

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00599 vom 14. März 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00599

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00599 du 14 mars 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00599 del 14 marzo 2024

Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien bzw. fehlender und ungenügender Referenzen. Intertemporales Recht; Geltung des bisherigen Rechts, da das Verfahren vor Inkrafttreten der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen eingeleitet wurde (E. 1). Heilung der mangelhaften Begründung der Ausschlussverfügung durch genügende Begründung in der Beschwerdeantwort (E. 3.4). Rechtzeitige nachträgliche Bestätigung der Berechtigung für die Angebotsunterzeichnung (E. 5.3). Der Schreibfehler im Lebenslauf einer Schlüsselperson stellt keinen wesentlichen Mangel im Sinn der Bestimmung betreffend Ausschlussgründe dar (E. 6.3). Zulässigkeit der eingereichten Referenzen hinsichtlich Funktion bei der Leistungserbringung innerhalb der Arbeitsgemeinschaft; Auslegung der in den Ausschreibungsunterlagen formulierten Eignungskriterien nach Treu und Glauben (E. 7.3, E. 8). Verpflichtung zur nachträglichen Einholung einer Referenz (E. 9). Gutheissung; Rückweisung zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens unter Einbezug der Beschwerdeführerinnen.

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). Gemäss Art. 64 Abs. 1 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) werden Vergabeverfahren, die vor dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach altes Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

E. 2

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). Die Beschwerdeführerinnen rügen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Wäre dieser widerrechtlich erfolgt, so hätten sie grundsätzlich Chancen auf den Zuschlag, zumal sie das preislich tiefste Angebot eingereicht haben. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen machen vorab geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihnen vorgängig zum Verfahrensausschluss keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und den Ausschlussentscheid sodann unzureichend begründet. Damit habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör wiederholt verletzt.

E. 3.1

Weder beim Zuschlagsentscheid noch beim Verfahrensausschluss besteht eine behördliche Verpflichtung zur vorgängigen Anhörung der Betroffenen. Wie alle anfechtbaren Entscheide bedürfen sie jedoch einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. § 38 Abs. 2 aSubmV verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Entscheidungsgründe bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 aSubmV).

E. 3.2

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 Entscheidungsinstanz 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. 3.3

Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 aSubmV andererseits löst die Rechtspraxis 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 Beschaffungsrechts, 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. 3.4

Die den Beschwerdeführerinnen zugegangene Ausschlussverfügung enthält keine § 38 Abs. 2 aSubmV genügende Begründung. Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid indes im

Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerinnen erhielten 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).

E. 4

Gemäss § 4a Abs. 1 aIVöB-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 (lit.a), bei Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. 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 (VGr, 15. November 2018, VB. 2018.00450, E. 6.1; 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

E. 5.1

Vorab ist dem von der Beschwerdegegnerin erstmals in der Beschwerdeantwort erhobenen Einwand nachzugehen, die beschwerdeführende Bietergemeinschaft sei schon deshalb vom Verfahren auszuschliessen, weil seitens der Beschwerdeführerin 2 kein rechtsgültig unterzeichnetes Angebot vorliege. Deren Angebot sei einzig von G unterschrieben, welcher im Handelsregister weder als zeichnungsberechtigt, geschweige denn mit Einzelunterschrift, eingetragen sei.

E. 5.2

Die Beschwerdegegnerin äussert ihre Zweifel an der Zeichnungsberechtigung von G reichlich spät, hat sie doch bereits im sogenannten Factsheet zur Eignungsprüfung vom 18. Juli 2023 festgehalten, dass dieser bei der Offerteingabe noch bei einer anderen Anbieterin im ungekündigten Verhältnis angestellt gewesen sei. Wenn die Beschwerdegegnerin dennoch keinen Anlass zu weiteren Abklärungen hinsichtlich der Zeichnungsberechtigung von G für die Beschwerdeführerin 2 sah, ist sie darauf grundsätzlich auch heute noch zu behaften. Die Frage, ob die Geltendmachung des angeblichen Ausschlussgrundes im Beschwerdeverfahren dennoch zu berücksichtigen ist, kann indes offengelassen werden, da dem Standpunkt der Beschwerdegegnerin ohnehin nicht gefolgt werden kann.

E. 5.3

Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend einwenden, können nicht im Handelsregister eingetragene Personen grundsätzlich auch über eine gewillkürte Vertretung als Bevollmächtigte bestellt und zur Angebotsunterzeichnung ermächtigt werden. Auf Verlangen der Behörde muss die Zeichnungsberechtigung bzw. Vollmacht allerdings nachgewiesen werden (Galli et al., a.a.O., Rz. 483). Die Beschwerdegegnerin hat in der vorliegenden Ausschreibung keine weiterreichenden Anforderungen an den Nachweis der Zeichnungsberechtigung gestellt. Ihre Zweifel an der Zeichnungsberechtigung von G hat sie

sodann erstmals in der Beschwerdeantwort geäußert. Die Beschwerdeführerinnen haben daraufhin umgehend mit ihrer Replik eine entsprechende Bestätigung nachgereicht. Darin wird ausdrücklich erklärt, dass die Ausarbeitung und Unterzeichnung eines verbindlichen Angebots durch G auf einer zuvor erteilten mündlichen Bevollmächtigung basierte. Unterzeichnet wurde diese nachträgliche schriftlich Bestätigung durch ein gemäss Handelsregisterauszug einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied. Der geforderte Nachweis wurde damit nicht nur auf erstes Verlangen, mithin rechtzeitig, sondern auch inhaltlich ausreichend und formell korrekt erbracht. Ein Ausschlussgrund liegt insofern jedenfalls nicht vor.

E. 6.1

Erstmals in der Duplik macht die Beschwerdegegnerin sodann geltend, wie aus der mit der Replik eingereichten Kündigungsbestätigung der H AG hervorgehe, habe die Schlüsselperson G das referenzierte Arbeitsverhältnis bei dieser Arbeitgeberin im Jahr 2023 gekündigt. In dem mit der Offerte eingereichten Lebenslauf habe G jedoch angegeben, besagtes Arbeitsverhältnis bereits im Juli 2022 beendet zu haben. Die Angaben im Lebenslauf seien offensichtlich unzutreffend, was für sich allein betrachtet ebenfalls einen hinreichenden Ausschlussgrund darstelle. Der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen sei denn auch nur deshalb nicht auch aufgrund dieses Umstandes erfolgt, weil die Beschwerdegegnerin zum damaligen Zeitpunkt keine Kenntnis davon gehabt habe.

E. 6.2

Die Darstellung, wonach die Beschwerdegegnerin erst mit der Replik Kenntnis vom effektiven Kündigungszeitpunkt erhalten habe, ist aktenwidrig. Im bereits zuvor zitierten Factsheet zur Eignungsprüfung vom 18. Juli 2023 hat sie selbst nicht nur festgestellt, dass G noch bei der H AG angestellt sei, sondern überdies ausdrücklich angemerkt " Kündigung am 31.08.2023 mit 3 Monate Kündigungsfrist ". Die erstmals mit der Duplik erfolgte Berufung auf einen daraus abgeleiteten Ausschlussgrund widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und ist daher heute grundsätzlich nicht mehr zu hören (vgl. VGr, 8. März 2006, VB.2005.00286 E. 2.5 a. E.)

E. 6.3

Die Argumentation der Beschwerdegegnerin vermag im Übrigen auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Ohne der Zuschlagsbeurteilung vorgreifen zu wollen, ist klar, dass sich die Anstellung bei der vorliegend ebenfalls zum Anbieterkreis gehörenden H AG nur positiv auf die fachliche Beurteilung von G auswirken kann. Er hat folglich auch kein Interesse daran, dieses Anstellungsverhältnis kürzer erscheinen zu lassen, als es tatsächlich war. Die Feststellung der Beschwerdeführerinnen, wonach es sich bei der Angabe der Jahreszahl 2022 im Lebenslauf um einen blossen Schreibfehler handelt, ist daher ohne Weiteres nachvollziehbar. Soweit die falsche Jahreszahl im Lebenslauf überhaupt einen Mangel bei der Referenzangabe offenbart, kann dieser jedenfalls nicht als wesentlich im Sinn der Ausschlussgründe gemäss § 4a Abs. 1 aIVöB-BeitrittsG qualifiziert werden.

E. 7

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche 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). Die Vergabebehörde legt die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest,

bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 22 aSubmV). Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG). Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

E. 7.1

Vorliegend wurden in Ziffer 1.7.3 der Ausschreibungsunterlagen folgende Eignungskriterien vorgegeben: «- Firmenbezogenes QM des Bewerbers = Kopie des aktuellen ISO 9001 Zertifikats oder Nachweis der Implementierung eines gleichwertigen Qualitätsmanagements in der Firma (bei Planergemeinschaften für alle Mitglieder oder mindestens für die federführende Firma). - 2 abgeschlossene Referenzen des Anbieters in den letzten 8 Jahren und Erstellungskosten \geq Fr. 0.65 Mio. von Energieversorgungs- und Kommunikationsanlagen vergleichbarer Art und vergleichbarer Komplexität einer Hochleistungs- oder Nationalstrasse der Schweiz bei Aufrechterhaltung des laufenden Individual- und Öffentlichen Verkehr (Bauphasenplanung) als Einzelunternehmer oder als federführende Firma in einer Arbeitsgemeinschaft. Der federführende Anbieter der Arbeitsgemeinschaft hat mindestens 60% der Gesamtleistung erbracht.» Weiter wurde in den Ausschreibungsunterlagen (a.a.O. Ziff.1.6.8) festgehalten, dass Arbeitsgemeinschaften zugelassen sind und die Eignungsprüfung für die anbietende Arbeitsgemeinschaft als Ganzes durchgeführt werde.

E. 7.2

Die Erfüllung des ersten Eignungskriteriums (Qualitätsmanagement) liegt nicht im Streit. Diese Vorgaben werden unbestrittenermassen durch die als federführendes ARGE-Mitglied bezeichnete Beschwerdeführerin 1 erfüllt. Umstritten ist dagegen die Erfüllung der Anforderungen an die Unternehmensreferenzen.

E. 7.3

Was die Referenzangaben der Beschwerdeführerinnen betrifft, so bestreitet die Beschwerdegegnerin nicht, dass die Beschwerdeführerin 3 gemäss eigener Deklaration zwei aktuelle Referenzen hinsichtlich Art und Umfang vergleichbaren Beschaffungen genannt hat.

E. 7.3.1

Sie moniert indes, dass jeweils eine explizite Angabe fehle, ob die betreffende Referenzleistung als Einzelunternehmen oder federführendes Mitglied einer ARGE erbracht worden sei. Zwar seien beide Arten der Leistungserbringung zugelassen worden. Es mache aber durchaus einen Unterschied, in welcher Funktion die fragliche Leistung erbracht worden sei. Bei Einzelunternehmungen könne weitgehend auf weitere Abklärungen zu Art und Umfang der erbrachten Leistung verzichtet werden. Seien die Arbeiten indes als Teil einer ARGE erbracht worden, müssten zwingend dahingehende Abklärungen getroffen werden. In Bezug auf die Referenzangaben der Beschwerdeführerin 3 sei deren Wirken in einer ARGE nicht explizit deklariert worden, weshalb die Offerte als nicht korrekt ausgefüllt zu qualifizieren sei. Bei der Vergabestelle sei denn auch der falsche Eindruck entstanden, sämtliche Arbeiten seien von der Beschwerdeführerin 3 als Einzelunternehmen ausgeführt worden. Dem ist mit den Beschwerdeführerinnen entgegenzuhalten, dass die

Anbieterinnen ihre Angaben zu den Firmenreferenzen auf einem von der Beschwerdegegnerin vorgegebenen Formular einzugeben hatten. Dieses Formular enthält keine Position " Einzelunternehmer oder federführende Firma einer Arbeitsgemeinschaft " . Soweit das Fehlen einer expliziten Aussage dazu überhaupt als Versäumnis anzusehen wäre, hätte dies denn auch in erster Linie die Beschwerdegegnerin zu vertreten. Immerhin hatten die Anbieterinnen in besagtem Formular jeweils anzugeben, welche " Aufgabe/Funktion im Projekt " sie innehatten. Bei beiden Referenzen der Beschwerdeführerin 3 findet sich unter dieser Position der Eintrag " Projektleiter/Bauleiter " . Entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten erweckt dies nicht ohne Weiteres den Eindruck, dass die Beschwerdeführerin 3 besagte Elektroinstallationen als Alleinunternehmerin ausgeführt hat. Die Einsetzung einer Bau- und Projektleitung legt eher den Schluss nahe, dass an der Ausführung der besagten Elektroinstallationen noch weitere Unternehmen beteiligt waren. Es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass sich die Vergabestelle zu dieser Frage in einem relevanten Irrtum befunden hätte, fragte sie beim Referenzgeber doch ausdrücklich nach, inwieweit die Elektroinstallationen beim Referenzprojekt 1 möglicherweise durch den damaligen ARGE-Partner der Beschwerdeführerin 3 erfolgt seien (E-Mail vom 30. August 2023). Selbst wenn mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen wäre, das Fehlen eines expliziten Vermerks stelle einen Mangel dar, so kann er unter den gegebenen Umständen jedenfalls nicht als wesentlich qualifiziert werden. Ein damit begründeter Ausschluss würde sich demnach als überspitzt formalistisch und dementsprechend nicht zulässig erweisen.

E. 7.3.2

Ferner wirft die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen vor, sie hätten für den Eignungsnachweis wesentliche Umstände verschwiegen. Auf dem Formular für die Referenzangabe seien insgesamt vier " Besondere Merkmale " statuiert worden, welche das Referenzprojekt erfüllen müsse. Die Beschwerdeführerin 3 habe beim Referenzprojekt 1 alle vier als erfüllt bezeichnet. Wie die von der Vergabestelle eingeholte Referenzauskunft ergeben habe, erfülle das Referenzprojekt 1 zwar all diese Merkmale. Indessen liessen sich die relevanten Ausführungsarbeiten zu zwei dieser Merkmale nicht der Beschwerdeführerin 3 selbst, sondern einem anderen ehemaligen ARGE-Mitglied zuschreiben. In der Konsequenz bedeute das, dass die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich zweier wesentlicher Teilaspekte der ausgeschriebenen Leistung nicht über das nötige Fachwissen verfügen würden. Diesen Umstand hätten die Beschwerdeführerinnen zwingend offenlegen müssen. Die von der Beschwerdegegnerin für Referenzprojekte geforderten besonderen Merkmale lauten folgendermassen: - Installation von Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen auf Hochleistungs- oder Nationalstrassen der Schweiz. - Einzug und Anschluss NS-Kabelanlage auf Hochleistungs- oder Nationalstrassen der Schweiz. - Einzug Riefenrohre und Kabeleinzug / Einblasen LWL-Kabelanlage inkl. Spleissungen, - Ausführung unter Verkehr. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt, handelt es sich dabei um Projektmerkmale des Referenzprojekts. Diese sollen gewährleisten, dass es sich beim Referenzprojekt um die Realisierung von " Energieversorgungs- und Kommunikationsanlagen vergleichbarer Art und Komplexität " gehandelt hat. Es ist unbestritten, dass der von der Beschwerdeführerin 3 als Referenz 1 bezeichnete Auftrag betreffend Elektroinstallationen beim Ausbau der 3. Röhre des Gubristtunnels diese Merkmale allesamt erfüllt. Dementsprechend ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerinnen dies auf der Formularvorlage genauso deklariert haben.

E. 8

Davon zu unterscheiden ist die Frage nach Art und Umfang der damaligen Leistungserbringung durch die heutige Anbieterin.

E. 8.1

Die Beschwerdegegnerin vertritt diesbezüglich den Standpunkt, es wäre geradezu " abstrus ", wenn einer Anbieterin, die in einem vorangehenden Projekt als federführende Partnerin einer Arbeitsgemeinschaft tätig gewesen sei, eine Referenz für spezifische Fachleistungen zugesprochen werden müsste, die sie nicht erbracht hat. Sämtliche Arbeiten, welche die Vergleichbarkeit der Referenzen hinsichtlich Art und Komplexität ausmachen, müssten daher von der betroffenen Anbieterin auch selbst erbracht worden sein. Andernfalls könnte das Eignungskriterium Unternehmensreferenz auch weggelassen werden, da federführende Partner " faktisch in jeglicher, ihnen fachlich noch so ferner Hinsicht, als referenzberechtigt und damit grundsätzlich geeignet anzusehen wären ". Vorliegend komme noch hinzu, dass die Beschwerdeführerin 3 die einzige Teilnehmerin der aktuellen Bietergemeinschaft sei, welche überhaupt ein Referenzprojekt mit den entsprechenden " besonderen Merkmalen " bezeichnen könne.

E. 8.2

Die Vergabestelle verfügt zwar bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen erheblichen Ermessensspielraum. Wie die Anbietenden das durch die Vergabestelle im Einzelfall Formulierte verstehen dürfen und müssen, ist jedoch keine Ermessensfrage, sondern unterliegt der Auslegung und demzufolge der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung. 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 (BGE 141 II 14 S. 36). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an.

E. 8.3

Ohne anders lautende Regelung in den Ausschreibungsunterlagen gilt der Grundsatz, dass jedes einzelne Mitglied einer Bietergemeinschaft die Anforderungen der Ausschreibung und insbesondere die Eignungskriterien erfüllen muss (vgl. Galli et al., a.a.O. Rz 645). Vorliegend ist die Vergabestelle in zweifacher Hinsicht von diesem Grundsatz abgewichen.

E. 8.3.1

Einerseits hat sie in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben, dass die Eignungsprüfung für die anbietende Arbeitsgemeinschaft als Ganzes durchgeführt werde. Diese Präzisierung des Eignungsnachweises ist unbestrittenermassen so zu verstehen, dass die Erfüllung des Eignungskriteriums " Referenzen " durch ein einziges Mitglied der Bietergemeinschaft ausreichend ist.

E. 8.3.2

Andererseits enthalten die Ausschreibungsunterlagen auch ausdrückliche Vorgaben zu Art und Umfang der vormaligen Leistungserbringung. Die entsprechenden Anforderungen lauten: Einzelunternehmer oder federführende Firma in einer Arbeitsgemeinschaft mit einem Anteil von mindestens 60 % an der Gesamtleistung. Weitergehende Anforderungen wurden nicht gestellt und dürfen nach erfolgter Offertöffnung auch nicht eingeführt werden (Galli et al., S. 275 Rz. 629). Insbesondere wurde nicht verlangt, dass bestimmte Einzelleistungen zwingend in besagten 60 % enthalten sein müssten. Dementsprechend

findet sich auf dem Formular für die jeweiligen Referenzangaben auch keine Rubrik für anbieterspezifische Angaben zu den besonderen Projektmerkmalen. Angesichts dieser Vorgaben bestand seitens Anbieterinnen denn auch keine Veranlassung, ihren Leistungsanteil von sich aus weiter aufzuschlüsseln.

E. 8.3.3

Die von der Beschwerdegegnerin statuierten kumulativen Vorgaben betreffend Art (federführend) und Umfang (60 % der Gesamtleistung) der referenzierten Leistungserbringung dienen sodann offenkundig einzig dem Zweck, den Mitgliedern von Bietergemeinschaften den Eignungsnachweis zu erleichtern. Von einer routinierten Vergabestelle, wie der Beschwerdegegnerin, darf erwartet werden, dass sie sich der Tragweite solcher Erleichterungen ebenso bewusst ist, wie der damit einhergehenden Bindungswirkung. Es kann ihr daher nicht gefolgt werden, wenn sie heute geltend macht, sämtliche Arbeiten, welche die Vergleichbarkeit der Referenzen hinsichtlich Art und Komplexität ausmachen, müssten von der betroffenen Anbieterin selbst erbracht worden sein. Entgegen ihrem Dafürhalten ist auch nicht ersichtlich, dass der fachliche Leistungsaspekt ansonsten in geradezu abstruser Weise ausser Acht gelassen würde. Zum einen erlaubt die strittige Regelung keinen bloss untergeordneten bzw. weitgehend sachfremden Referenzbeitrag, sondern verlangt immerhin eine in quantitativer und organisatorischer Hinsicht qualifizierte Mitwirkung an einem in seiner Art und Komplexität vergleichbaren Projekt. Hinzu kommt, dass die fachliche Kompetenz einer Unternehmung massgeblich auf dem Können einzelner Personen beruht. Wenn das Hauptaugenmerk bei der Beurteilung der Fachkompetenz vorliegend auf die massgeblichen Schlüsselpersonen und somit nicht auf die Eignungs-, sondern auf die Zuschlagsbewertung gelegt wird, so erscheint dies durchaus als vertretbar. Für die Anbieterinnen bestand denn auch kein begründeter Anlass, die vom Wortlaut und dem Zweck ihrer Statuierung her eindeutigen Vorgaben zum Eignungsnachweis in Zweifel zu ziehen. Die von der Beschwerdegegnerin verfochtene Auslegung ist vor diesem Hintergrund nicht haltbar.

E. 8.4

Gemäss der von der Vergabestelle zur Referenz 1 der Beschwerdeführerin 3 eingeholten Auskunft (E-Mail vom 31. August 2023) wurden die in den Referenzangaben beschriebenen Arbeiten von einer ARGE unter der Federführung der Beschwerdeführerin 3 ausgeführt. Dies belegt auch der von den Beschwerdeführerinnen eingereichte ARGE-Vertrag. Daraus geht im Weiteren auch hervor, dass sich der Anteil der Beschwerdeführerin 3 am Gesamtergebnis auf 60 % belief. Weder die federführende Funktion noch dieser Anteil von 60 % an der Gesamtleistung wurden von der Beschwerdegegnerin substantiiert in Frage gestellt, sodass bezüglich des Referenzprojekts 1 ohne Weiteres von einer federführenden Beteiligung der Beschwerdeführerin 3 im Sinne der Eignungsvorgaben auszugehen ist. Ein Ausschlussgrund liegt insofern nicht vor.

E. 9

Zur Referenz 2 der Beschwerdeführerin 3 hat die Beschwerdegegnerin ausgeführt und wurde im Factsheet Eignungsprüfung festgehalten, die genannte Referenzperson habe nach mehreren Versuchen nicht erreicht werden können. Wie in einem solchen Fall zu verfahren ist, ergibt sich vorliegend aus Ziffer 1.6.14 der Ausschreibungsunterlagen. Demnach ist der Anbieterin eine einwöchige Nachfrist anzusetzen, um eine alternative Referenzgeberin zu

nennen. Erst wenn keine alternative Nennung erfolgt oder auch diese wiederum nicht erreichbar ist, kann die Referenz mit " 0 " bewertet werden. Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, sind ihr im Beschwerdeverfahren Zweifel an der Vergleichbarkeit dieser Referenz gekommen. Es sei nämlich geltend gemacht worden, dass die Beschwerdeführerin 3 besagten Auftrag als Einzelunternehmerin ausgeführt habe. Das Projektmerkmal " Einzug und Anschluss NS-Kabelanlage " setze indes voraus, dass die Anbieterin über eine entsprechende Zulassung durch das Eidgenössische Starkstrominspektorat verfüge. Da die Beschwerdeführerin 3 höchstens über eine vorliegend nicht ausreichende, beschränkte Zulassung verfüge, könnte daraus der Schluss gezogen werden, der Referenzauftrag sei insofern nicht vergleichbar. Angesichts dieser Zweifel wird die Beschwerdegegnerin nicht umhinkommen, die fragliche Referenz nachträglich einzuholen. Ihrer Beurteilung ist hier nicht vorzugreifen. Zur allenfalls daran anschliessenden Frage nach der Anrechenbarkeit einer grundsätzlich vergleichbaren Referenz bleibt an dieser Stelle immerhin anzumerken, dass eine Referenz auch dann gültig sein kann, wenn für bestimmte Arbeiten ein Subunternehmen beigezogen wurde (vgl. Galli et al., Rz. 647). Vorliegend ist die Berücksichtigung der Leistungen von Partnern einer Bietergemeinschaft ausdrücklich vorgesehen, was grundsätzlich auch für eine entsprechende Berücksichtigung von Subunternehmen spricht.

E. 10

Nach dem Gesagten erweisen sich die von der Beschwerdegegnerin für den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen angeführten Argumente allesamt als unbegründet. Die angefochtene Ausschlussverfügung ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Angelegenheit zur ergänzenden Eignungsprüfung hinsichtlich der Referenz 2 von Beschwerdeführerin 3 und gegebenenfalls zur Fortsetzung des Verfahrens unter Einbezug der Beschwerdeführerinnen zurückzuweisen. Angesichts dieses Verfahrensausgangs erübrigt sich die von den Beschwerdeführerinnen beantragte Akteneinsicht in die nachträglich beigezogenen Bewertungsunterlagen betreffend die Referenzen der übrigen Anbieterinnen.

E. 11

Mit dem vorliegenden Urteil wird das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 12

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Sodann ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 3'000.- (MWST inbegriffen).

E. 13

Da der strittige Auftragswert den für Bauleistung massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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