

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2022 12

Zwischenbescheid vom 19. Januar 2022

Im Hauptverfahren III 2021 221

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
lic.iur. Karl Gasser, Richter
Irene Thalmann, Richterin
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

IG A. _____, bestehend aus: B. _____ AG und
C. _____ AG, vertreten durch B. _____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Baudepartement, Postfach 1250, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Ingenieurarbeiten Phasen
41/51/52/53 "2 / Merlischachen - Sumpf, Küssnacht [km 10.500
bis km 12.000]"; Verfahrensausschluss; aufschiebende Wirkung)

Sachverhalt:

A. Im Amtsblatt Nr. 40 vom 8. Oktober 2021 (S. 2748 f.) und gleichentags auf der Plattform www.simap.ch schrieb der Kanton als Auftraggeber in einem offenen Verfahren, dem Staatsvertragsbereich unterliegend, unter dem Projekttitel "2 / Merlischachen - Sumpf, Küssnacht" einen Dienstleistungsauftrag aus (Gemeinschaftsvokabular: CPV 71300000, Dienstleistungen von Ingenieurbüros). Angebote waren bis zum 17. November 2021 einzureichen.

Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 22. November 2021 gingen innert Frist zwei Angebote ein, nämlich von der E. _____ AG, Schwyz, sowie der IG A. _____, bestehend aus der B. _____ AG und der C. _____ AG (Ordner Vorakten Reg. 4).

B. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2021 erteilte das Baudepartement den Zuschlag an die E. _____ AG zum Nettopreis von Fr. 669'463.20 inkl. MwSt. Dies mit der Begründung: "Im Sinne von § 31 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 erfolgte die Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot der im Wettbewerb verbleibenden Angebote. Ausschlaggebend waren die Qualität der Offerte bestehend aus einer Kombination der guten Auftragsanalyse und den guten Schlüsselpersonen mit adäquaten Referenzprojekten. Ein Angebot musste vom Wettbewerb ausgeschlossen werden" (Ordner Vorakten Reg. 7).

Die Bekanntgabe der Zuschlagserteilung an die IG A. _____ war ergänzt um die Verfügung, dass sie vom Wettbewerb ausgeschlossen worden sei. Das geforderte Eignungskriterium 2 sei nicht erfüllt, weshalb ihr Angebot gestützt auf § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB vom Wettbewerb auszuschliessen sei (Ordner Vorakten Reg. 7).

C. Am 20. Dezember 2021 erhebt die B. _____ AG für eine IG D. _____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Submissionsbeschwerde mit den Anträgen:

1. Die Verfügung - Arbeitsvergabe und Ausschluss vom Wettbewerb sei aufzuheben und die IG D. _____, c/o B. _____ AG sei zum Wettbewerb zuzulassen.
2. Die Eignungskriterien bei der Schlüsselperson Gesamtleiter (EK 2.1) sind zu berücksichtigen.
3. Die Eignungskriterien bei der Schlüsselperson Bauleiter (EK 2.2) sind zu berücksichtigen.

4. Es soll bezüglich wirtschaftlich günstigsten Angebotes eine Neubeurteilung stattfinden.

D. Mit Verfügung vom 24. Dezember 2021 wurde der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt. Der Vorinstanz wurde zur Vernehmung und Akteneinreichung Frist bis 13. Januar 2022 angesetzt; die E. _____ AG als Zuschlagsempfängerin wurde eingeladen, durch Einreichung einer Vernehmung innert derselben Frist dem Verfahren als Beigeladene beizutreten. Alle Beteiligten wurden aufgefordert, sich zur Akteneinsicht zu äussern.

Mit der Kostenvorschussverfügung vom 24. Dezember 2021 wurde die Beschwerdeführerin 'IG D. _____' aufgefordert mitzuteilen, wie die Interessengemeinschaft laute (gemäss Vergabeverfügung 'IG A. _____', gemäss Beschwerdeschrift 'IG D. _____') und wer Mitglied sei. Da es sich bei der IG um eine notwendige Streitgenossenschaft handle, müsse die Beschwerde von allen Mitgliedern unterzeichnet sein oder es müssten entsprechende Vollmachten vorliegen. Die Eingabe sei entsprechend zu verbessern. Andernfalls werde auf die Beschwerde nicht eingetreten.

E. Mit Schreiben vom 3. Januar 2022 teilt die C. _____ AG mit, sie und die B. _____ AG bildeten zusammen die IG A. _____, nicht IG D. _____. Gleichzeitig erteilte sie der B. _____ AG die uneingeschränkte Vollmacht, die IG A. _____ zu vertreten (VG-act. 05).

F. Mit Vernehmung vom 12. Januar 2022 beantragt das Baudepartement:

1. Der Beschwerde vom 20. Dezember 2021 sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.
2. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werde.
3. Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

G. Innert Frist reicht die Zuschlagsempfängerin keine Vernehmung ein, womit sie auf einen Verfahrensbeitrag als Beigeladene verzichtet hat.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Der Submissionsbeschwerde kommt von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 17 Abs. 1 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001). Die Beschwerdeinstanz kann jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet

erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB).

Die Beschwerdeführerin stellte mit Beschwerde vom 20. Dezember 2021 keinen Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 24. Dezember 2021 wurde diese - praxisgemäss (vgl. unten Erw. 2.1) - von Amtes wegen einstweilen bis auf Widerruf erteilt (vgl. Art. 17 Abs. 2 IVöB). Die Vorinstanz beantragt vernehmlassend den umgehenden Entzug der aufschiebenden Wirkung. Gegenstand des vorliegenden Zwischenbescheides bildet allein dieser Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung. Mithin ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen hierzu gegeben sind.

1.2 Über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (§ 42 Abs. 3 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP, SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Das Nämliche gilt für den von der Vorinstanz beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung. Nachdem die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige Gerichtskammer III zeitnah tagt, ist über den Antrag in Kammerbesetzung und nicht durch den Einzelrichter zu befinden (vgl. betreffend die konkurrierende Zuständigkeit nach § 23 Abs. 2 VRP: VGE III 2014 2 vom 7.1.2014 Erw. 1.5 mit Hinweis auf EGV-SZ 1982 Nr. 1 Erw. 2).

2.1 Einer Beschwerde kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn sie offensichtlich unbegründet ist. Mit diesem Erfordernis soll verhindert werden, dass offensichtlich unbegründete Rechtsmittel dazu verwendet werden, die Durchführung einer Beschaffung hinauszuzögern (BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3c; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 1342).

Das Kriterium der ausreichenden Begründung verlangt eine prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage. Diese Würdigung erfolgt - praxisgemäss und soweit der Mangel nicht geradezu offensichtlich ist - nicht unmittelbar nach Eingang der Beschwerde, sondern nach einstweiliger Erteilung der aufschiebenden Wirkung bis auf Widerruf hin auf entsprechenden Antrag zum Entzug der aufschiebenden Wirkung. Dem Antrag auf Entzug ist statt zu geben, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten oder sie abzuweisen ist.

2.2.1 Sind hingegen Erfolgchancen der Beschwerde vorhanden oder bestehen darüber Zweifel, bedarf es einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (VPB 66.37 Erw. 2e; BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3a). Es gilt dabei einerseits zu beachten, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung

der erwähnten Verwirklichung eines ausreichenden Rechtsschutzes dient. Ausgangspunkt ist mithin die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen, die das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (vgl. VPB 69.80 Erw. 2c; VPB 66.37 Erw. 2c). Dem Interesse der Auftraggeberin ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Wird die aufschiebende Wirkung nicht erteilt und ist der Vertrag bereits abgeschlossen, ist nämlich nurmehr ein Feststellungsentscheid möglich (Art. 18 Abs. 2 IVöB; BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3a). Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht, in welchen das Gericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreift (VGE III 2020 105 vom 21.12.2020 Erw. 1.4.3; BGE 141 II 353 Erw. 3; BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3c). Gleiches gilt analog auch bei der Festlegung der Eignungskriterien (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 und 564; EGV-SZ 2003 B. 1.3).

2.2.2 Der Umstand, dass die aufschiebende Wirkung nicht ex lege gilt, gebietet nicht, die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung (BEZ 1999, Nr. 9 Erw. 1c; VPB 66.37 Erw. 2c; BR 4/99, S. 149 Nr. S 53). Dabei soll aber die aufschiebende Wirkung nur bei Vorliegen guter Gründe gewährt werden, kommt doch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein gewisses Gewicht zu (vgl. Verfügung BGer 2C_717/2020 vom 6.10.2020; VGE III 2021 15 vom 27.1.2021 Erw. 2.3.2).

2.2.3 Das öffentliche Interesse ist vornehmlich in einer möglichst verzögerungsfreien Beschaffung zu sehen. Soweit zeitliche Dringlichkeit geltend gemacht wird, darf darauf in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen unzureichenden Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (BEZ 2001, Nr. 39 Erw. 3b). Schon bei der Planung ist zu bedenken, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird (BR 4/99, S. 149, S. 53). Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens sind nach Möglichkeit langfristig genug zu planen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328; VPB 62.79 Erw. 3c; betr. zeitliche Dringlichkeit siehe auch EGV-SZ 2005 B 1.4 und 1.5).

2.2.4 Die Interessen einer beschwerdeführenden Partei liegen in der Chancenerhaltung im Hinblick auf den Zuschlag, die des Zuschlagsempfängers in einem baldigen Vertragsabschluss (BEZ 1999, Nr. 2 Erw. 1c; zur aufschiebenden Wir-

kung im Submissionsverfahren: VGE 1024/05Z vom 30.6.2005 Erw. 2). Diesbezüglich hält die bundesgerichtliche Praxis fest, dass dieses wirtschaftliche Interesse der Beschwerde führenden Partei für sich allein zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht genügt, ausser wenn bei provisorischer Einschätzung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Beschwerde spricht oder wenn Umstände aufgezeigt werden, welche klar gegen die im Submissionsverfahren grundsätzlich zu vermutende Dringlichkeit bei der Umsetzung des Vergabeentscheides sprechen (Verfügungen BGer 2C_717/2020 vom 6.10.2020; 2C_1086/2017 vom 17.1.2018 Erw. 3.2; 2C_994/2016 vom 17.11.2016 Erw. 2.1; VGE III 2021 15 vom 27.1.2021 Erw. 2.3.3).

2.3 Es gilt damit in einem ersten Schritt eine prima-facie-Würdigung der Eintretensvoraussetzungen und der materiellen Rechtslage vorzunehmen; ergibt diese, dass auf Nichteintreten oder Abweisung der Beschwerde zu befinden ist, ist dem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung statt zu geben. Andernfalls ist in einem zweiten Schritt die erwähnte Interessenabwägung vorzunehmen und dem Antrag dann statt zu geben, wenn das öffentliche Interesse am raschen Vollzug des Vergabeentscheides überwiegt (VGE III 2021 85 vom 31.5.2021 Erw. 2.4; VGE III 2021 15 vom 27.1.2021 Erw. 2.4;

3. Was die Eintretensvoraussetzungen anbelangt, so kann das Folgende festgehalten werden:

3.1 Auf die Ausschreibung hin hat eine 'IG A. _____' ein Angebot eingereicht. Submissionsbeschwerde hat die B. _____ AG namens einer 'IG D. _____' eingereicht. Unabhängig vom Namen der Interessengemeinschaft handelt es sich bei dieser um eine notwendige Streitgenossenschaft, weshalb eine Submissionsbeschwerde von sämtlichen Mitgliedern entweder zu unterzeichnen ist oder es ist eine entsprechende Vollmacht vorzulegen.

Mit Schreiben der C. _____ AG vom 3. Januar 2022 konnte klargestellt werden, dass die 'IG A. _____' Beschwerdeführerin ist, dass diese aus den beiden Mitgliedern B. _____ AG und C. _____ AG besteht, und dass letztere die B. _____ AG zur Vertretung der IG A. _____ bevollmächtigt hat.

3.2 Gegen Verfügungen der Vergabebehörde kann innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung schriftlich und begründet Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erhoben werden (Art. 15 Abs. 2 IVöB; § 3 KRB über den Beitritt des Kantons Schwyz zur IVöB).

Dass die Beschwerdeführerin das Rechtsmittel schriftlich und begründet innert 10 Tagen seit Mitteilung des Vergabeentscheides beim hierfür zuständigen Ge-

richt eingereicht hat (Versand angefochtene Verfügung 13.12.2021; Beschwerdeeinreichung vom 20.12.2021), ist zu Recht unbestritten.

3.3.1 Die Beschwerdelegitimation setzt bei der Submissionsbeschwerde nicht nur voraus, dass die Partei von der angefochtenen Verfügung direkt betroffen ist (etwa weil sie sich durch Offertstellung am Verfahren beteiligt hat), sondern gemäss Rechtsprechung darüber hinaus auch, dass die Stellung der Beschwerdeführenden Partei durch eine Beschwerdeguthesung unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 Erw. 1.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 Erw. 5).

3.3.2 Auf die Ausschreibung im offenen Verfahren hin haben zwei Anbieter ein Angebot eingereicht. Die Beschwerdeführerin wurde infolge Nichterfüllung eines Eignungskriteriums vom Verfahren ausgeschlossen; den Zuschlag erhielt die andere Anbieterin.

Die Beschwerdeführerin rügt einzig, sie sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Dringt sie mit ihrer Beschwerde durch, muss ihr Angebot in die Auswertung der beiden Offerten einbezogen werden. Da die Beschwerdeführerin das günstigere Angebot eingereicht hat (gemäss Offertöffnung Fr. 588'106.60 vs. Fr. 669'463.20) und das Zuschlagskriterium 'Preis' mit 50% gewichtet wurde, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Zuschlag beim Obsiegen der Beschwerdeführerin ihr zu erteilen ist.

3.4 Im Rahmen der prima-facie-Würdigung sind damit keine Gründe ersichtlich, wonach die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt wären.

4. Als nächstes gilt es, eine prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage vorzunehmen; ergibt diese, dass auf Abweisung der Beschwerde zu befinden wäre, ist dem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung statt zu geben.

4.1.1 Gemäss Verfügung vom 13. Dezember 2021 wurde die Beschwerdeführerin gestützt auf § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie das Eignungskriterium 2 nicht erfüllt habe.

4.1.2 Die Ausschreibungsunterlage Dokument B Ziff. 1.5 nennt als Ausschlussgrund die Nichterfüllung der aufgeführten Eignungskriterien, wobei als Nachweise nur abgeschlossene Projektphasen bewertet würden, welche den hier ausgeschrieben entsprächen (Ordner Vorakten Reg. 2). Ausgeschrieben waren die Projektphasen 41, 51, 52 und 53 (Ordner Vorakten Reg. 2 Dokument D).

Aufgeführt sind drei Eignungskriterien EK 1 bis 3. EK 2 lautet 'Qualifikation der Schlüssel- und Fachpersonen' und verlangt den folgenden Nachweis von Fachkompetenz und Erfahrung innerhalb der letzten 8 Jahre für folgende Personen:

EK2.1 Gesamtleiter/in Nachweis von Fachkompetenz und Erfahrung als Gesamtleiter in der Projektierung und Realisierung von Hauptverkehrsstrassen in vergleichbarer Grössenordnung, Komplexität und die Bauarbeiten haben unter Verkehr stattgefunden. Der Nachweis ist innerhalb der letzten 8 Jahre mit 1 Referenzprojekt mit den aufgeführten Mindestanforderungen in der Projektierung und Realisierung zu erbringen.

Er/Sie muss sich in Hochdeutsch mündlich und schriftlich gut ausdrücken können und muss einen diplomierten Bauingenieurtitel haben.

Die Referenzen decken mindestens folgende Anforderungen ab. Strassenbauprojekt (Belag und Oberbau, Strassenentwässerung, Strassenbeleuchtung, Werkleitungsbau, Bauen und Verkehr) Bausumme mind. 2.0 Mio.

EK2.2 Bauleiter/in (identisch Gesamtleiter/in, ausser, dass neben einem dipl. Bauingenieurtitel auch ein Bauleiter EFZ nachgewiesen werden kann)

EK2.3 Projektleiter Projektierung

Nachweis von Fachkompetenz und Erfahrung in der Projektierung und Realisierung von Strassen. Der Nachweis ist innerhalb der letzten 8 Jahre mit 1 Referenzprojekt mit den ausgeführten Mindestanforderungen in der Projektierung und Realisierung zu erbringen.

Er/Sie muss sich in Hochdeutsch mündlich und schriftlich gut ausdrücken können und muss einen diplomierten Bauingenieurtitel haben.

Die Referenzen decken mindestens folgende Anforderungen ab. Strassenbauprojekt (Belag und Oberbau, Strassenentwässerung, Strassenbeleuchtung, Werkleitungsbau, Bauen und Verkehr) Bausumme mind. 2.0 Mio.

4.1.3 Der Ausschluss wird durch die Vorinstanz damit begründet, dass im Angebot der Beschwerdeführerin beim Gesamtleiter (EK2.1) das Referenzprojekt "Ausbau A. _____ strasse" mit den Jahren 2008 - 2013 angegeben worden sei. Die Angaben seien falsch, effektiv sei die Abnahme des Projekts bereits am 19. Oktober 2011 erfolgt und sei damit vor mehr als 8 Jahren abgeschlossen worden. Die Vorgabe des Referenzprojektes sei damit nicht erbracht. Das nämliche Referenzprojekt sei auch für den Bauleiter (EK2.2) aufgeführt worden. Zusätzlich wurde zu EK2.2 ausgeführt, dass ein Projekt der Grössenordnung von 7.5 Mio. Franken als Bauleiter-Referenz mit einem Aufwand von 28 Std. in Phase

52 den Anforderungen des Auftraggebers nicht entspreche (Ordner Vorakten Reg. 7).

4.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Nichterfüllung der Eignungskriterien. Die Darstellung der Vorinstanz, das Referenzprojekt sei am 19. Oktober 2011 abgenommen worden, sei falsch. Durch den Baumeister hätten noch diverse Arbeiten ausgeführt werden müssen, so dass die Schlussprüfung effektiv am 7. Oktober 2014 erfolgt sei. Der Schlussbericht datiere vom 6. Februar 2015. Der Abschluss einer Baustelle resp. Abschluss der SIA-Phase 53 gemäss SIA 103 werde wie folgt definiert: Bauwerk übernommen und in Betrieb genommen; Schlussabrechnung abgenommen; Mängel behoben. Gemäss SIA 103 werde in der Phase 52 folgendes Ziel formuliert: Bauwerk gemäss Pflichtenheft und Vertrag erstellt. Somit werde die Abnahme des Bauwerkes der Phase 52 zugeordnet. Die Leistungen für Organisation und Überwachung der Mängelbehebung sei Bestandteil der Phase 53. Die Schlussabnahme habe am 7. Oktober 2014 stattgefunden und der Schlussbericht datiere vom 6. Februar 2015. Damit erfülle das Referenzprojekt die Vorgaben bezüglich der letzten 8 Jahre.

Was den Vorwurf der 28 Std. des Bauleiters für die SIA-Phase 52 anbelangt, betont die Beschwerdeführerin, bei der SIA-Phase 52 (örtliche Bauleitung) handle es sich um einen wesentlichen Teil des Referenzprojekts Bauleiter. Bei der tabellarischen Auflistung der Stunden stünden der Administration primär die gesamten Stunden pro Person zur Verfügung. Es sei schwierig die Aufwendungen auf die Jahre und Phasen zuzuteilen. Vorliegend handle es sich offensichtlich um einen Schreibfehler, da die Phasen übergreifend gewesen seien. Im Jahr 2021 [recte wohl 2012] müsse es heissen: Phase 33-52. Das Spezielle an der referenzierten Baustelle sei gewesen, dass sich die Phase 53 über mehrere Jahre hinausgezogen habe.

4.3 Laut Vorinstanz muss die Beschwerde im Rahmen der prima-facie-Würdigung wenig Aussicht auf Erfolg haben. Die Objektabnahme des genannten Referenzprojektes sei offensichtlich bereits am 19. Oktober 2011 erfolgt, was die Vorinstanz als Bauherrin des genannten Referenzobjektes ohne weiteres beurteilen könne. Entscheidend für die Berechnung des Fristbeginns von Referenzprojekten sei nach allgemeinem Verständnis die Werkabnahme, denn damit ende die Erbringung des Know-hows, das für die Referenz relevant sei. Dies liege vorliegend mehr als 8 Jahre zurück. Die Phase 52 (Ausführung) und damit die wesentlichen Arbeiten seien vor mehr als acht Jahren abgeschlossen gewesen. Am 7. Oktober 2014 sei nach Ablauf der ordentlichen Garantiezeit lediglich die Schlussabnahme erfolgt. Mit den Werkplänen, datierend vom 13. Januar 2013, und dem verzögert abgegebenen Schlussbericht vom 6. Februar 2015 sei lediglich noch das Projekt

dokumentiert worden. Im Referenzbeschrieb sei denn auch für 2014 und 2015 keine Arbeitsstunde ausgewiesen.

4.4.1 Es ist vorzuschicken, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip gilt; eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich etwa bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln auf (EGV-SZ 2006 B 11.1 und B 11.2).

Beachtlich ist des Weiteren, dass die Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Submissionsverfahren eine beschränkte ist. Dies geht einmal aus Art. 16 Abs. 2 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle) (EGV-SZ 2003 B 1.3).

Zudem kommt der Vergabebehörde im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu, dies nicht nur bei der Auswahl und Gewichtung der Eignungs- und Zuschlagskriterien (vgl. VGE III 2015 239 vom 21.4.2016 Erw. 4.4.3), sondern insbesondere auch in der Phase der Würdigung und des Vergleichs der Angebote (BGE 141 II 353 Erw. 3; 141 II 14 Erw. 8.3). Die qualitative Bewertung eines Angebotes ist mitunter zweifelsohne schwierig. Es liegt im weiten Ermessen der Vergabebehörde, fall- und objektbezogen die massgeblichen Eignungs- und Zuschlagskriterien zu bestimmen, zu gewichten und anzuwenden. Der Vergabeentscheid muss jedoch nachvollziehbar und überprüfbar sein. Das Gericht greift vor allem dann ein, wenn angewandte Kriterien nicht sachlich sind, die Gewichtung willkürlich ausfällt und der Bewertung falsche Sachverhaltsannahmen zugrunde liegen (vgl. VGE III 2019 205 vom 20.3.2020 Erw. 3.2 m.w.H.). Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde insgesamt grundsätzlich zurückhaltend und nicht frei (BGE 141 II 14 Erw. 2.3; EGV-SZ 2010 B 11.1 Erw. 1.3; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 3.2). Es sind in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen der Verwaltung zu beurteilen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 80 N 1). Das Gericht hat sich deshalb bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Das Gericht kann nur im Falle von Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens seitens der Vergabebehörde einschreiten, was praktisch einer beschränkten Willkürprüfung gleichkommt. Im Ergebnis muss die Auswertung in jedem Fall nachvollziehbar sein (VGE III 2020 105 vom 21.12.2020 Erw. 1.4.3; VGE III 2019 101 vom 24.10.2019 Erw. 2.5.1; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.4; VGE III 2016 46 vom 29.5.2017 Erw. 4.9).

4.4.2 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 Erw. 7.1). Allerdings gilt es den zuvor erwähnten, grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu beachten, was durch die Beschwerdeinstanz im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle nicht unter dem Titel der Auslegung überspielt werden darf (Urteil BVGer B-3527/2020 vom 13.8.2020 Erw. 5.5.2 mit Hinweis auf das Urteil BGer 2D_52/2011 vom 10.2.2012 Erw. 3.2).

4.4.3 Gemäss Definition des Eignungskriteriums EK2 (Qualifikation der Schlüssel- und Fachpersonen) musste der Nachweis von Fachkompetenz und Erfahrung *innerhalb* der letzten 8 Jahre erbracht werden (Hervorhebung nicht im Original). Weiter wurde festgehalten, dass als Nachweis nur abgeschlossene Projektphasen bewertet würden, welche den im Projekt ausgeschriebenen entsprechen würden (vgl. oben Erw. 4.1.2). Die Ausschreibung erfolgte im Oktober 2021; mithin war der Nachweis für die Zeit seit Oktober 2013 zu erbringen.

Für den Gesamtleiter nannte die Beschwerdeführerin als Referenzprojekt den A._____strasse', dessen Bearbeitungsdauer von 2008 bis 2013 gedauert habe. Die Aufwendungen des Gesamtleiters, aufgeschlüsselt nach Jahr, Phase und Stunden, wurden wie folgt angegeben (Offerte Beschwerdeführerin; Ordner Vorakten Reg. 6):

Jahr	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Phase	31	32	33/41	51	52/53	53
Std.	190	365	370	275	55	10

Daraus erhellt, dass - wenn überhaupt - der Gesamtleiter der Beschwerdeführerin innerhalb der letzten 8 Jahre höchstens 10 Stunden im Rahmen der Phase 53 (Inbetriebnahme, Abschluss) für das Referenzprojekt gearbeitet hatte.

Das nämliche Bild zeigt sich für den Bauleiter der Beschwerdeführerin, für welchen sie das gleiche Referenzprojekt eingereicht hat. Er leistete hierfür:

Jahr	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Phase	31	32	33/41	51	52/53	53
Std.	218	353	750	35	28	25

Auch der Bauleiter kann damit innerhalb der letzten 8 Jahre höchstens 25 Stunden im Rahmen der Phase 53 (Inbetriebnahme, Abschluss) nachweisen.

4.4.4 Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, der Projektabschluss sei erst mit SIA-Phase 53 gegeben. Diese setze die Schlussabnahme voraus und diese sei erst am 7. Oktober 2014 erfolgt, mithin innerhalb der letzten acht Jahre (vgl. oben Erw. 4.2). Damit aber vermag sie prima facie nicht nachzuweisen, dass die Beurteilung der Vorinstanz geradezu willkürlich wäre. Im Gegenteil.

Als Nachweis sind gemäss Ausschreibung nur abgeschlossene Projektphasen zu bewerten. Die erforderliche Fachkompetenz und Erfahrung muss sodann für die Zeit innerhalb der letzten 8 Jahre nachgewiesen sein. Innerhalb der letzten 8 Jahre kann der Gesamtleiter der Beschwerdeführerin aber höchstens 10 Std. Fachkompetenz/Erfahrung der Phase 53 und somit weniger als 1% seiner für das Referenzprojekt geleisteten Gesamtaufwendungen nachweisen, der Bauleiter höchstens 25 Std. oder weniger als 2%. Die hier wesentlichen Phasen 41, 51 und 52 wurden allesamt vor dem achtjährigen Zeitraum abgeschlossen.

Damit aber ist es prima facie nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zur Beurteilung gelangt ist, die Beschwerdeführerin vermöge mit dem genannten Referenzprojekt weder für den Gesamtleiter noch für den Bauleiter den Nachweis zu erbringen, durch innerhalb der letzten 8 Jahren abgeschlossene Projektphasen 41, 51, 52 und 53 die erforderliche Fachkompetenz und Erfahrung geleistet zu haben. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin war gemäss den Eignungskriterien nicht ein Projektabschluss innerhalb der letzten 8 Jahre gefordert, sondern der Nachweis von Fachkompetenz und Erfahrung in der Projektierung und Realisierung (vgl. oben Erw. 4.1.2). Die von der Vorinstanz vorgenommene Anwendung des definierten Eignungskriteriums EK2 liegt im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens; Willkür liegt nicht vor. Entsprechend ist das Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe das Eignungskriterium 2 nicht erfüllt, nicht zu beanstanden. Folglich erscheint der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren im Rahmen der prima-facie-Würdigung als rechters.

4.5 Ergibt die prima-facie-Würdigung, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin rechters war, so dass auf Abweisung der Beschwerde zu befinden ist, ist dem Antrag der Vorinstanz auf Entzug der aufschiebenden Wirkung statt zu geben. Es erübrigt sich, in einem zweiten Schritt eine Interessenabwägung vorzunehmen.

5. Diesem Ergebnis entsprechend ist dem Antrag der Vorinstanz auf Entzug der aufschiebenden Wirkung statt zu geben.

6.1 Der Beschwerdeführerin wird mit diesem Zwischenbescheid die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Januar 2022 zugestellt.

6.2 Die Vernehmlassung der Vorinstanz enthält ein Beilagenverzeichnis. Auf Zustellung von Akten wird einstweilen verzichtet. Sollte die Beschwerdeführerin an der Beschwerde festhalten und zur Ausarbeitung einer Replik Einblick in Submissionsakten wünschen, so sind diese gegenüber dem Gericht genau zu bezeichnen. Das Gericht wird darauf bei der Vorinstanz eine Stellungnahme einholen und über die Akteneinsicht entscheiden (nötigenfalls mit einem anfechtbaren Zwischenbescheid).

6.3 Es wird ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdeführerin hat die Replik dem Gericht bis spätestens 11. Februar 2022 einzureichen.

Sollte die Beschwerdeführerin an der Beschwerde nicht weiter festhalten, ist diese innert derselben Frist schriftlich zurück zu ziehen.

Ohne Replik und ohne Beschwerderückzug innert Frist geht das Gericht vom Festhalten an der Beschwerde, aber Verzicht auf Replik aus.

7. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge dieses Zwischenbescheides wird mit der Hauptsache befunden.

8. Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist gemäss Art. 92 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig. Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die Beschwerde zulässig (Art. 93 Abs. 1 BGG), wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen unbedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Des Weiteren ist zu beachten, dass dieser Entscheid betreffend aufschiebende Wirkung nur in dem Umfang beim Bundesgericht angefochten werden kann, als in der Hauptsache der Beschwerdeweg ans Bundesgericht offensteht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1354).

Über die Anfechtbarkeit dieses Zwischenbescheides hat im Falle eines Weiterzuges das Bundesgericht zu entscheiden. Wenn dieser Zwischenbescheid, um allen Eventualitäten gerecht zu werden, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wird, kann die Vorinstanz hieraus im Falle eines Weiterzuges folglich nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Der Beschwerde vom 20. Dezember 2021 wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
2. Der Beschwerdeführerin wird zur Einreichung einer Replik eine Frist bis 11. Februar 2022 angesetzt; im Unterlassungsfall wird Verzicht angenommen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge dieses Zwischenbescheides wird mit der Hauptsache entschieden.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden, wenn der staatsvertragliche Schwellenwert überschritten ist und soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 42 und 82 ff., insbesondere Art. 83 lit f. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Im Übrigen kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG). Bei gleichzeitiger ordentlicher Beschwerde sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen.

5. Zustellung an:
 - die Beschwerdeführerin (2/R; inkl. Beilage gemäss Erw. 6.1)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 19. Januar 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 20. Januar 2022