

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00719 vom 2. Februar 2023**

ZH Verwaltungsgericht, 2023-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00719](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00719)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00719 du 2 février 2023

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00719 del 2 febbraio 2023

## **Regeste**

Submission | Vergabe betr. Lüftungsanlage: Verletzungen des rechtlichen Gehörs. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung. Sie kann sich lediglich noch auf die Nebenfolgen auswirken (E. 3.2). Referenzauskünfte, welche die Vergabebehörde entsprechend den Angaben der Anbieterin in der Offerte einholt, liegen im Verantwortungsbereich der Anbieterin und sind durch die Vergabebehörde nur dann mittels weiterer Abklärungen zu überprüfen, wenn sie - wie vorliegend - begründete Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebene Referenzperson hatte oder hätte haben müssen. Es ist dabei nicht unzulässig, auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückzugreifen. Sodann muss ihr erlaubt sein, zusätzlich zu den Angaben, welche die Anbieter gemacht haben, weitere Informationen - wie namentlich weitere Referenzen - einzuholen, um sich ein Bild über die Eignung oder die Qualität eines Anbieters zu machen. Dabei ist diesbezüglich der Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren. Die Parteien haben demnach insbesondere das Recht auf Akteneinsicht sowie das Recht, sich zu diesen Sachverhaltselementen zu äussern. Zudem muss im Beschwerdeverfahren – als Ausfluss der Begründungspflicht – eine Auseinandersetzung mit diesen Äusserungen stattfinden. Vorliegend trat auch hinsichtlich der diesbezüglichen Gehörsverletzungen mangels Einsicht und Äusserungsmöglichkeit eine Heilung ein (E. 5). 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 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. Die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB erfasst werden, sind in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geregelt.

### **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 i.V.m. § 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 Beschwerdeführerin, welche das preisgünstigste Angebot eingereicht hat, liegt mit 3,47 von 4 möglichen Punkten in der Gesamtrangierung auf dem zweiten Platz hinter der Mitbeteiligten mit 3,53 Punkten. Sie stellt einerseits die Erfüllung der Eignungskriterien durch die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin infrage und verlangt deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Andererseits beanstandet sie das Vorgehen und die Bewertung im Referenzkriterium (Zuschlagskriterium 2, Qualität); dem einzigen Kriterium, in welchem ihr Angebot tiefer bewertet worden ist als dasjenige der Mitbeteiligten. Ferner rügt sie die Beurteilung des Preiskriteriums im Hinblick auf Gewichtung und Preisspanne als unzulässig und macht in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

## **E. 2.3**

Erweist sich eine dieser Rügen als berechtigt, hätte das Angebot der Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht als Erstes geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlagsentscheid unzureichend begründet und damit ihr rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 3.1**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV).

#### **E. 3.1.1**

Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite von Entscheiden Rechenschaft geben und diese in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar

VRG], §10 N. 25).

### **E. 3.1.2**

Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

### **E. 3.2**

Die der Beschwerdeführerin zugegangene Zuschlagsverfügung enthält keine § 38 Abs. 2 SubmV genügende Begründung. Hingegen stellte die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin und ihrem Rechtsvertreter am 10. November 2022 das Offertöffnungsprotokoll zu und erläuterte ihnen ihre Bewertung in einer telefonischen Besprechung. Tags darauf liess sie ihnen ergänzend einen Auszug aus der Bewertungsmatrix zukommen. Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid sodann im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich in der Replik zu diesen Ausführungen zu äussern. Im Rahmen des allgemeinen Replikrechts erfolgten sodann weitere ergänzende Ausführungen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25). Sie kann sich lediglich noch auf die Nebenfolgen auswirken (vgl. VGr, 23. März 2017, VB.2016.00793, E. 4.3).

### **E. 4.1**

Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 287 f., Rz. 662).

### **E. 4.2**

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 SubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil

darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (BGE 141 II 14 E. 8.3; Galli et al., Rz. 564). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

## **E. 5.1**

Zum hauptsächlich strittigen Zuschlagskriterium ZK 2 Qualität wurde in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 14.2 Folgendes ausgeführt: "Bewertet werden die Referenzobjekte gemäss Angebot. Die Bauherrschaft behält sich vor, auch eigene Referenzen in die Bewertung miteinzubeziehen." Zu nennen waren zwei Referenzobjekte, zu denen je das beigelegte Formular auszufüllen war.

### **E. 5.1.1**

Die Mitbeteiligte führte als erstes Referenzobjekt einen Auftrag der Vergabestelle mit einer Referenzperson aus der F GmbH auf. Letztere war von der Vergabestelle mit der Durchführung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens beauftragt worden, weshalb diese wegen des Interessenkonflikts von der Mitbeteiligten eine andere Referenz verlangte, welche sie in der Folge erhielt und der Bewertung zugrunde legte. Die beiden eingeholten Referenzen bewerteten die Mitbeteiligte im Durchschnitt mit 3,83 (bzw. mit 40% gewichtet 1,53) von 4 möglichen Punkten.

### **E. 5.1.2**

Für die beiden von der Beschwerdeführerin offerierten Referenzobjekte wurde jeweils dieselbe Referenzperson genannt, was die Vergabebehörde ihren Ausführungen zufolge als "unbefriedigend" empfand. Da diese Person für beide Projekte in allen sechs Kriterien die Bestnote von 4 Punkten vergab und die Vergabebehörde "aus ihrer Tätigkeit" auch von zwei anderen Referenzobjekten Kenntnis hatte (Projekte G und H), bei denen die Dienstleistungsqualität der Beschwerdeführerin nicht einwandfrei gewesen sei, wollte sie von der in der Ausschreibung vorbehaltenen Möglichkeit, eigene Referenzen einzuholen, Gebrauch machen. Mit E-Mail vom 3. November 2022 ersuchte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin um Bestätigung, die Lüftungsarbeiten bei den Projekten G und H ausgeführt zu haben. Gleichzeitig teilte sie ihr mit, für das Zuschlagskriterium 2 diese beiden Objekte betreffend weitere Referenzen einholen zu wollen. Tags darauf erklärte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle, diese Projekte zwar ausgeführt zu haben, doch seien sie für die ausgeschriebenen Arbeiten nicht repräsentativ bzw. verwendbar. Ihrer diesbezüglichen E-Mail legte sie eine Liste ihrer Ansicht nach vergleichbarer Referenzprojekte bei. Die Vergabebehörde hatte zu diesem Zeitpunkt für die beiden Objekte G und H bereits Referenzauskünfte eingeholt, welche vom 20. Oktober bzw. 2. November 2022 datieren. Diese fielen mit durchwegs genügender (2 Punkte), teilweise ungenügender (1 Punkt) und einer sehr schlechten (0 Punkte) Bewertung deutlicher schlechter aus als die von der Beschwerdeführerin bezeichneten, welche – wie bereits

ausgeführt – beide die Maximalpunktzahl 4 erhalten hatten. Der Durchschnitt aller vier Referenzen führte zu einer Gesamtbewertung des Referenzkriteriums mit – nach Korrektur eines anfänglichen Übertragungsfehlers – 2,79 (bzw. mit 40 % gewichtet 1,12) Punkten. Die weiteren, nachträglich von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzen liess die Vergabebehörde unberücksichtigt, da vielfach wiederum dieselbe Referenzperson genannt wurde und sie ihr insbesondere bezüglich Termine nicht besonders geeignet erschienen.

### **E. 5.1.3**

Die Beschwerdeführerin rügt dieses Vorgehen mit Verweis auf BGE 139 II 489 als unrechtmässig und macht insbesondere geltend, sie habe sich zu den für sie nachteiligen Referenzen nicht vorgängig äussern können. Dadurch sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden und die zusätzlich eingeholten Referenzen folglich nicht verwertbar. Dies ergebe sich bereits daraus, dass sie bezüglich Preis und Umfang nicht mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar seien und die "Aussagekraft und Güte" nicht gegeben sei. Zudem habe sich die Vergabebehörde lediglich die Berücksichtigung eigener Referenzen vorbehalten und mit dem Einholen von Drittreferenzen Ziff. 14.2 der Submissionsbedingungen nicht eingehalten. Ferner rügt sie eine Ungleichbehandlung gegenüber der Mitbeteiligten.

### **E. 5.2**

Bezüglich Referenzen in Submissionsverfahren ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung auf die eingeholten Auskünfte abzustellen ist und – wo diese schweigen – ersatzweise auf die Angaben in der Offerte abgestellt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Vergabebehörde, sofern keine begründeten Zweifel an den Angaben einer Anbieterin ersichtlich sind, keine Pflicht hat, die Richtigkeit der Referenzangaben zu überprüfen oder sich bei den Referenzgebern nach der Leistung zu erkundigen (VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.00164, E. 3.3, mit Hinweisen). Dasselbe gilt – wie in VGr, 4. März 2021, VB.2020.00903, E. 4.1 erstmals festgehalten – auch für Referenzauskünfte, welche die Vergabebehörde entsprechend den Angaben der Anbieterin in der Offerte einholt. Diese Auskünfte liegen im Verantwortungsbereich der Anbieterin und sind durch die Vergabebehörde nur dann mittels weiterer Abklärungen zu überprüfen, wenn die Vergabebehörde begründete Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebene Referenzperson hatte oder hätte haben müssen.

#### **E. 5.2.1**

Die Umstände, dass vorliegend zwar zwei unterschiedliche Referenzprojekte angegeben, jedoch für beide dieselbe Referenzperson genannt wurde, welche zudem unter allen nachgefragten Aspekten die Höchstnote vergab, sind geeignet, berechtigte Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebene Referenzperson zu wecken. Dass die Referenzperson nicht die Bauherrschaft, sondern die Planerin vertrat, war für die Vergabebehörde unerheblich, ohnehin zulässig und daher auch nicht weiter zu thematisieren. Die genannten Umstände wurden im Übrigen in der Beschwerdeantwort entgegen der Beschwerdeführerin explizit genannt (vgl. dazu E. 5.1.2).

#### **E. 5.2.2**

Sodann hatte die Vergabebehörde Kenntnis von anderen Referenzprojekten der Beschwerdeführerin, welche deutlich weniger zufriedenstellend ausgefallen waren. Dass diese Kenntnis von den mit der Submissionsdurchführung beauftragten Architektur- und Planungsunternehmen – also ihren Hilfspersonen – stammte, ist nicht zu beanstanden:

#### **E. 5.2.2.1**

Vorab ist festzuhalten, dass es nicht unzulässig ist, auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückzugreifen; insbesondere bei lokalen Projekten mit lokalen Anbietern oder innerhalb einer Fachwelt, wo man sich gegenseitig kennt, ist solches Wissen ohnehin unvermeidlich vorhanden (BGE 139 II 189, E. 3.2 mit Hinweis auf BGr, 27. März 2012, 2C\_549/2011, E. 2.4). Entsprechend ist es der Vergabebehörde nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung auch erlaubt, Erfahrungen aus früheren Aufträgen in die Bewertung miteinbeziehen (VGr, 23. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.6; 10. Dezember 2015, VB.2015.00513, E. 5.2, je mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.2.2.2**

In den bisherigen Verfahren war allerdings stets der Einbezug von eigenen Erfahrungen aus bereits früher für die Vergabestelle ausgeführten Aufträgen Streitgegenstand (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 5.1; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 5.3; 16. Juli 2008, VB.2008.00111, E. 7.3; 28. Juni 2006, VB.2006.00220, E. 5; 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2; 25. Januar 2001, VB.2000.00233, E. 2c). Dazu, wie es sich mit der Berücksichtigung von der Anbieterin nicht genannter, aus anderen Quellen bekannter Drittreferenzen verhält, hat sich das Verwaltungsgericht bisher noch nicht geäußert.

#### **E. 5.2.2.3**

Zwar sind für die Bewertung primär die von den Anbietern eingereichten Unterlagen massgebend und muss die Behörde nach Treu und Glauben in erster Linie auf diejenigen Referenzen abstellen, welche die Anbietende angegeben hat. Es muss ihr jedoch grundsätzlich erlaubt sein, im Rahmen ihrer (von Amtes wegen vorzunehmenden, vgl. § 7 Abs. 1 VRG) Sachverhaltsabklärungen auch zusätzlich zu den Angaben, welche die Anbieter gemacht haben, weitere Informationen einzuholen, um sich ein Bild über die Eignung oder die Qualität eines Anbieters zu machen ( BGE 139 II 189, E. 3.2 ).

#### **E. 5.2.2.4**

Dies gilt umso mehr, wenn wie vorliegend begründeter Anlass für Zweifel besteht und zudem in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten wurde, auch eigene Referenzen in die Bewertung miteinzubeziehen (vgl. E. 5.1). Vor dem Hintergrund, dass nach dem soeben Ausgeführten für die vorzunehmende Sachverhaltsermittlung nicht nur der Einbezug von eigenen Erfahrungen, sondern auch die Einholung von weiteren Referenzen zulässig ist, dürfte der Begriff der "eigenen" Referenzen von der Vergabebehörde – entgegen der Beschwerdeführerin – weit verstanden werden. Unter welchen Voraussetzungen zusätzlich zu den Angaben der Anbietenden eingeholte Referenzen in die Bewertung miteinbezogen werden dürfen, ist nachfolgend zu klären.

#### **E. 5.2.3**

Das Bundesgericht führte dazu im zitierten Entscheid aus, dabei seien die verfassungsrechtlichen Mindestansprüche zu wahren, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Parteien eines Verfahrens haben demnach insbesondere das Recht auf Akteneinsicht sowie das Recht, sich zu Sachverhaltselementen zu äussern, auf welche zu ihrem Nachteil abgestellt wird (BGE 139 II 189, E. 3.3) . Zudem muss im Beschwerdeverfahren – als Ausfluss der Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) – eine Auseinandersetzung mit diesen Äusserungen stattfinden (BGE 139 II 189, E. 3.4).

#### **E. 5.2.3.1**

Vorliegend wurde – unter Hinweis auf den entsprechenden Vorbehalt in der Ausschreibung – transparent gemacht, dass zusätzliche Referenzen eingeholt würden. Sodann erfolgten die zusätzlich eingeholten Referenzen schriftlich und wurden in den Vergabeakten abgelegt, womit nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung korrekt vorgegangen wurde (VGr, 20. Dezember 2006, VB.2006.00359, E. 6.2.3; 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 5.3). Indes wurden diese inhaltlich der Beschwerdeführerin vor deren Verwendung/Einbezug für/in die Bewertung weder zur Kenntnis gebracht noch ihr die Möglichkeit gegeben, sich zu deren für sie negativen Inhalt zu äussern.

#### **E. 5.2.3.2**

Wie bereits hinsichtlich der verletzten Begründungspflicht festgestellt (vgl. E. 3), trat auch bezüglich der Gehörsverletzung mangels Einsicht und Äusserungsmöglichkeit eine Heilung ein: Die Beschwerdeführerin konnte beim Verwaltungsgericht in die strittigen Referenzauskünfte uneingeschränkt Einsicht und im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels dazu sowie zu den Entgegnungen zu ihren Äusserungen in der Beschwerdeantwort Stellung nehmen. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung und kann sich nur noch auf die Nebenfolgenregelung auswirken.

#### **E. 5.3**

Es bleiben im Zusammenhang mit den Referenzen die Beanstandungen der Beschwerdeführerin an den beiden zusätzlich eingeholten Referenzen selbst zu prüfen. Sie macht insbesondere geltend, die Vergleichbarkeit der dortigen Projekte zu den ausgeschriebenen Arbeiten sei nicht gegeben.

##### **E. 5.3.1**

Bei den vorliegend zu erstellenden Lüftungsanlagen (BKP 244) beträgt die Bausumme rund Fr. 800'000.- und ist eine Dauer der Arbeiten von 25 Monaten geplant. Das eine strittige Referenzobjekt G betraf Lüftungsanlagen (BKP 244) im Zusammenhang mit der Sanierung eines Schulhauses. Die Arbeiten wurden in den Jahren 2020/2021 über einem Zeitraum von 16 Monaten ausgeführt und umfassten eine Auftragssumme von etwa Fr. 350'000.-. Das weiter strittige Referenzprojekt H, welches ebenso die Neuerstellung von Lüftungsanlagen (BKP 244) beinhaltete, umfasste eine Bausumme von etwa Fr. 2'600'000.- und wurde während 10 Monaten im Jahr 2020 umgesetzt. Im Vergleich dazu fanden die von der Beschwerdeführerin genannten Referenzprojekte für den Bau von Lüftungsanlagen in den Jahren 2018 bzw. 2020 während 3 bzw. 4 Monaten statt und wiesen Bausummen von Fr. 770'000.- bzw. Fr. 900'000.- auf.

##### **E. 5.3.2**

In den Ausschreibungsunterlagen wurden keine ziffernmässigen Vorgaben gemacht und lediglich unter dem Eignungskriterium 1 als Nachweis der Erfahrung mit vergleichbaren Objekten explizit zwei "mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbare" Projekte verlangt (Ziff. 14.1 der Ausschreibungsunterlagen). Da die "Referenzobjekte gemäss Angebot" gleichzeitig für das Zuschlagskriterium 2 und den Nachweis der Eignung dienen, war höchstens implizit deren Ausführung in den letzten 5 Jahren sowie Vergleichbarkeit verlangt (vgl. Ziff. 14.1 der Ausschreibungsunterlagen). Die Bewertung der Referenzen für das Zuschlagskriterium "Qualität" sollte durch Einholung von Auskünften bei den genannten Referenzpersonen mittels Formular erfolgen.

### **E. 5.3.3**

Alle vier oben genannten Referenzprojekte weisen gemessen an den vorhandenen zahlenmässigen Parametern ausreichend Analogien auf, um für die Beurteilung der Qualität in der beschriebenen Form als taugliche Grundlage zu dienen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lag es jedenfalls im Ermessen der Vergabebehörde, die zusätzlich einbezogenen Referenzobjekte als mit dem ausgeschriebenen Auftrag ausreichend vergleichbare Projekte zu betrachten.

### **E. 5.4**

Gegen deren Verwendung spricht auch nicht, dass die Referenzperson zum "Projekt G" bei der Auskunftserteilung nicht mehr bei der dortigen Bauherrschaft arbeitete. So ist lediglich relevant, ob die betreffende Person, als sie dort arbeitete, mit dem von der Anbieterin ausgeführten Projekt befasst war und damit zu einer verlässlichen Auskunftserteilung in der Lage ist. Weiter dürfen Vergabebehörden – berechnigte Zweifel vorbehalten – nicht nur auf die Korrektheit von Referenzangaben in den Offerten vertrauen, sondern auch auf die Auskünfte der dort genannten Referenzpersonen. Zwar ist Referenzauskünften, welche durch eine bestimmte Person erteilt wird, inhärent, dass es sich dabei um eine persönliche Meinung handelt. Selbst wenn Referenzauskünfte damit naturgemäss subjektiv geprägt sind, kann aus zwei ähnlich lautenden Auskünften dennoch wenigstens eine gewisse Objektivität abgeleitet werden (vgl. VGr, 9. Mai 2019, VB.2019.00093, E. 4.2; 20. Dezember 2006, VB.2006.00359, E. 6.2.1). Abgesehen davon wurden beide zusätzlichen Referenzen von Angestellten zweier unterschiedlicher kantonaler Hochbauämter erteilt und nicht etwa durch das mit der Vergabe befasste Architekturbüro oder das Planungsunternehmen, mit denen die Beschwerdeführerin offenbar Differenzen hat.

### **E. 5.5**

Was die gerügte Ungleichbehandlung gegenüber der Mitbeteiligten betrifft, ist Folgendes festzuhalten: Von der Mitbeteiligten wurde (unwissentlich) das mit der Durchführung des streitbetroffenen Submissionsverfahrens beauftragte Ingenieurbüro als Referenz genannt, weshalb Letzteres in Ausstand trat und die Referenzerteilung im strittigen Verfahren ablehnte. Dieses Vorgehen ist korrekt und vor dem Hintergrund der verfassungs- und submissionsrechtlichen Prinzipien nicht infrage zu stellen. Sodann muss in einem Fall wie diesem zulässig sein, dass eine Anbieterin zur Einreichung einer selber wählbaren Ersatzreferenz aufgefordert wird und ist darin auch keine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung zu erblicken (§ 24 Abs. 4 SubmV; § 29 und 30 SubmV; vgl. statt vieler, VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 198 ff. Rz. 438 ff., S. 313 N. 711). Indem die Vergabebehörde jedoch bei der Beschwerdeführerin selber die (zusätzlichen) Referenzen auswählte und ihr explizit den Einbezug der zusätzlichen Vorschläge versagte, liegt darin zwar gewissermassen eine Ungleichbehandlung gegenüber der Mitbeteiligten. Auch wenn bei beiden Anbieterinnen nach Fristablauf zusätzliche Referenzprojekte erforderlich wurden, waren jedoch zwei unterschiedliche Situationen Ausgangspunkt dafür. Nur bei der Beschwerdeführerin waren sodann Zweifel an der Korrektheit der Auskünfte die Ursache, weshalb die Ungleichbehandlung im vorliegenden Einzelfall gerechtfertigt war. Ferner kann aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung auch nicht abgeleitet werden, dass die nachträglich von der Beschwerdeführerin eingereichte Referenzliste hätte berücksichtigt werden müssen. Zusammengefasst hat sich die Vergabebehörde unter den vorliegenden Umständen

insgesamt jedenfalls nicht vergaberechtswidrig verhalten.

#### **E. 5.6**

Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik schliesslich darauf hin, dass aktuell in einem anderen Submissionsverfahren, in welchem eine andere Vergabebehörde dasselbe Architektur- und dasselbe Planungsbüro mit der Durchführung beauftragt habe, ebenfalls unter deren Verweis auf eigene Referenzen eine für sie schlechtere Bewertung erwirkt worden sei. Aus dem Vorbringen, dass ihr nach ihrer Intervention und dem Hinweis auf fehlende Objektivität der Zuschlag versprochen worden sei, vermag sie indes nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Dem eingereichten Mailverkehr lässt sich nichts entnehmen, was diese Behauptung untermauern würde. Daraus ergibt sich im Gegenteil einzig, dass ihre dortige Offerte aufgrund eines Formelfehlers nun auf dem ersten Platz rangiere.

#### **E. 6.1**

Inwiefern die Mitbeteiligte das Eignungskriterium 1 nicht erfüllt haben sollte, substantiierte die Beschwerdeführerin nicht; sie stellte in ihrer Beschwerde lediglich pauschal infrage, ob diese zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen im nachgefragten Umfang in der Lage sei. Aus der Beschwerdeantwort und den eingereichten Vergabeakten ergibt sich ohne Weiteres, dass die Mitbeteiligte die Eignungskriterien erfüllt, was in der Replik von der Beschwerdeführerin auch nicht mehr bestritten wird. Letztere machte in ihrer Replik lediglich Ausführungen zur Erfüllung des Eignungskriteriums 2 (Selbstdeklaration) durch sie und ihre in diesem Zusammenhang thematisierten Betreibungen. Dies ist indes nicht Streitgegenstand, da die Vergabebehörde einen Ausschluss deswegen als überspitzt formalistisch betrachtet und davon abgesehen hat. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich, zumal sie im Rechtsmittelverfahren ohnehin nicht mehr darauf zurückkommen könnte (VGr, 6. Februar 2020, VB.2019.00464, E. 4.3.6; 8. März 2006, VB.2005.00286 E. 2.5).

#### **E. 6.2**

Sodann verfolgt die Beschwerdeführerin die Rüge der mit 160 % [bzw. 60 %] unzulässigen Preisspanne sowie 50 % zu tiefen Gewichtung des Preiskriteriums in ihrer Replik ebenfalls nicht mehr weiter. Mit Blick auf die Rechtsprechung (vgl. statt vieler VGr, 14. Juli 2022, VB.2022.00103, E. 3) erscheinen weder die Preisspanne noch die Gewichtung unrechtmässig, zumal die Vergabebehörde die Preisgewichtung und die gewählte Preisspanne mit der Komplexität der Arbeiten plausibel begründet hat.

#### **E. 7**

Zusammengefasst erwiesen sich sämtliche materiellen Rügen der Beschwerdeführerin sowohl hinsichtlich des Vorgehens als auch der Bewertung als unbegründet und die von der Vergabebehörde ermittelte Rangierung der Mitbeteiligten auf dem ersten Platz als rechtmässig. Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 8**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Es besteht vorliegend insoweit Anlass für ein Abweichen vom

Unterliegerprinzip, als die Beschwerdegegnerin durch die Gehörsverletzungen mit einem Grund für die Beschwerdeerhebung gesetzt hat. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin trotz deren Unterliegens lediglich zur Hälfte und der Beschwerdegegnerin ebenfalls zur Hälfte aufzuerlegen. Entsprechend der Kostenverteilung sind auch keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### **E. 9**

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen nicht (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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