LU_GERICHTE 7H 22 97 vom 14. Juli 2022

LU Gerichte, 2022-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H_22_97

FR: LU_GERICHTE 7H 22 97 du 14 juillet 2022

IT: LU_GERICHTE 7H 22 97 del 14 luglio 2022

Regeste

Zur Festlegung und Bewertung von Eignungskriterien und Referenzen (E. 2.2 f.). Auslegung des Begriffs "Spannweite" bei einer Sprengwerkbrücke (E. 2.4). Keine Wettbewerbseinschränkung durch konkret verlangtes Eignungskriterium (E. 2.5). Referenzen der Beschwerdeführerinnen erfüllen Eignungskriterium nicht (E. 2.7). | Art. 1 Abs. 3 IVöB; § 16 Abs. 2 lit. b öBG, § 18 öBG; § 10 öBV. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 4

Infrastrukturprojekt mit Bausumme Die Bedingung 4 (Bausumme ≥ 15 Mio. Franken) muss jedoch mit einem Referenzprojekt erreicht werden, d.h. bei allfälligen zwei oder drei Referenzprojekten können die Bausummen nicht zusammengezählt werden, um die Bedingung 4 zu erfüllen. Sämtliche Referenzen müssen innerhalb der letzten 10 Jahre realisiert worden sein. Bedingungen 1, 2 und 4 müssen durch die ARGE nachgewiesen werden. Bedingung 3 kann von einem verbindlich gewählten Subunternehmer nachgewiesen werden. Hierbei muss eine verbindliche Erklärung des Subunternehmers mit dem Angebot abgegeben werden. Die Referenzen des Anbieters werden als Eignungskriterium für das Angebot gewertet." 2.3.3. Diese Eignungskriterien gilt es auszulegen. Im Rechtsmittelverfahren sind die im Rahmen einer Ausschreibung definierten Eignungskriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (Vertrauensgrundsatz). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen BGer-Urteil 2C_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 566). Es ist dabei jedoch der grosse Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Vergabestelle bei der Formulierung der Eignungskriterien zu beachten (vgl. vorne E. 2.2.2), den die Beschwerdeinstanzen nicht unter dem Titel der Auslegung übergehen dürfen (vgl. BGer-Urteil 2D_52/2011 vom 10.2.2012 E. 3.2 m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 557 und N 565). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGer-Urteil 2C_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1; BGer-Urteil 2C_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.3). 2.4. 2.4.1. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden vorab die Zulässigkeit des Eignungskriteriums "Brückenbauwerk in Beton mit Vorspannung und Spannweite ≥ 50 m". Damit seien unzulässige und zu einschränkende Anforderungen an die verlangten

Referenzobjekte gestellt worden. Das ausgeschriebene Projekt sei eine vorgespannte Brücke mit einer Gesamtlänge von 94 m und einer max. Spannweite von 35,0 m. Das Referenzprojekt solle demgegenüber über eine Spannweite von mindestens 50 m verfügen. Es sei weder sachlich gerechtfertigt noch nötig und deshalb unzulässig, den Nachweis der Leistungsfähigkeit von Anbietern mit Referenzprojekten von Brücken zu fordern, deren Spannweite um rund 50 % länger sei als diejenige des ausgeschriebenen Projekts selbst. Der Beschwerdegegner hält demgegenüber im Wesentlichen dafür, die projektierte Chlusbodenbrücke weise eine Spannweite von 68,74 m auf. Dies gehe auch aus dem Plan Nr. 10930-5-480 "Chlusbodenbrücke - Übersicht Situation, Ansicht, Schnitte" vom 15. Oktober 2021 hervor, der Bestandteil der Submissionsunterlagen gewesen sei. Strittig und zu prüfen ist daher vorab, ob der einverlangte Referenznachweis einer Spannweite von ≥ 50 m in Anbetracht des geplanten Brückenbaus den dargestellten Anforderungen (E. 2.2) zu genügen vermag. 2.4.2. Beim Begriff der "Spannweite" handelt es sich um einen technisch geprägten Begriff, weshalb bei seiner Auslegung dem Verständnis Rechnung zu tragen ist, wie es in der Fachwelt verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten zu verstehen oder verstanden worden ist (vgl. vorne E. 2.3.3). Die Spann- oder Stützweite bezeichnet im Brückenbauwesen nach einer allgemeinen Begriffsumschreibung die Länge, die von einem Bauteil (Brücke, Gewölbe, Dach, Geschossdecke) zwischen den dieses Bauteil tragenden Elementen (Widerlager, Pfeiler, Säule, Stütze, tragende Mauer) ohne sonstige Abstützung überspannt wird. Von dieser allgemeinen Umschreibung des Begriffs der Spannweite ist auch im vorliegenden Vergabeverfahren auszugehen. Fest steht und entscheidend ist hier jedoch, dass es sich bei der projektierten Chlusbodenbrücke um ein zweifaches Sprengwerk handelt. Die Brücke wird mithin zweifach abgestützt, ohne dadurch den Querschnitt der Lammschlucht bzw. der Waldemme einzuengen. Ein Sprengwerk ist eine Baukonstruktion, deren man sich zum Überspannen von freien Räumen bedient, welche weiter sind, als es die Tragfähigkeit einfacher Balken gestattet. Die auf dem Träger lastende bzw. einwirkende Kraft wird dabei durch schräge Streben unter dem Träger aufgenommen ("auf das Auflager abgesprengt") und auf dem Tragwerk dadurch in vertikale und horizontale Kräfte aufgeteilt. Bei dieser Konstruktionsweise wird der Querschnitt weniger verkleinert als dies bei einer Balkenbrücke mit senkrechten Stützen der Fall wäre (vgl. https://www.peter-hug.ch/lexikon/sprengwerk sowie https://de.wikipedia.org/wiki/Sprengwerk, zuletzt besucht am 14.7.2022). Bei einer Sprengwerkbrücke wird also der durchgehende Balken (Streckbalken) zwischen seinen Endauflagern noch durch geneigte, von den separaten Widerlagern oder Zwischenpfeilern ausgehende Streben (Stiele) unterstützt. Die Sprengwerkbrücken entwickelten sich aus einfachen Hängewerken, deren Streben über den Brückenbalken nach unten gezogen wurden und ein eigenes Auflager erhielten. Insofern wird – wenn bei Sprengwerkbrücken von Spannweite gesprochen wird – in der Fachwelt üblicherweise die überspannte Länge zwischen den die Brücke tragenden eigenen Widerlagern der Streben, die im Hangbereich ihr Fundament haben, verstanden. So wird im Zusammenhang mit Sprengwerkbrücken denn auch oft von deren eindrücklichen oder längsten Spannweiten gesprochen (vgl. u.a. http://www.karl-gotsch.de/Lexikon/Sprengwerkbr.htm, zuletzt besucht am 14.7.2022; vgl. auch: Schubiger, Zwei vorgespannte Sprengwerkbrücken, in: Schweizerische Bauzeitung, Bd. 76, Heft 24 vom 14.6.1958, S. 355 ff. betreffend Birsbrücke Dornach, inbes. Bild 2, und Rheinbrücke Val Nalps, insbes. Bild 9, abrufbar über http://www.e-periodica.ch, zuletzt besucht am 14.7.2022). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn die

Vergabebehörde mit der geforderten Spannweite von ≥ 50 m den maximalen Abstand zwischen den Abstützungen der beiden Streben auf dem Baugrund meinte und nicht die Spannweite der hier um einiges kleineren Felder des Fahrbahnträgers. Bei diesem Verständnis der geforderten Spannweite beträgt die konkrete Distanz bei der geplanten Chlusbodenbrücke 68,74 m. Dieses Ergebnis wird zudem vom Wortlaut der in Ziff. 2 verlangten Anforderung zur technischen Leistungsfähigkeit (vgl. vorne E. 2.3.2) untermauert. Demnach bezieht sich der Begriff der Spannweite auf das "Brückenbauwerk" und damit der Brücke als Ganzes und nicht auf die Spannweite einzelner Bestandteile dieser Brücke. Insofern spricht bereits der Wortlaut gegen die Auffassung der Beschwerdeführerinnen. Dass dieses Ergebnis nicht dem technischen Verständnis der Fachwelt entsprechen würde, vermögen die Beschwerdeführerinnen nicht überzeugend aufzuzeigen. Zwar räumt auch der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung ein, dass auch für die einzelnen Tragwerksteile, welche die Fahrbahn tragen (Fahrbahnträger), eine Spannweite gemessen werden kann. Eine solche Spannweite kann kürzer sein als die Spannweite der Brückenkonstruktion zwischen den Abstützungen auf dem Baugrund. Bei der projektierten Brücke betragen die Spannweiten der einzelnen Fahrbahnträger 26,5 m, 35 m sowie 29 m. Sie teilen die Brückenlänge von 90,5 m mithin in drei Felder auf; die max. Spannweite im mittleren Feld beträgt also 35 m. Damit sind diese Spannweiten der projektierten Fahrbahnträger aber weit kleiner als die Spannweite des Brückenbauwerks von 68,74 m. Wie bereits erwähnt (vgl. vorne E. 2.2.4), verlangt ein Referenznachweis eine Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung. Mit Blick auf die projektierte Sprengwerkbrücke erweist sich die Differenz der bei den Fahrbahnträgern gemessenen Spannweite zu den in den Referenzen geforderten Spannweite von ≥ 50 m als derart gross, dass die Anbieter in guten Treuen davon ausgehen mussten, dass unter "Spannweite" des Brückenbauwerks jene zu verstehen ist, welche die Distanz der beiden Abstützungen auf dem Baugrund misst. Es kann nach Lage der Akten überdies nicht gesagt werden, dass alle Anbieter von jenem Verständnis des Begriffs der Spannweite ausgegangen wären, wie es die Beschwerdeführerinnen geltend machen. So wurden denn auch insgesamt drei Offerten eingereicht, die diese Eignungsanforderungen an die Spannweite des Brückenbauwerks von ≥ 50 m in ihren Referenznachweisen erfüllten. Neben den Beschwerdeführerinnen wurde nur noch ein Angebot wegen Nichterfüllung des fraglichen Eignungskriteriums ausgeschlossen. Im Übrigen steht auch der Wortlaut der in Ziff. 2 verlangten Anforderung dem Verständnis der Beschwerdeführerinnen entgegen. Diese erwähnt eine "Spannweite ≥ 50 m" und keine "Spannweiten" im Plural bzw. eine max. Spannweite. Würde auf die Spannweiten der Fahrbahnträger abgestellt, gäbe es bei mehrfeldrigen Brücken immer mehrere und auch unterschiedliche Spannweiten. Schliesslich hilft den Beschwerdeführerinnen nicht weiter, dass bei einer Balkenbrücke die maximale Spannweite der Brücke der maximalen Spannweite des Fahrbahnträgers entspricht, weil eine solche Balkenbrücke senkrechte Pfeiler aufweist und damit die Distanz zwischen den Fahrbahnträgern auf dem Baugrund jener auf dem Fahrbahnträger entspricht. Dies trifft bei einer Sprengwerkbrücke im Allgemeinen und bei der projektierten Chlusbodenbrücke im Besonderen aber zu. Da bei der Festlegung und Anwendung der Referenzanforderungen auch den Bedürfnissen der ausgeschriebenen Leistungen Rechnung zu tragen ist (vgl. vorne E. 2.2.4), hat dies auch bei der Auslegung des Begriffs der Spannweite seinen Niederschlag zu finden. Mit anderen Worten: Wenn eine Sprengwerkbrücke geplant ist, kommt ihren Besonderheiten bei der Begriffsbestimmung ebenfalls grosses Gewicht zu. Beim Bau der vorliegenden Sprengwerkbrücke stellt die Realisierung der sehr langen Distanz, die ohne

Abstützung auf dem Baugrund überspannt wird, eine grosse Herausforderung dar. Diese ist ein gewichtiger Faktor der erforderlichen Eignung, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass dieser Aspekt auch bei der Festlegung der Referenzangaben beachtet wurde. Die Spannweiten der Fahrbahnträger (26,5 m, 35 m sowie 29 m) stehen bei dieser Sprengwerkbrücke nicht im Vordergrund, weshalb es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) auch nicht zutrifft, dass die zu bauende Brücke eine Spannweite von 35 m aufweisen würde. 2.4.3. Damit ist die von der Vergabebehörde getroffene Auslegung des Begriffs der Spannweite des vorliegenden Brückenbauwerks im Zusammenhang mit der einverlangten Referenz nicht zu beanstanden. Dies auch deshalb nicht, weil die gerichtliche Beschwerdeinstanz von mehreren möglichen Auslegungen nicht die ihr zweckmässig scheinende auswählen darf, sondern nur die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken hat (vgl. vorne E. 2.3.3). Die nachvollziehbar und überzeugend begründete Auslegung des Beschwerdegegners ist nicht rechtsfehlerhaft, weshalb ein Eingriff durch das Kantonsgericht ausgeschlossen ist und den Ermessensspielraum der Vergabebehörde verletzen würde. 2.4.4. Soweit die Beschwerdeführerinnen die Formulierung "Brückenbauwerk in Beton mit Vorspannung und Spannweite ≥ 50 m" als unklar bzw. widersprüchlich erachten, wie sie nun vorbringen, sieht die Rechtsprechung ein Fragerecht bzw. eine Fragepflicht der Anbieter vor (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 387-388; BVGer-Urteil B-4704/2021 vom 18.5.2022 6.5.4). Es ist weder aus den Akten ersichtlich noch von den Beschwerdeführerinnen dargetan, dass sie von ihrem Fragerecht bzw. ihrer Fragepflicht Gebrauch gemacht oder in einer anderen Phase des Vergabeverfahrens Einwände gegen die ihrer Ansicht nach unklaren Formulierungen der Eignungskriterien erhoben hätten. 2.4.5. Insofern die Beschwerdeführerinnen weiter geltend machen, es seien mit einer Spannweite von mehr als 50 m zu hohe Anforderungen verlangt worden, ist vorab daran zu erinnern, dass nach der kantonalen Rechtsprechung grundsätzlich auch die Ausschreibung und ihre Unterlagen selbständig anfechtbar sind (§ 28 Abs. 1 lit. a öBG i.V.m. §§ 7 und 8 öBV; LGVE 2008 II Nr. 8 E. 4b und 2000 II Nr. 13 E. 4c; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung: vgl. BGE 125 I 203 E. 3a). Eine Anfechtung im nachfolgenden Beschwerdeverfahren kann sich daher als verspätet erweisen (LGVE 2008 II Nr. 8 E. 5). Von diesem Grundsatz ist unter anderem dann abzuweichen, wenn die zehntägige Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist, bevor die potentiellen Anbieterinnen und Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen konnten, die Unterlagen also nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen. Das Bundesgericht erachtet es in diesen Fällen als zulässig, die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung vorzubringen (BGE 129 I 313 E. 6.2 = Pra 2004 Nr. 64; BGer-Urteil 2C_409/2015 vom 28.9.2015 E. 4.2, a.z.F.). Dies kann auch dann gelten, wenn in diesem Beschwerdeverfahren ein Aspekt strittig ist, der selbst bei einer gründlichen Sichtung der Ausschreibungsunterlagen nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist gegen die Ausschreibung entdeckt werden konnte. Wenn die Beschwerdeführerinnen eine Spannweite von ≥ 50 m als zu gross erachtet haben, wären sie gehalten gewesen, diese ihrer Ansicht nach überhöhten Anforderungen bezüglich der Eignungskriterien innerhalb der Rechtsmittelfrist gegen die Ausschreibung und ihre Unterlagen vorzubringen. Auf die Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde haben sie indessen verzichtet. Dass eine Ausnahme gemäss der zitierten Rechtsprechung vorläge, die eine Beurteilung entsprechender Rügen im Rahmen der Überprüfung der Ausschluss- oder Zuschlagsverfügung zuliesse, ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht substanziiert aufgezeigt.

Gerade bei den Eignungskriterien handelt es sich auch nicht um eine nebensächliche Frage, deren Regelung leicht hätte übersehen werden können. Folglich ist im Gerichtsverfahren nicht mehr zu prüfen, ob das strittige Eignungskriterium überhaupt sachgerecht oder diskriminierend ist, da eine nachträgliche grundsätzliche Beanstandung als verspätet zu qualifizieren und daher darauf nicht mehr einzutreten ist. 2.4.6. Aber unabhängig davon ist der geforderte Wert einer Spannweite von ≥ 50 m mit Blick auf die Spannweite der projektierten Sprengwerkbrücke (68,74 m) als sachgerecht zu bezeichnen. Sie liegt unter jenem Wert, der konkret umzusetzen ist, verlangt aber gleichwohl eine bereits realisierte Spannweite, die bestimmte Anforderungen an den Erbauer stellt. Damit ist eine ausreichende Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung gewährleistet. Diese Vergleichbarkeit wird im Übrigen – neben der Spannweite des Brückenbauwerks von ≥ 50 m – mit weiteren Aspekten (vgl. vorne E. 2.3.2) sichergestellt. Dass diese zusätzlichen Faktoren einer Vergleichbarkeit entgegenstünden, behaupten die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht. Auch die erforderliche Konnexität zum Auftrags- und Leistungsbezug ist genügend erfüllt. Die Prüfung von solchen Referenzen lässt weiter durchaus aussagekräftige Rückschlüsse auf die Eignung der Anbieter, die projektierte Brücke realisieren zu können, zu (vgl. dazu Schneider Heusi, a.a.O., S. 397 N 13). Insbesondere bei der geforderten Länge der Spannweite besteht eine solche Nachweistauglichkeit in Bezug auf die projektierte Brücke. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die Vergabebehörde habe ihr Ermessen bei der Festlegung der Eignungskriterien überschritten. 2.5. 2.5.1. Ferner bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die geforderten Referenzen würden den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränken, wie die Zahl der eingereichten und ausgeschlossenen Angebote belege. Diese Wirkung sei im Zeitpunkt der Ausschreibung weder erkenn- noch voraussehbar gewesen, weshalb diese Rüge auch nicht als verspätet vorgetragen bezeichnet werden könne. 2.5.2. 2.5.2.1. Wie bereits aufgezeigt (vgl. vorne E. 2.2.3), sind Eignungskriterien und Anforderungen vergaberechtswidrig, die ohne überwiegende Interessen die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender (Rest-)Wettbewerb mehr bleibt. Ob diese Rüge bereits im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibung hätte vorgebracht werden müssen und im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen die Ausschluss- und Zuschlagsverfügung als verspätet zu qualifizieren ist (vgl. vorne E. 2.4.5), kann offengelassen werden. Denn wie die nachfolgenden Erwägungen aufzeigen, erweist sich diese Rüge als nicht stichhaltig, und zwar aus folgenden Gründen: Vorauszuschicken ist, dass die Vergabebehörde bei der Festlegung der Referenzen nicht verlangt hat, dass die Anbieter bereits Sprengwerkbrücken realisiert haben. Sie hat insbesondere darauf verzichtet, Vorgaben hinsichtlich des Brückentyps oder der Brückenhöhe zu machen. Diesbezüglich wurde der Kreis der Anbieter nicht eingeschränkt; vielmehr wurden die Anforderungen im Vergleich zur projektierten Brücke reduziert. Auch wenn eine zweifache Sprengwerkbrücke eher selten gebaut werden mag, wie auch der Beschwerdegegner zugibt, ist der damit verbundene Vorteil, dass der Querschnitt des Flusses wenig eingeengt wird, so gewichtig, dass die Wahl dieser Konstruktionsart in Anbetracht des Standorts durchaus nachvollziehbar erscheint. Indem der Beschwerdegegner aber diese Konstruktionsart im Rahmen der Referenzen nicht vorgegeben hat, wurde auch Anbietern die Möglichkeit der Offertstellung eröffnet, die in der Vergangenheit vor allem Balkenbrücken erstellt haben. Dies liegt im Ermessen der Vergabebehörde und ist vergaberechtskonform. 2.5.2.2. In der geforderten Spannweite von ≥ 50 m kann ebenfalls kein Aspekt erkannt werden, der einen wirksamen Wettbewerb übermässig behindert hätte. Immerhin liegen drei eingegangene und bewertete Angebote

vor. Mithin wurde eine wirtschaftliche Beschaffung mit dem Kriterium der Spannweite von ≥ 50 m nicht ausgeschlossen. Das Kriterium steht ferner im Zusammenhang mit der projektierten Brücke, die – wie dargelegt – eine grosse Spannweite aufweist. Mit Blick auf die Gründe für die Wahl dieser Konstruktionsart vermag sich dieses Kriterium auf ein gewichtiges öffentliches Interesse zu stützen. Wenn die Vergabebehörde damit sicherstellen will, dass eine Anbieterin den Auftrag ausführen soll, die bereits erfolgreich Erfahrungen bei der Realisierung langer Brücken mit grossen Spannweiten in steilem Gelände gesammelt hat, ist dies nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass mit einer Spannweite ≥ 50 m eine erheblich geringere Spannweite verlangt wurde, als beim geplanten Bauvorhaben umgesetzt werden muss (68,74 m). Auch deshalb hat die Vergabebehörde keine zu strengen Anforderungen an die Eignung gestellt. Damit erweist sich diese Anforderung an den Referenznachweis als zulässig; dies umso mehr, als der Beschwerdegegner plausibel aufzeigen kann, dass die Eignung des Anbieters bei der Realisierung der projektierten Sprengwerkbrücke Chlusboden von grosser Wichtigkeit ist. So ist nachvollziehbar, dass der Bau dieses zweifachen Sprengwerks hohe Anforderungen stellt an die Projektierung und Ausführung (u.a. beim Betonieren der Schrägstützen [Konterschalung], beim Bauablauf mit der Erstellung des Innenfeldes vor den Randfeldern, aufgrund der erschwerten örtlichen Verhältnisse bei der Lagerung der Lehrgerüstträger im Bereich der Randfelder oder an der erforderlichen statischen Überhöhung. Dass damit der Kreis der geeigneten Anbieter eingegrenzt wird, liegt in der Natur der Sache, ist aber durch den Leistungsbeschrieb bzw. das projektierte Bauvorhaben gerechtfertigt. Ferner ist auch in diesem Zusammenhang der Ermessensspielraum der Vergabebehörde zu beachten (vgl. vorne E. 2.2.2). Dass der Beschwerdegegner diesen hier rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte, ist nicht ersichtlich. Innerhalb des ihm zuzugestehenden Spielraums hat er wie dargelegt keine zu einschränkenden Eignungskriterien festgelegt. Auch wenn letztlich nur drei Angebote von zwei Unternehmen zu bewerten waren, ist es spekulativ und durch nichts belegt, dass bei weniger restriktiv formulierten Anforderungen an die Eignung mehr als zwei Anbieter qualifiziert gewesen wären. Entscheidend ist, dass die Wettbewerbszielsetzung hier nicht verfehlt wurde und die bewerteten Angebote hinreichend sicherstellen, dass die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden, wie insbesondere das Resultat des Vergabeverfahrens zeigt (vgl. dazu E. 4.3 hernach). 2.5.2.3. Wenn die Beschwerdeführerinnen sodann eine zu starre Anwendung dieses Eignungskriteriums durch den Beschwerdegegner monieren, ist ihnen entgegenzuhalten, dass dessen Wortlaut diesbezüglich keinen Spielraum zulässt, und die Vergabebehörde daran gebunden ist (vgl. vorne E. 2.2.2). Im Übrigen geht es nicht an, die vorgängig festgelegten und publizierten Anforderungen an die Referenzen während des laufenden Vergabeverfahrens herabzusetzen. Abgesehen davon stellt eine Vergrösserung des Anbieterkreises durch eine Herabsetzung der Anforderungen an die Eignung keine Sicherheit dar, dass die zusätzlich zugelassenen und teilnehmenden Anbieter die für die projektierte Brücke erforderlichen Qualitäten mitbringen. Gerade bei spezialisierten Leistungen werden die Anforderungen an die Eignung durch die Bedürfnisse der Beschaffung begründet. Diese verlangen hier spezialisierte Anforderungen, weshalb eine zu grosse Ausdehnung des Anbieterkreises nicht mehr sicherstellen könnte, dass die Brücke – wie projektiert – erstellt werden kann. Schliesslich trifft die ohnehin nicht näher begründete Aussage der Beschwerdeführerinnen, wonach eine Vergrösserung der Konkurrenz regelmässig zu einem tieferen Angebotspreis führe, nicht zu. Zum einen soll nicht das preisgünstigste, sondern das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten (§ 5 Abs. 1 öBG). Zum anderen stellt allein die

Anzahl der eingereichten Angebote nicht sicher, dass tiefere Angebotspreise offeriert werden, weil die Anbieter bei Offerteinreichung im offenen Verfahren nicht wissen, wie viele Angebote eingehen. Entscheidend ist, dass ein hinreichender Wettbewerb im Rahmen des Vergabeverfahrens gegeben ist. 2.6. Im Sinn eines Zwischenergebnisses steht fest, dass die strittige Anforderung ("Brückenbauwerk in Beton mit Vorspannung und Spannweite ≥ 50 m") die Voraussetzungen an ein Eignungskriterium erfüllt, mittels zulässigem Referenznachweis nachgefragt wurde, entsprechend der Darstellung der Vergabebehörde auszulegen ist und damit den Wettbewerb nicht zu stark einschränkt. Es ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen (E. 2.7 hernach), ob die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Referenzen diese Anforderung vollumfänglich zu erfüllen vermögen, was der Beschwerdegegner bestreitet. 2.7. 2.7.1. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit ihrem Angebot vom 4. Februar 2022 insgesamt drei Referenzprojekte ein. Im Referenzprojekt Nr. 2 verwiesen sie auf die von ihnen erstellte Brücke "L._____" sowie die Brücke "M._____strasse". Unstrittig ist, dass es sich bei beiden genannten Bauwerken um mehrfeldrige vorgespannte Betonbrücken bzw. Balkenbrücken handelt. Nach der Darstellung der Beschwerdeführerinnen überspannt die Brücke "L._____" eine Länge von 50,5 m und weist eine max. Spannweite von 30,3 m auf. Die Brücke "M._____strasse" ist 88,5 m lang mit einer max. Spannweite von 40,5 m. Auch wenn diese Balkenbrücke ebenfalls sehr lang ist, erweist sich ihre Spannweite mit Blick auf das Eignungskriterium ("Brückenbauwerk in Beton mit Vorspannung und Spannweite ≥ 50 m") um 9,5 m zu kurz. Damit ist erstellt, dass beide Referenzen die Anforderungen an die Spannweite gemäss der obigen Begriffsauslegung nicht erfüllen. 2.7.2. An diesem Ergebnis vermögen auch die übrigen Einwände der Beschwerdeführerinnen, soweit nicht bereits durch die vorangegangenen Erwägungen entkräftet, nichts zu ändern. So bringen sie vor, die Vergabestelle müsse auch Referenzen von ausgeführten kleineren Projekten, welche den Umfang des ausgeschriebenen Projekts nicht erreichten, gelten lassen, um den Kreis der potenziellen Anbieterinnen zu erweitern und den Wettbewerb zu stärken. Diesbezüglich verweisen sie auf das von der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) erlassene Merkblatt "Referenzen: Einholen und Bewerten" (2. Ausgabe 1.1.2021, S. 2, https://www.beschaffung.admin.ch/bpl/de/home/beschaffung/merkblaetter.html, zuletzt eingesehen am 14.7.2022). Doch dies stellt keine Pflicht der Vergabebehörde dar. Das Merkblatt spricht denn auch ausdrücklich davon, dass die Vergabestelle Referenzen über ausgeführte kleinere Projekte gelten lassen dürfe. Bereits infolge fehlender Berücksichtigungspflicht kann dem Beschwerdegegner kein Vorwurf gemacht werden, dass er insbesondere die Brücke "M._____strasse" nicht als ausreichend für die Erfüllung des strittigen Eignungskriteriums erachtete. Darin liegt keine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens. Vielmehr hat er sich an die Eignungskriterien gehalten, die er vorgängig bekanntgegeben hat und gegen welche die Beschwerdeführerinnen auch nicht opponiert haben. Abgesehen davon ist die Differenz zwischen der Spannweite des Referenzobjekts der Beschwerdeführerinnen (40,5 m) und dem Eignungskriterium (≥ 50 m) von erheblicher Grösse und Gewicht (vgl. E. 3.2 hernach). Diese fehlende Erfüllung der Referenzanforderungen kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen – nicht durch andere Nachweise ersetzt werden. Auch wenn das hier nicht erfüllte Eignungskriterium die Frage der technischen Leistungsfähigkeit insgesamt betrifft, sehen die dafür massgebenden Ausschreibungsunterlagen eine solche Kompensationsmöglichkeit nicht vor. Dass die Vergabebehörde auch andere Aspekte im Zusammenhang mit der Beurteilung der Eignung der Anbieter erfragt oder berücksichtigt hat (u.a.

"unternehmensbezogenes Qualitätsmanagementsystem", "ausreichende personelle Ressourcen" und "Gesamtumsatz des Anbieters"), lässt nicht den Schluss zu, dass die entsprechende Erfahrung und Fachkompetenz, die hier mittels Referenzprojekten beurteilt wurde, weggelassen werden könnte. Diese Aspekte stellen gemäss den Ausschreibungsunterlagen je für sich selbständige Eignungskriterien dar, die kumulativ zu erfüllen sind, was den Beschwerdeführerinnen nicht gelungen ist. So vermögen Angaben zum Gesamtumsatz der Unternehmung oder zu den personellen Ressourcen die geforderte Erfahrung beim Bau einer solchen Brücke nicht zu ersetzen. 2.8. Vor diesem Hintergrund steht fest, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen den Nachweis der Eignung gemäss den Ausschreibungsunterlagen ("Brückenbauwerk in Beton mit Vorspannung und Spannweite ≥ 50 m") nicht zu erfüllen vermag. 3. 3.1. Angebote, bei denen – wie hier – erstellt ist, dass der Anbieter die Eignungskriterien nicht vollständig nachweisen oder einhalten kann, sind in der Regel vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums muss ein Ausschluss erfolgen, es sei denn, der Mangel sei geringfügig und der Ausschluss unverhältnismässig (vgl. vorne E. 2.1). Die Beschwerdeführerinnen bringen denn auch vor, der Ausschluss sei unverhältnismässig und grenze an überspitzten Formalismus. 3.2. Wie bereits dargelegt, beträgt die Spannweite der projektierten Sprengwerkbrücke 68,74 m und nicht 35 m, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen. Deshalb trifft es nicht zu, dass die Differenz der eingereichten Referenz von 40,5 m zu den Anforderungen an das Referenzprojekt (≥ 50 m) marginal und diejenige zum auszuführenden Werk inexistent sei. Wenn letzteres eine Spannweite von 68,74 m aufweisen wird, weicht die Brücke "M._____strasse" mit 40,5 m in erheblicher Weise davon ab. Ebenso wenig ist eine Differenz von 9,5 m zur Anforderung an die Spannweite des Brückenbauwerks (≥ 50 m) als marginal oder geringfügig zu qualifizieren. Die Differenz von 9,5 m wiegt bereits in masslicher Hinsicht schwer. Hinzu kommt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an dieser Anforderung und ihrer Einhaltung besteht, da sie sicherstellen soll, dass ein geeigneter Anbieter mit entsprechender Erfahrung das projektierte Bauvorhaben realisieren soll. Dieses weist zudem eine weit grössere Spannweite auf als eingefordert wurde; umso grösser ist das Gewicht, das einer Unterschreitung dieser Vorgabe zukommt. Es ist daher nachvollziehbar und sachgerecht, wenn der Beschwerdegegner insbesondere die Notwendigkeit der Einhaltung dieser Anforderung an die Eignung betont, zumal er diese im Vergleich zur Spannweite der projektierten Brücke bereits reduziert hat. Schliesslich ist auch der Ermessensspielraum zu beachten, über welchen die Vergabebehörde bei der Beurteilung und Würdigung einer solchen Differenz verfügt. Vor diesem Hintergrund verletzt der Entschluss des Beschwerdegegners, das Angebot der Beschwerdeführerinnen auszuschliessen, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht. 3.3. Ebenso wenig liegt ein Verstoss gegen das Verbot des überspitzten Formalismus vor. Einen solchen machen zwar auch die Beschwerdeführerinnen nicht explizit geltend; sie führen jedoch an, der Ausschluss "grenze" an überspitzten Formalismus. Zwar ist ihnen darin zuzustimmen, dass ein Ausschluss insbesondere dann überspitzt formalistisch ist, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hätte (vgl. BGE 145 I 201 E. 4.2.1; BGer-Urteile 2C_969/2018 vom 30.10.2019 E. 6.2 und 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3.3). Hier ist aber – wie aufgezeigt – die Abweichung von der geforderten Eignungsangabe nicht als geringfügig zu qualifizieren. Zudem betrifft sie nicht das Preis-Leistungs-Verhältnis, sondern die Frage der Eignung und damit die angestrebte Sicherstellung, dass die projektierte Brücke von einer Unternehmung realisiert wird, die

bereits über Erfahrung bei der Ausführung von Brücken mit Spannweiten von mehr als 50 m aufweist. Sodann kann dieser Mangel auch nicht durch eine nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen "geheilt" oder kompensiert werden. Schliesslich geht es bei der strittigen Anforderung an die Eignung nicht um eine formelle Vorschrift, die mit übertriebener Schärfe gehandhabt worden wäre. Nach den vorangegangenen Erwägungen ist diese insbesondere sachgerecht festgelegt worden. Eine Abweichung davon ist aufgrund des Umfangs der Differenz weder geboten noch wäre eine solche Abweichung im Ergebnis unbedeutend. Der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen erweist sich folglich nicht als überspitzt formalistisch. 3.4. Damit erweist sich der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerinnen insgesamt als vergaberechtskonform.

E. 4.1

Eventualiter beantragen die Beschwerdeführerinnen den Abbruch des Vergabeverfahrens. Zur Begründung weisen sie im Wesentlichen darauf hin, es bestünde aufgrund des Ausschlusses von drei Arbeitsgemeinschaften und der wenigen Angebote kein ausreichender Wettbewerb.

E. 4.2

Die Vergabestelle kann das Beschaffungsverfahren abbrechen, wenn sachliche bzw. wichtige Gründe dies rechtfertigen (vgl. Art. 13 lit. i IVöB, § 18 öBG). Eine entsprechende Pflicht dazu besteht nicht. Abbruch, Wiederholung und Neudurchführung des Verfahrens werden vielmehr gesetzlich als Befugnis der Vergabestelle geregelt. In § 18 öBG werden die möglichen Gründe für einen zulässigen Abbruch des Vergabeverfahrens im Rahmen einer nicht abschliessenden Aufzählung genannt. Der Abbruch ist immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3; BVGer-Urteil B-7133/2014 vom 26.5.2015 E. 2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 798). Dies folgt daraus, dass das Vergabeverfahren allein dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen Beschaffung benötigter Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und den Submittenten kein eigenständiges subjektives Recht auf Verfahrensfortführung, sondern einzig auf Gleichbehandlung zukommt. Das Vergabeverfahren muss daher abgebrochen werden können, wenn das Ziel der Beschaffung verfehlt wird (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 788 N 24; Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, N 8; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, N 182 ff., insb. 184, 256 und 264). Ein Abbruch des Verfahrens kann daher auch zulässig sein, wenn die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben. Dies kann z.B. dann vorliegen, wenn sich nicht genügend Anbieter finden lassen und damit kein hinreichender Wettbewerb vorhanden ist. Aber selbst wenn nur ein gültiges Angebot eingereicht wird, kann das Verfahren nicht unbesehen abgebrochen werden. Es ist auch in einem solchen Fall namentlich zu prüfen, ob die Offerte mit Blick auf die Kostenschätzung der Vergabestelle preislich angemessen ist (Locher, in: Handkomm. zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [Hrsg. Trüeb], Zürich 2020, Art. 43 N 15).

E. 4.3

Im vorliegenden Vergabeverfahren gingen drei gültige Angebote von zwei Anbieterinnen ein, welche insbesondere auch die geforderten Referenznachweise erfüllten. Dass sie die übrigen formellen oder materiellen Vorgaben nicht einhalten würden, ist nach Lage der

Akten nicht ersichtlich. In Anbetracht dieser Angebote war die Vergabebehörde gehalten, diese Offerten und namentlich auch den angebotenen Preis auf seine Angemessenheit zu prüfen. Dabei kann u.a. auf den Angebotspreis der übrigen Offerten oder die Kostenschätzung der Vergabebehörde vor Einleitung des Vergabeverfahrens zurückgegriffen werden. Letztere betrug Fr. 18'900'000.-- (exkl. MWST). Dass diese Kostenschätzung vom 25. Oktober 2021 unrealistisch gewesen wäre, ist nicht erkennbar und bringen auch die Beschwerdeführerinnen nicht vor. Folglich unterschreitet das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit einem Nettopreis von Fr. 18'278'888.90 (inkl. MWST) diese Kostenschätzung in erheblichem Ausmass. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Anzeichen dafür, dass der Preis der Offerte der Zuschlagsempfängerin übersetzt gewesen wäre. Insofern brachten die drei eingereichten Angebote im vorliegenden Vergabeverfahren einen ausreichenden Wettbewerb mit sich, der letztlich dazu führte, dass eine Offerte den Zuschlag erhielt, dessen Angebotspreis weit unter der Kostenschätzung lag. Mit dieser Zuschlagssumme ist mit Blick auf die Kostenschätzung auch das Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Gelder nicht verfehlt worden. Damit sind die Voraussetzungen für einen Abbruch des Verfahrens gemäss § 18 Abs. 2 öBG trotz zahlenmässig wenig bewerteten Offerten nicht erfüllt (vgl. dazu auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 820). Da auch nichts dafürspricht, dass die Vergabestelle auf die Beschaffung verzichten will, ist folglich nicht zu beanstanden, dass sie das Vergabeverfahren mit den drei eingereichten und bewerteten Offerten nicht abgebrochen hat. (Ausschlussverfügung vergaberechtskonform, daher Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde)

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