

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2024 6

Zwischenbescheid vom 25. Januar 2024

im Hauptverfahren III 2023 203

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Monica Huber-Landolt, Richterin
lic.iur. Karl Gasser, Richter
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

ARGE A. _____ bestehend aus:

1. B. _____ AG, 2. C. _____ AG,
c/o B. _____ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

**1. Kantone Schwyz und Uri, Projektleitung Bauherrn-
gemeinschaft N4 Neue Axenstrasse,**

vertreten durch: Baudepartement des Kantons Schwyz,
Postfach 1250, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

2. ARGE E. _____ bestehend aus:

1. F. _____ AG, 2. G. _____ ag, 3. H. _____ AG,
c/o F. _____ AG,

vertreten durch Rechtsanwältin I. _____ und / oder
Rechtsanwältin J. _____,
Beigeladene,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Zuschlagserteilung und
Verfahrens-ausschluss; Vergabeverfahren N4 Neue Axen-
strasse, Los K. _____)

Sachverhalt:

A. Mit Publikationsdatum vom (...) 2023 schrieben die Kantone Schwyz und Uri, Projektleitung Bauherrngemeinschaft N4 Neue Axenstrasse, vertreten durch das Baudepartement des Kantons Schwyz, auf der Plattform Simap die dem Staatsvertragsbereich unterliegenden Bauarbeiten "N4 Neue Axenstrasse Baulos K._____" im offenen Verfahren aus (Vi-act. 1). Innert der Eingabefrist bis 15. September 2023, 11.45 Uhr, haben sechs Arbeitsgemeinschaften Angebote (Amts- und Unternehmervarianten) eingereicht (Vi-act. 4).

B. Am 12. Dezember 2023 beschloss der Regierungsrat des Kantons Schwyz (der Kanton Schwyz wurde mit der Federführung des Projektes beauftragt, nachdem dieses zum grössten Teil auf Schwyzer Gebiet liegt) mit RRB Nr. 937/2023, dass drei Angebote von Amtsvarianten, darunter das Angebot der ARGE A._____, sowie sämtliche Angebote von Unternehmervarianten vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden und die Baumeisterarbeiten für das Los K._____, zum Angebotspreis von Fr. (...)._____ an die ARGE E._____ vergeben werden. Das Tiefbauamt wurde beauftragt, den Offertstellern die Arbeitsvergabe mit einer schriftlichen Mitteilung zu eröffnen (Vi-act. 7.1). Vor der Beschlussfassung des Schwyzer Regierungsrates erklärten schon das Bundesamt für Strassen ASTRA (am 9.11.2023) sowie der Regierungsrat des Kantons Uri (am 5.12.2023) ihre Zustimmung zur Vergabe an die ARGE E._____ (Vi-act. 7.2 und 7.3).

C. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2023 informierte das Tiefbauamt die ARGE A._____ wie folgt über die Vergabe der Baumeisterarbeiten 'N4 Neue Axenstrasse, K._____ (Vi-act. 7.4):

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz hat [...] oben genannte Arbeiten wie folgt vergeben:

ARGE E._____

c/o F._____ AG

zu netto Fr. (...)._____

Begründung

Gestützt auf Art. 29 und Art. 41 IVöB erfolgt die Vergabe an das vorteilhafteste Angebot. Das preislich an erster Stelle liegende Angebot der ARGE E._____, ist nach Auswertung aller Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot. Ausschlaggebend war das Kriterium Preis (ZK 1). Alle Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien sind erfüllt.

Mehrere Angebote mussten vom Wettbewerb ausgeschlossen werden.

Begründung für den Ausschluss Ihres Angebots (nur in diesem Vergabeschreiben enthalten)

Die von der ARGE A._____, im Zusammenhang mit dem Eignungskriterium 3.1 (Erfahrung Schlüsselperson Baustellenchef) vorgebrachte Schlüsselperson wurde

im Referenzprojekt "Schulhausplatz L. _____" als Bauführer eingesetzt. Die Schlüsselperson weist somit nicht die geforderte Erfahrung als Baustellenchef vor (keine baustellenleitende Funktion). Da es sich bei einem Bauführer nicht um einen Baustellenchef handelt, erfüllt das Angebot der ARGE A. _____ mit dieser Schlüsselperson folglich die Anforderungen des Eignungskriteriums 3.1 nicht. Die ARGE A. _____, wird daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (Art. 44 Abs. 1 Bst. a IVöB).

[Rechtsmittelbelehrung]

D. Am 22. Dezember 2023 lässt die ARGE A. _____ gegen den Vergabeentscheid beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Es sei die Nichtigkeit der Verfügung betreffend Eröffnung des Vergabebeschlusses und Ausschluss vom Wettbewerb vom 12. Dezember 2023 festzustellen. Eventualiter sei die Verfügung betreffend Eröffnung des Vergabebeschlusses und des Ausschlusses vom Wettbewerb vom 12. Dezember 2023 aufzuheben.
2. Die Beschwerdeführerin sei zum Vergabeverfahren zuzulassen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung der Zulassung der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Zuschlagsempfängerin sei vom Verfahren auszuschliessen. Das Angebot 6.2 sei vom Verfahren auszuschliessen.
4. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung der Vergabe an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch anzuordnen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner.

E. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2023 wurde der Beschwerde einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung erteilt. Dem Kanton wurde Frist bis 17. Januar 2024 zur Vernehmlassung und Akteneinreichung angesetzt; die Zuschlagsempfängerin wurde eingeladen, durch Einreichen einer Vernehmlassung innert derselben Frist dem Verfahren als Beigeladene beizutreten. Sämtliche Parteien wurden aufgefordert, zum Umfang der Einsichtnahme in die vorinstanzlichen Akten Stellung zu nehmen.

F. Mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2024 beantragt das Baudepartement als Vertreter der Kantone Schwyz und Uri:

1. Der Beschwerde vom 22. Dezember 2023 sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.
2. Die Beschwerde vom 22. Dezember 2023 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

G. Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2024 tritt die ARGE E. _____ dem Verfahren als Beigeladene bei und stellt die Anträge:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung bereits nach Zustellung der Vernehmlassung nicht zu gewähren bzw. die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.
3. Es seien das Angebot der Zuschlagsempfängerin sowie alle Akten und Rechtschriften, welche Informationen zum Angebot der Zuschlagsempfängerin enthalten, gegenüber der Beschwerdeführerin und Dritten vertraulich zu behandeln.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Die Beschwerdeführerin beantragte mit Beschwerde vom 22. Dezember 2023 die aufschiebende Wirkung. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2023 wurde diese einstweilen bis auf Widerruf erteilt (vgl. Art. 54 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 15.11.2019). Die Vorinstanz und die Beigeladene beantragen 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 hierfür 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 zu befinden (vgl. betreffend die konkurrierende Zuständigkeit nach § 23 Abs. 2 VRP VGE III 2014 2 vom 7.1.2014 E. 1.5 mit Hinweis auf EGV-SZ 1982 Nr. 1 E. 2).

2.1 Die Submissionsbeschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 54 Abs. 1 IVöB). Auf Gesuch hin kann das Gericht die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 IVöB). Vorliegend erfolgte die Erteilung einstweilen bis auf Wider-

ruf, nachdem die Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung mit begründeter Beschwerde vom 22. Dezember 2023 beantragt hatte.

2.2 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 E. 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 (Urteil BGer 2C_951/2019 vom 16.7.2020 E. 4.2). Diese Würdigung erfolgt - praxismässig 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 - i.d.R. ohne weiteren Schriftenwechsel (Art. 54 Abs. 2 Satz 2 IVöB) - statt zu geben, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten oder sie abzuweisen ist.

2.3.1 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 (VGE III 2023 76 vom 25.5.2023 E. 2.3.1 mit Verweis auf VPB 66.37 E. 2e; BEZ 2001, Nr. 39 E. 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 E. 2c; VPB 66.37 E. 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. 58 Abs. 2 IVöB; BEZ 2001, Nr. 39 E. 3a). Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zusteht, in welchen das Gericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 56 Abs. 4 IVöB), nicht eingreift (BEZ 2001, Nr. 39 E. 3c). Gleiches gilt analog auch bei der Festlegung und Auswertung der Eignungskriterien (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 und 564; EGV-SZ 2003 B. 1.3).

2.3.2 Der Umstand, dass die aufschiebende Wirkung nicht von Gesetzes wegen gilt, gebietet nicht, die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung (BEZ 1999, Nr. 9 E. 1c; VPB 66.37 E. 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 einiges Gewicht zu (vgl. Verfügung BGer 2C_717/2020 vom 6.10.2020).

2.3.3 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 (Urteil BGer 2C_434/2010 vom 11.6.2010 E. 3.2; BEZ 2001, Nr. 39 E. 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 E. 3c; betr. zeitliche Dringlichkeit siehe auch EGV-SZ 2005 B 1.4 und 1.5). Andererseits kann auch einer selbstverschuldeten Dringlichkeit das öffentliche Interesse nicht per se abgesprochen werden; vielmehr gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein über die Interessen der Vergabestelle hinausreichendes öffentliches Interesse an der verzögerungslosen Beschaffung vorliegt (Urteil BGer 2C_327/2020 vom 7.7.2020 E. 6.2).

2.3.4 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 E. 1c; zur aufschiebenden Wirkung im Submissionsverfahren: VGE 1024/05Z vom 30.6.2005 E. 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 E. 3.2; 2C_994/2016 vom 17.11.2016 E. 2.1).

2.4 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.

3. Was die Sachurteilsvoraussetzungen anbelangt, so kann festgehalten werden:

3.1 Gegen Verfügungen der Vergabebehörde wie den Zuschlag oder den Ausschluss (Art. 53 Abs. 1 lit. e + h IVöB) kann innert 20 Tagen seit deren Eröffnung schriftlich und begründet Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erhoben werden (Art. 56 Abs. 1 IVöB).

Der Vergabebeschluss des Regierungsrates (RRB Nr. 937/2023 vom 12.12.2023) wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. Dezember 2023 durch das Tiefbauamt mitgeteilt (Vi-act. 7.1+7.4). Die Beschwerdeführerin reichte ihre Beschwerde am 22. Dezember 2023 ein und damit innert der 20tägigen Beschwerdefrist. Die Beschwerde wurde ebenso beim hierfür zuständigen Verwaltungsgericht schriftlich mit einer Begründung eingereicht, was seitens Vorinstanz nicht bestritten ist.

3.2.1 Die Beschwerdelegitimation setzt bei der Submissionsbeschwerde nicht nur voraus, dass die Partei von der angefochtenen Verfügung direkt betroffen ist (etwa weil sie sich durch die Offertstellung am Verfahren beteiligt hat), sondern gemäss Rechtsprechung darüber hinaus auch, dass die Stellung der Beschwerde führenden Partei durch eine Beschwerdegutheissung unmittelbar beeinflusst wird in dem Sinne, dass sie effektiv Chancen auf den Zuschlag hat (vgl. VGE III 2023 71 vom 15.5.2023 E. 3; VGE III 2022 189 vom 29.3.2023 E. 1.2 f.; VGE III 2019 46 vom 24.4.2019 E. 1.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 14 E. 5). Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxisgemäss nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 E. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 E. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.).

3.2.2 Die Beschwerdeführerin hatte fristgerecht ein Angebot eingereicht und sich damit am Verfahren beteiligt; vom eigenen Ausschluss und dem Zuschlagsentscheid an die Beigeladene ist sie direkt betroffen.

Die Beschwerdelegitimation setzt nach dem Gesagten zusätzlich voraus, dass die Beschwerdeführerin im Falle der Beschwerdegutheissung Chancen auf den Zuschlag hat (vgl. zuvor E. 3.2.1). Nachdem sie vom Verfahren ausgeschlossen wurde, bedingt dies, dass einerseits der Verfahrensausschluss rechtswidrig war und aufzuheben ist und zweitens ihr Angebot besser abschneidet als jenes der Beigeladenen sowie aller Rangierten.

3.3 Die Beschwerdeführerin rügt zum einen einen mangelhaften Verfahrensausschluss und Nichtigkeit der Verfügung. Zum andern macht sie geltend, die Beigeladene sei zu Unrecht nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Sollte sie mit ihren Vorbringen Recht behalten, setzt die Beschwerdelegitimation zudem voraus, dass ihr Angebot auch besser ist als jene der Zweit- und Drittrangierten. Nur diesfalls hat sie überhaupt Chancen auf den Zuschlag. Dies ist nicht per se ausgeschlossen, weshalb die Sachurteilsvoraussetzungen (namentlich die Beschwerdelegitimation) als erfüllt zu betrachten sind. Sollte sich im Verlauf der weiteren summarischen Prüfung ergeben, dass die Beschwerde unbegründet ist oder zwar begründet, aber dennoch keine Chance auf den Zuschlag besteht, so wären die weiteren Rügen nicht weiter zu prüfen.

3.4 Im Rahmen der prima-facie-Würdigung sind die Sachurteilsvoraussetzungen damit als erfüllt zu betrachten, womit auf die Beschwerde einzutreten ist. In einem nächsten Schritt ist die materielle Rechtslage summarisch zu prüfen.

4. Soweit die Beschwerdeführerin Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung geltend macht, weil diese nur vom Kantonsingenieur unterzeichnet sei, ist dies nicht zu hören. Auftraggeber sind die Kantone Schwyz und Uri, die Federführung liegt beim Kanton Schwyz. Den Vergabeentscheid traf der hierfür zuständige Regierungsrat des Kantons Schwyz, nachdem dem Vergabeantrag auch das ASTRA und der Regierungsrat des Kantons Uri zugestimmt hatten (vgl. Ingress Bst. B). Im Vergabebeschluss beauftragte der Regierungsrat das Tiefbauamt, den Offertstellern die Arbeitsvergabe mit einer schriftlichen Mitteilung zu eröffnen (RRB Dispositiv-Ziff. 6). Amtsvorsteher des Tiefbauamtes ist der Kantonsingenieur. Wie die Vorinstanz vernehmlassend richtig ausführt, war er verpflichtet und ermächtigt, den Offertstellern die Auftragsvergabe mit einzelunterzeichnetem Schreiben mitzuteilen (vgl. auch § 25 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung [RVOG; SRSZ 143.110] vom 27.11.1986).

5. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden zu sein.

5.1 Der Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerin erfolgte mit der Begründung, die von ihr genannte Schlüsselperson 'Baustellenchef' weise nicht die geforderte Erfahrung als Baustellenchef vor, keine baustellenleitende Funktion, das Eignungskriterium 3.1 sei nicht erfüllt (vgl. oben Ingress Bst. C).

Im der Mitteilung vom 12. Dezember 2023 zugrundeliegenden Vergabebeschluss des Regierungsrates (RRB Nr. 937/2023 vom 12.12.2023) wurde unter E. 3.1.1 zum Angebot der Beschwerdeführerin ausgeführt, die genannte Schlüsselperson sei im Referenzprojekt Schulhausplatz L. _____ als Bauführer eingesetzt worden und weise somit die geforderte Erfahrung als Baustellenchef nicht vor (keine baustellenleitende Funktion). Da es sich bei einem Bauführer nicht um einen Baustellenchef handle, erfülle das Angebot mit dieser Schlüsselperson die Anforderungen des Eignungskriteriums 3.1 nicht.

5.2 Mit der Ausschreibungsunterlage definierte die Vergabebehörde u.a. Eignungskriterien (Vi-act. 2 Ziff. 3.3.1). EK3 betraf die organisatorische Leistungsfähigkeit, EK3.1 die Erfahrung Schlüsselpersonal. Diesbezüglich wurde folgender Nachweis verlangt (Auszug):

- Für den Nachweis der Erfahrung der Schlüsselpersonen (Baustellenchef und Technischer Leiter sowie Bauführer) ist je 1 Referenz in der Ausführung eines mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekts in den letzten 10 Jahren anzugeben.
- Referenzen sind mit vollständig ausgefüllten Unterlagen in "Beilage 4, Unternehmerangaben, Kap. 2.3.1" einzureichen.

Nachweis 1: Als vergleichbar für den Baustellenchef gilt die Führung eines komplexen Grossprojekts mit Bausumme grösser 2.0 Mio. CHF im Spezialtiefbau (Baugrube im Lockergestein mit vertikalen Abschlüssen).

Weiter wurde unter Eignungskriterien ausgeführt, es müssten alle genannten Kriterien für das angebotene Baulos erfüllt werden. Anbieter, die ein Eignungskriterium nicht erfüllen oder die verlangten Nachweise nicht erbringen würden, würden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

5.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Begriff des Baustellenchefs sei keine geschützte Berufsbezeichnung, es handle sich auch nicht um einen etablierten und klar definierten Begriff. Für die Auslegung könne die SIA-Norm 118 herangezogen werden, dergemäss der Unternehmer einen Baustellenchef zu bezeichnen habe, wenn er während der Arbeitszeit nicht persönlich anwesend sei. Der Baustellenchef vertrete den Unternehmer auf der Baustelle. Er sei während der Arbeitszeit auf dem Platz anwesend und Sorge für die richtige Aus-

führung der Arbeit und für Ordnung. Baustellenchef sein könne ein Bauführer, Polier, Vorarbeiter oder bei kleineren Arbeiten ein Facharbeiter (Art. 36 SIA-Norm 118). Es treffe somit zu, dass die Begriffe des Bauführers und des Baustellenchefs nicht als Synonyme zu verstehen seien. Ein Bauführer könne aber durchaus die Funktion als Baustellenchef innehaben. Die richtige Arbeitsausführung habe prioritär der Unternehmer zu verantworten, dies durch seine Präsenz auf der Baustelle. Bei Abwesenheit werde dies durch den Baustellenchef sichergestellt; dieser sei eine Hilfsperson des Unternehmers. Baustellenchef sei in der Regel der Polier, bei grossen Baustellen der Bauführer, auch Vorarbeiter oder Facharbeiter kämen bei kleineren und einfacheren Baustellen in Frage. Baustellenchef sei, wer die Verantwortung für die richtige Ausführung der Arbeit und Ordnung trage, wenn der Unternehmer nicht persönlich anwesend sei. Wenn auf einer Baustelle mehrere Unternehmer tätig seien, habe jeder einen eigenen Baustellenchef zu bestellen, der seinen Unternehmer vertrete. Der Baustellenchef trage somit keine besondere Verantwortung für die Verwirklichung des Gesamtprojekts, sondern nur für die Arbeiten des jeweiligen Unternehmers. Ebenso wenig sei es zwingend, dass die Funktion des Baustellenchefs nur von einer Person ausgeübt werde. Bei Schichtbetrieb sei es gar unumgänglich, dass mehrere Personen als Baustellenchefs bestimmt würden. Dies könne auch bei grossen Bauvorhaben erforderlich sein.

Vorliegend habe man M._____ als Schlüsselperson Baustellenchef angegeben. Er habe beim Referenzprojekt die Funktion des Bauführers innegehabt, was die Vorinstanz korrekt festgestellt habe. Unzutreffend und haltlos sei aber, dass er deshalb nicht der Baustellenchef gewesen sein könne. Ein Bauführer könne sehr wohl Baustellenchef sein, was gerade bei grossen Bauvorhaben sogar üblich sei.

Unter Beteiligung am genannten Referenzprojekt habe man im Angebot "Bauführer 100%" angegeben, was korrekt sei, da M._____ zu 100% als Bauführer anwesend gewesen sei. Aufgrund seiner Qualifikation und seiner hohen Präsenz auf der Baustelle sei er von der N._____ AG als Baustellenchef bezeichnet worden. Weiter unten im Angebot sei dann die Funktion/Tätigkeit im Rahmen des Referenzprojekts 'Baustellenchef' angegeben worden. Damit sei klar bezeichnet, dass M._____ bei diesem Referenzprojekt als Bauführer mit Funktion des Baustellenchefs der N._____ AG tätig gewesen sei. Sodann sei M._____ in der Projektbeschreibung des Referenzprojekts unter dem N._____ AG Kader als Baustellenchef aufgeführt, woraus hervorgehe, dass er bei diesem Projekt für die N._____ AG die Funktion des Baustellenchefs innegehabt habe. Im Personalreferenzblatt sei das Referenzprojekt auch aufgeführt und M's._____ Funktion als "Stv. Baustellenchef" angegeben. Da es keineswegs

ausgeschlossen, bei grossen Baustellen gar unumgänglich sei, dass mehrere Personen die Funktion eines Baustellenchefs übernehmen würden, sei auch der stellvertretende Baustellenchef ein Baustellenchef. Das Referenzprojekt habe eine Bausumme von Fr. 43 Mio. umfasst. Das Bauwerk sei von der N._____ AG in einer ARGE mit einer Drittfirma ausgeführt worden. Beide Unternehmer seien zu 50% an der ARGE beteiligt. Beide hätten jeweils ihren eigenen Aufgabenbereich und beide seien auf der Baustelle durch einen eigenen Baustellenchef vertreten gewesen. Aufgrund der Leistungen der N._____ AG sei M._____ in dem von ihm betreuten Bereich für die N._____ AG als Baustellenchef tätig gewesen. Daran ändere nichts, dass andere Bereiche derselben Baustelle, welche durch die Drittfirma ausgeführt worden seien, durch deren Baustellenchef abgedeckt worden seien. Im Verhältnis zur Bauherrschaft hätten beide ARGE-Partner für die ordnungsgemässe Leistung einzustehen. Im Ausserverhältnis sei M._____ daher als stv. Baustellenchef aufgeführt; dies ändere nichts daran, dass er für die N._____ AG die Funktion des Baustellenchefs innegehabt habe. Die Bezeichnung "Stv. Baustellenchef" vermöge keinen Ausschluss wegen fehlender Referenz als Baustellenchef zu begründen. Die Vorinstanz habe den Ausschluss denn auch nicht so begründet, sondern dass M._____ überhaupt keine Funktion als Baustellenchef gehabt habe, was unzutreffend sei. Der Gesamtprojektleiter des Referenzprojektes habe denn mit E-Mail vom 20. Dezember 2023 auch bestätigt, dass M._____ die Baustellenbereiche Baugrubensicherung und Kunstbauten als Baustellenchef geleitet und hervorragende Arbeit geleistet habe. Die Baugrubensicherung falle in den Bereich des Spezialtiefbaus. Damit sei erwiesen, dass er beim angeführten Referenzprojekt im Bereich Spezialtiefbau die Funktion des Baustellenchefs innegehabt habe. Gemäss Beschwerdeführerin hätte die Vergabebehörde genau diese Abklärung bei der Kontaktperson des Referenzprojektes selber schon tätigen müssen.

5.4.1 Vorab gilt es zu wiederholen, dass im vorliegenden Zwischenbescheidverfahren betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung eine prima-facie-Würdigung der Sach- und Rechtslage erfolgt. Weiter gilt es Vormerk zu nehmen, dass die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich verfügt, in den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - 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 E. 7.1; Urteil BGer 2C_576/2022 vom 3.8.2023 E. 4.3).

5.4.2 Wie auch die Beschwerdeführerin selbst ausführt, wurde die Funktion von M._____ im Angebot der Beschwerdeführerin unterschiedlich aufgeführt: Im Projektblatt Referenzprojekt "Neubau und Sanierung Knoten Schulhausplatz / J-Tunnel._____" unter dem Kader N._____ AG als Baustellenchef (Angebot Beilage 4, Projektreferenz); bei den Angaben zum Eignungskriterium 3.1 (Baustellenchef) wird er mit der Funktion 'Bauführer, techn. Gruppenleiter' aufgeführt, gleichzeitig unter dem Referenzprojekt BC mit der Funktion/Tätigkeit Baustellenchef (Angebot Beilage 4 S. 12/43); auf dem Personalreferenzblatt wird unter den Referenzprojekten das zuvor erwähnte Referenzprojekt aufgeführt und die Funktion von M._____ als Stv. Baustellenchef angegeben (Angebot Beilage 4 Personalreferenzblatt M._____); im Beschrieb des Projektorganigramms wird M._____ als Baustellenchef angegeben. Es wird auf seine grosse Erfahrung verwiesen und festgehalten "Wie bei den Referenzen angegeben, hat er als Bauführer das sehr anspruchsvolle Projekt Schulhausplatz L._____ ausgeführt" (Angebot Beilage 4 Projektorganisation Ziff. 1.3.2).

Diese widersprüchlichen Angaben sind auch bei der Evaluation der Angebote aufgefallen. In der Evaluationsübersicht (Vi-act. 6.3) wird zum Eignungskriterium EK3.1 zur Beschwerdeführerin festgehalten: "widersprüchliche Angaben Funktion Bauführer / Baustellenchef? Einsatz > 50% in Funktion?"

Aufgrund der Widersprüche hat das Evaluationsteam die von der Beschwerdeführerin angegebene Auskunftsperson des Referenzprojektes telefonisch kontaktiert. In der entsprechenden Telefonnotiz vom 11. Oktober 2023 ist festgehalten (Vi-act. 5.7):

O._____ hat mir bestätigt, dass Herr M._____ zu gegebener Zeit (2015 - 2018) auf der Baustelle als Bauführer für Betonarbeiten gearbeitet hat. Er hat seine Arbeiten zur Zufriedenheit des Bauherrn erledigt. Herr M._____ hatte aber nicht die Funktion eines Baustellenchefs o.ä. im Projekt. Er hatte auch keine leitende Funktion auf der Gesamtbaustelle.

Entsprechend wurde im Evaluationsbericht (Vi-act. 6.1 Ziff. 3.4) zur Beschwerdeführerin festgehalten, die Schlüsselperson sei im Projekt "Schulhausplatz L._____" als Bauführer eingesetzt worden und nicht wie gefordert als Baustellenchef; die Schlüsselperson habe nicht die baustellenleitende Funktion innegehabt. Diese Begründung wurde im Vergabebeschluss und der Mitteilung übernommen (vgl. oben E. 5.1).

5.4.3 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als Schlüsselperson 'Baustellenchef' M._____ nannte. Unbestritten ebenso, dass seine Funktion hinsichtlich Referenzprojekt unterschiedlich bezeichnet wurde. Nachvollziehbar ist daher, wenn dies auch der Vergabebehörde aufgefallen ist und sie weitere Ab-

klärungen tätigte. Sie hielt sich dabei regelkonform an das Angebot der Beschwerdeführerin und kontaktierte die von dieser aufgeführte Kontaktperson. Im Rahmen dieser Abklärung konnte die Kontaktperson der Vergabebehörde nicht bestätigen, dass M._____ beim Referenzprojekt die Funktion Baustellenchef o.ä. innegehabt hätte. Die Kontaktperson schloss auch eine leitende Funktion auf der Gesamtbaustelle aus.

Wenn die Vergabebehörde gestützt auf diese Rückmeldung die Erfüllung des Eignungskriteriums verneinte, so hält dies im Rahmen der prima-facie-Würdigung vor dem Rechte stand. Wenn die zuständige Kontaktperson eines Referenzprojektes nicht bestätigen kann, dass die Schlüsselperson die Funktion des Baustellenchefs ausgeübt hat, dann besteht keine Veranlassung, dem keinen Glauben zu schenken. Dies erst recht nicht, nachdem die Funktion im Angebot der Beschwerdeführerin widersprüchlich festgehalten wurde. Wenn die Vergabebehörde vor diesem Hintergrund das Eignungskriterium 3.1 als nicht erfüllt beurteilt hat, so ist dies nicht zu beanstanden.

5.4.4 An dieser prima-facie-Würdigung vermögen die Ausführungen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Es mag zutreffen, dass der Begriff des Baustellenchefs uneinheitlich ist. Das Eignungskriterium 3.1 wurde jedoch in den Ausschreibungsunterlagen klar beschrieben. Sowohl in der Formulierung als auch der Anwendung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein zu beachtender Ermessensspielraum zu. Vorliegend wurde in der Ausschreibungsunterlage zum Baustellenchef festgehalten, als vergleichbar für den Baustellenchef gelte die Führung eines komplexen Grossprojekts mit Bausumme grösser 2.0 Mio. CHF im Spezialtiefbau (Baugrube im Lockergestein mit vertikalen Abschlüssen; vgl. oben E. 5.2). Dies konnte die Kontaktperson des Referenzprojektes, welche gemäss Beschwerdeführerin die Gesamtprojektleitung ausübte, für M._____ nicht bestätigen.

Die Vergabebehörde hat genau diejenigen Abklärungen getroffen, welche die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vorgeschlagen hat. Zu Unrecht wirft sie daher der Vergabebehörde vor, die notwendigen Abklärungen bei der Kontaktperson des Referenzprojektes nicht getätigt zu haben. Wenn die Beschwerdeführerin ihrerseits eine E-Mail dieser Kontaktperson ins Recht legt (Bf-act. 5), worin diese festhält: "Als ehemaliger Gesamtprojektleiter SHP kann ich bestätigen, dass du den Baustellenbereich Baugrubensicherung und Kunstbauten als Baustellenchef geleitet hast und hervorragende Leistung gebracht hast", so vermag dies keinesfalls aufzuzeigen, dass die Vergabebehörde das Eignungskriterium gestützt auf die von ihr eingeholte Auskunft zu Unrecht als nicht erfüllt beurteilt hat.

5.4.5 Zusammenfassend steht damit fest, dass die Funktion der Schlüsselperson M._____ im Referenzprojekt widersprüchlich angegeben wurde, dass die Vergabebehörde dies zum Anlass weiterer Abklärungen nahm, dass der Gesamtprojektleiter des Referenzprojektes von der Beschwerdeführerin als Kontaktperson genannt wurde, dass die Vergabebehörde diese Kontaktperson um Auskunft ersuchte und dass die Kontaktperson aussagte, M._____ habe im Projekt nicht die Funktion eines Baustellenchefs o.ä. innegehabt und auch keine leitende Funktion auf der Gesamtbaustelle. Dass die Vergabebehörde vor diesem Hintergrund den Nachweis für das Eignungskriterium 3.1 als nicht erbracht beurteilt hat, ist daher im Rahmen der prima-facie-Würdigung nicht zu beanstanden.

5.5 Eignungskriterien sind grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3). Es führt dies allerdings dann nicht zum Ausschluss, wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (Urteil BGer 2C_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.2).

Beim vorliegend strittigen Eignungskriterium 3.1 handelt es sich um die Schlüsselperson Baustellenchef und damit um eine zentrale Funktion in der ganzen Bauprojektumsetzung. Es ist daher bei summarischer Prüfung nicht zu beanstanden, wenn die Nichterfüllung des Eignungskriteriums zum Ausschluss führte.

6. Erweist sich die Beschwerde bei summarischer Prüfung der materiellen Sach- und Rechtslage als unbegründet, besteht für die aufschiebende Wirkung der Beschwerde kein Raum (vgl. oben E. 2). Es kann damit sowohl die Prüfung der weiteren Rügen als auch die Vornahme einer Interessenabwägung unterbleiben. Vielmehr ist dem Antrag der Vorinstanz und der Beigeladenen auf Entzug der einstweilen bis auf Widerruf erteilten aufschiebenden Wirkung stattzugeben.

7.1 Der Beschwerdeführerin wird mit diesem Zwischenbescheid die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Januar 2024 sowie die Vernehmlassung der Beigeladenen vom 17. Januar 2024 zugestellt.

Die Beschwerdeführerin erhält zusätzlich die von der Vorinstanz als nicht vertraulich bezeichneten Original-Akten Vi-act. 1 bis 7 (schwarzer Ordner). Nicht zugestellt (aus dem Ordner entfernt) wurden act. 3, 5.3 - 5.6, 6.5 - 6.9. Zudem wurden die act. 6.1 und 6.3 durch das Gericht teilweise geschwärzt. Diese Akten sind nach Einsicht umgehend, spätestens jedoch bis am 20. Februar 2024 vollständig zu retournieren.

Über die Aktenzustellung an die Beigeladene wird im Rahmen der Anordnung einer Duplik entschieden. Sie erhält bis dahin keine Akten, jedoch die Vernehmlassung der Vorinstanz. Die Vorinstanz erhält die Vernehmlassung der Beigeladenen.

7.2 Es wird ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdeführerin hat die Replik dem Gericht bis spätestens 20. Februar 2024 einzureichen. Im Unterlassungsfall wird Verzicht angenommen.

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

9. 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, können die Parteien hieraus im Falle eines Weiterzuges folglich nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Der Beschwerde vom 22. Dezember 2023 wird die aufschiebende Wirkung per sofort entzogen.
2. Der Beschwerdeführerin wird zur Einreichung einer Replik eine Frist bis 20. Februar 2024 angesetzt; im Unterlassungsfall wird Verzicht angenommen. Die Akten sind nach Einsichtnahme, spätestens bis 20. Februar 2024, zu retournieren.
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:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R; unter Beilage der Akten gemäss E. 7.1)
 - das Baudepartement des Kantons Schwyz (EB; unter Beilage der Vernehmlassung der Beigeladenen)
 - die Rechtsvertreterinnen der Beigeladenen (2/R; unter Beilage der Vernehmlassung der Vorinstanz)
 - und die Eidg. Wettbewerbskommission, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. Januar 2024

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: 25. Januar 2024