

GR_GERICHTE U 2019 96 vom 29. Januar 2020

GR Gerichte, 2020-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2019_96

FR: GR_GERICHTE U 2019 96 du 29 janvier 2020

IT: GR_GERICHTE U 2019 96 del 29 gennaio 2020

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Der Verein Pro Lucmagn hat das Ziel, eine wintersichere Verbindung über den Lukmanierpass sicherzustellen. Zu den Mitgliedern des Vereins zählen unter anderem Gemeinden der Surselva und des Bleniotals. Finanziert wird die Winteröffnung des Passes (November-April) zu je einem Drittel durch die Kantone Tessin und Graubünden und zu einem Drittel durch die Mitglieder des Vereins.

E. 1.1

Obwohl die Vergabebehörde ein privatrechtlicher Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB ist, finden auf den konkreten Fall unbestrittenermassen das kantonale Submissionsgesetz vom 10. Februar 2004 (SubG; BR 803.300) samt zugehöriger Submissionsverordnung vom 25. Mai 2004 (SubV; BR 803.310) sowie ergänzend die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; BR 803.510) Anwendung. Auch privatrechtlich

- 8 - organisierte Institutionen kommen als Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben und damit als Auftraggeber im Binnenmarktbereich in Frage (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB sowie Art. 4 Abs. 2 SubG und Art. 1 SubV). Ebenso unterstehen Leistungen und Objekte, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden, den Regeln der öffentlichen Beschaffungen im Binnenmarktbereich (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB sowie Art. 6 SubG in Verbindung mit Art. 2 SubV). Der Verein Pro Lucmagn, der das statutarische Ziel hat, eine wintersichere Verbindung über den Lukmanierpass als Kantonsstrasse sicherzustellen, dient einem öffentlichen Interesse und ist als Träger kantonaler Aufgaben zu qualifizieren (siehe Art. 35 Abs. 1 des Strassengesetzes des Kantons Graubünden vom 1. September 2005 [StrG; BR 807.100] in Verbindung mit Art. 4 StrG und Art. 2 Ziff. 9 der Strassenverordnung des Kantons Graubünden vom 20. Dezember 2005 [StrV; BR 807.110], vgl. aber auch Art. 3 Ziff. 6 StrV und Art. 14 Abs. 1 StrV). Damit ist er den Regeln über die Beschaffungen im Binnenmarktbereich unterstellt. Die Anwendbarkeit der Regeln zu öffentlichen Beschaffungen im Binnenmarktbereich ergibt sich zudem aus der Finanzierung des Vereins. Gemäss übereinstimmenden Aussagen der Parteien wird die Winteröffnung des Passes von November bis April zu je einem Drittel durch die Kantone Tessin und Graubünden und zu einem Drittel durch die Mitglieder des Vereins, die wiederum zu einem bedeutenden Anteil aus Gemeinden (der Surselva und des Bleniotals) bestehen (vgl. zum Ganzen das Urteil des Verwaltungsgerichts U 16 22 vom 26. April 2016 E. 1.b).

E. 1.2

Gemäss Art. 15 Abs. 1 IVöB in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 SubG kann gegen Verfügungen der Vergabebehörde beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Der Zuschlag und der Ausschluss vom Verfahren gelten dabei als selbständig anfechtbare Verfügungen (Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 SubG sind Beschwerden schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Die im vorliegenden Fall eingereichte Beschwerde der vom angefochtenen Entscheid betroffenen Anbieterin, die den Zuschlag nicht erhalten hat und

- 9 - somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Vergabeentscheids hat, erfüllt alle Voraussetzungen an Frist und Form, weshalb auf sie einzutreten ist.

E. 1.3

Ziel der Beschwerdeführerin ist es mit ihrer Beschwerde, den Zuschlag für ihr Angebot über rund Fr. 536'700.-- pro Jahr für die Schneeräumungsarbeiten der nächsten zehn Jahre zu erhalten. Somit hätte sich der Zuschlag betragsmässig, aufgrund der Laufzeit des Vertrages, auf insgesamt rund Fr. 5'367'000.-- summiert. Dieser Betrag stellt die wirtschaftliche Bedeutung des Auftrags dar. Es entscheidet die zuständige 1. Kammer (vgl. Art. 3 lit. m der Verordnung über die Organisation des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2008 [VGV; BR 173.300]) in ordentlicher Dreierbesetzung (vgl. Art. 43 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. August 2006 [VRG; BR 370.100]).

E. 1.4

Gemäss Art. 28 Abs. 1 SubG hat die Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Diese kann jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen erteilt werden, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Im konkreten Fall hat die Beschwerdeführerin ein solches Gesuch im Rahmen der Beschwerde gestellt. Der Instruktionsrichter hat angeordnet, jegliche Vollzugshandlungen und insbesondere der Vertragsabschluss haben bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu unterbleiben. Der entsprechende Entscheid ist noch nicht getroffen worden. Mit der vorliegenden Entscheidung in der Sache selbst wird der prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedoch obsolet. 2. Die Kognition des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz im Submissionsverfahren nach Art. 16 IVöB und Art. 27 SubG entspricht weitestgehend derjenigen von Art. 51 VRG. Sie ist auf Rechtsverletzungen, einsch-

- 10 - liesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschränkt. Die Rüge der Unangemessenheit ist ausgeschlossen. Das Verwaltungsgericht kann also sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen, sondern hat Lösungen der Vergabebehörde zu akzeptieren, die mit sachlichen Gründen vertretbar sind, selbst wenn eine andere Lösung zweckmässiger erschiene (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts U 19 83 vom 12. November 2019 E. 2.2). 3. Vorab macht die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung geltend. Zwar hätte sie während laufender Rechtsmittelfrist in die Akten Einsicht nehmen können; es sei ihr aber verboten worden, Akten zu kopieren oder zu fotografieren. Es sei lediglich erlaubt gewesen, von den Akten schriftliche Notizen anzufertigen. Damit habe die Vergabebehörde den Anspruch auf rechtliches Gehör der

Beschwerdeführerin verletzt. Die Beschwerdeführerin hat deshalb die Edition sämtlicher Vergabeakten und die Ansetzung einer angemessenen Frist zur Vervollständigung der Beschwerde beantragt. Sollte die Beschwerde abgewiesen werden, sei dieser Gehörsverletzung im Rahmen der Kostenverteilung Rechnung zu tragen.

E. 2

würden für die weitere Beurteilung nicht berücksichtigt. Falls das Angebot durch eine Bietergemeinschaft erfolge, sei die Beilage 2 für alle beteiligten Unternehmungen auszufüllen. Anbieter, welche diese Anforderung nicht erfüllten, würden für die weitere Beurteilung nicht berücksichtigt. Die Zuschlagskriterien und Gewichtungen waren wie folgt vorgegeben: "A. Preis 50% B. Auftragsanalyse 15% C. Leistungsfähigkeit 35% C1. Erfahrung Firma 20% C2. Erfahrung Personal 40% C3. Maschinen 40%"

- 3 - Die Ausschreibungsunterlagen sahen unter Ziff. 3.3 folgendes vor: "3.3 Stationierung Während der Winterdienstperiode sind Fahrzeuge und Geräte durch den Auftragnehmer so zu parkieren, fachgerecht zu lagern und zu stationieren, dass sowohl Fahrzeuge als auch Geräte selbst bei starkem Schneefall und tiefen Temperaturen sofort einsatzbereit sind. Die Stationierung muss wie folgt gewährleistet werden: - Fahrzeuge 2 und 3 müssen auf der Nordseite des Passes derart stationiert werden, dass sie innert 20 Minuten am chauffierten Fuorns einsatzbereit sind. - Fahrzeuge 1 und 4 müssen auf der Südseite des Passes so stationiert werden, dass sie innerhalb 20 Minuten am Einsatzort Campra einsatzbereit sind. - Die Ersatzfahrzeuge und weiteren Fahrzeuge müssen innerhalb von vier Stunden an den Einsatzorten Fuorns oder Campra einsatzbereit sein." In der Beilage 4 (Angaben zur Stationierung) verlangte die Vergabebehörde folgende Details, je für die Nord- und für die Südseite: "-Stationierungsort (Adresse/Koordinaten) - Art der Stationierung (zutreffendes ankreuzen): Gedeckter Unterstand Einstellhalle und/oder Garage - Distanz vom Stationierungsort zum Streckenbeginn gemäss Ziff. 4.23 - Durchschnittlicher Zeitbedarf vom Stationierungsort zum Streckenbeginn gemäss Ziff. 4.23 - Ist eine Anlage zur Reinigung der Pflüge und Streugeräte am Stationierungsort vorhanden? ja nein - Falls nein, wo werden die Pflüge und Streugeräte gereinigt?"

E. 3

Innert der bis am 17. Juli 2019 laufenden Eingabefrist reichten vier Anbieter ihre Offerten bei der Vergabebehörde ein. In Folge der Offertöffnung vom 19. Juli 2019 (act. C.2) ergab sich nach der Bereinigung von Rechnungsfehlern folgendes Bild (act. C.7): "ARGE B. _____ Fr. 316'667.08 ARGE A. _____ Fr. 536'693.87 C. _____ AG Fr. 563'001.75 ARGE D. _____ Fr. 721'015.96"

- 4 - Die Gesamtbewertung der Angebote lautete wie folgt (act. C.7): "ARGE B. _____ 92.75 Punkte ARGE A. _____ 71.20 Punkte C. _____ AG 66.94 Punkte ARGE D. _____ 45.00 Punkte"

E. 3.1

Das verfassungsmässig gewährleistete Akteneinsichtsrecht umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts den Anspruch, am Sitz der Behörde Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, Notizen zu machen und – sofern die Behörde dadurch nicht übermässig beansprucht wird – auch Fotokopien zu erstellen (BGE 131 V 35 E. 4.2; BGE 126 I 7 E. 2.b; BGE 122 I 109 E. 2.b; Urteile des Bundesgerichts 5A_571/2012 vom 19. Oktober 2012 E. 3.2 und 1P.459/2000 vom 16. August 2000 E. 2.b.aa). Das Recht auf

Akteneinsicht gilt jedoch nicht absolut; es kann zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen, im Interesse Dritter oder gar im Interesse des Ge- suchstellers selbst eingeschränkt werden (BGE 126 I 7 E. 2.b mit Hinwei- sen). Bei Submissionsverfahren insbesondere muss das in anderen Berei- chen übliche Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den

- 11 - Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know- hows zurücktreten (Urteil des Bundesgerichts 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2.c.bb)

E. 3.2

Vorliegend hat die Vergabebehörde keine Einschränkungen bezüglich des Umfangs des Akteneinsichtsrechts gemacht, etwa zur Wahrung berechtig- ter Geheimhaltungsinteressen von ihr selbst oder von Dritten. Deshalb war die Akteneinsicht gar nicht in der Quantität eingeschränkt, sondern lediglich in der Qualität. Weshalb bei der Akteneinsicht nur Notizen, aber keine Ko- pien oder Fotos gemacht werden durften, ist nicht ersichtlich. Die beanstan- dete Einschränkung ist unbegründet und zudem unverhältnismässig. Damit ist sie unzulässig, was eine Gehörsverletzung darstellt.

E. 3.3

der Ausschreibungsunterlagen müssten die zusätzlichen Fahrzeuge 9- 12 innert vier Stunden an den Einsatzorten Fuorns und Campra einsatzbe- reit sein. Das sei bei der Zuschlagsempfängerin aber nicht gewährleistet.

E. 3.4

Entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin ist diesen Umständen aber grundsätzlich im Kostenpunkt Rechnung zu tragen. Dies insbeson- dere, da sich die Rüge unter Ziff. IV.4 der Beschwerde als unzutreffend und damit unnötig erwiesen hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt. Darauf ist später einzugehen (siehe E. 9 unten). 4. Das Gericht ermittelt den Sachverhalt von Amtes wegen, wobei die am Ver- fahren Beteiligten verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 25 SubG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und 2 VRG). Das Gericht erhebt die notwendigen Beweise, wobei es aber nicht an Be-

- 12 - gehen zur Ermittlung des Sachverhalts gebunden ist (Art. 25 SubG in Ver- bindung mit Art. 11 Abs. 3 VRG). Im Fall, der hier zu beurteilen ist, hat die Beschwerdeführerin verschiedene Beweisanträge gestellt. Das Gericht weist alle ab. Die Begründung dazu erfolgt im Rahmen der Behandlung der einzelnen beschwerdeführerischen Rügen. 5. Gemäss Art. 22 SubG ist ein Angebot von der Berücksichtigung insbeson- dere dann auszuschliessen, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht ent- spricht (lit. c), wenn er die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (lit. d) oder wenn er dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt oder das Selbstdeklarationsblatt nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt hat. Bei einem Angebot sind grundsätzlich alle in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Angaben zu machen. Fehlende Angaben können zum Aus- schluss der Offerte führen, wenn diese für die Beurteilung der konkreten Beschaffung entscheidend und somit vergaberelevant sind. Gleiches gilt für Beilagen und Nachweise. Deren Nichteinreichung hat dann die Ungültigkeit des Angebots zur Folge, wenn die Beilagen oder Nachweise für die techni- sche bzw. wirtschaftliche Beurteilung der Offerte massgeblich sind. Bei der

Beurteilung der Eignung der Anbieter durch den Auftraggeber gilt es insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu beachten. Der Auftraggeber legt objektive und überprüfbare Eignungskriterien und Anforderungen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen fest. Eignungskriterien sind in der Regel Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt sind oder nicht. Das Vorliegen der verlangten Eignung führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Submissionsverfahren. 6. In der Sache rechtfertigt es sich aufgrund der hohen Anzahl Rügen, die durch die Beschwerdeführerin thematisch gut gegliedert wurden, deren Gliederung zu folgen.

- 13 -

E. 4

Mit Entscheid vom 20. August 2019 vergab der Verein Pro Lucmagn die ausgeschriebenen Winterdienstarbeiten am Lukmanierpass für die Jahre 2020-2029 an die ARGE B._____ für den Betrag von Fr. 316'667.08 (inkl. MWST) jährlich (act. C.8).

E. 5

Die ARGE A._____, welche die Winterdienstarbeiten bis anhin ausgeführt hat und hier den Zuschlag für die nächsten zehn Jahre nicht bekommen hat, hat am 26. August 2019 im Büro der E._____ AG Einsicht in die Akten genommen. Gemäss Protokoll (act. C.9) wurden die Vergabeakten den Anwesenden zur Einsicht übergeben, wobei diese aber vor Ort verbleiben mussten und weder kopiert noch fotografiert werden durften.

E. 6

Gegen den Vergabeentscheid vom 20. August 2019 hat die ARGE A._____ am 2. September 2019 Beschwerde ans Verwaltungsgericht erhoben (act. A.1) und darin folgende Rechtsbegehren gestellt: "1. Der Vergabeentscheid des Vereins Pro Lucmagn vom 20.08.2019 sei aufzuheben und es sei die Arbeitsvergabe Winterdienstarbeiten Lukmanierpass 2020-2029 an die Beschwerdeführerin zu vergeben; eventualiter sei diese Arbeitsvergabe an den Verein Pro Lucmagn zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. 2. Der Verein Pro Lucmagn sei zu verpflichten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden sämtliche Akten der Arbeitsvergabe Winterdienstarbeiten Lukmanierpass 2020-2029 einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin nach Zustellung der Vergabeakten an sie eine angemessene Frist zur Vervollständigung der vorliegenden Beschwerde anzusetzen. 3. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. 4. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge."

- 5 - Vorab macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei ihr im Rahmen der Akteneinsichtnahme während laufender Beschwerdefrist verweigert worden, Fotokopien der Vergabeakten zu machen. Das stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Materiell bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Vergabebehörde hätte die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren ausschliessen müssen, weil deren Offerte unvollständig sei, falsche Angaben enthalte, in mehrfacher Hinsicht die Eignungskriterien nicht erfülle bzw. den Anforderungen der Ausschreibung nicht genüge. Zu den verschiedenen Vorbringen stellt die Beschwerdeführerin zahlreiche Beweisanträge (Editionen, Gutachten, schriftliche Auskunft und Augenschein) und reicht diverse Beilagen ein (act. B.1-B.8), einschliesslich des angefochtenen Entscheids (act. B.4).

E. 6.1

Als erstes bringt die Beschwerdeführerin vor (Ziff. IV.1), das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei in Bezug auf Ziff. 3.3 der Ausschreibungsunterlagen zur Stationierung unvollständig, weshalb es hätte ausgeschlossen werden müssen.

E. 6.1.1

In der Beschwerde wird ausgeführt, es werde in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, dass die Fahrzeuge und Geräte während der Winterperiode so zu lagern seien, dass sie auch bei starkem Schneefall und tiefen Temperaturen sofort einsatzbereit sind. Hierfür müssten die Anbieter in der Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen genaue Angaben zum Stationierungsort der Fahrzeuge machen. Die Zuschlagsempfängerin habe nun – im Gegensatz zur Beschwerdeführerin – in der Beilage 4 weder Koordinaten des nördlichen noch des südlichen Stationierungsortes angegeben. Sie verfüge an den angegebenen Stationierungsorten denn auch tatsächlich über keine Einstellplätze und habe weder ein Baugesuch eingereicht, noch einen Mietvertrag abgeschlossen. Im technischen Bericht sei lediglich von einem Parkplatz die Rede. Das entspreche nicht den Anforderungen, denn die Fahrzeuge seien so nicht sofort einsatzbereit. Das Salz in den Salzstreuern könne gefrieren und die Fahrzeuge müssten vor Betrieb von Schnee befreit werden. Zu diesem Thema beantragt die Beschwerdeführerin einen Augenschein sowie die Edition des Mietvertrags und des Baugesuchs bzw. der Baubewilligung, beides betreffend die angebliche Einstellhalle bei der Platta Val Medel.

E. 6.1.2

Die Vergabebehörde bringt dazu in ihrer Beschwerdeantwort vor, dass die Zuschlagsempfängerin die verlangten Angaben zur Stationierung gemacht habe. So habe sie beim Standort Platta Val Medel auf einen Container verwiesen, der in ihrem Besitz sei. Genaue Koordinaten habe sie noch nicht angegeben. Es könne von einem Anbieter, der die offerierten Arbeiten derzeit nicht ausführe, noch nicht der rechtsgültige Abschluss eines Mietvertrages oder die Einreichung eines Baugesuches verlangt werden. Derartige Anforderungen würden dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung widersprechen, Anbieter würden zu unnötigen Aufwendungen gezwungen. Vielmehr müsse es genügen, der Vergabebehörde darzulegen, wo die Stationierung erfolgen solle, damit sie sich über diesen Punkt ein Bild machen könne. Soweit die Beschwerdeführerin im Übrigen rüge, dass die Vorgaben nur mit einer Einstellhalle bzw. Garage eingehalten werden könnten, sei darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Maschinen teilweise ebenfalls nur auf freien Parkplätzen parkiere respektive parkiert habe. Auch die Zuschlagsempfängerin selbst bringt in ihrer Beschwerdeantwort vor, dass die Beschwerdeführerin ihre Räumungsfahrzeuge bislang "ebenfalls" im Freien stationiert habe und legt hierzu Fotos ein (act. D.7). Sie vermerkt, dass ihre Fahrzeuge über eine Vorerwärmungsanlage verfügten. Zudem werde sie auf Beginn der Arbeiten eine passende Lösung auf der Nordseite in Fuorns finden.

E. 6.1.3

Mit der Replik dehnt die Beschwerdeführerin ihren Vorwurf auf Falschangaben der Zuschlagsempfängerin aus. Indem diese in ihrer Vernehmlassung das Wort "ebenfalls" benutze, räume sie ein, dass sie ihre Fahrzeuge und Geräte auf einem ungedeckten Parkplatz stationieren wolle, was aber den gemachten Angaben in ihrer Offerte widerspreche. In ihrer Beschwerdeantwort anerkenne die Zuschlagsempfängerin, dass sie weder im Zeitpunkt der Einreichung ihres Angebotes noch aktuell über einen passenden

Stationierungsart auf der Nordseite des Passes verfüge. Aber auch auf der Südseite verfüge sie bis anhin über keinen gedeckten Unterstand, entgegen ihren Angaben in der Beilage 4. Ihr Angebot sei somit zusätzlich wegen falscher Angaben auszuschliessen. Die Vergabebehörde wäre gehalten gewesen, zusätzliche Abklärungen zu tätigen, um diesen Widerspruch aufzudecken und auszuräumen. Um diesen Mangel zu beheben, beantragt die Beschwerdeführerin neu zusätzlich zum Augenschein bei der Platta Val Medel auch einen solchen in Olivone Marzano. Eine weitere Abweichung gebe es bezüglich der Hauptfahrzeuge. So stehe im technischen Bericht, dass das Hauptfahrzeug 4 direkt auf dem Lukmani-

- 15 - erpass und das Hauptfahrzeug 3 in Fuorns stationiert werde. Diese Angaben würden denjenigen in der Beilage 4 widersprechen, wonach sich die Hauptfahrzeuge 4 und 3 auf der Platta Val Medel oder in Olivone Marzano befänden. Weiter gebe die Zuschlagsempfängerin in der Beilage 4 an, dass am Stationierungsort Platta Val Medel eine Anlage zur Reinigung der Pflüge und Streugeräte vorhanden sei, bestätige aber gleichzeitig, dass eine solche Anlage am Stationierungsort gerade nicht zur Verfügung stehe und dass die Reinigung stattdessen in einem mobilen Container stattfinden würde, der nicht dort stationiert sei. Aufgrund dieser widersprüchlichen Angaben hätte der Vergabebehörde nicht klar sein können und dürfen, ob es sich beim mobilen Container nun um einen Stationierungsort für die Fahrzeuge oder ausschliesslich um einen Standort für die Reinigung und Pflege der Pflüge und Streugeräte handle. Die Angaben der Zuschlagsempfängerin seien unvollständig bzw. falsch, was zwingend zum Ausschluss hätte führen müssen. Im Gegensatz zur Zuschlagsempfängerin sei die Beschwerdeführerin nicht darauf angewiesen, Fahrzeuge im Freien zu stationieren, verfüge sie doch nachweislich und unbestrittenermassen auf der Nord- wie auf der Südseite über die Möglichkeit, ihre Fahrzeuge und Geräte in beheizten Einstellhallen unterzubringen. Vor diesem Hintergrund seien die eingelegten Fotografien der Zuschlagsempfängerin nicht relevant.

E. 6.1.4

Dem hält die Vergabebehörde in ihrer Duplik entgegen, dass es Sache der Anbieterin sei, die Anforderungen an die Stationierung im Falle eines Zuschlags einzuhalten. Aus ihrer Bemerkung, wonach auch die Beschwerdeführerin ihre Maschinen teilweise ebenfalls auf ungedeckten Parkplätzen stationiert habe, könne nicht abgeleitet werden, dass die Vergabebehörde der Zuschlagsempfängerin zugestehe, ihre Fahrzeuge im Freien zu parkieren. Vielmehr werde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin dies heute auf der Südseite auch nicht immer mache und früher auch auf der Nordseite nicht gemacht habe. Sie bekräftigt nochmals, es könne von anderen Anbietern als der aktuellen Leistungserbringerin nicht schon bei der Offertstellung der Abschluss von Mietverträgen, die Einreichung von Bau-

- 16 - gesuchen oder gar der Erwerb von Immobilien verlangt werden, weil dies den Wettbewerb unzulässig einschränken würde. Die angesprochenen Widersprüche hätten dazu geführt, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin niedriger bewertet worden sei als dasjenige der Beschwerdeführerin. Grund für einen Ausschluss habe dies allerdings nicht gebildet. Die Vergabebehörde dürfe davon ausgehen, dass die Anbieterin im Falle eines Zuschlages entsprechende Einrichtungen organisiere; die gegenteilige Meinung der Beschwerdeführer würde zu einem unfairen und nicht wirksamen Wettbewerb und faktisch zum Ausschluss sämtlicher Offerten führen ausser derjenigen der aktuellen

Leistungserbringerin.

E. 6.1.5

Im Rahmen der letzten Stellungnahme nach der Duplik verweist die Beschwerdeführerin auf das Urteil des Bundesgerichts 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019, der hier einschlägig sei. Darin habe das Bundesgericht in Erinnerung gerufen, dass eine Anbieterin, welche Eignungskriterien bzw. wesentliche Elemente zur Auftrags Erfüllung nicht erfülle, aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen sei, sofern der Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweise. Dabei sei der massgebliche Zeitpunkt für die Erfüllung dieser Voraussetzungen bereits die Offerteinreichung. Wenn eine Vergabestelle der Ansicht sei, dass es aus praktischen, mit den Marktgegebenheiten verbundenen Gründen ausreiche, dass eine Anbieterin hinreichende Garantie dafür abgebe, dass sie diese wesentlichen Elemente erst anlässlich der eigentlichen Auftrags Erfüllung besitze, müsse sie dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich so festhalten. Im vorliegend zu beurteilenden Fall seien die Stationierungsorte sowie die Monoblockfräsen (siehe unten E. 6.8, insbesondere aber 6.8.6 ff.) wesentliche Elemente zur Erfüllung der Winterdienstarbeiten. Da die Ausschreibungsunterlagen nichts Gegenteiliges vorsähen, könnten diese Elemente nicht erst nachträglich besorgt werden, sondern hätten bei Offerteinreichung bereits vorzuliegen.

E. 6.1.6

Darauf antwortet die Vergabebehörde mit dem Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_111/2018 vom 2. Juli 2019, also vom gleichen Tag. Darin habe es klargemacht, dass Ausschreibungen binnenmarktrechtlich

- 17 - diskriminierungsfrei vorzunehmen seien. Marktzugangsbeschränkungen seien unzulässig, wenn andere Anbieter als der bisherige Beauftragte aufgrund von Eignungskriterien zum Vornherein ausgeschlossen werden. Vorliegend dürfe daher die Zuschlagsempfängerin nicht aus der Vergabe ausgeschlossen werden, nur weil sie – anders als die bisherige Auftragsnehmerin – zum Zeitpunkt des Eingabetermins (noch) nicht über entsprechende Mietverträge oder Garagen an Stationierungsorten verfügte. Im Übrigen habe das Bundesgericht auch festgehalten, dass die Eignungskriterien derart auszulegen seien, wie sie von den Anbietern verstanden werden können und müssen. Die Vergabestelle verfüge bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, in welchen Beschwerdeinstanzen nicht eingreifen dürften. Diese Grenzen würden unter anderem durch binnenmarktrechtliche Bestimmungen vorgegeben. Das bedeute, dass diese Kriterien keinesfalls so ausgelegt werden dürften, dass es zu Diskriminierungen von Anbietern komme. Genau das beantrage aber die Beschwerdeführerin, wenn sie von der Zuschlagsempfängerin entsprechende Angaben und Nachweise fordere.

E. 6.1.7

Festzustellen ist zunächst in tatsächlicher Hinsicht, dass die Zuschlagsempfängerin in der Beilage 4 auf der Nordseite unter "Stationierungsort" "Platta Val Medel" und unter "Art der Stationierung" "Einstellhalle und/oder Garage" angegeben hat, wobei sie unten präzisiert hat, dass es sich um einen mobilen Container handle, der über alles Nötige verfüge, was für die Reinigung der Pflüge und Streugeräte nötig sei. Auf der Südseite hat sie Olivone Marzano als gedeckten Unterstand angegeben, ebenfalls mit Reinigungsanlage. Dem technischen Bericht ist zu entnehmen, wo die einzelnen Fahrzeuge stationiert werden

sollen: Hauptfahrzeug 4 direkt auf dem Pass, Hauptfahrzeug 3 am Anfang der Strecke auf der Nordseite (bei Fuorns), Ersatzfahrzeug 8 Anfang der Strecke auf der Südseite. Weitere Angaben zur Stationierung sind den Beilagen 6.1-6.9 (Angaben zum Maschinenpark) zu entnehmen: Fahrzeug 1 Camperio Olivone, Fahrzeuge 2, 6 und 7 Platta Val Medel, Fahrzeug 3 "prevalentemente sul lato Nord a disposizione x i

- 18 - militari" (überwiegend Nordseite, zur Verfügung der Armee), Fahrzeug 4 "prevalentemente sul valico a disposizione x il lato sud e Nord del valico" (überwiegend auf der Passhöhe, zur Verfügung auf Süd- und Nordseite des Hospizes), Fahrzeuge 5 und 8 Olivone, Fahrzeug 9 "Tessin, überwiegend Blenio". Klar ist, dass die Offertunterlagen der Zuschlagsempfängerin in diesem Punkt qualitativ deutlich zurückstehen gegenüber denjenigen der Beschwerdeführerin und sich leichte Ungereimtheiten ergeben. Dass hierbei aber falsche Angaben gemacht worden wären, ist für das urteilende Gericht nicht ersichtlich. Die gemachten Angaben sind jedenfalls als genügend zu werten, sodass sich ein Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin nicht aufdrängt. Das Gericht erachtet zudem je einen Augenschein in Platta Val Medel und in Olivone Marzano aus nachfolgenden Gründen für nicht erforderlich, denn die massgebliche und umstrittene Frage ist hier vielmehr, in welchem Zeitpunkt die Eignungskriterien erfüllt sein müssen. Sollte nämlich die Auftragsausführung der relevante Zeitpunkt sein, so wäre nicht relevant, was an diesen Standorten heute zu sehen ist.

E. 6.1.8

Das Bundesgericht hat dazu am 2. Juli 2019 zwei sich prima vista widersprechende Urteile erlassen. Es fragt sich, wie diese zu verstehen sind.

E. 6.1.8.1

Das eine Urteil auf Französisch (2D_25/2018), in dem das Bundesgericht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu beurteilen hatte und deren hier interessierende E. 3.3 inzwischen als BGE 145 II 249 in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde, hatte eine Vergabe einer Gemeinde betreffend Einsammlung und Abtransport von Abfällen zum Gegenstand. Das oberste Gericht hielt im Wesentlichen fest, die Eignungskriterien seien Voraussetzungen für den Zugang zum Verfahren. Diese Kriterien würden dazu dienen, sicherzustellen, dass der Anbieter über ausreichende Fähigkeiten zur Ausführung des Auftrags verfügt. Da Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren seien, müsse bei Nichterfüllen eines Eignungskriteriums ein Ausschluss die Folge sein, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre. Die Eignungskriterien müssten durch die Vergabebehörde vor der Vergabeent-

- 19 - scheidung kontrolliert werden können. Dies schliesse insbesondere aus, dass der Zuschlagsempfänger wesentliche Elemente zur Auftragserfüllung erst nachträglich erwerbe. Wenn es nun die Vergabebehörde aus praktischen Gründen, die mit der Natur des Auftrags zusammenhängen, für ausreichend hält, dass sich die Offerenten darauf beschränken, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung Garantien dafür zu geben, dass sie die wesentlichen Elemente für die Ausführung des Auftrags zum Zeitpunkt der Ausführung des Auftrags besitzen werden, dann muss die Vergabebehörde dies in ihrer Ausschreibung erwähnen. Tut sie dies nicht und ergibt sich eine solche Absicht nicht "klarerweise" ("clairement") aus einer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen – und hierbei verweist das Bundesgericht ausdrücklich auf das zweite, gleichentags erlassene Urteil 2C_111/2018, was stark dafür spricht, dass das Wort "clairement" nicht als absolut zu verstehen ist –, kann

die Vergabebehörde den Zuschlag nicht einem Anbieter erteilen, der ein Eignungskriterium zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht erfüllt. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass andere konkurrierende Unternehmen, die sich zwar am Vergabeverfahren beteiligen wollten, zum Zeitpunkt der Offerteneingabe aber nicht alle Eignungskriterien erfüllten, aufgrund des Wortlauts der Ausschreibungsunterlagen auf eine Offerteneingabe verzichtet haben. Abschliessend verweist das Bundesgericht noch auf BGE 143 I 177. Darin hatte es festgestellt, dass die Vergabebehörde die von Gesetzes wegen für die Tätigkeit als Strassentransportunternehmen vorgesehene Transportlizenz als Eignungskriterium definiert hatte, weshalb die Nichterfüllung dieses Kriteriums zum Offert- bzw. Zuschlagszeitpunkt auch dann einen schweren Mangel darstellte, welcher einen Ausschluss unumgänglich werden lässt, wenn die betreffende Anbieterin die Bewilligung zum Zeitpunkt der Offerteinreichung beantragt hatte.

E. 6.1.8.2

Das andere Urteil auf Deutsch (2C_111/2018), in dem das Bundesgericht über eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu befinden hatte, ging es um die Vergabe der Nachführung der amtlichen Vermessung im Kreis Ost durch das zuständige Departement des Kantons Luzern.

- 20 - Der Beschwerdeführer rügte unter anderem, die Zuschlagsempfängerin habe das erforderliche Eignungskriterium eines Bürostandorts im Nachführungskreis zum Zeitpunkt der Offerteneingabe nicht erfüllt. Die Vorinstanz hatte dazu erwohnen, im Zeitpunkt des Zuschlags hätte der Zuschlagsempfänger tatsächlich keinen Bürostandort im Nachführungskreis gehabt; mit seiner ausdrücklichen Zusicherung, einen solchen auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns zu eröffnen, erfülle er dieses Eignungskriterium aber, zumal keine Gründe ersichtlich seien, die diesem Vorhaben entgegenstünden. Bei einem anderen Verständnis der Ausschreibungsunterlagen wäre im Zusammenspiel mit weiteren Eignungskriterien nur der bisherige Nachführungsgeometer (aus dem gleichen Unternehmen wie der im strittigen Vergabeverfahren zweitplatzierte Beschwerdeführer) in der Lage, die Eignungskriterien zu erfüllen, was dem Zweck eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zuwiderlaufen würde. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid im Wesentlichen unter Verweis auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02), der einen eigenständigen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten verankere. Ausschreibungsbedingungen, die im Zusammenhang mit der Auftrags Erfüllung auf geografische Kriterien abstellen, könnten sich im Sinne der genannten Bestimmung benachteiligend auswirken. Mit Blick auf das umstrittene Eignungskriterium dürften Anbieter mit Sitz oder Niederlassung ausserhalb des Nachführungskreises im Verhältnis zu ortsansässigen Anbietern im Zeitpunkt der Offerteinreichung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM nicht benachteiligt werden. Sie müssten 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 sei gesetzlich explizit ausgeschlossen (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM). Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nicht hinreichend klar, ob es sich um ein Eignungskriterium handelt, das im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein muss. Aufgrund seiner unklaren Formulierung sei das

- 21 - Erfordernis deshalb auslegungsbedürftig. Auszulegen seien die Kriterien derart, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Dabei komme es nicht auf den subjektiven Willen der Vergabestelle an. Diese verfüge aber bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessensspielraum, in den die Beschwerdeinstanz unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfe, sondern sich auf das Abstecken der Grenzen des rechtlich Zulässigen zu beschränken habe. Bei der Auslegung 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, an die sich die Vergabebehörde eben auch halten müsse. Mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Ausführungen sei deshalb im dort zu beurteilenden Fall dem Verständnis der Vergabestelle und der Vorinstanz zu folgen, da sie mit ihrer Auslegung des Eignungskriteriums die Ausschreibungsunterlagen und die Durchführung des Vergabeverfahrens in einer Weise verstehen und anwenden würden, welche sich an den binnenmarktrechtlichen Vorgaben orientiere. Der Beschwerdeführer bringe in seiner Eingabe an das Bundesgericht keine stichhaltigen Gründe vor, nach denen das Kriterium anders auszulegen wäre, als es die Vergabestelle und die Vorinstanz getan hätten. Namentlich habe er nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchen zulässigen Überlegungen nur Anbieter mit bestehendem Bürostandort im Nachführungskreis als für die Offerteneinreichung geeignet anzusehen gewesen wären. Folglich sei die vorinstanzliche Auffassung, das Kriterium müsse nicht bei Offerteneinreichung erfüllt sein, nicht willkürlich, da sie es im Rahmen der (binnenmarkt-)rechtlichen Bestimmungen in dieser Weise habe verstehen dürfen.

E. 6.1.8.3

In diesem Sinne kann die genannte Rechtsprechung so zusammengefasst werden, dass zwar grundsätzlich die Frist der Offerteneinreichung den massgeblichen Zeitpunkt darstellt, in welchem die Eignungskriterien und weiteren wesentlichen Elemente erfüllt sein müssen, dass aber gleichzeitig

- 22 - die Eignungskriterien (oder weitere Elemente) bei unklarer Formulierung auslegungsbedürftig und dann so auszulegen sind, dass sie die binnenmarktrechtlichen Vorgaben einhalten. Insofern sind die beiden Entscheide nicht per se als widersprüchlich, sondern als komplementär anzusehen. Das erste legt den Grundsatz fest, das zweite öffnet eine Möglichkeit für Ausnahmen, um das Binnenmarktrecht einzuhalten und insbesondere einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten zu können.

E. 6.1.8.4

Aus der Praxis dieses Gerichts ergibt sich ebenfalls, dass Anbieter nicht unter allen Umständen schon im Zeitpunkt der Offertstellung über sämtliche Infrastruktur verfügen müssen; zumindest dann nicht, wenn eine BGBM-konforme Auslegung der Eignungskriterien eine Ausnahme rechtfertigt. Gerade beim Winterdienst hat das Verwaltungsgericht wiederholt entschieden, dass die Eignungskriterien wie etwa Fahrzeuganschaffung, Garagierung oder Arbeitsverträge mit einzusetzendem Personal nicht zwingend alle schon bei Offerteingabe vorliegen müssen, weil sonst der Wettbewerb übermässig eingeschränkt würde. Entscheidend muss vielmehr sein, dass aus dem Angebot hervorgeht, mit welchen Mitteln und Infrastrukturen der Anbieter den Auftrag erfüllen will und die tatsächliche Verfügbarkeit zu Auftragsbeginn als hinreichend sichergestellt

erscheint (vgl. dazu bspw. die Urteile des Verwaltungsgerichts U 17 30 vom 4. Juli 2017 E. 5.c und U 17 35 vom 10. August 2017 E. 4.e.aa mit Hinweisen). Anders verhielt es sich in einem Fall betreffend Gleiserneuerungsarbeiten (Urteil des Verwaltungsgerichts U 19 1 vom 9. April 2019). Dort hielt es das Gericht für nicht sachgerecht bzw. überhaupt nicht möglich, bestellte aber noch nicht gelieferte und auch noch nicht zugelassene Maschinen und Systeme zu berücksichtigen (E. 2.3.3.4 des zitierten Entscheids).

E. 6.1.8.5

Mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Fall gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die verschiedenen verlangten Stationierungsstandorte für die Schneeräumungsfahrzeuge und für die Reinigung derselben gemäss Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen kein Eignungskriterium darstellen und – selbst wenn es sich um wesentliche Elemente handeln

- 23 - sollte, was hier offengelassen werden kann – auch erst bei Auftragsbeginn vorliegen dürfen. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nicht klar, wann diese Vorgabe der Stationierungsorte erfüllt sein müsste. Die Ausschreibungsunterlagen sind also auslegungsbedürftig. Es liegt dabei jedoch auf der Hand, dass von einem Anbieter, der nicht schon bisheriger Auftragnehmer ist, nicht erwartet werden kann, dass er bereits bei Offerteneingabe über mehrere Einstellhallen oder Garagen zur Stationierung von Schneeräumungsfahrzeugen auf einem Pass verfügt, auf dem zurzeit ein anderes Unternehmen die Schneeräumung übernimmt. Damit wären für diesen Anbieter langfristige, grössere Ausgaben verbunden, die sich als komplett unnütz erweisen würden, bekäme er den Zuschlag nicht. Das würde ihn – sowie alle anderen potentiellen neuen Anbieter – gegenüber dem bisherigen Auftragnehmer massiv und ohne zwingenden Grund benachteiligen, was binnenmarktrechtlich unzulässig ist. Faktisch würde das im Resultat dazu führen, dass stets nur der bisherige – ortsansässige – Auftragnehmer als einziger eine gültige Offerte einreichen kann und somit auch der Zuschlag stets diesem einen Anbieter gelten muss. Das widerspricht den erwähnten binnenmarktrechtlichen Vorgaben (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BGBM), denn genau das versuchen diese zu verhindern. Vielmehr muss es für die verschiedenen Anbieter ausreichen, genügend konkrete und zuverlässige Angaben dazu zu machen, wie sie die Erfüllung dieses Erfordernisses zu bewerkstelligen gedenken. Konkret bedeutet dies, dass es hier genügt, wenn noch keine präzisen Koordinaten der Stationierungsstandorte genannt werden und noch keine abgeschlossenen Mietverträge bzw. keine Baugesuche oder gar Baubewilligungen vorliegen müssen, sondern die Anbieter – wie die Zuschlagsempfängerin – sich darauf beschränken dürfen anzugeben, dass sie an einem relativ kleinräumigen Ort wie die Platta Val Medel einen mobilen Container aufstellen werden oder an einem ähnlich eingegrenzten kleinen Ort wie Olivone Marzano über eine Garage verfügen. Die Vergabebehörde verfügte so, wie sie selbst ausführt, über ausreichende Informationen, um den Vergabeentscheid zu fällen. Ein Eingreifen des Gerichts drängt sich daher nicht auf.

- 24 -

E. 6.1.9

In Bezug auf die geltend gemachten Ungenauigkeiten und Widersprüche der von der Zuschlagsempfängerin gemachten Angaben ist tatsächlich festzustellen, dass es gewisse leichte Ungereimtheiten gibt. Die Beschwerdeführerin hat jedoch nicht genügend substantiiert dargelegt, inwiefern diese derart gravierend seien, dass sie einerseits der

Vergabebehörde verunmöglich hätten, sich ein zuverlässiges Bild über die Offerte zu machen, und dass andererseits das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Diese qualitativen Schwächen wurden denn auch ausdrücklich im Rahmen der Bewertung des Angebots gebührend berücksichtigt. Ein darüberhinausgehendes Vorgehen drängt sich aus rechtlicher Sicht nicht auf. Die Vergabebehörde hat im Rahmen ihres Ermessensspielraums gehandelt. Zusammenfassend erweisen sich also die Rügen der Beschwerdeführerin zum Thema Stationierung (Ziff. 3.3 der Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit den Beilagen 4 und 6) allesamt als unbegründet, was zu ihrer Abweisung führt.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor (Ziff. IV.2), es hätten nicht alle Mitglieder der ARGE B._____ das Eignungskriterium des Nachweises von mindestens drei Jahren Winterdienst auf über 800 m.ü.M. erbracht.

E. 6.2.1

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin müssten alle beteiligten Unternehmen das Eignungskriterium erfüllen, sonst müsse ein Ausschluss erfolgen. Das Einzelunternehmen B.1._____ hätte als Mitglied der ARGE B._____ auf der verlangten Beilage 2 der Ausschreibungsunterlagen zu wenige einschlägige Referenzobjekte vorgewiesen. Das Referenzobjekt 1 (Stadt Bellinzona, 1999-2019) liege zu tief, das Referenzobjekt 2 (Kanton Tessin, 1999-2019) sei zu unbestimmt in Bezug auf die Höhe über Meer und das Referenzobjekt 3 (Olivone-Campra / Olivone-Campo Blenio, 2017-2022) sei zwar von der Höhe in Ordnung, aber von der Dauer her zu kurz (unter drei Jahre). Dies hätte zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin führen müssen.

- 25 -

E. 6.2.2

Dem hält die Vergabebehörde entgegen, dass den Ausschreibungsunterlagen in Ziff. 1.10 nicht zu entnehmen sei, dass bei einer ARGE sämtliche Mitglieder drei Jahre Erfahrung im Winterdienst vorzuweisen hätten; vorgeschrieben sei lediglich gewesen, dass alle Mitglieder das Formular ausfüllen hätten, was auch geschehen sei. Indem die B.2._____ Sagt anerkanntermassen den verlangten Nachweis erbracht habe, gelte dieser für die ganze ARGE als erbracht. Ausserdem würde auch die B.1._____ zu Beginn der ausgeschriebenen Arbeiten über dreijährige Winterdienstarbeiten auf den Strecken Olivone-Campra und Olivone-Campo Blenio verfügen. Zudem führe sie weitere Winterdienstarbeiten für die öffentliche Hand aus, wenn auch nicht überwiegend über 800 m.ü.M. Die ARGE B._____ sei als Anbieterin fraglos geeignet. Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben. Am Rande sei erwähnt, dass die Zuschlagsempfängerin bei den Zuschlagskriterien eine schlechtere Bewertung erfahren habe als die Beschwerdeführerin.

E. 6.2.3

In der Replik bezweifelt die Beschwerdeführerin zusätzlich, dass die Zuschlagsempfängerin die Arbeiten fachgerecht ausführen könne, denn die B.1._____ stelle in Bezug auf die angebotenen Hauptfahrzeuge 1-4 das meiste Personal.

E. 6.2.4

Gemäss beschaffungsrechtlicher Lehre muss eine Bietergemeinschaft in der Regel als solche und insgesamt geeignet sein, einen Auftrag zu erfüllen, denn sie besteht zwar aus mehreren Personen, die jedoch faktisch wie rechtlich als solidarisch haftende Gesamtheit auftreten und offerieren, und sie gilt daher als eine einzige Anbieterin. Das heisst, dass nicht alle ihre Mitglieder in allen Fällen alle Eignungskriterien erfüllen müssen, sondern es ist darauf abzustellen, welchem Zweck ein bestimmtes Kriterium verpflichtet ist (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1482 mit Hinweisen). Ohne anderslautende Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen muss eine Bietergemeinschaft so- mit gesamthaft erfüllen, ausser bezüglich Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen (vgl. Art. 15 Abs. 3 SubG). So hat etwa das Bundes- verwaltungsgericht im Fall betreffend Instandsetzung des Furkatunnels ent-

- 26 - schieden, dass die Referenzvorgabe von Fr. 2 Mio. Auftragswert und Aus- führung in den letzten 15 Jahren nicht durch alle Mitglieder der Bieterge- meinschaft erfüllt werden müsse (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B- 8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 4).

E. 6.2.5

Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen einzig, dass alle beteiligten Unternehmungen einer Bietergemeinschaft die Beilage 2 auszufüllen hatten. Daraus folgt aber nicht, dass bei Nichterfüllen der verlangten Erfahrung über mindestens drei Jahre auf Strecken mit über- wiegendem Anteil über 800 m.ü.M. durch eine der beteiligten Unternehmen sogleich die gesamte Bietergemeinschaft automatisch ausgeschlossen werden müsste. Die Ausschreibungsunterlagen legen vielmehr den Schluss nahe, dass es ausreichen muss, wenn mindestens eine beteiligte Unterneh- mung diese Vorgabe einhält. Dazu kommt, dass – wie die Vergabebehörde zu Recht ausführt – die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium inso- fern erfüllt, als sie im Verlaufe dieses Jahres die verlangten drei Jahre Er- fahrung mit Winterdienstarbeiten beisammen haben wird. Die Vergabe- behörde hat weder ihr Ermessen überschritten, noch Recht verletzt. Inso- fern erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet und ist somit abzuweisen.

E. 6.3

Weiter rügt die Beschwerdeführerin (Ziff. IV.3), ein von der Zuschlagsemp- fängerin angegebenes Fahrzeug sei für den Gebrauch untauglich und es seien diesbezüglich falsche Angaben gemacht worden.

E. 6.3.1

Das aufgeführte Fahrzeug 8 (I._____ semovente) sei nicht für den vorgese- henen Zweck geeignet. Es handle sich nicht um eine mobile Schneefräse- schleuder gemäss Ziff. 4.19 lit. h der Ausschreibungsunterlagen, sondern um einen Traktor, an dem über einen Anbau hinten eine Schneefräse an- gebracht werde, und zwar ausschliesslich hinten (vgl. Foto in act. B.6). Das habe zur Konsequenz, dass die Arbeiten ausschliesslich im Rückwärtsgang ausgeführt werden könnten, was diese erheblich erschwere und ein Sicher- heitsrisiko darstelle. Diesbezüglich und zur Nichteinhaltung der technischen

- 27 - Vorgaben gemäss Ziff. 4.19 sei ein Gutachten bei der H._____ AG einzu- holen. Zudem verfüge die genannte Kombination mit Aufbau für die Fräse nicht über eine Strassenzulassung, was daran zu erkennen sei, dass für diesen Traktor kein Kennzeichen

angegeben worden wäre. Die Beschwerdeführerin beantragt, dazu eine schriftliche Auskunft vom Strassenverkehrsamt des Kantons Tessin einzuholen und von der Zuschlagsempfängerin den Fahrzeugausweis zu edieren. Insgesamt erfülle das Fahrzeug die Anforderungen der Ausschreibung nicht, weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuschliessen sei. Abgesehen davon sei der Traktor bereits im Los Valle Bedretto für Winterdienstarbeiten im Einsatz, wobei hierzu ebenfalls eine schriftliche Auskunft beim Dipartimento del territorio des Kantons Tessin einzuholen sei.

E. 6.3.2

Dem hält die Vergabebehörde entgegen, die Beschwerdeführerin verhalte sich widersprüchlich, denn wenn der Traktor bereits im Los Valle Bedretto im Einsatz stehe, dann stelle das gerade den Beweis dar, dass er über eine Strassenzulassung verfüge und als Strassenräumungsfahrzeug geeignet sei. Jedenfalls handle es sich ohnehin bloss um ein Ersatzfahrzeug für ca. 20 Stunden pro Winter (Fahrzeug 8). Es sei nachvollziehbar, dass während des Sommers für ein Winterräumfahrzeug kein Kennzeichen eingelöst werde. Weiter bestehe kein Sicherheitsrisiko, werde doch am Traktor I._____ die mobile Schneefräse ("semovente" = "bewegt sich von selbst") vorne montiert. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Foto (act. B.6) zeige nicht das offerierte Fahrzeug.

E. 6.3.3

Dem schliesst sich die beigeladene Zuschlagsempfängerin an und macht geltend, die Beschwerdeführerin versuche bewusst Verwirrung zu stiften und mache falsche Angaben. Die Schneefräse werde vorne montiert, was auf dem beigelegten Foto ersichtlich sei (act. D.2).

E. 6.3.4

In ihrer Replik erkennt die Beschwerdeführerin Widersprüche im Angebot der Zuschlagsempfängerin zwischen den gemachten Leistungsangaben in der Beilage 6.8 und den Fahrzeugangaben in der Beilage 4 und sieht darin

- 28 - einen weiteren Ausschlussgrund. Weiter habe die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot in Ziff. 4.19 lit. h Datenblätter zu zwei verschiedenen Schneefräseschleudern eingelegt, weshalb die Vergabebehörde nicht hätte wissen können, welches Gerät nun zum Einsatz komme. Die Vergabebehörde sei der Sache nicht nachgegangen und habe damit ihr Ermessen überschritten. Aufgrund der Angabe der Zuschlagsempfängerin zum Fräshaspeldurchmesser von 95 cm müsse davon ausgegangen werden, dass sie beabsichtige, die Fräseschleuder Typ 900 der österreichischen J._____ GmbH einzusetzen. Diese sei aber gemäss Datenblatt für Tragfahrzeuge und Traktoren von 10 bis 220 PS konzipiert. Das von der Zuschlagsempfängerin offerierte Traktor der Marke I._____ sei mit 240 PS deshalb überhaupt nicht geeignet. Damit seien die Vorgaben gemäss Ziff. 4.19 lit. h der Ausschreibung nicht erfüllt, was zum Ausschluss führen müsse.

E. 6.3.5

Die Vergabebehörde entgegnet dem in der Duplik, dass die Beschwerdeführerin das Angebot ihrer Konkurrentin falsch verstanden habe. Beim strittigen Fahrzeug handle es sich bloss um ein Ersatzfahrzeug und aufgrund der geringen Einsatzzeit seien keine vertieften Abklärungen notwendig gewesen, bzw. sie habe ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass die aufgeführte Maschine entsprechende Einsätze leisten könne. Bezüglich der Motorenstärke weist die Vergabebehörde noch auf Kapitel 4.3 der Aus-

schreibungsunterlagen hin, wonach auch stärkere Fahrzeuge zugelassen seien. Schliesslich habe die Vergabebehörde bei der italienischen F. _____ s.r.l. nachgefragt und es sei bestätigt worden, dass Schneefräsen mit den verlangten Eigenschaften auf Bestellung produziert werden könnten (vgl. act. C.11).

E. 6.3.6

Die Zuschlagsempfängerin präzisiert in ihrer Duplik, dass die von der Beschwerdeführerin erwähnte Schneefräse J. _____ Typ 900 gar nicht existiere. Sie habe vielmehr eine Schneefräse J. _____ Typ 950 offeriert, die für ein Fahrzeug bis 280 PS geeignet sei.

- 29 -

E. 6.3.7

Gemäss Ziff. 4.19 lit. h der Ausschreibungsunterlagen verlangte die Vergabebehörde für das Fahrzeug 8 eine mobile Schneefräseschleuder, mindestens 230 PS, eine Antriebsbreite von mindestens 220 cm, die Antriebsart 4x4 und eine Räumleistung bis 1800 t/h. In Ziff. 4.20 (Verlangte Fahrzeugausstattung) ist das Fahrzeug 8 als Ersatzfahrzeug hingegen nicht aufgeführt. In der Beilage 6.8 machte die Zuschlagsempfängerin zu ihrem offerierten Fahrzeug 8 folgende Angaben: "Marke/Typ: I. _____ semovente Jahrgang/Kontrollschild: 15.8.2012 PS: 240 / 174 kW Antriebsart: 4x4 Gesamtgewicht: 13'500 kg Antriebsbreite: 2.60 Fräshaspel-Durchmesser: 95 cm Räumleistung: 1'800 t/h Neuwert: 298'000.-- Zeitwert: 170'000.--" Der erste Vorwurf der Beschwerdeführerin betrifft die Nichteinhaltung der Vorgabe der mobilen Schneefräseschleuder für das Fahrzeug 8 und geht fehl. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind unter diesen Begriff neben den einzig für diesen Zweck konzipierten Schneefräsefahrzeugen sicherlich auch Traktore mit Schneefräsezubehör zu subsumieren. Ein Traktor mit Schneefräsenaufsatz ist genauso mobil wie ein reines Schneefräsefahrzeug. Die weiteren beschwerdeführerischen Behauptungen in Bezug auf die Montage der Schneefräse (hinten) und damit einhergehende Sicherheitsbedenken erweisen sich ebenfalls als falsch und un belegt. Die Vergabebehörde und die Zuschlagsempfängerin zeigen überzeugend auf, dass das von der Beschwerdeführerin eingelegte angebliche Beweisfoto gar nicht das offerierte Fahrzeug zeigt. Ein Foto des tatsächlich offerierten Fahrzeugs liegt denn auch ebenfalls bei den Akten (act. D.2). Die weitere Vermutung, das Fahrzeug verfüge über keine Strassenzulassung und das Angebot sei unvollständig, weil das Kontrollschild fehle, sind

- 30 - ebenso wenig stichhaltig. Zum einen ist es, wie die Vergabebehörde zu Recht vorbringt, plausibel, dass das Kontrollschild eines Winterdienstgeräts bei einer Offertstellung im Sommer nicht eingelöst wird, was die Beschwerdeführerin in ihrer Replik selbst einräumt. Dass auf dem Formular die Nummer nicht angegeben wurde, stellt ein vernachlässigbares Versehen dar. Zum anderen ist es gerichtsnotorisch (vgl. zahlreiche andere Submissionsverfahren betreffend Winterdienst aus dem Jahre 2017, siehe bspw. Referenzen unten E. 9.2), dass solche Traktoren mit Schneefräsenaufsätzen den Vorgaben des Strassenverkehrsgesetzes und seinen Ausführungsbestimmungen entsprechen. Die Vergabestelle war zudem angesichts des sehr untergeordneten Einsatzes dieses Ersatzfahrzeuges nicht verpflichtet, diesbezüglich weitere Abklärungen durchzuführen und durfte darauf vertrauen, dass die aufgeführte Maschine entsprechende Einsätze leisten könne. Selbst wenn das offerierte Fahrzeug derzeit in einem anderen Auftrag im Kanton Tessin zum Einsatz kommen sollte, würde dies das vorliegende Angebot noch nicht

ungültig machen, müssen die Fahrzeuge, das Fahrpersonal, die Unterbringungen etc. wie oben dargelegt doch erst bei Leistungsantritt definitiv zur Verfügung stehen, wofür die Zuschlagsempfängerin zu sorgen hat. Schliesslich ist in Bezug auf die technischen Angaben des offerierten Fahrzeugs festzustellen, dass sich die Vergabebehörde auf die ausgefüllte Beilage 6.8 verlassen durfte, worauf Angaben figurieren, die den gemachten Vorgaben entsprechen. Was aus im Beschwerdeverfahren als Beilagen eingebrachten Datenblättern zugunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden soll, die sich nicht auf das offerierte Fahrzeug 8 beziehen, ist nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich die zahlreichen von der Beschwerdeführerin gestellten Gutachtens-, Auskunfts- und Editionsbegehren. Die Rügen erweisen sich auch hier alle als unbegründet.

E. 6.4

Als weiteren Punkt brachte die Beschwerdeführerin vor (Ziff. IV.4), die ARGE B. _____ habe ein unzulässiges Unterangebot eingereicht.

- 31 -

E. 6.4.1

Im Rahmen der Beschwerde behauptet sie, die Zuschlagsempfängerin habe auf rund der Hälfte der Positionen einen Rabatt von 100% und damit ein Positionstotal von Fr. 0.-- gewährt (Pos. 3.2.1, 3.2.2, 3.3.2, 3.3.3, 4.3, 4.6, 4.7, 4.9, 4.11, 6.1, 6.2, 6.3, 8.1, 8.2 und 8.3). Dies erkläre, weshalb das Angebot preislich rund 70% tiefer ausgefallen sei, als dasjenige der zweitplatzierten Beschwerdeführerin und gar 80% bzw. 128% tiefer als dasjenige der weiteren Anbieter. Auf Nachfrage der Vergabebehörde habe die Zuschlagsempfängerin dann den Rabatt von 100% allerdings nur in Bezug auf drei Leistungspositionen bestätigt, nicht jedoch auf alle anderen, weshalb diese anderen Positionen nicht als verbindlich anzusehen seien und damit das Angebot als unvollständig. Das müsse zum Ausschluss führen. Ein solcher sei aber auch dann notwendig, wenn das Gericht die Rabatte auf rund der Hälfte der Leistungspositionen nicht beanstanden würde. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Zuschlagsempfängerin die von den Fahrzeugen 7, 8, 9 und 11 zu erbringenden Räumungs- und Fräsarbeiten kostenlos erbringen können sollte. Die abgegebenen Offertansätze seien somit nicht korrekt und nicht korrekte Angaben müssten ebenfalls zum Ausschluss führen.

E. 6.4.2

Die Vergabebehörde weist darauf hin, dass Rabatte gemäss Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich zulässig seien, auch solche im Umfang von 100%. Von einem Unterangebot könne keine Rede sein. Die Zuschlagsempfängerin habe in einzelnen Positionen auf Zuschläge verzichtet (vgl. Ziff. 4.11 der Ausschreibungsunterlagen und Pos. 3.1.2, 3.2.2 und 3.3.2), bei anderen einen Rabatt von 100% gewährt, dies vor allem bei den Ersatzfahrzeugen mit geringen Leistungsvorgaben (Pos. 4.3, 4.6, 4.9 und 4.11). Gerade dort habe aber auch die Beschwerdeführerin teilweise erhebliche Rabatte gewährt (z.B. 80% bei Pos. 4.3). Hohe Rabatte seien bei diesen Positionen plausibel, da letztere erfahrungsgemäss tatsächlich untergeordneter Natur seien. Die Vergabebehörde habe im Sinne einer technischen Bereinigung bei den Positionen 3.2.1, 4.7 und 4.9 Bestätigungen bei der Zuschlagsempfängerin eingeholt. Bei diesen Positionen resultierte im gesamten Angebot ein etwas grösseres – aber für die Gesamtbeurteilung nicht

- 32 - entscheidendes – Positionstotal. Die Rabatte wurden bestätigt, womit das Angebot nicht unvollständig sei und es auch keine Änderung erfahren habe. Weiter habe gemäss Ziff. 4.6 der Ausschreibungsunterlagen auch bei Leerfahrten ein Rabatt gewährt werden dürfen. Bei den Positionen Stillstandzeiten und Wartezeiten stehe in Ziff. 4.9 und 4.10 der Ausschreibungsunterlagen, dass diese nur ausnahmsweise anerkannt würden; deshalb durfte hier ohne Weiteres ein Rabatt von 100% gegeben werden. Weiter treffe es nicht zu, dass die Zuschlagsempfängerin beim Fahrzeug 8 bei den Räumungs- und Fräsarbeiten einen Rabatt von 100% offeriert habe. Der Schluss der Beschwerdeführerin, eine angebliche Nichtbestätigung in allen anderen Positionen führe zur Ungültigkeit der Offerte, sei selbstverständlich unzutreffend. Diese Positionen seien völlig untergeordnet. Vergleiche man zudem die Gesamtpositionen 3 und 4 von Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin, stelle man fest, dass die Zuschlagsempfängerin hier insgesamt höher offeriert habe als die Beschwerdeführerin. Auch die Position 4 der Zuschlagsempfängerin sei nicht derart tief, dass von einem Unterangebot gesprochen werden könne.

E. 6.4.3

Die Zuschlagsempfängerin bekräftigt in ihrer Beschwerdeantwort, dass sie zu jeder Position einen Einzelpreis angegeben habe und ihre Offerte also nicht unvollständig sei. Dort wo sie grosse Rabatte gegeben habe, seien auch die Preise der Beschwerdeführerin nicht hoch, weshalb die Behauptungen irrelevant seien.

E. 6.4.4

In ihrer Replik räumt die Beschwerdeführerin ein, dass die Vergabebehörde bei der Zuschlagsempfängerin nur bei drei Positionen nachgefragt habe (Pos. 3.2.1, 4.7 und 4.9). Somit erübrige sich ihre Rüge, soweit sie die Nichtbestätigung von weiteren Positionen betreffe (Pos. 3.2.2, 3.3.2, 3.3.3, 4.3, 4.6, 4.11, 6.1, 6.2, 6.3, 8.1, 8.2 und 8.3). Grund für die zunächst zu weit gefasste Rüge sei aber der Umstand, dass ihr das vollständige Recht auf Akteneinsicht verweigert worden sei (vgl. oben E. 3). Hätte sie insbesondere Fotokopien erstellen dürfen, hätte sie erkennen können, dass keine Veranlassung bestanden habe, die in Ziff. IV.4 der Beschwerde geltend ge-

- 33 - machte Unvollständigkeit zu rügen. Das sei bei der Kostenfolge zu berücksichtigen.

E. 6.4.5

Es ist nicht eindeutig, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Replik die ganze Rüge fallen gelassen hat oder nur in Bezug auf die vermeintliche Nichtbestätigung der von der Vergabebehörde gar nicht nachgefragten Positionen (vgl. Schreiben der technischen Kommission der Vergabebehörde an die Zuschlagsempfängerin vom 12. August 2019, act. C.10). Jedenfalls ist vor dem Hintergrund der Ausführungen der Vergabebehörde festzustellen, dass die Beanstandungen der Beschwerdeführerin nicht stichhaltig sind. Es ist nicht einzusehen, inwiefern die Vergabebehörde ihr Ermessen überschritten oder Recht verletzt haben soll. Die Beschwerde erweist sich also in diesem Punkt ebenso als unbegründet, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

E. 6.5

Gemäss Beschwerdeführerin (Ziff. IV.5) hätten ferner unzulässige Absprachen stattgefunden, die zu einer Verlängerung der Verbindlichkeit des Angebots geführt hätten.

E. 6.5.1

Laut Ziff. 1.16 der Ausschreibungsunterlagen belaufe sich die Verbindlichkeit der eingereichten Angebote auf sechs Monate. Die Vergabebehörde habe ausschliesslich die Zuschlagsempfängerin angefragt, ob sie mit einer Verlängerung auf zwölf Monate einverstanden sei, was diese dann bejaht habe. Damit sei eine Absprache getroffen worden, die den Ausschreibungsunterlagen widerspreche, was unzulässig sei. Auch stelle dies eine wettbewerbsmässige Bevorteilung dar. Das müsse zum Ausschluss führen. Die Vergabebehörde hätte – wenn schon – die Verlängerung der Verbindlichkeitsdauer bei allen Anbietern nachfragen müssen. In der Replik bringt sie im Wesentlichen dasselbe erneut vor.

E. 6.5.2

Die Vergabebehörde räumt ein, sie habe effektiv bei der späteren Zuschlagsempfängerin die Zusicherung eingeholt, dass das Angebot auch

- 34 - zwölf Monate gültig sei. Das sei damit begründet, dass einige Punkte der Organisation bzw. der Offerte noch geklärt worden seien. Damit habe sie aber weder gegen das Verbot der Verhandlungen verstossen (Art. 19 SubG bzw. Art. 24 Abs. 3 SubV) noch den Wettbewerb verzerrt. Das Angebot sei nicht angepasst worden, sondern vielmehr deren Qualität durch diese Nachfrage bestätigt. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin ziele ins Leere, denn er sei nicht näher begründet und somit appellatorisch. In der Duplik ergänzt die Vergabebehörde, dass nicht ersichtlich sei, welchen Nachteil die Beschwerdeführerin dadurch erlitten haben soll, dass einige Punkte der Organisation bzw. der Offerte noch geklärt worden seien und die Gültigkeit der Offerte für den Vertragsabschluss auch nach der Erteilung des Zuschlags noch um sechs Monate verlängert werde.

E. 6.5.3

In der Tat stellt das Verhalten der Vergabebehörde nicht ein tadelloses Vorgehen dar. Um dem Gleichbehandlungsgebot vollends gerecht zu werden, hätte sie – wie die Beschwerdeführerin zu Recht anführt – gleichzeitig bei allen Anbietern eine derartige Verlängerung anfragen müssen. Es gilt jedoch zu bedenken, dass die formellen Vorgaben des Vergaberechts nicht Selbstzweck sind. Es wäre hier überspitzt formalistisch, in der strittigen, nur bei einer Anbieterin eingeholten Nachfrage betreffend Verlängerung der Verbindlichkeitsdauer der Offerte eine verpönte oder gar unzulässige Verhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 SubG zu erblicken. Es ging der Vergabebehörde nicht darum, das Angebot inhaltlich zu verändern. Am Inhalt der Offerte der Zuschlagsempfängerin hat sich denn auch gar nichts geändert und letztere hat durch die Änderung der Verbindlichkeitsdauer keinerlei Vorteile erfahren, die den anderen Anbietern vorenthalten worden wären. Es ging vielmehr und ausschliesslich darum, Gewissheit zu haben, dass das, was bereits angeboten war, längerfristig als angeboten gelten soll, sollte der Zuschlag dieser Anbieterin erteilt werden, zumal Details bereinigt werden mussten. Die Vergabebehörde hat plausibel erklärt, weshalb eine Verlängerung bei dieser Anbieterin von Nöten gewesen sei. Insoweit kann hier das Vorgehen – wenn auch nicht in voller Nachachtung des

- 35 - Gleichbehandlungsgebots – nicht als derart gravierend klassiert werden, dass es für sich allein eine Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids rechtfertigen würde. Die Rüge ist damit abzuweisen.

E. 6.6

Die Beschwerdeführerin bringt den Vorwurf des Unterangebots auch unter einem anderen Aspekt (Ziff. IV.6).

E. 6.6.1

Die Vergabebehörde habe bei der Zuschlagsempfängerin aufgrund des von dieser abgegebenen Unterangebots Abklärungen getätigt, da sie selber Zweifel daran hatte, dass diese die Winterdienstarbeiten nicht anforderungsgemäss ausführen können werde. Mit Antwortschreiben vom 19. August 2019 an die technische Kommission habe die Zuschlagsempfängerin bestätigt, dass sie eine gute Ausführung der Auftragsbedingungen garantiere und dass sie die in den Ziff. 4.12 und 4.16 der Ausschreibungsunterlagen geforderten Einsatzzeiten einhalten werden könne. Dazu, wie sie die nachgefragten Punkte sicherstellen wolle, habe sie allerdings keine genauen und nachvollziehbaren Angaben gemacht. So habe sich die Vergabebehörde kein genaues Bild machen können, wie die Zuschlagsempfängerin die Bereitschaftszeiten, die Reparaturen und den Parkdienst der Geräte auf der Südseite des Passes zu bewerkstelligen beabsichtige. Vor diesem Hintergrund könne keine Rede davon sein, dass die Zuschlagsempfängerin die Einhaltung der Auftragsbedingungen überzeugend garantiert hätte. Die Vergabebehörde habe das ihr zustehende Ermessen überschritten, denn sie hätte die Zweifel, die sie offenbar hegte, nicht ausräumen dürfen.

E. 6.6.2

Die Vergabebehörde weist auf die Möglichkeit hin, dass sie bei einem Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen dürfe, um sich zu vergewissern, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhalte und die Auftragsbedingungen erfüllen könne. Beim Entscheid, ob sie ein Angebot als ungewöhnlich niedrig einschätze, stehe ihr ein grosser Ermessensspielraum zu. Die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, konkret darzulegen, inwiefern die

- 36 - Zuschlagsempfängerin ein Unterangebot eingereicht habe. Die Vergabebehörde habe ihrerseits ihre Aufgaben wahrgenommen und diejenigen Positionen, welche zu einer Nachfrage Anlass gaben, auch zulässigerweise nachgefragt. Für weitergehende Bestätigungen bestehe kein Anlass, denn die Ausschreibungsunterlagen seien für alle Anbieter verbindlich und werden Teil des abzuschliessenden Werkvertrags sein. Die Prüfung des Angebots durch die beigezogene technische Kommission ergab, dass dieses plausibel sei. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Angeboten der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin sei beim veranschlagten Amortisationsbetrag für die eingesetzten Fahrzeuge. Während die Beschwerdeführerin dafür jährlich Fr. 94'600.-- exkl. MWST eingesetzt habe (der letztplatzierte Anbieter gar Fr. 222'000.--), habe die Zuschlagsempfängerin hierfür den Betrag Fr. 0.-- eingesetzt. Diese unterschiedlichen Berechnungsweisen würden von firmeninternen Überlegungen abhängen, welche alle plausibel sein könnten und wodurch eine sehr grosse Bandbreite grundsätzlich plausibler Offertbeiträge resultiere. Die Vergabebehörde habe ihre Verantwortung wahrgenommen, zumal es Sinn und Zweck eines Vergabeverfahrens sei, für die öffentliche Hand und die für die Auftragsvergabe verwendeten öffentlichen Mittel das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

E. 6.6.3

Auch die Zuschlagsempfängerin weist in ihrer Beschwerdeantwort den Vorwurf eines Unterangebots von sich. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin zu hoch offeriert, was sich insbesondere bei den Amortisationen zeige. Sie habe offensichtlich darauf spekuliert, dass keine anderen Firmen offerieren würden und dabei ihre Preise erhöht. Diese Taktik sei nun nicht aufgegangen.

E. 6.6.4

Die Argumentation der Vergabebehörde überzeugt das Gericht. Hätte sie den Verdacht auf ein Unterangebot gehabt, so hätte sie primär nach der Position der Amortisationskosten fragen müssen, was sie aber nicht getan hat. Die getätigten Nachfragen durfte die Vergabebehörde im Rahmen ihres

- 37 - Ermessens und ihrer Sorgfaltspflicht auf jeden Fall durchführen, was sie vorliegend plausibel dargelegt hat. Weil es nicht um die Prüfung eines Unterangebots ging, durfte sich die Vergabebehörde somit auch mit den einverlangten Bestätigungen zufriedengeben. Sie hat also weder ihr Ermessen überschritten, noch Recht verletzt. Auch diese beschwerdeführerische Rüge ist unbegründet.

E. 6.7

Die Beschwerdeführerin stellt eine weitere Unregelmässigkeit im Zusammenhang mit zwei Schneefräsen in den Raum (Ziff. IV.7).

E. 6.7.1

Gemäss dem technischen Bericht der Zuschlagsempfängerin sei diese insbesondere bei starken Schneefällen auf den Bezug von zwei Schneefräsen des Einzelunternehmens B.1. _____ angewiesen. Die Beschwerdeführerin gibt an zu vermuten, dass die Zuschlagsempfängerin diese beiden Schneefräsen in der Beilage 6 ihres Angebots als verlangte Fahrzeuge aufgeführt habe. Diese würden aber bereits im Los Olivone-Campra eingesetzt, welches seit 2017 ausschliesslich der B.1. _____ zugewiesen sei. Daher könne die Zuschlagsempfängerin ausschreibungswidrig nicht darauf zugreifen. Ihr Angebot genüge so in diesem Punkt den Anforderungen der Ausschreibung nicht. Die Ausschreibungsunterlagen würden nicht dazu berechtigen, die angebotenen Fahrzeuge in zwei verschiedenen Losen einzusetzen.

E. 6.7.2

Die Vergabebehörde erachtet die Rüge als irrelevant, weil die Vermutungen und pauschalen Vorwürfe der Beschwerdeführerin nicht fundiert seien. Mit dem Vertragsabschluss verpflichtete sich die Zuschlagsempfängerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen gemäss Ziff. 4.28 der Ausschreibungsunterlagen. Die ausgeschriebenen Winterdienstarbeiten hätten Priorität gegenüber allen anderen Arbeiten. Darauf werde sie als Vergabebehörde achten.

E. 6.7.3

Die Zuschlagsempfängerin führt an, gerade nicht zwingend auf die übrigen Fahrzeuge angewiesen zu sein. Das genannte beteiligte Unternehmen biete Solidität und verschaffe der Vergabebehörde Gewissheit, dass alles

- 38 - getan werde, um einen einwandfreien Dienst zu leisten. Im technischen Bericht sei dies so präsentiert worden.

E. 6.7.4

In der Replik behauptet die Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe nicht bestritten, dass der Zuschlagsempfängerin bei starken Schneefällen zwei zusätzliche Schneefräsen nicht uneingeschränkt zur Verfügung stünden. Die gegenteilige Behauptung sei eine Schutzbehauptung.

E. 6.7.5

Fakt ist, dass sich die Rüge der Beschwerdeführerin auf blosser Vermutung und Interpretationen stützt. Erwiesenermassen hat die Zuschlagsempfängerin bestätigt, dass der Einsatz wie im technischen Bericht beschrieben ablaufen werde. Darauf kann und wird sie behaftet werden, wie die Vergabebehörde zu Recht betont. Hierbei von Schutzbehauptungen zu sprechen, wäre vermessen. Vielmehr sind die Vorwürfe der Beschwerdeführerin als blosser unfundierte Behauptungen abzuweisen.

E. 6.8

Weiter stellt die Beschwerdeführerin in Frage, dass die Monoblockfräsen AA.90/300 der F.____ s.r.l., die die Zuschlagsempfängerin zu erwerben gedenke, existieren (Ziff. IV.8).

E. 6.8.1

Sie habe beim Produzenten telefonisch nachgefragt und die Auskunft bekommen, dass bisher keine Monoblockfräsen für den Schweizer Markt hergestellt würden. Wenn die Zuschlagsempfängerin also angebe, diese verwenden zu wollen, handle es sich um eine falsche Angabe. Es werde der Beweisantrag gestellt, diesbezüglich eine schriftliche Auskunft bei der F.____ s.r.l. einzuholen.

E. 6.8.2

Mit Beschwerdeantwort machen die Vergabebehörde und die Zuschlagsempfängerin beide je geltend, die Behauptung der Beschwerdeführerin sei falsch. Die F.____ s.r.l. stelle weltweit Fräsen her, sodass diese ohne Weiteres von der Zuschlagsempfängerin erworben werden könnten.

- 39 -

E. 6.8.3

In ihrer Replik hält die Beschwerdeführerin dafür, die Zuschlagsempfängerin habe anerkannt, derzeit noch nicht über die offerierte Monoblockfräse AA.90/300 gemäss Ziff. 4.20 der Ausschreibungsunterlagen zu verfügen und eine solche noch bei der F.____ s.r.l. bestellen zu müssen. Auf der Internetseite <____> suche man aber eine Fräse des angegebenen Typs vergeblich. Die Angaben der Zuschlagsempfängerin würden sich somit als falsch erweisen. Vorsorglich bestreitet die Beschwerdeführerin zudem, dass die in Italien hergestellte Fräse eines italienischen Unternehmens gemäss Ziff. 2.1 der Ausschreibungsunterlagen den Anforderungen des schweizerischen Rechts genüge. Schliesslich sei auch völlig unklar, ob die Monoblockfräse überhaupt bzw. rechtzeitig auf den Winter 2020 an die Zuschlagsempfängerin ausgeliefert werden könne. Die Vergabebehörde hätte dies abklären müssen. Indem sie es unterlassen habe, habe sie ihr Ermessen überschritten. Dazu stellt die Beschwerdeführerin noch den Beweisantrag, bei der F.____ s.r.l. eine weitere schriftliche Auskunft einzuholen betreffend fristgerechte Lieferung der strittigen Monoblockfräse.

E. 6.8.4

Mit ihrer Duplik bestreitet die Vergabebehörde die beschwerdeführerischen Behauptungen. Wie oben erwähnt (E. 6.3.5), hat die Vergabebehörde ihrer Duplik einen Mailaustausch mit der F._____ s.r.l. beigelegt (act. C.11). Sie hat darin das Unternehmen angefragt und es sei ihr bestätigt worden, dass Schneefräsen mit den verlangten Eigenschaften auf Bestellung produziert werden könnten.

E. 6.8.5

Die Zuschlagsempfängerin ihrerseits gibt in der Duplik an, sie arbeite seit Jahren mit der F._____ s.r.l. zusammen, welche hohe Professionalität, Kompetenz und Zuverlässigkeit zeige. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin seien haltlos.

E. 6.8.6

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zur Stationierung (siehe E. 6.1, insbesondere aber 6.1.5 ff.) ist noch die Thematik der zwei Bundesgerichtsentscheide zu erwähnen. Die Beschwerdeführerin hat, wie erwähnt, mit ihrem letzten Schreiben auf den einen auf Französisch verwiesen. Sie macht

- 40 - darin geltend, auch die Monoblockfräsen seien wesentliche Elemente zur Erfüllung der Winterdienstarbeiten. Da die Ausschreibungsunterlagen nichts Gegenteiliges vorsähen, könnten diese Elemente nicht erst nachträglich besorgt werden, sondern hätten bei Offerteinreichung bereits vorzuliegen. Zum im Rahmen der Duplik eingereichten Mailaustausch sei festzustellen, dass auf die angebliche Bestätigung der F._____ s.r.l. nicht abgestellt werden dürfe, da nicht die Original-E-Mails des Inhabers darin enthalten seien, sondern lediglich in indirekter Rede wiedergegeben werde, was dieser angeblich geschrieben habe. Das act. C.11 sei mithin als Beweis für die Behauptung der Vergabebehörde nicht geeignet. Doch selbst wenn diese Unternehmung die strittigen Schneefräsen für die Schweiz produzieren würde, hätte der Vergabebehörde nicht klar sein dürfen, welche Schneefräse die Zuschlagsempfängerin nun unter Ziff. 4.20 der Ausschreibungsunterlagen anbieten würde. Im act. C.11 seien denn auch noch immer insgesamt drei Typen zur Diskussion gestanden, wobei einer davon die verlangte Breite von mindestens 2.90 m gemäss Ziff. 4.20 der Ausschreibungsunterlagen nicht erfülle.

E. 6.8.7

Die Vergabebehörde hat, wie ebenfalls erwähnt, einen gleichentags erlassenen deutschsprachigen Bundesgerichtsentscheid hervorgehoben. Die beschwerdeführerische Rüge gehe fehl. Die Zuschlagsempfängerin habe noch in ihrer Duplik dargelegt, dass sie seit Jahren mit der F._____ s.r.l. zusammenarbeite und habe auch eine Fräse mit dem Jahrgang 2019 aufgeführt. In der Vernehmlassung vom 26. September 2019 sei zudem die falsche Behauptung der Beschwerdeführerin widerlegt worden, dass in der Schweiz gar keine entsprechenden Fräsen zugelassen würden. Es treffe schliesslich abermals nicht zu, dass die verlangte Breite der Ausschreibung nicht eingehalten werde. Die Beschwerdeführerin belasse es auch diesbezüglich bei undokumentierten Behauptungen.

E. 6.8.8

Auch hier stellt das Gericht fest, dass sich die beschwerdeführerische Rüge im Verlauf des Schriftenwechsels weiterentwickelt hat: Von der Nichtexistenz der strittigen Schneefräse über die Nichtlieferung bzw. die nicht recht-

- 41 - zeitige Lieferung in die Schweiz hin zur Feststellung, dass gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Fräse schon bei Offerteingabe hätte zur Verfügung

stehen müssen. Zu den ersten drei Hypothesen kann auf die gegenteiligen Ausführungen der Zuschlagsempfängerin und der Vergabebehörde verwiesen werden. Beide haben glaubhaft dargelegt und belegt, dass solche Schneefräsen tatsächlich existieren, dass sie auch in die Schweiz geliefert werden können und dass dies rechtzeitig erfolgen kann. Zur letzten Hypothese ist auf oben eingehend Ausgeführtes zu verweisen (siehe E. 6.1.8). Nach Überzeugung dieses Gerichts ist für die vorliegende Konstellation der Argumentation des deutschsprachigen Urteils des Bundesgerichts 2C_111/2018 vom 2. Juli 2019 zu folgen. Es würde in der Tat eine übermässige und mit den binnenmarktrechtlichen Bestimmungen unvereinbare Diskriminierung anderer Anbieter (namentlich der hier beigeladenen Zuschlagsempfängerin) darstellen, die Ausschreibungsunterlagen mit ihrem diesbezüglich unklaren Wortlaut so zu verstehen, dass von allen Anbietern zu verlangen wäre, bereits im Zeitpunkt der Offerteingabe über sämtliche für die Auftragserfüllung notwendigen Haupt- und auch Nebenprodukte zu verfügen. Vielmehr muss eine Offerte auch gültig sein, wenn einzelne Fahrzeuge oder Geräte erst nach dem Zuschlag beschafft werden und die Anbieterin genügend konkrete und zuverlässige Angaben dazu macht, wie sie die Erfüllung des noch ausstehenden Erfordernisses zu bewerkstelligen gedenkt. Dies umso mehr, wenn es sich nicht um die Geräte oder Fahrzeuge handelt, die hauptsächlich in Einsatz stehen werden. Vor diesem Hintergrund muss die Beschaffung für die Vergabebehörde lediglich plausibel erscheinen. Sie wäre zwar berechtigt von der Anbieterin Garantien oder Erklärungen einzuverlangen, wenn sie Zweifel hätte, ist dazu aber nicht verpflichtet. Zu beurteilen ist hier, ob die Vergabebehörde zum Zeitpunkt der Vergabe sich zulässigerweise auf die Angaben der Zuschlagsempfängerin verlassen dürfen. Das ist nach Überzeugung des urteilenden Gerichts hier zu bejahen. Die Zuschlagsempfängerin hat somit dafür besorgt zu sein, dass sie die noch ausstehenden Geräte rechtzeitig erhält. Ein Restrisiko verbleibt dabei immer. Somit erübrigen sich die weite-

- 42 - ren Fragen und auch der Beweisantrag der Beschwerdeführerin. Diese Rüge ist ebenfalls abzuweisen.

E. 6.9

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin im Rahmen der Beschwerde noch geltend (Ziff. IV.9), die Zuschlagsempfängerin habe das Verbot der Zulassung von Subunternehmern verletzt.

E. 6.9.1

Gemäss Ziff. 1.13 der Ausschreibungsunterlagen sei klar und unmissverständlich festgehalten, dass keine Subunternehmen zugelassen seien. Dennoch habe die Zuschlagsempfängerin einen Tag nach dem Zuschlag die K._____ [gemeint: das Einzelunternehmen A.3._____] in O.1._____ er sucht, ihr als Subunternehmerin im Zusammenhang mit den von ihr zu erbringenden Winterdienstarbeiten am Lukmanierpass eine Offerte für Fahrzeuge inklusive Fahrpersonal zu unterbreiten. Diesem Ersuchen sei das angefragte Unternehmen am 31. August 2019 mit einem entsprechenden Angebot nachgekommen (act. B.7). Damit habe die Zuschlagsempfängerin einerseits gegen Ziff. 1.13 der Ausschreibungsunterlagen verstossen. Andererseits zeuge es davon, dass sie noch gar nicht über die erforderliche Anzahl Fahrzeuge und Fahrpersonal verfügt habe, um den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen. Es liege die Vermutung nahe, dass sie in ihrem Angebot sowohl in Bezug auf die Fahrzeuge als auch das Fahrpersonal falsche Angaben gemacht habe, ansonsten sie nicht extern danach angefragt hätte. Dass es die

Zuschlagsempfängerin mit den Angaben nicht genau nehme, zeige sich auch darin, dass sie dem Inhaber des Einzelunternehmens B.1._____, L._____, bereits seit seinem 14. Lebensjahr Erfahrung in der Schneeräumung attestiere, was nicht sein könne.

E. 6.9.2

Die Vergabebehörde sieht in dem Schreiben der K.____ [resp. A.3.____] (act. B.7) keinen Zusammenarbeitsvertrag, sondern bloss Tarifansätze. Das Schreiben sei denn auch bezeichnenderweise nicht unterschrieben und nehme keinen Bezug auf Arbeiten als Subunternehmerin. Es sei zudem plötzlich während der Beschwerdefrist ungefragt von der K.____ [resp. A.3.____] an die ARGE B.____ geschickt worden. Es müsse jedoch hier - 43 - nicht weiter erörtert werden, wie es dazu gekommen sei. Was die Referenzen für die Schneeräumung von L.____ betreffe, so seien die Erfahrungen der letzten zehn Jahre erfragt worden, weshalb nur diese relevant seien. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass gewisse Maschinen bereits mit

E. 6.9.3

Die Zuschlagsempfängerin ist in ihrer Beschwerdeantwort noch deutlicher: Der Vorwurf bezüglich Subunternehmung sei falsch und bewusst bösgläubig gemacht worden. [Der Inhaber der] A.3.____ habe ständig mit ihr Kontakt gesucht und sie vor Ablauf der Beschwerdefrist treffen wollen. Er habe ihr keine Offerte, sondern einen Zusammenarbeitsvorschlag abgegeben. Sie habe ihn hingegen weder vor noch nach der Offerte als Subunternehmerin engagiert. Die Tatsache, dass die Tarifansätze dieser Unternehmung bei der Beschwerdeführerin gelandet seien und nun in der Beschwerde verwendet würden, zeige offensichtlich, was die Beschwerdeführerin bezwecke. Aus diesem Grund sei die Offerte der Beschwerdeführerin für ungültig zu erklären. Betreffend Referenzliste des Fahrpersonals fügt sie noch an, dass man ab 14 Jahren mit dem entsprechenden Fahrausweis ein Fahrzeug der Kategorie G führen dürfe.

E. 6.9.4

Mit der Replik reicht die Beschwerdeführerin ein weiteres Schreiben der K.____ [resp. A.3.____] vom 27. Oktober 2019 ein (act. B.9). Es sei die Zuschlagsempfängerin gewesen, die sich mit dem Ersuchen an die K.____ [resp. A.3.____] gewendet habe, diese möge sie bei der Ausführung der Winterdienstarbeiten als Subunternehmerin unterstützen. Personen der Zuschlagsempfängerin hätten extra eine Reise nach O.1.____ in Angriff genommen, um bei der K.____ [resp. A.3.____] für eine Offerte nachzuzufragen. Um dies zu belegen, beantragt die Beschwerdeführerin, [den Inhaber der] A.3.____, M.____ und N.____ als Zeugen einzuvernehmen. In Bezug auf die Fahrpersonalreferenzen dehnt die Beschwerdeführerin ihre Vorwürfe aus. Sie behauptet, im Rahmen des Zuschlagskriteriums C.2 sei ausschliesslich die Erfahrung des Personals im Bereich der Schneeräumung beurteilt worden. Bei der Zuschlagsempfängerin hätten nebst L.____ drei

- 44 - weitere Personen (P.____, Q.____ und R.____) bereits vor ihrer Volljährigkeit Erfahrungen in der Schneeräumung gesammelt, was unter dem Aspekt des Jugendarbeitsschutzes schlicht nicht nachvollziehbar sei. Die Angaben der Zuschlagsempfängerin seien augenscheinlich falsch, weshalb ihr Angebot aus dem Submissionsverfahren auszuschliessen sei. Die Vergabebehörde hätte zumindest Zweifel an der Richtigkeit der Angaben haben und folglich gemäss Art. 25 Abs. 1 SubV

nachfragen müssen. Hat sie aber keine Erkundigungen eingeholt, stelle dies eine Ermessensüberschreitung dar.

E. 6.9.5

Die Vergabebehörde sieht in ihrer Duplik keinen Zusammenarbeitsvertrag als Subunternehmer erstellt. Zudem stehe es der Zuschlagsempfängerin frei, weitere Personen anzustellen, solange keine Subunternehmer beauftragt würden. Der Zeuge M._____ arbeite bei der A.1._____ AG, N._____ mit grösster Wahrscheinlichkeit ebenfalls, weshalb deren Einvernahme abzulehnen sei. Es werde offensichtlich auf diese Weise versucht, den Konkurrenten auszuschliessen. Betreffend Referenzen des Fahrpersonals hält die Vergabebehörde am bisher Ausgeführten fest.

E. 6.9.6

Die Zuschlagsempfängerin bestätigt, in O.1._____ gewesen zu sein, allerdings nur, um ihre organisatorischen Pläne zu verwirklichen. Konkret ging es darum, eine Unterkunft für ihre Mitarbeitenden zu suchen. Sie brauche keine Zusammenarbeit und habe diese so auch nicht gesucht. Wenn die Beschwerdeführerin auf diese Weise versuche, die Zuschlagsempfängerin zu diskreditieren, sei sie nicht glaubwürdig.

E. 6.9.7

In der Tat wirft das Vorgehen der Beschwerdeführerin Fragen auf. Zunächst ist festzustellen, dass [der Inhaber der] A.3._____ mit seinem Einzelunternehmen Teil der hier Beschwerde führenden ARGE A._____ ist. Als solcher ist er also Partei, weshalb eine Zeugeneinvernahme a priori nicht in Frage kommen kann. Umgekehrt erachtet es das Gericht als sehr unwahrscheinlich, dass die ARGE B._____, die den Zuschlag bekommen hat, noch während der Beschwerdefrist ein Mitglied der gegnerischen, zweitplatzier-
- 45 -
ten ARGE A._____ als Subunternehmerin zu gewinnen versuchen sollte. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Die Behauptung der Beschwerdeführerin ist ausserordentlich schwer, wirft sie doch Fragen auf, die sich in die Nähe der Strafbarkeit bewegen. Sie fällt zudem auf die Beschwerdeführerin selbst zurück, denn die eingereichten Dokumente zeigen, dass sich eines ihrer Mitglieder offenbar nicht an seine eigene Offerte gebunden fühlt, bietet es doch – aufgefördert oder unaufgefördert, das kann hier dahingestellt bleiben – seine Dienste der Zuschlagsempfängerin an. Letzterer Umstand ist klar erstellt. Die Rüge der Beschwerdeführerin an sich, hingegen, gemäss welcher die Zuschlagsempfängerin um Mitarbeit als Subunternehmerin ersucht habe, ist in keiner Weise erwiesen, zumal das Schreiben von [dem Inhaber der] A.3._____ den von der Beschwerdeführerin behaupteten Vorgang nicht belegt, sondern eher die gegenteilige Argumentation. Die gemäss Beweisantrag einzuholenden Zeugenaussagen von [dem Inhaber der] A.3._____, M._____ und N._____ können von Beginn weg nicht eingeholt werden, weil diese drei Personen als Partei zu sehen sind. Gemäss der offiziellen Webseite der A.1._____ AG, welche Mitglied der hier Beschwerde führenden ARGE A._____ ist, sind diese zwei Personen im Bereich Bauindustrie als "Unternehmer Baulogistik" respektive "Unternehmer Bautechnik" namentlich aufgeführt (<____>, zuletzt besucht am 11. März 2020). Abgesehen davon ist diesbezüglich ohnehin zu bemerken, dass die Beschwerdeführerin diese zwei Personen zwar als Zeugen offeriert, aber gar nicht konkret vorbringt, was diese denn bestätigen oder was sie aus eigener Wahrnehmung bezeugen könnten. Insgesamt sieht das Gericht das Vorgehen der Beschwerdeführerin in diesem Punkt als zweifelhaftes Manöver an, aufgrund dessen sich an sich gar die Frage stellt, ob

nicht das Angebot der Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müsste. Bleibt es aber bei Abweisung auch dieser Rüge beim angefochtenen Entscheid, ist darüber vorliegend nicht abschliessend zu urteilen.

E. 6.9.8

Was ferner die von der Beschwerdeführerin nebenbei aufgeworfene Kritik an den Referenzen des Fahrpersonals der Zuschlagsempfängerin anbe-

- 46 - trifft, kann einerseits festgehalten werden, dass eine falsche Angabe dies- bezüglich in der Offerte tatsächlich ein Problem darstellen würde. Insofern zielt die Argumentation der Vergabebehörde an der Sache vorbei, wenn sie ausführt, für sie sei nur die Erfahrung der letzten zehn Jahre relevant, denn falsche Angaben bleiben auch dann falsche Angaben. Nichtsdestotrotz sind die Erklärungen der Zuschlagsempfängerin und der Vergabebehörde betreffend Führerausweis der Kategorie G plausibel. Es ist gerichtsnotorisch, dass etwa im landwirtschaftlichen Bereich Jugendliche ab 14 Jahren gewisse landwirtschaftliche Maschinen steuern dürfen und dies in diesem Kanton auch tatsächlich tun. Fragen des Jugendschutzes stellen sich dabei nicht. Ausserdem ist nicht davon auszugehen, dass die hier fraglichen damaligen Jugendlichen gefährliche Einsätze wie etwa auf Passstrassen absolviert haben, denn auch die verhältnismässig ungefährliche Räumung eines Unternehmensgeländes gilt als Erfahrung. Insofern ist auch diesbezüglich nicht einzusehen, was sich die Beschwerdeführerin aus dieser Rüge abzuleiten erhofft. 7. Schliesslich sind noch zwei weitere Rügen zu prüfen, die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Replik neu aufgeworfen wurden (act. A.4, S. 19).

E. 7

Zur Vernehmlassung eingeladen – unter ausdrücklicher Anweisung, dass jegliche Vollzugshandlungen und insbesondere der Vertragsabschluss bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu unterbleiben haben (act. E.1) – hat der Verein Pro Lucmagn als Vergabebehörde [nachfolgend: Vergabebehörde] innert erstreckter Frist (act. E.2 und E.3) am 26. September 2019 (act. A.2) die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt. Formell erachtet sie den Anspruch auf rechtliches Gehör im Rahmen der Akteneinsicht als genügend gewahrt; eventualiter sei eine Verletzung desselben im Verfahren vor Verwaltungsgericht geheilt. In der Sache bestreitet die Vergabebehörde alle Rügen der Beschwerdeführerin einzeln, die sie teils als widersprüchlich erachtet, und hält am angefochtenen Vergabeentscheid fest. Sie reicht zudem sämtliche Vergabeakten ein (act. C.1-C.10). Als Beigeladene zur Stellungnahme eingeladen hat die ARGE B._____ als Zuschlagsempfängerin [nachfolgend: Zuschlagsempfängerin] innert ebenso erstreckter Frist (act. E.3, E.4 und E.5) am 26. September 2019 (act. A.3) ebenfalls die kostenfällige Abweisung der Beschwerde beantragt, mit der Begründung, die zahlreichen Rügen der unterliegenden Beschwerdeführerin seien alle unbegründet. Die Zuschlagsempfängerin reicht verschie-

- 6 - dene Beilagen ein (act. D.1-D.7, wobei D.4 und D.5 fehlen) und gibt unter anderem an, sie werde auf Beginn der Winterdienstarbeiten eine passende Lösung auf der Nordseite in Fuorns finden.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend (Ziff. C.1 der Replik), gemäss Ziff.

E. 7.1.1

Bei schweren Schneefällen müssten die zusätzlichen [gemeint: Ersatzfahrzeuge und weiteren Fahrzeuge der Zuschlagsempfängerin] mit einem Lastwagen von Olivone über Reichenau nach Fuorns transportiert werden. Dieser Transport – mit Aufladen, Fahrzeit und Abladen – könne nicht in vier Stunden bewerkstelligt werden. Damit sei klar, dass die Zuschlagsempfängerin diese zwingende Voraussetzung im Sinne eines Musskriteriums nicht erfüllen vermöge, weshalb ihr Angebot auszuschliessen sei. Sollte sie nun behaupten, die genannten Fahrzeuge auf der Nordseite des Passes zu sta-

- 47 - tionieren, sei dem entgegenzuhalten, dass sie dort heute überhaupt keine Möglichkeit dazu habe.

E. 7.1.2

Die Vergabebehörde hält die Rüge für irrelevant und auch nicht näher konkretisiert. Im Wesentlichen würden die bisherigen Rügen an der angeblich fehlenden Einsatzzeit und den fehlenden Standorten wiederholt. Sie weist darauf hin, dass die Zuschlagsempfängerin die Bedingungen der Ausschreibung insbesondere hinsichtlich der Einsatzzeiten einzuhalten habe und mit der Unterzeichnung des Angebots bestätige. Die Rüge sei abzuweisen.

E. 7.1.3

Unter Ziff. 3.3 der Ausschreibungsunterlagen (Stationierung) steht unter anderem, dass Ersatzfahrzeuge und weitere Fahrzeuge innerhalb von vier Stunden an den Einsatzorten Fuorns und Campra einsatzbereit sein müssen. Die Beschwerdeführerin verbindet hier die Rüge der Stationierung (siehe E. 6.1 oben) mit einem konkreten Transportszenario. Dabei bringt aber die Vergabebehörde zu Recht vor, dass die Bestätigung der Einhaltung der Bedingungen genüge. Wie genau diese umgesetzt würden, ist effektiv Sache der Anbieterin. Es steht im Ermessen der Vergabebehörde, nähere Erkundigungen bzw. Zusicherungen einzuholen. In dieses Ermessen darf die Beschwerdeinstanz jedoch nicht ohne Not eingreifen. Somit erweist sich die Rüge als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 7.2

Schliesslich ebenfalls erstmals in ihrer Replik rügt die Beschwerdeführerin die Unterbringung des Personals der Zuschlagsempfängerin auf der Nordseite als mangelhaft bzw. als durch die Vergabebehörde mangelhaft abgeklärt (Ziff. C.2 der Replik).

E. 7.2.1

So beabsichtige die Zuschlagsempfängerin gemäss S. 2 ihres technischen Berichts, auf der Nordseite eine Wohnung zu mieten und das Personal wöchentlich auszuwechseln, was die technische Kommission gemäss ihrem Schreiben vom 14. August 2019 als nur teilweise plausibel qualifiziert habe. Deshalb habe die technische Kommission gegenüber der Zuschlags-

- 48 - empfängerin festgehalten, dass der Punkt "Personal Nord" überprüft werden müsse. Dies sei allerdings nicht geschehen bzw. es könne den Vergabeakten nichts Gegenteiliges entnommen werden. Solange die vorgeschlagene Lösung nicht verifiziert sei, könne auch nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Zuschlagsempfängerin in der Lage sei, auf der Nordseite des Lukmanierpasses 24/7 eigenes Personal bereitzustellen. Dadurch sei die Auftrags Erfüllung nicht gewährleistet, womit die Vergabebehörde eine Ermessensüberschreitung begangen habe.

E. 7.2.2

Die Vergabebehörde hält auch diese Rüge für irrelevant und nicht näher konkretisiert. Nach ihrem Dafürhalten würden diesbezüglich ebenfalls im Wesentlichen die bisherigen Rügen betreffend angeblich fehlende Einsatzzeit und fehlende Standorte wiederholt. Auch hier habe die Zuschlagsempfängerin bei der Einreichung des Angebots noch keine festen Mietverträge vorweisen müssen. Die Rüge sei abzuweisen.

E. 7.2.3

Zwar ist festzustellen, dass die Antwort der Vergabebehörde den Umständen entsprechend eher knapp ausgefallen ist, hat doch immerhin die technische Kommission hier – im Gegensatz etwa zur Stationierung und den Transportzeiten – die Plausibilität gerade in Frage gestellt. Allerdings hat aber, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde diesbezüglich zumindest indirekt bei der Zuschlagsempfängerin nachgefragt und eine Bestätigung eingeholt betreffend Einhaltung der Einsatzzeiten (siehe act. C.10 vom 12. August 2019). In ihrem Antwortschreiben vom

E. 8

Beide Beschwerdeantworten sind der Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2019 zur Kenntnis zugestellt worden (act. E.6). Letztere hat innert erstreckter Frist (act. E.7 und E.8) ihre Replik (act. A.4) am 29. Oktober 2019 eingereicht. Darin vertieft sie, unter Beilage eines weiteren Dokuments (act. B.9) und mit neuen Beweisanträgen, ihre Argumentation. Als zusätzliche Rüge macht sie geltend, dass die Zuschlagsempfängerin auch die Zeitvorgaben für das Bereitstellen zusätzlicher Fahrzeuge an ihren Einsatzorten nicht zu erfüllen möge und die Unterbringung ihres Personals auf der Nordseite zweifelhaft erscheine. Auch deshalb sei sie aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen.

E. 9

Die Replik ist am 30. Oktober 2019 den Beschwerdegegnerinnen zur Kenntnis übermittelt worden (act. E.9), woraufhin beide innert erstreckter Frist (act. E.10 und E.11) am 18. November 2019 dupliziert (act. A.5 und A.6) und ihre Argumentation vertieft haben. Die Vergabebehörde reicht neu zusätzlich einen Mailaustausch mit der F._____ s.r.l. (act. C.11) zu den Akten, die Zuschlagsempfängerin ihrerseits eine Offerte für die Übernachtung für etwa sechs Monate im Hotel G._____ in O.1._____ (act. D.8).

E. 9.1

Bei dieser vollumfänglichen Abweisung der Beschwerde hat die Beschwerdeführerin als unterliegend zu gelten und somit die Prozesskosten zu tragen. Allerdings ist, wie ausgeführt (siehe E. 3.4 oben), dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vergabebehörde als Beschwerdegegnerin und Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt bzw. nicht lege artis gewährt hat. Dieser Teil der Beschwerde hat einen untergeordneten, relativ bescheidenen Teil (allerhöchstens 20%) des Gesamtaufwands des vorliegenden Beschwerdeverfahrens generiert. Insofern käme eine Aufteilung im Verhältnis von maximal 1/5 zu Lasten der Vergabebehörde und mindestens 4/5 zu Lasten der Beschwerdeführerin in Frage. Allerdings ist zu bedenken, dass eine der Rügen der Beschwerdeführerin als mutwillige Prozessführung angesehen wird (siehe oben E. 6.9). Diese eine Rüge hat – für alle Beteiligten, insbesondere aber für das urteilende Gericht – mindestens so viel Aufwand verursacht wie die Verletzung des Akteneinsichtsrechts. Es rechtfertigt sich daher, dennoch die gesamten Kosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

E. 9.2

Zur Bestimmung der Höhe der Staatsgebühr wird bei Submissionsverfahren unter anderem die wirtschaftliche Bedeutung des Auftrags für diejenige Partei berücksichtigt, die den Zuschlag nicht erhalten hat und deshalb Beschwerde führt. Diese liegt vorliegend, wie dargelegt (siehe E. 1.3 oben), bei einem ausserordentlich hohen Betrag von rund Fr. 5'367'000.-- für die zehn Auftragsjahre.

E. 9.2.1

Das Verwaltungsgericht hatte im Jahr 2007 verschiedene Schneeräumungsvergaben des kantonalen Tiefbauamtes für zehn Jahre (Winter 2007/2008 bis Winter 2016/2017) zu beurteilen. In den zwei sachlich zusammenhängenden Urteilen U 07 40 und U 07 41 (beide vom 6. Juli 2007) belief sich die wirtschaftliche Bedeutung des Auftrags in obigem Sinne im ersten Fall auf rund Fr. 340'000.--, im zweiten auf rund Fr. 390'000.-- für die zehn Jahre; im ersten Fall wurde eine Staatsgebühr von Fr. 3'000.-- erhoben, im zweiten eine solche von Fr. 4'000.--. Im dem Urteil U 07 44 vom 6. Juli 2007 zugrundeliegenden Fall lag das Angebot des Beschwerdeführers bei rund Fr. 440'000.--; die Staatsgebühr wurde auf Fr. 3'000.-- festgesetzt. Bei den drei Verfahren U 07 48, U 07 49 und U 07 50 (Urteile vom 16. August 2007 bzw. zweimal vom 16. Juli 2007) fiel mit jeweils Fr. 6'000.-- die höchste Staatsgebühr an. Die offerierten Preise der Beschwerde führenden Parteien blieben allerdings auch dort bedeutend tiefer als bei der hier zu beurteilenden Vergabe: im ersten Fall lagen sie bei insgesamt rund Fr. 510'000.--, im zweiten bei ca. Fr. 660'000.-- und im dritten um Fr. 1'130'000.--. Dienstleistungsvergaben mit hohem Auftragsvolumen gab es vor Verwaltungsgericht in den vergangenen Jahren allgemein wenige. Mit Urteil U 14 64 vom 21. Oktober 2014 entschied dieses Gericht über einen Auftrag zur Hallenbadreinigung; die Offertsumme kam (nach Bereinigung eines Rechnungsfehlers) auf rund Fr. 777'000.-- zu stehen, die Staatsgebühr wurde auf Fr. 5'000.-- bemessen.

E. 9.2.2

Auch im Jahr 2017 hatte sich das Verwaltungsgericht wieder mit verschiedenen Schneeräumungsvergaben des kantonalen Tiefbauamtes für zehn Jahre (Winter 2017/2018 bis Winter 2026/2027) auseinanderzusetzen. Für

- 51 - einen Fall betreffend eine relativ kleine Nebenstrecke (Urteil U 17 25 vom

E. 9.2.3

Zu beachten ist hier, dass bei sämtlichen erwähnten Fällen der Aufwand im Vergleich zum heute zu beurteilenden Fall eindeutig kleiner war, was sich alleine schon am Umfang der Begründung feststellen lässt. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass die Beschwerde durch ihre Anzahl Rügen klar überdurchschnittlich grossen Aufwand verursacht hat, achtet das Gericht eine Staatsgebühr von Fr. 10'000.-- als angemessen, zumal der gesetzliche Rahmen von Art. 75 Abs. 2 VRG bis Fr. 20'000.--, bzw. in Verfahren, die einen besonders grossen Aufwand verursachen, bis Fr. 100'000.-- geht.

E. 9.3

Gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG wird Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen.

Davon abzuweichen besteht vorliegend kein Anlass, weshalb der Vergabebehörde keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

E. 9.4

Die beigeladene Beschwerdegegnerin 2 ist nicht anwaltlich vertreten. Sie stellt auch keinen Antrag auf Entschädigung. Betrachtet man ihre Eingaben,

- 52 - stellt man fest, dass sich ihr Aufwand denn auch in Grenzen hielt. Ihr ist somit ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 10

Über die Dupliken am 19. November 2019 in Kenntnis gesetzt sowie eingeladen, die Honorarnote einzureichen (act. E.12), hat die Beschwerdeführerin zunächst am 20. November 2019 ein Schreiben (act. A.7) eingereicht, in welchem sie im Wesentlichen auf das Urteil des Bundesgerichts 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019 hinweist. Am 22. November 2019 hat die Beschwerdeführerin dann noch ihre Honorarnote (act. F.1) zu den Akten gegeben, in welcher sie 43.33 Stunden à Fr. 270.-- zuzüglich 3% Spesen und 7.7% MWST, mithin einen Gesamtbetrag von Fr. 12'977.90 geltend macht.

- 7 -

E. 11

Beide Eingaben sind den Beschwerdegegnerinnen zur Kenntnis zugestellt worden (act. E.13 und E.14), worauf allein die Vergabebehörde am 5. Dezember 2019 Stellung genommen hat (act. A.8). Sie führt darin im Wesentlichen an, das Bundesgericht habe am selben Tag, also ebenfalls am 2. Juli 2019, einen weiteren Entscheid gefällt (Urteil 2C_111/2018), der hier einschlägig sei und von demjenigen abweiche, den die Beschwerdeführerin erwähnt habe. Diese Stellungnahme ist am 7. Dezember 2019 der Beschwerdeführerin zur Kenntnis übermittelt worden (act. E.15).

E. 12

Auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie auf die Begründungen in den Eingaben der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Angefochten ist der Entscheid der Vergabebehörde vom 20. August 2019, mit welchem diese den Zuschlag nicht an die Beschwerdeführerin erteilt hat, sondern der hier beigeladenen ARGE B._____.

Beschwerdethema bildet daher die Frage, ob die Vorgehensweise der Vergabebehörde bei der Zuschlagerteilung korrekt war, ob ihr Entscheid rechtlich haltbar ist oder ob die Einwände der Beschwerdeführerin berechtigt sind und folgerichtig eine Neuvergabe geboten erscheint.

E. 14

Jahren geführt werden dürften.

E. 19

August 2019 (ungebundenes Dokument im Pli act. C.3) bestätigt die Zuschlagsempfängerin ausdrücklich, dass sie die Zeiten gemäss Ziff. 4.12 (Pikettdienst und Aufgebot) und 4.16 (Splitt/Salz) auf beiden Passseiten einhalten werde, da die Fahrzeuge und das Personal, wie im technischen Bericht erwähnt, auf der Nord- wie auch auf der Südseite des Passes stationiert würden. Damit durfte sich die Vergabebehörde zufriedengeben. Insbesondere

war das Vorliegen eines konkreten Mietvertrags oder anderer Bestätigungen vor der Vergabe – wie oben ausführlich erläutert – nicht notwendig. Auch diese Rüge ist daher abzuweisen.

- 49 - 8. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die zahlreichen Rügen der Beschwerdeführerin – sowohl in der Beschwerde als auch in der Replik – allesamt als unbegründet erweisen. Das Angebot der ARGE B._____ und der Vergabeentscheid vom 20. August 2019 erweisen sich demgegenüber als rechtmässig, womit die dagegen erhobene Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist. 9. Bleibt noch die Prozesskosten zu verteilen. Diese setzen sich zusammen aus den Gerichtskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr und den Kanzleiauslagen, sowie aus den Parteientschädigungen. Im Rechtsmittelverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 73 Abs. 1 VRG und Art. 78 Abs. 1 VRG). Dabei können die Kosten bei mehreren unterlegenen Parteien diesen anteilmässig auferlegt werden (vgl. sinngemäss Art. 106 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]).

E. 22

August 2017) wurde eine Staatsgebühr von Fr. 3'000.-- erhoben, wobei der Zuschlag in Gutheissung der Beschwerde für jährliche Fr. 52'000.-- (=520'000.-- für zehn Jahre) an den Beschwerdeführer ging. In vier weiteren Fällen (Urteile U 17 26 vom 16. Mai 2017, U 17 27 vom 30. Juni 2017, U 17 29 vom 10. August 2017 und U 17 35 ebenfalls vom 10. August 2017) wurden Fr. 4'000.-- verlangt, während die wirtschaftliche Bedeutung für die Beschwerdeführerinnen für die zehn Jahre bei rund Fr. 840'000.--, Fr. 520'000.--, Fr. 1'270'000.-- bzw. Fr. 1'330'000.-- lag. In einem – wie hier – eine Passstrasse betreffenden Fall (Urteil U 17 36 vom 4. August 2017) wurde die Staatsgebühr auf Fr. 5'000.-- festgesetzt. Die unterlegene Anbieterin hatte ein Angebot über insgesamt Fr. 1'210'000.-- für die zehnjährige Auftragsdauer gemacht und den Ausschluss zweier um fast ein Drittel günstiger Offerten verlangt.

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