbietern noch weitere Anbieter am Verfahren teilnehmen können; denn dadurch wird seine eigene Chance auf den Zuschlag nicht grösser, sondern noch kleiner (DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, S. 229; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBl 104/2003, S. 13 f. insb. Fn. 69). Anders präsentiert sich die Situation jedoch, wenn der unterlegene Anbieter derart schwere Verfahrens- oder Zuständigkeitsmängel formeller Natur geltend macht, die eine Wiederholung des
ganzen Verfahrens zur Folge haben. In einem neuen Verfahren könnte er ein neues Angebot einreichen und seine Chancen auf den Zuschlag erhöhen sich dadurch. Die Beschwerdelegitimation des unterlegenen Anbieters muss in dem Fall bejaht werden (Urteile 2P.261/2002 vom 8. August 2003 E. 4.6; 2P.176/2003 vom 6. Februar 2004 E. 3.3; vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7 S. 33 f. in fine; BEYELER, a.a.O., S. 316 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 646 f.; WOLF, a.a.O., S. 11, 14; KUONEN, a.a.O., S. 225, 229; MARTIN BERTSCHI, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 42 zu § 21 VRG).

6.7. Vorliegend hat die unterlegene Anbieterin primär den Zuschlag an sich beantragt; subeventualiter hat sie beantragt, die Sache sei zur Durchführung eines offenen Verfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht erwog zunächst (E. 2.1 des angefochtenen Entscheids), nicht berücksichtigte Anbieter seien zur Beschwerde befugt, wenn sie bei Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führte, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können. Dies steht im Einklang mit dem vorne (E. 6.6) Dargelegten. Alsdann erwog die Vorinstanz jedoch, die A._____ AG sei zur Rüge, die Vergabe sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt, nicht befugt, da ihr aus der Durchführung der Vergabe im Einladungsverfahren kein Nachteil entstanden sei (E. 3 des angefochtenen Entscheids). Das ist zwar insofern richtig, als die Anbieterin am Einladungsverfahren teilnehmen konnte. Massgebend ist jedoch nicht, ob ihr durch die bisherige Durchführung des Verfahrens ein Nachteil entstanden ist, sondern ob sie aus dem Obsiegen ihrer Anträge einen praktischen Nutzen erzielen könnte (vorne E. 6.2 und 6.4).
Bei Obsiegen ihres Subeventualantrags auf Wiederholung des Verfahrens hätte die Anbieterin ein neues Angebot einreichen können und damit ihre Chance auf den Zuschlag gewahrt. Sie hätte damit einen praktischen Nutzen gehabt (vorne E. 6.6). Die unterlegene Anbieterin war somit zum Antrag, die Sache sei zur Durchführung eines offenen Verfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, ebenfalls befugt. Ist auf die Beschwerde einzutreten, muss die Vorinstanz in der Folge das Recht von Amtes wegen anwenden, falls sich für entsprechende Fehler Anhaltspunkte aus den Parteivorbringen oder den Akten ergeben oder die rechtlichen Mängel offensichtlich sind (E. 6.5). Die Beseitigung offensichtlicher Mängel durch die richterlichen Behörden soll sicherstellen, dass nicht aufgrund fehlerhafter Voraussetzungen Recht gesprochen wird. Im vorliegenden Fall bestehen offenkundige Hinweise für die Wahl des falschen Vergabeverfahrens (E. 2.3), so dass die Vorinstanz diesen rechtlichen Mangel selbst ohne entsprechende Rüge des Beschwerdeführers hätte berücksichtigen müssen (vgl. zur kantonalen Praxis GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 150 f. Rz. 337 f.). Aus Treu

und Glauben mag sich umgekehrt zwar ergeben, dass offensichtliche Mängel frühzeitig schon bei der Ausschreibung zu beanstanden wären. Angesichts des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind hier allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 290 Rz. 668; WOLF, a.a.O., S. 10).

6.8. Eine andere Frage ist, ob ein kantonales Gericht auch dann einen Vergabeentscheid wegen falscher Wahl des Vergabeverfahrens von Amtes wegen aufheben muss, wenn kein legitimierter Beschwerdeführer diesen Antrag gestellt hat. Das ist nicht eine Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen, sondern eine Frage der Bindung an die Parteianträge. Auch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt nur im Rahmen des Streitgegenstands, der dem Gericht zur Entscheidung vorliegt (Urteile 2C 356/2013 vom 17. März 2014 E. 6.1; 2C 124/2013 vom 25. November 2013 E. 2.2.2 in: ASA 82 S. 379). Auf die Frage, ob eine Aufhebung des Verfahrens von Amtes wegen den Streitgegenstand unzulässig ausdehnen würde, wenn kein solcher Antrag gestellt wurde, braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden; denn die Anbieterin hat subeventualiter den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens gestellt.

6.9. Die Beschwerde der WEKO ist somit in dem Sinne gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens nicht beurteilt hat.

7.
Im Verfahren 2C 919/2014 unterliegt die Beschwerdeführerin, da auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Da aber ihr Eventualantrag in der Sache begründet gewesen wäre, rechtfertigt es sich, keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdegegnerin ist nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG). Im Verfahren 2C 920/2014 obsiegt die WEKO. Die Kosten sind der Beschwerdegegnerin, die in ihren Vermögensinteressen handelt, aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG; Urteile 2D 58/2013 vom 24. September 2014 E. 8, nicht publ. in: BGE 140 I 285; 2D 52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 5). Parteikosten sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 2C 919/2014 und 2C 920/2014 werden vereinigt.

2.
Auf die Beschwerde im Verfahren 2C 919/2014 wird nicht eingetreten.

3.
Die Beschwerde im Verfahren 2C 920/2014 wird in dem Sinne gutgeheissen, als festgestellt wird, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Bundesrecht verletzt hat, indem es den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens nicht beurteilt hat.

4.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden der Gemeinde U._____ auferlegt.

5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. August 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Mösching