

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.132 vom 27. März 2020

BS Appellationsgericht, 2020-03-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.132

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.132 du 27 mars 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.132 del 27 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes kann gegen den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]). Der vorliegende Rekurs wurde innert der Frist von zehn Tagen nach Eröffnung des Zuschlags oder der schriftlichen Begründung (§ 30 Abs. 1 BeschG) eingereicht.

1.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG, SG 270.100]). Der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, genügt grundsätzlich nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 1.3.2, VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 1.2).

Aufgrund des eingereichten Angebots erfüllt die Rekurrentin diese Voraussetzung. Dass nun eine Zuschlagserteilung an die Rekurrentin infolge des Vertragsabschlusses der Vergabestelle mit der Beigeladenen nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde ausdrücklich auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]). Die Rekurrentin hat in ihrem Rekurs vom 19. Juli 2019 zwar lediglich beantragt, den Vergabeentscheid «nochmals zu prüfen». Nachdem das BVD mit der Rekursantwort mitgeteilt hat, dass der «Vertragsschluss mit der obsiegenden Mitbewerberin bzw. Beigeladenen [] aufgrund der Notwendigkeit der Projekt Fortsetzung unterdessen in die Wege geleitet» worden sei, hat die nunmehr anwaltlich vertretene Rekurrentin ihr Rechtsbegehren insoweit modifiziert, als nun die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabe vom 10. Juli 2019 beantragt wird. Auf den Rekurs ist somit einzutreten, wobei nach übereinstimmenden und zutreffenden Ausführungen der Parteien einzig noch die Rechtmässigkeit des Vergabeentscheids vom 10. Juli 2019 Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens bildet.

1.3 Das vorliegende Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine

Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

1.4 Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung gestellt. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.3).

1.5 Die Rekurrentin hält in ihrer Replik an ihrem Antrag auf Einsicht in die Separatbeilagen 3, 7 und 8 zur Rekursantwort fest und macht geltend, dass die Abweisung ihres Einsichtsgesuches eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle. Dem kann nicht gefolgt werden. Bei der vom Gesuch der Rekurrentin betroffenen Separatbeilage 3 handelt es sich um einen Teil der Offerte; die darin enthaltenen Unternehmensangaben wie etwa die Angabe der Kontaktperson, des Personalbestandes, des Unternehmensumsatzes und der Haftpflichtversicherung enthalten Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen. Eine Abgabe des Dokuments unter Abdeckung dieser Angaben ist nicht sinnvoll, da die dann nicht abgedeckten Angaben, insbesondere die auszufüllenden Rubriken, der Rekurrentin aufgrund ihrer eigenen Offerte ohnehin bereits bekannt sind. Die Separatbeilagen 7 und 8 enthalten detaillierte Angaben zu Referenzobjekten der Beigeladenen sowie zu ihrer internen Organisation, der Eigentümerstruktur und der Entwicklung des Unternehmens. Dabei handelt es sich ebenfalls um Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen (vgl. dazu VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019, E. 2.3; VGE VD.2015.3 vom 24. April 2015, E. 2.4.5; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 2.2). Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin konnte sich diese in der Replik zur Begründung des Zuschlagsentscheides einlässlich äussern. Das Bau- und Verkehrsdepartement hat in der Rekursantwort die wesentlichen Angaben, welche aus seiner Sicht die Rechtmässigkeit des Zuschlagsentscheides begründen, ausführlich und detailliert dargelegt. Dazu hat die Rekurrentin in der Replik vollumfänglich Stellung nehmen können. Die materielle Prüfung dieser Vorbringen obliegt nun dem Gericht. Somit liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

E. 2

Das Bau- und Verkehrsdepartement hat als Eignungsnachweis einen bereits ausgeführten, mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbaren Referenzauftrag des Anbieters verlangt, welcher in den letzten fünf Jahren ausgeführt wurde und einen Leistungsumfang von ca. CHF 1'100'000. im Bereich BKP 271 Gipsarbeiten und Trockenbau umfasst hat. Die Beigeladene hat diesbezüglich ausgeführte Arbeiten im Bereich «Nassputz, Trockenbau, Schall- und Brandschutz, Stuckaturen, Akustikdecken» bei der Sanierung einer Schule in Kanton C im Ausführungszeitraum 2015-2016 mit einem Auftragswert oberhalb des Grenzwertes gemäss der Ausschreibung angegeben. Aufgrund der Angaben in der Offerte ist davon auszugehen, dass dieser Referenzauftrag die in der Ausschreibung formulierten Voraussetzungen erfüllt.

Die Rekurrentin weist allerdings in ihrem Rekurs vom 19. Juli 2019 zutreffend darauf hin, dass die im Zuschlagsentscheid angegebene «B AG [...] D» mit Sitz in E BL

erst am 28. Februar 2018 im Handelsregister eingetragen worden ist. Da der Ausführungszeitraum des Referenzauftrags in die Jahre 2015-2016 fällt, steht fest, dass dieser Referenzauftrag nicht von der Beigeladenen selber erbracht worden sein kann. Es stellt sich die Frage, ob das Referenzobjekt dennoch der Beigeladenen angerechnet werden kann.

2.1 Das Bau- und Verkehrsdepartement hat diese Frage bejaht und mit dem engen wirtschaftlichen und personellen Zusammenhang der zur Groupe-B_____ Holding gehörenden Gesellschaften begründet, zu welcher auch die Beigeladene gehöre. Die Zweigniederlassungen und selbstständigen Gesellschaften seien in einer Konzernstruktur eingebunden und würden zueinander in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Der enge Bezug der Beigeladenen zur Holding und zu den anderen Gesellschaften sei in verschiedenen Dokumenten deutlich ersichtlich. Im Sinne einer angezeigten wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Anrechnung von Referenzobjekten mit einem inhaltlichen Anknüpfungsverständnis könnten daher vorliegende Referenzen einer anderen Gesellschaft innerhalb der Holding in die Beurteilung des Eignungsnachweises mit einfließen. Ein Ausschluss der Beigeladenen zufolge Ablehnung des angegebenen Referenzauftrags wäre aus Sicht der Vergabebehörde unter diesen Umständen überspitzt formalistisch und mithin unverhältnismässig. Die Vergabebehörde habe aufgrund der mit dem Angebot eingereichten Dokumentation den Eignungsnachweis der Beigeladenen richtigerweise als erfüllt angesehen. Die Beurteilung sei innerhalb des pflichtgemässen Ermessens vorgenommen worden. Die Richtigkeit der Zurechnung werde auch durch die nachträglich eingeholten weiteren Auskünfte gestützt. So habe die Beigeladene erläutert, dass für die Ausführung der Aufträge allgemein und auch im Zusammenhang mit dem konkreten Referenzobjekt innerhalb des Konzerns wiederholt auf das gleiche Personal und somit auf das entsprechende Know-how zurückgegriffen werde. Selbst wenn der primär aufgeführte Referenzauftrag nicht der Beigeladenen zugerechnet werden könne, würde dies an der Erfüllung des Eignungskriteriums nichts ändern, da im Angebot der Beigeladenen weitere Referenzaufträge aufgeführt seien. Aus den nachträglichen Abklärungen folge, dass auch ein solches zusätzliches Referenzobjekt die Anforderungen an den Eignungsnachweis erfüllen würde.

2.2 Die Rekurrentin macht demgegenüber geltend, dass zwar bei Änderungen der Rechtsform oder gesellschaftsrechtlichen Zugehörigkeiten bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die «neue» anbietende Unternehmung unter Umständen Referenzen des ursprünglichen Unternehmens anrechnen lassen könne. An das Vorliegen einer solchen Spezialsituation würden aber hohe Anforderungen gestellt. Der Nachweis dieser Spezialsituation müsse innert der Antragsfrist erbracht und könne nicht nachträglich im Rekursverfahren nachgeholt werden. Die Beigeladene habe das Referenzobjekt nicht selbst ausgeführt. Sie habe auch keine konzernbezogen abgefasste Offerte abgegeben. Es entstehe der Eindruck, dass die Bedarfsstelle zu wenig genau überprüft habe, inwieweit das vor der Eintragung der Beigeladenen im Handelsregister als eigenständige Unternehmung ausgeführte Projekt als Referenz angerechnet werden könne. Ansonsten hätte die Bedarfsstelle kaum im Nachgang zur Vergabe Rückfragen an die Beigeladene gerichtet und sogar eine Referenzauskunft zu einem weiteren Referenzauftrag eingeholt. Ein vergaberechtlicher Durchgriff auf Konzerngesellschaften finde nur bei konzernbezogen abgefassten Offerten statt. Voraussetzung hierfür sei, dass mit dem Abstellen auf Referenzen, Fachkräfte und Umsatzzahlen der Muttergesellschaft bzw. des Konzerns

hinreichend deutlich bekundet werde, von welcher Seite der Hauptteil der offerierten Leistungen erbracht werden soll, eine gemeinsame Haftpflichtversicherung eingereicht werde oder eine sogenannte Konzernklärung beigebracht werde. Insgesamt könne sich ein Anbieter nur dann auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft stützen, wenn er mittels entsprechender Zusagen den Nachweis erbringe, dass er tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Gesellschaft verfüge. Solche Nachweise zur Unterstützung der Beigeladenen durch die Holding in finanzieller, strategischer und operativer Hinsicht würden ebenso wenig vorliegen wie eine gemeinsame Haftpflichtversicherung oder eine Konzernklärung. Die Nichtanrechnung des Referenzauftrags und der Ausschluss der Beigeladenen vom Verfahren wären daher nicht überspitzt formalistisch und auch nicht unverhältnismässig gewesen. Die nachträglich eingeholten Auskünfte, welche angeblich die Verknüpfung der Beigeladenen innerhalb der Holding verdeutlichen sollten, dürften nicht berücksichtigt werden. Die Beigeladene habe keinen zureichenden Eignungsnachweis erbracht, da sie in der Offerte keinen durch sie selbst ausgeführten Referenzauftrag angegeben habe. Entsprechend hätte die Vergabebehörde aufgrund von § 8 Abs. 1 lit. c BeschG die Beigeladene vom Verfahren ausschliessen müssen. Mit der Anrechnung des angegebenen Referenzobjektes habe die Vergabebehörde ihr Ermessen überschritten. Die Rekurrentin bestreitet die vom Bau- und Verkehrsdepartement aufgestellte Behauptung, dass der Eignungsnachweis auch aufgrund eines zusätzlichen Referenzobjektes der Beigeladenen als erfüllt zu betrachten sei. Da die Beigeladene erst seit dem 28. Februar 2018 als eigenständige Unternehmung existiere, bestünden auch bei diesem weiteren Referenzobjekt begründete Zweifel, ob tatsächlich die Beigeladene Vertragspartnerin des Auftraggebers gewesen sei. Es handle sich wahrscheinlich wiederum um ein Referenzobjekt einer anderen Konzerngesellschaft.

E. 2.3

2.3.1 Die ausschreibende Behörde kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mit ihrer Offerte nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, N 588, 628; VGE VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 3.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011 E. 2.2). Vorliegend wurde von den Anbietenden unbestrittenermassen als Eignungsnachweis ein mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbarer Referenzauftrag verlangt, welcher in den letzten fünf Jahren ausgeführt worden ist und einen Auftragswert von ca. CHF 1'100'000. im Bereich BKP 271 Gipsarbeiten und Trockenbau umfasst hat.

2.3.2 Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer

B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3, B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

2.3.3 Grundsätzlich hat jeder Anbieter die Anforderungen der Ausschreibung und insbesondere die Eignungskriterien selber zu erfüllen. Ein Anbieter kann in der Regel nicht auf Referenzen eines Dritten zurückgreifen, wenn dieser nicht im Rahmen einer Bietergemeinschaft in die Projektorganisation des Angebots eingebunden ist. Ein Offertversprechen bindet vertraglich immer nur den Bieter selber, nicht auch ihm nahestehende Konzerngesellschaften (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1374). Die Voraussetzungen, unter welchen auf Referenzangaben oder sonstige Angaben zur fachlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf andere Konzerngesellschaften abgestellt werden kann, wurden im Urteil des Verwaltungsgerichts VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 in Erwägung 3.4 ausführlich dargestellt: Für die Berücksichtigung von Referenzen einer anderen Konzerngesellschaft ist eine konzernbezogen abgefasste Offerte erforderlich, bei der bezüglich des Abstellens auf Referenzen, Fachkräfte und Umsatzzahlen der Muttergesellschaft bzw. des Konzerns hinreichend deutlich bekundet wird, von welcher Seite der Hauptteil der offerierten Leistung erbracht werden soll und eine gemeinsame Haftpflichtversicherung eingereicht oder eine sogenannte Konzernklärung beigebracht wird. Insgesamt kann sich ein Anbieter nur dann auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft stützen, wenn er mittels entsprechender Zusagen den Nachweis erbringt, dass er tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Konzerngesellschaft verfügt (VD. 2016.128 vom 30. Mai 2017 in Erwägung 3.4.1 nur Verweis auf: Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, a.a.O., N 1378 ff.; Beyeler, Einbezug der Muttergesellschaft, in: BR 2015 S. 22 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. N 648; BVer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 m.w.H, B-5563/2012 vom 18. Februar 2013 E. 3.3.3; VGE ZH VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 2.5.1, VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 3.3 ff., E. 4.2; KGer LU LGVE 2014 IV Nr. 8 vom 2. September 2014, zit. bei Beyeler/Scherler/Zufferey, Eignung, in: BR 2016 S. 49, N 29). Allerdings hat das Verwaltungsgericht im besagten Urteil VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 auch auf das Erfordernis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und eine gewisse Milderung des Formalismus hingewiesen: So sei bei der Übernahme eines Unternehmens durch ein anderes solches bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Anrechnung der Referenzen der übernommenen Unternehmung durch die anbietende «neue» Unternehmung grundsätzlich möglich. Im Einzelfall könne ein Rückgriff auf Referenzen einer Unternehmung, von der sich die Anbieterin faktisch abgespalten habe, zulässig sein. In ständiger Rechtsprechung lasse das Zürcher Verwaltungsgericht zu, dass die Vergabebehörde auch Referenzobjekte berücksichtige, die nicht nur von einer Rechtsvorgängerin der Anbieterin, sondern auch von einem früher einer anderen Unternehmung zugehörigen Geschäftsbereich ausgeführt worden seien (VGE ZH VB.2016.00025 vom 27. September 2016 E. 3.3, VB.2016.00267 vom 14. Juli 2016 E. 3.4,

VB.2010.00170 vom 22. September 2010 E. 5.2.1, VB.2002.00241 vom 18. Dezember 2002 E. 4b/aa). An dieser differenzierten Beurteilung unter Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist festzuhalten.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Bau- und Verkehrsdepartement im vorliegenden Fall mit der Anrechnung der angegebenen Referenz ihr Ermessen überschritten hat.

2.4 Zunächst ist festzustellen, dass die Angaben der Beigeladenen in der Offerte über das anbietende Unternehmen zumindest als unklar bezeichnet werden müssen. Auf dem Deckblatt der Offerte wird die «GROUPE B____.CH» mit den Standorten F____, G____, D____, H____ und C____ angegeben. Beim Preisangebot wird als anbotseinreichendes Unternehmen die «B____ AG [...]» mit Adresse in E____ angeführt. Bei den Unternehmensangaben wird ausgeführt, dass es sich um eine Aktiengesellschaft handle und als Gründungsjahr wird 19[...] genannt. Im Leitbild und Firmenportrait, welches der Offerte beiliegt, heisst es, dass die B____ AG ursprünglich 19[...] als Einzelfirma gegründet und 19[...] in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden sei. 2014 sei die Groupe B____ AG (Holding) gegründet worden, zu welcher unter anderem die B____ AG [...] gehört habe. 2018 seien die B____ AG [...] D____ (ehemalige Niederlassung E____) und die B____ AG [...] C____ (ehemaliger Standort I____) gegründet worden. Im Organigramm der Groupe B____ AG, welches ebenfalls der Offerte beiliegt, wird die B____ AG [...] D____ neben acht anderen Aktiengesellschaften mit dem Firmenbestandteil «B____ AG» aufgeführt. Bei den Angaben zum Jahresumsatz und zur Anzahl der Mitarbeitenden im Firmenportrait wird offensichtlich auf die gesamte Gruppe Bezug genommen. Das gilt auch für die Angaben zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Dem Versicherungsnachweis ist zu entnehmen, dass die Versicherungen auf die «GROUPE B____ AG» lauten und dass zu den aufgeführten mitversicherten Betrieben, welche alle «B____ AG» als Firmenbestandteil enthalten, auch die Beigeladene gehört. Die GAV-Bestätigung lautet auf die «Groupe B____». Bei den Angaben zum Referenzauftrag wurde als ausführendes Unternehmen die «B____ AG [...]» ohne weitere Präzisierung angegeben. Beim auftragsspezifischen Organigramm wird als Projektleiter zunächst der Vorsitzende der Geschäftsleitung der Groupe B____ AG genannt. Daneben wird als weiterer Projektleiter der «Leiter Standort E____» genannt. Den Angaben in der Offerte und in den entsprechenden Beilagen ist somit zu entnehmen, dass die 19[...] gegründete B____ AG [...] 2016 eine Niederlassung in E____ und 2017 einen Standort I____ in C____ eröffnet hat. Im Jahr 2018 wurden diese beiden Standorte als Aktiengesellschaften unter dem Dach der Groupe B____ AG (Holding) verselbständigt. Aufgrund dieser Vorgeschichte hat das Bau- und Verkehrsdepartement sein Ermessen nicht überschritten, indem es den Referenzauftrag des vorbestehenden, ungeteilten Unternehmens B____ AG [...] auch der verselbständigten neuen Konzerngesellschaft B____ AG [...] D____ zugerechnet hat.

2.5 Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass das Bau- und Verkehrsdepartement nach der Zustellung des Rekurses, in welchem notabene lediglich beantragt worden ist, den Vergabeentscheid «nochmals zu prüfen», eine Stellungnahme der Beigeladenen zur Frage der Zuordnung des Referenzauftrages eingeholt hat. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts hätte für die Vergabebehörde bis zur Einreichung ihrer Rekursantwort die Möglichkeit bestanden, den angefochtenen Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen, falls dies aus ihrer Sicht angezeigt gewesen wäre (vgl. VGE VD.2019.77/82 vom 25. September 2019 E. 1.2.2.1). Die Anfrage des Bau- und Verkehrsdepartementes an die Beigeladene war somit zulässig und die Beantwortung dieser Anfrage kann im laufenden

Rekursverfahren berücksichtigt werden. Die bereits in der Offerte und den Beilagen enthaltenen Angaben über die Konzernstruktur sowie zur wirtschaftlichen und personellen Verbindung zwischen dem Unternehmen, welches den Referenzauftrag erfüllt hatte, und der 2018 verselbständigten Konzerngesellschaft der Beigeladenen wurden von der Geschäftsführung der Beigeladenen, mithin von der Holdinggesellschaft bestätigt. Somit hat das Bau- und Verkehrsdepartement nach diesen ergänzenden Informationen den angefochtenen Vergabeentscheid zu Recht nicht in Wiedererwägung gezogen, sondern beim Verwaltungsgericht die Abweisung des Rekurses beantragt.

2.6 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist die vom Bau- und Verkehrsdepartement durchgeführte Prüfung eines weiteren, bereits im ursprünglichen Angebot enthaltenen Referenzauftrages für den Ausgang des Rekursverfahrens nicht relevant. Die in jenem Rahmen vom Bau- und Verkehrsdepartement angefragte Referenzperson hat aber immerhin in der E-Mail vom 9. August 2019 ausdrücklich bestätigt, dass die Niederlassung E_____ der [...] Gruppe im Ausführungszeitraum 2017-2018 mit Trockenbauarbeiten und Verputzarbeiten bei einem Neubau mit einem über dem Grenzwert liegenden Auftragswert beauftragt worden war. Bereits aus den Beilagen zur vorliegenden Offerte ging hervor, dass die 2018 verselbständigte Beigeladene aus der vormaligen Niederlassung E_____ der B_____ Gruppe hervorgegangen ist. Mit der nun eingeholten Referenzauskunft konnte somit bestätigt werden, dass auch dieser ■ den Ausschreibungsunterlagen entsprechende ■ Referenzauftrag in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Beigeladenen zugerechnet werden kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Bau- und Verkehrsdepartement die Beigeladene nicht vom Verfahren ausgeschlossen hat. Andere Gründe, welche gegen die Rechtmässigkeit des Zuschlags an die Beigeladene sprechen würden, bringt die Rekurrentin nicht vor.

E. 3

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten zu tragen.

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