

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00194 vom 8. April 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00194

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00194 du 8 avril 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00194 del 8 aprile 2009

Regeste

Submission | Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit Dritter bei der Eignungsprüfung einer Anbieterin. EG-Vergaberecht zur Frage der Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit Dritter im Rahmen der Eignungsprüfung einer Anbieterin (E. 3.5). Eine Anbieterin kann sich auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft, insbesondere der Muttergesellschaft, stützen, wenn sie den Nachweis erbringt, dass sie tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Konzerngesellschaft verfügt. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin, eine 100 %-ige Tochtergesellschaft, beschränkt sich nicht auf einen allgemeinen Hinweis auf die Kapazitäten der Muttergesellschaft, sondern stellt auf Referenzen, Fachkräfte und Umsatzzahlen von Konzern bzw. Muttergesellschaft ab. Die Offerte war konsequent konzernbezogen abgefasst; es wurden eine von Mutter- und Tochtergesellschaft gemeinsam abgeschlossene Haftpflichtversicherung und eine Konzernklärung beigebracht. Unter diesen Umständen erweist sich die uneingeschränkte Berücksichtigung der Konzernmittel bzw. der Mittel der Muttergesellschaft bei der Eignungsprüfung der Zuschlagsempfängerin nicht als rechtsverletzend (E. 4.1 f.). Die finanzielle Leistungsfähigkeit der Anbieterin im Hinblick auf allfällige Ersatzansprüche wird indes bei Aufträgen dieser Art regelmässig mittels einer Erfüllungsgarantie gesichert. Diesbezüglich genügt es, wenn die Vergabebedingungen die Leistung einer geeigneten Sicherheit vorsehen und die Anbieterin diese in zutreffender Weise angeboten hat (E. 4.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

B AG,

E. 1.1

Infolge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) sind die Nationalstrassen per 1. Januar 2008 in die Hoheit und ins Eigentum des Bundes übergegangen. Ihr Ausbau und Unterhalt fällt ab diesem Zeitpunkt in die Zuständigkeit des Bundes (Art. 40a lit. b und Art. 49a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen [NSG]). Für Ausbau- und Unterhaltsvorhaben, welche den Inkraftsetzungstermin zeitlich überlagern, wurde übergangsrechtlich die Möglichkeit geschaffen, dass die Kantone je nach Stand der Arbeiten diese im Mandatsverhältnis zu Ende führen (vgl. Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung NFA vom 7. September 2005, BBl 2005 6154). Gemäss Art. 62a Abs. 7 NSG in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 der Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007 (NSV) bezeichnet das Bundesamt für Strassen (ASTRA) bei diesen Vorhaben die Arbeiten, welche die

Kantone nach bisherigem Verfahren ausführen, und übernimmt der Bund in diesen Fällen die entsprechenden Schuldverhältnisse erst nach Beendigung der Arbeiten. Vorliegend hat das ASTRA von dieser übergangsrechtlichen Bestimmung Gebrauch gemacht und den Kanton Zürich mit Schreiben vom 19. März 2008 aufgefordert, "das [Submissions-]Verfahren nach geltendem kantonalen Recht, bis und mit Werkvertrag abzuschliessen". Mithin verblieb die Zuständigkeit für den vorliegenden Vergabeentscheid beim Beschwerdegegner, was von den Beschwerdeführerinnen im Übrigen auch nicht in Frage gestellt wurde.

E. 1.2

Vergabeentscheide kantonalen und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. 2. Nicht berücksichtigte Anbieter sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit § 2 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG). Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen zwei Grundangebote (Amtsvorschlag 1 und Amtsvorschlag 2) eingereicht und damit in der Gesamtbewertung die Ränge zwei und drei belegt. Mit den in der Beschwerde erhobenen Rügen verfechten sie sodann, die erstplatzierte Mitbeteiligte sei zufolge Nichterfüllens der Eignungskriterien vom Verfahren auszuschliessen; hierzu sind sie ohne Weiteres legitimiert. Wäre der Vertrag mit der Mitbeteiligten noch nicht abgeschlossen, so wäre bei Gutheissung der Beschwerde eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen in Betracht zu ziehen. Dass dies infolge des Vertragsschlusses nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, da die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). 3.

E. 2

C AG,

E. 3

D AG,

E. 3.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25 E. 6a; vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes ■ Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 10). Gemäss § 22 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) betreffen sie insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische

Leistungsfähigkeit. Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 28 lit. a SubmV).

E. 3.2

In Pos. 223.100 der Ausschreibungsunterlagen wurden unter anderem folgende Eignungskriterien statuiert, die durch die "Unternehmung oder die Arbeitsgemeinschaft" mit Einreichung des Angebots nachzuweisen waren: "[...] · Leistungsfähigkeit: aufgrund Angaben im Angebot unter Punkt 2.1 und 2.2.1. Angebote werden ausgeschlossen, falls folgende Kriterien nicht erfüllt werden: · QM-Anforderungen gemäss Vorgaben ASTRA vom 3. April 1997 (BWK III, QM-Stufe C). Es werden nur zertifizierte Unternehmungen berücksichtigt, respektive bei ARGE muss mindestens die federführende Unternehmung zertifiziert sein. Die vom Bewerber gewählten Subunternehmer und/oder Lieferanten für Beton-, Abdichtungs- und Belagsarbeiten müssen nach ISO 9000ff. zertifiziert sein. · Erfahrungen der Unternehmungen mit gleichwertigen Bauobjekten: mind. ein fachlich vergleichbares Referenzobjekt (= Instandsetzung und Ausbau von Nationalstrassen unter Verkehr, inkl. Instandsetzung von Brückenbauwerken) in den letzten 5 Jahren mit Bausumme > 20 Mio · Die wirtschaftliche und organisatorische Leistungsfähigkeit der Unternehmung / ARGE und der Subunternehmungen der folgenden Arbeiten: Strassen- und Tiefbau, Instandsetzung von Kunstbauten - Die Unternehmung / ARGE muss für das letzte Jahr einen Umsatz nachweisen, der mind. drei mal so gross ist, wie die für das Angebot vorgesehene mittlere Jahresleistung. Bei Arbeitsgemeinschaften sind Punkt 2 des Angebotes 'Angaben des Unternehmers' von jedem Unternehmer zu erbringen."

E. 3.3

Vorliegend wendet sich die Beschwerdeführerin nicht gegen die Auswahl der Eignungskriterien, sondern lediglich gegen die Eignungsprüfung. Hauptstreitpunkt ist die Frage, ob die Eignung der Mitbeteiligten zu Recht bejaht wurde bzw. ob ihr unter diesem Titel die Leistungsfähigkeit ihrer deutschen Muttergesellschaft und weiterer Konzerngesellschaften angerechnet werden durfte. Für sich allein betrachtet erfüllt die Mitbeteiligte die Eignungskriterien unbestrittenermassen nicht. Weder verfügt sie selbst über die geforderte einschlägige Erfahrung (Referenzobjekt) noch erreicht sie die Vorgaben zur wirtschaftlichen und organisatorischen Leistungsfähigkeit (Umsatzzahlen).

E. 3.4

Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung liegt es, soweit es nach den Umständen der konkreten Vergabe gerechtfertigt ist, im Ermessen der Vergabestelle, die Leistungsfähigkeit von Subunternehmern bei der Eignungsprüfung eines Anbieters zu berücksichtigen (VGr, 13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 4, www.vgrzh.ch). Vorliegend geht es zwar nur am Rande um Kapazitäten von Subunternehmen. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage nach der Zulässigkeit des Einbezugs eines Konzerns oder von Konzernunternehmen in die Eignungsprüfung eines Anbieters. Letztlich lassen sich indes beide Konstellationen unter dem Überbegriff "externe Nachweise" zusammenfassen, was auch analoge Schlüsse hinsichtlich ihrer Berücksichtigung nahelegt. Wie bei der Berücksichtigung von Kapazitäten eines Subunternehmens kann es auch bei der Berufung auf die Leistungsfähigkeit einer Konzern- bzw. der Muttergesellschaft im Ergebnis nur darauf ankommen, ob dem Anbieter die erforderlichen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

E. 3.5

Im Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit Dritter bei der Eignungsprüfung rechtfertigt sich ein Blick auf das Vergaberecht der Europäischen Gemeinschaften (EG). Die EG-Vergaberichtlinien und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hierzu sind für die rechtsanwendenden Schweizer Behörden zwar nicht verbindlich; dennoch ist es zweckmässig, das bereits weit entwickelte EG-Vergaberecht als Inspirationsquelle heranzuziehen und eine gewisse Einheitlichkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht anzustreben (vgl. Giovanni Biaggini, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich etc. 2007, S. 719, Rz. 178, mit Hinweisen; vgl. auch Hubert Stöckli, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 7). Die schweizerische Rechtsprechung, einschliesslich diejenige des Verwaltungsgerichts Zürich, nahm denn auch schon in verschiedenen Fällen auf EG-Vergaberecht Bezug (Biaggini, S. 719, Rz. 178, mit Hinweisen; ferner RB 2003 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 36; RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48). Gemäss Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114) kann sich ein Wirtschaftsteilnehmer gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag zum Nachweis der wirtschaftlichen, finanziellen, technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die diesbezüglichen Zusagen dieser Unternehmen vorlegt (vgl. EuGH-Urteile vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-126/03, Kommission der EG, Slg. 2004, I-11197, Rz. 22; vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-314/01, Siemens und ARGE Telekom, Slg. 2004, I-2549, Rz. 43 f.; vom 12. Dezember 1999 in der Rechtssache C-176/98, Holst Italia, Slg. 1999, I-8607, Rz. 29 ff.).

E. 3.6

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen widerspricht der Einbezug Dritter in die Eignungsprüfung der Formulierung der Eignungskriterien nicht.

E. 3.6.1

Unter dem Kriterium "Erfahrung der Unternehmungen mit gleichwertigen Bauobjekten" (Referenzobjekt) werden Subunternehmerleistungen zwar nicht ausdrücklich erwähnt, deren Mitberücksichtigung wird aber auch nicht explizit ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss wäre im Übrigen auch nicht sachgerecht, da der Beizug von Subunternehmern bzw. die "Vergabe einzelner Leistungen an Dritte" in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als zulässig erklärt wurde. Ein fachlicher Leistungsausweis muss aber insbesondere für denjenigen Leistungserbringer vorliegen, der auch tatsächlich zum Einsatz kommt, sei dies nun der Offertsteller selbst oder eben ein "Dritter".

E. 3.6.2

Unter dem Kriterium "wirtschaftliche und organisatorische Leistungsfähigkeit" (Umsatzanforderung) wird die Mitberücksichtigung von Subunternehmen sodann ausdrücklich statuiert. Die Beschwerdeführerinnen erachten eine solche Ausschreibungsvorgabe als unbeachtlich bzw. unzulässig. Das wirft die Frage auf, ob ihre

Beschwerde in diesem Punkt nicht verspätet erfolgt, da bereits die Ausschreibung des Auftrags eine selbständig mit Beschwerde anfechtbare Verfügung darstellt (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB). Diese Frage kann indes offen gelassen werden, da sich die betreffenden Einwände – wie bereits ausgeführt – ohnehin als nicht stichhaltig erweisen. Die Beschwerdeführerinnen begründen ihren Standpunkt damit, dass der Eignungsnachweis in jeder Hinsicht und ausschliesslich von den Anbietern selbst erbracht werden müsse, weil nur diese und nicht auch ihre Subunternehmen oder sonstige Dritte zu Vertragspartnern der Vergabebehörde würden. Aus dem Vertrag verpflichtet und für dessen gehörige Erfüllung belangbar sei aber nur, wer auch Vertragspartei sei. Wie bereits ausgeführt, ist es keineswegs ausgeschlossen, die Leistungsfähigkeit von Subunternehmen/Dritten bei der Eignungsprüfung eines Anbieters zu berücksichtigen; beim Entscheid darüber steht der Vergabebehörde ein erhebliches Ermessen zu. Dies gilt gleichermassen für alle auftragsrelevanten Aspekte der Leistungsfähigkeit, insbesondere auch für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (vgl. Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG). 4. Das führt zum nächsten Streitpunkt bzw. zur Frage, ob der Beschwerdegegner vorliegend das ihm bei der Berücksichtigung externer Leistungsnachweise zustehende Ermessen überschritten hat. Dies umfasst nicht nur die Einschätzung des Beschwerdegegners zur Verbindlichkeit der externen Leistungszusage, sondern auch die Frage, ob ein gewisses Mindestmass an eigener Leistungsfähigkeit des Anbieters unabdingbar sei.

E. 4

E AG,

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen hierzu geltend, es gehe nicht an, dass ein komplexer Nationalstrassenauftrag von 160 Mio. Fr. an ein Unternehmen gehe, das selbst noch nie ein Stück Strasse gebaut habe und dessen Jahresumsatz nicht einmal 10 % des verlangten Umsatzes erreiche. Das sei klar etwas anderes, als wenn ein ausgewiesener Anbieter punktuell auf Know-how oder Ressourcen von Dritten zurückgreife. Es hätte der Mitbeteiligten freigestanden, mit der Muttergesellschaft und/oder ihren Schwestergesellschaften eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden und mit diesen gemeinsam ein Angebot einzureichen. Namentlich wäre die Tatsache, dass die meisten dieser Gesellschaften in Deutschland domiziliert sind, hierfür kein Hinderungsgrund gewesen. Dass dagegen nur die kleine Schweizer Tochtergesellschaft ein Angebot eingereicht habe, könne nur dahingehend verstanden werden, dass der deutsche Konzern eben nicht mit seiner wirtschaftlichen Potenz für die Vertragserfüllung eintreten wolle. Unter diesen Umständen biete die Mitbeteiligte schlicht keine Gewähr dafür, dass sie der gestellten Aufgabe gewachsen sei. Sodann verweisen die Beschwerdeführerinnen auch auf Anforderungen des ASTRA, gemäss denen nur 30 % des Auftragsvolumens untervergeben werden dürften (Handbuch Beschaffungswesen Investitionsrechnung ASTRA, Stand: 21. Januar 2008, E., S. 6 f.). Dass in der vorliegenden Ausschreibung keine entsprechenden Vorgaben gemacht worden seien, könne nicht bedeuten, dass der Auftrag an ein Unternehmen ohne jede Erfahrung im Tiefbau erteilt werden dürfe. Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, aufgrund der konkreten Umstände sei die Mitbeteiligte vorliegend nicht isoliert zu betrachten. Letztere habe in ihrem Angebot vorweg in Ziffer 2.1 hervorgehoben, dass sie eine 100 %-ige Tochter der P GmbH & Co. KG sei und als solche zur P-Gruppe gehöre. Sodann werde im ganzen Angebot wiederholt und konsequent auf die

Konzernzugehörigkeit zur P-Gruppe hingewiesen. Mit der Nennung von Schlüsselpersonen, Referenzobjekten und Umsatzzahlen von Muttergesellschaft und Konzern habe sie ihre starke Einbindung in den Konzern sowie das Entstehen der Muttergesellschaft für die ausgeschriebenen Leistungen zum Ausdruck gebracht. Schon das Auftreten der beiden Gesellschaften im Angebot lasse nach Treu und Glauben nur den Schluss eines rechtsgeschäftlichen Bindungswillens der Muttergesellschaft zu, wonach diese im Rahmen der ausgeschriebenen Leistungen für die Verbindlichkeiten ihrer schweizerischen Tochtergesellschaft entstehen werde. Überdies habe die Mitbeteiligte nachträglich eine Konzernklärung beigebracht, in der die Muttergesellschaft P GmbH & Co. KG ausdrücklich erkläre und zusichere, dass sie ihrer Tochter in finanzieller, strategischer und operativer Hinsicht vollste Unterstützung zukommen lassen werde. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass auch die Muttergesellschaft in Deutschland gestützt auf die hier im Streit liegende Offerte ins Recht gefasst werden könne. Es bestehe kein Anhaltspunkt, dass die Mutter von ihrer zugesicherten Unterstützung in personeller, finanzieller und organisatorischer Hinsicht Abstand nehmen wolle. Was schliesslich das zitierte Handbuch des ASTRA betreffe, so sei dieses erst nach der Einleitung des vorliegenden Vergabeverfahrens erschienen und daher für dieses nicht beachtlich. Aber selbst wenn das Handbuch Anwendung fände, würde sich vorliegend nichts ändern, da die P-Gruppe den überwiegenden Teil der Leistungen konzernintern erbringe.

E. 4.2

Nicht erlaubt wäre es nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des EuGH (oben Erw. 3.5) zu vermuten, dass der Anbieter über die Mittel Dritter verfügt, wenn dies allein darauf gestützt würde, dass er zur selben Unternehmung gehört (vgl. insbesondere EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1999 in der Rechtssache C-176/98, *Holst Italia*, Slg. 1999, I-8607, Rz. 33). Vorliegend hat der Beschwerdegegner sich indes nicht lediglich auf den Hinweis im Angebot, dass die Mitbeteiligte eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der P GmbH & Co. KG ist, sondern insbesondere auf die konsequent konzernbezogen abgefasste Offerte gestützt. Die Mitbeteiligte bzw. deren Angebot beschränkt sich gerade nicht auf einen allgemeinen Hinweis auf die Kapazitäten der Muttergesellschaft. Mit dem Abstellen auf Referenzen, Fachkräfte und Umsatzzahlen von Muttergesellschaft bzw. Konzern wird vielmehr hinreichend deutlich bekundet, von welcher Seite der Hauptteil der offerierten Leistung erbracht werden soll. Sodann hat die Mitbeteiligte eine von Mutter- und Tochtergesellschaft gemeinsam abgeschlossene Haftpflichtversicherung vorgelegt. Die betreffende Versicherungsbestätigung verweist im Weiteren auch auf einen dieser Haftpflichtversicherung übergeordneten Mastervertrag der Muttergesellschaft über eine Versicherungssumme von 25 Mio. Euro pro Schadensereignis. Sodann hat die Mitbeteiligte nachträglich eine "Konzernerklärung" beigebracht. Darin erklärt und versichert die Muttergesellschaft P GmbH & Co. KG & Co. KG, "ihre Tochterunternehmung P AG in Q, in finanzieller, strategischer und operativer Hinsicht vollste Unterstützung zukommen zu lassen". Weiter bestätigt sie, "über genügend finanzielle und personelle Mittel sowie die entsprechenden Erfahrungen und Know How zu verfügen, um die Tochterunternehmung in allen Belangen unterstützen zu können". Wenn der Beschwerdegegner unter diesen Umständen zum Schluss gelangte, die Mitbeteiligte habe die erforderlichen Zusagen beigebracht, dass sie tatsächlich über die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Kapazitäten des Konzerns bzw. der Muttergesellschaft verfügt, ist das vertretbar und nicht rechtsverletzend. Demnach lässt sich die vom Beschwerdegegner verfochtene uneingeschränkte Berücksichtigung der Konzernmittel bzw. der Mittel der

Muttergesellschaft bei der Eignungsprüfung der Mitbeteiligten rechtfertigen. Im Übrigen ist das von den Beschwerdeführerinnen herangezogene Handbuch Beschaffungswesen Investitionsrechnung ASTRA für das hier zu beurteilende Vergabeverfahren nicht massgeblich. Anzufügen ist immerhin, dass der aktuellen Fassung des Handbuchs (datiert vom 30. April 2008, unter www.astra.ch), die den neusten juristischen Lehren und Rechtsprechungen angepasst wurde, keine Prozentregel für die (zulässige) Untervergabe eines bestimmten Auftragsvolumens entnommen werden kann.

E. 4.3

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen darf zur Beurteilung des Angebots der Mitbeteiligten auch die Leistungsfähigkeit ihrer Muttergesellschaft herangezogen werden; zumindest durfte der Beschwerdegegner in dieser Weise vorgehen, ohne das ihm zustehende Ermessen zu missbrauchen oder zu überschreiten. Das gilt für die fachliche Leistungsfähigkeit und die Referenzen ebenso wie für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, soweit diese für die Ausführung der übertragenen Arbeiten von Bedeutung ist. Die finanzielle Leistungsfähigkeit ist allerdings auch unter dem Gesichtspunkt von Bedeutung, dass die Auftragnehmerin in der Lage sein soll, für allfällige Ersatzansprüche bei ungenügender Erfüllung des Auftrags aufzukommen. Damit auch in dieser Hinsicht auf die Leistungsfähigkeit der Muttergesellschaft abgestellt werden dürfte, wäre eine klare Zusage von deren Seite erforderlich, wonach sie für finanzielle Verpflichtungen der Anbieterin, die sich aus dem Auftragsverhältnis ergeben können, einsteht. Die von der Mitbeteiligten vorgelegte "Konzernerklärung" erfüllt diese Anforderung wohl nicht. Die Erklärung der Muttergesellschaft, der Anbieterin "in finanzieller (...) Hinsicht vollste Unterstützung zukommen zu lassen" stellt kaum eine ausreichende Grundlage dar, um den Konzern für finanzielle Verpflichtungen der Tochtergesellschaft zu belangen. Die Leistungsfähigkeit der Anbieter im Hinblick auf allfällige Ersatzansprüche wird indessen bei Aufträgen dieser Art ohnehin regelmässig mittels einer Erfüllungsgarantie gesichert; in diesem Fall sind die eigenen finanziellen Mittel der Anbieter von geringerer Bedeutung. Vorliegend hat der Beschwerdegegner in den Ausschreibungsunterlagen eine "Kautions für vertragsgetreuen Baubeginn und Vertragseinhaltung (Erfüllungsgarantie)" im Umfang von 5 % der Offertsumme verlangt, die innert 4 Wochen nach der Auftragserteilung beizubringen ist. Deren Kosten waren im Leistungsverzeichnis (NPK 113, Pos. 111.003) einzusetzen und ins Total der Offerte einzurechnen. Die Mitbeteiligte ist dieser Anforderung nachgekommen und hat den Preis der Erfüllungsgarantie in ihrem Angebot auf Fr. 97'752.70 veranschlagt. Dass eine Erfüllungsgarantie in der Höhe von 5 % der Offertsumme nicht ausreichend sei, wurde nicht substantiiert geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die rechtzeitige Vorlage einer ordnungsgemässen Garantie konnte vom Beschwerdegegner vor Erteilung des Auftrags nicht geprüft werden. Das beeinträchtigt die Rechtmässigkeit der Vergabe jedoch nicht. Es genügt vielmehr festzustellen, dass die Vergabebedingungen die Leistung einer geeigneten Sicherheit vorsehen und die Mitbeteiligte diese in zutreffender Weise angeboten hat. Im Weiteren ist es Sache der Vergabeinstanz, für die Einhaltung der Vergabebedingungen zu sorgen. 5.

E. 5

F AG,

E. 5.1

Die Beschwerdeführerinnen wenden im Weiteren ein, die nachträglich beigebrachte "Konzernerklärung" vom 29. Mai 2008 sei unbeachtlich, da sie den Rahmen von § 30 SubmV sprengt. Wollte man der Konzernerklärung eine wesentliche Bedeutung für den Nachweis der Eignung beimessen, könne sie nicht mehr als blosser Erläuterung angesehen werden und hätte sie folglich bereits mit dem Angebot eingereicht werden müssen. Sodann seien offenbar noch weitere zusätzliche Auskünfte eingeholt worden, namentlich solche zu den Referenzobjekten und Angaben betreffend den täglichen Arbeitseinsatz, den Maschineneinsatz und den Mehrschichtbetrieb. Auch habe die Mitbeteiligte ein Teilorganigramm für den Bereich Kunstbauten sowie zu den Subunternehmern nachreichen müssen. Es frage sich, ob unter diesen Umständen überhaupt ein vollständiges Angebot vorgelegen habe.

E. 5.2

Die Unvollständigkeit eines Angebots kann gemäss § 28 lit. h SubmV zu dessen Ausschluss führen. Diese Rechtsfolge ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl 101/2000, S. 265; RB 1999 Nr. 72 = BEZ 2000 Nr. 6). Mängel und Unklarheiten, die nicht den Ausschluss gebieten, dürfen im Rahmen der Prüfung der Angebote (§ 29 SubmV) und von Erläuterungen (§ 30 SubmV) behoben werden. Dabei lässt § 29 SubmV ausdrücklich nur die Berichtigung offensichtlicher Schreib- und Rechnungsfehler zu. Auch Erläuterungen müssen sich, wie beispielsweise mit der Klärung oder Ergänzung technischer Einzelheiten, auf die Interpretation der vorliegenden Angebote beschränken und dürfen nicht zu nachträglichen Änderungen des Leistungsinhalts führen (RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25; RB 1999 Nr. 72 = BEZ 2000 Nr. 6; RB 1998 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 12).

E. 5.2.1

Wie der Beschwerdegegner nachvollziehbar darlegt, ist er gestützt auf die Präsentation der Offerte und die darin gemachten Angaben davon ausgegangen, zumindest implizit sei eine entsprechende Konzernerklärung bereits abgegeben worden. Die nachgereichte ausdrückliche Erklärung sei demgemäss nichts Neues, sondern lediglich eine Bestätigung dessen, was im Angebot zum Ausdruck gebracht worden sei. Dieser Standpunkt erscheint überzeugend. Wie bereits ausgeführt, ist es vorliegend offenkundig, dass das Angebot der Mitbeteiligten in der Hauptsache auf den Ressourcen des Mutterkonzerns basiert. Daraus auf einen genügenden Nachweis der Verfügbarkeit über die Kapazitäten der Muttergesellschaft zu schliessen, ist jedenfalls vertretbar. Mithin kann die nachgereichte Bestätigung des bereits als hinreichend erbrachten Nachweises ohne Rechtsverletzung als Erläuterung im Sinn von § 30 SubmV qualifiziert werden. Eine unzulässige Angebotsänderung liegt nicht vor. Insbesondere wurden mit der nachgereichten Konzernerklärung entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten keine "zusätzlichen Partner" "ins Boot" geholt; materiell trat die Muttergesellschaft bereits im Angebot als Partnerin der Mitbeteiligten auf, und formell wird sie es auch mit der Konzernerklärung nicht.

E. 5.2.2

Von vornherein unbedenklich ist sodann das gerügte nachträgliche Einholen der angebotenen Referenzauskünfte sowie von weiteren Angaben. Zum einen liegt es in der Natur der Sache, dass die angeführten Referenzen nach Einreichung des Angebots einer eingehenden Überprüfung unterzogen werden. Aber auch mit Bezug auf die übrigen von

den Beschwerdeführerinnen angeführten Auskünfte ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern der Rahmen des Zulässigen überschritten worden wäre. Angesichts des Umfangs und der Komplexität des ausgeschriebenen Auftrags kann das Fehlen einzelner Teilorganigramme und Einsatzlisten ohne Weiteres als untergeordneter Mangel qualifiziert und dessen Behebung unter dem Titel "Klärung oder Ergänzung technischer und organisatorischer Einzelheiten" subsumiert werden. Eine unzulässige Änderung des Angebots kann darin jedenfalls nicht gesehen werden. 6. Durfte nach dem Gesagten die Leistungsfähigkeit des Konzerns bzw. der Muttergesellschaft bei der Eignungsprüfung der Mitbeteiligten berücksichtigt werden, bleibt nachfolgend zu prüfen, ob das Angebot der Mitbeteiligten die konkreten Eignungskriterien damit erfüllt.

E. 6

G AG,

E. 6.1

Unter dem Titel "QM-Anforderungen" wurde verlangt, dass mindestens die federführende Unternehmung gemäss Vorgaben ASTRA vom 3. April 1997 (BWK III, QM-Stufe C) zertifiziert sei. Darüber hinaus müssten die vom Bewerber gewählten Subunternehmer und/oder Lieferanten für Beton-, Abdichtungs- und Belagsarbeiten nach ISO 9000ff. zertifiziert sein. Wie der Beschwerdegegner unwidersprochen ausführt, verlangt das ASTRA für die Bauwerkskategorie III (BWK III) eine Zertifizierung nach ISO 9000ff. In den Angebotsunterlagen findet sich ein entsprechender Nachweis sowohl für die Mitbeteiligte als auch für die P-Gruppe. Wie sich sodann aus Ziffer 2.7 des Angebots der Mitbeteiligten ergibt, handelt es sich bei den federführenden Subunternehmern für die Bereiche "Betonierarbeiten" sowie "Bauwerksanierung, -abdichtung und Gussasphalt" um die Bauunternehmung R AG und um die S AG; auch für diese beiden Firmen finden sich die geforderten Angaben zur Zertifizierung im Angebot. Entsprechende Angaben finden sich im Übrigen noch für 12 weitere Subunternehmer. Es ist denn auch nicht zu beanstanden, wenn der Beschwerdegegner die gesetzten "QM-Anforderungen" als erfüllt erachtete.

E. 6.2

Verlangt wurden im Weiteren einschlägige Erfahrungen mit gleichwertigen Bauobjekten. Dafür hatten die Anbieter mindestens ein fachlich vergleichbares Referenzobjekt vorzuweisen. Für die Vergleichbarkeit wurde vorausgesetzt, dass die Referenzen die Instandsetzung und den Ausbau von Nationalstrassen unter Verkehr, inklusive die Instandsetzung von Brückenbauwerken zum Gegenstand hatten, ihre Ausführungszeit innerhalb der letzten 5 Jahre lag und die jeweilige Bausumme mehr als 20 Mio. Fr. betragen hatte. Wie der Beschwerdegegner ausführt, erfüllen gleich zwei der von der Mitbeteiligten unter Ziffer 2.2.1 des Angebots genannten Referenzobjekte sämtliche der gestellten Anforderungen. Es sind dies die Projekte "BAB A6 Mannheim – Heilbronn" und "BAB A6 Umbau und Instandsetzung Neckartalübergang".

E. 6.2.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen hierzu vorab, dass es sich um Referenzobjekte des Mutterkonzerns handelt, was indes nach dem Gesagten (vgl. vorne E. 4.3) keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Leistungsnachweises hat. Gegen die Vergleichbarkeit der genannten Referenzobjekte wenden die Beschwerdeführerinnen sodann einzig ein, diese sei zu verneinen, da es sich nicht um schweizerische Bauprojekte handle. Zwischen dem

Autobahnbau in Deutschland und in der Schweiz bestünden erhebliche Unterschiede. Namentlich müsse in der Schweiz regelmässig unter viel engeren Bedingungen gearbeitet werden, und auch an die Beläge würden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Dem ist mit dem Beschwerdegegner entgegenzuhalten, dass eine Beschränkung auf inländische Referenzobjekte mit den einschlägigen Staatsverträgen unvereinbar wäre. Auch wenn der hiesige Nationalstrassenbau gewisse Besonderheiten aufweisen mag, rechtfertigt das nicht das Verlangen von Nachweisen, die auf eine Marktabschottung hinauslaufen würden. Im Ergebnis ist es denn auch ohne Weiteres vertretbar, wenn der Beschwerdegegner die fraglichen Autobahnsanierungsprojekte als mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar wertete.

E. 6.2.2

Die Beschwerdeführerinnen machen in diesem Zusammenhang überdies geltend, die Erfahrung eines Anbieters liege vor allem auch im Humankapital, d.h. den Menschen, die über das notwendige Know-how verfügen. Nur wenn zumindest die Schlüsselpersonen über das notwendige Know-how verfügten, könne auch davon ausgegangen werden, dass die gemäss den Ausschreibungsbedingungen verlangte Unternehmenserfahrung im Nationalstrassenbau gegeben sei. Im Submissionsverfahren wird zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien unterschieden. Während Eignungskriterien als Ausschlusskriterien konzipiert sind, handelt es sich bei den Zuschlagskriterien um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Masse besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen. Eine schlechte Bewertung bei einem Kriterium führt – anders als bei den Eignungskriterien – nicht zum Ausschluss des Angebots, sondern kann durch gute Bewertungen bei anderen Kriterien ausgeglichen werden. Ob ein bestimmtes Merkmal als Eignungs- oder Zuschlagskriterium behandelt wird, ergibt sich aus dessen Verwendung in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen. Bei der Festlegung der Eignungs- wie der Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (RB 2002 Nr. 48 = BEZ 2003 Nr. 13, E. 2b). Vorliegend führt der Beschwerdegegner das Kriterium "Fachkompetenz Schlüsselpersonen" in den Ausschreibungsbedingungen nicht unter den Eignungs-, sondern unter den Zuschlagskriterien. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert in Frage gestellt und ist im Übrigen auch nicht zu beanstanden. Ein Ausschlussgrund könnte in diesem Zusammenhang demnach höchstens vorliegen, wenn keine gehörige Nennung erfolgt und das Angebot daher entsprechend unvollständig wäre. Dies ist indessen hier nicht der Fall, zumal die Besetzung nicht nur formell, sondern auch in fachlicher Hinsicht ohne Weiteres als vollständig erscheint, wird doch die Mehrzahl der Schlüsselpersonen von der fachlich ausgewiesenen Muttergesellschaft entsandt und gehören insbesondere auch die beiden Projektverantwortlichen der obgenannten Referenzprojekte wiederum zum Baustellenkader. Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Fragen zur fachlichen Qualität einzelner von der Mitbeteiligten bezeichneter Schlüsselpersonen beschlagen demgegenüber durchwegs deren konkrete Bewertung beim betreffenden Zuschlagskriterium, worauf noch zurückzukommen ist (vgl. hinten E. 10).

E. 6.3

Zum Beleg ihrer wirtschaftlichen und organisatorischen Leistungsfähigkeit hatten die Anbieter sodann für das letzte Jahr einen Umsatz nachzuweisen, der mindestens dreimal so gross war wie die für das Angebot vorgesehene mittlere Jahresleistung. Nachdem gemäss Ausschreibung eine Realisierung in drei Bauphasen, verteilt auf drei Kalenderjahre,

vorgesehen ist, entspricht die dreifache mittlere Jahresleistung wiederum dem gesamten Auftragswert, sodass folglich ein Mindestumsatz von rund 150 Mio. Franken nachzuweisen war. Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang einzig die bereits als vertretbar gewürdigte Berücksichtigung des Konzernumsatzes. Dass dieser ein Mehrfaches des geforderten Jahresumsatzes beträgt, blieb dagegen unbestritten, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen. 7. Die Beschwerdeführerinnen machen ferner geltend, beim Angebot der Mitbeteiligten handle es sich um ein Unterangebot, welches in Anwendung von § 28 lit. j SubmV vom Verfahren auszuschliessen sei. Nach § 32 SubmV kann die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere Angebote, bei dem Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten des Anbieters nicht deckt, führt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts – im Einklang mit der in der Schweiz vorherrschenden Lehre und Rechtsprechung – in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus der Sicht des Anbieters gerechtfertigt sein, um z.B. die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen (vgl. zum Ganzen RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48, E. 3b–d, mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f., mit Hinweisen). Die Vergabestelle, der mit Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Erkundigungen nach § 32 SubmV ein erhebliches Ermessen zusteht (RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48), geht nicht vom Vorliegen eines Unterangebots aus. Wie sie ausführt, erscheint das Angebot der Mitbeteiligten nicht von vornherein als ungewöhnlich niedrig, betrage doch die Preisdifferenz zum nächsthöheren Angebot der Beschwerdeführerinnen nur rund 8 %. Sodann hat sich die Vergabebehörde vorliegend unter Beizug von externen Fachpersonen detailliert mit der Fragestellung auseinandergesetzt, warum die Mitbeteiligte so preiswert anbieten könne, womit § 32 SubmV hinreichend Rechnung getragen wurde. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen. So wenden sie in diesem Zusammenhang ein, sie hätten "verschiedene Anhaltspunkte dafür, dass mit verschiedenen als Subakkordanten aufgeführten Unternehmen vertiefte Kontakte erst nach Einreichung des Angebots stattfanden". Mangels Substanziierung ist dieser Einwand indes nicht geeignet, begründete Zweifel an der Seriosität der gegnerischen Kalkulation zu wecken. So ist weder ersichtlich, welche Subunternehmer gemeint sind, geschweige denn dass bzw. inwiefern deren Leistungsbeitrag überhaupt eine "vertiefte" vorgängige Kontaktnahme erfordert hätte. Ferner machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es erscheine zweifelhaft, ob Geräte und Personal von deutschen Unternehmen die in der Schweiz geltenden umwelt- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen überhaupt erfüllen könnten. Auch dieser Einwand erweist sich als unbegründet. So ist weder dargetan, dass der Beschwerdegegner der Einhaltung der geltenden Bestimmungen bei der Prüfung des Angebots nicht die nötige Beachtung geschenkt hätte, noch dass er deren Durchsetzung nicht auch mittels entsprechender Kontrollen sicherzustellen gedenkt. Nach Abschluss des Schriftenwechsels liessen die Beschwerdeführerinnen sodann noch vorbringen, dem Vernehmen nach versuche die Mitbeteiligte, benötigtes Mischgut erheblich unter dem Marktpreis einzukaufen. Das lege den Verdacht nahe, dass sie im Angebot mit manipulativen Preisen operiert und darauf spekuliert habe, im Falle des Zuschlags über eine

derartige Nachfragemacht zu verfügen, dass die Lieferanten wettbewerbswidrig gezwungen werden könnten, das Mischgut zu Dumping-Preisen abzugeben. Sollte sie dieses Ziel nicht erreichen, sei zu befürchten, dass sie aus Kostengründen versuchen werde, minderwertiges Mischgut einzusetzen. – Diese Vorbringen sind durch nichts belegt und dementsprechend unbeachtlich. Anzumerken ist, dass auch bei einem Auftrag dieser Grössenordnung keine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten ist. 8. Im Weiteren führen die Beschwerdeführerinnen aus, die Mitbeteiligte beabsichtige, das für die Belagsarbeiten benötigte Mischgut auf einer temporär zu errichtenden Anlage herzustellen. Ob die dafür nötigen Bewilligungen erteilt würden, erscheine fraglich. Der Zuschlag hätte daher nicht oder höchstens unter Vorbehalt erteilt werden dürfen. Dem ist mit dem Beschwerdegegner entgegenzuhalten, dass es gemäss Pos. 271.401 ff. des Leistungsverzeichnisses Strassenbau den Anbietern überlassen war, eine geeignete Materialaufbereitungsanlage vorzuschlagen. Dass dafür nicht nur eine stationäre, sondern eben auch eine temporäre Anlage in Frage kommt, können die Beschwerdeführerinnen nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, zumal auch ihr "Amtsvorschlag 1" eine solche vorsieht. Der Lösungsvorschlag der Mitbeteiligten erweist sich demnach unstrittig als ausschreibungskonform. Wie der Beschwerdegegner sodann unwidersprochen ausgeführt hat, wurden von der Vergabestelle bereits zwei Standorte evaluiert, an denen mit einer Bewilligung gerechnet werden könne. Demgegenüber haben die Beschwerdeführerinnen nichts Konkretes vorgebracht, was ihre angeblichen Zweifel an der Bewilligungsfähigkeit einer solchen Anlage zu begründen vermöchte. Dem Beschwerdegegner kann daher ohne Weiteres beigelegt werden, dass vorliegend mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit der Bewilligungserteilung für die temporäre Aufbereitungsanlage gerechnet werden kann. Mithin stand der Erteilung des Zuschlags in dieser Hinsicht nichts entgegen. 9. In einer nachträglichen Eingabe vom 25. Februar 2009 monieren die Beschwerdeführerinnen, der gestützt auf den Zuschlag am 19. April 2009 abgeschlossene Werkvertrag weiche offenbar in wesentlichen Punkten von den Ausschreibungsvorgaben ab. Zum einen sei das Baugesuch für den Installationsplatz ausschreibungswidrig nicht von der Zuschlags-empfängerin, sondern vom ASTRA gestellt worden. Darüber hinaus könnten dem Vernehmen nach die Baustellenzufahrten in Abweichung zu den Ausschreibungsbedingungen nicht nur über die offiziellen Autobahnanschlüsse, sondern zusätzlich auch über andere Anschlüsse erfolgen, was die Transportkosten erheblich reduziere. Anfechtbar ist nur der Zuschlag, nicht auch der Vertrag, den die Auftraggeberin mit dem erfolgreichen Anbieter eingeht. Ob und wie sich dieser Grundsatz auswirkt, wenn der im Anschluss an eine Vergabe abgeschlossene Vertrag unzulässigerweise den Leistungsinhalt abändert (vgl. § 31 SubmV), kann vorliegend offen bleiben, da sich die Einwände der Beschwerdeführerinnen materiell als unbegründet erweisen. Wohl ist gemäss Ziff. 421.100 der Besondere Bestimmungen das "Einholen sämtlicher notwendigen Bewilligungen, das Einhalten sämtlicher Vorschriften und Gesetze im Zusammenhang mit den Installationen und Materiallagern auf den Installationsflächen [...] Sache des Unternehmers". Wesentlich ist in diesem Zusammenhang indes nicht, wer formell als Baugesuchsteller in Erscheinung tritt, sondern vielmehr, wer die mit dem Bewilligungsgesuch verbundenen Kosten und Risiken trägt. Nach der glaubwürdigen und letztlich auch nicht substantiiert bestrittenen Darstellung des Beschwerdegegners ist dies vorliegend nach wie vor die Mitbeteiligte und nicht das ASTRA. Als unwesentlich erweisen sich sodann auch die angesprochenen Anpassungen beim Verkehrsregime der Baustellenzufahrten. Gemäss Ziff. 361.100 der der Besonderen Bestimmungen erfolgen die Baustellenzufahrten "über die Autobahn und die Autobahnanschlüsse und zwar in

Fahrtrichtung". Wie der Beschwerdegegner unwidersprochen ausführt, basierte das Angebot der Mitbeteiligten – entgegen den beschwerdeführerischen Befürchtungen – sehr wohl auf dieser Vorgabe, welche im Übrigen auch beim Verkehrsregime der derzeit aktuellen Mittelbaustelle beachtet werde. Der Beschwerdegegner räumt aber ein, dass der Werkvertrag bei den in den Jahren 2010 und 2011 anstehenden Seitenbaustellen ausdrücklich auch seitliche Baustellenzugänge von ausserhalb der Autobahn erlaube. Angesichts der Komplexität des Gesamtvorhabens kann diese sachlich zweifellos begründete Anpassung der Rahmenbedingungen indes ohne Weiteres als geringfügig gewertet werden; der vom Zuschlag umfasste Leistungsinhalt erfährt dadurch jedenfalls keine wesentliche Änderung. Solchermassen geringfügige Änderungen/Präzisierungen sind nicht zu beanstanden (vgl. RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 5b). 10. Nach § 33 Abs. 1 SubmV erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 33 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu wie auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei (VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 = ZBl 101/2000, S. 271, E. 6a, mit Hinweisen).

E. 7

H AG,

E. 8

I AG, 9. J AG,

E. 10

K AG Zweigniederlassung der B AG,

E. 10.1

Vorliegend wurden in Pos. 224.100 der Besonderen Bestimmungen folgende Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung genannt: 1. Preis/Wirtschaftlichkeit, 2. Qualität und 3. Fachkompetenz Schlüsselpersonal. Die Auswahl der Zuschlagskriterien und deren effektive Gewichtung werden von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Unbestritten blieb auch die Preisbewertung der Angebote. Auch mit der Bewertung der Mitbeteiligten beim Zuschlagskriterium "Qualität" setzen sich die Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert auseinander. Vielmehr belassen sie es diesbezüglich bei einem Verweis auf ihre bereits bei der Eignungsbewertung gegen den Einbezug der Konzernmittel erhobenen Einwände. Soweit die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus überhaupt sachbezogene Rügen vorbringen, beschlagen diese ausschliesslich die Bewertung des dritten Zuschlagskriteriums "Fachkompetenz Schlüsselpersonal".

E. 10.2

Unter dem Kriterium "Fachkompetenz Schlüsselpersonal" hat der Beschwerdegegner vier Positionen bewertet, es sind dies die Chefbauführer Strassenbau und Kunstbauten sowie die

Chefpoliere Strassenbau und Kunstbauten. Abgestellt wurde dabei auf die jeweilige "Anzahl vergleichbarer Referenzobjekte in den letzten 5 Jahren", wobei für zwei vergleichbare Referenzobjekte die volle Punktzahl vergeben wurde, eine vergleichbare Referenz erzielte noch die halbe Punktzahl und dem Fehlen vergleichbarer Referenzen entsprachen null Punkte. Weder der beschriebene Bewertungsmodus noch die Beschränkung auf eine Auswahl von vier bewertungsrelevanten Schlüsselpositionen wurde von den Beschwerdeführerinnen aufgegriffen bzw. angefochten. Ihre Einwände sind vielmehr rein personenbezogen. Von den Schlüsselpersonen, die namentlich von den Beschwerdeführerinnen angesprochen werden, nehmen indes nur deren zwei überhaupt bewertungsrelevante Schlüsselpositionen ein. Es sind dies die Herren T (Chefbauführer Kunstbauten) und U (Chefpolier Kunstbauten). Beiden wird von den Beschwerdeführerinnen die nötige Erfahrung gänzlich abgesprochen. Mit Bezug auf den Chefbauführer Kunstbauten entspricht dies auch der Einschätzung des Beschwerdegegners, d.h. dessen Bewertung mit 0 Punkten. Für die Qualifikation des Chefpoliers Kunstbauten wurde dagegen die maximale Punktzahl vergeben. Der Beschwerdegegner begründet dies damit, dass dieser drei einschlägige Referenzen aus den letzten 5 Jahren habe vorweisen könne. Das lässt die Bewertung grundsätzlich als vertretbar erscheinen, muss aber letztlich nicht abschliessend geklärt werden. Denn selbst wenn die Mitbeteiligte bei dieser und auch bei den zwei verbleibenden Schlüsselpositionen nicht die maximale Bewertung, sondern jeweils nur die Hälfte der möglichen Punkte erzielt hätte, würde sich dadurch an der Rangfolge der Angebote nichts ändern. Dass eine solchermassen gemässigte Bewertung jedenfalls vertretbar wäre, steht ausser Zweifel. Zum einen verfügt der Chefpolier Kunstbauten durchaus über einen gewissen Leistungsausweis und zum andern sind auch die Schlüsselpositionen Chefbauführer Strassenbau und Chefpolier Strassenbau mit ausgewiesenen Fachkräften besetzt. Dass Letztere vom deutschen Mutterkonzern entsandt werden, ist für ihre Qualifikation nicht von entscheidender Bedeutung. Das gilt insbesondere auch für den Umstand, dass sie ihre Leistungsausweise nicht im Schweizer Nationalstrassenbau, sondern im deutschen Autobahnbau erworben haben. Wie bereits festgestellt (vgl. vorne E. 6.2.1), ist diesbezüglich ohne Weiteres von vergleichbaren Referenzen auszugehen. Massgebend ist vielmehr, dass die betreffenden Schlüsselpersonen/Kapazitäten der Mitbeteiligten tatsächlich zur Verfügung stehen werden, was vorliegend aber – wie gesagt – hinreichend gesichert erscheint. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demgemäss als unbegründet und ist daher abzuweisen. 11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG in Verbindung mit § 70) und steht ihnen eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen sind sie zur Bezahlung einer solchen an den Beschwerdegegner zu verpflichten; angemessen sind Fr. 5'000.-.

E. 11

L AG,

E. 12

Der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Auftrags liegt bei rund 150 Mio. Fr. und erreicht damit die im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte bei Weitem (vgl. Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009; SR 172.056.12). Demnach ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG)

zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; andernfalls steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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