

GR_GERICHTE PVG 2023 12 vom 26. November 2024

GR Gerichte, 2024-11-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2023_12

FR: GR_GERICHTE PVG 2023 12 du 26 novembre 2024

IT: GR_GERICHTE PVG 2023 12 del 26 novembre 2024

Erwägungen

E. 1

Submission 7 Submissiun Appalti 12 Zur Einhaltung der Eignungskriterien durch Mitglieder einer Bietergemeinschaft. ■Eignungskriterien als Ausschlusskriterien (E.2.3). ■Auslegung und Anwendung der Ausschreibungsunterlagen resp. der darin genannten Eignungskriterien (E.2.4.2). ■Die Bietergemeinschaft als Gesamtheit hat sämtliche Eignungskriterien zu erfüllen (E.2.4.3). ■Einhaltung der jeweiligen spezifischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen durch die einzelnen Mitglieder im Bereich ihrer Leistungserbringung (E.2.4.6). Sulla conformità ai criteri di idoneità da parte dei membri di un consorzio di offerenti. ■Criteri di idoneità come criteri di esclusione (consid. 2.3). ■Interpretazione e applicazione dei documenti di gara risp. dei criteri di idoneità in essi specificati (consid. 2.4.2). ■Il consorzio di offerenti nel suo complesso deve soddisfare tutti i criteri di idoneità (consid. 2.4.3). ■Rispetto delle rispettive disposizioni specifiche in materia di protezione del lavoro e condizioni di lavoro da parte dei singoli membri nell'ambito della loro fornitura di prestazioni (consid. 2.4.6). Aus den Erwägungen:

E. 2

für Arbeitsgemeinschaften gemacht habe. Folglich müssten die durch Art. 530 ff. OR als Arbeitsgemeinschaft verbundenen Anbieterinnen alle einzeln die Eignungskriterien einhalten. Dies aber sei vorliegend nicht gegeben, weil die E. ____ AG dem LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe nicht unterstehe. Mit dem Vorgehen der Zuschlagsempfängerin würde gerade ein wichtiger Teil des LMV umgangen, was die Angebote verzerre. Das Bundesgericht habe in seinem Urteil 2C_608/2021 vom 11. Mai 2022 betreffend die Elektrobranche verlangt, dass die Einhaltung solcher Verträge bei sämtlichen Anbietern einer Arbeitsgemeinschaft untersucht werde.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich, dass die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, weil sie ein Eignungskriterium nicht erfülle. Konkret bringt sie vor, dass die Vergabebehörde keinerlei Einschränkungen bezüglich der Gültigkeit des Eignungskriteriums "Einhaltung des LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe"

7/12 Submission PVG 2023

E. 2.2

Die Vergabebehörde erachtet den erwähnten Bundesgerichtsentscheid als nicht einschlägig für den vorliegenden Fall; vielmehr verweist sie auf das Urteil U 19 96 vom 29. Januar 2020 des Verwaltungsgerichts, in welchem zwischen allgemeinen und spezifisch zu erfüllenden Anforderungen unterschieden worden sei. Konkret habe die

Beschwerdeführerin im hier zu beurteilenden Verfahren auch nicht vorgebracht, dass die E._____ AG aktuell arbeitsrechtliche Bestimmungen verletze oder in der Vergangenheit verletzt habe.

E. 2.3

Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens u.a. sicher, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Art. 12 (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts) erfüllt (Art. 26 Abs. 1 IVöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Er legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest (Art. 27 Abs. 1 und Art. 35 lit. n IVöB); diese können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit des Anbieters betreffen (Art. 27 Abs. 2 IVöB; BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 1479). Der Auftraggeber kann gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn u.a. festgestellt wird, dass der betreffende Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen. Eignungskriterien sind grundsätzlich Ausschlusskriterien; erfüllt eine Anbieterin ein Eignungskriterium nicht, ist sie auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. BGE 145 II 249 E.3.3, 143 I 177 E.2.3.1, 141 II 343 E.7.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E.4.3 mit weiteren Hinweisen; WYSS, in: TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich etc. 2020, Art. 27 Rz. 5; BEYELER, a.a.O., Rz. 1478 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580 und 603).

7/12 Submission PVG 2023

E. 3

2.4.1. Vorliegend wurden die massgebenden Zuschlagskriterien unbestrittenermassen im Voraus bekannt gegeben (vgl. Publikation Ausschreibung [Bg-act. 1]). Als allgemeine Eignungskriterien wurden die organisatorische, technische und finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung festgehalten; spezifisch zu erfüllen war die Einhaltung des LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV; vgl. Offerte ARGE C._____ [Bg-act. 3], Auszug Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 15]). Der LMV gilt für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile und selbständige Akkor-danten), deren Haupttätigkeit (Gepräge) im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt (Art. 2 Abs. 1 LMV [in Kraft seit 1. Januar 2023, Art. 82 Abs. 1 LMV]; vgl. dazu die Sonderausgabe des AVE LMV 2023–2025 vom 29. November 2022, in der Fassung Stand 1. Mai 2023; abrufbar unter: <https://baumeister.swiss/arbeitgeberpolitik-und-recht/arbeitgeberpolitik>; mit BRB AVE LMV vom 6. April 2023 [BBl 2023 986] wurde der LMV 2023-2025 bis zum 31. Dezember 2025 als allgemeinverbindlich erklärt). Vorliegend blieb unbestritten, dass die E._____ AG, die in der Bietergemeinschaft lediglich die Arbeiten im Transportbereich übernimmt, nicht dem LMV untersteht, so dass darauf abgestellt werden kann. 2.4.2. Nach Art. 31 Abs. 1 IVöB sind Bietergemeinschaften und Subunternehmer zugelassen, soweit dies in der Ausschreibung oder in den entsprechenden Unterlagen nicht ausgeschlossen

oder beschränkt wird. Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich durch den Anbieter zu erbringen (Art. 31 Abs. 3 IVöB). Inwieweit die Mitglieder einer Bietergemeinschaft je einzeln die Eignungskriterien erfüllen müssen, bestimmt sich primär anhand der Ausschreibungsunterlagen (WYSS, a.a.O., Art. 27 Rz. 7). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie die Offerenten in guten Treuen verstehen konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an. Die Vergabestelle verfügt bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Art. 56 Abs. 4 IVöB; BGE 141 II 14 E.7.1; Urteile des Bundesgerichts 2C_576/2022, 2C_623/2022 vom 3. August 2023 E.4.3, 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E.4.3, 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E.2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Den Vergabebehörden kommt bei der Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. BGE 141 II 14 E.7.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E.4.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/2022 vom

E. 5

2.4.4. Bei der beigeladenen ARGE handelt es sich eher um eine Bietergemeinschaft als um eine Arbeitsgemeinschaft. Der Unterschied liegt darin, dass die Bietergemeinschaft sich aus Anbietern zusammensetzt, die unterschiedliche Arbeitsleistungen erbringen, um den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen. Primäres Ziel ist es, gemeinsam den Zuschlag zu erhalten, um die jeweiligen Teilleistungen erbringen zu können. Im Merkblatt "Bietergemeinschaften: Zulassung und Beschränkung" der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) aus dem Jahr 2021 (abrufbar unter: www.kbob.admin.ch) wird unter der Überschrift "Eignung" bemerkt, "Bietergemeinschaften werden oft gebildet, um Qualitäten und Kapazitäten zu vereinigen. Eine Bietergemeinschaft muss als Gesamtheit sämtliche Eignungskriterien erfüllen. Jedes Mitglied muss dabei die in seinem Bereich der Leistungserbringung verlangten Eignungskriterien erfüllen. Damit ist die Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit die Anbieterin im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts" (vgl. auch WYSS, a.a.O., Art. 27 Rz. 4; BEYELER, a.a.O., Rz. 1338 f.). Eine Arbeitsgemeinschaft besteht hingegen in der Regel aus Anbietern, die jeweils die gleichen Leistungen erbringen, deren Kapazität aber alleine nicht ausreicht, den spezifischen Auftrag zu erfüllen. Die Grenzen zwischen Bieter- und Arbeitsgemeinschaft sind allerdings unscharf. Das Merkblatt unterstreicht die Feststellung, dass diejenige Unternehmung das streitgegenständliche Eignungskriterium erfüllen muss, die auch die diesbezüglichen Leistungen erbringt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/2022 vom 5. April 2023 E.9.3).

2.4.5. Das vom Beschwerdeführer vorgebrachte Urteil des Bundesgerichts 2C_608/2021 vom 11. Mai 2022 ist vorliegend nicht einschlägig; es betrifft eine Arbeitsgemeinschaft von Elekrounternehmungen, welche sich zur Erfüllung eines Auftrages zusammengeschlossen haben, wobei aber alle ARGE-Mitglieder dieselben Leistungen angeboten haben. In jenem Fall ist klar, dass sie alle dieselben Eignungskriterien zu erfüllen hatten und jede für sich die Einhaltung des einschlägigen Gesamtarbeitsvertrags.

2.4.6. Im vorliegenden Fall ist die Situation jedoch eine andere. Das ARGE-Mitglied D._____ AG führt die charakteristischen Baumeisterarbeiten durch, während der E._____ AG einzig die Transportaufträge obliegen. In dieser Konstellation ist nach Auffassung des Gerichts davon auszugehen, dass die Mitglieder der

Bietergemeinschaft das Eignungskriterium "Einhaltung der LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe" so haben verstehen können und müssen, dass nur dasjenige ARGE-Mitglied, welches die charakteristische Leistung, d.h. die Baumeisterarbeiten erbringt (in casu die D. _____ AG), dieses Kriterium auch zu erfüllen habe. Denn das andere ARGE-Mitglied kann – da es dem spezifischen LMV

7/12 Submission PVG 2023

E. 6

unbestrittenermassen nicht unterstellt ist – dieses gar nicht erfüllen. Es muss folglich auch genügen, wenn die ARGE-Mitglieder ihre jeweiligen spezifischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch nicht vor, dass es Verletzungen gegeben habe, die näher abzuklären seien. Folglich hat die Beschwerdegegnerin die Beigeladene zu Recht im Vergabeverfahren zugelassen, so dass sich diese Rüge als unbegründet erweist. U 23 39 Urteil vom 29. August 2023 Die dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist noch hängig (2D_24/2023).

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