

# Submissionswesen – Binnenmarktgesetz

## LUZERN

Auslegung eines Eignungskriteriums zum Ort der Geschäftsniederlassung; Art. 3 und 5 BGBM, Art. 9 BV, § 32 öBG/LU, §§ 4 und 14 GIG/LU. *Ausschreibung von Arbeiten der amtlichen Vermessung: Überprüfung des Eignungskriteriums «Bürostandort im Nachführungskreis» unter dem Blickwinkel des binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbots im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM (E. 3). Wenn das fragliche Kriterium bereits im Zeitpunkt der Offerteneinreichung erfüllt sein müsste, würde es nicht ortsansässige Anbieter unzulässig benachteiligen (E. 3.2). Massgeblichkeit des Sachverhalts im Zeitpunkt des Vergabeentscheids (E. 3.3.1). Grundsätze zur Auslegung unklarer Eignungskriterien bei einer Ausschreibung (E. 3.3.2). Die Auslegung der Ausschreibung kann unter Beachtung beschaffungsrechtlicher Zielsetzungen ergeben, dass ein Bewerber gewisse Bedingungen erst auf den Zeitpunkt der Vertragsausführung erfüllen muss (E. 3.3.3). Vereinbarkeit einer solchen Auslegung, die auch die binnenmarktrechtlichen Vorgaben umfasst, mit dem Willkürverbot (E. 3.3.4).*

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2. Juli 2019, 2C\_111/2018.)

Zur Nachführung der amtlichen Vermessung nach dem Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (GeoIG; SR 510.62) ist der Kanton Luzern in verschiedene Nachführungskreise gegliedert (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 8. September 2003 über die Geoinformation und die amtliche Vermessung [GIG/LU; SRL Nr. 29]; § 18 Abs. 1 der Geoinformationsverordnung vom 13. Februar 2004 [GIV/LU; SRL Nr. 29a]). Die Führung dieser Kreise überträgt der Regierungsrat des Kantons Luzern an Private (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 GIG/LU). Per Ende 2017 reichte der für den Nachführungskreis Ost zuständige Geometer seine Kündigung ein.

Das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern (BUWD) schrieb die Nachführung der amtlichen Vermessung im Kreis Ost für die Dauer vom 1. Januar 2018 bis 31. März 2020 im offenen Verfahren nach dem Gesetz des Kantons Luzern vom 19. Oktober 1998 über die öffentlichen Beschaffungen (öBG/LU; SRL Nr. 733) aus. C. und A. unterbreiteten je eine Offerte. Der Regierungsrat des Kantons Luzern erteilte C. den Zuschlag. Der unterlegene A. gelangte dagegen mit Beschwerde an das Kantonsgericht des Kantons Luzern, das sein Rechtsmittel abwies.

A. erhebt gegen das Urteil des Kantonsgerichts *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* und eventualiter subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das *Bundesgericht*. Er beantragt im Wesentlichen, der Zuschlag sei ihm zu erteilen. Das Bundesgericht *weist* die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten *ab*. Aus den *Erwägungen*:

3. Zunächst zu prüfen sind die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die *Eignungskriterien*.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Zuschlagsempfänger habe die Eignungskriterien im nach der Rechtsprechung (vgl. BGE 143 I 177) und dem kantonalen Recht (vgl. § 32 öBG/LU) massgeblichen Zeitpunkt nicht erfüllt. Folglich hätte der Zuschlagsempfänger aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht auf Willkür hin (vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372 [...]).

3.1.1 Der *Beschwerdeführer* bezieht sich dabei auf die Ausschreibungsunterlagen, in denen als erforderliches Kriterium namentlich ein «Bürostandort im Nachführungskreis» erwähnt wurde. Nach den vorinstanzlichen Erwägungen hatte der Zuschlagsempfänger im Zeitpunkt des Zuschlags keinen Bürostandort im Nachführungskreis, plante aber die Eröffnung einer entsprechenden Niederlassung auf den Mandatsbeginn hin. Der Beschwerdeführer geht davon aus, dass er selber das genannte Eignungskriterium erfüllt, weil er Geschäftsleitungsmitglied der B. AG mit Sitz im betreffenden Nachführungskreis ist, deren Inhaber schon bisher mit der amtlichen Nachführung der Vermessung betraut war.

3.1.2 Die *Vorinstanz* erwägt hierzu, dass für die Beurteilung einer Beschwerde nach § 32 öBG/LU die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Ausschreibung oder Verfügung massgebend sind, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt. Im vorliegenden Fall sei ein Bürostandort im Nachführungskreis erst auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns hin verlangt. Bei einem anderen Verständnis der Ausschreibungsunterlagen wäre im Zusammenspiel mit weiteren Eignungskriterien nur der bisherige Nachführungsgeometer in der Lage, die Eignungskriterien zu erfüllen, was dem Zweck eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zuwiderlaufen würde. Mit seiner ausdrücklichen Zusicherung, einen Bürostandort im Nachführungskreis auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns zu eröffnen, erfülle der Zuschlagsempfänger dieses Eignungskriterium, zumal keine Gründe ersichtlich seien, die diesem Vorhaben entgegenstünden.

3.1.3 Die *WEKO* vertritt in ihrer Stellungnahme die Auffassung, dass das Ausschreibungskriterium des Bürostandorts binnenmarktrechtlich unzulässig sei. Sie geht davon aus, dass eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM vorliegt. Vergaberegeln wie die hier umstrittenen, die auf den Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung abstellen, sind nach Auffassung der *WEKO* unzulässig, soweit sie nicht nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden können. Gründe, die eine derartige Beschränkung des Marktzugangs zu rechtfertigen vermöchten, seien nicht ersichtlich. Daher sei die Beschwerde insoweit abzuweisen, als mit ihr die

Nichteinhaltung des unzulässigen Eignungskriteriums «Bürostandort» durch den Zuschlagsempfänger gerügt werde.

3.2 Verfügungen, die im Bereich öffentlicher Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben gestützt auf kantonales oder interkantonales Recht ergehen, dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, die Art. 3 BGBM widerspricht (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM). Die hier umstrittenen Nachführungsarbeiten der amtlichen Vermessung wurden gestützt auf § 14 Abs. 1 GIG/LU nach den Bestimmungen des kantonalen Beschaffungsgesetzes (öBG/LU) ausgeschrieben. Dieses Vorgehen steht mit Art. 45 Abs. 2 der Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV; SR 221.432.2) im Einklang. Danach sind Arbeiten der amtlichen Vermessung, die in einem bestimmten geografischen Raum zur ausschliesslichen Ausführung vergeben werden, öffentlich auszuschreiben. Weder wird im Sinne von Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG rechtsgenügend geltend gemacht, noch liegt auf der Hand, dass der Vorgang ungeachtet der Anwendbarkeit des kantonalen Beschaffungsgesetzes keine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM darstellen könnte. Folglich bleibt unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM zu prüfen, wie das Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» aus *binnenmarktrechtlicher Sicht* zu verstehen ist.

3.2.1 Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM verankert einen mit Art. 2 BGBM parallel laufenden, aber eigenständigen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (vgl. *Evelyne Clerc*, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., 2013, N. 3 zu Art. 5 BGBM; *Thomas Zwald*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch [Hrsg.], *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, SBVR Bd. XI, 2. Aufl. 2007, S. 439 Rz. 108). Die Bestimmung bezweckt mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 BGBM, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (vgl. BGE 141 II 280 E. 5.1 S. 284; *Clerc*, N. 3 zu Art. 5 BGBM), wobei sich das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM gleichermaßen auf die verfahrensrechtlichen Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens bezieht (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.4.1 S. 129 [betreffend Konzessionsvergabe im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM]; *Clerc*, N. 116 zu Art. 5 BGBM; *Zwald*, S. 439 Rz.109).

3.2.2 Vor dem Hintergrund eines diskriminierungsfreien Marktzugangs können sich Ausschreibungsbedingungen, die im Zusammenhang mit der Auftrags-erfüllung auf geografische Kriterien abstellen, im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM benachteiligend auswirken (vgl. *Clerc*, N. 120 ff. zu Art. 5 BGBM; *Zwald*, S. 439 Rz. 110; *Peter Galli et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl.,

2013, S. 26 Rz. 55). Im Rahmen der Vergabe eines Auftrags zur Kehrrichtabfuhr hat das Bundesgericht das Zuschlagskriterium «Ortskenntnis» entsprechend als Beschränkung des Marktzugangs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM qualifiziert, das gegen das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot versties (vgl. Urteil 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 5a, in: ZBl 102/2001, S. 312). Als Marktzugangsbeschränkung, aber «nicht zwingend [als] «willkürlich und rechtswidrig» beurteilte das Bundesgericht hingegen das Kriterium «Ortskenntnis» bei der Vergabe von Ingenieur- und (Zweit-)Vermessungsarbeiten im Rahmen einer Gesamtmelioration der Gemeinden St. Peter und Peist (vgl. Urteil 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16. September 2005 E. 5). Unter dem im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 BGBM weniger strengen Blickwinkel von Art. 2 Abs. 7 BGBM erachtete es das Bundesgericht weiter als diskriminierend, dass die Stadt Lausanne bei der Vergabe einer Plakatkonzession die auf dem Stadtgebiet zentralisierte Infrastruktur einer Bewerberin zu deren Gunsten berücksichtigt hatte (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.3.1 f. S. 127 ff. und E. 6.5.3 S. 132).

3.2.3 Wie die WEKO zutreffend geltend macht, ist das hier zu beurteilende Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» geeignet, eine Benachteiligung von Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nach sich zu ziehen. Das gilt insofern, als mit dem Beschwerdeführer davon ausgegangen würde, dass nach der Ausschreibung des BUWD nur Anbieter in Frage kämen, die bereits im Zeitpunkt der Offerteneinreichung über einen Bürostandort im Nachführungskreis verfügen. Mit Blick auf das umstrittene Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» dürfen Anbieter mit Sitz oder Niederlassung ausserhalb des Nachführungskreises im Verhältnis zu ortsansässigen Anbietern im Zeitpunkt der Offerteneinreichung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nicht benachteiligt werden. Sie müssen zum Vergabeverfahren zugelassen werden, ansonsten eine unzulässige Beschränkung des freien Marktzugangs vorliegen könnte, die nicht nach Art. 3 Abs. 1 BGBM gerechtfertigt werden kann. Die hierfür erforderliche Verhältnismässigkeit ist gesetzlich explizit ausgeschlossen (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM).

3.3 Die soeben dargelegten binnenmarktrechtlichen Vorgaben sind als Anforderungen an die Formulierung und Anwendung von Eignungskriterien sowie bei der Auslegung der Eignungskriterien zu berücksichtigen. Dies ist vorliegend für das willkürfreie Verständnis des *Eignungskriteriums* «Bürostandort im Nachführungskreis» von Bedeutung.

3.3.1 In BGE 143 I 177 E. 2.3 S. 181 ff. und der dort zitierten Rechtsprechung hat das Bundesgericht dargelegt, was unter dem Begriff des Eignungskriteriums im beschaffungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Weiter hat es ausgeführt, dass der Zeitpunkt des Vergabeentscheids im System des Beschaffungsrechts in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes den entscheidenden Moment im Sub-

missionsverfahren darstellt. Daher dürfen (für den Anbieter positive) Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 143 I 177 E. 2.5 S. 184 f.). Auf die entsprechenden Erwägungen kann an dieser Stelle verwiesen werden. Die kantonale Bestimmung, wonach für die Beurteilung einer beschaffungsrechtlichen Beschwerde die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Ausschreibung oder Verfügung massgebend sind, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt (vgl. § 32 Abs. 1 öBG/LU), ist einer Auslegung im Sinne dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres zugänglich (vgl. insbesondere auch BGE 145 II 249 E. 3.3).

3.3.2 Zu beachten bleibt, dass die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Eignungskriterien bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig sind. Auszulegen und anzuwenden sind die Eignungskriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an, doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 35 f.; Urteil 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, nicht publ. in: BGE 144 II 177; Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a], welcher der Kanton Luzern mit Dekret vom 14. Juni 2004 beigetreten ist). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Diese Grenzen werden unter anderem auch durch binnenmarktrechtliche Bestimmungen vorgegeben. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 36; Urteil 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 4.1.1, nicht publ. in: BGE 144 II 177).

3.3.3 Was unter der Eignung zur Auftragsausführung zu verstehen ist und im relevanten Zeitpunkt nachgewiesen werden muss (vgl. E. 3.3.1 hiervor), entscheidet sich bei einer unklaren Formulierung der Eignungskriterien massgeblich anhand einer Auslegung der Ausschreibung (vgl. E. 3.3.2 hiervor). Dabei kann sich aufgrund der Grenzen des rechtlich Zulässigen durchaus ergeben, dass die Eignung in der Fähigkeit des Bewerbers besteht, mit hinreichender Sicherheit erst auf den Zeitpunkt der Vertragsausführung hin gewisse Bedingungen zu erfüllen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind in diesem Auslegungsrahmen gegebenenfalls auch beschaffungsrechtliche Zielsetzungen wie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs, die Gleichbehandlung der Anbieter sowie die

Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 16 Abs. 3 IVöB; vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.2 S. 433 f.) zu beachten, weil die Anbieter nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass die Vergabestelle die Eignungs- und Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Submissionsgesetzgebung formuliert.

3.3.4 Unter dem Titel «Vergabegrundsätze/Eignungskriterien» führen die sich in den Akten befindlichen Ausschreibungsunterlagen (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) «als geforderte Eignungskriterien» unter anderem das Erfordernis «Bürostandort im Nachführungskreis» auf. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nicht hinreichend klar, ob es sich um ein Eignungskriterium handelt, das im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein muss. Aufgrund seiner unklaren Formulierung hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts ist das Erfordernis deshalb auslegungsbedürftig. Der Beschwerdeführer wie auch die WEKO sehen darin ein bei der Offerteneinreichung zu erfüllendes Kriterium (vgl. E. 3.1.1 und E. 3.1.3 hiervor), während die Vergabestelle und die Vorinstanz in ihrem Verständnis des Kriteriums die Erfüllung erst auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns hin verlangen (vgl. E. 3.1.2 hiervor). Mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Ausführungen (vgl. E. 3.2 hiervor) ist dem Verständnis der Vergabestelle und der Vorinstanz zu folgen, da sie mit ihrer Auslegung des Kriteriums die Ausschreibungsunterlagen für den hier streitbetreffenen Zeitpunkt der Offerteneinreichung und die Durchführung des Vergabeverfahrens in einer Weise verstehen und anwenden, welche sich an den binnenmarktrechtlichen Vorgaben orientiert (vgl. E. 3.2.3 hiervor). Der Beschwerdeführer bringt in seiner Eingabe an das Bundesgericht keine stichhaltigen Gründe vor, nach denen das Kriterium anders auszulegen wäre, als es die Vergabestelle und die Vorinstanz taten. Namentlich legt er nicht nachvollziehbar dar, aus welchen zulässigen Überlegungen nur Anbieter mit bestehendem Bürostandort im Nachführungskreis als für die Offerteneinreichung geeignet anzusehen gewesen wären. Folglich ist die vorinstanzliche Auffassung, das Kriterium «Bürostandort im Nachführungskreis» müsse nicht bei Offerteneinreichung erfüllt sein, nicht willkürlich, da sie es im Rahmen der (binnenmarkt-)rechtlichen Bestimmungen in dieser Weise verstehen durfte. Die binnenmarktrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM) an die Auslegung des Kriteriums werden insoweit berücksichtigt, als eine nicht ortsansässige Person zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen und ihr letztlich der Zuschlag erteilt wurde.

3.4 Im Rahmen des Zulässigen bewegt sich weiter die von der Vorinstanz geteilte Einschätzung der Vergabestelle, wonach der Zuschlagsempfänger die *weiteren Eignungskriterien* im beschriebenen Sinne auch tatsächlich erfüllt. Soweit sie überhaupt ausreichend substantiiert sind, erweisen sich die diesbezüglichen Einwände des Beschwerdeführers als nicht stichhaltig und teilweise als widersprüchlich. Dass der Zuschlagsempfänger schon umfangmässig nicht in der Lage sein



soll, neben dem Nachführungsmandat in einem anderen Kanton auch jenes im hier betroffenen Nachführungskreis auszuüben, wird nicht ausreichend belegt. Damit bleibt es bei der Feststellung der Vorinstanz, die von einer geringfügigen und über weite Strecken delegierbaren Aufgabe im Nachbarkanton ausgeht. Angesichts der bisherigen Tätigkeit des Zuschlagsempfängers mitsamt Führung einer Firmengruppe im Vermessungsbereich durfte die Vergabestelle weiter davon ausgehen, dass der Zuschlagsempfänger in der Lage ist, innert kurzer Frist eine Organisation aufzubauen, die in fachlicher, personeller und sachlicher Hinsicht für eine einwandfreie Nachführung der amtlichen Vermessung sorgt. Soweit sich der Beschwerdeführer sinngemäss auf den Standpunkt stellt, dass seine Mitarbeitenden gegebenenfalls gar nicht bereit seien, auf das Angebot einer Weiterbeschäftigung beim Zuschlagsempfänger einzugehen, ist er darauf hinzuweisen, dass er selbst mehrere Vermessungsbüros allein im hier betroffenen Nachführungskreis erwähnt, von denen ebenfalls Personal rekrutiert werden kann. Hinzu kommt, dass der Zuschlagsempfänger nach der Aktenlage (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) in Aussicht gestellt hat, von seiner bisherigen Arbeitgeberin, deren Geschäftsführung er innehat, ebenfalls Personal übernehmen zu können.

3.5 Nach diesen Ausführungen besteht kein Grund, von der willkürfreien Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen. Der Zuschlagsempfänger erfüllt – auch unter Beachtung der Vorgaben des Binnenmarktgesetzes (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM) – die Anforderungen für seine Teilnahme am Vergabeverfahren. Folglich hält das vorinstanzliche Urteil mit Blick auf die Eignungskriterien dem Willkürverbot stand (vgl. Art. 9 BV; E. 3.1 hiervor).

### Kommentar von *Peter Hettich*

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil setzt sich damit auseinander, inwiefern im Rahmen einer kantonalen Beschaffung in den Ausschreibungsunterlagen auf das Eignungskriterium «Bürostandort im Nachführungskreis [Anm.: am Bestimmungsort]» abgestellt werden kann. Für das Bundesgericht steht dabei die Frage im Zentrum, ob dieses Eignungskriterium im Zeitpunkt des Zuschlags oder doch erst auf den Mandatsbeginn hin erfüllt sein muss. Aufgrund der Vorgabe von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) ist der Zugang zu den kantonalen Beschaffungsmärkten, konkret das Erfordernis eines Bürostandorts am Bestimmungsort, an Art. 3 BGBM, insbesondere dessen Abs. 2 lit. c, zu messen. Dieses Eignungskriterium ist grundsätzlich geeignet, eine Benachteiligung von Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nach sich zu ziehen (E. 3.2.3), was sich aus der bisherigen Rechtsprechung ohne Weiteres ableiten lässt (E. 3.2.2). Die in dieser Hinsicht unklar formulierten Ausschreibungsunterlagen konnten daher im Lichte der beschaffungs- und binnen-

marktrechtlichen Zielsetzungen nicht anders ausgelegt werden, als dass der Bürostandort am Bestimmungsort nicht schon zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids vorhanden sein muss (Präzisierung von BGE 143 I 177 E. 2.5.1 S. 184); ansonsten wäre nur der bisherige Leistungserbringer in der Lage, die Eignungskriterien zu erfüllen, was dem Zweck des öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zuwiderlaufen würde (E. 3.1.2). Fraglich ist, ob bei vorliegendem Sachverhalt nicht davon ausgegangen muss, dass das Kriterium eines Bürostandorts am Bestimmungsort *generell* unzulässig ist, wie das offenbar die Wettbewerbskommission in ihrer Stellungnahme geltend gemacht hat (E. 3.1.3). Zwar «verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich» (E. 3.3.2); dennoch ist es an der Vergabestelle nachzuweisen, inwiefern ein Domizilerfordernis zur ordnungsgemässen Leistungserbringung überhaupt erforderlich ist (siehe hierzu auch Cour de Justice GE, Urteil ATA/1200/2017 vom 22. August 2017, in: RPW 2017/3, S. 532 ff.); das Bundesgericht musste jedoch diese Frage nicht entscheiden, da der Zuschlagsempfänger die Erfüllung des Domizilkriteriums ausdrücklich zugesichert hatte.