

BGer 2D_17/2020 vom 30. November 2020

Bundesgericht, 2020-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_17_2020

FR: TF 2D_17/2020 du 30 novembre 2020

IT: TF 2D_17/2020 del 30 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

Gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG). Art. 83 lit. f BGG schliesst sie indes aus gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn einerseits der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht und sich andererseits keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten müssen demnach sowohl das Erreichen des Schwellenwerts sowie das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung kumulativ erfüllt sein (BGE 141 II 353 E. 1.2 S. 361 ; 138 I 143 E. 1.1 S. 146; 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

E. 1.1

Der massgebliche Schwellenwert von Fr. 230'000 (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]) ist erreicht.

E. 1.2.1

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG erfüllt ist (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2 S. 428; 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21 ; 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; 133 II 396 E. 2.2 S. 399; vgl. auch BGE 141 II 113 E. 1.2 S. 116 f.).

E. 1.2.2

Die Beschwerdeführerin legt als Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor, ob ein Anbieter die für die Auftragserfüllung notwendigen Anforderungen spätestens im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllen müsse oder ob es genüge, dass er erst später, d.h. im Zeitpunkt des Mandatsbeginns, über diese Anforderungen verfüge; in diesem Zusammenhang sei das Verhältnis zwischen den beiden Urteilen des Bundesgerichts 2D_25/2018 und

2C_111/2018 vom 2. Juli 2019 zu klären; das Verhältnis zwischen diesen beiden höchstrichterlichen Entscheiden sei unklar und es bestehe ein allgemeines Interesse, dass diese Frage geklärt werde.

E. 1.2.3

Im Urteil 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019 (auszugsweise amtlich publiziert in BGE 145 II 249) führte das Bundesgericht aus (E. 3.3) :

"Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.2 p. 182 s.). Si l'adjudicateur estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté (ce qui peut se produire s'agissant d'attestations bancaires destinées à prouver la capacité financière des soumissionnaires, cf. ATF 141 II 353 consid. 7.2 p. 369), alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres (cf. arrêt 2C_111/2018 du 2 juillet 2019 consid. 3.3.4), il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché."

Im konkreten Fall bestand das Eignungskriterium darin, dass in der Ausschreibung eine bestimmte Vorrichtung verlangt worden war, um Kehrrechtcontainer heben zu können. Das Bundesgericht erwog, es handle sich dabei um ein wesentliches Element für die Ausführung des Mandats, denn ohne diese Vorrichtung sei die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage, die Container zu leeren. Sie habe aber diese Vorrichtung erst nach der Zuschlagsverfügung erworben und somit nicht im Zeitpunkt des Vergabeentscheids darüber verfügt; ihr Angebot hätte daher ausgeschlossen werden müssen (a.a.O., nicht publ. E. 3.4).

E. 1.2.4

Im Urteil 2C_111/2018 vom gleichen Tag war in den Ausschreibungsunterlagen für die Nachführung der amtlichen Vermessung als erforderliches Kriterium ein "Bürostandort im Nachführungskreis" genannt worden. Das Bundesgericht erwog, vor dem Hintergrund eines diskriminierungsfreien Marktzugangs könnten sich Ausschreibungsbedingungen, die im Zusammenhang mit der Auftragsbefreiung auf geografische Kriterien abstellen, im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) benachteiligend auswirken (E. 3.2.2). Das Eignungskriterium "Bürostandort im Nachführungskreis" sei 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, sofern davon ausgegangen würde, dass nach der Ausschreibung nur Anbieter in Frage kämen, die bereits im Zeitpunkt der Offerteneinreichung über einen solchen Bürostandort verfügten (E. 3.2.3). Diese binnenmarktrechtlichen Vorgaben seien als Anforderungen an die Formulierung und Anwendung von Eignungskriterien sowie bei der Auslegung der Eignungskriterien zu berücksichtigen (E. 3.3). Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Eignungskriterien seien bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig, wobei die Grenzen des rechtlich Zulässigen unter anderem auch durch binnenmarktrechtliche Bestimmungen vorgegeben seien (E. 3.3.2). Bei der Auslegung der Ausschreibung könne

sich durchaus ergeben, dass die Eignung in der Fähigkeit des Bewerbers bestehe, mit hinreichender Sicherheit erst auf den Zeitpunkt der Vertragsausführung hin gewisse Bedingungen zu erfüllen; dabei seien 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 zu beachten (E. 3.3.3). Im konkreten Fall ergebe sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hinreichend klar, ob es sich um ein Eignungskriterium handelt, das im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein müsse; es sei daher hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts auslegungsbedürftig. Mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Ausführungen sei es nicht willkürlich, wenn die kantonalen Instanzen zum Ergebnis gekommen seien, das Kriterium müsse nicht schon bei Offerteinreichung erfüllt sein. Die Vergabestelle habe davon ausgehen können, dass der Zuschlagsempfänger in der Lage sei, innert kurzer Frist eine Organisation aufzustellen, die für eine einwandfreie Nachführung der Vermessung Sorge (E. 3.3.4).

E. 1.2.5

Daraus ergibt sich, dass die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage in der Rechtsprechung beantwortet ist: Eignungskriterien müssen grundsätzlich im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllt sein. Aus der Ausschreibung kann sich aber Gegenteiliges ergeben, wobei sich dies nicht nur aus einer ausdrücklichen Anordnung, sondern auch aus der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ergeben kann. Das Urteil 2C_111/2018 ist nicht ein Widerspruch zum Urteil 2D_25/2018, sondern ein Anwendungsfall der darin genannten Grundsätze, indem darin die Ausschreibungsunterlagen ausgelegt werden. Bei dieser Auslegung sind insbesondere die binnenmarktrechtlichen Anforderungen und die dem Submissionsrecht zugrunde liegenden Anliegen der Gleichbehandlung der Anbieter, der Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zu beachten. Die konkrete Anwendung dieser Grundsätze ist eine Frage der Auslegung der Ausschreibung im Einzelfall und damit nicht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher unzulässig.

E. 1.3

Die Eingabe ist als subsidiäre Verfassungsbeschwerde an die Hand zu nehmen (Art. 113 ff. BGG). Die Beschwerdeführerin ist als im zweiten Rang klassierte Anbieterin dazu legitimiert (Art. 115 BGG), da sie reelle Chancen auf den Zuschlag hätte, wenn die Offerte der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen würde (BGE 141 II 14 E. 4.1 S. 27).

E. 2.1

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Ausgeschlossen ist damit die Rüge der Missachtung von Gesetzes- und Konkordatsrecht wie der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Ebenfalls nicht selbständig gerügt werden kann die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenzgebotes und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (vgl. Urteile 2C_969/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 2.1; 2D_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.1 [nicht publ. in: BGE 140 I 285]; 2C_1196/2013 vom 21. Februar 2014 E. 1.5; 2C_85/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 3.1).

Hingegen ist die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung zulässig, da die Anbieter im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (vgl. BGE 125 II 86 E. 4 S. 95 f.; Urteile 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.4 [nicht publ. in: BGE 143 I 177]; 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.3; 2C_1196/2013 vom 21. Februar 2013 E. 1.5).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Verletzung von verfassungsmässigen Rechten beruhen (Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG), namentlich wenn sie willkürlich sind. Ob ein angefochtener Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt, prüft das Bundesgericht nur, soweit eine entsprechende Rüge vorgebracht und begründet worden ist. In ihrer Eingabe muss die Beschwerdeführerin darlegen, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern verletzt worden sind (sog. Rügeprinzip; Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232 mit Hinweisen; Urteil 2C_315/2013 vom 18. September 2014 E. 3 [nicht publ. in: BGE 140 I 252]). Berufet sich die Beschwerdeführerin auf das Willkürverbot (Art. 9 BV), muss sie anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dartun, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich, d.h. unhaltbar ist (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 133 III 393 E. 6 S. 397). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar erscheint, genügt nicht (BGE 141 I 172 E. 4.3.1 S. 177 ; 137 I 1 E. 2.4 S. 5, mit Hinweisen).

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen, da diese zwei wesentliche Anforderungen nicht bereits im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllt habe. Ihre Rügen betreffend rechtliches Gehör und Sachverhaltsfeststellungen stehen in diesem Zusammenhang und sind zusammen mit der Sache zu prüfen.

E. 4

Streitig ist zuerst, ob die Stationierungsorte für die Fahrzeuge, die für den Winterdienst eingesetzt werden, bereits im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids verfügbar sein müssen.

E. 4.1

Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Urteil verlangte die Vergabebehörde in der Ausschreibung (Ziff. 3.3), dass während der Winterdienstperiode Fahrzeuge und Geräte durch den Auftragnehmer so zu parkieren, fachgerecht zu lagern und zu stationieren sind, dass sie selbst bei starkem Schneefall und tiefen Temperaturen sofort einsatzbereit sind; je zwei Fahrzeuge sollen an der Nord- und der Südseite des Passes innert 20 Minuten am jeweiligen Einsatzort einsatzbereit sein, die Ersatzfahrzeuge und weiteren Fahrzeuge innerhalb von vier Stunden. In der Beilage 4 (Angaben zur Stationierung) verlangte die Vergabebehörde je für die Nord- und Südseite Angaben zum Stationierungsort (Adresse, Art der Stationierung, Distanz und durchschnittlicher Zeitbedarf zum Streckenbeginn sowie Vorhandensein einer Reinigungsanlage). Weiter stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte die verlangten Angaben gemacht habe; zwar

ergäben sich leichte Ungereimtheiten; die Angaben seien aber als genügend zu werten, so dass sich ein Ausschluss nicht aufdränge (E. 6.1.7). Beim Winterdienst müssten die Eignungskriterien wie etwa Fahrzeuganschaffung, Garagierung oder Arbeitsverträge nicht zwingend alle schon bei Offerteingabe vorliegen, weil sonst der Wettbewerb übermässig eingeschränkt werde; entscheidend sei, dass die tatsächliche Verfügbarkeit zu Auftragsbeginn als hinreichend sichergestellt erscheine (E. 6.1.8.4). Im vorliegenden Fall stellten die Stationierungsstandorte für die Schneeräumungsfahrzeuge und für die Reinigung derselben kein Eignungskriterium dar; selbst wenn es sich um wesentliche Elemente handeln sollte, dürften sie jedenfalls auch erst bei Auftragsbeginn vorliegen. Es liege auf der Hand, dass von einem Anbieter, der nicht schon bisheriger Auftragnehmer sei, nicht erwartet werden könne, bereits bei Offerteingabe über mehrere Einstellhallen oder Garagen zur Stationierung zu verfügen; damit wären grössere Ausgaben verbunden, die sich als unnütz erweisen würden, wenn er den Auftrag nicht erhielte. Dadurch würde er gegenüber dem bisherigen Auftragnehmer benachteiligt, was binnenmarktrechtlich unzulässig sei. Faktisch würde eine solche Anforderung dazu führen, dass stets nur der bisherige - ortsansässige - Auftragnehmer eine gültige Offerte einreichen könnte, was den binnenmarktrechtlichen Vorgaben (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM) widerspräche. Es müsse ausreichen, dass genügend konkrete und zuverlässige Angaben gemacht werden, wie die Anbieter die Erfüllung des Erfordernisses zu bewerkstelligen gedenken; es genüge, wenn noch keine präzisen Koordinaten der Standorte genannt werden und keine abgeschlossenen Mietverträge vorliegen, sondern die Anbieter angeben, dass sie an einem geeigneten Ort einen mobilen Container aufstellen oder über eine Garage verfügen (E. 6.1.8.5). Das Angebot der Zuschlagsempfängerin weise zwar gewisse leichte Ungereimtheiten auf; die Beschwerdeführerin habe aber nicht genügend substantiiert dargelegt, inwiefern diese derart gravierend seien, dass sie der Vergabebehörde verunmöglicht hätten, sich ein zuverlässiges Bild zu machen; die qualitativen Schwächen seien im Rahmen der Bewertung berücksichtigt worden (E. 6.1.9). Da die Auftragsausführung der relevante Zeitpunkt sei, erübrige sich der von der Beschwerdeführerin beantragte Augenschein an den beabsichtigten Stationierungsorten (E. 6.1.7 in fine).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in den Ausschreibungsunterlagen sei nicht ausdrücklich festgehalten worden, dass die Stationierungsorte erst anlässlich des Mandatsbeginns vorliegen müssten. Ein entsprechender klarer Wille ergebe sich auch nicht aus den Ausschreibungsunterlagen. Demzufolge sei das Kriterium Stationierung nicht erst bei Mandatsbeginn zu erfüllen. Es bestehe auch kein Grund, binnenmarktrechtliche Überlegungen anzustellen, da die Zuschlagsempfängerin aus Unternehmen mit Sitz im Kanton Tessin bestehe und damit nicht ortsfremd sei. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass für den Erfüllungszeitpunkt der Zeitpunkt des Mandatsbeginns massgebend sei, sei daher unhaltbar und willkürlich. Die Vorinstanz hätte demzufolge nicht auf den beantragten Augenschein verzichten dürfen; dabei hätte festgestellt werden können, dass die Zuschlagsempfängerin weder auf der Nord- noch auf der Südseite über einen Stationierungsstandort verfüge. Damit habe die Vorinstanz willkürlich einen rechtserheblichen Sachverhalt nicht festgestellt und durch Abweisung des rechtserheblichen Beweisantrags das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Die Vorinstanz habe auch in willkürlicher Weise angenommen, dass die Zuschlagsempfängerin genügend konkrete und zuverlässige Angaben gemacht habe. Schon die technische Kommission der Vergabebehörde habe festgehalten, dass die vorgeschlagenen Lösungen nur teilweise

plausibel seien und überprüft werden müssten, namentlich für den nördlichen Stationierungsstandort. Der von der Zuschlagsempfängerin angegebene mobile Container sei gemäss dem technischen Bericht ausschliesslich für die Lagerung von Verschleissteilen und nicht für die Stationierung der Fahrzeuge bestimmt. Die Zuschlagsempfängerin habe demnach zu keinem Zeitpunkt auf der Nordseite über einen Stationierungsstandort verfügt. Die Angaben der Zuschlagsempfängerin seien nicht genügend konkret und zuverlässig; indem die Vorinstanz das Angebot nicht ausgeschlossen habe, habe sie Art. 22 lit. c des Submissionsgesetzes (des Kantons Graubünden) vom 10. Februar 2004 (SubG; BR 803.300) willkürlich und rechtsungleich angewendet. Das Angebot hätte auch aufgrund von Art. 22 lit. e SubG ausgeschlossen werden müssen, da die Zuschlagsempfängerin in der Offerte falsche Angaben gemacht habe.

E. 4.3

Die Vorinstanz geht primär davon aus, dass die Angabe der Standorte kein Eignungskriterium darstelle (E. 6.1.8.5 am Anfang). Nur als Eventualbegründung führt sie aus, selbst wenn es Eignungskriterien wären, würde es genügen, wenn sie im Zeitpunkt des Mandatsbeginns vorliegen. Beruht der angefochtene Entscheid somit auf mehreren selbständigen Begründungen, hätte die Beschwerdeführerin darlegen müssen, dass jede von ihnen Recht verletzt (BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368 ; 138 I 97 E. 4.1.4 S. 100). Ihre Argumentation setzt sich allerdings nur mit der Eventualbegründung auseinander. Wird aber die Hauptbegründung nicht infrage gestellt, spielt es keine Rolle, ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Eventualbegründung zutreffend sind. Auf die Beschwerde kann insoweit nicht eingetreten werden.

E. 4.4

Ist die Vorinstanz somit ohne Verfassungsverletzung davon ausgegangen, dass es nicht entscheidenderheblich ist, ob die Zuschlagsempfängerin an den vorgesehenen Standorten im Zeitpunkt des Vergabeentscheids über Stationierungsmöglichkeiten verfügt, konnte sie ohne Gehörsverletzung auf entsprechende Sachverhaltsfeststellungen und den beantragten Augenschein verzichten.

E. 4.5

Die Rügen der Beschwerdeführerin, die vorgesehenen Lösungen müssten gemäss technischer Kommission noch überprüft werden und die Container seien nicht für die Stationierung der Fahrzeuge bestimmt, wären nur relevant, wenn im Zeitpunkt des Vergabeentscheids die vorgesehenen Stationierungslösungen definitiv vorhanden sein müssten, was aber - wie dargelegt - nicht zutrifft. Die Beschwerdeführerin erhebt keine anderen Rügen, die dazu führen könnten, dass die vorinstanzliche Annahme, die Fahrzeugstationierung sei genügend verlässlich nachgewiesen, willkürlich wäre. Demzufolge liegt keine Verfassungsverletzung darin, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht aus diesem Grunde ausgeschlossen wurde.

E. 4.6

In Bezug auf die Rüge, das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte wegen Falschangaben ausgeschlossen werden müssen, ist zu bemerken: Aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt sich nicht, dass die Zuschlagsempfängerin fälschlicherweise angegeben hätte, bereits im Offertzeitpunkt über die Stationierungsstandorte zu verfügen. In der Offerte hat die Zuschlagsempfängerin angegeben, sie sei "in possesso di un Container mobile completo di Officine e di tutto il necessario per la manutenzione dei propri veicoli". In Bezug auf die

Stationierungsorte hat sie hingegen nur die Orte, Distanzen und Zeitbedarfe zum Streckenbeginn angegeben sowie "Einstellhalle und/oder Garage" bzw. "Gedeckter Unterstand" angekreuzt; sie hat hingegen nicht angegeben, dass sie über diese Einrichtungen bereits verfüge.

E. 5

Streitig ist sodann die Verfügbarkeit der erforderlichen Fahrzeuge.

E. 5.1

In den Ausschreibungsunterlagen war unter Ziff. 4.20 "Verlangte Fahrzeugausstattung" aufgeführt: "Fahrzeug 3: Monoblockfräse (min 340 PS ohne Zugfahrzeug, Breite min. 290 cm, Räumleistung pro h 2000 Tonnen, Fräshaspel-Durchmesser mind. 90 cm), mit Schaufel". Die Zuschlagsempfängerin hatte in ihrer Offerte dazu eine Monoblockfräse des Herstellers H._____ Typ I._____ offeriert. Vor der Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin ausgeführt, die Zuschlagsempfängerin verfüge aktuell noch nicht über diese Fräse; es sei unklar, ob diese Fräse überhaupt bzw. rechtzeitig auf den Winter 2020 ausgeliefert werden könne. Die Zuschlagsempfängerin legte daraufhin einen Mailaustausch mit der Firma H._____ vor, worin diese bestätigte, dass Schneefräsen mit den verlangten Eigenschaften produziert werden könnten. Die Vorinstanz erwog dazu, es sei glaubhaft dargelegt und belegt, dass solche Fräsen tatsächlich existierten und rechtzeitig in die Schweiz geliefert werden könnten. In Anlehnung an das zu den Stationierungsorten Ausgeführte wäre es eine übermässige Diskriminierung anderer Anbieter, wenn die Ausschreibungsunterlagen so verstanden würden, dass von allen Anbietern zu verlangen wäre, bereits im Offertzeitpunkt über sämtliche für die Auftragserfüllung notwendigen Produkte zu verfügen. Es genüge, wenn einzelne Fahrzeuge oder Geräte erst nach dem Zuschlag beschafft würden und die Anbieterin genügend konkrete und zuverlässige Angaben dazu mache, wie sie die Erfüllung des noch ausstehenden Erfordernisses zu bewerkstelligen gedenke. Die Vergabebehörde habe sich zulässigerweise auf die Angaben der Zuschlagsempfängerin verlassen dürfen (E. 6.8.8).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin rügt, bei der verlangten Monoblockfräse handle es sich um eine wesentliche Anforderung der Ausschreibung. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht ausdrücklich festgehalten worden, dass die Fräse erst bei Mandatsbeginn vorhanden sein müsse. Die Anforderung hätte daher gemäss Urteil 2D_25/2018 spätestens im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllt sein müssen. Da die Zuschlagsempfängerin unbestrittenerweise im Zeitpunkt des Vergabeentscheids über dieses Gerät noch nicht verfügt habe, hätte ihre Offerte ausgeschlossen werden müssen. Zudem habe die Zuschlagsempfängerin nicht hinreichende Garantien dafür abgegeben, wie sie die Einsatzbereitschaft der angebotenen Fräse auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns sicherstellen wolle. Die Vorinstanz habe Art. 22 lit. c SubG offensichtlich falsch angewendet, indem sie die Offerte trotz diesem schweren Mangel nicht ausgeschlossen habe. Zudem hätte die Offerte auch aufgrund von Art. 22 lit. e SubG ausgeschlossen werden müssen, da die Zuschlagsempfängerin eine Monoblockfräse angeboten habe, obwohl sie weder im Zeitpunkt der Offerteinreichung noch des Vergabeentscheids darüber verfügt habe; das stelle eine Falschangabe dar, die zum Ausschluss führen müsste.

E. 5.3

Es trifft zu, dass die in der Ausschreibung verlangte Fräse vergleichbar ist mit der Vorrichtung, die Thema des Urteils 2D_25/2018 bildete, und in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich festgelegt wurde, dass sie erst bei Mandatsbeginn vorhanden sein müsste. Letzteres ist aber auch nicht notwendig, sofern sich dies aus der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ergibt (vgl. vorne E. 1.2.5). Wenn - wie hier - einerseits die bisherige Auftragnehmerin und andererseits neue Anbieter Offerten unterbreitet haben, überzeugt die vorinstanzliche Argumentation, wonach es im Ergebnis zu einer unzulässigen Bevorzugung der bisherigen Auftragnehmerin führen würde, wenn sämtliche notwendigen Fahrzeuge bereits im Zeitpunkt des Vergabeentscheids verfügbar sein müssten. Die Vorinstanz hat die Ausschreibungsunterlagen so ausgelegt, dass der Fahrzeugpark vorhanden sein muss, aber einzelne Fahrzeuge oder Geräte noch nachbeschafft werden können (E. 6.8.8 des angefochtenen Entscheids). Die bisherige Auftragnehmerin verfügt naturgemäss bereits über den für den Winterdienst auf der Passstrasse erforderlichen Fahrzeugpark. Die Konkurrenten müssten hingegen diese Fahrzeuge mindestens zum Teil neu kaufen, und zwar auch dann, wenn sie bereits in anderen Gebieten als Winterdienstunternehmen tätig sind, da die gleichen Fahrzeuge nicht gleichzeitig auf mehreren Strecken eingesetzt werden können. Wenn nun - wie vorliegend - mehrere Fahrzeuge verlangt werden, die insgesamt einen erheblichen Wert haben, und diese bereits im Zeitpunkt der Offerteinreichung oder des Zuschlags vollständig verfügbar sein müssten, so wären die Anbieter gezwungen, erhebliche Investitionen zu tätigen, die - bei Nichterteilung des Zuschlags - völlig nutzlos wären. Die neuen Anbieter würden damit gegenüber dem bisherigen Auftragnehmer erheblich benachteiligt; möglicherweise wäre der bisherige Auftragnehmer der einzige, der in wirtschaftlich vertretbarer Weise überhaupt eine Offerte einreichen könnte. Damit würden die submissions- und binnenmarktrechtlich zentralen Anliegen der Gleichbehandlung der Anbieter und des Diskriminierungsverbots konterkariert. Der vorliegende Fall ist ohne Weiteres vergleichbar mit demjenigen im Urteil 2C_111/2018. Das Argument der Beschwerdeführerin, binnenmarktrechtliche Aspekte kämen hier nicht zum Tragen, da die Zuschlagsempfängerin ortsansässig sei, trifft nicht zu: Die Zuschlagsempfängerin besteht aus Unternehmen mit Sitz im Kanton Tessin, während die Arbeiten teilweise im Kanton Graubünden auszuführen sind. Insoweit ist die Zuschlagsempfängerin ortsfremd im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BGBM. Zudem ergibt sich das Erfordernis der Gleichbehandlung der Anbieter nicht nur aus dem Binnenmarktgesetz, sondern auch aus dem Submissionsrecht selber (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB), unabhängig vom Sitz der Anbieter. Die Auslegung der Vorinstanz, wonach es genüge, wenn die verlangte Monoblockfräse erst bei Auftragsausführung vorhanden ist, ist im Lichte dieser Überlegungen jedenfalls nicht willkürlich.

E. 5.4

Die Vorinstanz stellt fest, dass sich die Vergabebehörde auf die Angaben der Zuschlagsempfängerin verlassen durfte, so dass es als hinreichend plausibel erscheine, dass die Geräte zur Verfügung stehen werden. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies zwar, doch gelingt es ihr nicht, diese Feststellung als verfassungswidrig (Art. 116 und 118 BGG) erscheinen zu lassen. Ist somit davon auszugehen, dass die verlangte Fräse im Zeitpunkt der Mandatsausführung zur Verfügung stehen wird, ist es nicht willkürlich, die Offerte der Zuschlagsempfängerin nicht auszuschliessen.

E. 5.5

In Bezug auf die Rüge, die Offerte der Zuschlagsempfängerin hätte auch in diesem Punkt wegen Falschangaben ausgeschlossen werden müssen, ist wie in Bezug auf die Stationierungsorte (vgl. vorne E. 4.6) festzuhalten, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte nicht angegeben hat, dass sie im Offertzeitpunkt bereits über die Fräse verfüge. Auch diese Rüge ist damit unbegründet.

E. 6

Die Verfassungsbeschwerde erweist sich damit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Zuschlagsempfängerin hat sich vor Bundesgericht nicht geäußert und hat deshalb keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, ebenso wenig die mit öffentlichen Aufgaben betraute Vergabebehörde (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.