


**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

**Geschäftsnummer: VB.2023.00311**

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 08.02.2024

 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer  
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.  
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht  
**Betreff: Submission**

Stichworte:

[AUSSCHREIBUNG](#)  
[AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN](#)  
[EIGNUNGSKRITERIEN](#)  
[REFERENZEN](#)  
[SPITALPLANUNG](#)  
[SUBMISSIONSRECHT](#)  
[VERGLEICHBARKEIT DER ANGEBOTE](#)  
[VORBEFASSUNG](#)  
[WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG](#)

**Anfechtung der Ausschreibung; Zulässigkeit der Eignungskriterien.**

 Rechtsnormen:  
 Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB  
 § 22 SubmV

Publikationen:

- keine -

Es ist im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung zulässig, Rügen nicht nur gegen die Ausschreibung, sondern auch betreffend die Ausschreibungsunterlagen vorzubringen (E. 2.1). Hingegen kann eine Anbieterin die Vorbefassung einer anderen Anbieterin erst geltend machen, wenn ihr bekannt gemacht wurde, dass sich Letztere auch tatsächlich am Verfahren beteiligt (E. 2.3).

Der Vergabebehörde kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien sowie bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen ein grosser Ermessensspielraum zu (E. 3.2).

Zwar ist es gemäss der gerichtlichen Praxis zulässig, im Rahmen der Eignungskriterien Referenzen zu – hinsichtlich des Umfangs und der Anforderungen – vergleichbaren Projekten zu verlangen, wobei die zulässige Anzahl der Vergleichsobjekte von der Komplexität der Aufgabe abhängt. Im vorliegenden Fall wird aufgrund der vielen Verknüpfungen über das Kriterium der "Vergleichbarkeit" indes hinausgegangen. Verlangt wird – unzulässigerweise – der Nachweis von beinahe identischen Projekten. Dazu, dass die Anbietenden zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind, würde der Nachweis ausreichen, dass sie über Erfahrung in jeder einzelnen der nachgefragten Bauphasen zwischen Ausschreibung und Inbetriebnahme/Abschluss verfügen und zusätzlich Referenzen zu Projekten über mehrere Bauphasen vorweisen können. Mit Blick darauf, dass bloss Referenzen für vergleichbare Projekte verlangt werden können, erscheint sodann die Bausumme vorliegend als zu hoch gegriffen (E. 3.3.4).

**Gutheissung und Aufhebung der Ausschreibung.**

Verwaltungsgericht  
des Kantons Zürich  
1. Abteilung



---

VB.2023.00311

## Urteil

der 1. Kammer

vom 8. Februar 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

Spital Männedorf AG, vertreten durch RA Prof.Dr. C  
und/oder RA Dr. iur. D,

**Beschwerdegegnerin,**

**betreffend Submission,**

hat sich ergeben:

**I.**

Die Spital Männedorf AG eröffnete mit Publikation vom 23. Mai 2023 ein offenes Submissionsverfahren für den Dienstleistungsauftrag "Bauherrenleistung für Bauetappe TE3 im Spital Männedorf".

**II.**

Am 2. Juni 2023 gelangte die A AG mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die Ausschreibung sei aufzuheben und mit angepassten Eignungskriterien zu wiederholen, sodass ein echter Wettbewerb erfolgen könne und nicht einzelne Anbietende durch eine Verkettung von Anforderungen vom Wettbewerb ausgeschlossen würden. Die mit der Machbarkeitsstudie beauftragten Unternehmen E AG und die Firma F seien vom Verfahren auszuschliessen bzw. wegen Vorbefassung nicht zum Verfahren zuzulassen.

Mit Beschwerdeantwort vom 16. Juni 2023 beantragte die Spital Männedorf AG die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beschwerdeführerin, soweit darauf einzutreten sei. Mit Replik vom 13. Juli 2023 hielt die A AG an ihren Rechtsbegehren fest, wobei sie neu beantragte, die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) seien zu Lasten der Beschwerdegegnerin zu verlegen. Mit Duplik vom 28. Juli 2023 hielt die Spital Männedorf AG an ihren Rechtsbegehren fest. Am 8. August 2023 erstattete die Spital Männedorf AG eine unaufgeforderte Stellungnahme. Zu letzteren beiden Eingaben liess sich die A AG am 21. August 2023 vernehmen. Schliesslich erstatte die Spital Männedorf AG am 31. August 2023 eine weitere Vernehmlassung.

Die Kammer erwägt:

**1.**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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. Die revidierte IVöB trat am 1. Oktober 2023 in Kraft. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach bisheriges 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).

## 2.

Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung vom 23. Mai 2023.

**2.1** Nach Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a aIVöB kann die Ausschreibung eines Auftrags selbständig angefochten werden. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist nach älterer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts von einer gegen die Ausschreibung gerichteten Beschwerde nicht erfasst, zumal deren Inhalt in der Regel noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden könne (vgl. VGr, 28. Januar 2004, VB.2003.00211/00373, BEZ 2004 Nr. 17 E. 3; VGr, 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d). Allerdings ergibt sich oft keine klare Trennung zwischen Ausschreibung und Unterlagen, weshalb es – nicht zuletzt aus prozessökonomischen Gründen – als zulässig zu erachten ist, Rügen nicht nur gegen die Ausschreibung, sondern auch betreffend die Ausschreibungsunterlagen vorzubringen (vgl. VGr, 26. August 2021, VB.2021.00272, E. 2.1; 26. September 2019, VB.2019.00368, E. 2.1; 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 2). Denn aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich ohnehin die Obliegenheit, gewisse Mängel der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 26. September 2019, VB.2019.00368, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Insofern sind die Rügen der Beschwerdeführerin grundsätzlich zulässig (vgl. aber E. 2.3).

**2.2** Zur Anfechtung der Ausschreibung ist jede potenzielle Anbieterin legitimiert, die ein Interesse an einer konkreten Beschaffung hat und deren Rechtsstellung durch den gerügten Mangel beeinträchtigt wird (vgl. § 21 lit. a und § 49 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit § 2 Abs. 2 aIVöB-BeitrittsG; VGr, 26. September 2019, VB.2019.00368, E. 2.2).

Die Beschwerdeführerin wäre als auf das Bauherren-Management und die Gesamtprojektleitung für Neu- und Umbauten spezialisiertes Beratungsunternehmen mit Hauptfokus Spitalberatung und Umsetzung von Gesundheitsbauten offensichtlich in der Lage – und hat ein Interesse daran –, sich am ausgeschriebenen Verfahren zu beteiligen; sie hat inzwischen denn auch ein Angebot eingereicht (und wurde wegen Nichterfüllen der Eignungskriterien vom Verfahren ausgeschlossen). Schliesslich liegt es im schutzwürdigen

Interesse eines Anbieters oder einer Anbieterin, dass die Vergabe rechtmässig entsprechend den Vorgaben durchgeführt wird. Die Beschwerdeführerin ist folglich zur vorliegenden Beschwerde legitimiert. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**2.3** Soweit die Beschwerdeführerin eine unzulässige Vorbefassung der mit der Machbarkeitsstudie beauftragten Unternehmen E AG und Firma F geltend macht und ihren Ausschluss beantragt, trifft es – entsprechend dem Vorbringen der Beschwerdegegnerin – zu, dass im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht einmal klar war, ob diese Unternehmen überhaupt ein Angebot einreichen würden. Zwar verlangt das Verwaltungsgericht, dass eine Befangenheit grundsätzlich zu dem Zeitpunkt vorzubringen ist, zu welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Befangenheit sprechenden Tatsachen erhält (VGr, 8. Dezember 2004, BEZ 2005 Nr. 5, E. 3.4; 12. März 2003, BEZ 2003 Nr. 27). Indes kann eine Anbieterin – entgegen der in VGr, 8. Oktober 2015, VB.2015.00403, E. 4.3, geäusserten Auffassung – die Befangenheit oder Vorbefassung einer anderen Anbieterin erst geltend machen, wenn ihr bekannt gemacht wurde, dass sich Letztere auch tatsächlich am Verfahren beteiligt (vgl. VGr, 18. Dezember 2002, VB.2002.00263, E. 3c). Sobald einer Anbieterin die Befangenheit oder Vorbefassung bekannt gemacht wurde, reicht es aus, wenn sie dies innert vernünftiger Frist gegenüber der Vergabebehörde rügt, um es im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag noch vorbringen zu können (vgl. VGr, 7. Oktober 2009, VB.2009.00151, E. 3.2). Mit der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen kann der Ausschluss von Anbieterinnen wegen unzulässiger Vorbefassung noch nicht verlangt werden, weswegen auf dieses Rechtsbegehren nicht einzutreten ist.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin erachtet das Kriterium E4 der Eignungskriterien als unzulässig.

#### **3.1**

**3.1.1** In den Ausschreibungsunterlagen führte die Beschwerdegegnerin zu den Eignungskriterien aus: "Erfüllt ein Anbieter eines oder mehrere Eignungskriterien nicht, wird sein Angebot nicht weiter berücksichtigt und vom Verfahren ausgeschlossen."

Die Beschwerdegegnerin hat das Eignungskriterium E4 "Firmenreferenzen" wie folgt festgelegt:

"Die Anbietenden bzw. die Firma müssen zwei Firmenreferenzobjekte mit folgenden Anforderungen nachweisen:

- Abgeschlossene Projekte oder derzeit mindestens in Ausführung (d.h. SIA Phase 52)
- Baukosten BKP 2 sind grösser oder gleich CHF 50 Mio.
- Ein Projekt wurde über einen Gesamtleistungswettbewerb evaluiert

- Ein Projekt wurde mit einem Totalunternehmer realisiert
- Ein Projekt muss ein Spitalbau sein; das zweite Projekt weist[...]t eine vergleichbare Komplexität im Gesundheitswesen auf (z.B. Laborbau)
- Bei beiden Projekten wurde eine umfassende Bauherrenunterstützung während der gesamten Projektdauer (Wettbewerb bis Realisierung) erbracht."

**3.1.2** In ihrer Beschwerdeantwort hielt die Beschwerdegegnerin noch fest, ca. 30 Firmen hätten die Submissionsunterlagen verlangt. Sie gehe davon aus, ein massgeblicher Teil der anfragenden ca. 30 Firmen werde ein Angebot einreichen. In ihrer Duplik führte die Beschwerdegegnerin aus, nach ihrer Kenntnis existierten diverse Unternehmen auf dem inländischen und ausländischen Markt, die umfassende Bauherrenvertretungen bereits vorgenommen hätten. Dies zeige sich auch an der Sichtung der bisher eingegangenen Angebote, worunter sich (nach erster Einschätzung) mehrere sehr gute Angebote befinden würden. Es seien inzwischen fünf Angebote eingegangen. Mit ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 8. August 2023 teilte die Beschwerdegegnerin schliesslich mit, dass vier der fünf eingegangenen Angebote das Eignungskriterium E4 nicht erfüllen würden. Eines der fünf eingegangenen Angebote erfülle das Kriterium nicht, weil es keine umfassende Bauherrenvertretung für zwei Referenzobjekte nachweisen könne. Drei weitere Angebote könnten zwar die Bauherrenvertretung nachweisen, hätten aber in mindestens einem der Referenzobjekte keinen genügenden Bezug zum Gesundheitswesen oder erfüllten nicht die geforderten Baukosten ab Fr. 50 Mio. Übrig geblieben sei nur das Angebot der E AG, und damit das Angebot eines jener Unternehmen, das bereits im Zusammenhang mit Vorbereitungshandlungen an der Ausschreibung mitwirkte und bezüglich deren die Beschwerdeführerin einen Ausschluss wegen unzulässiger Vorbefassung beantragt (vgl. E. 2).

**3.2** 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). Sie betreffen gemäss § 22 aSubmV insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die Vergabebehörde legt die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise. Die Kriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen, weshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden dürfen, die im Hinblick auf die verlangte Leistung erforderlich sind. Demgemäss sind hinsichtlich der Eignungskriterien an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen und dürfen Eignungskriterien nicht so festgelegt und angewendet werden, dass sie keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2; 8. August 2012, VB.2011.00776, E. 3.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 557). Verlangt die

Vergabebehörde Labels oder Zertifikate, hat sie auch alternative, gleichwertige Nachweise zuzulassen (Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 421; vgl. zum Ganzen VGr, 17. November 2016, VB.2016.00481, E. 3.2.1).

Der Vergabebehörde kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien sowie bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen ein grosser Ermessensspielraum zu. Als unzulässig lassen sich jedoch Eignungskriterien und Anforderungen qualifizieren, die ohne überwiegende Interessen die Anzahl möglicher Anbietender derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb mehr bleibt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 401, Rz. 407 ff., Rz. 557).

Referenzen zu vergleichbaren Projekten sind grundsätzlich ein taugliches Mittel, um die generelle Eignung eines Anbieters oder einer Anbieterin für die ausgeschriebene Leistung zu überprüfen (BGr, 2. Juni 2021, 2C\_920/2020, E. 3.6).

### 3.3

**3.3.1** Die Verknüpfung der Anforderungen an die Firmenreferenzobjekte gemäss dem Eignungskriterium E4 erwies sich für vier von fünf Anbieterinnen als eine unüberwindbare Hürde. Soweit die Beschwerdegegnerin behauptet, nur die Beschwerdeführerin sei an der Voraussetzung der umfassende Bauherrenunterstützung bei beiden Projekten gescheitert, überzeugt das nicht: Die anderen Anbieterinnen konnten ebenso wenig zwei Projekte im geforderten Sinne (Baukosten von grösser/gleich Fr. 50 Mio., Spitalbau/Bau vergleichbarer Komplexität im Gesundheitswesen etc.) mit umfassender Bauherrenunterstützung nachweisen.

**3.3.2** Die Beschwerdeführerin bringt nachvollziehbar vor, dass die Wettbewerbsorganisation und die Begleitung der Planungsphase sowie die Begleitung der Realisierungsphase wegen der langen Verfahrensdauern und häufig auch der politischen Komponente der Projekte oft separat ausgeschrieben würden. Zudem würden nicht alle ausschreibenden Organisationen über alle Phasen hinweg externe Unterstützung benötigen, weil einzelne Phasen durch interne Ressourcen abgedeckt werden könnten.

Die Beschwerdegegnerin zählt zwar insgesamt zehn Spitalbauprojekte auf, die mit einer umfassenden Bauherrenvertretung vonstattengegangen seien (zu drei Projekten machte bereits die Beschwerdeführerin in ihrer Replik geltend, sie seien an die E AG vergeben worden). Indes beschlagen etliche der – wohlgemerkt nicht weiter belegten – Beispiele interne Lösungen, sodass insgesamt nur gerade drei verschiedene private Anbieterinnen genannt werden. Es erscheint mithin unklar, wie viele private Anbieterinnen mit Erfahrung hinsichtlich umfassender Bauherrenunterstützung bei mehreren Spitalbauten bzw. Bauten im Gesundheitswesen auf dem Markt existieren.

**3.3.3** Gegenstand der Ausschreibung bildet die Bauherrenunterstützung für das geplante Bauprojekt Teiletappe (TE) 3 ab Phase 22 "Ausschreibung" bis und mit Phase 53 "Inbetriebnahme/Abschluss". Die Bauherrenunterstützung soll durch Fachexperten mit Knowhow und Erfahrung in Spitalplanung, Architektur und Baumanagement erfolgen und beinhaltet – nicht abschliessend – folgende Aufgabenstellungen: "Unterstützung und Begleitung der Bauherrschaft im ganzen Prozess", "Übernahme einer aktiven Projektleitungsrolle sowie das Lenken und Begleiten der Teilnehmenden im ganzen Projekt"; "Koordination der Leistung aller Beteiligten und Fachbereiche, Herbeiführen von notwendigen Entscheidungen"; "Die Vertretung der Bauherrschaft gegenüber den Unternehmen/externe[n] Stellen"; "Die Beratung der Bauherrschaft anhand Empfehlungen, Vorschlägen und Fristen mit dem Ziel, ein bestmögliches Ergebnis zu erreichen"; "Verfahrensablauf inkl. Terminplan"; "Die Organisation bzw. Überprüfung der Projektorganisation"; "Führung Projekthandbuch"; "Sitzungsorganisation (Einladung, Protokoll, Pendenzen)"; "Unterstützung bei administrativen Aufgaben"; "Projektspezifisches Qualitätsmanagement mit Risikoanalyse, Qualitätsschwerpunkten und Kontrollplan"; "Projektcontrolling"; "Projektdokumentation (Phasenabschlussberichte, Dokumentation, Entscheide)".

Nach ihren eigenen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen sucht die Beschwerdegegnerin "einen Partner, welcher nachweislich Erfahrung im Umgang mit einem Totalunternehmer mitbringt, über ausgezeichnete Verhandlungs- und Kommunikationskompetenzen verfügt sowie fundierte Erfahrung in der Projektbegleitung und im Projektcontrolling von Projekten in vergleichbarer Grösse und Komplexität hat".

**3.3.4** Mit Blick auf die soeben wiedergegebenen Ansprüche der Beschwerdegegnerin (vgl. E. 3.3.3) erscheint die Voraussetzung, dass bei beiden Firmenreferenzprojekten eine umfassende Bauherrenunterstützung während der gesamten Projektdauer erbracht worden sein muss, zusammen mit den weiteren – untereinander verknüpften – Anforderungen nicht erforderlich und wirkt sich unnötig marktbeschränkend aus.

Zwar ist es gemäss der gerichtlichen Praxis zulässig, im Rahmen der Eignungskriterien Referenzen zu – hinsichtlich des Umfangs und der Anforderungen – vergleichbaren Projekten zu verlangen (vgl. VGr, 26. August 2021, VB.2021.00272, E. 4.3.1; 18. März 2021, VB.2020.00807, E. 5; 4. März 2021, VB.2020.00879, E. 5; vgl. auch E. 3.2), wobei die zulässige Anzahl der Vergleichsobjekte von der Komplexität der Aufgabe abhängt (VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 4.2).

Im vorliegenden Fall wird aufgrund der vielen Verknüpfungen über das Kriterium der "Vergleichbarkeit" indes hinausgegangen. Verlangt wird – unzulässigerweise (vgl. VGr, 23. März 2017, VB.2017.00098, insb. E. 3.4.1, wo bei einem Auftragsvolumen von deutlich über Fr. 2,5 Mio. Referenzen mit Fr. 1 Mio. übersteigenden Bausummen verlangt wurden und "nicht lediglich identische, sondern auch weniger spezifische Arbeiten als



Referenzen zugelassen" wurden; vgl. zum Kriterium der "Vergleichbarkeit" auch VGr, 19. März 2020, VB.2020.00032, E. 4) – der Nachweis von beinahe identischen Projekten. So liegt eine Bausumme BK2 von Fr. 50 Mio. (zu der etwa die Vorbereitungs-, Umgebungs-, Honorar-, Baunebenkosten- und Reservepositionen nicht zählen [siehe dazu die Norm SN 506 500: 2017 Baukostenplan BKP]) über den gemäss der Strategischen Planung vom 3. Dezember 2021 erwarteten Baukosten BK2 des vorliegenden Projekts bzw. nur geringfügig unter jenen gemäss der Machbarkeitsstudie vom September 2022.

Dazu, dass die Anbietenden zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind, würde der Nachweis ausreichen, dass sie über Erfahrung in jeder einzelnen der nachgefragten Bauphasen zwischen Ausschreibung und Inbetriebnahme/Abschluss verfügen und zusätzlich Referenzen zu Projekten über mehrere Bauphasen vorweisen können. Mit Blick darauf, dass bloss Referenzen für vergleichbare Projekte verlangt werden können, erscheint sodann die Bausumme BK2 vorliegend als zu hoch gegriffen. Letzteres wirkt sich aufgrund dessen, dass das Eignungskriterium E4 die verschiedenen Anforderungen verknüpft, besonders stark aus: Die Hürde dafür, mit einem Angebot zum Vergabeverfahren zugelassen zu werden, wird dadurch zu hoch. Mithin handelt es sich insgesamt nicht um ein sachliches Eignungskriterium. Es macht gar den Anschein, tatsächlich auf eine spezifische Anbieterin zugeschnitten worden zu sein.

**3.3.5** Zwar bringt die Beschwerdegegnerin zu Recht vor, dass aus einer geringen Zahl von Bewerbenden bzw. geeigneten Bewerbenden nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden darf; dies gilt – sofern von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen ist – selbst dann, wenn bloss ein Anbieter oder eine Anbieterin übrigbleibt (vgl. VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.3.3; 27. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.4.2).

Indes ist – wie gesehen (E. 3.3.4) – vorliegend nicht von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen. Zudem fehlt es an überzeugenden Erklärungen für die geringe Teilnehmerzahl wie etwa, dass im Bereich der Beschaffung nur wenige Anbietende auf dem Markt wären oder dergleichen. Die sinngemässe Aussage der Beschwerdegegnerin, es gebe viele geeignete Anbieterinnen, die es bloss zufällig aufgrund anderer Arbeiten, Personalmangel offener Kostenfragen etc. unterlassen hätten, Angebote einzureichen, vermag nicht zu überzeugen. In der Tat scheinen nicht viele private Anbietende zu existieren, welche den vorliegend strittigen Eignungskriterien genügen (vgl. E. 3.3.1). Trotz des Ermessensspielraums der Vergabebehörde ist damit vorliegend erstellt, dass die Ausschreibungsbedingungen unnötig marktbeschränkend sind. Damit widersprechen sie fundamentalen Prinzipien des Beschaffungsrechts, welches explizit den wirksamen Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel fördern soll. Die Ausschreibung ist infolgedessen rechtswidrig.

#### 4.

Wie gesehen sind die Ausschreibungsbedingungen als unnötig marktbeschränkend zu qualifizieren und ist die Ausschreibung deshalb rechtswidrig. Die festgestellte Missachtung grundlegender vergaberechtlicher Prinzipien gebietet es in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 aIVöB, die Ausschreibung vom 23. Mai 2023 aufzuheben. Damit fällt das Submissionsverfahren im Sinn des Hauptantrags der Beschwerde dahin und ebenso die weiteren Anordnungen der Vergabebehörde im Rahmen des bisherigen Submissionsverfahrens.

#### 5.

Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der in der Hauptsache unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für den gerechtfertigten Beizug der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

#### 6.

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den für das Einladungsverfahren massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen diesen Beschluss 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 und falls der Auftragswert den obgenannten Schwellenwert nicht übersteigt, steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und die Ausschreibung der Beschwerdegegnerin vom 23. Mai 2023 wird aufgehoben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 8'000.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 195.-- Zustellkosten,  
Fr. 8'195.-- Total der Kosten.
3. Die Kosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.

5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an die Parteien.

