

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00474 vom 1. Oktober 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-10-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00474

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00474 du 1 octobre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00474 del 1 ottobre 2020

Regeste

Submission | Eignungskriterien: Auslegung und Abänderung. Die Vergabebehörde ist an ihre in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden. Die Änderung eines Eignungskriteriums nach Eingang der Offerten ist ausgeschlossen. Es ist unzulässig, nicht auf die ausgeschriebenen Eignungskriterien abzustellen (E. 5.2). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (E. 5.3). Der nachträgliche Verzicht auf Referenzen "je Gewerk" liegt nach dem Gesagten nicht im zulässigen Interpretationsrahmen des Ausschreibungstexts (E. 6.3). Im Übrigen erfüllt die Mitbeteiligte nicht einmal die Voraussetzung der Einreichung von insgesamt zwei Referenzen betreffend "HLKS/E" (E. 6.4). Die Mitbeteiligung wäre schliesslich auch im Hinblick auf die nachträgliche Anpassung des Eignungskriteriums "Referenzen" auszuschliessen gewesen (E.7). Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

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 gelangen 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 des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen 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 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beanstandet, das Eignungskriterium betreffend die Referenzen sei durch die Vergabebehörde nachträglich abgeändert worden und macht geltend, die Mitbeteiligte würde nicht alle der relevanten ursprünglichen Eignungskriterien erfüllen, weshalb das Angebot der Mitbeteiligten auszuschliessen und ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Eventualiter beantragt sie, dass die Sache mit Anordnungen zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen werde, oder subeventualiter, dass das Vergabeverfahren zur Neuausschreibung an die Gegenpartei zurückzuweisen sei. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend den Ausschluss der Mitbeteiligten durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3

Die Beschwerdegegnerin wendet zunächst ein, die Beschwerdeführerin habe ihr Beschwerderecht verwirkt, weil sie keine ausdrücklichen Einwände gegen die Änderung des Eignungskriteriums betreffend die Referenzen erhoben habe.

E. 3.1

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4.3.1; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter oder eine Anbieterin kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 3.2

Es ist unbestritten, dass sich die Beschwerdeführerin – nachdem sie mit Schreiben vom 15. Mai 2020 über die Abänderung des Eignungskriteriums betreffend die Referenzen informiert worden war – am 18. Mai 2020 telefonisch an die Beschwerdegegnerin wandte. Die Beschwerdeführerin legte unter Hinweis auf eine von ihr eingereichte Aktennotiz dar, sie habe mit Verweis auf ein Urteil des Kantons Basel-Landschaft, welches die Projektleiterin der Beschwerdeführerin bei einer Internetrecherche gefunden hatte, ihrem Gesprächspartner mitgeteilt, vergaberechtliche Kriterien dürften nicht nachträglich geändert werden. Die Aktennotiz lautet folgendermassen: "Aktennotiz H 18.05.2020; Thema:

Schreiben Winterthur vom 15.05.2020, hier Hinweis auf Änderung der Eignungskriterien. I verweist auf Urteil des Kantons Basel: Festlegungen von vergaberechtlich zulässigen Kriterien dürfen nach der Ausschreibung nicht mehr geändert werden. Es besteht hier somit die Gefahr auf Einspruch gegen den Vergabeentscheid. H merkt an, dass die Sachlage durch internen Rechtsdienst geprüft wurde und dass die Änderung als zulässig befunden wurde. Desweiteren wurden sämtliche Bieter von der Änderung in Kenntnis gesetzt, womit den rechtlichen Formalien entsprochen wird." Demgegenüber führt die Beschwerdegegnerin aus, es sei richtig, dass sich die bei der Beschwerdeführerin zuständige Projektleiterin am 18. Mai 2020 telefonisch beim zuständigen Projektleiter der Beschwerdegegnerin gemeldet habe. Richtig sei auch, dass sie den zuständigen Projektleiter auf das Vorgehen im Zusammenhang mit den verlangten Nachweisen zu den Referenzen und deren Rechtmässigkeit angesprochen habe. Der Projektleiter habe ihr den diesbezüglichen Hintergrund unter Bezugnahme auf das im Schreiben vom 15. Mai 2020 bereits Dargelegte erläutert. Danach sei das Gespräch beendet worden. Die bei der Beschwerdeführerin zuständige Projektleiterin habe in keiner Weise vorgebracht oder geltend gemacht, dass das Vorgehen unrechtmässig sei und sich die Beschwerdeführerin dagegen wehre bzw. sie das Vorgehen beanstande. Angesichts dessen, dass aufgrund des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen sind (vgl. E. 3.1), erscheint es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben als ausreichend, dass die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf ein Urteil anbrachte, die Eignungskriterien dürften nicht nachträglich abgeändert werden. Der Beschwerdegegnerin war es nach eigenen Angaben denn auch nicht entgangen, dass es der Beschwerdeführerin mit ihrem Telefonat um die Frage der Rechtmässigkeit ihres Vorgehens im Zusammenhang mit den verlangten Referenzen ging. Das Beschwerderecht ist bezüglich der strittigen Änderung der Eignungskriterien nicht verwirkt. Dies hat ohnehin nur für die Eventualbegründung Folgen (vgl. E. 7).

E. 4

Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen neun Angebote ein, wovon drei als unvollständig erachtet bzw. zusätzlich wegen Nichterfüllung von Eignungs- sowie Musskriterien ausgeschlossen wurden. Das Projekt der Beschwerdeführerin erreichte mit dem drittgünstigsten Preis von (bereinigt) Fr. 5'354'211.39 den zweiten Rang.

E. 5.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Galli et al., Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die

Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00617, E. 3.6; Galli et al., Rz. 444 f.). Bei der Nennung von bestimmten Referenzprojekten handelt es sich nicht bloss um untergeordnete Angaben wie etwa eine fehlende separate Unterzeichnung (vgl. VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761, E. 2), sondern um eine projektbezogene Zusammenstellung von Objekten und Personen, die der Beurteilung der Eignung zugrunde gelegt wird. Erfüllen diese die Anforderungen nicht, liegt kein kleiner, rein formeller Mangel vor (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.3.4).

E. 5.2

Die Vergabebehörde ist an ihre in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.2; 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Möglich ist einzig die Konkretisierung bzw. Präzisierung der Anforderungen im Rahmen der Fragenbeantwortung vor dem Eingabetermin, sofern die Auskünfte allen Anbietenden gleichzeitig erteilt werden (§ 17 SubmV). Die Änderung eines Eignungskriteriums nach Eingang der Offerten ist hingegen ausgeschlossen. Es ist unzulässig, nicht auf die ausgeschriebenen Eignungskriterien abzustellen. Ebenso ist es unzulässig, nach erfolgter Öffnung der Offerte neue Eignungskriterien einzuführen (Galli et al., S. 275 f. Rz. 626 ff.). Anders ist die Sache betreffend den Verzicht auf ein nicht wichtiges Eignungskriterium allenfalls zu beurteilen, wenn keines der Angebote dieses Eignungskriterium beachtet und das öffentliche Interesse an der Fortführung des Verfahrens das Interesse von Gesellschaften, die (vermutungsweise) aufgrund dieses Eignungskriteriums auf die Einreichung eines Angebots verzichteten, an der Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens überwiegt (BGE 141 II 353 [= Pra 105/2016 Nr. 31] E. 7.3).

E. 5.3

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden 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).

E. 6.1

Die Beschwerdegegnerin erklärte in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziff. 1.14 mit dem Titel "Eignungskriterien": "Anbieter, welche die folgenden, genannten Eignungskriterien nicht erfüllen, werden aus dem Verfahren ausgeschlossen." Unter dem Untertitel

"Referenzen" führte sie Folgendes aus: "Die nachfolgend genannten Akteure müssen je zwei geeignete Referenzen aus den letzten fünf Jahren nachweisen (Beilage C1). Ein Referenzobjekt muss bereits ausgeführt und abgeschlossen sein, das zweite Projekt kann sich noch im Bau befinden. · Anbietender TU 1 zwei Referenzen im Totalunternehmer-Modell · Modulbauer zwei Referenzen im Modulbau · Architekt zwei Referenzen im Modul- und/oder Schulbau · Landschaftsarchitekt zwei Referenzen im Schulbau · HLKS/E zwei Referenzen im Modulbau 1 Mit anbietender TU ist diejenige Unternehmung gemeint, in dessen Namen das Angebot eingereicht wird." Unter Ziff. 3.3 mit dem Titel "Abzugebende Unterlagen" hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass das Formular "C1 Selbstauskunft inkl. Referenzen (je Totalunternehmer, Modulbauer, Architekt, Landschaftsarchitekt, HLKS/E-Planer) [...]" einzureichen sei. In der von den Anbieterinnen auszufüllenden Beilage C1 – auf die im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit dem Eignungskriterium "Referenzen" explizit verwiesen wurde – fand sich unter "J. Projektreferenzen HLKS/E" der folgende Vermerk: "Es werden je Gewerk zwei ausgeführte, aussagekräftige Referenzobjekte in den letzten fünf Jahren, welche einen konkreten Bezug zur gestellten Aufgabe (Modulbau) [aufweisen,] erwartet. Diese Referenzen, ausgeführte Bauwerke, sind auf maximal einer A3[-]Seite pro Referenz, einseitig bedruckt beizulegen".

E. 6.2

Gewerk ist in diesem Zusammenhang als "Gewerbe; Handwerk; Zunft" bzw. "[besonders beim Bau eines Gebäudes o. Ä. eingesetzte] Gruppe von Handwerkern einer bestimmten Fachrichtung" zu verstehen (Duden online, Stichwort: Gewerk). Insofern ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen – wo unter Ziff. 1.1.4 auf das Formular C1 ausdrücklich verwiesen wurde und unter Ziff. 3.3 explizit davon die Rede war, dass Referenzen je HLSK/E -Planer einzureichen seien – in Kombination mit der ausdrücklichen Aussage im Formular C1, dass je Gewerk zwei Referenzobjekte mit konkretem Bezug zum Modulbau erwartet würden, ein klares Bild. Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdegegnerin waren diese Vorgaben somit keinesfalls "offensichtlich unklar". Die Ausschreibung war nach guten Treuen so zu verstehen, dass für jeden einzelnen im Rahmen der Heizungs-, Lüftungs-, Klimatechnik-, Sanitärplanung/Elektroplanung (HLSK/E) beteiligten Akteur je zwei Referenzen einzureichen waren. Nur so liess es sich sicherstellen, dass die Referenzen alle beteiligten bzw. erforderlichen Gewerke umfassen würden. War vom anbietenden Totalunternehmen nur ein einziger HLSK/E-Akteur vorgesehen, der alles Erforderliche abdeckte, dann waren selbstverständlich nur seine zwei Referenzen nötig. Bei mehreren Akteuren musste das entsprechende Formular "Projektreferenzen HLKS/E" mehrfach ausgefüllt werden. Neben der Beschwerdeführerin reichten drei weitere Anbieterinnen – und damit insgesamt vier von neun Anbieterinnen – dem genannten Verständnis entsprechend je zwei Referenzen pro Akteur im Bereich HLSK/E ein. Eine dieser Anbieterinnen hatte indes nur einen Akteur für HLSK angegeben, aber gar keinen Elektroplaner. Weshalb die übrigen Anbieterinnen dem Kriterium nicht entsprachen, lässt sich nicht nachvollziehen. Ebenfalls entsprechend dem genannten Verständnis stellte die Beschwerdegegnerin bei der formellen Prüfung der Eingabe der Mitbeteiligten in der Spalte "Feststellungen bei der Vorprüfung" – im Rahmen der einleitenden Bemerkung "Folgendes fehlt:" – zu den Referenzen dann auch korrekt fest, dass bei der Mitbeteiligten die Referenz des Sanitärs ganz fehle und für "EL" und "HLK" jeweils nur eine Referenz angegeben worden sei.

E. 6.3

Der nachträgliche Verzicht auf Referenzen "je Gewerk" liegt nach dem Gesagten nicht im zulässigen Interpretationsrahmen des Ausschreibungstexts. Dass von jedem Akteur Referenzen verlangt werden, erscheint denn auch sachlich geboten. Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen (vgl. statt vieler VGr, 30. Juli 2015, VB.2015.00365, E. 4.1). Bei einem Totalunternehmer ist die Erfahrung der von ihm beigezogenen (Sub-)Unternehmer ebenso relevant. Ist von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen, könnte man aus einer geringen Zahl von Anbietern bzw. geeigneten Anbietern nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs schliessen; dies gilt selbst dann, wenn bloss ein Anbieter übrigbleibt (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.3.2; Irene Widmer, Unzulässigkeit der nachträglichen Änderung von Eignungskriterien, PBG 2018/4 S. 49 ff., S. 51; vgl. VGr, 27. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.4.2). Zumal vier Anbieterinnen dem Kriterium entsprachen, ist ohnehin nicht von einer geringen Zahl von geeigneten Anbietern auszugehen.

E. 6.4

Selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass die nachträglich von der Beschwerdegegnerin vertretene Interpretation zulässig wäre, müsste die Mitbeteiligte ausgeschlossen werden. Für die J AG (HLK) und die K AG (E) hat sie im Formular C1 unter "J. Projektreferenzen HLKS/E" nämlich ein und dasselbe Referenzobjekt angegeben. Für das genannte Referenzobjekt liegt indes nur eine Referenz der J AG vor, auf der die Funktion "HKL-Planer" vermerkt ist, während für die K AG allein eine Referenz für den "Neubau/Umbau L-Schule" vorliegt, die im Formular C1 aber nicht als Referenzobjekt angegeben wurde (und bei der es sich unbestrittenermassen nicht um einen Modulbau handelt). Der K AG kann somit keine Referenz zugeordnet werden, womit die Mitbeteiligte nicht einmal die Voraussetzung der Einreichung von insgesamt zwei Referenzen betreffend "HLKS/E" erfüllt. Die diesbezüglich vorgebrachte Argumentation der Beschwerdegegnerin, auch die Beschwerdeführerin habe bei den "Referenzobjekten Elektro" die beiden angegebenen Projekte nicht je separat in den Beilagen dargestellt, sondern gemeinsam unter dem Titel Referenzprojekt 1, geht ins Leere. Von der Beschwerdeführerin wurden zwei Referenzobjekte angegeben und mit Referenzen belegt; dass sich die beiden Referenzen auf demselben Dokument befinden, ist nicht zu beanstanden. Die falsche Titelsezung fällt nicht ins Gewicht, zumal die Belege für die angegebenen Referenzobjekte vorhanden sind.

E. 6.5

Zusammenfassend hat die Mitbeteiligte das Eignungskriterium "Referenzen" nicht erfüllt. Dies führt zum Ausschluss der Mitbeteiligten.

E. 7

Nach dem Gesagten ist für den Ausgang des Verfahrens die Zulässigkeit der nachträglichen Anpassung des Eignungskriteriums "Referenzen", die mit einem weitgehenden Verzicht auf das Erfordernis des Bezugs zum Modul- oder Schulbaus verbunden war, nicht entscheidend. Die Mitbeteiligte wäre aber auch im Hinblick darauf auszuschliessen gewesen. Sie entsprach den ursprünglichen Anforderungen an die Referenzen nicht, denn sie gab im Formular C1 unter "J. Projektreferenzen HLKS/E" nur ein einziges Referenzobjekt mit Bezug zum Modulbau an; dieses dafür zweimal. Belegt ist das

Referenzobjekt jedoch nur für den HLK-Planer, womit nur eine einzige Referenz im Modulbau vorliegt (vgl. E. 6.4). Wenn die Beschwerdegegnerin ohne weitere Belege erstmals in der Quintuplik ausführt, dass das betroffene Elektro-Unternehmen bereits in der Stadt Winterthur an Modulbauten mitgearbeitet habe, reicht das nicht. Überdies liess sich das Erfordernis, dass für HLKS/E zwei Referenzen im Modulbau einzureichen waren (und der Hinweis, dass ein Referenzobjekt bereits ausgeführt und fertiggestellt sein muss, während sich das andere noch im Bau befinden kann) nur dahingehend sinnvoll verstehen, dass die geforderten zwei Referenzen zwei verschiedene Bauprojekte betreffen mussten. Eine andere Auffassung hätte zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der Anbietenden geführt: Ein anbietendes Totalunternehmen, das mit einem Subunternehmer zusammenarbeitete, der alle geforderten HLKS/E-Leistungen integral anbietet, hätte zwei verschiedene Referenzen zu Modulbauten einreichen müssen, während bei einer Zusammenarbeit mit einem HLKS-Planer und einem E■Planer der doppelte Nachweis eines einzigen Modulbauprojekts – und damit ein wesentlich geringerer Erfahrungsnachweis – ausreichend gewesen wäre. Die Mitbeteiligte war denn auch die einzige Anbieterin, die unter "J. Projektreferenzen HLKS/E" bloss zweimal dasselbe Referenzobjekt angab. Wie bereits dargetan, ist ein nachträglicher Verzicht auf ein Eignungskriterium nur in sehr seltenen Konstellationen zulässig (vgl. E. 5.2), die hier nicht vorliegen; die Beschwerdeführerin erfüllte die ursprünglichen Anforderungen unbestritten. Der Bezug der geforderten Referenzen zum Modul- oder Schulbau erscheint sinnvoll. Der nötige Auftrags- und Leistungsbezug ist regelmässig gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind (VGr, 23. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.4). Eine ungebührliche Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs ist ebenfalls nicht erkennbar (vgl. E. 6.3). Ist – wie vorliegend – von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen, so darf aus einer geringen Zahl von Bewerbern bzw. geeigneten Bewerbern nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden; diese gilt selbst dann, wenn bloss ein Anbieter übrigbleibt (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.3.3 mit Hinweis).

E. 8

Die Beschwerdegegnerin überprüfte und bewertete die Angebote eingehend. Im Urteil 2C_979/2018 hatte Bundesgericht ausgeführt, dass sofern eine Anbieterin, die im Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten hat, kein Rechtsmittel gegen den Vergabeentscheid der Vergabebehörde erhebe, diese Anbieterin damit lediglich ausdrücke, dass sie den Zuschlag an die im Vergabeverfahren erstplatzierte Anbieterin unter dem von der Vergabebehörde angewendeten Prüfungsmaßstab (Anwendung der Zuschlagskriterien) akzeptiere. Sie bringe hingegen nicht zum Ausdruck, dass sie auch mit einem Zuschlag an eine andere am Vergabeverfahren beteiligte, schlechter ([gemeint ist offensichtlich:] als sie selbst [vgl. Martin Beyeler, Urteilsbesprechung zu BGer 2C_979/2018, Kassation von Amtes wegen?, BR 2020, S. 196–198]) platzierte Anbieterin einverstanden wäre. Dies müsse insbesondere auch dann gelten, wenn sich dieser Prüfungsmaßstab verändert (BGr, 22. Januar 2020, 2C_979/2018, E. 6.3.1 [zur Publikation vorgesehen]). Diese Rechtsprechung steht der Vergabe an die Beschwerdeführenden im vorliegenden Fall nicht entgegen. Mit dem Ausschluss der Mitbeteiligten aufgrund der Nichterfüllung der Eignungskriterien ist nämlich keine Neubewertung der Angebote der Mitbeteiligten und der zweitplatzierten Beschwerdeführerin verbunden. Es handelt sich hier um eine Konstellation, die hinreichend geklärt ist (vgl. a. a. O., E. 6.3.4).

E. 9

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung des Beschwerdegegners vom 2. Juli 2020 dementsprechend aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

E. 10

Bei diesem Ergebnis wird das prozessuale Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 11.1

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

E. 11.2

Schliesslich ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheinen Fr. 7'000.-.

E. 12

Der Auftragswert für den Rahmenvertrag (Option für sechs weitere Modulbauten) beträgt ca. Fr. 13,9 Mio. und übersteigt damit den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil 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, andernfalls steht dagegen 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.