Urteilskopf

139 II 489

34. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. X. AG gegen Y.-Verband (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013

Regeste (de):
Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 11 lit. a und Art. 21 Abs. 1 BöB, § 17, § 27 lit. a und § 32 Abs. 1 VRöB, Art. 11 lit. g IVöB; Eignungs- und Zuschlagskriterien im Submissionsrecht; Berücksichtigung der Mehreignung. Verfassungsrechtliche Mindestansprüche der Anbieter im Falle des Einholens von Referenzauskünften durch die Vergabebehörde.

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind auseinanderzuhalten: In einem ersten Schritt ist die Eignung zu prüfen und anschliessend sind in einem zweiten Schritt die zulässigen Offerten zu bewerten. Es ist aber nicht grundsätzlich unzulässig, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten. Zumindest dort, wo es auf fachliche Eignung oder Erfahrung ankommt, ist die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags zulässig (E. 2.1 und 2.2).

Die Vergabebehörde darf Referenzen einholen, die der Anbieter nicht angegeben hat, doch gelten verfassungsrechtliche Mindestansprüche: Wird darauf zum Nachteil des Anbieters abgestellt, muss dieser Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern (E. 3.1-3.3).

Regeste (fr):
Art. 29 al. 2 Cst., art. 8 al. 1 let. d, art. 11 let. a et art. 21 al. 1 LMP, § 17, § 27 let. a et § 32 al. 1 DEMP, art. 11 let. g AIMP; critères d'aptitude et d'adjudication en droit des marchés publics; prise en compte de l'aptitude supérieure au minimum requis. Exigences constitutionnelles minimales posées en faveur des soumissionnaires lorsque l'autorité adjudicatrice se renseigne par rapport à leurs références.

Il faut distinguer les critères d'aptitude et d'adjudication: dans une première étape, on doit examiner l'aptitude et, dans une seconde étape, on évalue les offres admissibles. Il n'est cependant pas par principe prohibé d'ériger une certaine exigence minimum en un critère d'aptitude, puis de pondérer le dépassement de ce minimum comme un critère d'adjudication. A tout le moins, la prise en compte, dans le cadre de l'adjudication, d'une aptitude dépassant le seuil minimum est possible dans les cas où tant l'aptitude professionnelle que l'expérience sont des critères déterminants (consid. 2.1 et 2.2).

L'autorité adjudicatrice a le droit de demander des références qui n'ont pas été indiquées par le soumissionnaire, mais cette pratique est soumise à des exigences constitutionnelles minimales: si les références sont utilisées au détriment du soumissionnaire, ce dernier doit obtenir la possibilité de s'exprimer à leur sujet (consid. 3.1-3.3).

Regesto (it):
Art. 29 cpv. 2 Cost., art. 8 cpv. 1 lett. d, art. 11 lett. a e art. 21 cpv. 1 LAPub, § 17, § 27 lett. a e § 32 cpv. 1 DAAP, art. 11 lett. g CIAP; criteri di attitudine e di aggiudicazione nel diritto dei mercati pubblici; presa in considerazione dell'attitudine superiore al minimo richiesto. Diritti costituzionali minimi in favore degli offerenti in caso di raccolta di referenze da parte dell'autorità aggiudicatrice.

Criteri d'attitudine e d'aggiudicazione devono essere tenuti distinti: in prima battuta, occorre esaminare l'attitudine per poi valutare, in seconda battuta, le offerte considerate ammissibili. In via di principio, non è tuttavia proibito richiedere il rispetto di una certa esigenza minima quale criterio d'attitudine, per poi considerare il sorpasso di questo minimo come criterio d'aggiudicazione. Per lo meno nei casi in cui l'attitudine professionale o

l'esperienza hanno rilievo, la presa in considerazione di un'attitudine superiore nell'ambito dell'aggiudicazione è permessa (consid. 2.1 e 2.2).

L'autorità aggiudicatrice ha il diritto di domandare delle referenze, che l'offerente non ha fornito; questa pratica è però sottoposta a esigenze costituzionali minime: se le referenze sono utilizzate a scapito dell'offerente, quest'ultimo deve avere la possibilità di esprimersi sulle stesse (consid. 3.1-3.3).

Sachverhalt ab Seite 490

BGE 139 II 489 S. 490

Der Y.-Verband schrieb im Amtsblatt des Kantons Nidwalden vom 13. Juli 2011 im offenen Verfahren das Projekt "Erneuerung der Prozesssteuerungen und des Leitsystems" aus. Unter "Liefertermin" war angegeben:
"Beginn 01.11.2011 und Ende 31.12.2012
Bemerkungen: Beginn Phase 1
01.11.2011 bis ca. Ende 2012
Weitere Phasen bis 2018."
In den Ausschreibungsunterlagen war sodann aufgeführt: "Aktuell wird nur der Auftrag über den Umfang der 1. Etappe Phase 1 vergeben. Es wird jedoch der Lieferant für sämtliche Phasen festgelegt."

BGE 139 II 489 S. 491

Die X. AG reichte ein Angebot ein zum Preis von Fr. 136'611.77 für die Phase 1 bzw. Fr. 362'632.01 für den Gesamtumfang, jeweils inkl. MWSt, die B. AG ein Angebot zum Preis von Fr. 205'456.30 für die Phase 1 bzw. Fr. 480'755.15 für den Gesamtumfang, jeweils inkl. MWSt. Mit Zuschlagsverfügung vom 3. Oktober 2011 vergab der Y.-Verband die Arbeiten an die B. AG zum (revidierten) Preis von Fr. 151'702.24 exkl. MWSt, und stellte fest, dass später innerhalb des Schwellenwerts im freihändigen Verfahren an die berücksichtigte Firma zu denselben Konditionen Folgeaufträge erteilt werden könnten. Die von der X. AG dagegen erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden blieb erfolglos. Die X. AG erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 3. Oktober 2011 festzustellen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin stösst sich daran, dass die Vergabestelle die Eignungsmerkmale eines Anbieters bei der Prüfung der Zuschlagskriterien nochmals anhand der exakt gleichen Merkmale geprüft hat. Daraufhin

hat sie dem obsiegenden Anbieter ausschliesslich aufgrund seiner Mehreignung eine höhere Punktzahl bei der Beurteilung der Zuschlagskriterien zugesprochen. Ob darin ein Verstoss gegen die Gleichbehandlung der Anbieter liegt, ist - wie sich aus dem Folgenden ergibt - eine wesentliche, aber höchstrichterlich in der Schweiz noch nie entschiedene Grundsatzfrage.

2.2

2.2.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungs- und Zuschlagskriterium auseinanderzuhalten; diese beziehen sich direkt auf die zu erbringende Leistung, jene hingegen auf das anbietende Unternehmen und dessen Eigenschaften; da aber auch diese Kriterien auf die zu erbringende Leistung bezogen sein müssen, ist die Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien manchmal schwierig (BGE 129 I 313 E. 8.1 S. 323 f.; Urteil 2P.322/2006

vom 14. August 2007 E. 3.3.1). Nähere Ausführungen zur Abgrenzung finden sich in diesen Urteilen nicht. Auch im Urteil 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 4.1 wurde die Frage einer Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien mangels entsprechender Rüge nicht weiter vertieft. Ohne ausdrückliche Diskussion des Verhältnisses zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde es im Urteil 2P.141/2002 vom 7. Januar 2003 E. 2 als zulässig erklärt, den Zuschlag für den Kauf von Fotokopiergeräten einem Anbieter zu erteilen, weil dessen Geräte (zu einem günstigeren Preis) mehr Leistung erbrachten als in der Ausschreibung gefordert worden war. Im Urteil 2P.46/2005 vom 16. September 2005 E. 5.1 fragte sich das Bundesgericht in Bezug auf das Kriterium der Ortskenntnis, ob eine strenge Trennung zwischen anbieter- und angebotsbezogenen Kriterien überhaupt sinnvoll und realisierbar ist, wie allgemein bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, wo die Fachkompetenz bzw. die Qualifikation des Anbieters eine grosse Rolle spiele; die Frage konnte aber offenbleiben. Im Urteil 2P.225/2005 vom 27. April 2006 E. 3.2 erwog das Bundesgericht, dass nach der Lehre die Eignungskriterien normalerweise nicht zugleich als Zuschlagskriterien verwendet werden sollten, dass aber die Rechtsprechung eine strikte Trennung eher ablehne; die Frage brauchte auch dort nicht weiter erörtert zu werden, da nicht dargelegt worden war, dass die gleichen Kriterien doppelt verwendet wurden.

2.2.2 Die frühere eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen war anfänglich der Ansicht, dass Unternehmensaspekte bzw. Mehreignungen im Rahmen des Zuschlags nicht mehr berücksichtigt werden dürften; sie hat diese Praxis jedoch im Laufe der Zeit gelockert und unternehmensbezogene Aspekte zugelassen, wenn sie Einfluss auf die Qualität des Angebots (als Element der Wirtschaftlichkeit, vgl. Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]) haben (s. Darstellung der Praxis bei MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, S. 64 ff.; MARC STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht - ein Beitrag aus der Schweiz, European Law Reporter 2010 S. 189 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht schliesst ebenfalls die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht grundsätzlich aus, sofern die Mehreignungskriterien einen Bezug zum Projekt aufweisen, wie z.B. Qualität, Referenzen, Ausbildung (Urteil B-6082/2011 vom 8. Mai

2012 E. 2.1.3 und 2.1.4; BVGE 2011/58 E. 12.2). Auch die Rechtsprechung der Kantone lässt mehrheitlich die Berücksichtigung von anbieterbezogenen Zuschlagskriterien zu, jedenfalls wenn es um Aufträge geht, bei denen die Fachkompetenz des Anbieters eine grosse Rolle spielt (vgl. die Hinweise bei GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 270 ff.); HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl. 2008, S. 471 ff.; BEYELER/STÖCKLI, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Aktuelles Vergaberecht 2012, 2012, S. 110 f.; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124 f.).

2.2.3 Rechtsvergleichend ist das Urteil des EuGH i.S. Lianakis vom 24. Januar 2008 (C-532/06, Randnrn. 30-32) zu erwähnen, wonach sich die fachliche Eignung nach den in Art. 31 und 32 der Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 24. Juli 1992 S. 1) genannten Kriterien richte, während sich die Erteilung des Zuschlags auf die in Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie aufgezählten Kriterien stütze. Zwar seien dort die Kriterien nicht abschliessend aufgezählt, doch kämen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienten. Daher seien als Zuschlagskriterien Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienten, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhingen. Die im konkreten Fall vom Auftraggeber als "Zuschlagskriterien" berücksichtigten Kriterien (nachgewiesene Erfahrung des Sachverständigen; Personal und Ausstattung des Büros; Fähigkeit, die Studie durchzuführen) bezögen sich in erster Linie auf die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemässe Ausführung des betreffenden Auftrags zu gewährleisten. Es handle sich dabei um Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter beträfen und die nicht Zuschlagskriterien sein könnten. Diese Praxis wurde bestätigt im Urteil Kommission gegen Hellenische Republik vom 12. November 2009 (C-199/07; vgl. auch Grünbuch vom 27. Januar 2011 der Europäischen Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens; Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, S. 18 f.).

2.2.4 Eignungs- und Zuschlagskriterien haben unterschiedliche Funktionen: Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters (§ 27 lit. a der Vergaberichtlinien [VRöB]zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB]vom 25. November 1994/15. März 2001 [http://www.bpuk.ch/konkordate/IVOEB.aspx]; § 27 lit. a der nidwaldnerischen Vollzugsverordnung vom 6. Juli 2004 zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [Submissionsverordnung; NG 612.11]; vgl. im Bund Art. 11 lit. a BöB; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, S. 1025 ff.); ein fehlendes Eignungskriterium kann somit nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden. Demgegenüber dienen die Zuschlagskriterien der Bewertung der zulässigen Angebote, wobei eine schlechtere Bewertung bei einem Kriterium durch eine bessere bei einem anderen aufgewogen werden kann. Daraus folgt, dass in einem ersten Schritt die Eignung zu prüfen ist und anschliessend in einem zweiten Schritt die zulässigen Offerten zu bewerten sind. Es wäre unzulässig, den ersten Schritt gar nicht durchzuführen und ein Angebot, das die Eignungskriterien nicht erfüllt, trotzdem zuzulassen (Urteil 2P.322/2006 vom 14. August 2007 E. 3.3.1; OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I S. 387 ff., 412 f.; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 206 f.). Daraus folgt aber nicht, dass es unzulässig wäre, im zweiten Schritt die gleichen Kriterien zu berücksichtigen wie im ersten. Das macht zwar keinen Sinn bei Eignungskriterien, die nur mit Ja oder Nein beantwortet werden können: Angebote, welche das Kriterium nicht erfüllen, sind auszuschliessen, alle anderen würden die gleiche Bewertung erhalten. Bei Kriterien, die graduell bewertet werden können, ist aber nicht ersichtlich, weshalb es unzulässig sein sollte, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen, eine darüber hinausgehende Erfüllung aber als Zuschlagskriterium zu gewichten;

es handelt sich bei dieser Vorgehensweise nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BEYELER, a.a.O., 2004, S. 208 f.). Das gilt in besonderem Mass für das Kriterium der Qualität, die anerkanntermassen ein zulässiges Kriterium im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist (Art. 21 Abs. 1 BöB; § 32 Abs. 1 VRöB). Es liegt auf der Hand, dass - jedenfalls bei Aufträgen, bei denen die Fachkompetenz eine Rolle spielt - die Qualität

BGE 139 II 489 S. 495

nicht getrennt vom Unternehmen und den darin tätigen Personen beurteilt werden kann. Eine strikte Trennung zwischen unternehmensbezogenen und Wirtschaftlichkeitsaspekten, wie sie der EuGH vorgenommen hat, kann daher nicht überzeugen. Zumindest dort, wo es auf fachliche Eignung oder Erfahrung ankommt, ist die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags zulässig (ebenso BEYELER, a.a.O., 2008, S. 67 ff.; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001 S. 1405 ff., 1414 f.; HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000 S. 225 ff., 242 f.; MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: SBVR Bd. XI, 2. Aufl. 2007, S. 461 ff., 538 f.). (...)

3.

3.1 Weiter wirft die Beschwerdeführerin die Frage auf, ob es rechtswidrig ist, wenn die Vergabebehörde eigenmächtig (d.h. ohne Zustimmung des Anbieters) Referenzangaben zu Anlagen eines Anbieters einholt und aufgrund dieser Referenzangaben einen Anbieter schlechter bewertet. Auch bei dieser Frage handelt es sich um eine Grundsatzfrage, die sich in der Praxis häufig stellt, aber vom Bundesgericht noch nie beantwortet wurde; im Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 4.2.2 konnte diese Frage offenbleiben, weil die vertraulich eingeholten Referenzauskünfte nicht entscheidwesentlich waren.

3.2 Das Vergaberecht äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob und unter welchen Umständen auch Referenzen eingeholt werden dürfen, die der Anbieter nicht angegeben hat. Die Antwort muss sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben: Wie in jedem Verwaltungsverfahren hat auch im Submissionsverfahren die Behörde grundsätzlich den erheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, ohne dabei an Vorbringen oder Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Sie wird zwar in der Regel primär auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen abstellen; insbesondere ist die Behörde nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen (vgl. Hinweise auf die Praxis bei MANUELA GEBERT, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, 2010, S. 364 ff.). Es ist aber auch nicht unzulässig, auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückzugreifen;

BGE 139 II 489 S. 496

insbesondere bei lokalen Projekten mit lokalen Anbietern oder innerhalb einer Fachwelt, wo man sich gegenseitig kennt, ist solches Wissen unvermeidlich vorhanden und es ist nicht per se unzulässig, darauf abzustellen (Urteil 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4). Ebenso wenig kann es der Behörde verboten sein, sich solches Wissen noch zu verschaffen, um sich ein Bild über die Eignung oder Qualität eines Anbieters zu machen. Nach

Treu und Glauben wird zwar die Behörde in erster Linie auf diejenigen Referenzen abstellen, die der Anbieter angegeben hat; aber es muss ihr grundsätzlich erlaubt sein, im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärungen auch zusätzlich zu den Angaben, welche die Anbieter gemacht haben, weitere Informationen einzuholen.

3.3 Allerdings sind dabei verfassungsrechtliche Mindestansprüche zu wahren, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), der grundsätzlich auch im Submissionsrecht gilt (Urteile 2C_710/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 5; 2C_890/2008 vom 22. April 2009 E. 5.3; 2P.175/2001 vom 12. Oktober 2001 E. 3, in: ZBl 103/2002 S. 481; 2P.155/1996 vom 4. Dezember 1996 E. 3, in: Pra 1997 Nr. 100 S. 541). Die Parteien eines Verfahrens haben insbesondere das Recht auf Akteneinsicht sowie das Recht, sich zu rechtserheblichen Sachverhaltsvorbringen zu äussern, auf welche zu ihrem Nachteil abgestellt wird (BGE 137 IV 33 E. 9.2 S. 48 f.; BGE 136 V 351 E. 4.4 S. 355 f.; BGE 135 I 279 E. 2.3 S. 282). So muss z.B. einem Anbieter Gelegenheit gegeben werden sich zu äussern, bevor sein Angebot wegen ungewöhnlich tiefem Preis ausgeschlossen wird (BGE 130 I 241 E. 7.3 S. 255; Urteile 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.5; 2P.70/2006 vom 23. Februar 2007 E. 4.5; vgl. § 31 VRöB; OLIVIER RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, S. 163 ff., 188). Auch in anderen Konstellationen kann sich eine Pflicht zur Rückfragung beim Anbieter ergeben (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 198 f.). Zwar können die Gehörsansprüche mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Submissionsrechts eingeschränkt werden. So sind die Angebote als solche auch gegenüber den Mitbewerbern vertraulich zu behandeln (Art. XIV Abs. 3 GPA [SR 0.632.231.422]; Art. 11 lit. g der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; NG 612.2]; § 17 VRöB; vgl. im Bund Art. 8 Abs. 1 lit. d BöB), was grundsätzlich auch im Rechtsmittelverfahren gilt (Urteile 2C_890/2008

vom 22. April 2009 E. 5.3.3; 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 4.1.2; 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2; 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2, in: Pra 2000 Nr. 134; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 559 ff.; 688 f.; FETZ, a.a.O., S. 500 f.). Hingegen sind nach der kantonalen Gerichtspraxis die Referenzauskünfte, auf welche die Behörde abstellen will, aktenmässig festzuhalten (Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2006.00359 vom 20. Dezember 2006 E. 6.2.3; VB.2005.00514 vom 1. November 2006 E. 5.3; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 13. August 2002 E. 6, in: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2002 II Nr. 9; vgl. auch PETER RECHSTEINER, Referenzkontrolle, Baurecht 2003 S. 56) und es ist den Parteien - vorbehältlich überwiegender entgegenstehender Interessen - darin Einsicht zu gewähren (Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 16. Februar 2000 E. 2, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2000 S. 279; dazu ELISABETH LANG, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, ZBl 103/2002 S. 453 ff., 477; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 694 f.). Dem ist zuzustimmen: Wenn Referenzen eingeholt werden, auf die entscheiderheblich abgestellt wird, handelt es sich nicht um behördeninterne Akten, die nicht dem Einsichtsrecht unterliegen (BGE 125 II 473 E. 4a S. 474; Urteil 1P.324/2005 vom 10. Mai 2006 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 132 I 167), sondern um Auskünfte Dritter. Wird darauf zum Nachteil eines Anbieters abgestellt, muss dieser Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern.