

GR_GERICHTE U 2020 20 vom 19. Mai 2020

GR Gerichte, 2020-05-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2020_20

FR: GR_GERICHTE U 2020 20 du 19 mai 2020

IT: GR_GERICHTE U 2020 20 del 19 maggio 2020

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Die beiden Gemeinden X._____ und Y._____ (Vergabebehörden) schrieben gemeinsam am 12. September 2019 im offenen Verfahren gemäss GATT/WTO den Sammel- und Transportdienst von Haushalt- und Gewerbebekehrten auf dem Gebiet der beiden Verbände für die Jahre 2020 bis 2030 aus. In der Ausschreibung wurden die Gewährleistung des bestimmungsgemässen Sammel- und Transportdienstes durch Nachweis der fachlichen, technischen und wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit sowie eine gültige Lizenz als Unternehmen im Strassentransport als Eignungskriterien formuliert. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis (mit 50%), die Qualifikation/Erfahrung/finanzielle Leistungsfähigkeit (30%) und die Organisation/Einsatzbereitschaft (20%) festgelegt.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Vergabeentscheid vom 23./30. Januar, mitgeteilt am 5. März 2020, mit welchem die Beschwerdegegnerinnen die in der Ausschreibung bezeichneten Termine für den Vertragsbeginn von ursprünglich 1. Juli 2020 auf neu 15. November 2020 sowie den Termin für den Nachweis eines deviskonformen Fuhrparks von ursprünglich 25. Juni 2021 auf neu 10. November 2020 widerriefen und gleichzeitig die ausgeschriebene Auftragsvergabe (Sammel- und Transportdienst von Haushalt- und Gewerbebekehrten auf dem Gebiet der Beschwerdegegnerinnen für die Jahre 2020 bis 2030) an die mitbietende Zuschlagsempfängerin zum Preis von Fr. 334'392.35 pro Jahr erteilte (mit Vertragsdauer 10 Jahre; Fr. 3.344 Mio.), während die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot (wegen des Überbrückungsangebots vom 13. Januar 2020) vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde. Es geht somit um die Rechtmässigkeit des angefochtenen Vergabeentscheids.

E. 1.2

Der ausgeschriebene Sammel- und Transportdienst durch behördliche Auftragsvergabe untersteht unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht, konkret kommen die Normen des GATT/WTO-Abkommens, der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5 [BR 803.510]) sowie des Submissionsgesetzes für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) einschliesslich zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Weiter ist das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht von Bedeutung.

E. 1.3

An der eingereichten Beschwerde gibt es weder bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG [Rechtsbegehren; Sachverhalt; Begründung]) noch hinsichtlich der Wahrung der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG etwas auszusetzen, zumal das Ziel der Beschwerde materiell klar erkennbar ist und die Rechtsschrift der Beschwerdeführerin vom 16. März 2020 gegen die fristauslösende Mitteilung des Zuschlagsentscheids am 5. März 2020 innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Anfechtungsfrist erfolgt ist. Die Beschwerde ist deshalb frist- und formgerecht eingereicht worden.

E. 1.4

Nach Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig) bzw. Art. 25 Abs. 1 lit. c SubG (Beschwerde ans Verwaltungsgericht) kann namentlich gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Ver-

-fahren Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben.

E. 1.5

Zur Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch den angefochtenen (Zuschlags-) Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des teilweisen Widerrufs, ihres Ausschlusses und des Zuschlagsentscheids sowie die Erteilung des Zuschlags an sich selber; eventualiter die Aufhebung der Vergabe und die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdegegnerinnen zur Neuvergabe der ausgeschriebenen Arbeiten. Die Beschwerdeführerin ist als ausgeschlossene von (bloss) zwei Anbieterinnen mit dem preislich günstigeren Angebot legitimiert, den Zuschlag anzufechten, bestehen doch aufgrund des günstigeren Preisangebots erhebliche Chancen, dass sie im Falle der Aufhebung ihres Ausschlusses und des Zuschlags anstelle der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E.4.1). Die Legitimation (Anfechtungsbefugnis) der Beschwerdeführerin ist somit gegeben, weshalb das Verwaltungsgericht auf ihre Beschwerde eintritt.

E. 2

B._____ AG Fr. 334'392.00 / Jahr Bei der Auswertung der Offerten erkannten die Vergabebehörden, dass ihnen in der Ausschreibung ein Fehler unterlaufen war: Obwohl für sämtliche Winter während der Vertragsdauer allradangetriebene Sammel- und Transportfahrzeuge verlangt werden sollten, war im Devis der Einsatz von 4x4-Fahrzeugen erst auf den 25. Juni 2021 bei Vertragsbeginn 1. Juli 2020 verlangt. Die Vergabestellen setzten die beiden Anbieter mit Schreiben vom 13. Dezember 2019 über diesen Irrtum in der Ausschreibung in Kenntnis und teilten ihnen mit, dass sie den Einsatz von 4x4-Fahrzeugen bereits ab dem ersten Winter der Vertragsdauer verlangten; sie zögen deshalb in Betracht, das Vergabeverfahren teilweise abubrechen und die Arbeit unter abgeänderten Vorgaben zu vergeben. Als Änderungen kündigten die Vergabebehörden an, den Vertragsbeginn auf den 15. November 2020 (anstatt 1. Juli 2020) zu verschieben und dass der Nachweis betreffend Wintertauglichkeit ihres Fahrzeugparkes von den Anbieterinnen neu per 10. November 2020 anstatt 25. Juni 2021 zu erbringen sei. Die Vergabebehörden

- 3 - setzten den Anbieterinnen Frist bis zum 13. Januar 2020 an, sich zu diesem Vorschlag zu äussern und gaben ihnen zugleich die Möglichkeit, ihre jeweiligen Angebote entsprechend zu ergänzen.

E. 2.1

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin im Einzelnen den Teilabbruch des Ausschreibungsverfahrens (vgl. nachstehend E.2.2. ff) sowie den Ausschluss des eigenen Angebots durch die Beschwerdegegnerinnen (E.2.3.). Der Antrag auf Ausschluss der beigeladenen Zuschlagsempfängerin wurde in der Replik indessen ausdrücklich fallengelassen.

E. 2.2

Gemäss Art. 24 Abs. 1 SubG kann der Zuschlag aus wichtigen Gründen, insbesondere unter den Voraussetzungen von Art. 22 (Aufzählung Ausschlussgründe lit. a-m) widerrufen werden. Der Auftraggeber kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen (Art. 24 Abs. 2 SubG). Das Verfahren kann wiederholt werden, wenn namentlich u.a. eine wesentliche Än-

- 10 - derung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (Art. 24 Abs. 3 lit. d). Nach Art. 17 Abs. 3 SubV sind die in den einzelnen Positionen verlangten Leistungen gemäss Ausschreibungsunterlagen zu offerieren und dürfen vom Anbieter nicht geändert werden. Das Vergaberecht geht damit vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus. Zwar ist es möglich, anhand neuer Erkenntnisse einen Teilabbruch vorzunehmen. Die Voraussetzungen dafür sind aber, insbesondere wegen des bestehenden Missbrauchspotentials, nicht leichthin zu bejahen. Abbruch und Wiederholung eines Vergabeverfahrens dürfen ohnehin nur aus wichtigen Gründen erfolgen (Art. 13 lit. i IVöB) (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 830, S. 368 – Zulässigkeit eines Teilabbruchs). Das Submissionsrecht vermag generell die Vergabebehörde nicht zu zwingen, eine konkrete Beschaffung vorzunehmen, wenn diese – auch nach erfolgter Ausschreibung des Beschaffungsgeschäfts – zum Schluss kommt, auf die Durchführung des Geschäfts verzichten zu wollen (keine Kontrahierungspflicht aus dem Vergaberecht). Der Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft muss aber im öffentlichen Interesse liegen und darf somit nicht ohne triftigen Grund erfolgen. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich sodann, dass die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe für den Abbruch des Vergabeverfahrens für die Auftragsgeberin im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags bzw. der weiteren Forderungen an die Submittenten nicht vorhersehbar gewesen sein durften (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 793, S. 351). Als wichtige Gründe für einen Widerruf, Abbruch oder eine Wiederholung im Sinne von Art. 13 lit. i IVöB i.V.m. Art. 24 SubG gelten solche, "wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren" (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 815, S. 362). Das Leistungsverzeichnis bildet Teil der Ausschreibungsunterlagen und ist (auch) für den Auftraggeber grundsätzlich verbindlich. Dieses Abänderungsverbot ergibt sich aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot. Das grundsätzliche Verbot der Änderung des Leistungsverzeichnisses nach Ablauf des

- 11 - Offertöffnungstermins auf kantonaler Ebene ergibt sich aus dem Verhandlungsverbot (siehe GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 826-827, S. 366-367).

E. 2.2.1

Die Beschwerdeführerin sieht keinen wichtigen Grund vorliegen, welcher die Beschwerdegegnerinnen zu einem Abbruch des Verfahrens berechtigen. Ausserdem sei das Vorgehen der Beschwerdegegnerinnen rechtsmissbräuchlich, weil die Terminänderungen von Vertragsbeginn und der Einsatzbereitschaft des Fuhrparks nach der Offertöffnung erfolgt seien und diese Verschiebungen es der Beschwerdeführerin verunmöglichten, über das verlangte Fahrzeug rechtzeitig zu verfügen. Zudem habe sie den Beschwerdegegnerinnen für den ersten Winter eine höchst valable und kostenneutrale Alternative angeboten unter Einsatz eines 4x4-Pick-Ups mit Kran für die Gewährleistung des Sammeldienstes an prekären Orten.

E. 2.2.2

Dem halten die Beschwerdegegnerinnen entgegen, dass der in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Zeitpunkt für den Nachweis eines deviskonformen Fahrzeugparks fast ein Jahr nach Vertragsbeginn offensichtlich nicht ihrem Willen entsprochen habe. Es mache keinen Sinn, in den Ausschreibungsunterlagen ein allradantriebenes Fahrzeug gerade für die Wintersaison auf oft schneebedeckten, schmalen und steilen Strassen zu verlangen und dann gerade auf dieses Erfordernis für die Dauer eines Winters zu verzichten. Ihren Fehler hätten die Beschwerdegegnerinnen vor Vergabebeschluss erkannt und korrigiert. Für die Frage, ob dieses Vorgehen rechtmässig sei, sei der Grundsatz der Vertragsfreiheit vor Augen zu halten; auch der öffentliche Auftraggeber könne nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, welche er als fehlerhaft erkannt habe. So wie es der Vergabebehörde nach ergangenem Zuschlagsentscheid offenstehe, überhaupt einen Vertrag abzuschliessen, stehe ihr umso mehr das Recht zu, auf einen Zuschlagsentscheid zu verzichten, wenn sie einen Fehler in der Ausschreibung erkannt habe; dies

- 12 - könne aus BGE 129 I 410 abgeleitet werden, worin das Bundesgericht eine Kontrahierungspflicht nach erfolgtem Zuschlag verneinte. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerinnen nach Entdeckung des Fehlers sei transparent, verhältnismässig und diskriminierungsfrei gewesen. Mit den Änderungen der Termine für Vertragsbeginn und für den Nachweis des Fuhrparks hätten sie den kleinstmöglichen Eingriff in den Wettbewerb vorgenommen. Indem die Beschwerdegegnerinnen jedem Teilnehmer die Möglichkeit eingeräumt hätten, sein Angebot auf die neuen Termine anzupassen, habe auch für die Beschwerdeführerin die Möglichkeit bestanden, ein solches Fahrzeug schweiz- oder europaweit aufzutreiben, einzumieten oder zu erwerben. Die Fristen für den Nachweis des deviskonformen Fuhrparks seien vor und nach der Terminverschiebung als grosszügig anzusehen, hätte es den Beschwerdegegnerinnen doch auch freigestanden, den Nachweis des deviskonformen Fuhrparks auf den Zeitpunkt der Offerteingabe zu verlangen (siehe Urteil des Bundesgerichts 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019).

E. 2.2.3

Nach Auffassung des Gerichts ist den Beschwerdegegnerinnen zunächst einmal darin beizupflichten, dass für sie kein Kontrahierungszwang besteht selbst nach erfolgtem Zuschlag (BGE 129 I 410 E.3.4); hingegen kann ein solches Vorgehen einer Vergabebehörde Schadenersatzansprüche des Zuschlagsempfängers auslösen (BGE 129 I 410 E.3.4 m.w.H.). Deshalb ist der Rückschluss der Beschwerdegegnerinnen im vorliegenden Fall nicht zulässig, dass sie umso mehr die Ausschreibung inhaltlich abändern dürfen, wenn sie schon den Vertrag nicht schliessen müssten. Im Fokus steht

nachfolgend, ob die nachträglich vorgenommenen Änderungen während laufendem Vergabeverfahren zulässig waren oder nicht. Mit der Nachverschiebung des Termins betreffend Vertragsbeginn vom 1. Juli 2020 auf den

E. 2.2.4

Für den konkreten Fall U 20 20 muss demnach ausschlaggebend sein, ob angesichts der konkreten Projektänderung die Wiederholung des Verfahrens als angemessene Rechtsfolge erscheint.

- 15 - Dagegen sprechen nach Auffassung des Gerichts folgende zwei Punkte: 1. Die Abänderung erreicht die Schwelle der Wesentlichkeit (noch) nicht; bei einem Vertrag auf 10 Jahre fällt eine Wintersaison nicht so gravierend ins Gewicht, zumal die Auftragserfüllung nicht gerade unmöglich erscheint und die Beschwerdeführerin auch Hand bietet für eine praktikable Übergangslösung. 2. Die Abänderung erfolgte nach der Offertöffnung. Dies schliesst eine Abänderung zwar nicht grundsätzlich aus, doch muss deren Zulässigkeit noch einmal restriktiver beurteilt werden: Nach der Offertöffnung ist eine Abänderung des Leistungsverzeichnisses auf kantonaler Ebene (im Gegensatz zur Rechtslage im Bundessubmissionsrecht) grundsätzlich durch das Verhandlungsverbot geschützt (Art. 11 lit. c IVöB und § 30 VRöB). Ein Abbruch des Verfahrens infolge Leistungsänderung ist zwar nicht ausgeschlossen, doch sind die Anforderungen hierzu entsprechend hoch. Dieser zweite Punkt verstärkt mit anderen Worten den ersten Punkt. Hinzu kommt, dass beide Anbieterinnen die vorgeschlagenen Änderungen der Beschwerdegegnerinnen abgelehnt haben, was ebenfalls ein Indiz dafür ist, dass keine wesentliche Projektänderung vorliegt, welche einen Teilabbruch rechtfertigen könnte.

E. 2.2.5

Als Fazit lässt sich damit zusammenfassend festhalten: Es liegt eine nicht wesentliche Änderung vor, welche somit keinen wichtigen Grund darstellt, um nach der Offertöffnung den Termin für den Vertragsbeginn nachzulegen und den Termin für den Nachweis eines deviskonformen Fahrzeugparkes vorzuerschieben. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerinnen ist somit nicht rechtmässig. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Beschwerdegegnerinnen anzuweisen, die Angebote in ihrer ursprünglichen Form auszuwerten und gestützt darauf sodann den Zuschlag dem wirtschaftlich günstigeren Angebot der beiden Anbieterinnen zu erteilen.

- 16 -

E. 2.3

Die Frage nach der Rechtmässigkeit des angeordneten Ausschlusses des eigenen Angebots der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerinnen gemäss Art. 22 SubG (Aufzählung Ausschlussgründe in lit. a-m) entfällt damit, da die Angelegenheit unabhängig davon an die Beschwerdegegnerinnen zur erneuten Behandlung und Neuvergabe zurückgewiesen wird. Vor dieser neuen Vergabe haben die Beschwerdegegnerinnen die zwei ursprünglichen Offerteingaben der beiden Wettbewerbsteilnehmer auszuwerten; das so ermittelte wirtschaftlich günstigste Angebot soll den Zuschlag erhalten.

E. 3

Die B.____ AG lehnte am 10. Januar 2020 die vorgesehenen Anpassungen der Vorgaben ab und verlängerte die Gültigkeit ihres Angebots bis sechs Monate nach Rechtskraft eines

allfälligen Rechtsmittelentscheids.

E. 3.1

Der angefochtene Zuschlagsentscheid vom 5. März 2020 ist somit nicht rechtens, was zur Gutheissung der Beschwerde vom 16. März 2020 führt.

E. 3.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG je zu einem Drittel den zwei Beschwerdegegnerinnen (2/3) sowie der sich am Verfahren beteiligenden Zuschlagsempfängerin (1/3 Beigeladene) aufzuerlegen. Angesichts des Auftragswertes von gerundet Fr. 3.344 Mio. (10 x Fr. 334'392.35) sowie den diversen Rügen erscheint dem Gericht grundsätzlich eine Staatsgebühr von Fr. 8'000.-- bis Fr. 10'000.-- für angemessen und gerechtfertigt (siehe VerwaltungsgerichtsUrteil U 19 13 vom 2. Juli 2019 betreffend Sammel- und Transportdienst Altglas [mit Streitwert Fr. 1.8 Mio. und Staatsgebühr Fr. 8'000.--]). Im jetzigen Verfahren U 20 20 ist der Streitwert zwar fast doppelt so hoch, dafür war das Verfahren U 19 13 mit grösserem Aufwand verbunden. Das Gericht legt hier daher ermessensweise die Staatsgebühr auf Fr. 8'000.-- (zzgl. Kanzleiauslagen) fest. Diese Kosten gehen demnach zu 2/3 zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen und zu 1/3 zu Lasten der Beigeladenen.

- 17 -

E. 3.3

Aussergerichtlich haben die Beschwerdegegnerinnen und die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) zudem der Beschwerdeführerin die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 78 Abs. 1 VRG). Es ist dabei grundsätzlich auf die Honorarnote des Anwalts der Beschwerdeführerin vom 5. Mai 2020 in der Gesamthöhe von 10'353.56 (bestehend aus: Arbeits-/Zeitaufwand 33 Std. 20 Minuten à Fr. 280.--/Std. [Fr. 9'333.33] plus Spesen 3% [280.--] und Mehrwertsteuer [MWST] 7.7% [Fr. 740.23]) abzustellen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Honorarverordnung [HV]; BR 310.250) gilt im Kanton Graubünden ein üblicher Stundenansatz von (im Durchschnitt) Fr. 240.--. Nach Art. 4 Abs. 1 HV kann bei Vorliegen einer Honorarvereinbarung davon abgewichen werden, wobei der maximale Stundenansatz in diesem Fall praxisgemäss bei Fr. 270.-- liegt. Vorliegend wurde eine entsprechende Honorarvereinbarung bereits zusammen mit der Anwaltsvollmacht vom 15. März 2020 mit einem Stundenansatz von Fr. 280.-- [zzgl. MWST] beim Gericht eingereicht. Der festgelegte Stundenansatz überschreitet damit den höchstzulässigen um Fr. 10.-- pro Stunde und ist deshalb auf Fr. 270.-- zu kürzen. Im Weiteren ist eine Reduktion des geltend gemachten Aufwands im Umfang von 5 Std. 45 Minuten vorzunehmen, da sich diese Zeit auf die Beratung vor Erlass des angefochtenen Zuschlagsentscheids bezieht und somit nicht zu entschädigen ist. Der Nachtrag des Anwalts der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2020, eingegangen beim Gericht am 19. Mai 2020, ändert daran nichts. Die entsprechend korrigierte Honorarnote beläuft sich damit auf Fr. 7'671.-- (bestehend aus: Arbeits-/Zeitaufwand 27 Std. 35 Minuten à Fr. 270.--/Std. [Fr. 7'447.50] plus Spesen 3% [Fr. 223.45]). Da die Beschwerdegegnerinnen – sie untereinander solidarisch haftend – und die Zuschlagsempfängerin die aussergerichtliche Entschädigung je zu einem Drittel zu bezahlen haben, ergibt sich eine Parteientschädigung von Fr. 2'557.-- sowohl zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen (2/3; Fr. 5'114.--) einerseits als auch der Zuschlagsempfängerin (1/3 Beigeladene; Fr. 2'557.--) andererseits. Weil

- 18 - die obsiegende Beschwerdeführerin vorsteuerabzugsberechtigt ist (UID-Registernummer CHE-101.253.751), ist keine Mehrwertsteuer geschuldet (vgl. Leiturteil: PVG 2015 Nr. 19). Demnach erkennt das Gericht:

E. 4

Die A. _____ AG sprach sich in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2020 sowohl gegen den Abbruch des Verfahrens aus als auch gegen eine Verschiebung des Vertragsbeginns auf den 15. November 2020; stattdessen bot sie eine Übergangslösung für ein Allrad-Fahrzeug für die erste Winter-saison an inkl. Nachweise von dessen fristgerechter Verfügbarkeit.

E. 5

Mit Vergabeentscheid vom 23./30. Januar 2020 widerriefen die Vergabe-behörden die in der Ausschreibung bezeichneten Termine für den Ver-tragsbeginn von ursprünglich 1. Juli 2020 auf neu 15. November 2020 so-wie den Termin für den Nachweis eines deviskonformen Fuhrparks von ur-sprünglich 25. Juni 2021 auf neu 10. November 2020. Weiter schlossen sie das Angebot mitsamt dem Nachtragsangebot der A. _____ AG vom weite-ren Verfahren aus und erteilten den Zuschlag der B. _____ AG (nachfol-gend Zuschlagsempfängerin) für deren Angebot zum Preis von jährlich Fr. 334'392.35 für die Vertragsdauer vom 15. November 2020 bis 15. No-vember 2030. Der Vergabeentscheid wurde den Anbietern am 5. März 2020 mitgeteilt.

E. 6

Dagegen erhebt die A. _____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 16. März 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragt die Aufhebung des angefochtenen Submissionsentscheids und die Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten an sich selber, eventualiter die Aufhebung der Vergabe und Rückweisung

- 4 - der Angelegenheit an die Vergabebehörden zur Neuvergabe der ausge-schriebenen Arbeiten, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Ihre Rechtsbegehren begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen da-mit, - dass die ursprünglich gesetzten Termine für Vertragsbeginn und Nach-weis des deviskonformen Fuhrparks mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes für einen Teilabbruch des Verfahrens nicht hätten widerrufen werden dürfen; - dass ihr Angebot mitsamt Nachtragsangebot nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen, weil sie sowohl bei den ursprünglichen Daten als auch bei den neu festgesetzten Terminen das günstigste Angebot eingereicht hatte und beide Angebote den jeweils gültigen Anforderungen der Aus-schreibung entsprochen hätten; - dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen wer-den müssen, weil diese in ihrer Offerte unrichtige Angaben gemacht habe und die Verfügbarkeit eines ausschreibungskonformen Fahrzeugs per 10. November 2020 weder nachgewiesen habe noch ein solches besitze bzw. ein solches bis zu diesem Datum hin beschaffen könne.

E. 7

Mit prozessleitender Verfügung vom 17. März 2020 erkennt der Instrukti-onsrichter der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu.

E. 8

Mit der Vernehmlassung vom 30. März 2020 beantragen die Vergabebehörden (nachfolgend Beschwerdegegnerinnen) die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie führen dazu aus, dass sie den nachträglich entdeckten Fehler in der Ausschreibung korrekt behoben hätten; mit Rücksicht auf einen wirksamen Wettbewerb sei auf eine vollständige Wiederholung des Verfahrens verzichtet worden. Die Beschwerdegegnerinnen könnten nicht an ihren Fehler gebunden werden. Indem der ausschreibungskonforme Fahrzeugpark nicht etwa auf den Zeitpunkt der Offerteingabe nachgewiesen werden musste, sondern erst wenige Tage vor Vertragsbeginn, könne keine Rede von einer Benachteiligung der Beschwerdeführerin sein. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin sei zu Recht erfolgt, zumal das fragliche Fahrzeug nicht fristgerecht zur

- 5 - Verfügung stehen würde und die angebotene Alternative nicht ausschreibungskonform sei. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin könne die Zuschlagsempfängerin ein devisikonformes Fahrzeug kurzzeitig abrufen, wofür eine Bestätigung der abgebenden Firma vorliege; entsprechend habe kein Anlass bestanden, die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Sollte das Verwaltungsgericht zum Schluss kommen, der Vergabeentscheid sei aufzuheben, sei die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen, um das Verfahren nach den Vorgaben des Verwaltungsgerichts weiterzuführen und die Dienstleistung neu zu vergeben.

E. 9

Gleichentags lässt sich die Zuschlagsempfängerin vernehmen und beantragt ebenfalls kostenfällig die Abweisung der Beschwerde. Sie argumentiert, dass ein sachlicher und wichtiger Grund für die Aufhebung und Neufestsetzung der Termine für den Vertragsbeginn und den Nachweis für einen devisikonformen Fahrzeugpark gegeben sei. Der Teilabbruch habe auch nicht zu einer Diskriminierung der Beschwerdeführerin geführt. Der von der Beschwerdeführerin alternativ angebotene 4x4 Pickup entspreche nicht den Anforderungen gemäss Ausschreibung, weshalb ihr Ausschluss durch die Beschwerdegegnerinnen korrekt sei. Weiter treffe es nicht zu, dass die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf das Kehrrechtfahrzeug F2 unrichtige Angaben gemacht habe; das Fahrzeug mit Ladekran würde ihr – wie von ihr bestätigt – am neu vorgesehenen Termin vom 10. November 2020 zur Verfügung stehen. Somit habe es für die Beschwerdegegnerinnen keinen Grund gegeben, sie vom Verfahren auszuschliessen.

E. 10

In ihrer Replik vom 20. April 2020 hält die Beschwerdeführerin unverändert an ihrer Beschwerde fest. Sie führt aus, dass ein 4x4-Obligatorium für die Kehrrechtentsorgung in Berggemeinden im Einzelfall zwar wünschenswert, dennoch aber nicht generell erforderlich sei; so sei im auslaufenden Auftrag im Gebiet der Vergabebehörden nach Kenntnis der Beschwerdeführerin

- 6 - bisher kein solches Obligatorium vorgeschrieben und dennoch habe die Kehrrechtentsorgung bislang offenbar reibungslos funktioniert. Konkret habe die Zuschlagsempfängerin in den letzten Wintern einen 4x4-Lastwagen ohne Kran sowie einen 6x2-Lastwagen mit Kran gestellt, womit das gesamte Entsorgungsgebiet bewirtschaftet werden können. Der verfügte Teilabbruch des Vergabeverfahrens sei unzulässig, da sachlich nicht begründet. Die Beschwerdegegnerinnen hätten es zu verantworten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin letztlich zeitlich nicht vollständig

den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen konnte. Die Beschwerdeführerin dennoch vom Vergabeverfahren auszuschliessen, sei unzulässig. Auch habe die eingereichte Unternehmervariante nicht ohne hinreichenden Grund einfach missachtet werden dürfen. Ausdrücklich lässt die Beschwerdeführerin die Rüge, wonach die Zuschlagsempfängerin wegen nicht ausschreibungskonformen Fahrzeugparks vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

E. 11

Die Beschwerdegegnerinnen bestätigen in ihrer Duplik vom 29. April 2020 ihre Rechtsbegehren. Das Erfordernis, dass das zweite Fahrzeug mit Allradantrieb ausgestattet sein müsse, sei in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, welche von der Beschwerdeführerin bis zum Vergabeentscheid nicht beanstandet worden seien. Weiter treffe es nicht zu, dass für den auslaufenden Auftrag in dessen Ausschreibung 2006 auf das Erfordernis von Allradantrieb verzichtet worden sei; schon damals sei als zweites Fahrzeug eines mit Allradantrieb verlangt worden; im Gegensatz dazu habe sich bei der vorliegenden Ausschreibung nur die Fahrzeugbreite geändert. Für die Einhaltung des Tourenplans und der Verkehrssicherheit sei der Einsatz eines Allrad-Fahrzeugs essentiell. Der Einsatz von Schleuderketten erfülle hingegen den in der Ausschreibung verlangten 4x4-Antrieb nicht. Der Teilabbruch des Vergabeverfahrens mit Neufestlegung von Vertragsbeginn und Nachweis eines deviskonformen Fahrzeugparks sei eine sachlich angemessene Lösung. Die Beschwerdegegnerinnen könnten die Beschwerdeführerin auch nicht für die nicht rechtzeitige Bereitstellung von

- 7 - Fahrzeugen verantwortlich machen; die von der Zuschlagsempfängerin behauptete frühzeitige Orientierung eines namentlich genannten Gemeindeangestellten bestreiten die Beschwerdegegnerinnen und offerieren hierfür die Zeugenaussage des betreffenden Angestellten als Beweis. Schliesslich habe die nachgereichte Unternehmervariante die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt, weshalb sie korrekterweise vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sei.

E. 12

Ebenfalls am 29. April 2020 reicht die Zuschlagsempfängerin ihre Duplik ein, hält an ihren Rechtsbegehren unverändert fest und vertieft ihre Argumentation.

E. 13

Mit Schreiben vom 7. Mai 2020 äusserte sich der Rechtsvertreter der Zuschlagsempfängerin noch zur eingereichten Honorarnote des Anwalts der Beschwerdeführerin, worauf der betreffende Anwalt mit Eingabe vom 18. Mai 2020 (Eingang beim Gericht am 19. Mai 2020) dazu Stellung bezog. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften und auf den angefochtenen Entscheid sowie auf die im Recht liegenden Beweismittel wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 15

November 2020 und der Vorverschiebung des Termins betreffend den Nachweis eines deviskonformen Fahrzeugparks vom 25. Juni 2021 auf den 10. November 2020 haben die Beschwerdegegnerinnen den ursprünglich ausgeschriebenen Leistungsumfang abgeändert. Dieser Vorgang wird sub-

- 13 - missionsrechtlich als Projektänderung behandelt (VGU U 01 70 vom 16. August 2001). Das Leistungsverzeichnis bildet Teil der Ausschreibungsunterlagen und ist, nicht nur für den Anbieter gemäss Art. 17 Abs. 3 SubV, sondern analog selbstverständlich auch für den Auftraggeber verbindlich. Es gilt grundsätzlich ein Abänderungsverbot, welches sich aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzverbot ergibt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz 826, S. 366, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E.4). Im Verwaltungsgerichtsurteil [VGU] U 00 87 vom 29. September 2000 (= PVG 2000 Nr. 13) kam das Gericht zum Schluss, dass auch ein Teilabbruch des Vergabeverfahrens möglich sein müsse, wenn das anwendbare Submissionsrecht unter gewissen Voraussetzungen den Abbruch des Verfahrens zulasse. Eine Beschaffungsstelle kann aber ein Vergabeverfahren nicht aus beliebigen Gründen abbrechen oder wiederholen. So setzt Art. 24 Abs. 2 SubG für den Abbruch explizit einen wichtigen Grund voraus und für eine Wiederholung laut Art. 24 Abs. 3 lit. d SubG, dass eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich werde. Im VGU U 01 70 vom 16. August 2001 E.5c hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass ein wichtiger Grund dann vorliege, wenn die Umstände bei objektiver Betrachtung eine Weiterführung des Submissionsverfahrens unzumutbar erscheinen lassen, wobei diese Umstände aber bei Einleitung des Verfahrens noch nicht erkennbar gewesen sein dürfen. Im VGU U 16 70 vom 10. Januar 2017 E.2c hat das Gericht die Zulässigkeit der Änderung einer laufenden Ausschreibung (Lockerung eines Eignungskriteriums) verneint vor dem Hintergrund folgender Überlegungen: In seiner früheren Rechtsprechung erklärte das Bundesgericht eine nachträgliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen unter Verweis auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens als grundsätzlich unzulässig. Das Leistungsverzeichnis bilde Teil der Ausschreibungsunterlagen und sei (auch) für den Auftraggeber verbindlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E.4c, welches sich jedoch auf Änderung nach der Offertöffnung bezog). Diese Haltung kritisierte STÖCKLI in der Folge als undifferenziert und verwies auf die praktische Erfahrung, dass es aus plausiblen Gründen angezeigt sein könne,

- 14 - ein ausgeschriebenes Projekt nachträglich abzuändern. Vor dem Hintergrund der zu beachtenden Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz postulierte er eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Projektänderungen, wobei bei Ersteren – unabhängig davon, ob die Änderung vor dem Eingabetermin oder nach der Offertöffnung erfolgt – sowieso immer ein wichtiger Grund vorliege, welcher eine Wiederholung der Ausschreibung rechtfertige. Demgegenüber könne eine sachlich zwar gebotene, aber unwesentliche Projektänderung – sofern nicht kantonales Recht einer Änderung des Leistungsinhalts überhaupt entgegenstehe – vor dem Eingabetermin nur dann erfolgen, wenn die Auftraggeberin diese den potenziellen Anbietern gleichzeitig und mindestens in jener Form bekannt gebe, welche sie schon für die Ausschreibung einzuhalten hatte und überdies die Frist für die Einreichung der Angebote nach Massgabe der Komplexität der Änderung erstrecke. Dabei hat sich die Frage nach der Wesentlichkeit einer Projektänderung gemäss STÖCKLI nicht schematisch nach bestimmten Mehr- oder Minderbeträgen oder technischen Kriterien zu richten. Ausschlaggebend soll vielmehr sein, ob angesichts der konkreten Projektänderung die Wiederholung des Verfahrens als angemessene Rechtsfolge erscheine. Als typische Fälle, in denen diese Rechtsfolge angemessen sei, nannte er die Folgenden: i) Die Projektänderung schlägt sich im Auftragswert nieder, sodass aufgrund der Schwellenwerte ein höherstufiges Verfahren zu wählen ist; ii) Die Projektände-

nung lässt eine Ausweitung des Kreises potenzieller Anbieter erwarten; iii) Die Projektänderung wirkt sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter aus und beschränkt so deren "interne Kalkulationsfreiheit" oder iv) Die Projektänderung zieht eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich, sei es mit Bezug auf deren Inhalt, deren Reihenfolge oder auf deren Gewichtung (vgl. STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR/DC 1/2002 S. 9 ff. sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 804 ff.). Dieser Ansatz von STÖCKLI wurde im Jahre 2008 im Wesentlichen in die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts übernommen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E.3.1.1) und wird auch in der Lehre anerkannt (vgl. LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich 2009, Rz. 366 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). An dieser Stelle gilt es anzumerken, dass diese "Änderungsregeln" nicht nur bei der nachträglichen Abänderung von Auftragsumfang, Anforderungen oder Zuschlagskriterien, sondern auch bei einer Modifikation oder – wie im vorliegenden Fall – dem Fallenlassen von Eignungskriterien einschlägig sind (vgl. STÖCKLI, Urteilsanmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 in BR/DC 2/2009, S. 81). Konkret hätte im Verfahren U 16 70 die Lockerung des Eignungskriteriums potentiell zu einer Erweiterung des Anbieterkreises geführt, indem aber die abgeänderte Ausschreibung mit einer neuen, angepassten Eingabefrist nicht neu publiziert wurde, war nicht sichergestellt, dass solche potentiellen neuen Anbieter von der Änderung Kenntnis erhielten. Anzuführen bleibt, dass diese Änderung (sogar) vor der Offertöffnung stattfand (und trotzdem unzulässig war).

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