

# **BGer 2C\_608/2021 vom 11. Mai 2022**

Bundesgericht, 2022-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_608\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_608_2021)

FR: TF 2C\_608/2021 du 11 mai 2022

IT: TF 2C\_608/2021 del 11 maggio 2022

## **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 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

#### **E. 1.1**

Die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ( Art. 83 lit. f BGG ). Die Beschwerdeführerin ist bereits im kantonalen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie als zweitplatzierte Anbieterin mit der zweitgünstigsten Offerte des Vergabeverfahrens durch das angefochtene Urteil, das die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin bestätigt, in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.8). Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.2**

Gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG in der Fassung vom 1. Januar 2021 ist auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig, wenn 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. Massgebend ist vorliegend nicht bloss der Wert der vergebenen Elektroinstallationen, sondern der Gesamtwert des Auftrags.

Im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde beim Bundesgericht am 5. August 2021 hat der massgebende Schwellenwert für den Gesamtwert der Bauleistungen Fr. 2 Mio. betragen (vgl. Anhang 4 Ziffer 2 BöB). Die Beschwerdeführerin legt substantiiert dar, dass sich der Gesamtwert der vergebenen Bauleistungen auf rund Fr. 45 Mio. belief. Die vorliegend umstrittene Vergabe im Betrag von Fr. 1'572'377.55 sei lediglich ein Bestandteil davon. Diese Ausführungen der Beschwerdeführerin werden von der Vergabebehörde und der Beschwerdegegnerin nicht infrage gestellt. Der Schwellenwert im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG wird folglich überschritten.

#### **E. 1.3**

Für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat sich überdies eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu stellen ( Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ). Dabei 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 Beantwortung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach 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; 141 II 14 E. 1.2.2.1 ; 138 I 143 E. 1.1.2; 133 II 396 E. 2.2).

### **E. 1.3.1**

Als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG möchte die Beschwerdeführerin beantwortet wissen, ob die Zuschlagserteilung - anstelle eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren - erfolgen dürfe, obwohl nachgewiesen sei, dass ein Mitglied der Zuschlagsempfängerin in mindestens zwei Fällen im Jahr 2019 einen Gesamtarbeitsvertrag verletzt habe und gegen dieses Mitglied der Arbeitsgemeinschaft am 18. Februar 2021 ein Verfahren wegen Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen eingeleitet worden sei. Es stelle sich in diesem Zusammenhang die Frage, so die Beschwerdeführerin weiter, ob es massgebend sei, dass kein rechtskräftiger Entscheid vorliege, in dem festgestellt werde, dass die Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen nicht eingehalten worden seien.

Die Beschwerdeführerin wirft damit die Frage auf, inwieweit sich die Nichteinhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung und des kantonalen Rechtsmittelentscheids konkretisiert haben müsste, damit ein Ausschluss der betreffenden Anbieterin aus dem Vergabeverfahren erfolgen dürfe. Die Beschwerdeführerin zeigt hierzu auf, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren Urkundenbeweise eingereicht habe, die nachweisen würden, dass die D.\_\_\_\_\_ AG bei zwei Arbeitnehmenden im Jahr 2019 gegen die Mindestlohnvorschriften des Gesamtarbeitsvertrags der Schweizerischen Elektrobranche verstossen habe. Ausserdem habe sie die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass die Paritätische Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche gegen die D.\_\_\_\_\_ AG ein Verfahren eingeleitet habe.

### **E. 1.3.2**

Das Bundesgericht hat sich mit dieser Thematik bis anhin nicht eingehend befasst (zum Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen einer strafrechtlichen Verurteilung vgl. Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5). Ausserdem stellt die vorliegend massgebende Konstellation, in der während eines Vergabeverfahrens und darauffolgenden Rechtsmittelverfahrens ebenfalls ein Verfahren wegen Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen sowie Arbeitsbedingungen hängig ist, keinen Einzelfall dar. Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist für die Praxis wegleitend und ruft von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung. Ferner hat die Beschwerdeführerin aufgrund der aktenkundigen Urkundenbeweise ein konkretes Interesse an der Beantwortung der unterbreiteten Grundsatzfrage (zum fehlenden Rechtsschutzinteresse an einer bloss abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage vgl. Urteile 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1; 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 1.2.1; 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.1).

### **E. 1.3.3**

Unter dem Blickwinkel von Art. 83 lit. f BGG erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten daher als zulässig, was die eventualiter erhobene

subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausschliesst ( Art. 113 BGG ).

#### **E. 1.4**

Die Vergabebehörde und die Beschwerdegegnerin schlossen am 22. Juli 2021 den Vertrag über die vergebenen Arbeiten ab (vgl. Bst. C.a hiervor). Zwar wird die Gültigkeit dieses Vertrags durch eine allfällige Gutheissung der Beschwerde nicht berührt, doch behält die Beschwerdeführerin insofern ein aktuelles und praktisches Interesse am Verfahren, als das Bundesgericht aufgrund von Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) in diesem Fall die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids feststellen kann (vgl. Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB; SR 172.056.5; AS 2003 196 ff.; BR 803.510] i.V.m. Ziff. 1 des Beschlusses des Grossen Rats des Kantons Graubünden über den Beitritt des Kantons Graubünden zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [BR 803.500]; vgl. auch BGE 125 II 86 E. 5b; Urteil 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.3.2; nicht anwendbar ist vorliegend die IVöB vom 15. November 2019). Das subeventualiter gestellte Feststellungsbegehren ist demnach zulässig und tritt an die Stelle des Hauptbegehrens, mit dem der Zuschlag an die Beschwerdeführerin erwirkt werden sollte.

#### **E. 1.5**

Soweit mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Aufhebung des Urteils vom 24. Juni 2021 verlangt wird, richtet sie sich gegen das kantonal letztinstanzliche ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessende ( Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 86 Abs. 2 BGG ). Nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet hingegen die Zuschlagsverfügung vom 4. Februar 2021. Diese ist durch das angefochtene Urteil vom 24. Juni 2021 ersetzt worden. Sie gilt inhaltlich als mitangefochten (Devolutiveffekt; vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist folglich im Umfang des Feststellungsbegehrens einzutreten, soweit sie sich gegen das Urteil vom 24. Juni 2021 richtet.

#### **E. 2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten können Rechtsverletzungen nach Art. 95 BGG gerügt werden. Dazu zählen Verstösse gegen das Bundes- und Völkerrecht sowie gegen das interkantonale Recht ( Art. 95 lit. a, lit. b und lit. e BGG ). Abgesehen von den vorliegend nicht einschlägigen Fällen von Art. 95 lit. c und lit. d BGG wird die Anwendung des kantonalen Rechts nur daraufhin überprüft, ob sie Bundes-, Völker- oder interkantonales Recht verletzt. Im Vordergrund steht dabei eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, wozu der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV oder das Willkürverbot nach Art. 9 BV zählen (vgl. BGE 142 V 94 E. 1.3 ; 138 I 143 E. 2).

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten sowie von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde

vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( 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 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 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt es den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im bundesgerichtlichen Verfahren nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Echte Noven sind in jedem Fall unzulässig. Folglich bleiben Tatsachen und Beweismittel unberücksichtigt, die erst nach dem angefochtenen Urteil entstanden sind und somit nicht durch diesen veranlasst worden sein können (vgl. BGE 143 V 19 E. 1.2; 133 IV 342 E. 2.1). Die Beschwerdegegnerin reicht im Rahmen ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung ein Schreiben der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche vom 7. September 2021 ein. Dieses Schreiben entstand erst nach dem angefochtenen Urteil vom 24. Juni 2021. Es handelt sich folglich um ein echtes Novum, das im bundesgerichtlichen Verfahren unbeachtlich ist.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die zu einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung und in der Folge zur Missachtung des Grundsatzes von Art. 11 lit. e IVöB geführt habe.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, die Beschwerdegegnerin, die den Zuschlag erhalten habe, hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil ein Mitglied der Arbeitsgemeinschaft die Arbeitsbedingungen nicht einhalte. Gegen die D. \_\_\_\_\_ AG, welche Mitglied der Beschwerdegegnerin (ARGE B. \_\_\_\_\_) sei, sei vor der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche ein Verfahren betreffend Lohnbuchkontrolle hängig. Die D. \_\_\_\_\_ AG habe in mindestens zwei Fällen im Jahr 2019 nachweislich die Mindestlohnvorschriften gemäss dem für sie geltenden Gesamtarbeitsvertrag der Schweizerischen Elektrobranche missachtet. Die Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz auf das hängige Verfahren vor der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche in der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde hingewiesen. Die Vorinstanz habe es aber unterlassen, die Paritätische Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche unter anderem anzufragen, ob gegen die D. \_\_\_\_\_ AG ein Verfahren betreffend Lohnbuchkontrolle eingeleitet worden sei, ob dieses Verfahren noch hängig sei oder ob es mit oder ohne Sanktionen beendet worden sei. Alsdann habe die Vorinstanz auch versäumt, die Akten dieses Verfahrens beizuziehen, um sich ein konkretes Bild in der Sache zu machen. Sie, die Beschwerdeführerin, habe die entsprechenden Verfahrensanträge im vorinstanzlichen Verfahren gestellt.

Trotz dieser hängigen Lohnbuchkontrolle und trotz Nachweis der Verletzung der Arbeitsbedingungen bezüglich mindestens zwei Arbeitnehmenden im Jahr 2019, so die Beschwerdeführerin weiter, habe die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und die Zuschlagsverfügung vom 4. Februar 2021 zugunsten der Beschwerdegegnerin nicht aufgehoben. Nach Auffassung der

Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ihrem Urteil mit diesem Vorgehen einen unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt und entscheidrelevante Beweismittel nicht berücksichtigt. Aufgrund dieser formellen Fehler habe die Vorinstanz dem allgemeinen Grundsatz von Art. 11 lit. e IVöB, wonach die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen bei der Vergabe von Aufträgen zu beachten sind, nicht ausreichend Nachachtung verschafft.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.2).

##### **E. 4.2.1**

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3; 136 I 265 E. 3.2; 135 II 286 E. 5.1).

##### **E. 4.2.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt insbesondere, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und - soweit entscheidrelevant - in der Entscheidfindung berücksichtigt (vgl. BGE 135 III 670 E. 3.3.1; 129 I 232 E. 3.2). Insoweit der Anspruch auf rechtliches Gehör der Sachaufklärung dient, können zugleich auch (allfällige) Sachverhaltsrügen beurteilt werden (vgl. Urteile 2C\_26/2021 vom 20. August 2021 E. 4.1.2; 2C\_852/2020 vom 14. Januar 2021 E. 3.3; 2C\_828/2020 vom 24. November 2020 E. 3.3).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz erwog, nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die D.\_\_\_\_\_ AG in der Vergangenheit in Bezug auf zwei Arbeitnehmende den Gesamtarbeitsvertrag verletzt. Als Beweis hierfür habe die Beschwerdeführerin zwei Arbeitsverträge und Lohnabrechnungen der betroffenen Mitarbeitenden eingereicht (vgl. E. 6.2 des angefochtenen Urteils mit Hinweis auf act. 32-36). Die Vorinstanz wies alsdann darauf hin, sie habe sich erst kürzlich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren U 20 75 zu diesem Thema geäussert (vgl. dazu Urteil 2C\_159/2021 vom 11. Mai 2022 E. 3.3) und festgehalten, dass die Tatsache eines hängigen Verfahrens vor der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche nicht automatisch zum Ausschluss der betroffenen Anbieterin vom Vergabeverfahren führe. Die Vergabebehörde verhalte sich korrekt, wenn sie bei einer bloss hängigen Kontrolle - unabhängig davon, ob diese bei der Vergabe bereits angehoben gewesen sei oder nicht - von der Richtigkeit der Selbstdeklaration ausgehe. Anders verhalte es sich hingegen dann, wenn eine rechtskräftige Verurteilung vorläge (vgl. E. 6.4 des angefochtenen Urteils).

#### **E. 4.4**

Art. 11 lit. e IVöB verlangt als allgemeiner Grundsatz, dass bei der Vergabe von Aufträgen die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beachten sind.

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

Das kantonale Recht konkretisiert diesen interkantonalrechtlich geregelten Grundsatz (vgl. auch BGE 140 II 447 E. 5.3) : Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG/GR; BR 803.300) stellt der Auftraggeber im Rahmen einer Selbstdeklaration sicher, dass der Anbieter die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhält. Als Arbeitsschutzbestimmungen gelten insbesondere Erlasse über den Arbeitnehmerschutz und über die Unfallversicherung (vgl. Art. 11 Abs. 1 SubG/GR). Als Arbeitsbedingungen gelten insbesondere die Vorschriften der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften (vgl. Art. 11 Abs. 2 SubG/GR).

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

Die Beschwerdeführerin vertrat im vorinstanzlichen Verfahren den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin, die den Zuschlag erhalten hatte, hätte die Arbeitsbedingungen nicht eingehalten. Die Beschwerdeführerin substantiierte ihren Standpunkt, indem sie anhand von zwei Arbeitsverträgen und den Lohnabrechnungen aufzuzeigen versuchte, dass die D.\_\_\_\_\_ AG bei zwei Arbeitnehmenden im Jahr 2019 Löhne bezahlt habe, die unter dem Mindestlohn gemäss dem damals geltenden Gesamtarbeitsvertrag lägen. Die Vorinstanz erwähnte im angefochtenen Urteil zwar die eingereichten Beweismittel (Arbeitsverträge und Lohnabrechnungen; vgl. E. 6.2 des angefochtenen Urteils). Sie bezog diese indes nicht in eine rechtliche Würdigung mit ein, sondern begnügte sich mit dem Hinweis, nach ihrer kantonalen Gerichtspraxis führe die Tatsache eines hängigen Verfahrens vor der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche nicht automatisch zum Ausschluss der betroffenen Anbieterin vom Vergabeverfahren (vgl. E. 6.4 des angefochtenen Urteils).

##### **E. 4.4.3**

Das vorinstanzliche Vorgehen steht im Widerspruch zum Anspruch der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz die Vorbringen tatsächlich zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und - soweit entscheidrelevant - in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen hat (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV ). Es greift zu kurz, wenn die Vorinstanz erwägt, die Vergabebehörde habe bei einer bloss hängigen Lohnbuchkontrolle von der Richtigkeit der Selbstdeklaration ausgehen dürfen (vgl. E. 6.4 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz hat als einzige und letzte kantonale gerichtliche Instanz den Sachverhalt frei zu prüfen und das Recht von Amtes wegen anzuwenden (vgl. Art. 110 BGG ; Art. 16 Abs. 1 lit. b IVöB ). Die Vorinstanz kann sich demnach nicht darauf beschränken, lediglich zu überprüfen, ob die Vergabebehörde im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung Anhaltspunkte hatte, die gegen die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die Beschwerdegegnerin gesprochen hätten. Vielmehr muss sie das Eignungskriterium im Sinne von Art. 11 lit. e IVöB in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 lit. a SubG/GR sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht eigenständig prüfen und die Beschwerdegegnerin gegebenenfalls gestützt auf Art. 22 lit. e oder lit. g SubG/GR vom Vergabeverfahren ausschliessen. Dies

muss insbesondere in der vorliegenden Angelegenheit gelten, in der die Beschwerdeführerin auf das hängige Kontrollverfahren vor der Paritätischen Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche hinweist und substantiiert geltend macht, die Beschwerdegegnerin habe in zwei Fällen im Jahr 2019 - mithin vor der Zuschlagserteilung am 4. Februar 2021 - die Arbeitsbedingungen nicht eingehalten.

#### **E. 4.4.4**

Im Grundsatz hat die Vergabebehörde zu prüfen, ob im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids die Eignungskriterien - vorliegend unter anderem die Einhaltung der Arbeitsbedingungen - erfüllt sind (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3; Urteile 2C\_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4; 2D\_17/2020 vom 30. November 2020 E. 1.2.3 ff.; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.1). Die Paritätische Landeskommission der Schweizerischen Elektrobranche ist zwar für die Durchführung und den Vollzug des Gesamtarbeitsvertrags zuständig. Die Prüfung der Eignungskriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens hat sie indes nicht vorzunehmen. Insofern bedarf es auch nicht zwingend eines rechtskräftigen Entscheids, der die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen feststellt, um die Einhaltung des entsprechenden Eignungskriteriums zu beurteilen (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 513 ff.). Davon abzugrenzen ist der vorliegend nicht einschlägige Ausschlussgrund von Art. 22 lit. 1 SubG/GR, wonach eine Anbieterin vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist, wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung von anderen Aufträgen strafrechtlich verurteilt worden ist (vgl. Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5). Dem Ausschlusserfordernis der strafrechtlichen Verurteilung ist inhärent, dass ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt. Im Lichte des Gesagten kann sich die Vorinstanz nicht mit der Erwägung begnügen, die Vergabebehörde verhalte sich korrekt, wenn diese bei einer bloss hängigen Kontrolle von der Richtigkeit der Selbstdeklaration ausgehe.

#### **E. 4.4.5**

Aufgrund der Umstände der vorliegenden Angelegenheit durfte die Vorinstanz somit nicht ohne Weiteres auf die Selbstdeklaration der Beschwerdegegnerin abstellen, worin diese bestätigt, die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einzuhalten. Zwar kann vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die Selbstdeklarationen in den Offerten in jedem Detailpunkt verifiziert werden. Die Vergabebehörde darf sich bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass die Anbieterin ihren Pflichten nachkommt und deren Angaben der Wahrheit entsprechen, solange keine konkrete gegenteilige Hinweise bestehen (vgl. Urteil 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3). Demgegenüber hat die kantonale Rechtsmittelinstanz jedenfalls auf entsprechende Vorbringen hin eine Überprüfung dieser Angaben vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin lieferte mit den zwei Arbeitsverträgen und den Lohnabrechnungen substantiierte und konkrete Anhaltspunkte, die die Angaben in der Selbstdeklaration zumindest infrage stellten. Die Vorinstanz hätte daher die Angaben in der Selbstdeklaration im Sinne von Art. 10 SubG/GR eingehend überprüfen und den Sachverhalt vollständig feststellen müssen, um dem allgemeinen Grundsatz von Art. 11 lit. e IVöB hinreichend Nachachtung zu verschaffen. Es liegt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 11 lit. e IVöB vor.

#### **E. 4.5**

Nach dem Dargelegten ist die Angelegenheit aufgrund formeller Mängel an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die

massgeblichen Bestimmungen betreffend Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eingehalten hat (vgl. Art. 22 lit. g SubG/GR; vgl. auch Art. 22 lit. e SubG/GR) oder allenfalls die Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin festzustellen (vgl. Bst. C.a und E. 1.4 hiavor).

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten wird. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten. Das Urteil vom 24. Juni 2021 ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist zur Prüfung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ). Der Vergabebehörde, die die Abweisung der Beschwerde in ihrem amtlichen Wirkungskreis beantragt hat, sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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