

# **BGer 2C\_292/2024 vom 30. April 2025**

Bundesgericht, 2025-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_292\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_292_2024)

FR: TF 2C\_292/2024 du 30 avril 2025

IT: TF 2C\_292/2024 del 30 aprile 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 83 lit. f BGG in der Fassung vom 1. Januar 2021 (vgl. AS 2020 641 ff., S. 686) ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2 i.f.; 143 II 120 E. 2.2; Urteil 2C\_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 150 I 183 ).

##### **E. 1.1.1**

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG 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 blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1; Urteil 2C\_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 150 I 183 ).

Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falls erheblich sind (vgl. BGE 139 III 209 E. 1.2; 139 III 182 E. 1.2). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt nicht zum Eintreten, denn an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage besteht kein Rechtsschutzinteresse (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3; Urteil 2C\_1055/2022 vom 21. Juli 2023 E. 1.2). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Person darzutun, dass die Voraussetzung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2; Urteil 2C\_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 1.2.1 i.f., nicht publ. in: BGE 150 I 183 ).

##### **E. 1.1.2**

Die Beschwerdeführerin wirft die Frage auf, ob die Eignungskriterien bereits im Zeitpunkt der Einreichung der Offerten erfüllt sein müssen, oder ob es genügt, wenn die

Eignungskriterien erst im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sind. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, das Bundesgericht habe sich zwar schon verschiedentlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Eignungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein müssten respektive unter welchen Umständen es genüge, wenn im Zeitpunkt des Zuschlags erst der Nachweis für eine spätere Erfüllung des Kriteriums erbracht werde. Demgegenüber sei in der bisherigen Rechtsprechung unklar geblieben, ab welchem Zeitpunkt die Eignungskriterien erfüllt sein müssten. In der vorliegenden Angelegenheit sei entgegen der Würdigung der Vorinstanz zu verlangen, dass die Eignungskriterien bereits im Zeitpunkt der Einreichung der Offerten erfüllt seien.

### **E. 1.1.3**

Das Bundesgericht hat sich bereits ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, in welchem Zeitpunkt die Eignungskriterien erfüllt sein müssen.

#### **E. 1.1.3.1**

In BGE 145 II 249 hat es festgehalten, dass es für eine rechtmässige Zuschlagserteilung grundsätzlich nicht ausreicht, wenn eine Anbieterin die Eignungskriterien erst nach dem Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids erfüllt. Sofern jedoch aus der Natur des Auftrags hervorgeht, dass es für die Zuschlagserteilung genügt, wenn die Zuschlagsempfängerin die wesentlichen Eigenschaften für die Auftragsausführung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt, oder sich ein solcher Wille aus der Auslegung der Ausschreibung klar ergibt, dann ist ein Zuschlag auch dann rechtmässig, wenn die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids (noch) nicht erfüllt (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3; Urteil 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.1 ff.; vgl. auch Urteil 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2.3 ff.).

#### **E. 1.1.3.2**

Aus der dargelegten Rechtsprechung ergibt sich im Grundsatz, dass die Eignungskriterien spätestens im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids erfüllt sein müssen. Aus der Ausschreibung kann sich aber Gegenteiliges ergeben, soweit die Vergabebehörde solches in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich anordnet oder sich solches aus einer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen klar ergibt. Bei der Auslegung sind dabei insbesondere die binnenmarktrechtlichen Anforderungen und die dem Submissionsrecht zugrunde liegenden Grundsätze zu beachten. Die konkrete Anwendung dieser Grundsätze ist eine Frage der Auslegung im Einzelfall und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. Urteile 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2.5; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.1 ff.; vgl. auch E. 3.2.3 hiernach).

#### **E. 1.1.3.3**

Das Bundesgericht hat die in BGE 145 II 249 etablierte Rechtsprechung seither immer wieder bestätigt (vgl. Urteile 2C\_608/2021 vom 11. Mai 2022 E. 4.4.4; 2C\_159/2021 vom 11. Mai 2022 E. 3.4.5; 2C\_718/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4; 2C\_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4; 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2; 2C\_42/2020 vom 23. Oktober 2020 E. 1.6). Der Beschwerdeführerin gelingt es nicht, darzutun, weshalb es sich vorliegend aufdrängt, auf die geklärte Rechtsfrage zurückzukommen. Insbesondere ist nicht offenkundig, dass unter der Geltung der vorliegend anwendbaren (neuen) Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.710), welcher der Kanton Graubünden mit Beschluss vom 7. Dezember 2021 über den Beitritt des Kantons Graubünden zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche

Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (BR 803.700) beitrug, die bestehende Rechtsprechung überdacht werden müsste (vgl. Art. 27 IVöB ). Im Übrigen nimmt die Vorinstanz auch keine Rechtsanwendung vor, die im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl. E. 3 hiernach).

#### **E. 1.1.4**

Die Beschwerdeführerin unterbreitet dem Bundesgericht demnach eine Rechtsfrage, die hinreichend geklärt ist. Bei dieser Ausgangslage erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unzulässig. Deshalb ist auf sie nicht einzutreten.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin reicht im Weiteren fristgerecht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 BGG ein ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG ). Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils vom 28. Mai 2024 beantragt, richtet sich das Rechtsmittel gegen ein kantonales letztinstanzliches ( Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessendes ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG ). Nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet hingegen die Verfügung der Vergabebehörde vom 4. Dezember 2023, die das Tiefbauamt der Beschwerdeführerin am 6. Dezember 2023 mitteilte. Die Verfügung ist durch das vorinstanzliche Urteil ersetzt worden und gilt inhaltlich als mitangefochten (Devolutiveffekt; vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4). Insoweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung verlangt, ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde daher nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin hat bereits als beschwerdeführende Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen ( Art. 115 lit. a BGG ). Ausserdem hat die Beschwerdeführerin ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Urteils ( Art. 115 lit. b BGG ), da sie als zweitplatzierte Anbieterin des Vergabeverfahrens eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.1; Urteile 2C\_576/2022 vom 3. August 2023 E. 1.3; 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3). Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist einzutreten.

#### **E. 2**

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 116 BGG ).

#### **E. 2.1**

Ausgeschlossen ist die Rüge der Missachtung von einfachem Gesetzes- und Konkordatsrecht. Deshalb kann unter anderem die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebots und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht selbständig gerügt werden. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (vgl. Urteile 2C\_576/2022 vom 3. August 2023 E. 2.1; 2D\_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1; 2D\_46/2020 vom 8. März 2021 E. 2.1). Hingegen ist die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung zulässig, da die Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (vgl. BGE 125 II 86 E. 4; Urteile 2C\_576/2022 vom 3. August 2023 E. 2.2; 2D\_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1; vgl. auch E. 4.2 hiernach).

#### **E. 2.2**

Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1 ; 143 I 1 E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 118 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerinnen seien in willkürlicher Weise nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, obwohl sie ein Eignungskriterium nicht erfüllt hätten.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Ausschreibungsunterlagen sähen als Eignungskriterium "E3" vor, dass der Baustellenchef mindestens zehn Jahre Erfahrung im Untertagbau aufweisen müsse. Die Beschwerdegegnerinnen hätten in ihrem Angebot einen Baustellenchef bezeichnet, der im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots am 29. September 2023 noch nicht bei ihnen angestellt gewesen sei. Die Anstellung sei unbestrittenermassen erst per 1. November 2023 erfolgt. Die Beschwerdegegnerinnen hätten zwar erst mit dem Beschluss des Regierungsrats vom 4. Dezember 2023 den Zuschlag erhalten. Jedoch hätten sie im Zeitpunkt der Offerteinreichung demnach nicht über einen Baustellenchef mit mindestens zehn Jahren Erfahrungen verfügt. Wenn die Erfüllung der Eignungskriterien bis zum Zeitpunkt des Entscheids über den Zuschlag zugelassen werde, so die Beschwerdeführerin weiter, hänge es vom Zufall oder vom Verhalten der Vergabebehörde ab, ob im massgeblichen Zeitpunkt die Eignungskriterien erfüllt seien. Die vorinstanzliche Auffassung, wonach es ausreiche, wenn im Zeitpunkt des Zuschlags die Eignungskriterien erfüllt seien, erweise sich als willkürlich. Vielmehr sei auf den Zeitpunkt der Einreichung der Angebote abzustellen, da diesbezüglich in der Regel eine klare Eingabefrist gelte, womit sämtliche Anbieterinnen gleichbehandelt würden.

#### **E. 3.2**

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 ; 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 7.1; 139 II 489 E. 2.2.4).

##### **E. 3.2.1**

Wie bereits dargelegt (vgl. E. 1.1.3 hiervoor), gilt nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Grundsatz, dass die Eignungskriterien spätestens im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids erfüllt sein müssen. Aus der Ausschreibung kann sich aber Gegenteiliges ergeben, soweit die Vergabebehörde solches in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich anordnet oder sich solches aus einer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen klar ergibt (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3; Urteile 2C\_608/2021 vom 11. Mai 2022 E. 4.4.4; 2C\_159/2021 vom 11. Mai 2022 E. 3.4.5; 2C\_718/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4; 2C\_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4; 2D\_17/2020 vom 30.

November 2020 E. 1.2.5; 2C\_42/2020 vom 23. Oktober 2020 E. 1.6; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.1 ff.).

### **E. 3.2.2**

Die Ausschreibungsunterlagen sind - namentlich bei unklar formulierten Kriterien - derart auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle (vgl. Art. 56 Abs. 3 und Abs. 4 IVöB ) - unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteile 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2).

### **E. 3.2.3**

Die Grenzen des rechtlich Zulässigen werden unter anderem auch durch die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen und die dort verankerten Anforderungen vorgegeben (vgl. Urteil 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2 i.f.). Ausserdem sind die dem Submissionsrecht zugrunde liegenden Anliegen der Gleichbehandlung der Anbieterinnen, der Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zu beachten (vgl. Urteil 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2.5). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den beteiligten Personen verstanden worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteile 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, nicht publ. in: BGE 141 II 177 ).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hält fest, die Ausschreibungsunterlagen sähen als Eignungskriterium "E3" unter anderem vor, dass der Baustellenchef mindestens zehn Jahre Erfahrung im Untertagbau vorweisen könne. Hinweise oder Vorgaben dazu, im welchem Zeitpunkt wesentliche Elemente für die Auftragserfüllung vorhanden oder nachgewiesen sein müssten, fehlten in den Ausschreibungsunterlagen. Vorliegend sei in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass der von den Beschwerdegegnerinnen im Angebot genannte Baustellenchef im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots am 29. September 2023 noch nicht bei ihnen angestellt gewesen sei, sondern das Arbeitsverhältnis erst per 1. November 2023 angetreten habe. Im Zeitpunkt des Zuschlags am 4. Dezember 2023 hätten die Beschwerdegegnerinnen das Eignungskriterium "E3" demnach erfüllt. Es gäbe keine Gründe, die Beschwerdegegnerinnen vom Vergabeverfahren auszuschliessen, zumal nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Erfüllung eines Eignungskriteriums im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids genüge und sich aus den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes ergebe (vgl. E. 3 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.4**

Die vorinstanzliche Würdigung ist unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden (zur Willkür in der Rechtsanwendung siehe E. 4.2 hiernach).

### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz greift die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Zeitpunkt, in dem die Eignungskriterien zu erfüllen sind, zutreffend auf und fällt ein auf dieser Linie liegendes Urteil. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Anwendung dieser Rechtsprechung zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Anbieterinnen führe, vermag nicht zu überzeugen. Soweit die Eignungskriterien aufgrund von Unklarheiten in der Ausschreibung auszulegen sind, ist zwar dem Anliegen der Gleichbehandlung der Anbieterinnen im Rahmen der Auslegung Nachachtung zu verschaffen (vgl. E. 3.2.3 hiervor). Die Beschwerdeführerin macht allerdings nicht geltend, dass die Vorinstanz nicht gleichermassen alle eingereichten Angebote auf deren Konformität mit den in der Ausschreibung genannten Kriterien im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids überprüft hätte. Eine offenkundige Ungleichbehandlung im Sinne des Willkürverbots läge zumindest dann vor, wenn die Vorinstanz dasselbe Kriterium bei den verschiedenen Anbieterinnen zu unterschiedlichen Zeitpunkten beurteilen würde, sodass beispielsweise eine Anbieterin ein Eignungskriterium im Zeitpunkt der Offerteinreichung, eine andere indes erst im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids zu erfüllen hat. Solches ist aber weder ersichtlich noch wird es von der Beschwerdeführerin hinreichend dargetan.

### **E. 3.4.2**

Überdies bezeichneten die Beschwerdegegnerinnen bereits im Rahmen ihres fristgerecht eingereichten Angebots den Baustellenchef. Im Zeitpunkt der Offerteinreichung war demnach bekannt, wer der Baustellenchef der Beschwerdegegnerinnen im Sinne des Eignungskriteriums "E3" sein wird. Es liegt somit auch keine unzulässige nachträgliche Änderung des Angebots vor (vgl. dazu Urteil 2D\_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 4). Die Beschwerdegegnerinnen trugen infolgedessen das Risiko, im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids das Eignungskriterium "E3" nicht zu erfüllen und vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Demgegenüber entstand den anderen Anbieterinnen - namentlich der Beschwerdeführerin - daraus kein Nachteil. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist keine willkürliche Missachtung des submissionsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieterinnen zu erkennen.

### **E. 3.5**

Nach dem Dargelegten ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Eignungskriterien im Allgemeinen und das vorliegend massgebende Eignungskriterium "E3" im Besonderen im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids am 4. Dezember 2023 erfüllt sein musste, unter dem Blickwinkel des Willkürverbots nicht zu beanstanden.

Damit ist auch die sachverhaltliche Kritik der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz hätte abklären müssen, ob der Baustellenchef im Zeitpunkt der Offerteinreichung bereits arbeitsvertraglich an die Beschwerdegegnerinnen gebunden gewesen und lediglich der Arbeitsantritt auf den 1. November 2023 gefallen sei, für den Ausgang des Verfahrens nicht von Belang (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG). Soweit die Beschwerdeführerin in tatsächlicher Hinsicht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses per 1. November 2023 pauschal infrage stellt, vermag sie auch keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung aufzuzeigen. Die Vorinstanz nimmt keine unhaltbare Beweiswürdigung vor, indem sie für die Ermittlung des Anstellungsbeginns auf die Angaben des mit der Offerte eingereichten Lebenslaufs des Baustellenchefs abstellt (zur unhaltbaren Beweiswürdigung siehe BGE 140 III 264 E. 2.3).

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die Vorinstanz habe die von der Vergabebehörde vorgenommene Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien in Verletzung des Willkürverbots bestätigt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerinnen hätten gewisse Kosten von einer nach Einheitspreisen vergüteten Position in Globalpreispositionen umgelagert. Bei willkürfreier Anwendung des Submissionsrechts hätten die Beschwerdegegnerinnen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen oder ihnen diesbezüglich zumindest Punkte abgezogen werden müssen. Ausserdem habe die Vergabebehörde bei der Beschwerdeführerin in unhaltbarer Weise eine Umlagerung angenommen und Punkte abgezogen. Ausserdem habe die Vergabebehörde eine willkürliche Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" sowie des Unterkriteriums "Erfahrungen des Tiefbauamts mit der Anbieterin" vorgenommen. Indem die Vorinstanz das Vorgehen der Vergabebehörde geschützt und den Zuschlagsentscheid bestätigt habe, verletze sie das Willkürverbot von Art. 9 BV .

#### **E. 4.2**

Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offenbar unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (vgl. BGE 148 III 95 E. 4.1 ; 144 I 113 E. 7.1; 142 II 369 E. 4.3).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche vorinstanzliche Würdigung der Position "längeres Vorhalten".

##### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz erläutert in diesem Zusammenhang zunächst, im Untertagbau trage der Bauherr das Baugrundrisiko. Damit die Anbieterinnen den Risiken einer längeren Bauzeit in der Kalkulation Rechnung tragen könnten, sei eine vertragliche Zuordnung erforderlich. Deshalb sei im Leistungsverzeichnis bei insgesamt 43 Positionen das längere respektive kürzere Vorhalten der einzelnen Installationen (z. B. Container, Vortriebseinrichtungen, Gewölbeschalwagen etc.) mit einer Vorhaltedauer von drei Monaten berücksichtigt. Die Vorinstanz stellt sodann fest, dass die Beschwerdegegnerinnen für das längere Vorhalten einen Betrag von Fr. 26'664.95 offeriert hätten, während die Beschwerdeführerin dafür einen Betrag von Fr. 738'950.15 eingesetzt habe (vgl. E. 4.3.3 des angefochtenen Urteils).

Die Vorinstanz erwägt sodann, dass der betragsliche Unterschied zwar den Verdacht für eine Umlagerung respektive eine falsche Zuweisung der jeweiligen Kosten begründe. Vorliegend könne der Verdacht jedoch entkräftet werden, da der Grund für den Unterschied klar ersichtlich sei: Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin, die das "längere Vorhalten" über eine Monatsmiete berechnet habe, hätten die Beschwerdegegnerinnen ein Amortisationsmodell anhand der Bauzeitmiete über die kalkulierte Bauzeit verwendet. Die Beschwerdegegnerinnen hätten der Vergabebehörde die Berechnungsmethode von Anfang an transparent dargestellt (vgl. E. 4.3.3 f. des angefochtenen Urteils).

##### **E. 4.3.2**

Diese vorinstanzliche Würdigung erweist sich nicht als willkürlich: Wie die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots zu Recht festhält, hängt die Berechnung der Kosten einer längeren Bauzeit von diversen Faktoren ab. Soweit die Ausschreibung keine Vorgabe enthält, fällt es in die unternehmerische Freiheit, festzulegen, wie diese Faktoren zu bewerten und anhand welcher Methode die Kosten zu berechnen sind. Der Vergabebehörde muss es allerdings möglich sein, die Berechnung nachzuvollziehen und die ermittelten Werte mit den anderen Angeboten objektiv zu vergleichen (zur Bereinigung von Angeboten zwecks Vergleichbarkeit siehe z. B. Urteil 2D\_16/2021 vom 17. August 2021 E. 3.4). Dass diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt seien, macht die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend geltend. Ebenso zeigt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend auf, dass sich der Ausschreibung hinsichtlich der Berechnungsmethode für die Position "längeres Vorhalten" eine Vorgabe entnehmen lässt, die die Vorinstanz in willkürlicher Weise ausser Acht gelassen hat. Der Beschwerdeführerin gelingt es im Lichte der von den Beschwerdegegnerinnen transparent dargelegten Berechnungsmethode nicht, aufzuzeigen, dass die vorinstanzliche Würdigung unhaltbar ist und die Vorinstanz die Beschwerdegegnerinnen aufgrund einer "Preisspekulation" bei der Position "längeres Vorhalten" vom Vergabeverfahren hätte ausschliessen respektive Punkte hätte abziehen müssen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin kritisiert sodann, dass ihr für eine angeblich intransparente Umlagerung von Kosten in der Position NPK 113 "Baustelleneinrichtung" Punkte beim Kriterium "Plausibilität des Angebots" abgezogen worden seien. Die Vorinstanz bestätige diesen Punkteabzug in unhaltbarer Weise und ohne Begründung.

##### **E. 4.4.1**

Die Vorinstanz hält fest, die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot für die Position "Baustelleninstallationen/-einrichtungen" einen Betrag von Fr. 11'128'007.40 eingesetzt und davon 47 % der Unterposition "Allgemeine Installationsglobale" zugewiesen. Demgegenüber hätten die Beschwerdegegnerinnen in dieser Position einen Betrag in der Höhe von Fr. 9'246'053.60 vorgesehen und davon der (globalen) Unterposition lediglich 2 % zugeteilt. Die Vorinstanz erwägt vor diesem Hintergrund, dass das Angebot der Beschwerdeführerin für die Unterposition "Allgemeine Installationsglobale" einen unverhältnismässig hohen und nicht erklärbaren Betrag - gemessen am Gesamtpreis - ausweise (vgl. E. 8.2 des angefochtenen Urteils). Der Punkteabzug beim Kriterium "Plausibilität des Angebots" sei angezeigt, womit das Vorgehen der Vergabebehörde zu bestätigen sei (vgl. E. 8.3 des angefochtenen Urteils).

##### **E. 4.4.2**

Die vorinstanzliche Würdigung, wonach eine Umlagerung von Kosten in die globale Unterposition offenkundig sei, ist angesichts der klaren Beträge unter dem Blickwinkel des Willkürverbots im Ergebnis nicht zu beanstanden. Vom Gesamtbetrag von Fr. 11'128'007.40 bei der Position "Baustelleninstallationen/-einrichtungen" hat die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen Fr. 5'183'354.45 - d. h. rund 47 % - der Unterposition "Allgemeine Installationsglobale" zugewiesen. Vor Bundesgericht zeigt die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar auf, weshalb die Vorinstanz hätte erkennen müssen, dass die Beschwerdeführerin die Aufteilung der Position transparent erläutert habe. Die Hinweise der Beschwerdeführerin, der Vergabebehörde sei durch die betraglich hohe

Unterposition "Allgemeine Installationsglobale" kein Mehrkostenrisiko entstanden und die Unterposition lasse keine Rückschlüsse auf die Qualität des Angebots zu, haben keinen direkten inhaltlichen Zusammenhang zur hier zu beurteilenden Plausibilität des Angebots. Der Punkteabzug beim Kriterium "Plausibilität des Angebots" erweist sich nicht als willkürlich.

#### **E. 4.4.3**

Der Vorinstanz ist somit keine willkürliche Bestätigung des Punkteabzugs vorzuwerfen. Nicht zu erkennen ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin im Übrigen, dass dieser Punkteabzug beim Kriterium "Plausibilität des Angebots" in eine unzulässige Preisbewertung mündet. Die Vorinstanz bestätigt den Punkteabzug mit der Begründung, für die Vergabebehörde sei der Anteil der Unterposition an der gesamten Position im Umfang von 47 % nicht nachvollziehbar, womit es an der Zuordenbarkeit mangle (vgl. E. 9.3 des angefochtenen Urteils). Dass die Beschwerdegegnerinnen bei der Position "Baustelleninstallationen/-einrichtungen" insgesamt einen tieferen Betrag als die Beschwerdeführerin eingesetzt haben, ist für die vorinstanzliche Begründung des Punkteabzugs nicht ausschlaggebend. Die Vorinstanz hat somit keine Preisbewertung vorgenommen. Insofern geht auch der Vorwurf fehl, die Vorinstanz habe den Punkteabzug nicht rechtsgenügend begründet.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin beanstandet im Weiteren, dass sie beim Kriterium "Erfahrungen des Tiefbauamts mit der Anbieterin" nicht mehr Punkte erhalten habe als die Beschwerdegegnerinnen. Aus dem Bewertungsraster ergebe sich, dass die Vergabebehörde mit der Beschwerdeführerin positive Erfahrungen gemacht habe, während ihr in Bezug auf die Beschwerdegegnerinnen jegliche Erfahrungen fehlten. Dennoch seien beide Angebot diesbezüglich mit drei Punkten bewertet worden. Es liege eine willkürliche Verletzung des Transparenzprinzips vor.

#### **E. 4.5.1**

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen aufgrund des Transparenzprinzips die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden und dürfen angesichts des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung grundsätzlich nicht nachträglich geändert werden (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.7 ; 130 I 241 E. 5.1; 125 II 86 E. 7c; Urteile 2D\_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 5.3; 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ; zur Ausnahme von diesem Grundsatz siehe BGE 141 II 353 E. 7.3; Urteil 2C\_1055/2022 vom 21. Juli 2023 E. 1.3.2).

#### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz erwägt, laut der gefestigten Praxis der Vergabebehörde werde den Anbieterinnen bei diesem Kriterium standardmässig drei Punkte verteilt. Damit eine Anbieterin in diesem Aspekt besser oder schlechter bewertet würde, bedürfe es beispielsweise (mittels Protokoll) dokumentierter Erfahrungen, die dem Unternehmen schriftlich kommuniziert worden seien. Sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für die Beschwerdegegnerinnen lägen keine schriftlich dokumentierten Erfahrungen vor, womit praxismässig keine "Besser- oder Schlechterbewertung" möglich werde (E. 6.3 des angefochtenen Urteils).

#### **E. 4.5.3**

Was die Beschwerdeführerin gegen diese Erwägung vorträgt, vermag keine Willkür darzutun. Weder verzichtet die Vorinstanz im Sinne einer nachträglichen Änderung der Ausschreibung faktisch auf die Anwendung des Zuschlagskriteriums "Erfahrungen des Tiefbauamts mit der Anbieterin" noch wendet sie das Zuschlagskriterium als solches in Verletzung des submissionsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieterinnen an. Vielmehr bewertet die Vorinstanz die Angebote der Anbieterin mit Blick auf dieses Kriterium anhand nachvollziehbarer und rechtsgleicher Vorgaben. Dass die Vorinstanz nicht das blosse Vorliegen von Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit einer Anbieterin für eine bessere Bewertung genügen lässt, sondern darüber hinaus in Bestätigung des Vorgehens der Vergabebehörde dokumentierte Erfahrungen verlangt, begründet keine willkürliche Rechtsverletzung. Vielmehr liegt diese Praxis im pflichtgemäss ausgeübten Ermessen der Vergabebehörde (vgl. Art. 56 Abs. 4 IVöB).

#### **E. 4.6**

Nach dem Dargelegten vermag die Beschwerdeführerin keine willkürliche Bewertung der Angebote aufzuzeigen. Das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nicht einzutreten.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet, da die Vergabebehörde in ihrem amtlichen Wirkungskreis tätig ist ( Art. 68 Abs. 3 BGG ) und die Beschwerdegegnerinnen im bundesgerichtlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten sind und sich auch nicht vernehmen liessen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.