



VA 21 21

**Entscheid vom 15. November 2021
Verwaltungsabteilung**

Besetzung

Präsidentin Livia Zimmermann, Vorsitz,
Verwaltungsrichter Pascal Ruch,
Verwaltungsrichter Sepp Schnyder,
Verwaltungsrichter Hubert Rüttimann,
Verwaltungsrichter Hansruedi Schleiss,
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

Verfahrensbeteiligte

**A. __ AG,
Z. __,**

vertreten durch lic. iur. Christoph Hess-Keller, Rechtsanwalt,
Hess - Advokatur, Notariat, Mediation, Industriestrasse 5a,
Postfach 123, 6210 Sursee,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde Stans,
Stansstaderstrasse 18, Postfach 442, 6371 Stans,

Beschwerdegegnerin/Beschaffungsstelle,

und

**B. __ AG,
X. __,**

Mitbeteiligte/Zuschlagsempfängerin.

Gegenstand

Submission

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 29. Juni 2021 betreffend Baumeister- und Belagsarbeiten.

Sachverhalt:

A.

Die Politische Gemeinde Stans («Beschwerdegegnerin»/«Beschaffungsstelle») beabsichtigt diverse Sanierungsarbeiten in den Quartieren Eichli, Milchbrunnen, Kohlgraben und Spichermatt. In Rahmen dieses Sanierungsprojekts schrieb die Beschwerdegegnerin Baumeister- und Belagsarbeiten öffentlich aus (BF-Bel. 2 und 3). Mit Verfügung vom 29. Juni 2021 (Zuschlagsdatum: 28. Juni 2021) erteilte die Beschwerdegegnerin der B.___ AG («Mitbeteiligte»/«Zuschlagsempfängerin») den Zuschlag. Die A.___ AG («Beschwerdeführerin»), welche sich ebenfalls mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt hatte, fand keine Berücksichtigung.

B.

Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin am 12. Juli 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 1):

«In prozessualer Hinsicht:

1. Der vorliegenden Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv – die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Der Vergabebehörde seien jegliche Vorkehrungen, die den Ausgang des Verfahrens präjudizieren könnten, zu untersagen, insbesondere sei ihr zu untersagen, mit der Zuschlagsempfängerin einen Werkvertrag abzuschliessen.

In materieller Hinsicht:

3. Es sei die Verfügung der Beschwerdeführerin über den Zuschlag der ausgeschriebenen Arbeiten an die Zuschlagsempfängerin vom 29. Juni 2021 aufzuheben und der Zuschlag sei direkt durch das Gericht der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen.
4. Subeventualiter sei für den Fall, dass bereits ein Werkvertrag abgeschlossen sein sollte, die Rechtswidrigkeit der Vergabe festzustellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vergabebehörde. »

C.

Am 13. Juli 2021 verfügte die Prozessleitung die Beiladung der Zuschlagsempfängerin, erteilte der Beschwerde superprovisorisch, bis zum definitiven Entscheid über das entsprechende Gesuch, die aufschiebende Wirkung und setzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (amtl. Bel. 2).

Die Beschwerdeführerin leistete innert der angesetzten Frist den Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– (amtl. Bel. 4).

D.

Nach Eingang der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 16. Juli 2021 betreffend die aufschiebende Wirkung beschied die Prozessleitung mit Abschreibungsverfügung P 21 10 vom 22. Juli 2021 was folgt (amtl. Bel. 3):

- «1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird zufolge Anerkennung als erledigt abgeschlossen.
2. Der Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 28. Juni 2021 wird die aufschiebende Wirkung erteilt. Vollzugshandlungen, insbesondere der Abschluss eines Werkvertrages, sind untersagt.
3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden zum Hauptverfahren geschlagen.
4. (Zustellung ...»

E.

Die Zuschlagsempfängerin nahm mit Eingabe vom 20. Juli 2021 (Postaufgabe) in der Sache Stellung (amtl. Bel. 5), wobei sie sinngemäss die Abweisung der Beschwerde beantragte. Die Beschwerdegegnerin reichte am 23. Juli 2021 ihre Stellungnahme ein und stellte den Antrag, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen (amtl. Bel. 6).

F.

Der Schriftenwechsel wurde mit Verfügung vom 27. August 2021 geschlossen (amtl. Bel. 12). Keine der Parteien reichte innert der gleichzeitig angesetzten Frist eine Kostennote ein. Die Beschaffungsstelle machte am 18. Oktober 2021 eine Noveneingabe (amtl. Bel. 13).

G.

Auf die Anordnung einer Parteiverhandlung wurde verzichtet (Art. 11 Submissionsgesetz [SubmG; NG 612.1] i.V.m. Art. 103 VRG [NG 265.1]). Die Sache wurde durch das Verwaltungsgericht Nidwalden, Verwaltungsabteilung, anlässlich der Sitzung vom 15. November 2021 abschliessend beurteilt. Auf die Vorbringen der Parteien wird nachstehend – soweit erforderlich – eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Die öffentlichen Beschaffungen durch Gemeinde richten sich nach dem kantonalen oder interkantonalen Recht (Art. 5 Abs. 1 Binnenmarktgesetz [BGBM; SR 943.02]). Es ist davon Vormerk zu nehmen, dass per 1. Januar 2021 das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) eine Revision erfahren hat. In diesem Zusammenhang wurde auch das dieses ergänzende Konkordat, die Interkantonale Vereinbarung über das Öffentliche Beschaffungswesen (revIVöB), modernisiert bzw. nachgeführt. Nachdem der Kanton Nidwalden dem revIVöB bis dato noch nicht beigetreten ist, beurteilt sich gegenständliche Angelegenheit einzig nach der geltenden Fassung des IVöB vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (NG 612.2) und dem kantonalen Submissionsgesetz (NG 612.1). Dies gälte selbst dann, wenn das revIVöB zwischenzeitlich in Kraft träte. Art. 64 Abs. 1 revIVöB sieht diesbezüglich vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden.

Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 3 SubmG betreffend die ausnahmsweise Nichtanwendung des Submissionsgesetzes liegt im Übrigen nicht vor.

1.2

1.2.1

Die Beschwerde richtet sich gegen die beschwerdegegnerische Zuschlagsverfügung vom 29. Juni 2021. Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren des kantonalen Rechts kann binnen 10 Tagen Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden (Art. 10 Ziff. 5 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 SubmG). Zuständig für die Beurteilung ist die Verwaltungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden (Art. 31 GerG [NG 261.1]), welche in Fünferbesetzung tagt (Art. 33 Ziff. 3, Art. 38 Abs. 1 GerG). Gemäss Art. 11 SubmG i.V.m. Art. 70 Abs. 1 VRG ist zur Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert, wer erstens vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hatte (formelle Beschwerde); zweitens durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und drittens ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides hat. Letzteres besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinen Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche

Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4). Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist nicht allein schon aufgrund seiner Teilnahme am Vergabeverfahren legitimiert. So fehlt es ihm an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, wenn er auch bei Obsiegen seiner Anträge den Zuschlag selber nicht erhalten könnte. Die reelle Chance auf Erhalt des Zuschlages, mithin die Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen, hat der Beschwerdeführer als Legitimationsvoraussetzung glaubhaft zu machen (BGE 141 II 14 E. 5.1; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 314). Ob er eine reelle Chance hat, den Zuschlag zu erhalten, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14 E. 4.9). Das Bundesgericht hat ein rechtlich geschütztes Interesse im Rahmen der subsidiären Verfassungsgerichtsbeschwerde bejaht, wenn der nicht berücksichtigte Anbieter als Zweitplatzierte vernünftige Chancen auf einen Zuschlag gehabt hätte, ebenso bei jemandem, der nur knapp hinter dem Zweitplatzierten lag, weil nicht ohne weiteres klar war, dass bei Gutheissung der Beschwerde diese Rangfolge Bestand haben würde (BGE 141 II 14 E. 4.1 mit diversen Verweisen).

1.2.2

Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebotsvergleich (BF-Bel. 4) erhellt, dass sie mit ihrer Offerte 95.5 von 100.0 möglichen Punkten erzielte. Mehr Punkte erzielte einzig die Zuschlagsempfängerin (97.0 Punkte). Somit ist die Beschwerdeführerin als Zweitplatzierte durch die angefochtene Verfügung formell und materiell beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 70 Abs. 1 VRG i.V.m. Art. 11 SubmG). Da auch die übrigen von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen, namentlich die Zuständigkeit (Art. 1 Ziff. 1 SubmG) sowie die Voraussetzungen über Frist und Form (Art. 13 SubmG; Art. 11 SubmG i.V.m. Art. 73 f. VRG), eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten (Art. 11 SubmG i.V.m. Art. 54 f. VRG).

1.3

Im Folgenden ist auf die Bewertung der Offerten soweit einzugehen, als sie von der Beschwerdeführerin beanstandet wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Vergabebehörde beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; Art. 16 Abs. 2 SubmG; Art. 90 VRG), nicht ein (hierzu auch: FLORIAN C. ROTH, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N 22 zu Art. 56 BöB). Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des

Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; Art. 16 Abs. 1 Ziff. 1 SubmG; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2015.00715 vom 7. April 2016 E. 4.1). Überdies kann eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden (Art. 16 Abs. 1 lit. b IVöB; Art. 16 Abs. 1 Ziff. 2 SubmG).

2.

2.1

Die Beschwerdegegnerin schrieb die Baumeister- und Belagsarbeiten im Nidwaldner Amtsblatt Nr. 50 vom 10. Dezember 2020 öffentlich aus (BF-Bel. 2). Hinsichtlich den Zuschlagskriterien wurde auf die Unterlagen verwiesen (Ziff. 2.10). Hier relevant wurde in den Ausschreibungsunterlagen die Einreichung eines Organigramms der Baustelle sowie des geplanten Personaleinsatzes gefordert. Ebenso waren als Schlüsselpersonen u.a. der Bauführer und dessen Stellvertreter namentlich zu bezeichnen, deren Verfügbarkeit für das Projekt in Prozent anzugeben und folgende Anforderungen festgehalten (BF-Bel. 6):

Bauführer:

« Mit den Angebotsunterlagen ist zwingend ein Qualifikationsblatt (Personalien, Ausbildung, Referenzen, etc.) abzugeben. Der Bauführer muss einen Abschluss einer höheren Berufsbildung (dipl. Bauführer oder dipl. Baumeister) und mind. 2 Jahre Berufserfahrung als Bauführer haben. Bauführer ohne Abschluss einer höheren Berufsbildung müssen mind. 5 Jahre Berufserfahrung als Bauführer aufweisen und gleichwertige Objekte betreut haben. Es ist nicht gestattet, ein Bauführerwechsel während der Bauarbeiten vorzunehmen. Der Bauführer muss mindestens einmal täglich auf der Baustelle verfügbar sein. Die Ausmasse sind monatlich zu erstellen und der Bauleitung abzugeben.»

Bauführer Stv.:

« Mit den Angebotsunterlagen ist zwingend ein Qualifikationsblatt (Personalien, Ausbildung, Referenzen, etc.) abzugeben. Der Bauführer muss einen Abschluss einer höheren Berufsbildung (dipl. Bauführer oder dipl. Baumeister) und mind. 1 Jahr Berufserfahrung als Bauführer haben. Bauführer ohne Abschluss einer höheren Berufsbildung müssen mind. 3 Jahre Berufserfahrung als Bauführer aufweisen und gleichwertige Objekte betreut haben.»

Mit Verfügung vom 29. Juni 2021 erteilte die Beschwerdegegnerin der Offerte der Zuschlagsempfängerin vom 24. Februar 2021 den Zuschlag (Zuschlagsdatum: 28. Juni 2021; BF-Bel. 5). Die erstplatzierte Zuschlagsempfängerin erzielte gemäss Offertenvergleich gesamthaft deren 97.0, die zweitplatzierte Beschwerdeführerin 95.5 von 100.0 möglichen Punkten (BF-Bel. 4).

2.2

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, die Punktevergabe bzw. Bewertung des Bauführers der Zuschlagsempfängerin und des Bauführers sowie des stellvertretenden Bauführers

der Beschwerdeführerin. Diese sei nicht nach sachlichen Kriterien bzw. in nicht nachvollziehbarer Weise erfolgt. Die Beschwerdegegnerin habe unterschiedliche Massstäbe angewandt, ihr Ermessen überschritten und auch gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, womit die angefochtene Zuschlagsverfügung rechtsfehlerhaft resp. gar willkürlich sei (vgl. im Einzelnen die Ziff. 4).

Die Beschwerdegegnerin und die Zuschlagsempfängerin widersetzen sich den Schilderungen der Beschwerdeführerin und halten im Wesentlichen entgegen, dass erstere im Rahmen ihres Ermessens gehandelt habe und die Punkteverteilung bzw. Bewertung in rechtskonformer, nicht zu beanstandender Weise erfolgt sei. Die Beschwerde sei abzuweisen und die Zuschlagsverfügung zu bestätigen.

2.3

Dass sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllen und deren Offerten demnach zuzulassen sind (§ 27 Abs. 1 lit. a SubmV), steht ausser Diskussion (zur Unterscheidung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie Zweistufigkeit des Prüfprogramms: BGE 139 II 489 E. 2.2.4). Strittig ist indes die Bewertung der zulässigen Angebote, namentlich der Schlüsselpersonen, nach Massgabe der Zuschlagskriterien.

3.

3.1

Eine Ausschreibung enthält unter anderem – hier relevant – Angaben betreffend Zuschlagskriterien sowie deren Rangordnung oder Gewichtung, wenn keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden (§ 12 lit. m, § 14 lit. i SubmV). Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur, Lehrlingsausbildung (Zuschlagskriterien; vgl. Art. 13 lit. f IVöB i.V.m. § 32 Abs. 1 SubmV). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend («insbesondere»). Der Formulierung und Festlegung von Zuschlagskriterien (und deren Gewichtung) kommt eine umfassende Bedeutung zu. Sie definieren im Voraus verbindlich die «Spielregeln» des Vergabeverfahrens (THOMAS LOCHER/BARBARA OECHSLIN, in: Trüeb, a.a.O., N 5-7zu Art. 29 BöB) und dienen der Bewertung der zulässigen Angebote (BGE 139 II 489 E. 2.2.4). Gemeinden sind als Vergabestellen zwar an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden, verfügen dabei aber über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit und geniessen

somit Autonomie. Das gilt namentlich bei der Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und schliesslich beim Zuschlag selber. In Bezug auf die Zuschlagskriterien besteht ein erheblicher Spielraum der Gemeinden jedenfalls insoweit, als sie einen direkten, sachlichen Bezug zur nachgesuchten Leistung aufweisen (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; 140 I 285 E. 4.1 und 5.2; vgl. für die diesbezügliche Kognitionsbeschränkung: Ziff. 1.3). Das Zuschlagsermessen ist mitunter auch durch die vorgängig festgelegten Zuschlagskriterien beschränkt (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 2013, N 859). Unzulässig sind protektionistische und vergaberechtsfremde Zuschlagskriterien (LOCHER/OECHSLIN, a.a.O., N 10 zu Art. 29 BöB). Hingegen ist es zulässig, bereits als Eignungskriterien geprüfte (graduell abstufbare) Aspekte – namentlich etwa die Qualität – auch als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Dies indem eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium verlangt und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium gewichtet wird (ausführlicher: BGE 139 II 489 E. 2.2.4).

3.2

Die Angebote werden nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft. Es können Dritte als Sachverständige beigezogen werden. Offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler werden berichtigt. Danach wird eine objektive Vergleichstabelle über die Angebote erstellt (§ 28 Abs. 1-3 SubmV; sog. Bewertungsmatrix: DANIEL STUCKI, in: Trüb, a.a.O., N 6 zu Art. 40 BöB). Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann von den Anbieterinnen oder Anbietern Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen (§ 29 Abs. 1 SubmV).

Wie in jedem Verwaltungsverfahren hat auch im Submissionsverfahren hat die Behörde grundsätzlich den erheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, ohne dabei an Vorbringen oder Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Sie wird zwar in der Regel primär auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen abstellen; insbesondere ist die Behörde nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen. Es ist aber auch nicht unzulässig, auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückzugreifen; insbesondere bei lokalen Projekten mit lokalen Anbietern oder innerhalb einer Fachwelt, wo man sich gegenseitig kennt, ist solches Wissen unvermeidlich vorhanden und es ist nicht per se unzulässig, darauf abzustellen (BGE 139 II 489 E. 3.2).

4.

4.1 Bewertung C. __

4.1.1

Als Bauführer listete die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte C. __ (mit einer Verfügbarkeit von 50%; BF-Bel. 9). C. __ ist ausgebildeter Bauschreiner mit Weiterbildungen im betriebswirtschaftlichen Bereich (BG-Bel. 1). Die Beschaffungsstelle erteilte der Zuschlagsempfängerin für die Bauführerschaft vier von ebenso viel möglichen Punkten (BF-Bel. 4), konkret zwei Punkte für die fachliche Qualifikation und je einen Punkt für die gleichwertigen Referenzen sowie die zeitliche Verfügbarkeit (amtl. Bel. 6 [Stellungnahme vom 23. Juli 2021]).

4.1.2

Die Beschwerdeführerin rügt, dass C. __ über keinen Abschluss als dipl. Bauführer bzw. dipl. Baumeister verfüge und ihm die Erfahrung mit gleichwertigen Objekten fehle. Er sei ausgebildeter Schreiner. Bei der Beschwerdeführerin sei er vier Jahre angestellt gewesen, zunächst als Hilfsbauführer, danach als Bauführer. Dabei sei er im Hintergrund stets durch die Geschäftsleitung betreut gewesen. Zuvor sei er im Baggerbetrieb seines Bruders angestellt gewesen, wo er mehrheitlich als Maschinist gearbeitet habe. Selbst wenn in der Folge für die Zuschlagsempfängerin als Bauführer gearbeitet habe, habe er bei der schätzungsweise hauptsächlich im Gartenbaubereich tätigen Zuschlagsempfängerin nicht die erforderliche Erfahrung mit gleichwertigen Objekten sammeln können. Es sei entsprechend nicht ersichtlich, weshalb ihm trotzdem die volle Punktzahl (vier Punkte) zugesprochen worden sei. Die Erfahrung von C. __ könne mit maximal zwei von vier Punkten bewertet werden, wodurch der Zuschlagsempfängerin mindestens zwei Punkte zu viel erteilt worden seien.

4.1.3

Unbestritten ist, dass C. __ über keinen Abschluss einer höheren Berufsbildung verfügt und dieser entsprechend über mindestens fünf Jahre Berufserfahrung als Bauführer verfügen sowie gleichwertige Objekte betreut haben muss. Ob C. __ diese Voraussetzungen erfüllt bzw. es im zulässigen Ermessen der Beschaffungsstelle stand, der Zuschlagsempfängerin diesbezüglich die volle Punktzahl zu gewähren, ist umstritten. Die Beschwerdeführerin spricht C. __ zwar die (Berufs-)Erfahrung als Bauführer resp. mit gleichwertigen Objekten ab. Damit widerspricht sie – wie die Beschaffungsstelle zu Recht entgegenhält – indes sich selbst, bewarb sie den damals noch bei ihr tätigen C. __ in einem anderen Vergabeverfahren im Jahr 2019 noch

als seit 1997 im Beruf tätigen, seit 2016 bei ihr in dieser Funktion tätigen Bauführer mit grossem Erfahrungsschatz (BG-Bel. 1). Dass C.____ bei der Beschwerdeführerin als Bauführer tätig war, ergibt sich aus dessen damaligen Arbeitsvertrag (ZE-Bel. 1). Die anderslautenden Bestreitungen der Beschwerdeführerin – mit denen sie in erster Linie ohnehin bloss eine andere Sichtweise präsentiert, was aber nicht genügt (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 SubmG) – vermögen unter diesen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Dies gilt umso mehr, als dass C.____ sowie dessen fachliche Qualifikation bzw. Erfahrung als Bauführer – wenn auch damals noch als Angestellter der Beschwerdeführerin – der Beschaffungsstelle aus früheren Projekten bereits hinlänglich bekannt war (BG-Bel. 1), was sie ebenfalls berücksichtigen konnte. Sie durfte damit willkürfrei davon ausgehen, dass C.____ die in diesem Vergabeverfahren definierten Bauführer-Anforderungen – nämlich eine mindestens fünfjährige Tätigkeit als Bauführer sowie Erfahrung mit gleichwertigen Objekten – erfüllt, womit auch die Punktevergabe der Beschaffungsstelle (volle Punktzahl) nicht zu beanstanden ist.

4.2 Bewertung D.____

4.2.1

Die Beschwerdeführerin sah in ihrer Offerte als Bauführer D.____ mit einer Verfügbarkeit von 20% vor (BF-Bel. 4). D.____ ist dipl. Bauführer und verfügt über mehr als 20 Jahre Berufserfahrung. Die Beschaffungsstelle erteilte der Beschwerdeführerin für die Bauführerschaft drei von vier möglichen Punkten (BF-Bel. 4). Während sie ihm für die fachliche Qualifikation und die gleichwertigen Referenzen die volle Punktzahl erteilte (zwei und einen Punkt), gewährte sie ihm für die zeitliche Verfügbarkeit keine Punkte (von einem möglichen Punkt; amtl. Bel. 6 [Stellungnahme vom 23. Juli 2021]).

4.2.2

Auch diese Bewertung wird beanstandet. D.____ erfülle die formellen Voraussetzungen (fachliche Ausbildung und Erfahrung) zweifellos. Indes habe die Beschwerdegegnerin zu Unrecht das Kriterium der Erreichbarkeit verneint und lediglich drei von vier möglichen Punkten gewährt. Gemäss Ausschreibung müsse der Bauführer lediglich einmal pro Tag auf der Baustelle verfügbar sein, was mit dem offerierten 20%-Pensum möglich sei. In den Ausschreibungsunterlagen stehe nichts betreffend eine prozentuale Mindestverfügbarkeit.

4.2.3

Strittig ist, ob die Beschaffungsstelle der Beschwerdeführerin für ihren Bauführer zu Recht einen Punkt hat abziehen dürfen, weil dieser lediglich in einem 20%-Pensum für das Projekt vorgesehen ist. Die Frage betrifft die Verfügbarkeit, welche die Beschaffungsstelle mit einem Punkt gewichtete. Vorab ist festzustellen, dass dabei keine rechtsungleiche Gewichtung ersichtlich ist, wurde schliesslich – wie sich vorstehend gezeigt hat – auch der Bauführer der Zuschlagsempfängerin nach demselben Raster beurteilt. Die Beschaffungsstelle verlangte in der Ausschreibung, dass in der Offerte angegeben werde, in welchem Pensum der Bauführer für das Projekt tätig sein werde. Der Bauführer müsse im Übrigen mindestens einmal täglich auf der Baustelle verfügbar sein. Die Beschwerdeführerin stellt sich richtig auf den Standpunkt, dass es ihrem Bauführer D. ___ grundsätzlich auch mit einem 20%-Pensum möglich ist, täglich auf der Baustelle verfügbar zu sein. Das Kriterium der Verfügbarkeit ist aber – wie es die Beschaffungsstelle auch tut – im Kontext dessen Pflichten- bzw. Aufgabenkatalogs und der Baustellengrösse zu betrachten. Der Bauführer trägt – was gerichts-, aber auch parteinotorisch ist – die Hauptverantwortung für die Organisation, Leitung und Überwachung der Baustelle. Er ist erster Ansprechpartner der Bauherrschaft und steht damit zwischen dieser und dem Bauprojekt. Neben der (gemäss Ausschreibung geforderten) mindestens täglichen Anwesenheit auf der Baustelle fallen dem Bauführer damit diverse weitere zu erledigende Aufgaben zu, etwa das Ausmass- und Rapportwesen. Das Projekt umfasst Baumeister- und Belagsarbeiten mit einem finanziellen Gegenwert von über Fr. 6'000'000.–. Daraus schliesst, dass es sich um ein überdurchschnittlich umfangreiches Projekt handelt, was auch Niederschlag in den zeitlichen und fachlichen Anforderungen an den zuständigen Bauführer findet. Entsprechend ist es nicht abwegig, sondern vielmehr nachvollziehbar und schlüssig, wenn die Beschaffungsstelle, gestützt auf gemachte Erfahrungen, selbst bei einem erfahrenen Bauführer davon ausgeht, dass mit einem 20%-Pensum nicht gleichzeitig eine tägliche Anwesenheit sowie eine sach- und zeitgerechte Auseinandersetzung mit den übrigen Verantwortlichkeiten sichergestellt werden kann. Daran ändert im Übrigen auch nichts, dass die Beschaffungsstelle keine «prozentuale Mindestverfügbarkeit» vorgab. Die Vergabe von drei Punkten für die Schlüsselperson Bauführer bzw. die Verweigerung eines Punktes wegen fehlender zeitlicher Verfügbarkeit lag damit im Ermessen der Beschaffungsstelle und ist nicht zu beanstanden.

4.3 Bewertung E. ___

4.3.1

Für die Funktion der Bauführerstellvertreterschaft bestimmte die Beschwerdeführerin in ihrer

Offerte E. ___ in einem 25%-Pensum (BF-Bel. 4). Er ist ausgebildeter Landschaftsgärtner und verfügt seit 2018 zusätzlich über einen Fachhochschulabschluss als Bauingenieur (Hochschule Luzern). Seit April 2020 ist er bei der Beschwerdeführerin angestellt und als Bauführer mit Baustellenverantwortung im Einsatz. Die Beschaffungsstelle gewährte dafür null (von zwei) Punkten (BF-Bel. 4), d.h. sowohl für die fachliche Qualifikation als auch für gleichwertige Referenzen von je einem möglichen jeweils null Punkte (amtl. Bel. 6 [Stellungnahme vom 23. Juli 2021]).

4.3.2

Hinsichtlich der Bewertung von E. ___, stellvertretender Bauführer bei der Beschwerdeführerin, moniert diese, dass er dipl. Bauingenieur FH und seit April 2020 als Bauführer mit Baustellenverantwortung angestellt sei. Seine Ausbildung sei als gleich- oder höherwertig anzusehen und er verfüge über mehr als ein Jahr Berufserfahrung, weshalb er nicht mit null von zwei, sondern der vollen Punktzahl, eventualiter mindestens einem Punkt zu bewerten sei. Daran ändere auch nichts, dass die Beschwerdeführerin für E. ___ kein eigenes Personalblatt eingereicht habe. Die Ausbildung sei aus dem eingereichten Baustellen-Organigramm ersichtlich. Ausserdem kenne der im Auftrag für die Beschwerdegegnerin tätige F. ___ der G. ___ AG die Ausbildung und Erfahrung von E. ___, da er mit diesem bereits beim Projekt «Trennsystem Aufbahrungshalle / Sanierung Flurstrasse Klostermatte, Stans» geschäftlich zu tun gehabt habe. Ohnehin sei es überspitzt formalistisch, wenn aufgrund des fehlenden Referenzblatts null Punkt erteilt würden. Vielmehr wäre in diesem Fall nach Auffassung der Beschwerdeführer eine Nachfrist anzusetzen bzw. Erläuterungen im Sinne von § 29 Abs. 1 Submissionsverordnung (SubmV; NG 612.11) zu verlangen gewesen. Die Beschwerdeführerin reicht sodann ein Referenzblatt für E. ___ ein; dieser verfüge über die erforderliche Erfahrung (BF-Bel. 11).

4.3.3

Die Beschaffungsstelle verlangte in ihrer Ausschreibung in fachlicher Hinsicht zunächst, dass der Bauführer-Stellvertreter über eine höhere Berufsbildung als dipl. Bauführer oder dipl. Baumeister abgeschlossen hat. E. ___ verfügt über einen Abschluss als Bauingenieur FH. Die Beschaffungsstelle hält zurecht entgegen, dass sich die Ausbildung eines Bauingenieurs grundsätzlich von derjenigen eines Bauführers unterscheidet. Während der Bauingenieur hauptsächlich auf die planerischen Aspekte und deren Umsetzung fokussiert ist, liegt das Hauptaugenmerk des Bauführers auf der Projekt- und Baustellenorganisation. Die Ausbildung von E. ___ ist damit nicht gleichwertig zum gemäss Ausschreibung Geforderten (dipl. Bauführer oder dipl. Baumeister) zu betrachten, womit er im hier relevanten Sinn als «Bauführer ohne Abschluss»

gilt. Um trotz fehlendem Abschluss Punkte zu erzielen, muss der abschlusslose Bauführer aber mindestens drei Jahre Berufserfahrung als Bauführer aufweisen und gleichwertige Objekte betreut haben. E.____ arbeitet erst seit dem Jahr 2020 (erstmalig) als Bauführer mit Baustellenverantwortung. Damit fehlt ihm offensichtlich die gemäss Ausschreibung für einen Bauführer ohne Abschluss erforderliche Erfahrung. Es war ihm bereits aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen, drei oder mehr Jahre Berufserfahrung als Bauführer von gleichwertigen Projekten zu sammeln. Dass die Beschaffungsstelle der Beschwerdeführerin darum aufgrund der fehlenden fachlichen Qualifikation bzw. der fehlenden Erfahrung für die Person des Bauführer-Stellvertreters null Punkte gewährte, ist nachvollziehbar, steht in Einklang mit den in der Ausschreibung definierten Kriterien und ist dementsprechend nicht zu beanstanden. An diesem Ergebnis vermag überdies auch das erst nachträglich aufgelegte Referenzblatt nichts zu ändern. Damit kann offenbleiben, ob die Beschaffungsstelle bei der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 29 SubmV Erläuterungen bezüglich der Eignung respektive Erfahrung ihres Bauführer-Stellvertreters einzuholen gehabt hätte.

In beweisrechtlicher Hinsicht ist im Zusammenhang mit E.____ zu ergänzen, dass sich bei dieser Ausgangslage die von der Beschwerdeführerin beantragte Zeugeneinvernahme von F.____ erübrigt. Der Beweisantrag ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (Art. 53 VRG i.V.m. Art. 152 ZPO; Art. 42 Abs. 1 VRG), kann sich das Gericht seine Überzeugung doch bereits gestützt auf die eingereichten Urkundenbeweise – namentlich das Referenzblatt – bilden, ohne dass eine Befragung von Reto Zweili etwas daran ändern würde (zur Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung: RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, N 653, u.a. unter Verweis auf BGE 144 II 427 E. 3.1.3). Unbeachtlich bleibt auch die Noveneingabe der Beschaffungsstelle vom 18. Oktober 2021 betreffend die Kündigung von E.____. Diese betraf eine nachträgliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, welche hier aber unmassgeblich ist (vgl. Art. 92 VRG) und damit unbeachtlich bleibt (Urteil des Bundesgerichts 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 2.5.1).

4.4 Ungleichbehandlung

Die Beschwerdeführerin sieht den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt (Art. 11 lit. IVöB). Die Beschaffungsstelle habe die Anbieterinnen ungleich behandelt. Sie leitet dies im Wesentlichen daraus ab, dass «[f]ür die Qualifikation von C.____ (Schreiner) zu viele Punkte gewährt [wurden], während für die Bauführer mit abgeschlossener Berufsausbildung der Beschwerdeführerin massiv zu wenig Punkte verteilt wurden» (amtl. Bel. 1 [Beschwerde] Ziff. 34 S. 13 f.). Die Rüge ist unbegründet. Bereits aus der Ausschreibung erhellt, dass die Berufsausbildung nicht der

einzig relevante Vergleichsfaktor darstellt. Wie sich gezeigt hat, bewertete die Beschaffungsstelle die Bauführer bzw. Bauführer-Stellvertreter basierend zudem auf einem einheitlichen, nachvollziehbaren Punkteraster (vgl. Ziffn. 4.1-4.3). Inwiefern dabei eine unzulässige Ungleichbehandlung stattgefunden hätte, ist nicht ersichtlich.

5.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 12. Juli 2021 ist somit unbegründet und vollumfänglich abzuweisen.

Die aufschiebende Wirkung – welche hier mit Verfügung P 21 10 vom 22. Juli 2021 erteilt wurde – bezweckt als ein Institut des vorläufigen Rechtsschutzes die Erhaltung des bestehenden Zustandes bzw. den Schutz bedrohter Interessen für die Dauer des Verfahrens; sie hat rein vorläufigen Charakter und fällt mit dem Endentscheid ohne weiteres dahin (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., N 3246 unter Verweis auf BGE 139 IV 314 E. 2.3.3; Regina Kiener, in: Bertschi et al. [Hrsg.], Kommentar VRG/ZH, 3. A., 2014, N 43 zu § 25 VRG/ZH).

6.

6.1

Die Kosten des Verwaltungsverfahrens umfassen die amtlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die Parteientschädigung (Art. 115 VRG). Die Festlegung der amtlichen Kosten sowie der Parteientschädigung im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Prozesskostengesetz (PKoG; NG 261.2 [Art. 116 Abs. 3 VRG]).

6.2

Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht beträgt die Gebühr Fr. 100.– bis Fr. 7'000.– (Art. 17 PKoG).

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren – inklusive dem Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung P 21 10 – wird ermessensweise (Art. 2 Abs. 1 PKoG), namentlich mit Blick auf die grosse wirtschaftliche Bedeutung der Sache für die Parteien, auf Fr. 5'000.– festgesetzt und vollumfänglich der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Gebühr wird mit dem Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe verrechnet und ist bezahlt.

6.3

Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen (Art. 123 Abs. 2 VRG). Die Entschädigung einer Partei, die nicht berufsmässig vertreten ist, umfasst eine angemessene Umtriebsentschädigung, insbesondere für den Arbeitsaufwand und das notwendige Erscheinen vor einer Instanz, sowie der Ersatz der notwendigen Auslagen (Art. 30 PKoG). Indes werden Beschwerdeverfahren i.d.R. durch die Dispositionsmaxime beherrscht; findet die Dispositionsmaxime Anwendung, besteht eine Bindung an die Parteianträge (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., N 1243 ff.). Hinsichtlich den Entschädigungsfolgen ist dies im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren der Fall (Art. 74 Abs. 1 Ziff. 2 VRG; vgl. etwa den publ. Entscheid des Verwaltungsgerichts Nidwalden VA 20 14 vom 22. Februar 2021 E. 5.3).

Die unterliegende Beschwerdeführerin ist nicht entschädigungsberechtigt (Art. 123 Abs. 2 VRG). Die obsiegenden Parteien beschränkten sich mit ihren (sinngemässen) Anträgen auf die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Eine (Umtriebs-)Entschädigung beantragte (oder bezifferte) die Zuschlagsempfängerin trotz entsprechender Aufforderung (amtl. Bel. 12) nicht. Der Beschaffungsstelle steht grundsätzlich keine Parteientschädigung zu (Art. 123 Abs. 4 VRG). Entschädigungen sind demzufolge keine zu sprechen.

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 12. Juli 2021 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt und vollumfänglich der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Gebühr wird mit dem Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe verrechnet und ist bezahlt.
3. Es werden keine Umtriebs- oder Parteientschädigungen gesprochen.
4. [Zustellung]

Stans, 15. November 2021

VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN

Verwaltungsabteilung

Die Präsidentin

lic. iur. Livia Zimmermann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. i. V. m. Art. 90 ff. BGG), sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG e contrario). Andernfalls kann der Entscheid mittels einer subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden (Art. 113 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.