Urteilskopf

143 I 177

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Verband B. und C. AG (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_384/2016 vom 6. März 2017

Regeste (de):
Art. 9 BV; § 36 Abs. 1 Ziff. 1 VöB/TG; Vergaberecht; willkürliche Zuschlagserteilung an einen Anbieter, der ein Eignungskriterium nicht erfüllt.

Eignungskriterien sollen sicherstellen, dass im Vergabeverfahren nur jene Bieter eine Chance haben, die den konkreten Auftrag gehörig erbringen können. Das Nichterfüllen eines Eignungskriteriums hat den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre. Unterbleibt bei einem schweren Mangel der Ausschluss des Anbieters, wird kantonales Recht qualifiziert falsch angewendet (E. 2.1-2.4).

Im Vergaberecht ist der Sachverhalt massgebend, wie er sich im Zeitpunkt des Vergabeentscheids präsentiert und nicht derjenige bei der Beurteilung einer allfälligen Beschwerde (E. 2.5 und 2.6).

Regeste (fr):
Art. 9 Cst.; § 36 al. 1 ch. 1 Vöb/TG; droit des marchés publics; adjudication arbitraire à un soumissionnaire qui ne remplit pas un critère de qualification.

Les critères d'aptitude ou de qualification sont conçus pour s'assurer que seuls les soumissionnaires qui peuvent dûment fournir la mission spécifique aient une chance dans la procédure d'adjudication. L'absence d'un critère d'aptitude a pour conséquence l'exclusion de la procédure, sauf si les insuffisances sont bénignes et que l'exclusion serait disproportionnée. Si l'exclusion d'un soumissionnaire n'a pas lieu en cas de carence grave, le droit cantonal a été appliqué de manière manifestement erronée (consid. 2.1-2.4).

En droit des marchés publics, c'est l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication qui est déterminant, et pas celui qui ressort du jugement sur un éventuel recours (consid. 2.5 et 2.6).

Regesto (it):
Art. 9 Cost.; § 36 cpv. 1 n. 1 della legge turgoviese sulle commesse pubbliche; diritto delle commesse pubbliche; aggiudicazione arbitraria ad un offerente che non adempie un criterio di idoneità.

I criteri di idoneità sono concepiti affinché nella procedura di aggiudicazione soltanto gli offerenti che possono debitamente fornire l'incarico richiesto abbiano una chance. Il mancato adempimento di un criterio di idoneità comporta l'esclusione dalla procedura tranne se i difetti sono di poco conto e l'esclusione apparirebbe sproporzionata. Il diritto cantonale è applicato in maniera manifestamente errata se un offerente non viene escluso in caso di grave lacuna (consid. 2.1-2.4).

In materia di diritto delle commesse pubbliche è determinante lo stato di fatto esistente al momento della decisione di aggiudicazione, non quello che risulta dal giudizio su un eventuale ricorso (consid. 2.5 e 2.6).

Sachverhalt ab Seite 178

A. Am 12. Juni 2015 schrieb der Verband B. die Leistungen für die Sammlung und den Transport von Siedlungsabfall (Haus- und Gewerbekehricht, ohne Kehricht aus Unterflurcontainern) im Entsorgungsgebiet des Verbandes für den Zeitraum ab 1. Januar 2017 in einem offenen Verfahren aus. Die Leistungen wurden in acht Lose aufgeteilt, gegliedert nach Einsatzräumen. In den Allgemeinen Bestimmungen zur Ausschreibung wurden als Eignungskriterien - nebst der Vollständigkeit des eingereichten Angebots, des Nachweises der ordnungsgemässen Bezahlung öffentlicher Abgaben, des Nachweises der organisatorischen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit etc. - insbesondere der Nachweis der Zulassungsbewilligung (Transportlizenz) gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Zulassung als Strassentransportunternehmen (STUG; SR 744.10) verlangt. Als Zuschlagskriterien wurden in der Reihenfolge ihrer Bedeutung der Angebotspreis und die Referenzen definiert. Gemäss dem Beurteilungsraster wurden der Angebotspreis mit 70 % und die Referenzen mit 30 % gewichtet.

B. Innert der Frist bis 18. September 2015, 12.00 Uhr, gingen beim Verband für das Los X. insgesamt vier Offerten ein. Darunter befanden sich die Offerten der A. AG vom 17. September 2015 mit einem Angebotspreis von Fr. 119.- pro Tonne Kehricht und der C. AG vom 18. September 2015 mit einem Preis von Fr. 117.80 pro Tonne Kehricht. Die Offertöffnung erfolgte am 21. September 2015 um 09.15 Uhr. Am 23. September 2015 wurde die A. AG vom Verband aufgefordert, fehlende Unterlagen zu den verwendeten Fahrzeugen nachzureichen. Am selben Tag wurde auch die C. AG aufgefordert, eine Kopie der fehlenden Zulassungsbewilligung (Transportlizenz) nachzuliefern. Für den Fall, dass die angesetzte Frist bis

am 30. September 2015 ungenutzt verstreichen sollte, müsse der Ausschluss vom Submissionsverfahren in Kauf genommen werden. Die A. AG reichte die fehlenden Unterlagen am 28. September 2015 ein. Die C. AG teilte dem Verband mit, dass der Schweizerische Nutzfahrzeugverband (ASTAG) die Anmeldungen für die Vorbereitungskurse und den Prüfungstermin zur Erlangung der Zulassungsbewilligung am 31. August 2015 bestätigt habe. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2015 erteilte der Verband B. der C. AG den Zuschlag für das Los X. Diesen Entscheid teilte der Verband B. mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 auch der A. AG mit und begründete ihn mit: "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien".

C. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. Oktober 2015 - wie auch gegen eine andere Zuschlagsverfügung betreffend das Los Y., welche Gegenstand eines separaten Verfahrens bildete - erhob die A. AG beim Verwaltungsgericht Thurgau Beschwerde und beantragte, die angefochtene Vergabe betreffend die Lose X. und Y. seien aufzuheben und die Zuschläge an sie zu erteilen. Eventualiter seien die angefochtenen Zuschlagsverfügungen betreffend die Lose X. und Y. aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 4. November 2015 erteilte der verfahrensleitende Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde aufschiebende Wirkung und untersagte dem Verband B. einstweilen, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig erfolgte eine Aufteilung des Beschwerdeverfahrens hinsichtlich der Lose X. und Y. Mit Urteil vom 9. März 2016 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.

D. Die A. AG erhob am 2. Mai 2016 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, eventuell subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen. Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuentscheidung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 4. Mai 2016 wurde der Beschwerde antragsgemäss superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuerkannt. In ihren Stellungnahmen zum Gesuch

um aufschiebende Wirkung, jeweils datierend vom 11. Mai 2016, teilten der Verband B. sowie die C. AG dem Bundesgericht mit, dass sie bereits am 22. April 2016 den Vertrag abgeschlossen hätten. In der Folge wies der Abteilungspräsident mit Verfügung vom 1. Juni 2016 das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab.

BGE 143 I 177 S. 180

Mit Eingabe vom 24. Mai 2016 ergänzte die A. AG ihre Rechtsbegehren dahin, dass subeventualiter der Entscheid aufzuheben und festzustellen sei, dass der Zuschlagsentscheid rechtswidrig sei. Das Verwaltungsgericht sowie die C. AG beantragen jeweils, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei abzuweisen. Der Verband B. stellt den Antrag, auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sei nicht einzutreten und die Verfassungsbeschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die A. AG nimmt zum Vernehmlassungsergebnis abschliessend Stellung und hält an ihren Rechtsbegehren fest.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, der Entscheid der Vorinstanz beruhe auf einem offensichtlich falsch festgestellten Sachverhalt, verstosse gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und sei willkürlich i.S.v. Art. 9 BV.

2.1 Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid folgendermassen: Zwar sei die in den Ausschreibungsunterlagen als Eignungskriterium geforderte Zulassungsbewilligung (Transportlizenz) im Zeitpunkt der Offerteinreichung bzw. Zuschlagserteilung seitens der Zuschlagsempfängerin noch nicht vorgelegen. Unter den gegebenen Umständen erweise sich der Mangel jedoch als geringfügig. Die Zuschlagsempfängerin verfüge über langjährige Erfahrung und habe die Aufträge der Beschaffungsstelle jahrelang tadellos erfüllt. Zum Zeitpunkt der Offerteingabe sei die Transportlizenz zwar noch nicht vorgelegen, aber bereits beantragt gewesen. Die Beschaffungsstelle habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Transportlizenz im Dezember 2015 und somit vor Vertragsbeginn am 1. Januar 2017 vorliegen werde. Der Mangel sei als geringfügig einzustufen und eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung wäre deshalb unverhältnismässig. Im Weiteren wäre eine direkte Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht möglich, weil diese ebenfalls unvollständige Offertunterlagen eingereicht habe. Es würde sich deshalb bei einer Gutheissung der Beschwerde ein Abbruch des Verfahrens und eine Rückweisung an die Vergabestelle aufdrängen. Ein neues Vergabeverfahren stelle jedoch einen prozessualen Leerlauf dar, da die Zuschlagsempfängerin mittlerweile im Besitz einer Transportlizenz sei und somit das fragliche Eignungskriterium erfülle.

BGE 143 I 177 S. 181

Auch unter diesem Blickwinkel erweise sich eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung als unverhältnismässig.

2.2 Die Beschwerdeführerin führt aus, dass die Vergabestelle an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden sei. Die Vorinstanz wende kantonales Recht willkürlich an, wenn sie gewisse Eignungskriterien für einzelne Anbieter nicht als verbindlich erachte. Massgebender Zeitpunkt, um die Vergleichbarkeit der Ange-

bote zu gewährleisten, sei die Offerteinreichung. Die Zuschlagsempfängerin habe zu diesem Zeitpunkt unbestritten über keine Transportlizenz verfügt und habe eine solche erst im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren eingereicht. Das Fehlen der Transportlizenz als gefordertes Eignungskriterium im Zeitpunkt des Erlasses der Zuschlagsverfügung hätte in willkürfreier Anwendung des Gleichbehandlungsgebots gemäss den Bestimmungen der Ausschreibung und gestützt auf § 36 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung des Regierungsrates vom 23. März 2004 zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (RB 720. 21; nachfolgend: VöB/TG) bzw. wegen fehlender gesetzlicher Grundvoraussetzungen zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin führen müssen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stelle eine fehlende gesetzliche Grundvoraussetzung bzw. ein fehlendes Eignungskriterium keineswegs einen geringfügigen Mangel dar, welcher einen Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen liesse.

2.3 Grundanforderungen sind Vorbedingungen, welche alle Bieter erfüllen müssen, um losgelöst von der Natur und Ausgestaltung an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Eine Transportlizenz ist jedoch nicht für jedes Vergabeverfahren notwendig, sondern eine Bedingung, die mit Blick auf den konkret zur Vergabe stehenden Auftrag formuliert worden ist und von Gesetzes wegen für die Tätigkeit als Strassentransportunternehmen vorgesehen (Art. 3 Abs. 1 STUG). Es handelt sich um ein Eignungskriterium und soll sicherstellen, dass nur jene Bieter im Verfahren eine Chance haben, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den konkreten Auftrag gehörig erfüllen können (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1478 f.; CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren - Gründe und der Rechtsschutz / I.-III., Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 325 ff., 343 Rz. 48).

2.3.1 Eignungskriterien sind grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d.h. dass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss die Folge sein muss

(BGE 141 II 353 E. 7.1 S. 353; BGE 139 II 489 E. 2.2.4 S. 494), ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (Urteile 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3; 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3). Kann allerdings kein Anbieter die von der Vergabebehörde definierten Eignungskriterien erfüllen, ist dies ein Zeichen, dass die Anforderungen den Realitäten des Marktes nicht entsprechen; die Vergabebehörde kann alsdann unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbieter entweder das Verfahren abbrechen oder auf strikte Respektierung der unangemessenen Anforderung verzichten (BGE 141 II 353 E. 7.3 und 7.4.2 S. 370 ff.). Auch § 36 Abs. 1 VöB/TG sieht ein gewisses Ermessen bei einem Ausschluss vor, da ein solcher nur "in der Regel" zu erfolgen hat, falls ein Ausschlussgrund vorliegt. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten liesse. Ein Ausschluss wäre hingegen unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist. So kann die Vergabestelle willkürfrei eine nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zulassen (Urteile 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3; 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 mit weiteren Hinweisen). Ein Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen ist hingegen nicht zu beanstanden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 201). Von entscheidender Bedeutung ist folglich, ob die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen durfte, dass kein schwerer Mangel vorliegt und sie die Zuschlagsempfängerin im Verfahren belassen durfte.

2.3.2 Die Zulassungsbewilligung ist eine notwendige Voraussetzung, um ein Strassentransportunternehmen im Personen- oder Güterverkehr betreiben zu können (Art. 3 Abs. 1 STUG). Eine fehlende Transportlizenz ist keine blosse Bagatelle. Das unterstreicht auch die Strafandrohung für Personen, die ohne eine solche Bewilligung als Strassentransportunternehmen tätig werden. Sie sind mit einer Busse bis zu Fr. 100'000.- zu bestrafen

(Art. 11 STUG). Zwar gilt es zu berücksichtigen, dass die Zuschlagsempfängerin die Transportlizenz bereits vor der Offerteingabe beantragt hatte und die notwendigen Prüfungen für die Transportbewilligung sobald als möglich nachholte. Ebenfalls führte sie für die Vergabestelle bereits

während Jahren zu deren vollen Zufriedenheit Gütertransporte durch. Dies ist aber nicht nur zugunsten der Zuschlagsempfängerin zu werten, da sie offensichtlich während langer Zeit zwingende rechtliche Vorgaben schlicht ignorierte. Entscheidend ist, dass sie im Zeitpunkt der Offerteinreichung eine zentrale technische Eignung nicht besass, um den Auftrag rechtlich einwandfrei erfüllen zu können. Es ist somit nicht von einem geringfügigen Mangel auszugehen, bei welchem ein Ausschluss unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch wäre. Vielmehr hat die Vorinstanz § 36 Abs. 1 Ziff. 1 VöB/TG offensichtlich falsch angewendet, wenn sie die fehlende Transportlizenz nicht als schweren Mangel betrachtete. Die Berücksichtigung von Angeboten mit schweren Mängeln ist überdies nicht nur willkürlich, sondern verstösst auch gegen das Gleichbehandlungsgebot (ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009, S. 75; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 275).

2.3.3 Die unvollständigen Offertunterlagen der Beschwerdeführerin, bei welchen einige Spezifikationen betreffend der verwendeten Fahrzeuge nachgereicht werden mussten, können hingegen nicht als schwerer Mangel gelten. Detailnachweise wie hier einige Spezifikationen betreffend der verwendeten Fahrzeuge dürfen, wie soeben erwähnt, nachträglich eingereicht werden. Davon gingen implizit sowohl die Vergabebehörde - andernfalls sie keine Nachfrist zur Einreichung der fehlenden Angaben hätte ansetzen dürfen, sondern die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren hätte ausschliessen müssen - als auch die Vorinstanz aus, deren Erwägungen nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist. Eine direkte Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin bei Gutheissung der Beschwerde durch die Vorinstanz wäre deshalb entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts möglich gewesen, weil ein Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Es hätte kein neues Verfahren durchgeführt werden müssen, welches in der Folge ohnehin zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgegangen wäre und damit einen prozessualen Leerlauf dargestellt hätte. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin nicht als unverhältnismässig.

2.4 Ob die Vorinstanz den Sachverhalt, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, in verschiedener Hinsicht willkürlich festgestellt hat, kann unter diesen Umständen offenbleiben. Es ist unerheblich, ob es der Zuschlagsempfängerin möglich war, ohne die Transportlizenz die Aufträge zugunsten der Vergabestelle tadellos

auszuführen oder ob darin eine mangelhafte Leistung zu erblicken ist, welche eine schlechte Referenz zur Folge hätte haben müssen. Ebenso keine Rolle spielt beim vorliegenden Ergebnis, ob die Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt der Offerteinreichung tatsächlich bereits sämtliche Voraussetzungen für die Transportlizenz erfüllt hatte und die Vorinstanz davon ausgehen durfte, dass die Transportlizenz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden sein werde. Immerhin sei erwähnt, dass der Verkehrsleiter der Zuschlagsempfängerin eine fehlende Prüfung erst nach dem Zuschlagsentscheid am 21. November 2015 abgelegt hat, so dass zu diesem Zeitpunkt offensichtlich noch nicht alle notwendigen Voraussetzungen für die Transportlizenz erfüllt waren, auch wenn diese, datierend vom 8. Dezember 2015, schliesslich vor dem Vertragsschluss und dem Beginn der vereinbarten Tätigkeit am 1. Januar 2017 vorlag.

2.5 Das Bestehen der Transportlizenz im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils führt im Weiteren nicht dazu, dass dieses Eignungskriterium durch das Verwaltungsgericht als erfüllt zu betrachten gewesen wäre.

2.5.1 Das System des Beschaffungsrechts ist so ausgelegt, dass der für das Submissionsverfahren entscheidende Moment der Zeitpunkt des Vergabeentscheids ist. Vor diesem müssen die Vergabekriterien definitiv festgelegt werden. Nachträgliche Änderungen der Angebote durch die Vergabebehörde oder den Anbieter sind aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes prinzipiell nicht statthaft (GALLI/ MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 300; für das vorliegende Verfahren § 34 Abs. 3 VöB/TG). Bei der Frage, ob ein bestimmter Anbieter geeignet ist, dürfen (für diesen positive) Tatsachen, die sich nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, denn diese hätte eine Diskriminierung der Mitanbieter zur Folge (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 302). Stellte man hingegen darauf ab, wie sich der Sachverhalt im Zeitpunkt des Entscheids über eine allfällige Beschwerde gegen den Vergabeentscheid präsentiert, würde dieses System umgangen: Ein Bieter, welcher Beschwerde ergreift, könnte sein Angebot nach Ablauf des Eingabetermins in Kenntnis sämtlicher Details aller Angebote, die mit dem Vergabeentscheid eröffnet worden sind, nachträglich bis zum Entscheid über seine Beschwerde ändern und ergänzen. Eine solche Verfahrensgestaltung würde die Grundsätze des Submissionsverfahrens, wie sie auch im Kanton Thurgau festgelegt sind, aushebeln und ist nicht angebracht.

2.5.2 Dieser Erkenntnis steht der Devolutiveffekt einer Beschwerde, wonach die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht (vgl. Art. 54 VwVG [SR 172.021]), nicht entgegen. Aufgrund des Devolutiveffekts verliert die Vorinstanz die Befugnis, sich mit der Sache zu befassen, d.h. insbesondere darüber materiell zu entscheiden oder den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 3 ff. zu Art. 54 VwVG). Im Bereich des Beschaffungsrechts ist der Sachverhalt massgebend, wie er sich im Zeitpunkt des Vergabeentscheides präsentiert. Änderungen des Angebots nach dem Eingabetermin sind nur bei untergeordneten Mängeln möglich (vgl. E. 2.3.1). Welche Instanz den rechtserheblichen Sachverhalt ermittelt, ist dabei unerheblich.

2.5.3 Ebenfalls nicht betroffen ist die Unzulässigkeit kantonalrechtlicher Novenverbote, wenn bloss eine kantonale Gerichtsinstanz besteht. Es geht nicht darum, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu ermitteln ist und deshalb dem Gericht auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können (vgl. dazu BGE 135 II 369 E. 3.3), sondern um die davon klar zu unterscheidende Frage, welcher Sachverhalt massgeblich ist. Gemäss den Grundsätzen des Vergaberechts ist der Sachverhalt im Moment der Erteilung des Zuschlags ausschlaggebend und nicht derjenige bei der Beurteilung einer allfälligen Beschwerde gegen den Vergabeentscheid. Ein Eignungskriterium, welches erst im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides und somit verspätet erfüllt ist, muss deshalb unberücksichtigt bleiben.

2.6 Nach dem Ausgeführten ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in dem Sinne gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die Vorinstanz das kantonale Submissionsrecht in qualifiziert bundesrechtswidriger Weise gehandhabt hat. Sie ist willkürlich davon ausgegangen, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin nicht an einem schweren Mangel leidet und nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden musste. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. (...)