

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00702 vom 2. März 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00702

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00702 du 2 mars 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00702 del 2 marzo 2016

Regeste

Submission | Einreichung der Verfahrensakten (E. 3); Beizug eines Subunternehmens (E. 4); Auslegung der Ausschreibung (E. 5 und 6.1); Eignung der Subunternehmerin (E. 5.3); Ausschluss wegen Unvollständigkeit? (E. 6.3 und 7.2). Nachdem die Vergabebehörde ausdrücklich darauf hingewiesen worden war, sämtliche Verfahrensakten einzureichen, erklärte sie, weitere Unterlagen als die eingereichten würden nicht existieren. Da die eingereichten Dokumente die Anforderungen an den Evaluationsbericht erfüllen und der Zuschlagsentscheid mit den vorhandenen Akten ausreichend dokumentiert und begründet ist, wäre eine weitere Aufforderung nicht zielführend (E. 3). Wo - wie im Kanton Zürich - der Einsatz von Subunternehmen nicht gesetzlich eingeschränkt ist, gilt der Grundsatz der uneingeschränkten Weitergabe sämtlicher durch die Leistungserbringer übernommenen Leistungen. Das bedeutet im Extremfall, dass ein Bieter praktisch ausschliesslich die Leistungen von Dritten offerieren kann. Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin den Beizug von Subunternehmungen ausdrücklich zugelassen. Zudem bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass mit der gewählten Organisation Submissionsvorschriften umgangen werden sollten, um daraus einen wirtschaftlichen Vorteil zu gewinnen. Die Zuschlagsempfängerin hat in ihrer Offerte lediglich Referenzobjekte der Subunternehmerin aufgeführt und auch betreffend Schüsselpersonen auf deren Mitarbeiter hingewiesen. Deren Beizug erweist sich demzufolge als zulässig (E. 4). Da die Subunternehmerin die Eignungskriterien erfüllt und mit der Vornahme der charakteristischen Leistungen betraut sein wird, ist folglich auch die Zuschlagsempfängerin als geeignet zu betrachten (E. 5.3.2). Angebote sind innert Frist vollständig einzureichen. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass die Vergabebehörde, namentlich wenn aufgrund der Umstände auf ein Versehen des Anbieters zu schliessen ist, Frist zur Nachreichung einzelner Angaben ansetzt. Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. Der Verzicht auf einen Ausschluss wegen unvollständiger Angaben zu den Schlüsselpersonen erscheint nicht als rechtsverletzend (E. 6.3 und 7.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren finden die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September

2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren 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 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, das Konkurrenzangebot der Mitbeteiligten sei gemäss § 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG aus dem Verfahren auszuschliessen. Dringt sie mit dieser Rüge durch, so verbliebe die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin. Die Mitbeteiligte wendet zwar ein, dass die Beschwerdeführerin ihrerseits nicht zur Lieferung der Anlage geeignet sei. Die diesbezüglichen Vorbringen vermögen allerdings nicht aufzuzeigen, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr in der Lage wäre, den Werkvertrag auszuführen. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilungs Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin verlangte wiederholt, die Beschwerdegegnerin zur Einreichung sämtlicher Verfahrensakten aufzufordern. Eine gerichtliche Aufforderung zur Einreichung der Verfahrensakten ist mit Verfügungen vom 13. November 2015 und vom 10. Dezember 2015 zweimal erfolgt; in der letztgenannten Verfügung wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Unterlagen vollständig einzureichen sind. Nachdem die Beschwerdegegnerin ausgeführt hat, weitere Unterlagen würden nicht existieren, wäre eine nochmalige Aufforderung nicht zielführend. Entscheidend ist, ob der Zuschlagsentscheid mit den vorhandenen Akten ausreichend dokumentiert und begründet ist. Dies ist zu bejahen. Zunächst wurden die festgesetzten Eignungskriterien bezüglich Erfüllung beurteilt. Sodann wurden die Zuschlagskriterien Jahreskosten, Funktionalität und Referenzen im Einzelnen bewertet. Die Bewertung der Funktionalität erfolgte nach vier Unterkriterien, welche wiederum unter verschiedenen Gesichtspunkten samt Kommentaren benotet wurden. Schliesslich erfolgte auch eine umfangreiche Bewertung der Referenzen nach Projektleiter, Projektingenieur und Montageleiter. Namentlich zur Funktionalität erfolgte dazu ferner ein Vergleich der Angebotsspezifikationen. Diese Dokumente erfüllen die Anforderungen an den Evaluationsbericht, wie er im submissionsrechtlichen Verfahren erforderlich ist (vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 865 ff.; Rz. 980).

E. 4.1

Die Mitbeteiligte hat in ihrem Begleitschreiben zur Offerte darauf hingewiesen, dass sie das Equipment der erfahrenen Firma G anbiete. Weiter lag der Offerte ein Schreiben der Firma G vom 1. September 2015 bei, worin diese ihre Nominierung als Subunternehmerin für die Lieferung der Ozonanlage bestätigte. Diese Firma wurde zudem unter Ziff. 5.1.8 als

Subunternehmerin für das Werk bezeichnet. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist es nicht zulässig, sämtliche wesentlichen Arbeiten an ein Subunternehmen abzugeben. Sie betrachtet die Organisation der Mitbeteiligten als Konstrukt, in welchem diese nur als Strohfirma auftreten und zur Übernahme der Arbeiten nicht geeignet sei.

E. 4.2

Subunternehmen verpflichten sich gegenüber dem Unternehmer vertraglich, von diesem übernommene Leistungen zu erbringen. Eine vertragliche Beziehung zum Anbieter begründet eine Subunternehmerschaft, wenn der beigezogene Dritte eine Leistung erbringt, die der Anbieter übernommen hat, die mithin Gegenstand der Vergabe ist (VGr, 16. Januar 2013, VB.2012.00584, E. 5.3.1). Kantonale Vergabeverordnungen können den Einsatz von Subunternehmern beschränken. Wo dies – wie im Kanton Zürich – nicht der Fall ist, gilt der Grundsatz der uneingeschränkten Weitergabe sämtlicher durch die Leistungserbringer übernommenen Leistungen. Das bedeutet im Extremfall, dass ein Bieter praktisch ausschliesslich die Leistungen von Dritten offerieren kann (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, S. 838 Rz. 1591). Ob und inwieweit es der Vergabebehörde erlaubt ist, den Beizug von Subunternehmen mit der Ausschreibung einzuschränken, braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Denn die Beschwerdegegnerin hat den Beizug von Subunternehmungen ausdrücklich zugelassen. Unter Ziff. 0.6.3 der Ausschreibungsunterlagen "Subunternehmungen" hielt die Beschwerdegegnerin Folgendes fest: "Subunternehmungen sind zugelassen. Sieht der/die Anbieter/in den Beizug von Subunternehmungen vor, hat er/sie diese unter vollständiger Angabe der erforderlichen Daten im Rahmen des Angebotes verbindlich anzugeben. ..."

E. 4.3

Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass eine Vergabebehörde die Ausführung (praktisch) sämtlicher wesentlicher Arbeiten durch ein Subunternehmen trotz erlaubtem Beizug von Subunternehmen für unzulässig betrachten dürfte. Dies etwa dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass mit der gewählten Organisation Submissionsvorschriften umgangen werden sollten, um daraus einen wirtschaftlichen Vorteil zu gewinnen. Vorliegend bestehen allerdings keine Anhaltspunkte für ein solches Umgehungsgeschäft. Wenn die Beschwerdeführerin für die Mitbeteiligte den Begriff Strohfirma verwendet, so insinuiert sie gewissermassen, dass nur diese in Erscheinung trete, und die Subunternehmerin versteckt bleibe. Gerade solches ist aber nicht der Fall: Die Mitbeteiligte hat lediglich Referenzobjekte der Firma G aufgeführt und auch betreffend Schlüsselpersonen auf deren Mitarbeiter hingewiesen. Von einem unlauteren und damit insoweit unzulässigen Vorgehen kann nicht gesprochen werden. Der Beizug der Firma G als Subunternehmerin durch die Mitbeteiligte erweist sich demzufolge als zulässig.

E. 5.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (Galli et al., Rz. 555). 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. Gemäss § 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG werden Anbietende von der Teilnahme unter

anderem ausgeschlossen, wenn die Anbieterin die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung der Eignung nicht oder nicht mehr erfüllt. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen; Galli et al., Rz. 557 ff., 564 ff.).

E. 5.2

Unter Ziff. 0.10.1 der Ausschreibungsunterlagen legte die Beschwerdegegnerin fünf Eignungskriterien fest. Erstens waren mindestens drei Referenzen erforderlich von technisch vergleichbaren Projekten, die in den vergangenen fünf Jahren abgenommen wurden. Zweitens stellte sie berufliche Anforderungen an die drei Schlüsselpersonen Projektleiter/in, Projektingenieur/in und Montageleiter/in. Drittens verlangte sie das Vorhandensein eines Qualitätsmanagements. Viertens verlangte die Beschwerdegegnerin Auszüge aus dem Betreibungsregister sowie aus dem Handelsregister und schliesslich fünftens den Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens 20 Mio. Franken. Bezüglich der Referenzen war unter Ziff. 5.5 der Ausschreibungsunterlagen sodann festgehalten worden: "Der/Die Anbieterin nennt für Unternehmen sowie für den/die Projektleiter/in, den/die Projektingenieur/in und den/die Montageleiter/in jeweils gleiche oder ähnliche Objekte, welche diese/r in den Verfahrensbereichen Abwasserbehandlung / Industrieanlagenbau / Wasseraufbereitung in den letzten 5 Jahren bis zur Abnahme ausgeführt hat. Die Angabe von Subplanern/innen ist bei den Referenzen des Unternehmers (5.5.1) nicht zugelassen. ..." Die Mitbeteiligte hat unter Ziff. 5.5.1 (Referenzen Unternehmen) drei Referenzen der Subunternehmerin Firma G angegeben.

E. 5.3

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Mitbeteiligte im Speziellen deshalb vom Verfahren auszuschliessen, weil sie die Subunternehmerin Firma G entgegen erwähnter Ziff. 5.5 der Ausschreibungsunterlagen auch für die Planung der Ozonungsanlagen beigezogen habe. Die Beschwerdeführerin interpretiert diese Bestimmung im Wesentlichen dahin gehend, dass die Planung durch die Anbieterin selbst vorzunehmen sei bzw. dass diese selbst Referenzen für die Planung hätte vorlegen müssen.

E. 5.3.1

Dieser Auslegung ist nicht zu folgen. Hätte die Beschwerdegegnerin für die Planung keine Subunternehmerin zulassen wollen, so hätte es weit näher gelegen, dies in Ziff. 0.6.3 (Subunternehmungen) zu regeln. Die Regelung unter Ziff. 5.5 schliesst die Planung durch ein Subunternehmern nicht aus. Es ist vielmehr mit der Vergabebehörde davon auszugehen, dass sie mit dieser Formulierung lediglich die Referenzen von eigentlichen Subplanern/innen, also von Planungsfirmen, nicht hat gelten lassen wollen. Bei der beigezogenen Subunternehmerin Firma G handelt es sich hingegen nicht um eine

Planungsfirma. Dass sie teilweise oder weit gehend auch für die Planung zuständig sein wird, hat sodann nicht die Konsequenz, dass ihre Referenzen unbeachtlich wären. Denn ihre Referenzen betreffen nicht spezifisch die Planung, sondern Lieferung, Installationsüberwachung und Inbetriebnahme der Anlagen. Die für die Subunternehmerin eingereichten Unternehmensreferenzen sind deshalb nicht Referenzen einer Subplanerin, welche im Sinn von Ziff. 5.5 der Ausschreibungsunterlagen nicht zugelassen sind.

E. 5.3.2

Aus den drei eingereichten Unternehmerreferenzen lässt sich im Übrigen durchaus auf die Eignung der Firma G zur vertragsgemässen Lieferung der Ozonanlage schliessen. Die Subunternehmerin erfüllt die verlangten Eignungskriterien. Da sie mit der Vornahme der charakteristischen Leistungen betraut sein wird, ist folglich auch die offerierende Mitbeteiligte als geeignet zu betrachten (vgl. Beyeler, Rz. 1659). Im Übrigen handelt es sich bei der Mitbeteiligten auch um ein Unternehmen, das im Bereich Abwasserreinigung tätig ist. Es ist jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums die Referenzen der Firma G als ausreichend und die Mitbeteiligte damit als geeignet taxiert hat. Auch wenn die erwähnte Ziff. 5.5 der Ausschreibungsunterlagen auslegungsbedürftig ist, liegt deswegen keine Verletzung des Transparenzgebots vor.

E. 6

Der Zuschlag erfolgte gemäss Ausschreibungsunterlagen unter Angabe deren Gewichtung nach folgenden drei Zuschlagskriterien: 1. Pauschale Jahreskosten (50 %) 2. Funktionalität (30 %) 3. Referenzen (20 %).

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin macht im Kostenkriterium geltend, unter Berücksichtigung der Servicekosten sei ihr Angebot in den Betriebskosten 3,5 % günstiger als dasjenige der Mitbeteiligten. Erstaunlicherweise seien die jährlichen Service- und Unterhaltskosten nicht in den Preisvergleich einbezogen worden. Gemäss Ausschreibungsunterlagen wurden im Kostenkriterium die Amortisationskosten und die Betriebskosten berücksichtigt. Für die Bestimmung der Betriebskosten wurde auf die Angaben in Formular Teil B, Kapitel 5, Anhang 4 verwiesen. Damit hatte die Beschwerdegegnerin klar zum Ausdruck gebracht, welche Kosten für die Bewertung des Angebots massgeblich sein würden, nämlich einerseits die einmaligen Kosten für die Lieferung der Anlage, welche sich in den Amortisationskosten niederschlagen, und andererseits die Betriebskosten, welche gemäss Anhang 4 berechnet wurden. Es lag damit transparent in den Händen der Anbieterinnen, die massgeblichen Betriebskosten im Interesse ihrer Zuschlagschancen zu offerieren. Die Mitbeteiligte offerierte die jährlichen Betriebskosten zu einem Preis von Fr. 715'808.- und die Beschwerdeführerin zu einem Preis von Fr. 720'914.-. Diese Werte hat die Beschwerdegegnerin der Angebotsbewertung zugrundegelegt. Die Nichtberücksichtigung von Service- und Unterhaltskosten steht demnach im Einklang mit der detaillierten Ausschreibung und der darin erfolgten Definierung der Zuschlagskriterien. Wenn die Beschwerdeführerin mit ihrem Erstaunen über die Nichtberücksichtigung von Service- und Unterhaltskosten eine unrechtmässige Ausschreibung geltend machen will, so erweist sich die Rüge ebenfalls als unbegründet. Es liegt zu einem guten Teil im Ermessen der Vergabebehörde, die Zuschlagskriterien zu definieren (Galli et al., Rz. 872 f.); dabei besteht auch ein Spielraum, ob und welche Nebenkosten beim Preiskriterium in die Bewertung

einbezogen werden. Diesen Beurteilungsspielraum hat die Beschwerdegegnerin nicht überschritten.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Mitbeteiligte habe betreffend das Zuschlagskriterium "Referenzen" unrichtige Angaben gemacht. Dies führe gemäss § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG zum Verfahrensausschluss. Dabei rügt sie eine unrichtige Bezifferung des Werkpreises "Anteil Unternehmen" bezüglich der "Referenz Projektleiter 3". Aufgrund des angegebenen Wasserdurchsatzes von 15 m³/h könne die Anlage gesamthaft höchstens Fr. 1,08 Mio. anstatt der angegebenen Fr. 2,8 Mio. gekostet haben. Das Gleiche müsse für die "Referenz Montageleiter 1" gelten; hier könne der Werkpreis "Anteil Unternehmen" nicht die angegebenen Fr. 7,8 Mio., sondern maximal Fr. 0,792 Mio. ausgemacht haben. Jedenfalls seien die Referenzen hier unrichtig bewertet worden. Bei der "Referenz Projektingenieur 3" sei zudem ein "Werkpreis Anteil Unternehmen" von 94'000 Euro angegeben. Die Mitbeteiligte habe jedoch die Punktzahl für einen Werkpreisanteil von Fr. 0,4 Mio. erhalten, also 1,5 Punkte anstatt bloss 1 Punkt. Bei den Referenzen "Montageleiter 1" und "Montageleiter 2" seien keine Werkpreise "Anteil Unternehmen" spezifiziert. Das Angebot der Mitbeteiligten hätte hier keine Punkte erhalten dürfen. Abschliessend macht die Beschwerdeführerin dazu geltend, die Referenzen der Schlüsselpersonen hätten gesamthaft tiefer bewertet werden müssen, nämlich die Projektleiter-Referenzen mit 3,1 statt mit 3,4 Punkten, die Projektingenieur-Referenzen mit 1,5 Punkten und die Montageleiter-Referenzen mit 1,6 statt mit 2,4 Punkten. Würde das Angebot der Beschwerdeführerin in diesem Sinn leicht tiefer bewertet, so würde dies zu keiner anderen Rangierung führen: Mit einem um 1,1 Punkte reduzierten Gesamtergebnis würde die Mitbeteiligte statt 43,9 noch 42,8 Punkte erzielen, womit sie nach wie vor mehr Punkte erreichen würde als die Beschwerdeführerin (41,4 Punkte). Es erübrigt sich daher, auf die bestrittenen Einwände der Beschwerdeführerin betreffend die Bewertung der Referenzen näher einzugehen, selbst wenn die Punktzahl bei den Projektingenieur-Referenzen – wie die Beschwerdeführerin mutmasslich meint – etwas weniger als die bisherigen 1,5 betragen würde. Abgesehen davon führt die Mitbeteiligte zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Werkpreise in der Duplik im Einzelnen aus, es sei bei der nachträglichen Übermittlung der Werkpreise bei den Referenzen von Projekt- und Montageleiter zu falschen Zuordnungen durch die Beschwerdegegnerin gekommen. Mit ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2016 opponiert die Beschwerdeführerin diesen neuen Ausführungen nicht substantiiert.

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin macht zusätzlich geltend, das Angebot der Mitbeteiligten hätte ausgeschlossen werden müssen, weil die Werkpreis-Angaben zu den Schlüsselpersonen erst auf Nachfragen der Beschwerdegegnerin erfolgten. In der Tat ist das Angebot innert Frist vollständig einzureichen (vgl. Art. § 4a Abs. 1 lit. b und c IVöB-BeitrittsG). Dies schliesst allerdings nicht aus, dass die Vergabebehörde, namentlich wenn aufgrund der Umstände auf ein Versehen des Anbieters zu schliessen ist, Frist zur Nachreichung einzelner Angaben ansetzt (vgl. Galli et al., Rz. 459 ff. mit Hinweisen). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht als rechtsverletzend, wenn die Vorinstanz der Mitbeteiligten mit Schreiben vom 8. September 2015 Gelegenheit zur Vervollständigung des Angebots gegeben hat, zumal sie unter dem gleichen Datum auch der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Ergänzung eingeräumt hat.

E. 7.1

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass das Angebot der Mitbeteiligten als geeignet zu qualifizieren ist. Sodann ist die (knapp) bessere Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten gegenüber demjenigen der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 7.2

Wenn mit Blick auf eine andere Auslegung von Ziff. 5.5 der Ausschreibungsunterlagen oder auf die nicht innert Frist ergangenen Angaben der Mitbeteiligten zu den Werkpreisen der Referenzobjekte für die Schlüsselpersonen das Vorliegen eines Ausschlussgrundes grundsätzlich doch bejaht würde, fällt Nachfolgendes in Betracht.

E. 7.2.1

Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 4.3.1; 21. Mai 2008, VB.2007.00540, E. 3.8; Galli et al., Rz. 444 f.). Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt zum Ausschluss vom Verfahren, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3).

E. 7.2.2

Jedenfalls sind vorliegend so gravierende Mängel in der Offerte, die quasi unabhängig von den weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste, nicht ersichtlich. Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, unter Beizug der Subunternehmerin Firma G, in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Ebenso wiegt das Fehlen der Werkpreise für die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen im Angebot noch nicht schwer. Mit dem Verzicht auf den Ausschluss machte die Beschwerdegegnerin jedenfalls keinerlei Abstriche bezüglich der Anforderungen an die Qualität des Angebots. Ebenso wenig ist eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ersichtlich.

E. 7.2.3

Mit Bezug auf die in Betracht fallenden Interessen ist sodann zu beachten, dass die Submissionsbestimmungen insbesondere den wirksamen Wettbewerb fördern sollen (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al., Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend haben sich in einem offenen Verfahren lediglich zwei Firmen zur Einreichung eines Angebots entschlossen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon beträchtlich eingeschränkt. Würde eine der beiden Anbieterinnen ausgeschlossen, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Dies spricht grundsätzlich gegen eine strenge Handhabung der Ausschlussbestimmungen (VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 4.3.2). Abgesehen davon fällt aus öffentlicher Sicht ins Gewicht, dass das Angebot der Beschwerdeführerin als das wirtschaftlich günstigere bewertet wurde. Denn das Submissionsrecht dient auch der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB).

E. 7.2.4

Unter diesen Umständen wäre das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher zu gewichten als das Interesse an einer strengen Handhabung der

Ausschlussregeln. Auch unter diesen Aspekten erscheint der Zuschlag an die Beschwerdeführerin nicht als rechtswidrig.

E. 8

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird bei diesem Ergebnis gegenstandslos.

E. 9

Schliesslich ist dem prozessualen Begehren der Mitbeteiligten um Zustellung einer ungeschwärzten Replikschrift keine Folge zu geben. Zur Beantwortung der Frage, inwieweit in die Offerte bzw. in Angaben, welche den Offertinhalt wiedergeben, Einsichtnahme gewährt wird, sind jeweils die gegenläufigen Interessen abzuwägen (Galli et al., Rz. 1192). Nachdem die Beschwerde mit heutigem Entscheid abgewiesen wird, ist auf Seiten der Mitbeteiligten offensichtlich kein schützenswertes Interesse an einer Einsichtnahme (mehr) vorhanden.

E. 10.1

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Dass vom Gericht Zwischenentscheide betreffend das vorläufige Verbot zum Vertragsschluss und zur Akteneinsicht ergangen sind, rechtfertigt noch keine Abweichung von den üblichen Kostenfolgen.

E. 10.2

Da die Beschwerdeführerin unterliegt, steht ihr keine Parteientschädigung zu. Hingegen hat sie die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte als obsiegende Parteien angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Angesichts der sich stellenden Rechtsfragen war auch für die Beschwerdegegnerin als Gemeinwesen der Beizug eines Rechtsbeistandes gerechtfertigt. Bei der Bemessung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin ist allerdings zu beachten, dass diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist. Auf der Entschädigung für die Mitbeteiligte ist entgegen deren Antrag keine Mehrwertsteuer zuzusprechen; es ist davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte vorsteuerabzugsberechtigt ist.

E. 11

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017). Gegen diesen Entscheid ist daher 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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