

**WBE.2023.300 / MW / we**

Art. 35

**Urteil vom 10. April 2024**

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz  
Verwaltungsrichterin Lang  
Verwaltungsrichter Michel  
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-  
führerin

**A. \_\_\_\_\_ AG**

vertreten durch Dr. iur. Christoph Jäger und/oder MLaw Thomas Geiger,  
Rechtsanwälte, Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

**gegen**

***Kanton Aargau,***

handelnd durch das Departement Bau, Verkehr und Umwelt; Abteilung  
Tiefbau, Buchenhof, Entfelderstrasse 22, 5000 Aarau  
vertreten durch lic. iur. Christian Bär, Rechtsanwalt,  
Hintere Bahnhofstrasse 10, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung des Departements Bau, Verkehr und Umwelt,  
Abteilung Tiefbau, vom 15. August 2023

---

## Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

### A.

Der Kanton Aargau, vertreten durch das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU), Abteilung Tiefbau, schrieb im Zusammenhang mit der Sanierung der Nordumfahrung Bad Zurzach die elektrischen Installationen (Generalunternehmer Elektro Lieferungen, Montagen und Inbetriebnahmen) im offenen Verfahren öffentlich aus (im Staatsvertragsbereich). Die Publikation der Ausschreibung erfolgte am 5. Mai 2023 auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) (Meldungsnummer 1334399). Eine Berichtigung der Ausschreibung in Bezug auf Angebotseingabefrist, Datum der Offertöffnung und Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen wurde am 30. Mai 2023 veröffentlicht (Meldungsnummer 1339843). Innert Frist gingen sechs Angebote mit Netto-Eingabesummen inkl. MWSt zwischen Fr. 2'394'008.90 und Fr. 3'999'712.50 ein. Ein Angebot wurde mit Verfügung vom 26. Juni 2023 wegen Unvollständigkeit bzw. nicht lesbarer Dokumente vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Mit Verfügung vom 15. August 2023 erteilte der Kanton Aargau, vertreten durch das BVU, Abteilung Tiefbau (Kantonsingenieur), den Zuschlag für die elektrischen Installationen, Generalunternehmer Elektro, an die ARGE B.\_\_\_\_\_, bestehend aus der C.\_\_\_\_\_ AG, der D.\_\_\_\_\_ AG und der E.\_\_\_\_\_ AG zum Preis von Fr. 2'394'008.80 inkl. MWSt. Die Verfügung zur Arbeitsvergabe wurde der A.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben des BVU, Abteilung Tiefbau, vom 17. August 2023 zugestellt.

### B.

#### 1.

Mit Eingabe vom 5. September 2023 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

#### A. IN DER SACHE

##### 1.

Die Verfügung vom 15. August 2023 zur Arbeitsvergabe "Bad Zurzach, AO, K 131, San. Nordumfahrung, Elektrische Installationen, GU-Elektro, Submissions-Nr. 20230033" (Simap Projekt-ID 256925) sei aufzuheben, die Beschwerdegegnerinnen seien vom Submissionsverfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

##### 2.

Eventualiter sei die angefochtene Verfügung vom 15. August 2023 aufzuheben und es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

##### 3.

Subeventualiter sei die angefochtene Verfügung vom 15. August 2023 aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.  
Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung vom 15. August 2023 festzustellen.

#### B. ZUM VERFAHREN

5.  
Der Beschwerde sei, vorab superprovisorisch, und alsdann für die Dauer des Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

6.  
Die Vergabestelle sei zu verpflichten, sämtliche Vorakten (inkl. Offerten, Bewertungsunterlagen, Vergabebeschluss etc.) einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin, unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerinnen und/oder weiterer Anbieterinnen, Akteneinsicht zu gewähren; dies insbesondere in folgende Aktenstücke:

6.1.  
Unternehmensreferenz der Beschwerdegegnerinnen für das EK1 "Installationen Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen (BSA) in Tunnel mit Länge  $\geq 350$  m": Offert-Angaben der Beschwerdegegnerinnen und Unterlagen der Vorinstanz zur Eignungsprüfung;

6.2.  
Referenzobjekte der Beschwerdegegnerinnen für das ZK2 "Kompetenz" ("Referenzen 1 und 2 der Unternehmung für gleichartige Arbeiten innerhalb der letzten 10 Jahre") und für das ZK3 "Organisation und Schlüsselpersonen" ("Referenzen der Schlüsselpersonen für gleichartige Funktionen innerhalb der letzten 10 Jahre"): Offert-Angaben der Beschwerdegegnerinnen und Unterlagen der Vorinstanz zur Bewertung der Referenzen;

6.3.  
Bewertungsübersicht aller Anbieterinnen und in Bezug auf sämtliche Zuschlagskriterien, inkl. Unterkriterien und inkl. Begründungen der Vorinstanz für die einzelnen Bewertungen, d.h.:

6.3.1.  
ZK1 "Preis" (Gewichtung 50%), bestehend aus dem einzigen Unterkriterium "Bereinigter Angebotspreis";

6.3.2.  
ZK2 "Kompetenz" (Gewichtung 30%), bestehend aus den Unterkriterien "Referenzen 1 und 2 der Unternehmung für gleichartige Arbeiten innerhalb der letzten 10 Jahre" (Untergewichtung 40%), "Erfahrung des Bauherrn mit dem Anbieter bei früher erbrachten Arbeiten" (Untergewichtung 50%) und "Qualitätsmanagementsystem" (Untergewichtung 10%);

6.3.3.  
ZK3 "Organisation und Schlüsselpersonen" (Gewichtung 20%), bestehend aus den Unterkriterien "Auftragsanalyse / Risikoanalyse" (Untergewichtung 50%), "Baustellenspezifische Organisation des Unternehmers" (Untergewichtung 25%), "Referenzen der Schlüsselpersonen für gleichartige Funktionen innerhalb der letzten 10 Jahre" (Untergewichtung 25%).

7.

Den an diesem Verfahren allenfalls beteiligten Beschwerdegegnerinnen sowie allfälligen weiteren Anbieterinnen sei Einsicht in die Vorakten nur soweit zu gewähren, als diese Anbieterinnen überhaupt beschwert sind und diese Akten keine Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin enthalten.

8.

Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin sei Gelegenheit zu geben, nach erhaltener Akteneinsicht ihre Beschwerde zu ergänzen und auch zur Beschwerdeantwort der Vorinstanz und allenfalls der Beschwerdegegnerinnen sowie der Vorakten Stellung zu nehmen.

### C. ZUR KOSTENVERLEGUNG

9.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz, eventualiter und/oder der Beschwerdegegnerinnen.

**2.**

Mit Verfügung vom 6. September 2023 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

**3.**

Der Kanton Aargau stellte mit Beschwerdeantwort vom 5. Oktober 2023 die folgenden Rechtsbegehren:

1.

Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

2.

Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdeführerin.

In prozessualer Hinsicht beantragte er:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei vollumfänglich abzuweisen und die mit Instruktionsverfügung vom 6. September 2023 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.

2.

Die Akteneinsicht sei auf die in Ziffer I./4./b) der nachfolgenden Begründung als nicht vertraulich bezeichneten Vorakten zu beschränken. Im Übrigen sei das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen.

3.

Die übrigen Verfahrensanhträge seien vollumfänglich abzuweisen.

**4.**

Die ARGE B.\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_ AG, D.\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_ AG) hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (vgl. Ziffer 3 der Verfügung vom 6. September 2023; Ziffer 2 der Verfügung vom 9. Oktober 2023).

**5.**

Mit Verfügung vom 27. Oktober 2023 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerde weiterhin die aufschiebende Wirkung erteilt. Zugleich wurde der Kanton Aargau ersucht, dem Verwaltungsgericht den Regierungsratsbeschluss betreffend die Bewilligung der Arbeitsvergabe an die ARGE B.\_\_\_\_ nachzureichen.

**6.**

Mit Schreiben vom 10. November 2023 teilte der Kanton Aargau mit, dass es gemäss § 13 Abs. 4 VAF (Verordnung über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen vom 5. Dezember 2012 [SAR 612.311]) im Bereich Spezialfinanzierung Strassenrechnung in der Kompetenz des BVU (Departementsvorsteher) liege, Vergaben und Ausgaben bis fünf Millionen Franken zu bewilligen. Ein Regierungsratsbeschluss betreffend die Bewilligung sei nicht erforderlich gewesen.

**7.**

Die Beschwerdeführerin und der Kanton Aargau hielten mit Replik vom 17. November 2023 bzw. Duplik vom 21. Dezember 2023 an ihren Rechtsbegehren fest.

**8.**

Mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 wurde der Kanton Aargau darauf hingewiesen, dass aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sämtliche Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben hätten.

**9.**

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 19. Januar 2024 zur Duplik Stellung. Der Kanton Aargau hat sich mit Eingabe vom 25. Januar 2024 noch einmal geäussert.

**10.**

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

---

## **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **I.**

#### **1.**

##### **1.1.**

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a – h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

##### **1.2.**

Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (§ 4 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 [DöB; SAR 150.920]; Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB; SAR 150.960]). Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB erreicht, ist durch Beschwerde u.a. der Zuschlag anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

Beim Kanton Aargau handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB. Der vorliegend streitige Bauauftrag erreicht den Schwellenwert des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB. Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **2.**

#### **2.1.**

Die Vergabestelle verneint die Legitimation der Beschwerdeführerin. Diese habe keine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten, da es einerseits ausgeschlossen sei, die erstrangierten Zuschlagsempfängerinnen vom Vergabeverfahren auszuschliessen, und es andererseits ebenso ausgeschlossen sei, dass die zweitrangierte Beschwerdeführerin den massiven Rückstand, den sie bei der Bewertung des Preises aufweise, bei der Bewertung der Zuschlagskriterien "Kompetenz" und "Organisation und Schlüsselpersonen" noch wettmachen könne (vgl. Beschwerdeantwort, S. 7, 9 f., 26 f.).

## **2.2.**

Angefochten ist der in einem offenen Verfahren erteilte Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation beurteilt sich daher nach dem VRPG, da die IVöB in Art. 56 Abs. 5 nur für die Anfechtung von Zuschlägen im freihändigen Verfahren eine eigene Legitimationsbestimmung enthält (vgl. ELISABETH LANG, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 27 zu Art. 55). Zur Beschwerde befugt ist, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheids hat (§ 42 lit. a VRPG i.V.m. Art. 55 IVöB). Die Beschwerdebefugnis ist von Amtes wegen zu prüfen. Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Zur Beschwerde befugt ist insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde (vgl. AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Als direkter Verfügungsadressat formell beschwert ist, wer ein Angebot eingereicht hat. Eine materielle Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters besteht dann, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen, oder wenn er eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens (mit neuem Angebot) erreichen kann (vgl. AGVE 1999, S. 321 ff.; vgl. auch BGE 141 II 14 ff.); andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, Erw. 4.9).

## **2.3.**

Die Beschwerdeführerin hat fristgerecht ein gültiges Angebot eingereicht, das für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde. Im Angebotsvergleich liegt sie hinter den Zuschlagsempfängerinnen an zweiter Stelle (vgl. Angebotsvergleich vom 14. Juli 2023 [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 14]). Sollte sich ihre ausführlich begründete Vermutung, die Zuschlagsempfängerinnen seien mangels zureichender Referenzen als ungeeignet vom Verfahren auszuschliessen, als zutreffend erweisen, was nicht im Rahmen des Eintretens zu beurteilen ist, sondern Gegenstand der materiellen Prüfung bildet, würde sie mit ihrem Angebot an erster Stelle rangieren, und ihr wäre der Zuschlag zu erteilen. Inwiefern die Beschwerdeführerin daher von vornherein "keine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten" haben und ihr deshalb die Beschwerdelegitimation fehlen sollte (Beschwerdeantwort, S. 7, 19, 26), ist nicht nachvollziehbar. Zudem handelt es sich auch bei der gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs trotz des verfahrensrechtlichen Charakters um eine in der Sache zu

prüfende Frage. Ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung ist entgegen der Auffassung der Vergabestelle zu bejahen.

**3.**

Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**4.**

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 56 Abs. 3 lit. a und b IVöB). Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB).

**II.**

**1.**

**1.1.**

Gemäss Art. 27 Abs. 1 IVöB legt der Auftraggeber in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen (Art. 27 Abs. 2 IVöB). Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind (Art. 27 Abs. 3 IVöB). Er darf nicht zur Bedingung machen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge eines dieser Vereinbarung unterstellten Auftraggebers erhalten hat (Art. 27 Abs. 4 IVöB). Sowohl bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise als auch bei der Beurteilung der Anbieter anhand der ausgewählten Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu (AGVE 2013, S. 219, Erw. 4.2; RAMONA WYSS, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 12 und 16 zu Art. 27). Das Verwaltungsgericht hat nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten, unterschritten oder missbraucht hat, d.h. wenn eine Rechtsverletzung vorliegt (vgl. § 55 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 55 IVöB). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Beurteilung vorzunehmen. Namentlich steht etwa die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabestelle. Ein vergleichbar grosser Beurteilungsspielraum, den das Verwaltungsgericht zu respektieren hat, kommt der fachkundigen Vergabebehörde namentlich auch bei der Beurteilung von technischen Aspekten zu (Entscheid



des Verwaltungsgerichts WBE.2020.94 vom 16. Juli 2020, Erw. II/3.1 mit Hinweisen).

### **1.2.**

Eignungskriterien sind grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, so dass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (vgl. BGE 145 II 249, Erw. 3.3; 143 I 177, Erw. 2.3.1; 141 II 353, Erw. 7.1; 139 II 489, Erw. 2.2.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_576/2022, 2C\_623/2022 vom 3. August 2023, Erw. 4.3). Gemäss Art. 44 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter u.a. dann vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass er die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht erfüllt (lit. a) oder sein Angebot wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (lit. b). Der Vergabestelle kommt bei formellen und inhaltlichen Fehlern ein gewisser Ermessensspielraum zu und sie hat die Verhältnismässigkeit zu beachten. Entspricht das Angebot indessen nicht den Vorgaben der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen, fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, muss die Vergabestelle das Angebot ausschliessen, andernfalls sie die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz verletzt (vgl. zum Ganzen: WYSS, a.a.O., N. 5 und 16 ff. zu Art. 27; DOMINIK KUONEN, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 16 zu Art. 34; LAURA LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 6 und 11 f. zu Art. 44; ferner: BGE 145 II 249, Erw. 3.3; 143 I 177, Erw. 2.3.1; 141 II 353, Erw. 7.1).

### **1.3.**

Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten (Eignungs-)Kriterien sind bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig. Auszulegen und anzuwenden sind die Kriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabestelle – wie bereits angesprochen (Erw. II/1.1 vorstehend) – bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – auch unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14, Erw. 7.1; Urteil des Bundesgerichts 2C\_576/2022, 2C\_623/2022 vom 3. August 2023, Erw. 4.3 mit Hinweisen).

## 2.

### 2.1.

Gemäss Ziffer 1.3.2 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten (Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 2) müssen folgende Eignungskriterien erfüllt sein:

Der Unternehmer muss in den vergangenen 10 Jahren eine Installation im nachfolgend beschriebenen, mit dem vorliegenden Projekt vergleichbaren Rahmen, realisiert haben:

EK1: Installationen Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen (BSA) in Tunnel mit Länge  $\geq$  350 m

Damit ein Eignungskriterium erfüllt ist, müssen die ausgeführten Anforderungen durch den Unternehmer resp. ein ARGE-Mitglied oder den Subunternehmer, welcher/welches die entsprechende Arbeit ausführt, erfüllt sein.

Von den Anbietern wurden folgende Angaben zum Referenzprojekt verlangt (Angebot für Bauarbeiten; Angaben und Beilagen, Ziffer 2.1 [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 6]):

- Auftraggeber
- Objektbezeichnung
- Erbrachte Leistungen
- Zeitraum der Leistungserbringung und der Werkabnahme
- Referenzperson 1 (Name, Funktion, Telefon)
- Referenzperson 2 (Name, Funktion, Telefon)

### 2.2.

Die Zuschlagsempfängerinnen haben in ihrer Offerte als Nachweis für das Eignungskriterium EK1 folgendes Referenzprojekt angegeben (Vorakten, Ordner 2, Angebotsunterlagen C.\_\_\_\_\_ AG, Register 1):

Auftraggeber: ASTRA Filiale N.\_\_\_\_\_

Objektbezeichnung: aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre

Erbrachte Leistungen: VTV-Überwachungsanlagen,  
Arbeiten unter Verkehr, Elektroinstallationen,  
Kabelanlagen / NS und LWL-Kabel, provisorische  
Anlagen für LWL sowie NS-Anlagen..

Zeitraum der Leistungserbringung und der Werkabnahme: 2021 - 2023

Referenzperson 1: G.\_\_\_\_\_ AG [...]

Referenzperson 2: G.\_\_\_\_\_ AG [...]

Dieses Referenzprojekt wird von den Zuschlagsempfängerinnen auch als Referenzobjekt (Projekt 1) für die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK2 "Kompetenz" genannt (Vorakten, Ordner 2, Angebotsunterlagen C.\_\_\_\_\_ AG, Register 1). Aus den (zusätzlichen) Angaben geht hervor, dass die

Leistungen von der ARGE H.\_\_\_\_\_ erbracht wurden. Die Bausumme belief sich auf 4 Mio. Franken. Die Bauleitung oblag der F.\_\_\_\_\_ AG. Projektleiter war I.\_\_\_\_\_, bauleitender Monteur J.\_\_\_\_\_. Als zweites Referenzobjekt (Projekt 2) werden der T.\_\_\_\_\_tunnel und die Tunnelumfahrung R.\_\_\_\_\_ mit einer Bausumme von 1.2 Mio. Franken genannt. Unternehmer war die E.\_\_\_\_\_ AG (Vorakten, Ordner 2, Angebotsunterlagen C.\_\_\_\_\_ AG, Register 1).

### **3.**

Unter den Verfahrensbeteiligten umstritten ist, ob das Objekt "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" eine zulässige Referenz der Zuschlagsempfängerinnen und damit ein zulässiger Eignungsnachweis für das EK1 darstellt.

#### **3.1.**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass das fragliche Referenzprojekt wenn schon ihr zuzurechnen wäre. Beim daran beteiligten J.\_\_\_\_\_ handle es sich um einen langjährigen Mitarbeiter, der sich im Zeitpunkt der Angebotseinreichung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit ihr befunden habe und – nach erfolgter ordentlicher Kündigung – bis Ende November 2023 immer noch bei ihr angestellt sei. Ab dem 1. Dezember 2023 werde er als Mitinhaber und Geschäftsführer bei der D.\_\_\_\_\_ AG tätig sein. Diese könne sich jedoch nicht auf Referenzprojekte der Beschwerdeführerin berufen, bei denen J.\_\_\_\_\_ im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mitgewirkt habe. Keine der Zuschlagsempfängerinnen könne Trägerin von Referenzprojekten sein, an welchen J.\_\_\_\_\_ während seines (noch laufenden) Arbeitsverhältnisses bei der Beschwerdeführerin mitgewirkt habe (Beschwerde, S. 10, 12 f.). Es bestehe überdies Branchenwissen darüber, dass die im Jahr 2020 von einem ehemaligen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin gegründete C.\_\_\_\_\_ AG über keine einschlägigen Erfahrungen im BSA-Bereich (BSA = Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen) verfüge. Auf ihrer Website liessen sich keine Projekte finden, die mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbare Anforderungen gestellt hätten. Ausser Betracht falle in diesem Kontext auch die E.\_\_\_\_\_ AG. Deren Tätigkeitsschwerpunkte würden in den vorliegend nicht betroffenen Bereichen Videoüberwachung, Alarmierung und anderen Kommunikationssystemen liegen. Im Bereich BSA sei dagegen von keiner passenden Unternehmerreferenz auszugehen (Beschwerde, S. 13 f.). Beim N.\_\_\_\_\_ -Projekt seien die vorliegend massgebenden Leistungen im BSA-Bereich durch die Beschwerdeführerin erbracht worden. Die Zuschlagsempfängerin 3 (E.\_\_\_\_\_ AG) verfüge demgegenüber über keine einschlägigen Erfahrungen. Im unter EK1 referenzierten N.\_\_\_\_\_ -Projekt habe sie Leistungen im Bereich Video- bzw. Verkehrs-TV-Überwachungsanlagen (VTV) erbracht. Diese bildeten jedoch nicht Bestandteil des vorliegend massgebenden Leistungsprofils. Entsprechend könne die N.\_\_\_\_\_ -Referenz den Zuschlagsempfängerinnen nicht als vergleichbares Projekt angerechnet werden. Dasselbe gelte

für die T.\_\_\_\_tunnel-Referenz. Schliesslich handle es sich bei der N.\_\_\_\_-Referenz um ein im Zeitpunkt der Angebotseingabe nicht abgeschlossenes Projekt. Der Versand der Schlussrechnungen sei erst Mitte Oktober 2023 erfolgt (Replik, S. 3 f.).

### 3.2.

Demgegenüber vertritt die Vergabestelle den Standpunkt, die Beschwerdeführerin könne aus dem behaupteten Referenzprojekt mit Beteiligung von J.\_\_\_\_ nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Eignungskriterium EK1 beschlage die Eignung des Anbieters und sei völlig unabhängig davon, ob ein bestimmtes Referenzprojekt mit oder ohne Beteiligung von J.\_\_\_\_ oder einer anderen Person ausgeführt werde. Die Beteiligung von J.\_\_\_\_ könne, falls überhaupt, nur und ausschliesslich beim Zuschlagskriterium ZK 3 "Organisation und Schlüsselpersonen" bzw. beim dortigen Subkriterium "Referenzen der Schlüsselpersonen für gleichartige Funktionen innerhalb der letzten 10 Jahre" eine Rolle spielen. Zudem würden die Referenzprojekte im Angebot der Zuschlagsempfängerinnen Projekte der E.\_\_\_\_ AG betreffen. Diese habe das Referenzprojekt 1 als Mitglied einer ARGE ausgeführt, das Referenzprojekt 2 allein und ohne Beteiligung weiterer Unternehmen. Aus dem Angebotsvergleich ergebe sich, dass das Referenzprojekt 1 der Zuschlagsempfängerinnen das Eignungskriterium EK1 unter allen Gesichtspunkten klar erfülle, insbesondere auch hinsichtlich der Vergleichbarkeit. Bezüglich Tunnellänge und Bausumme sei dieses Projekt mit Abstand das grösste von allen angegebenen Referenzprojekten. Dass die E.\_\_\_\_ AG das Referenzprojekt 1 als Mitglied einer ARGE ausgeführt habe, schade nicht. In Ziffer 1.3.2 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten vom 27. April 2023 werde das nicht ausgeschlossen, weshalb es zulässig sei. Im Übrigen sei offensichtlich, dass das Referenzprojekt 2 der Zuschlagsempfängerinnen das EK1 unter allen Gesichtspunkten ebenfalls klar erfülle (Beschwerdeantwort, S. 12 f., 17 f.).

### 3.3.

In der Duplik führt die Vergabestelle aus, dass es gemäss den Ausschreibungsunterlagen bei Arbeitsgemeinschaften genüge, wenn beim EK1 ein Mitglied den geforderten Eignungsnachweis erbringen könne. Sodann hält sie fest, es werde in den Ausschreibungsunterlagen auch nicht verlangt, "dass dasjenige ARGE-Mitglied der Zuschlagsempfängerinnen, welches die an das EK1 gestellten Anforderungen erfüllt, den geforderten Eignungsnachweis beim Referenzobjekt 1 nur mit einem Referenzobjekt erbringen kann, bei welchem es **für sich allein** (und ohne Mitwirkung weiterer Unternehmer) beauftragt war. Vielmehr ist es gemäss den (auch insofern offen formulierten) Ausschreibungsunterlagen **zulässig**, dass dieses **ARGE-Mitglied** den geforderten **Eignungsnachweis** beim EK1 mit einem Referenzobjekt erbringen kann, bei welchem es **seinerseits Mitglied einer ARGE** war." Des Weiteren bringt sie vor, die Angaben zum – als Nachweis der Erfüllung von EK1 dienenden – Referenzobjekt 1 seien von den Anbietern

im Formular "Angebot für Bauarbeiten; Angaben und Beilagen" zu machen gewesen. Änderungen seien nicht zulässig gewesen. Über die im Formular verlangten hinaus gehende Angaben hätten von den Anbietern somit weder gemacht werden dürfen noch gemacht werden müssen. Dies gelte insbesondere auch für Angaben, welchen Anteil bzw. welche konkreten Leistungen dasjenige ARGE-Mitglied, welches die an das EK1 gestellten Anforderungen erfülle, beim angegebenen Referenzobjekt 1 selbst erbracht habe, sowie für Angaben, wo ansonsten die Tätigkeitsschwerpunkte des ARGE-Mitglieds liegen würden. Daher wäre es nach den Ausschreibungsunterlagen auch nicht zulässig gewesen, wenn die Vergabestelle von der E. \_\_\_\_\_ AG Angaben darüber verlangt hätte, welchen Anteil bzw. welche konkrete Leistungen sie beim Referenzobjekt 1 selbst erbracht habe (vgl. Duplik, S. 4 ff., 8 ff.). Die Vergabestelle untermauert ihre Auffassung mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4941/2020 vom 6. April 2021. Dort seien ein Sachverhalt und eine Argumentationslinie der Beschwerdeführerin zu beurteilen gewesen, die mit denjenigen im vorliegenden Verfahren weitgehend identisch seien. Gemäss den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts komme der Vergabestelle bei der Wahl, Formulierung und Bewertung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen die Beschwerdeinstanz nicht eingreifen dürfe, auch nicht unter dem Titel der Auslegung. Sie dürfe nur eingreifen, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliege. Dies gelte auch in Bezug auf die Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzobjekten aufgrund vorgegebener Anforderungen zu Art und Umfang solcher Referenzobjekte. Das Bundesverwaltungsgericht sei im konkreten Fall nach umfassender Prüfung aller massgebenden Gesichtspunkte zum Schluss gekommen, dass die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch die Vergabestelle, nach der in Bezug auf die Firmenreferenz keine zusätzlichen Nachweise erforderlich gewesen seien, weder als rechtsfehlerhaft noch als willkürlich bezeichnet werden könne. Nicht anderes könne im vorliegenden Fall gelten (Duplik, S. 6 f., 12). Schliesslich habe die E. \_\_\_\_\_ AG bereits an der Realisierung von BSA in Strassentunnels nach dem Standard der Richtlinien des ASTRA mitgewirkt (beim Referenzobjekt N. \_\_\_\_\_ als Mitglied der ARGE H. \_\_\_\_\_, beim Referenzobjekt T. \_\_\_\_\_ tunnel, TU R. \_\_\_\_\_ für sich allein) und die verlangten Erfahrungen in einem Referenzobjekt gesammelt. Die ausgeschriebenen Arbeiten seien mit den Referenzobjekten 1 und 2 direkt vergleichbar. Hier wie dort gehe es um Gerätschaften (Aggregate) im Tunnelfahrraum, Längsverkabelung entlang des Tunnels und zentrale Komponenten in den Elektrozentralen. Wie im Tunnel Nordumfahrung Bad Zurzach seien auch bei den Referenzobjekten hochwertige Geräte mit speziellen korrosionsfesten Ankern im Tunnelfahrraum montiert worden. Es seien Gerüste und Hebebühnen notwendig gewesen, damit sicher in der Höhe gearbeitet werden können. Weiter seien mit speziellen Einzugsgerätschaften spezifizierte Kabel im Rohrblock eingezogen und in den Technikräumen sowie bei Geräten an der Tunnelwand und Decke fachmännisch angeschlossen worden. Deshalb spiele es von der verlangten Erfahrung her keine Rolle, ob bei den

Gerätschaften (Aggregate) im Tunnelfahrraum die Installationsarbeiten Kameras bzw. Anlagen des Bereichs Verkehrs- bzw. Videoüberwachung, Brandmelder oder Leuchten umfassten und wo allenfalls die E. \_\_\_\_\_ AG ihren Tätigkeitsschwerpunkte habe. Im Übrigen sei die E. \_\_\_\_\_ AG seit 2006 im Handelsregister eingetragen und auf dem Markt für elektronische Installationen, wie sie Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung seien, eine bekannte und etablierte Anbieterin, die seit Jahren nach den Richtlinien des ASTRA zu den BSA tätig sei. Nach Wissen der Vergabestelle habe die E. \_\_\_\_\_ AG beim Referenzobjekt 1 als federführendes Mitglied der ARGE H. \_\_\_\_\_ rund 60% der gesamten Leistungen erbracht (vgl. Duplik, S. 7 ff.).

### **3.4.**

In ihrer Stellungnahme vom 19. Januar 2024 bezeichnet die Beschwerdeführerin die Argumentation der Vergabestelle, bei Referenzangaben genügten die blossе ARGE-Mitgliedschaft und (irgend-)eine Tätigkeit im Bereich BSA als haltlos. Damit würde nicht fachkundiger "Trittbrettfahrerei" Tür und Tor geöffnet, was nicht im Sinne der Vergabestelle sein und auch nicht im öffentlichen Interesse liegen könne. In den Angebotsformularen hätten vielmehr ausdrücklich Angaben zu den konkret "[e]rbrachten Leistungen" gemacht werden müssen. Es hätte somit durchaus nachgewiesen werden müssen, dass die Anbieterin im Referenzobjekt vergleichbare Arbeiten und Installationen ausgeführt habe. Der Versuch der Vergabestelle, die eigenen Eignungsanforderungen nachträglich zu verwässern bzw. herabzusetzen und unter Verweis auf behördenfremde Richtlinien faktisch jedes BSA-Projekt als Referenz "durchzuwinken", verdiene keinen Rechtsschutz. Vielmehr entspreche es dem Sinn und Zweck von Eignungsanforderungen und sei Aufgabe jeder Vergabestelle, bei jeder Eignungsprüfung die Anteile und konkreten Leistungen der Anbieter in den von ihnen angegebenen Referenzprojekten festzustellen und nur jene Referenzen zu akzeptieren, welche Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit der Anbieterin für die ausgeschriebene Leistung zulassen. Es sei einer Referenz als Eignungskriterium inhärent, dass diese Beleg für einschlägige, vergleichbare und (erfolgreich) erbrachte Leistungen der betreffenden Anbieterin bilden solle. In technischer Hinsicht komme hinzu, dass Unternehmen im Bereich BSA über unterschiedliche Konzessionen/Zulassungen verfügten, je nach dem, in welchem Fachbereich sie tätig seien. Die E. \_\_\_\_\_ AG verfüge nicht über die vorliegend erforderliche Installationsbewilligung. Sie sei mit anderen Worten nicht fachkundig bei Starkstromanlagen und nicht berechtigt, die ausgeschriebenen Elektroinstallationsarbeiten in diesem Bereich auszuführen. Ihre Spezialisierung beschränke sich (unbestrittenermassen) auf Videoüberwachungen und Spital-Notrufsysteme und liege damit ausserhalb des Beschaffungsgegenstandes. Etwas anderes lasse sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-4941-2020 ableiten, auf das sich die Vergabestelle berufe. Gemäss Erw. 3.8 dieses Urteils dienten Referenzen dazu, die Eignung eines Anbieters zu prüfen und als Beleg

dafür, dass der Bieter mit dem zu vergebenden Auftrag vergleichbare Leistungen bereits erbracht habe. Ein solcher Beleg fehle im vorliegenden Fall. Die E. \_\_\_\_\_ AG habe im angegebenen N. \_\_\_\_\_-Projekt nachweislich keine mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbare Leistungen erbracht. Die Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerinnen, die sich unter dem EK1 einzig anhand des konkreten Projektbeitrags der Zuschlagsempfängerin 3 im N. \_\_\_\_\_-Tunnel bestimme, sei im Hinblick auf die Realisierung des hier zu vergebenden Auftrags nicht erstellt (und werde von der Vergabestelle auch nicht behauptet). Anders als im erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bestehe daher kein Spielraum, das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen dennoch zuzulassen. Die fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führe vielmehr zwingend zum Ausschluss vom Verfahren.

### **3.5.**

Die Vergabestelle weist den Vorwurf, sie versuche die eigenen Eignungsanforderungen nachträglich zu verwässern bzw. herabzusetzen und unter Verweis auf behördenfremde Richtlinien faktisch jedes BSA-Projekt durchzuwinken, als "schon im Ansatz verfehlt" zurück, unterstelle die Beschwerdeführerin damit doch, die Vergabestelle würde planmässig zu ihrem eigenen Nachteil handeln (Eingabe vom 25. Januar 2024).

## **4.**

### **4.1.**

Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung ist ein Generalunternehmerauftrag für die elektrischen Installationen in der Nordumfahrung Bad Zurzach (dreistöckige Zentrale Rhein und Elektrostützpunkten in den Tunnelvorzonen West und Ost, vier Notausgänge [Los A], Tunnel Rhein [Los B], offene Strecke [Los C]), umfassend Lieferung, Montage und Inbetriebnahme. Die im Einzelnen zu erbringenden Leistungen ergeben sich aus den beiden Lastenheften LH-00 Dienstleistungen und LH-01 Technische Spezifikation (vgl. insbesondere Ziffer 3) und den zugehörigen Leistungsverzeichnissen LV-00 und LV-01 (Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 4, 5 und 7). Zu den verlangten Leistungen gehören BKP 232: Starkstrominstallationen (Erdungen und Schutzpotentialausgleich, Kabeltrassen, Haupt- und Steigleitungen, Lichtinstallationen, Kraftinstallationen, HLKS-Installationen), BKP 233: Leuchten und Lampen, BKP 236: Schwachstrominstallationen (Telekommunikationsinstallationen, Kommunikationsinstallationen, Audio-, Video- und Uhreninstallationen, Brandschutzinstallationen, Gasmeldeinstallationen, Installationen Kameras Tunnel, Installationen Lautsprecheranlagen), BKP 238: Provisorische Installationen (Provisorien Starkstrom), BKP 239: Übriges (Demontagen, Entsorgungen, Diverses/Unvorhergesehenes). Ebenfalls zu offerieren waren Dienstleistungen wie Projektorganisation, Realisierungspflichtenheft, Qualitätssicherung, Qualitätsnachweis, Dokumentation, Musterinstallation, Installation und Montagekontrolle, Inbetriebnahme, Integrationstest am Ob-

jekt, Integraler Test und Abnahme (vgl. Lastenheft LH-00 und Leistungsverzeichnis LV-00).

#### **4.2.**

Als (einziges) Eignungskriterium (EK1) wurde in den Ausschreibungsunterlagen die Realisierung einer Installation in einem mit dem vorliegenden Projekt vergleichbaren Rahmen, konkret "Installationen Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen (BSA) in Tunnel mit Länge  $\geq 350$  m" in den vergangenen zehn Jahren verlangt. Das Eignungskriterium EK1 konnte durch den Unternehmer respektive ein ARGE-Mitglieder oder den Subunternehmer, welcher/welches die entsprechende Arbeit ausführt, erfüllt sein (vgl. auch Erw. II/2.1 vorne).

#### **4.3.**

Ausweislich der Verfahrensakten und der Rechtsschriften steht fest, dass das streitbetroffene Referenzobjekt 1 "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" der Zuschlagsempfängerinnen von einer vier Unternehmen umfassenden Arbeitsgemeinschaft (ARGE H.\_\_\_\_\_) erstellt wurde. Von den Zuschlagsempfängerinnen hat unbestrittenermassen einzig die E.\_\_\_\_\_ AG dabei mitgewirkt. Ebenfalls an dieser ARGE beteiligt war die Beschwerdeführerin.

#### **4.4.**

##### **4.4.1.**

Gemäss der Vergabestelle erfüllt das von den Zuschlagsempfängerinnen genannte Referenzprojekt 1 "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" unter allen Gesichtspunkten die Vorgaben des Eignungskriteriums EK1, auch in Bezug auf die Vergleichbarkeit. Beurteilt wurden folgende sieben Teilkriterien:

- Teilkriterium 1: BSA Installationen in einem Tunnel?
- Teilkriterium 2: Tunnellänge  $\geq 350$  m?
- Teilkriterium 3: Durch den Unternehmer wurden Kabelzugsarbeiten im Tunnel durchgeführt?
- Teilkriterium 4: Durch den Unternehmer wurden Montagearbeiten im Tunnel durchgeführt?
- Teilkriterium 5: Arbeiten umfassen Installationen im NS- und USV-Netz?
- Teilkriterium 7: Ist das Projekt nicht älter als 10 Jahre?
- Teilkriterium 8: Bausumme über 500'000.- CHF?

Sämtliche Kriterien wurden als vom fraglichen Referenzprojekt erfüllt angesehen (Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 14).

##### **4.4.2.**

Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) publizierte am \_\_\_\_\_ 2020 unter dem Projekttitel "\_\_\_\_\_ aaa/\_\_\_\_\_", BSA; D-5.3.1 VTV - Erweiterung und



Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ccc-Perimeters" die Ausschreibung eines Bauauftrags im offenen Verfahren (www.simap.ch; Meldungsnummer \_\_\_\_\_). Gegenstand des Auftrags waren (gemäss Ziffer 2.6 der Publikation):

- Erweiterung/Erneuerung der Videoanlage im Perimeter ccc ohne Steuerung aber mit Anlagerechner:
- 3. Röhre N. \_\_\_\_\_ mit Erschliessung in den Zentralen kkk, nnn und mmm.
- Lieferung und Montage von rund 30 IP-Videokameras (inkl. Installationsmaterial, Verkabelungen, Halterungen für Signalportale, Brücken und Tunneln) und Bildspeicherung und Bildauswertung (nur in Tunneln).
- Schaltschrankausbau und Montage von Schaltschränken für Videokomponenten und Anlagerechner in den Zentralen.
- Spleissungen und Aufschaltungen von LWL-Kabeln an den Kamerastandorten und in den Zentralen.
- UKV- und LWL-Patchungen.
- LWL-Messungen, Protokollierung.
- Inbetriebnahme und Tests für Videoübertragung und -aufschaltung, Bildspeicherung, Bildauswertung und Standstreifenüberwachung.
- Zusätzliche Bildauswertung für Staudetektion ab VTV-Kameras für Lüftungsanlage mit Schnittstelle zum Auswerterechner Lüftung.

In der Ausschreibung ebenfalls vorgesehen waren diverse Optionen im Hinblick auf die anstehende Sanierung der ersten und zweiten N. \_\_\_\_\_ Röhre (Ziffer 2.9 der Publikation).

Am \_\_\_\_\_ 2020 veröffentlichte das ASTRA auf www.simap.ch (Meldungsnummer \_\_\_\_\_) für das Projekt "" \_\_\_\_\_ aaa/ \_\_\_\_\_, BSA; D-5.3.1 VTV - Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ccc-Perimeters" den am \_\_\_\_\_ 2020 erteilten Zuschlag an die ARGE VTV H. \_\_\_\_\_ zum Preis von Fr. 11'908'540.00 ohne MWST.

#### **4.4.3.**

Es ist davon auszugehen, dass es sich beim Referenzobjekt "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N. \_\_\_\_\_ 3. Röhre" der Zuschlagsempfängerinnen um den die dritte Tunnelröhre umfassenden Teilbereich des am 26. August 2020 an die ARGE VTV H. \_\_\_\_\_ vergebenen Auftrags betreffend Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ccc-Perimeters handelt.

Die Vergleichbarkeit eines Generalunternehmerauftrags für Elektroinstallationen mit dem Auftrag für die Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage ist für das Verwaltungsgericht nicht ohne Weiteres ersichtlich, auch wenn in beiden Fällen die verlangten Leistungen in einem Strassentunnel zu erbringen sind. Die Installation der Videoüberwachung steht beim vorliegenden Projekt nicht im Vordergrund, zumal die Lieferung der Videokameras – im Gegensatz zum N. \_\_\_\_\_-Projekt – nicht Gegenstand der Ausschreibung ist, sondern bauseits geliefert wird (Ziffer 2.2.3 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Griff 2]). Indessen kommt der Vergabestelle namentlich

auch bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzprojekten ein grosses Ermessen zu, zumal wenn es – wie vorliegend – in erster Linie um technische Fragen geht (vgl. vorne Erw. II/1.1).

Nach dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen genügt "die Realisierung einer Installation [...] in einem vergleichbaren Rahmen" (vgl. vorne Erw. II/2.1 und II/4.2). Es wird somit nicht verlangt, dass das Referenzprojekt alle oder zumindest mehrere der ausgeschriebenen Installationen umfasst (festzuhalten ist immerhin, dass die Zuschlagsempfängerinnen beim Zuschlagskriterium ZK2 "Kompetenz" in Bezug auf die Vergleichbarkeit Bewertungsabzüge erhalten haben mit der Begründung [vgl. Bemerkung K.\_\_\_\_], es sei "nur ein System im Tunnel" erstellt worden [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 14]; vgl. auch hinten Erw. II/5.4). Die Vergabestelle begründet die Vergleichbarkeit der beiden Projekte im Wesentlichen damit, dass die Betriebs- und Sicherheitsausrüstung in Strassentunnels immer den gleichen (standardmässigen) Aufbau aufweise. Es gebe Gerätschaften (Aggregate, sog. Sensoren und Aktoren wie Beleuchtungskörper, Videokameras, Ventilatoren, Verkehrssignale, Brandmeldesensoren etc.) im Tunnelfahrraum, Längsverkabelung entlang des Tunnels (Strom- und Steuerkabel in Rohrblöcken oder Trassen, Glasfaserkabel) und zentrale Komponenten in den Zentralen (Elektrozentralen), denen die Kabel der Längsverkabelung zugeführt würden. Bau und Ausrüstung von Strassentunnels orientierten sich an den Richtlinien des ASTRA zu den BSA. Diese bildeten einen Standard, nach dem sowohl Autobahntunnel als auch Kantonsstrassentunnel gebaut würden. Sowohl beim Referenzprojekt 3. Röhre N.\_\_\_\_ als auch beim ausgeschriebenen Auftrag gehe es um Gerätschaften im Tunnelfahrraum, Längsverkabelung entlang des Tunnels und zentrale Komponenten in den Elektrozentralen, konkret um die Montage von Geräten im Tunnelfahrraum (mit korrosionsfesten Ankern), den Einzug spezifizierter Kabel in den Rohrblock und ihren Anschluss in den Technikräumen sowie bei den Geräten an der Tunnelwand und -decke. Von der verlangten Erfahrung her spiele es keine Rolle, ob bei den Gerätschaften im Tunnelfahrraum die Installationsarbeiten Kameras bzw. Anlagen des Bereichs Verkehrs- bzw. Videoüberwachung, Brandmelder oder Leuchtenkörper umfassten (Duplik, S. 9 f.). Diese technischen Ausführungen der Vergabestelle sind nachvollziehbar und werden auch von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert in Frage gestellt. Soweit diese geltend macht, die Vergabestelle berufe sich auf behördenfremde Richtlinien, um faktisch jedes BSA-Projekt als Referenz durchzuwinken (Stellungnahme vom 19. Januar 2024, S. 2 oben), kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass im Lastenheft LH-01, Technische Spezifikation, auf BSA-Richtlinien des ASTRA verwiesen werde (Duplik, S. 9). Auch in Ziffer 4.1.1 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten (Normen und andere Regelwerke, besondere Anforderungen) werden u.a. Richtlinien des ASTRA erwähnt. Nicht zu hören ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, bei der N.\_\_\_\_-Refe-

renz handle es sich um ein im Zeitpunkt der Angebotseingabe noch nicht abgeschlossenes Projekt, denn die Schlussrechnungen seien erst Mitte Oktober 2023 versandt worden (Replik, S. 3 unten). Die Vergabestelle stellt plausibel fest, dass bei einem Versand der Schlussrechnungen Mitte Oktober der Löwenanteil der Realisierung im Zeitpunkt des Offerteingabetermins vom 23. Juni 2023 mit Sicherheit bereits erfolgt sei (Duplik, S. 15). Angesichts des der Vergabestelle zukommenden grossen Ermessensspielraums (vorne Erw. II/1.1) erscheint es nach dem Ausgeführten noch vertretbar, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Eignung die (grundsätzliche) Vergleichbarkeit des Referenzobjekts "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" mit den beim Tunnel Nordumfahrung Bad Zurzach zu erbringenden Arbeiten bejaht hat. Eine rechtsfehlerhafte oder sogar willkürliche Beurteilung ist diesbezüglich nicht ersichtlich.

#### **4.5.**

##### **4.5.1.**

Anbieterin beim vorliegenden Projekt ist nun allerdings nicht diejenige ARGE, die beim Referenzprojekt "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" die verlangten Leistungen erbracht hat, sondern eine abweichend zusammengesetzte Bietergemeinschaft. In ihr ist mit der E.\_\_\_\_\_ AG lediglich ein einzelnes Mitglied der damaligen ARGE H.\_\_\_\_\_ vertreten. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sich E.\_\_\_\_\_ AG auf das Referenzobjekt der vormaligen ARGE berufen kann und macht geltend, beim fraglichen N.\_\_\_\_\_ -Projekt seien die bei der vorliegenden Ausschreibung massgebenden Leistungen im BSA-Bereich durch sie selbst erbracht worden. Die E.\_\_\_\_\_ AG habe Leistungen im Bereich Video- bzw. Verkehrs-TV-Überwachungsanlagen (VTV) erbracht, welche nicht Bestandteil des vorliegend massgebenden Leistungsprofils bildeten (Replik, S. 3; vgl. auch Beschwerde, S. 13 f.).

##### **4.5.2.**

Bei der E.\_\_\_\_\_ AG handelt es sich um ein Unternehmen, dessen Zweck gemäss Handelsregistereintrag der Vertrieb von Kommunikationsanlagen ist (Beschwerdebeilage 6). Auf ihrer Website (www.\_\_\_\_\_) bezeichnet sich die E.\_\_\_\_\_ AG als führenden Anbieter von Kommunikations-, Informatik- und Sicherheitssystemen. Als Produkte werden genannt Telekommunikationssysteme, Netzwerk, Bewohner-/Patientenrufsysteme und Sicherheitslösungen. Die auf ihrer Website aufgeführten Referenzen betreffen Projekte in den Bereichen Alters- und Pflegeheime, Spitäler, KMU/Industrie und Justizvollzugsanstalten. Im Vordergrund stehen dabei Videoüberwachung, Bewohner- und Patientenruf und Telefonie. Als Referenz für ein Strassentunnelprojekt wird das Objekt Tunnel T.\_\_\_\_\_ und Umfahrung R.\_\_\_\_\_ erwähnt, bei dem die E.\_\_\_\_\_ AG die beiden Tunnel mit rund 200 IP-Kameras für die Verkehrsüberwachung (Ereignis- und Vorfallsüberwachung) ausrüstete (Kameras, Kameragehäuse, Anschlusskästen, Schaltschränke, Anschlussdosen, Verkabelungen inkl. deren Halterungen

bis zum Switch, Erstellen und Ausbauen von 37 VTV-Racks [Videoanlagen] in den Tunnelzentralen, VTV-Verbindung zum BKN-Switch). Dieses Projekt der E.\_\_\_\_\_ AG wird in der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen als (Referenz-)Projekt 2 aufgeführt.

#### **4.5.3.**

Nach den Ausschreibungsunterlagen genügt es, wenn *ein* ARGE-Mitglied die an das Eignungskriterium EK1 gestellten Anforderungen erfüllt (Ziffer 1.3.2 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 2]). Insofern ist es, wie die Vergabestelle zu Recht vorbringt, zulässig, wenn nicht alle, sondern nur einer der beteiligten ARGE-Partner den geforderten Eignungsnachweis für "Installationen Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen (BSA) in Tunnel mit Länge  $\geq$  350 m" erbringen kann. Gemäss – zwar nicht näher belegter – Angabe der Vergabestelle hat die E.\_\_\_\_\_ AG beim Referenzprojekt "aaa/bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" als federführendes Mitglied der ARGE H.\_\_\_\_\_ rund 60 % der gesamten Leistungen erbracht (Duplik, S. 11). Angesichts des Beschaffungsgegenstandes des N.\_\_\_\_\_ -Projekts (VTV-Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage) sowie den Tatsachen, dass die E.\_\_\_\_\_ AG im Bereich Verkehrs- bzw. Videoüberwachungen tätig ist und ihr innerhalb der damaligen ARGE zudem die Federführung oblag, erscheint es jedenfalls nachvollziehbar, dass sie einen wahrscheinlich sogar erheblichen Teil der Leistungen beim Referenzprojekt erbracht hat. Entgegen der Beschwerdeführerin kann der E.\_\_\_\_\_ AG nicht jegliche Erfahrung im BSA-Bereich, wozu auch die Verkehrs- bzw. Videoüberwachung gehört, abgesprochen werden. Dies zeigt auch ihr Referenzprojekt 2 (Tunnel T.\_\_\_\_\_ und Umfahrung R.\_\_\_\_\_).

#### **4.5.4.**

Welche konkreten Leistungen die E.\_\_\_\_\_ AG beim Referenzprojekt N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre innerhalb der damaligen ARGE tatsächlich selbst erbracht hat, geht aus der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen nicht hervor. Unbestrittenermassen sind diesbezüglich seitens der Vergabestelle auch keine dahingehenden Rückfragen, sei es bei den Zuschlagsempfängerinnen oder bei den in der Offerte bezeichneten Referenzpersonen, erfolgt.

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen mussten, um das Eignungskriterium (EK1) zu erfüllen, die "ausgeführten Anforderungen durch den Unternehmer resp. ein ARGE-Mitglied oder den Subunternehmer, welcher/welches die entsprechende Arbeit ausführt, erfüllt sein". Beim genannten Referenzprojekt mussten u.a. Angaben zu den "erbrachten Leistungen" gemacht werden (vgl. vorne Erw. II/2.1). An von Arbeitsgemeinschaften (bzw. deren Mitgliedern) erbrachte Referenzprojekte wurden indessen keine zusätzlichen Anforderungen gestellt. Namentlich waren Angaben darüber, welche konkreten Leistungen dasjenige offerierende ARGE-Mitglied, das die an das EK1 gestellten Anforderungen erfüllt, im Rahmen des Referenz-

projekts erbracht hatte, nicht verlangt und im entsprechenden Formular auch nicht vorgesehen. Gemäss der Vergabestelle mussten solche Angaben zum Anteil oder den konkreten Leistungen denn auch nicht gemacht werden und entsprechend seien auch keine diesbezüglichen Rückfragen erfolgt. Solche wären nach ihrer Auffassung sogar unzulässig gewesen (Duplik, S. 5, 10). Ob insbesondere letzteres zutrifft, kann offen bleiben. Wenn die Vergabestelle die im Angebot der Zuschlagsempfängerinnen gemachten Angaben für die Beurteilung der Frage, ob die in der Ausschreibung vorgegebenen Eignungsanforderungen gemäss EK1 erfüllt sind, als genügend erachtete und dementsprechend auf Rückfragen verzichtete, bewegt sie sich innerhalb des ihr hierbei zustehenden Ermessensspielraums, der ihr namentlich auch in Bezug auf die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zukommt (vgl. vorne Erw. II/1.3). Dieses Ermessen der Vergabestelle hat das Verwaltungsgericht auch im vorliegenden Fall zu respektieren.

#### **4.6.**

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass der Vergabestelle darin, dass sie das Referenzprojekt "aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_\_ 3. Röhre" als im Sinne der Ausschreibungsunterlagen zulässigen Eignungsnachweis anerkannt und damit die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags bejaht hat, kein qualifizierter Ermessensfehler vorgeworfen werden kann.

#### **5.**

Zu prüfen bleiben die gegen die Bewertung bei den Zuschlagskriterien gerichteten Rügen.

#### **5.1.**

Gemäss Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien (vgl. Art. 29 IVöB). Bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde in den Schranken der übergeordneten Zwecksetzung der IVHB (Art. 2 IVöB) ein grosses Ermessen zu. Die gültigen Angebote sind nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar zu prüfen und zu bewerten. Der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation (Art. 40 Abs. 1 IVöB). Der Vergabestelle steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das vorteilhafteste ist, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht IN A NUTSHELL, 4. Aufl. 2023, S. 143; AGVE 1998, S. 383, Erw. 1a; vgl. auch Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 [Musterbotschaft IVöB], S. 80).

### 5.2.

In den Ausschreibungsunterlagen (Ziffer 1.3.3 der Besonderen Bestimmungen für Bauarbeiten [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 2]) gab die Vergabestelle die massgeblichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt bekannt:

ZK1: Preis	50%	Bereinigter Angebotspreis	100%
ZK2: Kompetenz	30%	Referenzen 1 und 2 der Unternehmung für gleichartige Arbeiten innerhalb der letzten 10 Jahre	40%
		Erfahrungen des Bauherrn mit dem Anbieter bei früher erbrachten Arbeiten	50%
		Qualitätsmanagementsystem	10%
ZK3: Organisation und Schlüsselpersonen	20%	Auftragsanalyse/Risikoanalyse	50%
		Baustellenspezifische Organisation des Unternehmers	25%
		Referenzen der Schlüsselpersonen für gleichartige Funktionen innerhalb der letzten 10 Jahre	25%

### 5.3.

Bewertet wurden die beiden streitbetroffenen Angebote wie folgt (vgl. Angebotsvergleich [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 14]):

Kriterien		ARGE B. _____		Beschwerdeführerin	
<b>Preis</b>	<b>50%</b>	<b>100.0</b>	<b>50.0</b>	<b>79.7</b>	<b>39.9</b>
Bereinigter Angebotspreis	100%	100.0	50.0	79.7	39.9
<b>Kompetenz</b>	<b>30%</b>	<b>89.4</b>	<b>26.8</b>	<b>94.0</b>	<b>28.2</b>
Referenzen	40%	73.3	8.8	85.0	10.2
Erfahrung Bauherr	50%	100.0	15.0	100.0	15.0
ISO-Zertifikat/Qualitätsmanagementsystem	10%	100.0	3.0	100.0	3.0
<b>Organisation / Schlüsselperson</b>	<b>20%</b>	<b>88.8</b>	<b>17.8</b>	<b>88.1</b>	<b>17.6</b>
Auftrags-/Risikoanalyse	50%	87.5	8.8	87.5	8.8
Baustellenspezifische Organisation des Unternehmers	25%	90.0	4.5	90.0	4.5
Referenzen Schlüsselpersonen	25%	90.0	4.5	87.5	4.4
<b>Gesamtpunktzahl</b>		<b>94.6</b>		<b>85.7</b>	
Rang		1		2	

### 5.4.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle habe unter den Zuschlagskriterien ZK2 "Kompetenz" und ZK3 "Organisation und Schlüsselpersonen" wesentliche Punkte des Angebots der Beschwerdeführerin falsch oder anhand sachfremder Kriterien beurteilt. Beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" seien insbesondere die Unterkriterien "Referenzen" und "Qualitätsmanagement" nicht so angewendet worden, dass die Angebote in fachlicher Hinsicht rechts- und ausschreibungskonform bewertet worden seien. Weder die Zuschlagsempfängerin 3 noch die beiden anderen ARGE-Mitglieder verfügten über einschlägige eigene Erfahrungen in den vorliegend betroffenen BSA-Bereichen. Beide Referenzen würden keine projektrelevante Vergleichbarkeit aufweisen. Das entsprechende Teilkriterium "Referenzen" sei daher mit null (statt 8.8) Punkten zu bewerten, zumal die Zuschlagsempfängerinnen beim N. \_\_\_\_\_-Projekt fehlerhafte Angaben zur Bauleitung gemacht hätten (die angegebene F. \_\_\_\_\_ AG habe im

N.\_\_\_\_\_-Projekt kein Mandat gehabt). Auch verfüge die federführende Zuschlagsempfängerin 1 nach dem Kenntnisstand der Beschwerdeführerin über keine QM-Zertifizierung. Dasselbe gelte für die Zuschlagsempfängerinnen 2 und 3, was zwingend zu einem Punkteabzug (von 1.5 Punkten) führen müsse. Sodann führten die Zuschlagsempfängerinnen im Projektorganigramm J.\_\_\_\_ auf, obwohl dieser bei der Beschwerdeführerin unter Vertrag stehe, was jedenfalls einen signifikanten Punkteabzug zur Folge haben müsse. Einen weiteren Punkteabzug bzw. eine Bewertung mit 0 Punkten rechtfertige sich beim Teilkriterium "Referenzen der Schlüsselpersonen". Weder beim angegebenen Projektleiter J.\_\_\_\_ noch beim bauleitenden Monteur L.\_\_\_\_ handle es sich um Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerinnen. J.\_\_\_\_ sei bis Ende November 2023 bei der Beschwerdeführerin angestellt, L.\_\_\_\_ bei der Firma Beratende M.\_\_\_\_ AG. Hinzu komme, dass L.\_\_\_\_ beim referenzierten Z.\_\_\_\_tunnel-Projekt gar nicht eingesetzt worden sei, weder als Bauleiter noch sonst in irgendeiner Funktion. Falsch seien schliesslich auch die beim Z.\_\_\_\_tunnel-Projekt gemachten Angaben zum fachlicher Beschrieb und den erbrachten Leistungen. Die Falschangaben müssten zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen, jedenfalls aber zu einem signifikanten Bewertungsabzug führen (Replik, S. 4 ff.; vgl. auch Stellungnahme vom 19. Januar 2024, S. 3).

## **5.5.**

### **5.5.1.**

Die gegen die Bewertung der Zuschlagsempfängerinnen beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" erhobenen Rügen erweisen sich als nicht begründet. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Zuschlagsempfängerinnen verfügten über keine einschlägigen Referenzen, kann ihr nicht gefolgt werden. Sowohl das Referenzprojekt 1 ("aaa/ bbb VTV D-5-1-3 Los 2 N.\_\_\_\_ 3. Röhre") als auch das Referenzprojekt 2 (Tunnel T.\_\_\_\_ und Umfahrung R.\_\_\_\_) der E.\_\_\_\_ AG beinhalten BSA-Leistungen in Strassentunnels, die – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – in vergleichbarer Weise auch bei der vorliegenden Ausschreibung zu erbringen sind (vgl. im Übrigen auch Erw. II/4 vorne). Insbesondere den Umständen, dass beide Referenzen durch die E.\_\_\_\_ AG erbracht wurden und bei beiden Referenzen jeweils nur ein System erstellt wurde, wurde bei der Bewertung des Teilkriteriums "Referenzen" mit einem Abzug Rechnung getragen (Angebotsvergleich [Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 14]). Die (möglicherweise) fehlerhafte Angabe der Bauleitung beim Referenzprojekt 1 erfordert keinen (weiteren) Bewertungsabzug. Der Vorwurf, die Zuschlagsempfängerinnen verfügten über keine ISO-Zertifizierung, trifft nicht zu. Die federführende Zuschlagsempfängerin 1 verfügt nachweislich über ein gültiges ISO-Zertifikat 9001:2015. Dieses lag dem Angebot bei. Die Bewertung der Zuschlagsempfängerinnen beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" (26.8 von 30 möglichen Punkten) ist nachvollziehbar und liegt innerhalb des Ermessensspielraums der Vergabestelle.

### **5.5.2.**

In Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK3 "Organisation und Schlüsselpersonen" beanstandet die Beschwerdeführerin, dass J.\_\_\_\_\_ im Projektorganigramm der Zuschlagsempfängerinnen aufgeführt sei, obwohl er im Zeitpunkt der Offerteingabe bei ihr unter Vertrag gestanden habe. Es ist unbestritten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen J.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin zwischenzeitlich aufgelöst ist und er bei der Zuschlagsempfängerin 2 (D.\_\_\_\_\_ AG) tätig ist. Es ist zudem davon auszugehen, dass der bevorstehende Abgang von J.\_\_\_\_\_ zumindest den Zuschlagsempfängerinnen bereits zum Zeitpunkt der Erstellung ihrer Offerte bekannt war. Inwiefern es unter den gegebenen Umständen geradezu unzulässig gewesen sein sollte, J.\_\_\_\_\_ im Projektorganigramm für den künftigen Auftrag, dessen Realisierung im Montageterminplan der Vergabestelle (Stand Ausschreibung), mit Ausnahme der Vorbereitungsarbeiten, in den Jahren 2024 und 2025 vorgesehen war (vgl. Vorakten, Ordner 1, Submission, Auswertung und Vergabe, Register 3), als Projektleiter aufzuführen, ist nicht ersichtlich. Insofern ist der unterbliebene Punkteabzug beim baustellenspezifischen Organigramm nicht zu beanstanden. Offenbleiben kann schliesslich, ob die gegen die Bewertung des Teilkriteriums "Referenzen Schlüsselpersonen" erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. Erw. II/5.4 vorne) zutreffen, welche die Vergabestelle als unbegründet zurückweist bzw. mit Nichtwissen bestreitet. Die entsprechenden Behauptungen seien nicht nachgewiesen (Duplik, S. 21 f.). Selbst bei einer Bewertung der Zuschlagsempfängerinnen mit null Punkten (statt 4.5 Punkten) beim fraglichen Teilkriterium würden sie mit einer Gesamtpunktzahl von 90.1 Punkten immer noch deutlich vor der Beschwerdeführerin rangieren. Im Übrigen kann auf die nachvollziehbaren Ausführungen der Vergabestelle in der Duplik verwiesen werden.

## **6.**

### **6.1.**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Mit den ihr mitgeteilten Informationen, wonach das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen beim Preis an erster Stelle liege und auch unter Berücksichtigung der weiteren Zuschlagskriterien das vorteilhafteste sei, sei die Vergabestelle ihrer Begründungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen. Der Beschwerdeführerin sei es auch gestützt auf die anlässlich des mündlichen Debriefings erhaltenen Informationen nicht möglich gewesen, den abschlägigen Vergabeentscheid nachzuvollziehen und ihn sachgerecht anzufechten (Beschwerde, S. 11).

Die Vergabestelle verneint eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerdeantwort, S. 13 ff.).



## **6.2.**

Gemäss Art. 51 Abs. 2 IVöB sind beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst nach Art. 51 Abs. 3 IVöB die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters (lit. a), den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots (lit. b), die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. c), gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe (lit. d). Die Vergabestelle darf keine Informationen bekannt geben, wenn dadurch gegen geltendes Recht verstossen würde oder öffentliche Interessen verletzt würden, berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt würden oder der lautere Wettbewerb zwischen den Anbietern gefährdet würde (Art. 51 Abs. 4 lit. a – c IVöB).

Gemäss der Musterbotschaft IVöB, S. 94, hat jeder Anbieter Anspruch auf Kenntnis der Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, sowie der relativen Vorteile des erfolgreichen Anbieters. Dabei kann sich die Vergabestelle im Rahmen der Zuschlagsverfügung jedoch auf die ausschlaggebenden Merkmale und die Vorteile des berücksichtigten Angebots beschränken.

## **6.3.**

Der Verfügung zur Auftragsvergabe vom 15. August 2023 konnte die Beschwerdeführerin entnehmen, dass der Zuschlag an die ARGE B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ AG, zum Preis von Fr. 2'394'008.90 inkl. MWSt, erteilt worden war. Als Begründung wurde ausgeführt, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen beim Zuschlagskriterium Preis an erster Stelle liege und aufgrund der Bewertung aller in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien auch das Vorteilhafteste sei. Zugestellt worden war der Beschwerdeführerin auch das Offertöffnungsprotokoll vom 26. Juni 2023, dem die unbereinigten Netto-Angebotssummen (inkl. MWSt) der gültigen Angebote zu entnehmen waren. Am 25. August 2023 fand – auf Ersuchen der Beschwerdeführerin – ein telefonisches Debriefing statt. Dabei erfuhr die Beschwerdeführerin die Zusammensetzung der ARGE B.\_\_\_\_\_. Akteneinsicht wurde der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht gewährt.

## **6.4.**

Der Beschwerdeführerin war somit der Preis des berücksichtigten Angebots bekannt. Ebenso musste ihr aufgrund der Begründung der Vergabeverfügung klar sein, dass im vorliegenden Fall der Preis des berücksichtigten Angebots für die Zuschlagserteilung ausschlaggebend gewesen war und für die Vergabestelle den massgebenden Vorteil im Sinne von Art. 51 Abs. 3 lit. c IVöB darstellte. Dem Offertöffnungsprotokoll konnte sie zudem entnehmen, dass das Angebot der B.\_\_\_\_ AG rund Fr. 240'000.00 bzw. knapp 10 % vor ihrem eigenen lag. Zu bemängeln ist allerdings, dass die

Zuschlagsverfügung die Zusammensetzung der obsiegenden ARGE B.\_\_\_\_ einzig in Bezug auf die C.\_\_\_\_ AG offenlegt und die anderen ARGE-Mitglieder nicht namentlich nennt. Diese Informationen hat die Beschwerdeführerin indessen am Debriefing erhalten. Nach unbestrittenen Angaben der Vergabestelle wurde dabei auch die Erfüllung des Eignungskriteriums EK1 durch die Zuschlagsempfängerinnen bzw. die Vermutung fehlender Referenzobjekte erörtert (Beschwerdeantwort, S. 16). Insgesamt erweist sich die Begründung der Zuschlagsverfügung zusammen mit den Auskünften beim telefonischen Debriefing im Hinblick auf Art. 51 Abs. 3 IVöB noch als (knapp) genügend, und eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zu verneinen.

#### 7.

Zusammenfassend erweist sich die gegen die Zuschlagserteilung an die ARGE B.\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_ AG, D.\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_ AG) erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

### III.

#### 1.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 31 Abs. 2 VRPG). Zudem hat sie der anwaltlich vertretenen Vergabestelle, welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG), die im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 i.V.m. § 29 VRPG).

#### 2.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach den §§ 8a – 8c des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif [nachfolgend: AnwT]; SAR 291.150). Gemäss § 8a Abs. 1 lit. a AnwT bemisst sich die Entschädigung in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem gemäss § 4 AnwT berechneten Streitwert. Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c AnwT).

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus (§ 8a Abs. 1 lit. a AnwT), wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswerts beträgt. Der Zuschlag wurde vorliegend zu einem Betrag von Fr. 2'394'008.90 inkl. MWSt bzw. Fr. 2'222'849.50 ohne MWSt erteilt. Der massgebliche Streitwert beträgt damit Fr. 222'284.95. Bei einem Streitwert über Fr. 100'000.00 bis Fr. 500'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung zwischen Fr. 5'000.00 und Fr. 15'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziffer 4 AnwT). Nachdem der Streitwert vorliegend in der unteren

Hälfte des vorgegebenen Rahmens liegt, der Schwierigkeitsgrad des Falles als mittel und der Aufwand als überdurchschnittlich einzustufen sind, erscheint eine Entschädigung (inkl. Auslagen und MWSt) in Höhe von Fr. 9'000.00 sachgerecht. Damit sind die notwendigen Parteikosten (§ 29 VRPG bzw. § 2 AnwT) angemessen abgedeckt.

---

### **Das Verwaltungsgericht erkennt:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 8'000.00 sowie der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 475.00, gesamthaft Fr. 8'475.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

**3.**

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Kanton Aargau die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 9'000.00 zu ersetzen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)  
den Kanton Aargau (Vertreter)  
die Wettbewerbskommission WEKO

---

### **1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert nach Artikel 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 2'222'849.50 (ohne MWSt).

## **2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde**

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Verfassungsrecht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

---

Aarau, 10. April 2024

### **Verwaltungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi