



Basel-Stadt | Gerichte

Geschäftsnummer: VD.2016.128 (AG.2017.367)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 30.05.2017
Erstpublikationsdatum: 14.07.2017
Aktualisierungsdatum: 14.07.2017

Titel: **Submission: Schoren Primarschule
Neubau, BKP 273.1 Wandschränke,
Gestelle und dgl. (GATT/WTO-
Abkommen, resp. Staatsvertrag)**



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt

als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2016.128

URTEIL

vom 30. Mai 2017

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger (Vorsitz),
Dr. Claudius Gelzer, Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Michèle Guth

Beteiligte

A_____ AG
Rekurrentin
[...]
vertreten durch [...], Advokat,
[...]

gegen

Bau- und Verkehrsdepartement
Fachstelle für Submissionen
Münsterplatz 11, 4001 Basel

Rekursgegnerin

B_____ GmbH
Beigeladene
[...]

Gegenstand

Rekurs gegen einen Beschluss des Bau- und Verkehrsdepartements
vom 25. Mai 2016

betreffend Submission: Wandschränke, Gestelle und dgl. (BKP 273.1) für
die Schoren Primarschule (GATT/WTO-Abkommen, resp. Staatsvertrag)

Sachverhalt

Das Bau- und Verkehrsdepartement als Beschaffungsstelle schrieb am 9. Januar 2016 den Bauauftrag betreffend "Schoren Primarschule Neubau, BKP 273.1 Wandschränke, Gestelle und dgl." im offenen Verfahren gemäss dem GATT/WTO-Übereinkommen im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch aus. Die Beschaffung umfasst die Lieferung und Montage der Wandschränke, Regale, Küchen und Einzelmöbel in Primarschule, Kindergarten und Tagesstruktur. Innert der gesetzten Frist gingen unter anderem die Angebote der A_____ AG (Rekurrentin) und der B_____ GmbH (Beigeladene) ein. Am 31. März 2016 wurde der Zuschlag an die C_____ AG publiziert. Gegen diesen Zuschlag erhob die B_____ GmbH Rekurs an das Verwaltungsgericht mit der Begründung, die Zuschlagsempfängerin habe an der Ausschreibung gar nicht teilgenommen. Dieser Begründung folgend widerrief das Bau- und Verkehrsdepartement den Zuschlag am 4. Mai 2016, worauf das Verwaltungsgericht das Rekursverfahren VD.2016.98 mit Urteil vom 15. Juni 2016 als erledigt abgeschrieben hat.

Mit neuem Entscheid vom 19. Mai 2016 erteilte das Bau- und Verkehrsdepartement in dem am 9. Januar 2016 ausgeschriebenen Vergabeverfahren mit Publikation vom 25. Mai 2016 der B_____ GmbH den Zuschlag. Auf entsprechendes Gesuch der Rekurrentin begründete ihr die Beschaffungsstelle mit Schreiben vom 6. Juni 2016 die Nichtberücksichtigung ihres Angebots.

Gegen diese Zuschlagsverfügung richtet sich der Rekurs der Rekurrentin vom 13. Juni 2016, mit dem sie die kosten- und entschädigungsfällige Rückweisung der Sache unter Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 25. Mai 2016 zur Neubeurteilung an das Bau- und Verkehrsdepartement und eventualiter die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlages an sie beantragt. Dem Verfahrensantrag der Rekurrentin entsprechend erkannte der Instruktionsrichter dem Rekurs mit Verfügung vom 14. Juni 2016 zunächst die aufschiebende Wirkung zu. Dieser verfahrensleitenden Verfügung widersetzte sich die Vergabestelle mit Eingabe vom 30. Juni 2016, zu der die Rekurrentin mit Eingabe vom 18. Juli 2016 Stellung nahm. In der Folge hob der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 20. Juli 2016 die dem Rekurs zuerkannte aufschiebende Wirkung auf, worauf das Bau- und Verkehrsdepartement mit der Beigeladenen als Zuschlagsempfängerin den Vertrag über die ausgeschriebenen Bauleistungen abschloss (vgl. act. 9). Mit Rekursantwort vom 4. August 2016 beantragt das Bau- und Verkehrsdepartement die kostenfällige Abweisung des Rekurses. Nach Beendigung der auf Antrag der Rekurrentin erfolgten Sistierung des Verfahrens beantragte die Rekurrentin mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Beizug von Akten aus zwei anderen Submissionsverfahren, welche in der Folge beigezogen worden sind.

Das Verwaltungsgericht führte am 30. Mai 2017 eine Gerichtsverhandlung durch. Dabei gelangten sowohl die Rekurrentin als auch die Rekursgegnerin, die Vertreterin der Kantonalen Fachstelle für öffentliche Beschaffungen sowie die Beigeladene zu Wort. Für die Ausführungen der Beteiligten anlässlich der Gerichtsverhandlung wird auf das entsprechende Protokoll verwiesen. Im Übrigen ergeben sich die Einzelheiten der Parteistandpunkte sowie die Tatsachen, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann gegen den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Nicht berücksichtigte Anbietende sind zum Rekurs gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei dessen Gutheissung eine reelle Chance haben, den Zuschlag selbst zu erhalten oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Rekursführung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.1). Falls ihre Rügen begründet sind, hat die Rekurrentin eine realistische Chance auf den Zuschlag, womit ihre Legitimation grundsätzlich zu bejahen ist. Dass eine Zuschlagserteilung infolge des Vertragsabschlusses mit der Beigeladenen nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde ausdrücklich auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]). Auch gilt der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2 S. 88 f.).

Auf den innerhalb der zehntägigen Rekursfrist gemäss § 30 Abs. 1 BeschG nach Zustellung des weiteren Entscheids im Sinn von § 27 Abs. 2 BeschG vom 6. Juni 2016 fristgerecht eingereichten Rekurs ist insgesamt einzutreten.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

2.

2.1 Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin zunächst eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Zur Begründung macht sie geltend, dass sie, nachdem ihr ursprünglich im streitgegenständlichen Beschaffungsverfahren der Zuschlag erteilt worden sei, im Rahmen des Widerrufs nicht mehr berücksichtigt worden sei. Obwohl ihr die Rekursgegnerin vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör hätte einräumen müssen, habe sie dies unterlassen. Der Entscheid sei daher bereits aus diesem Grund aufzuheben.

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) umfasst das Recht der Parteien, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor dem Entscheid zu äussern. Der ursprüngliche und später widerrufenen Zuschlag ist allerdings nicht an die Rekurrentin, sondern an die A___ AG erfolgt, weshalb beim Widerruf die dadurch nicht betroffene Rekurrentin nicht anzuhören war. Massgebend ist darüber hinaus, dass dieser Widerruf im Kantonsblatt vom 4. Mai 2016 mit Rechtsmittelbelehrung publiziert worden ist. Allfällige Rügen am verfahrensrechtlichen

Zustandekommen des Widerrufs des ursprünglichen Zuschlags hätten daher von der Rekurrentin, soweit sie durch den Widerruf überhaupt belastet gewesen ist, nach Treu und Glauben bereits mit Rekurs gegen diesen Entscheid erhoben werden können und müssen. Die Rüge im späteren Rekursverfahren gegen den neuen Zuschlagsentscheid erfolgt verspätet und kann nicht mehr gehört werden (vgl. zur Anfechtung der Ausschreibung mit dem späteren Vergabeentscheid: VGE VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.3). Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin im Verfahren VD.2016.98 gegen den ursprünglichen Zuschlagsentscheid nicht Verfahrenspartei gewesen ist, da der publizierte Widerruf für alle Interessierten wirkt und daher auch von allen Parteien anzufechten ist, die diesbezüglich eine Rechtsverletzung geltend machen wollen. Es ist zudem nicht zu beanstanden, dass die Rekursgegnerin die Rekurrentin vor dem Erlass des neuen Zuschlagsentscheids (diesmal an die Beigeladene) nicht anhörte, da einem Anbieter vor dem Ausschluss seines Angebots grundsätzlich keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Eine Rücksprache wäre lediglich bei geringfügigen Formfehlern, wie fehlende Unterschriften, versehentliches Nichteinreichen von im Angebot erwähnten Beilagen oder bei Unklarheiten, die sich aus widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen ergeben können, angezeigt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 442). Dies ist vorliegend nicht der Fall, wie sich auch aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. Eine Gehörsverletzung liegt damit nicht vor.

3.

3.1 Zur Begründung des angefochtenen Zuschlags des ausgeschriebenen Bauauftrags an die Beigeladene hat die Rekursgegnerin erwogen, dass mit den Ausschreibungsunterlagen in Kap. 3 als Eignungsnachweis der "Nachweis eines in den letzten fünf Jahren bereits ausgeführten vergleichbaren Referenzauftrages der anbietenden Firma resp. Bietergemeinschaft (solidarisch haftende Partner in einer Bietergemeinschaft), welcher bezüglich Leistungsart (Ausführung von BKP 273.1 Wandschränke, Gestelle und dgl.) und Leistungsumfang (Auftragswert ca. CHF 120'000) mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist", verlangt worden sei. Als solchen Referenzauftrag habe die Rekurrentin den Neubau [...] angegeben. Bei der Überprüfung der Referenz bei den angegebenen Auskunftspersonen habe sich herausgestellt, dass der Auftrag zwar der geforderten Leistungsart und dem geforderten Leistungsumfang entspreche, aber nicht durch die Rekurrentin, sondern durch die C____ AG ausgeführt worden sei. Die Rekurrentin und die C____ AG seien aber zwei rechtlich selbständige Unternehmen. Es wäre daher möglich gewesen, dass beide Firmen ein Angebot eingereicht hätten. Der von der C____ AG ausgeführte Auftrag könne der Rekurrentin nicht zugerechnet werden, weshalb das Eignungskriterium nicht als erfüllt angesehen werden könne. Deshalb müsse das Angebot der Rekurrentin mangels Erfüllung des Eignungsnachweises gemäss § 8 lit. c BeschG vom Verfahren ausgeschlossen werden. Der Zuschlag erfolgte daher ohne Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises bei der Rekurrentin an die Beigeladene als günstigste Anbieterin.

3.2 Es ist unbestritten, dass der von der Rekurrentin zur Erfüllung des Eignungsnachweises gemäss Kap. 3 der Ausschreibungsunterlagen angegebene Referenzauftrag nicht von ihr, sondern von der C____ AG ausgeführt worden ist. Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin aber in tatsächlicher Hinsicht geltend, dass es sich bei der C____ AG seit Generationen um einen Familienbetrieb handle. Im Rahmen der Generationennachfolge habe sich die Familie [...] entschieden, die C____ AG aufzuspalten. Anstelle einer formalen Auf- bzw. Abspaltung nach Fusionsgesetz habe man die Variante einer Neugründung mit Vermögensübertragung gewählt. In diesem Zusammenhang habe die Rekurrentin aus Gründen der Restrukturierung der Gesellschaft per 1. Januar 2016 den Mietvertrag und sämtliche Arbeitsverhältnisse unter Anrechnung der Dienstjahre und Verzicht auf eine Probezeit übernommen. Sie werde der C____ AG nun ihre Arbeitskräfte je nach Bedarf zur Verfügung stellen. Bei der Rekurrentin arbeiteten somit jene Mitarbeiter, die früher für die C____ AG tätig gewesen

seien und das Referenzobjekt erstellt hätten. Auch im Aktionariat herrsche eine enge Verflechtung. Beide Gesellschaften befänden sich im Mehrheitsbesitz der Familienmitglieder D_____ und E_____. Einzig [...], die Tochter von D_____ sei als Minderheitsaktionärin bei der Rekurrentin neu aufgenommen worden. Bei der C_____ AG seien [...] und [...], die Kinder von E_____ in den Verwaltungsrat gewählt worden. Es handle sich um einen dynamischen Generationenwechsel. In der Angebotsofferte sei diese rechtliche Situation korrekt dargelegt worden.

3.3 Die ausschreibende Behörde kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mit ihrer Offerte nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 588, 628; VGE VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 3.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011 E. 2.2).

Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3, B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

3.4

3.4.1 Grundsätzlich hat jeder Anbieter die Anforderungen der Ausschreibung und insbesondere die Eignungskriterien selber zu erfüllen. Ein Anbieter kann in der Regel nicht auf Referenzen eines Dritten rekurrieren, wenn dieser nicht im Rahmen einer Bietergemeinschaft in die Projektorganisation des Angebots eingebunden ist. Ein Offertversprechen bindet vertraglich immer nur den Bieter selber, nicht auch ihm nahestehende Konzerngesellschaften (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1374). Nach der Lehre und der Rechtsprechung kann allein aus dem Umstand, dass ein Anbieter zur selben Unternehmung wie ein Dritter gehört, nicht geschlossen werden, dass er in Bezug auf seine Leistungsfähigkeit über dessen Mittel verfügt. Es findet daher kein vergaberechtlicher Durchgriff auf Konzerngesellschaften statt. Erforderlich wäre für die Berücksichtigung von Referenzen einer anderen Konzerngesellschaft vielmehr eine konzernbezogen abgefasste Offerte, bei der bezüglich des Abstellens auf Referenzen, Fachkräfte und Umsatzzahlen von Muttergesellschaft bzw. Konzern hinreichend deutlich bekundet wird, von welcher Seite der Hauptteil der offerierten Leistung erbracht werden soll, und eine gemeinsame Haftpflichtversicherung eingereicht oder eine sogenannte Konzernklärung beigebracht wird. Insgesamt kann sich ein Anbieter nur dann auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft stützen, wenn er mittels entsprechender Zusagen den Nachweis erbringt, dass er tatsächlich über die entsprechenden Mittel dieser Konzerngesellschaft verfügt (Zum Ganzen: BEYELER,

a.a.O., N 1378 ff.; BEYELER, Einbezug der Muttergesellschaft, in: BR 2015 S. 22 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O. N 648; BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014, E. 4.4.3 m.w.H, B-5563/2012 vom 18. Februar 2013 E. 3.3.3; VGE ZH VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 2.5.1, VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 3.3 ff., E. 4.2; KGer LU LGVE 2014 IV Nr. 8 vom 2. September 2014, zit. bei BEYELER/SCHERLER/ZUFFEREY, Eignung, in: BR 2016 S. 49, N 29).

3.4.2 Demgegenüber hat das Verwaltungsgericht die Frage in einem von ihm zu entscheidenden Fall anders beurteilt (VGE VD.2011.66 vom 4. November 2011 E. 3). In jenem Verfahren wurde zum Eignungsnachweis ein Referenzauftrag mit dreijähriger Dauer verlangt. Beide erstplatzierten Offerenten bestanden als juristische Personen aber erst seit weniger als drei Jahren. Das Verwaltungsgericht hat erwogen, dass Umstrukturierungen in der entsprechenden Branche häufig seien. Die Berücksichtigung dieser Fakten erscheine im Hinblick auf die Hauptzwecke des Beschaffungsrechts, der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel und die Stärkung des Wettbewerbs (§ 1 lit. b und c BeschG), sinnvoll. Die Vergabestelle sei daher, gerade auch aufgrund des ihr zustehenden Beurteilungsermessens, richtigerweise nicht von einem formalen, sondern einem funktionalen Unternehmens- beziehungsweise Eignungsverständnis ausgegangen. Dass der Referenzauftrag einer Drittperson der Anbieterin zugerechnet worden sei, sei angesichts der identischen Schlüsselpersonen beider Gesellschaften, welche den Kern der beiden Unternehmen bildeten, nicht zu beanstanden. Schliesslich berücksichtigte das Verwaltungsgericht, dass die Vergabebehörde ihr Ermessen in dieser Frage einheitlich auch bei der Beurteilung der Erfüllung eines Eignungskriteriums bei einer anderen Offerentin ausgeübt hatte.

3.4.3 Die genannten Hauptzwecke des Beschaffungsrechts sprechen somit durchaus für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und eine gewisse Milderung des Formalismus. Zu beachten ist aber, dass mit dem als Eignungskriterium verlangten Referenzauftrag nicht allein die Eignung der einzusetzenden Schlüsselpersonen aufgrund der Erfüllung eines entsprechenden Referenzauftrags, sondern der Person der Offerentin selber zu belegen ist. Vorliegend handelt es sich gerade um eine rechtlich andere, neue Person, bei deren Gründung keine Abspaltung gemäss Fusionsgesetz angestrebt worden ist. Rechtlich handelt es sich bei der Rekurrentin daher nicht um eine Rechtsnachfolgerin der C___ AG. Die Rekurrentin wurde per 1. Januar 2016 neu gegründet und hat – wie sie anlässlich der Verhandlung angibt – durch Singularsukzession Vermögensteile der C___ AG übernommen. Die beiden Unternehmen sind im selben Gebäude domiziliert und teilen sich die Maschinerie. Entgegen den Angaben in der Rekursbegründung wurden allerdings nicht sämtliche Arbeitsverhältnisse auf das neue Unternehmen übertragen, sondern lediglich die Hälfte. Somit bestehen heute gemäss den Angaben in der Hauptverhandlung zwei Schreinereibetriebe mit je 30 Mitarbeitern, womit aber auch die Rekurrentin weiterhin vergleichbar ist mit der vorherigen Unternehmung. Es ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass bei einer solchen "Abspaltung" und Neugründung eines Unternehmens die Firmenreferenzen der ursprünglichen Gesellschaft angerechnet werden können, handelt es sich doch um einen teilweisen Übergang der Firmenidentität. Wie beide Parteien im Hinblick auf erteilte Aufträge an die Nachfolgeunternehmung einer Konkursfirma vorbringen, ist bei einer Übernahme eines Unternehmens durch ein anderes aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Anrechnung der Referenzen der übernommenen Unternehmung durch die anbietende "neue" Unternehmung grundsätzlich möglich. In ständiger Rechtsprechung lässt sodann das Zürcher Verwaltungsgericht zu, dass die Vergabebehörde auch Referenzobjekte berücksichtigt, die nicht nur von einer Rechtsvorgängerin der Anbieterin, sondern auch von einem früher einer anderen Unternehmung zugehörigen Geschäftsbereich ausgeführt worden sind (VGE ZH VB.2016.00025 vom 27. September 2016 E. 3.3, VB.2016.00267 vom 14. Juli 2016 E. 3.4, VB.2010.00170 vom 22. September 2010 E. 5.2.1, VB.2002.00241 vom 18. Dezember 2002 E. 4b/aa).

Hier liegt eine mit der Übernahme eines Geschäftsbereichs vergleichbare Situation vor, da eine grössere Zahl von Mitarbeitenden – darunter auch Projektleiter – ihren alten Arbeitgeber verlassen haben und von der neu gegründeten Unternehmung übernommen wurden. Zwar sind beide Betriebe nach wie vor in der Möbelfabrikation tätig. Anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung wurde aber vorgebracht, dass gewisse Spezialisierungen wie etwa Lackierungen etc. aufgeteilt wurden. Aufgrund der geltend gemachten Verflechtung im Aktionariat, der gegenseitigen Zurverfügungstellung von Mitarbeitenden etc. hat die Rekurrentin sodann die Möglichkeit, auf Ressourcen der ursprünglichen C____ AG zurückzugreifen. Ihre Angestellten bringen das Knowhow aus diesem Unternehmen mit und arbeiten weiterhin unter demselben Dach. Damit besteht eine andere Konstellation als bei einer "normalen" Neugründung einer Gesellschaft, ohne Vermögensübertragung. Auch wenn sich vorliegend unter Umständen zwei Gesellschaften auf erbrachte Referenzen berufen möchten, kann aus wirtschaftlicher Sicht eine Anrechnung der Referenzen der ursprünglichen Unternehmung bei der neugegründeten Gesellschaft angezeigt sein. Dass sich die C____ AG auch weiterhin auf früher ausgeführte Aufträge berufen kann, ist ebenfalls möglich, auch wenn sie nach der Abspaltung ebenfalls nur noch über die Hälfte des bisherigen Personals etc. verfügt. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass theoretisch die Möglichkeit besteht, dass im Einzelfall ein Rückgriff auf Referenzen einer Unternehmung, von der sich die Anbieterin faktisch abgespalten hat, zulässig sein kann.

3.5

3.5.1 Die Vergabebehörde macht indes geltend, dass es für sie nicht erkennbar sei, wie es sich bezüglich des "Innenlebens" der Unternehmen verhalte, die Beurteilung habe allein anhand der mit dem Angebot eingereichten Dokumentation zu erfolgen. Der Vergabebehörde obliege diesbezüglich keine Pflicht, bei mangelnden Nachweisen oder der Einreichung ungeeigneter Referenzen nachzufragen. Es sei vielmehr Sache der Anbietenden, sich vorgängig zu vergewissern, dass die verlangte Referenz mittels der von ihr angebotenen Referenzauskünfte erbracht werden kann. Die Ausführungen der Rekurrentin seien zudem widersprüchlich, wenn sie einerseits von einer Abspaltung resp. Neugründung spräche und andererseits eine Einheit der beiden Unternehmen behaupte.

3.5.2 Die Rekurrentin hat in ihrem Angebot (vgl. act. 3/4 S. 5) im Zusammenhang mit den Umsatzangaben darauf hingewiesen, dass die ausgewiesenen Umsätze in den Jahren 2013 bis 2015 von der A____ AG erzielt worden sind und es sich bei ihr um eine "Firma, als Abspaltung der A____ AG Möbelfabrik, mit demselben Personal seit 1.1.16 operativ" handle. Im Zusammenhang mit dem Referenzauftrag erfolgte allerdings kein entsprechender Hinweis. Dass der Auftrag von der A____ AG ausgeführt wurde, konnte allein aufgrund des Hinweises bei den Umsatzangaben aus dem angegebenen Ausführungszeitraum im Jahr 2015 implizit abgeleitet werden. Die Rekurrentin lieferte zudem keine genauen Angaben zur Verbindung der beiden Gesellschaften. Sie erläuterte weder die familiäre Situation, noch legte sie dar, welche Angestellten übernommen wurden und wie die Aufgabenteilung der beiden Unternehmen vorgenommen wird. Ein Vermögensübertragungsvertrag wurde ebenfalls nicht eingereicht. Um darzulegen, dass eine Spezialsituation vorliegt, die die Anrechnung der Fremdreferenz rechtfertigen könnte, wären weitergehende Belege nötig gewesen. Erst im Rekursverfahren reichte die Rekurrentin das Organigramm des Unternehmens sowie eine Änderungskündigung und den Arbeitsvertrag eines angestellten Maschinisten ein. Welche Arbeitsverhältnisse und welche Vermögensbestandteile auf die A____ AG übertragen worden sind, ist aber selbst im Rekursverfahren noch nicht klar ersichtlich. Zudem erfolgten die im Rekursverfahren neu eingereichten Nachweise verspätet; der verlangte Eignungsnachweis ist innert der Antragsfrist zu erbringen und kann nicht nachträglich im Rekursverfahren nachgeholt werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 572). Die Rekurrentin hat folglich die wirtschaftliche Identität mit der C____ AG nicht belegt. Folglich erweist sich das Angebot der Rekurrentin als mangelhaft, da daraus

nicht zu erkennen ist, weshalb der Referenzauftrag einer Drittfirma der Rekurrentin anzurechnen sei.

3.5.3 Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt, wird gemäss § 8 lit. c BeschG in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen. Ebenfalls ausgeschlossen werden unvollständige Angebote (§ 23 Abs. 2 BeschG). Auch wenn § 8 lit. c BeschG den Ausschluss eines Anbieters im Fall der nicht vollständigen Erfüllung der Eignungskriterien nur "in der Regel" vorsieht, muss das entsprechende Entschliessungsermessen aufgrund seiner Natur und zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller (potenzieller) Anbieter beschränkt bleiben (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 435, 603). Die Berücksichtigung eines unvollständigen Angebots, das geforderte Eignungsnachweise nicht enthält, widerspricht grundsätzlich dem Gebot der Gleichbehandlung und der Transparenz im Vergaberecht. Diesbezüglich gelten im Vergaberecht strenge Voraussetzungen. Vorbehalten bleibt einzig das Verbot des überspitzten Formalismus als verfahrensrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Aus diesem Grundsatz kann sich die Verpflichtung der Behörde ableiten, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriff ist zu begehen, soweit diese leicht zu erkennen sind und rechtzeitig behoben werden können (BGE 125 I 166 E. 3a S. 170; BVGE 2007/13 E. 3.1 f.; BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.1 f.).

Vorliegend fehlt allerdings ein wesentlicher Eignungsnachweis, sodass nicht von einer bloss geringfügigen Abweichung von den Anforderungen der Ausschreibung gesprochen werden kann. In solchen Fällen ist die Vergabebehörde trotz des auch im Submissionsrecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen die mangelhaft oder unvollständig eingereichten Unterlagen oder Angaben der Anbieter zu vervollständigen. Ihr obliegt daher keine Pflicht, bei mangelnden Nachweisen oder Einreichung ungeeigneter Referenzen nachzufragen (GEBERT, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 343 ff., 368; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 573 bezüglich Eignungsnachweise; BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Es wäre vielmehr Sache der Rekurrentin gewesen, sich vorgängig zu vergewissern, dass der von ihr zu belegende Eignungsnachweis mittels der angegebenen Referenzauskünfte erbracht werden kann (VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2, VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Dies hat sie jedoch unterlassen. Es lag demnach im Ermessen der Vergabebehörde, keine weiteren Abklärungen zu treffen.

3.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der bei den Umsätzen angebrachte Hinweis der Rekurrentin in ihrer Offerte allein nicht genügte, um einen Rückgriff auf die Referenzen der A___ AG zu erlauben. Daher hat sie den Nachweis eines bereits ausgeführten vergleichbaren Referenzauftrags nicht erbracht. Da die Vergabestelle nicht verpflichtet war, weitere Nachforschungen zu betreiben, ist es insgesamt nicht zu beanstanden, dass sie die Rekurrentin mangels Erfüllung des Eignungsnachweises gemäss § 8 lit. c BeschG vom Verfahren ausgeschlossen hat.

4.

Insgesamt erweist sich der Rekurs als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'000.– zu tragen. Der Beigeladenen ist keine Parteientschädigung auszurichten, da ihr durch das vorliegende Verfahren kein Aufwand entstanden ist. Auch der Vorinstanz ist in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'000.– (einschliesslich Auslagen). Der geleistete Kostenvorschuss wird in diesem Umfang mit der Gebühr verrechnet und im Übrigen der Rekurrentin zurückerstattet.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Beigeladene
- Bau- und Verkehrsdepartement

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. Michèle Guth

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Verfassungsbeschwerde** wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Verfassungsbeschwerde ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gemäss Art. 82 ff. BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Verfassungsbeschwerde als auch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.