

# GR\_GERICHTE U 2018 28 vom 14. August 2018

GR Gerichte, 2018-08-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2018\\_28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2018_28)

FR: GR\_GERICHTE U 2018 28 du 14 août 2018

IT: GR\_GERICHTE U 2018 28 del 14 agosto 2018

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Rhätische Bahn AG (nachfolgend: RhB) schrieb am 19. September 2017 im Kantonsamtsblatt und auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) im offenen Verfahren nach dem GATT/WTO-Übereinkommen und der IVöB die Lieferung (Lieferwerkvertrag) von zwei Messstellen für die Radsatzdiagnose auf eingleisigen Strecken mit Betrieb in beide Fahrrichtungen aus.

### E. 2

In den Ausschreibungsunterlagen wurden Eignungs- und Zuschlagskriterien aufgeführt. Die RhB stellte in den besagten Unterlagen klar, dass der Anbieter und das Angebot sämtliche Eignungskriterien und technischen Spezifikationen der Anforderungskataloge erfüllen müssen, um nicht von der Teilnahme am weiteren Verfahren ausgeschlossen zu werden. Hinsichtlich der Eignungskriterien legte die RhB zudem fest, dass deren Erfüllungsnachweis durch die Anbieter zu erbringen sei. Für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots legte die Vergabebehörde als Zuschlagskriterien den Angebotspreis mit einer Gewichtung von 46 % fest, die Erfüllung des technischen Anforderungspakets mit einer Gewichtung von 40 %, die Erfüllung des kommerziellen Anforderungspakets mit einer Gewichtung von 12 % sowie das Leistungsangebot mit einer Gewichtung von 2 %.

### E. 3

C.\_\_\_\_\_ Fr. 1'698'790.--

### E. 4

Mit E-Mail vom 16. November 2017 erkundigte sich der für die kommerzielle Abwicklung bei der RhB tätige Mitarbeiter bei der A.\_\_\_\_\_ nach dem Verbleib der in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls geforderten

- 3 - Radrundheitsmessung in deren Offerte. Gleichentags teilte die A.\_\_\_\_\_ der RhB per E-Mail mit, dass der Abschnitt der diesbezüglichen technischen Spezifikationen schlicht nicht gesehen worden sei. Gleichzeitig machte die A.\_\_\_\_\_ Ausführungen zu möglichen technischen Ansätzen für die Radrundheitsmessung bzw. wies auf einen mit der Offerte eingereichten Zeitschriftenartikel hin, welcher ein erfolgreich im Einsatz stehendes System beschreibt. Schliesslich erkundigte sich die A.\_\_\_\_\_, ob der RhB ein Angebot für das Hinzufügen des fehlenden Systems unterbreitet werden solle, was die RhB mit E-Mail vom 21. November 2017 positiv beantwortete. Mit E-Mail vom 22. November 2017

unterbreitete die A. \_\_\_\_\_ der RhB ihr Angebot für ihr System zu einem Preis von Fr. 385'675.-- und äusserte gleichzeitig den Wunsch, sich mit der RhB zu einem gemeinsamen Dialog in der Schweiz zu treffen. Die RhB wies die A. \_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 23. November 2017 darauf hin, dass man sich submissionsrechtlich bereits sehr in einem grauen (bis roten) Bereich be- wege. Verschiedene Eignungskriterien seien durch die A. \_\_\_\_\_ nicht er- füllt, was deren Ausschluss zur Folge habe. Ein Treffen vor Abschluss der Submissionsphase könne nicht stattfinden. Die eingegangenen Angebote würden nun fertig ausgewertet und das Ergebnis anschliessend publiziert.

#### **E. 4.1**

In materieller Hinsicht ist zunächst strittig, ob der Ausschluss der Be- schwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren zu Recht erfolgte. Die Be- schwerdeführerin verneint dies. Sie räumt zwar ein, dass sie in ihrem An- gebot versehentlich eine Zelle bei der Ziffer 2.4.5 "Radrundheitsmessung" nicht ausgefüllt habe. Dies, obschon das offerierte System durchaus in der Lage gewesen sei, Radrundheitsmessungen durchzuführen. Umge- hend sei daher die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 16. November 2017 darauf hingewiesen worden, dass das System der Beschwerdefüh- rerin auch die Radrundheit messen könne und insb. etwa in Seattle instal- liert sei. Die Beschwerdegegnerin habe dann mit E-Mail vom 21. Novem-

- 8 - ber 2017 ein spezifisches Angebot für das Modell FSD-6300 nachgefragt, welches die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin dann wenige Tage später mit dem Modell FSDS-6300 für den Angebotspreis von Fr. 385'675.-- auch unterbreitet habe. Für die Beschwerdegegnerin sei aber stets unverkennbar gewesen, dass das von der Beschwerdeführerin ur- sprünglich offerierte System neben der Radprofilmessung auch die Mes- sung der Radrundheit ermögliche. Es liege ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor, wenn die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin explizit ein zusätzliches Angebot und eine Anbieterpräsentation verlange, sich dann aber später auf die Unzulässigkeit nachträglicher Angebote be- rufe. In den Ausschreibungsunterlagen habe die Beschwerdegegnerin explizit den Vorbehalt angebracht, von den Anbieterinnen weitere Unter- lagen einzufordern. Die Beschwerdegegnerin begründet den strittigen Ausschluss mit der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin einen wesentlichen Bestandteil der gemäss Ausschreibungsunterlagen verlangten Leistungen (insb. Radrundheitsmessung) erst nach Vornahme der Offertöffnung und unter Bekanntgabe einer damit verbundenen Kostensteigerung von fast Fr. 400'000.-- offeriert habe. Die zur Diskussion stehende Offertver- vollständigung könne klarerweise nicht mehr unter die gemäss Art. 24 SubV mögliche Prüfung und Bereinigung eines Angebots subsumiert werden, sondern würde einer gesetzlich untersagten Verhandlung im Sin- ne von Art. 19 SubG bzw. einer gesetzlich untersagten Auskunft mit Än- derung der offerierten Preise gemäss Art. 25 SubV gleichkommen, zumal der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Nachofferierung das Offertöff- nungsprotokoll und damit die Mitbieterofferten bereits bekannt gewesen seien. Der Beschwerdegegnerin sei nichts anderes übrig geblieben, als das Angebot der Beschwerdeführerin in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Der Ausschluss hätte aber nicht nur aufgrund der nachträglichen, unzulässigen Offertver-

- 9 - vollständigung ausgeschlossen werden müssen, sondern auch wegen Fehlen einer rechtsgültigen Unterzeichnung und des Nichteinhaltens der zwingend vorgeschriebenen Verfahrenssprache Deutsch. Auf diese Aus- schlussgründe sei im Vergabeentscheid nicht

weiter eingegangen worden, weil bereits die Unvollständigkeit des Angebots einen erheblichen Mangel und damit einen zwingenden Ausschlussgrund darstelle. Die Beschwerdegegnerin räumt ein, dass man sich besser nicht auf das Angebot der Beschwerdeführerin zur nachträglichen Einreichung von Leistungsinhalten hätte einlassen, sondern direkt den Ausschluss ihres Angebots hätte vornehmen sollen. Weil die Beschwerdeführerin allerdings stets darauf gedrängt habe, der Beschwerdegegnerin ihre Angebote aufzeigen zu können, um letztendlich auch einmal zu einem Referenzobjekt in Europa zu gelangen, sowie um abschliessende Gewissheit in Bezug auf den Umfang und die Relevanz der fehlenden Leistungsinhalte zu erhalten, habe man sich von Seiten der Beschwerdegegnerin die entsprechenden Angaben nachträglich aufzeigen lassen. Die Anbieterpräsentation sei dann auf das Insistieren der Beschwerdeführerin hin erfolgt. Der Beschwerdeführerin sei zu diesem Zeitpunkt bereits klar kommuniziert worden, dass sie mit einem Ausschluss ihres Angebots rechnen müsse. Der Beschwerdegegnerin könne somit nicht vorgeworfen werden, dass sie sich treuwidrig verhalten habe.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG wird ein Angebot von der Berücksichtigung insb. dann ausgeschlossen, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 444 und 465 ff.). Nach gefestigter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wird dabei ein strenger Massstab an das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen der Ausschreibung und den tatsächlich dargebotenen Offerten gelegt. Die erwähnte Bestimmung will namentlich sicherstellen, - 10 - dass nur vollständige und den Ausschreibungsunterlagen genügende Angebote berücksichtigt werden (so bereits: PVG 1999 Nr. 61 und 1997 Nr. 60). Komplet ist ein Angebot dann, wenn es alle wesentlichen, für eine unverfälschte Beurteilung notwendigen und geforderten Angaben enthält. Das Fehlen oder die Falschangabe auch nur einzelner Offertpositionen bewirkt im Grundsatz die Ungültigkeit und folgerichtig den Ausschluss des Angebots von der freien Konkurrenz. Einerseits soll dadurch gewährleistet werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer irgendwie bevorzugt wird bzw. alle mit "gleich langen Spiesen kämpfen", während andererseits für die Vergabeinstanz damit eine klare, übersichtliche, zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage für die anschliessende Entscheidungsfindung geschaffen wird. Ausschliesslich durch die den Submissionsvorgaben genau entsprechenden Angebote wird der Vergabeinstanz nämlich ein aussagekräftiger und umfassender Überblick über das effektive Preis-/Leistungsverhältnis, die Werkqualität, die Ausführungsstermine, die Wirtschaftlichkeit, die Arbeitszeiten, die Entlohnung usw. verschafft und können die eingegangenen Offerten auf einen Nenner gebracht und rasch miteinander verglichen werden. Nur das Vorliegen ausschreibungskonformer Angebote ermöglicht es mit anderen Worten der entscheidenden Behörde, die einzelnen Positionen untereinander zu vergleichen und sie einwandfrei innerhalb der Zuschlagskriterien gegeneinander abzuwägen und so letztlich transparent für alle Beteiligten zu bewerten (vgl. statt vieler: Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] U 09 59 vom 27. August 2009 E.2a, U 15 29 vom 26. Juni 2015 E.3b, U 15 24 vom 14. Juli 2015 E.3b; PVG 2005 Nr. 33, 2004 Nr. 27, 2001 Nr. 41). Diese streng gehandhabte Praxis gilt aber nicht mehr unesehen. So kann sich aus dem Verbot des überspitzten Formalismus eine Pflicht der Behörde ergeben,

den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, welche er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (vgl. BGE 125 I 166 E.3a mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgericht B-1774/2006 vom 13. März 2007 E.3.2 mit Hinweisen). Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe überhaupt ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will. Die Vergabebehörde muss aber vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige oder veränderte Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00581 vom 7. März 2012 E.4.1 mit Hinweisen). Seitens der Vergabebehörden ist namentlich auch dort eine gewisse Zurückhaltung geboten, wo die fehlenden Angaben ohne grossen Aufwand durch diese selbst ergänzt werden können oder die Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots nicht im Entferntesten von diesen Angaben abhing (vgl. VGU U 01 113 vom 13. November 2001 E.1 mit weiteren Hinweisen). Diese Zurückhaltung drängt sich auch nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf (PVG 2000 Nr. 71, 1999 Nr. 59). Gerade mit Blick auf die Ziele des neuen öffentlichen Beschaffungsrechts, nämlich die Förderung des wirksamen Wettbewerbes unter den Anbietern, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren sowie die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel, wäre es unverhältnismässig, Angebote wegen untergeordneter Mängel im soeben umschriebenen Sinne vom Wettbewerb auszuschliessen.

- 12 - sen. Dadurch würde Anbietern mit an sich tauglichen Angeboten der Marktzugang verweigert, also die einschneidendste Sanktion des Beschaffungsrechts ergriffen, was nicht nur eine ungeeignete, nicht notwendige und über die erwähnten Ziele hinausgehende Massnahme wäre, sondern diesen Zielen geradezu zuwiderliefe. Denn durch den Ausschluss an sich wirtschaftlich günstiger, aber mit kleineren Mängeln behafteter Angebote würde der Wettbewerb verzerrt und wäre die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel nicht mehr gewährleistet. Dies würde darüber hinaus – wie erwähnt – gegen die Verfassungsgrundsätze der Verhältnismässigkeit und des Verbots des überspitzten Formalismus verstossen. Das gilt auch und gerade im Bereich von Formvorschriften. Die Formvorschriften des Submissionsrechts sind nicht Selbstzweck (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 446). Sie stehen vielmehr im Dienste der Verwirklichung des materiellen Vergaberechts und sollen insb. zur Umsetzung der Ziele und Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts beitragen. Die Frage, ob ein mit Mängeln behaftetes Angebot vom Wettbewerb auszuschliessen ist oder nicht, kann dabei nicht in generell-abstrakter Weise beantwortet werden, sondern ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles nach Massgabe der übergeordneten Grundsätze zu prüfen (vgl. PVG 2001 Nr. 41; VGU U 17 7 vom 22. März 2017 E.3b und U 10 85 vom 14. September

2010 E.1b).

### E. 4.3

Zunächst gilt es vorliegend zweifelsfrei festzuhalten, dass das ursprüngliche Angebot der Beschwerdeführerin die leistungsbedingten Vorgaben und Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdegegnerin nicht zu erfüllen vermochte. Denn wie die Beschwerdeführerin selbst eingesteht, war in ihrem Angebot insb. die gemäss den Ausschreibungsunterlagen verlangte Radrundheitsmessung nicht aufgeführt (vgl. Beschwerde vom 22. Mai 2018 S. 5). Dies muss für sich allein betrachtet bereits eindeutig und unerlässlich zum Ausschluss des unvollständigen Angebots der Beschwerdeführerin gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG

- 13 - führen. Dabei liegt kein Verstoss gegen das Verbot des überspitzten Formalismus vor, zumal der Umstand, dass die Beschwerdeführerin einen wesentlichen Bestandteil der gemäss den Ausschreibungsunterlagen verlangten Leistungen nicht offerierte, kein Mangel darstellt, der auf ein offensichtliches Versehen ihrerseits zurückzuführen ist. Vielmehr ist die besagte Voraussetzung für eine (allfällige) Bejahung des überspitzten Formalismus eng auszulegen. Die Beschwerdeführerin versucht nun glauben zu machen, dass das von ihr ursprünglich offerierte System nebst der Radprofilmessung ebenfalls die Radrundheitsmessung ermögliche. Dieser Einwand zielt allerdings aus zwei Gründen ins Leere. Einerseits ändert dies nichts daran, dass die Offerte der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Offerteinreichung unvollständig war, und andererseits entbehrt die Behauptung der Beschwerdeführerin, das von ihr ursprünglich offerierte System hätte auch die Radrundheit messen können, jeglicher Grundlage. Denn mit E-Mail vom 16. November 2017 teilte der für die kommerzielle Abwicklung bei der Beschwerdegegnerin tätige Mitarbeiter der Beschwerdeführerin mit, dass er in ihrem Angebot die Radrundheitsmessung nicht finde. Gleichzeitig fragte er, ob er die Radrundheitsmessung bloss nicht sehe oder sie im Angebot nicht enthalten sei, obschon sie im Portfolio ja aufgeführt sei (vgl. beschwerdegegnerische Akten [Bg-act.] 7). Auf diese Anfrage hin sendete die Beschwerdeführerin gleichentags eine E-Mail an die Beschwerdegegnerin, worin sie ausführte, sie entschuldige sich dafür, dass für diesen Abschnitt der technischen Spezifikationen kein Angebot unterbreitet worden sei; dies sei schlicht übersehen worden (vgl. Bg-act. 7). Unbehelflich ist sodann auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das in der ursprünglichen Offerte enthaltene "Wheel Whisperer" (vgl. Bg-act. 3 [Offerte der Beschwerdeführerin] "Section I, 1.3 Section, 4.2 Support Documents, EK2.2 R2"). Das bezeichnete Dokument ist ein Artikel, welcher im Februar 2017 im Fachmagazin "D.\_\_\_\_\_" erschien und von einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin verfasst wurde. Im besagten Teil der Offerte der Beschwerdeführerin finden sich lediglich Firmeninfor-

- 14 - mationen, Lebensläufe von Schlüsselpersonen und Referenzen, nicht aber das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung (vgl. Bg-act. 3 "Section I, 1.3 Section, 4.2 Support Documents"). Damit erhellt, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, ihr ursprüngliches Angebot enthalte ebenfalls ein System zur Erkennung der Radrundheit, jeglicher Grundlage entbehrt. Schliesslich vermag auch der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Vervollständigung ihrer Offerte auf dem in den Ausschreibungsunterlagen in Ziffer 1.6 ausdrücklich angebrachten Vorbehalt der zusätzlich einzureichenden Unterlagen basiere bzw. eine technische Bereinigung gemäss Art. 24 und 25 SubV darstelle, nicht zu überzeugen, zumal ■ wie die Beschwerdegegnerin zutreffend ausführt ■ Art. 19 Abs. 1 SubG und Art. 25 Abs. 1 SubV Abklärungen

untersagen, die zu einer Änderung der offerierten Preise führen. Strittig und im Nachfolgenden zu behandeln ist somit noch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin mit der nachträglichen Aufforderung zur Einreichung eines zusätzlichen Angebots bzw. der Durchführung einer Anbieterpräsentation in der Schweiz einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, der einen späteren Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin treuwidrig erscheinen lässt.

#### **E. 4.4**

Gemäss Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er ist für die Beziehungen unter den Privaten wie für das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und den Privaten elementar, gilt jedoch auch im Verhältnis zwischen Gemeinwesen. Für den Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet er, dass die Behörden und die Privaten in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben (vgl. BGE 136 II 187, 201; 134 V 145, 150 f.; Urteil des Bundesgerichts 1C\_502/2009 vom 16. März 2010 E.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1052/2006 vom 13. März

- 15 - 2009 E.5). Der Verfassungsgrundsatz nach Art. 9 BV wirkt sich im Verwaltungsrecht in zweifacher Hinsicht aus: Einerseits verleiht er in der Ausgestaltung des Vertrauensschutzes den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Der Vertrauensschutz will im Sinne der Rechtsstaatsidee die Privaten gegen den Staat schützen. Andererseits verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und des Rechtsmissbrauchs sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. In dieser Ausgestaltung bindet das Prinzip von Treu und Glauben also nicht nur den Staat, sondern auch die Privaten und ebenso die verschiedenen Gemeinwesen in ihrem Rechtsverkehr untereinander (vgl. BGE 133 I 234, 239 f.; 121 I 181 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 620 f.). Der Vertrauensschutz bedarf eines Anknüpfungspunktes. Es muss zunächst ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst (vgl. BGE 134 I 23, 39 f.; 129 I 161, 170 ff.; Urteil des Bundesgerichts 1A.8/2004 vom 17. Dezember 2004 E.4.2 = ZBl 107 [2006] 50, 53 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 627). Ein praktisch wichtiger Anwendungsfall des Vertrauensschutzes stellt der Schutz der Privaten bei unrichtigen Auskünften der Behörden dar. Dieser Vertrauensschutz setzt im Detail folgende Kriterien voraus: [1.] Eignung der Auskunft zur Begründung von Vertrauen; [2.] Zuständigkeit der auskunftserteilenden Behörde; [3.] Vorbehaltlosigkeit der Auskunft; [4.] Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar; [5.] Nachteilige Disposition aufgrund der Auskunft erfolgt; [6.] Keine Änderung des Sachverhalts oder der Gesetzgebung; [7.] Überwiegen des Interesses am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O.,

- 16 - N 668 ff.). Im Lichte dieser Vorgaben und Erfüllungskriterien ist auch die Aufforderung zur Einreichung eines zusätzlichen Angebots bzw. zur Durchführung einer

Anbieterpräsentation in der Schweiz zu prüfen.

#### **E. 4.5**

Vorliegend geht aus den Akten hervor, dass die Offerte der Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2017 bei der Beschwerdegegnerin einging (vgl. Bg-act. 6). Die Offertöffnung fand am 2. November 2017 statt (vgl. Bg-act. 6). Sodann ist aktenmässig erstellt (vgl. E.4.3 und Bg-act. 7), dass sich die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 16. November 2017 bei der Beschwerdeführerin nach dem Verbleib der in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls verlangten Radrundheitsmessung in deren Offerte erkundigte. Daraufhin bestätigte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom gleichen Tag, dass dies auf ein Versehen zurückzuführen sei und erkundigte sich, ob ein entsprechendes Angebot nachgeliefert werden solle, worauf die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 21. November 2017 um Nachreichung der fehlenden Leistungsinhalte ersuchte. Zutreffend ist schliesslich auch, dass die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 23. November 2017 bei der Beschwerdeführerin bezüglich des in die Offerte einzusetzenden Betrags für das nachträgliche Angebot nachfragte (vgl. Bg-act. 7). Dieses dargelegte Verhalten der Beschwerdegegnerin in Bezug auf das Nachofferieren war ■ wie sie denn auch selbst einräumt ■ in der Tat ungeschickt, doch hat sie der Beschwerdeführerin nie verbindlich angekündigt oder zugesichert, ihr Angebot nicht auszuschliessen. Vielmehr hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 23. November 2017 und damit von Beginn weg offen mitgeteilt, dass man sich submissionsrechtlich bereits sehr in einem grauen (bis roten) Bereich bewege, verschiedene Eignungskriterien nicht erfüllt seien, was einen Ausschluss zur Folge habe, das Angebot nicht in deutscher Sprache verfasst sei und verschiedene Teile des Angebots, welche Pflicht wären, vergessen gegangen seien (vgl. Bg-act. 7). Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten hat die Beschwerdegegnerin keine Vertrauens-

- 17 - grundlage geschaffen, aufgrund derer die Beschwerdeführerin von einem Nichtausschluss ihres Angebots ausgehen durfte. Auch zu der am 10. Januar 2018 in der Schweiz durchgeführten Anbieterpräsentation ist die Beschwerdeführerin aus den USA angereist ohne jegliche Zusicherung seitens der Beschwerdegegnerin, dass ihr Angebot weiterhin im Vergabeverfahren verbleiben könne. Demgegenüber erschliesst sich dem Streitberufenen Gericht nicht, weshalb die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 7. Dezember 2017 die Möglichkeit einräumte, ihr Angebot in der Schweiz zu präsentieren (vgl. Bg-act. 8), wobei allerdings dem Umstand, dass die besagte Anbieterpräsentation stattfand, submissionsrechtlich keine Bedeutung zukommt. Am Ergebnis des vorliegenden Entscheids vermag schliesslich auch die zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Anschluss an die Einladung in die Schweiz und die Anbieterpräsentation geführte Korrespondenz über die technischen Details des Radsatzdiagnosesystems nichts zu ändern (vgl. beschwerdeführerische Akten [Bf-act.] 13, 14, 15, 16, 17, 18 und 19).

#### **E. 4.6**

Im Lichte dieser Ausführungen ist der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG nicht zu beanstanden. Demgemäss kann offen bleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerin auch deshalb hätte ausgeschlossen werden müssen, weil dieses nicht rechtsgültig unterzeichnet war und die zwingend vorgeschriebene Verfahrenssprache Deutsch nicht eingehalten

wurde, wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung vorbringt (vgl. Vernehmlassung vom 1. Juni 2018 S. 4).

## **E. 5**

Auf Nachfrage der A.\_\_\_\_\_ vom 1. Dezember 2017 bezüglich der Gründe für den in Aussicht gestellten Ausschluss ihres Angebots hin entschloss sich die RhB zur Durchführung einer Präsentation sämtlicher interessierter Anbieter.

### **E. 5.1**

Schliesslich ist auf den Eventualantrag der Beschwerdeführerin, es sei die Angelegenheit zur Wiederholung des Vergabeverfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, näher einzugehen. In der Replik führt die Beschwerdeführerin diesbezüglich aus, gestützt auf Art. 24 Abs. 3 lit. b SubG sei das Verfahren zu wiederholen, wenn aufgrund veränderter - 18 - Rahmenbedingungen günstigere Angebote zu erwarten seien. Aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen (Zulassung der Beschwerdeführerin) könne nicht nur ein günstigeres Angebot erwartet werden, sondern es liege ein solches bereits vor (vgl. Replik vom 12. Juni 2018 S. 5).

### **E. 5.2**

Wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik zu Recht ausführt, sind vorliegend die Voraussetzungen für eine Wiederholung des Vergabeverfahrens gemäss Art. 24 Abs. 3 lit. b SubG mangels veränderter Rahmenbedingungen nicht gegeben und die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar bzw. nicht begründet. Auch aus der ursprünglich nicht vorgesehenen Anbieterpräsentation ergeben sich sodann keine veränderten Rahmenbedingungen. Somit erweist sich diese Rüge der Beschwerdeführerin ebenfalls als unbegründet. 6. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen nicht durchzudringen vermag, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. 7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. In Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung der Vergabe und der mittleren Komplexität des Falles erachtet das Gericht vorliegend ■ auch unter Beachtung ähnlich gelagerter Fälle wie etwa VGU U 13 53 vom 27. August 2013 und U 14 79 vom 25. November 2014 ■ eine Staatsgebühr von Fr. 5'000.-- für angemessen und gerechtfertigt. Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdegegnerin nach Art. 78 Abs. 2 VRG nicht zu, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegte. Die beigeordnete Zuschlagsempfängerin ist mangels Rechtsvertretung ebenfalls nicht zu entschädigen.

- 19 - Demnach erkennt das Gericht:

## **E. 6**

Die A.\_\_\_\_\_ führte ihre Anbieterpräsentation am 10. Januar 2018 in Chur durch.

## **E. 7**

Mit Schreiben vom 7. Mai 2018 teilte die RhB den Anbietern mit, dass der Verwaltungsrat die Auftragsvergabe an die B.\_\_\_\_\_ GmbH beschlossen habe unter gleichzeitigem Ausschluss des Angebots der A.\_\_\_\_\_ Der

- 4 - Ausschluss wurde damit begründet, dass das Angebot die Eignungskriterien nicht erfülle und nicht vollständig sei. Es beinhalte lediglich die Radprofilmessung und nicht auch die Radrundheitsmessung wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert. Die

Vergabe wurde auf der Internetplattform SIMAP publiziert.

#### **E. 8**

Gegen den Vergabeentscheid liess die A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 22. Mai 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erheben. Sie beantragte die kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Gültigerklärung ihres Angebots und die Vergabe an sich selber. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vergabebehörde zur Neuvergabe zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Angelegenheit an die Vergabebehörde zurückzuweisen mit der Anweisung, das Vergabeverfahren zu wiederholen, und subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen. In prozessualer Hinsicht wurde zudem die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Vergabebehörde den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe, indem sie das Angebot der Beschwerdeführerin als ungültig qualifiziert habe. Richtigerweise hätte der Zuschlag aufgrund des Preises sowie der Erfüllung der übrigen Zuschlagskriterien an die Beschwerdeführerin ergehen sollen. Dies insbesondere auch zumal das Angebot der Beschwerdeführerin als einziges sämtliche technische Kriterien der Ausschreibung erfüllen würde. Im Übrigen habe sich die Vergabebehörde treuwidrig verhalten, weil sie sich erst nachträglich auf die Ungültigkeit der Offerte berufen habe, nachdem sie die Beschwerdeführerin um Einreichung eines zusätzlichen Angebots gebeten und sie eine Anbieterpräsentation habe durchführen lassen.

#### **E. 9**

Mit Eingabe vom 30. Mai 2018 erklärte die beigeladene Zuschlagsempfängerin innert Frist ihren Beitritt zum Verfahren und beantragte die Ab-

- 5 - weisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zur Begründung ihrer Anträge verwies sie auf ein gesondertes Schreiben, welches allerdings beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden nie eintraf.

#### **E. 10**

Die Vergabebehörde (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 1. Juni 2018 die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Begründend führte die Beschwerdegegnerin an, sie habe der Beschwerdeführerin nie die Gültigkeit von deren Offerte und somit ein Verbleib im Submissionsverfahren zugesagt. Ein Vertrauenstatbestand liege nicht vor und selbst wenn er vorläge, würden die zwingenden Vorschriften des anwendbaren kantonalen Submissionsrechts vorgehen.

#### **E. 11**

In ihrer Replik vom 12. Juni 2018 vertiefte die Beschwerdeführerin ihre Argumentation betreffend die Unzulässigkeit des Ausschlusses. Sie brachte u.a. vor, dass unter den gegebenen Umständen anstelle eines Ausschlusses die Wiederholung des Vergabeverfahrens angezeigt gewesen wäre.

#### **E. 12**

Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Duplik vom 22. Juni 2018 an ihren Standpunkten fest. Dabei betonte sie, dass sie der Beschwerdeführerin nie in irgendeiner Form verbindlich

zugesichert habe, dass deren Angebot zum Verfahren zugelassen werde. Der Ausschluss sei daher zu Recht und keineswegs treuwidrig erfolgt.

### **E. 13**

Am 4. Juli 2018 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarnote ein.

### **E. 14**

Auf die weiteren Vorbringen und Beweismittel der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

- 6 - Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Vergabeentscheid der Beschwerdeführerin vom 7. Mai 2018, worin diese die Lieferung von zwei Radsatzdiagnosemessstellen für Fr. 1'459'458.-- an eine Drittanbieterin (Beigeladene) vergab und dabei das preisgünstigere Angebot der Beschwerdeführerin mit der Begründung vom Wettbewerb ausschloss, dass es die Eignungskriterien nicht erfülle und nicht vollständig sei, zumal es lediglich die Radprofilmessung und nicht auch die Radrundheitsmessung wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert beinhalte. Beschwerdethema bildet somit die Frage, ob der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgte. Darüber hinaus ist das Verhalten der Beschwerdeführerin bezüglich der Aufforderung zur Einreichung eines zusätzlichen Angebots bzw. der Durchführung einer Anbieterpräsentation in der Schweiz zu prüfen. 2. Vorliegend kommen das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Abkommen von 1994; SR 0.632.231.422), die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB von 2001; SR 172.056.5 [BR 803.510]) sowie das diese Vorgaben umsetzende Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG von 2004; BR 803.300) samt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Für das jetzige Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist zudem das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) massgebend und anzuwenden. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden zur Behandlung der Beschwerde ist unbestritten; sie ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 25 Abs. 1 SubG. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt unter anderem der Ausschluss vom Verfahren durch die Vergabebehörde (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB, Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG). Beschwerden sind schriftlich und be-

- 7 - gründet innert zehn Tagen seit der Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 15 Abs. 2 IVöB, Art. 26 Abs. 1 SubG). Gemäss Art. 50 Abs. 1 VRG ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat [...]. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als preislich günstigste Offerentin zweifellos zur Beschwerdeerhebung berechtigt, da sie durch ihren Ausschluss offenkundig um die Möglichkeit gebracht wird, als allfällige Siegerin (mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäss Art. 21 Abs. 1 SubG) aus dem Submissionsverfahren hervorzugehen und somit einen finanziellen Nachteil erleidet. Ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Überprüfung und Aufhebung des Ausschlussentscheids ist hier ebenfalls zu bejahen, da die Beschwerdeführerin bei einer Gutheissung der Beschwerde reelle Chancen auf den Zuschlag hätte. Die Beschwerde ist zudem frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb darauf einzutreten ist. 3. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gilt es festzuhalten, dass mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selbst die Beurteilung des prozessualen Antrags der Beschwerdeführerin um

Gewährung der aufschiebenden Wirkung obsolet wird.

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