

# GR\_GERICHTE U 2021 63 vom 25. Januar 2022

GR Gerichte, 2022-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2021\\_63](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2021_63)

FR: GR\_GERICHTE U 2021 63 du 25 janvier 2022

IT: GR\_GERICHTE U 2021 63 del 25 gennaio 2022

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Der Kanton Graubünden liess am 20. Mai 2021 durch das kantonale Amt für Informatik (AFI) die Dienstleistungsarbeiten zur Installation des E-Government Portal "iGovPortal" sowie zur Implementation von Anwendungsfällen im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich im Kantonsamtsblatt und auf der Ausschreibungsplattform simap.ch ausschreiben. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen soll das Portal "On-Premise" in den kantonalen Rechenzentren installiert werden. Zusätzlich soll ein kundenseitiger Formularservice und die Anwendungsfälle eUmzug und Fristerstreckung der Steuererklärung umgesetzt sowie die bestehende IAM-Lösung an das Portal angebunden werden. Das AFI gab in den Ausschreibungsunterlagen unter anderem verschiedene Eignungskriterien vor und legte die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt fest: Kosten (50 %), Zweckmässigkeit (30 %), Kompetenz und Referenzen (10 %), Offertpräsentation und Qualität der Offerte (10 %). Den Anbietern wurde die Möglichkeit geboten, bis zum 25. Juni 2021 Fragen zur Ausschreibung einzureichen. Diese wurden von AFI fortlaufend beantwortet, letztmals am 26. Juni 2021. Die Antworten wurden jeweils mit den anderen an der Ausschreibung Teilnehmenden geteilt.

### E. 2

Innert Eingabefrist reichten zwei Anbieter ihre Offerten ein. Bei der Offertöffnung am 8. Juli 2021 zeigte sich folgendes Bild: A.\_\_\_\_\_, CHF 249'225.90 B.\_\_\_\_\_, CHF 498'839.50 Nach einer ersten Sichtung der Angebote wurde die A.\_\_\_\_\_ zu einer Offertpräsentation eingeladen. Angesichts des hohen Preisunterschieds zwischen den beiden Angeboten wurden zunächst offene Fragen hinsichtlich des von der A.\_\_\_\_\_ ausgefüllten Fragenkatalogs und ihrer Preisgestaltung thematisiert. Nachdem diese Fragen nicht zur Zufriedenheit des AFI

- 4 - geklärt werden konnten, lud das AFI auch die B.\_\_\_\_\_ zur Offertpräsentation ein.

### E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt replicando eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör. Die Beschwerdegegnerin habe in der angefochtenen Verfügung den Ausschluss damit begründet, dass der Offertpreis als unverbindlich deklariert worden sei. In ihrer Vernehmlassung behaupte sie nun erstmals, dass der Ausschluss auch darauf beruhe, dass gewisse Positionen von der Beschwerdeführerin nicht oder nicht vollständig offeriert worden seien. Damit versuche diese nachträglich eine Rechtfertigung für den unzulässigen

Ausschluss zu kreieren. Dieses Verhalten sei befremdend, treuwidrig und in höchstem Masse intransparent. Die Beschwerdegegnerin habe somit die Beschwerdeführerin im Unklaren gelassen, weshalb ihr Angebot nicht erfolgreich sein konnte. Auch durch eine summarische Begründung müsse die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Der Vergabestelle könne es nicht gestattet sein, im Nachhinein – nachdem sie festgestellt hat, dass ihre ursprüngliche Begründung nicht verfange – den Ausschluss mit gänzlich neuen und kaum belegten Behauptungen zu begründen.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet dazu in ihrer Duplik, dass die Begründungspflicht von Entscheiden der sachgerechten Anfechtbarkeit dienen müsse. Im Submissionsrecht sei der Zuschlagsentscheid nur kurz, also summarisch zu begründen. Die Beschwerdeführerin sei im angefochtenen Entscheid darauf hingewiesen worden, dass der Offertpreis ihres Angebots als unverbindlich deklariert worden sei. Ergänzend sei im angefochtenen Entscheid auf die Bestimmung von Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG hinge-

- 10 - wiesen worden, wonach insbesondere unvollständige oder den Anforderungen nicht entsprechende Angebot ausgeschlossen würden. Dass die Beschwerdeführerin nicht habe wissen können, weshalb sie ausgeschlossen worden sei, treffe schon deshalb nicht zu, weil das fehlende Kostendach und der Leistungsumfang anlässlich des Debriefings zwischen der Vergabebehörde und der Beschwerdeführerin umfassend diskutiert worden seien. Im Übrigen handle es sich bei ihrer Argumentation in der Vernehmlassung nicht um eine "neue, gesuchte" Begründung, welche diejenige im angefochtenen Entscheid ersetzen solle, sondern um präzisierende Ausführungen, welche Bezug nähmen auf den Fragebogen und die Offertpräsentation. Es treffen somit nicht zu, dass die Vergabebehörde zu keinem Zeitpunkt erwähnt habe, dass das Angebot nicht alle zu offerierenden Leistungen enthalte. Das Offerieren von tiefen Preisen für teils unvollständige Leistungen mit gleichzeitigem Verzicht auf die Angabe eines Kostendaches und einer Abrechnung nach Aufwand habe dazu geführt, dass die Vergabebehörde mit Mehrkosten in unbestimmter Höhe zu rechnen hätte, was sie schliesslich dazu bewogen habe, das Angebot der Beschwerdeführerin mit der genannten Begründung vom Verfahren auszuschliessen. Diese Begründung sei durchaus konsistent.

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 23 Abs. 1 SubG i.V.m. mit Art. 13 lit. h IVöB ist der Zuschlag allen Anbietern mitzuteilen und – mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen – kurz zu begründen. Nach konstanter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung heisst dies, dass dabei wenigstens summarisch diejenigen Überlegungen zu nennen sind, von denen sich die Vergabebehörde hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt (vgl. VGU U 21 17 vom 28. Juni 2021 E.2.2, U 19 122 vom 18. Februar 2020 E.3.2, U 19 7 vom 19. März 2019 E.5.1 und U 14 27 vom 16. Juli 2014 E.4). Das Gericht erachtet kurze Begründungen denn auch regelmässig als zulässig, wenn zumindest zusammen mit den zur Einsichtnahme aufgelegten Ver-

- 11 - gabeakten klar hervorgeht, aus welchen Gründen die Vorinstanz den Zuschlag einem bestimmten Anbieter erteilt hat und wenn die Offerenten die Möglichkeit haben, bei der Vergabebehörde Rückfragen zu stellen, um ihre Rechte im nachfolgenden Beschwerdeverfahren sachgerecht wahren zu können (vgl. etwa U 21 17 vom 28. Juni 2021

E.2.2, U 19 122 vom 18. Februar 2020 E.3.2, U 14 27 vom 16. Juli 2014 E.4, U 09 41 vom 19. Juni 2009 E.2b).

#### **E. 2.4**

In der angefochtenen Verfügung vom 18. August 2021 wird der Ausschluss der Beschwerdeführerin wie folgt begründet: "Das Angebot von A.\_\_\_\_\_ wird gestützt auf Art. 22 lit. c SubG von der Berücksichtigung ausgeschlossen, weil der Offertpreis als unverbindlich deklariert ist." Aus dem Zusammenspiel der angeführten Gesetzesbestimmung mit dem Hinweis auf den als "unverbindlich" eingestuften Offertpreis und der Thematisierung des Leistungsumfangs und dem Fehlen eines Kostendachs anlässlich der Offertpräsentation (vgl. dazu Protokoll zur Offertpräsentation vom 21. Juli 2021, Fragen Nr. 4, 10, 16 und 17 in den Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 12) und des Debriefings war die strittige Begründung für eine sachgerechte Anfechtung des Ausschlusses ausreichend. Der Beschwerdeführerin gelang es denn auch, bereits im Rahmen ihrer Beschwerdeschrift zahlreiche Argumente gegen den strittigen Ausschluss vorbringen. Die Rüge der Gehörsverletzung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 3**

Mit Entscheid vom 17. August 2021 vergab die Regierung den Zuschlag für die ausgeschriebenen Arbeiten der B.\_\_\_\_\_ unter gleichzeitigem Ausschluss des als ungültig befundenen Angebots der A.\_\_\_\_\_. Zudem wurde das AFI beauftragt, den Beschluss den Anbietern in geeigneter Form zu eröffnen. Der Zuschlags- und Ausschlussentscheid wurden den Anbieterrinnen am 18. August 2021 zuerst per E-Mail mitgeteilt. Am 28. August 2021 wurde die Mitteilung über die Auftragsvergabe den beiden Anbieterrinnen am 28. August 2021 zusätzlich auch noch auf dem Postweg zugestellt. Im Nachgang zur (elektronischen) Mitteilung erkundigte sich die A.\_\_\_\_\_ bei der Vergabestelle nach den Gründen für den Ausschluss. Ihr wurde mitgeteilt, dass in ihrem Angebot der Preis nicht verbindlich offeriert worden sei (Leistungen teilweise gar nicht oder nur in Teilen offeriert sowie fehlendes Kostendach), was einen Vergleich mit anderen Angeboten unmöglich gemacht habe.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin stellt sich – auch anhand ihrer Ausführungen in der Vernehmlassung vom 1. Oktober 2021 und der Duplik vom 20. Dezember 2021 – also primär auf den Standpunkt, dass es dem Angebot der Beschwerdeführerin an der geforderten (verbindlichen) Fixierung der Kosten bzw. deren (geforderten) Begrenzung nach oben mangle und die Vergabebehörde – infolge einer seitens der Beschwerdeführerin angedachten

- 12 - Abrechnung nach (zeitlichem) Aufwand – mit Mehrkosten in unbestimmter Höhe zu rechnen hätte, was (mangels gegebener Vergleichbarkeit) zum Ausschluss des Angebotes vom Verfahren führe. Ein Ausschlussgrund nach Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG liegt vor, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht. Ein Angebot wird von der Berücksichtigung also namentlich dann ausgeschlossen, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das nicht alle wesentlichen, für eine unverfälschte Beurteilung notwendigen und geforderten Angaben enthält bzw. nicht den Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Gemäss gefestigter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wird grundsätzlich ein strenger Massstab an das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen der Ausschreibung und den

tatsächlich dargebotenen Offerten gelegt. Die erwähnte Vorschrift (Art. 22 SubG) will dabei namentlich sicherstellen, dass nur vollständige und den Ausschreibungsunterlagen genügende Angebote berücksichtigt werden. Gewisse Einschränkungen können sich aber immerhin aus dem Verbot des überspitzten Formalismus bzw. des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ergeben (siehe zum Ganzen etwa VGU U 21 17 vom 28. Juni 2021 E.2.4 m.H.a. PVG 2005 Nr. 33, 1999 Nr. 61 und 1997 Nr. 60 sowie U 19 35 vom 18. Juli 2019 E.5.2 und U 18 51 vom 18. Dezember 2018 E.4.1, vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E.4.5.1, 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E.3.3.1 und 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E.2.1 und 2.3).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Beschwerde vom 27. August 2021 und der Replik vom 19. November 2021 auf den Standpunkt, dass es sich bei der ihrerseits eingereichten Offerte vom 2. Juli 2021 (siehe Bg-act. 6 - 8) nicht um ein unverbindliches Angebot handle. Vielmehr habe sie das von der Beschwerdegegnerin verwendete Preisblatt (siehe Bg-act. 8) zu Kalkulation verwendet, wo für jeden Leistungsbestandteil der erwartete - 13 - Aufwand, unterteilt in die Spalten "Anzahl" und "Einheit, bezeichnet worden sei. Dabei habe es sich – naturgemäss – um eine Kalkulation gestützt auf den Leistungsbeschrieb der Vergabestelle und die Erfahrungswerte der Beschwerdeführerin gehandelt, wobei sie über breit abgestützte Erfahrungswerte im Zusammenhang mit iGovPortal-Projekten in mehreren Kantonen verfüge. Sie habe also – unter Verwendung des dafür vorgesehenen und durch die Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellten Preisblattes – ein Einheitspreisangebot (erwartete Leistungsmenge multipliziert mit dem verbindlichen Preis je Menge) offeriert. Rechtsprechungsgemäss handle es sich bei Einheitspreisangeboten, wie etwa auch ein Pauschalpreisangebot, um ein Festpreisangebot. Der Unternehmer habe Anspruch auf Bezahlung des im Voraus genau bestimmten Preises je geleisteter und erforderlicher Einheit, weshalb der vereinbarte Einheitspreis nichts anderes als eine pauschale Vergütung für eine bestimmte Einheit einer bestimmten Leistung sei. Sie habe damit die von Ziffer 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für IKT-Leistungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (AGB SIK) gestellten Anforderungen an die Vergütung erfüllt. Die als (Preisbildungsregel) anwendbar erklärte Ziffer 10 der AGB SIK sähen sowohl eine Vergütung zu Festpreis inkl. Einheitspreisen als auch eine solche mit oberer Begrenzung (Kostendach) vor. Sodann sei es unzutreffend, dass in der Informatikbranche üblicherweise mindestens ein generelles Kostendach gefordert werde. Im Anwendungsbereich der AGB SIK sei es nicht zwingend, dass eine Offerte mit Kostendach erfolgen müsse. Dies weil sie gerade auch eine Vergütung zu Einheitspreisen zulasse. Betreffend den im Preisblatt angebrachten Vermerk "alle Preise nach Aufwand" sei darauf hinzuweisen, dass dadurch die Offerte der Beschwerdeführerin nicht unverbindlich werde. Vielmehr sei einer Vergütung nach Einheitspreisen gerade immanent, dass die Berechnung letztendlich nach Aufwand – anhand der tatsächlich aufgewendeten Einheiten multipliziert mit dem Preis je Einheit – erfolge. Schliesslich macht die Beschwer-

- 14 - deführerin auch geltend, dass die Beschwerdegegnerin zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht habe, dass ein Kostendach eine zwingende Vorgabe des Angebotes sei.

### **E. 3.3**

In der angefochtenen Verfügung vom 18. August 2021 wurde festgehalten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 22 (Abs. 1) lit. c SubG ausgeschlossen werde (siehe Bg-act. 16). Weiter ist darin als (weitere) Begründung angegeben, dass der Offertpreis als unverbindlich deklariert worden sei. Im Schriftenwechsel konkretisierte die Beschwerdegegnerin dann noch ihre Beweggründe. Dabei weist sie insbesondere darauf hin, dass sie in ihrer eigenen Kalkulation – basierend unter anderem auf Erfahrungswerten von zwei anderen Kantonen für die Implementierung des iGovPortals – einen Offertpreis im Bereich desjenigen der Beigeladenen erwartet habe. Dementsprechend sei dann auch die vorliegende Beschaffung im Staatsvertragsbereich – anstelle des Binnenmarktbereichs – ausgeschrieben worden. Bei der Prüfung des Angebots der Beschwerdeführerin hätten sich bereits Indizien ergeben, dass der Offertpreis nur deshalb so tief sei, weil die Beschwerdeführerin bei einigen Positionen die Leistung nicht im verlangten Ausmass offeriert oder gewiss zu offerierenden Leistungen auf den Auftraggeber überwältigt habe. Die Offertpräsentation habe diese Vermutung dann bestätigt. Mit dem Vorgehen der Beschwerdeführerin entstehe für die Vergabestelle ein Mehrkostenrisiko in unbestimmter Höhe und eine Ergänzung der Offerte durch separat offerierte, zusätzliche Leistungen sei nicht zulässig. Für das öffentliche Vergabeverfahren, welches auf den Abschluss eines Vertrages abziele, seien aus der Sicht des Auftraggebers nur diejenigen Bietererklärungen zielführend, die im Sinne des auf das verfahrensgegenständliche Geschäft anwendbaren Rechts ein verbindliches Angebot zum Geschäftsabschluss darstellten. Verletze ein Angebot vergaberechtliche Angebotsvorschriften in schwerer oder mittelschwerer Weise, so sei ein Ausschluss zwingend

- 15 - oder zumindest erlaubt bzw. im Ermessen der Vergabestelle. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach sie einen verbindlichen Einheitspreis (pro Mengeneinheit) offeriert habe, greife für Informatikdienstleistungen zu kurz. Einheitspreisverträge seien zwar in der Baubranche üblich, in der Informatikbranche werde aber mindestens ein generelles Kostendach gefordert. Der Vergabestelle stehe es zu, innerhalb des Angebotspreises zwischen verschiedenen Kostenelementen zu unterscheiden und sie könne auch vorgeben, welche Leistungen nach welcher Vergütungsart zu offerieren seien, solange sie dabei nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstosse. Gemäss Kapitel 1.3 der Ausschreibungsunterlagen würden die Anbieter mit der Einreichung einer Offerte die AGB SIK, Ausgabe Januar 2020 anerkennen. Nach Ziffer 10.1 der AGB SIK seien Leistungen von den Leistungserbringern entweder zu Festpreisen (Stückpreise, mengen-/volumenbasierte, zeitabhängige Preise, Pauschalen, fixer Werkpreis) oder nach Aufwand mit oberer Begrenzung (Kostendach) zu erbringen. Dies stelle – neben dem zur Verfügung gestellten Preisblatt – eine in den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich genannte Preisbildungsregel dar, die es bei der Ausarbeitung des Angebotes zu beachten gelte. Die Beschwerdeführerin verkenne mit ihrer Argumentation betreffend Einheitspreis, dass sich die Schwierigkeit bei der Beurteilung der Verbindlichkeit der Offerte nicht aus den offerierten Einheitspreisen ergebe, sondern aus den zahlreichen Vorbehalten gemäss Fragekatalog sowie den im Preisblatt an zwei Stellen angebrachten Vermerk "alle Preise nach Aufwand". Demgegenüber habe die Beigeladene ein detailliertes Angebot mit Kostendach eingereicht, in welchem sämtliche verlangte Leistungen offeriert worden seien. Es weise alle verlangten Positionen auf und berücksichtige auch noch Reserven, womit der offerierte Preis in der Höhe von CHF 498'839.50 als maximaler Preis zu verstehen sei. Damit erweise sich die Vergabe an die Beigeladene nach wie vor als

- 16 - rechtens, während das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht als un- gültig erklärt wurde.

#### **E. 3.4**

Es ist unbestritten, dass die Ziffer 10.1 der AGB SIK als Preisbildungsregel gestützt auf Kapitel 1.3 der Ausschreibungsunterlagen (siehe Bg-act. 4 und 6, jeweils S. 3) zu berücksichtigen ist (siehe Replik vom 19. November 2021, Rz. 61). Ziffer 10.1 der AGB SIK lautet folgendermassen: "Die Leistungserbringerin erbringt die Leistungen zu Festpreisen (Stückpreise, mengen-/volumenbasierte, zeitabhängige Preise, Pauschalen, fixer Werkpreis) oder nach Aufwand mit oberer Begrenzung der Vergütung (Kostendach). Sie gibt in ihrem Angebot die Kostenarten und Kostensätze bekannt." Die von der Beschwerdeführerin angeführte Lehre und Rechtsprechung zu den Einheitspreisen als Festpreise bezieht sich vornehmlich auf Art. 373 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]) zum Werkvertrag bzw. -lohn. Sodan verweist die Beschwerdeführerin vergleichsweise auf die Einheitspreisdefinition gemäss Art. 39 der Norm 118 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA). Die zitierte Rechtsprechung und Lehre bezieht sich somit aber nicht spezifisch auf Ziffer 10.1 der AGB SIK, welche alternativ zu "Festpreisen" nur noch eine aufwandsbezogene Vergütung mit oberer Begrenzung durch ein Kosten- dach vorsieht. Daran ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei ihrer Offerte um ein als Festpreis im Sinne von Ziffer 10.1 der AGB SIK zu beurteilendes Einheitspreisange- bot analog zum Einheitspreis gemäss Art. 39 SIA-Norm 118 handle, wo- nach sich aus der erwarteten Menge der Einheiten und dem (verbindli- chen) Preis je Einheit der offerierte Preis berechne und der Vergütung nach Einheitspreisen eine aufwandsbezogene Komponente durch die Ver- gütung der tatsächlich aufgewendeten Einheiten immanent sei. Der Ein- heitspreise nach Art. 39 der SIA-Norm 118 etwa bezieht sich auf die Ver- gütung von einzelnen Leistungspositionen, die in einem Leistungsver-

- 17 - zeichnis nach Art. 8 SIA-Norm 118 als separate Positionen vorgesehen sind. Anhand der (outputbasierten) Menge (etwa in Lauf-, Quadrat-, Ku- bikmeter, Kilogramm oder Stück) der jeweils unter den jeweiligen Positio- nen des Leistungsverzeichnisses geleisteten Arbeiten und dem vereinbar- ten Einheitspreis pro Leistungseinheit wird dann der Werklohn bestimmt. Die Menge der zu Einheitspreisen ausgeführten Leistungen kann dabei – abhängig von der Vereinbarung im Werkvertrag – nach dem tatsächlichen (gemessenen, gezählten oder gewogenen) Ausmass oder einem plan- gemässen theoretischen Ausmass ermittelt werden (vgl. betreffend die Umschreibung des Einheitspreises gemäss SIA-Norm 118: Urteile des Bundesgerichts 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E.4.2.1, 4A\_281 /2017 vom 22. Januar 2018 E.2 und 4A\_418/2012 vom 3. Dezember 2012 E.6.2; vgl. betreffend die Bezugnahme eines Festpreises auf Planunterlagen: Ur- teil des Bundesgerichts 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004 E.3.1 f. und

#### **E. 3.5**

Gestützt auf die vorstehenden Überlegungen ist für das streitberufene Ge- richt ausgewiesen, dass gestützt auf die hinreichend klaren Ausschrei- bungsunterlagen die Preisbildung – wenn überhaupt – nur unter den ver- schiedenen Teilleistungspositionen aufwandsabhängig hätte offeriert wer- den dürfen, wenn dabei zugleich auch eine (verbindliche) obere Begren- zung der Vergütung und somit ein Kostendach festgehalten

worden wäre. Dem ist die Beschwerdeführerin gemäss deren eigenen Darstellung und Äusserungen im Vorfeld der strittigen Vergabe aber gerade nicht nachge-

- 20 - kommen, womit deren Angebot nicht den Anforderungen der Ausschreibung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG entspricht bzw. als unvollständig zu betrachten ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B- 7216/2014 vom 18. März 2020 E.7.5 und 8.2.1 m.H.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E.3.3 sowie auch AGVE 2014 Nr. 32 betreffend die Wahl einer nicht zugelassenen Vergütungsart in einem Angebot). Denn die Beschwerdegegnerin weist nachvollziehbar darauf hin, dass in den Ausschreibungsunterlagen mit Ziffer 10.1 der AGB SIK unmissverständlich eine Preisbildungsregel vorgegeben wurde, die bei der Ausarbeitung des Angebotes zwingend zu beachten gewesen wäre. Ein weiterer, spezifischer Hinweis der Beschwerdegegnerin auf ein Kostendach bei der Wahl einer aufwandabhängigen Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots drängte sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht auf, zumal sie selber zugesteht, dass es sich bei der genannten AGB-Bestimmung um eine zu beachtende Preisbildungsregel handelt. Der Beschwerdegegnerin war, auch angesichts eines stark von ihrer – auch für die Verfahrenswahl berücksichtigten – Kostenschätzung abweichenden Angebots der Beschwerdeführerin, der Vergleich und die Beurteilung der Preis-Leistung der eingegangenen Angebote so nicht mehr möglich, weil von vornherein keine verbindlichen, maximalen Offertpreise für die Ausschreibung betreffend das Preiskriterium miteinander verglichen werden konnten, wobei der Grund dafür in der Missachtung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Preisbildungsregel bzw. -vorschriften gemäss den AGB SIK seitens der Beschwerdeführerin begründet ist. Insofern rechtfertigt sich in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin der Ausschluss gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG der Beschwerdeführerin bereits infolge der ausschreibewidrigen "Unverbindlichkeit" betreffend eine maximale obere Begrenzung der aufwandbezogenen Vergütung für ihr Angebot.

- 21 -

#### **E. 4**

Gegen die Zuschlag- und Ausschlussverfügung vom 18. August 2021 erhob die A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 27. August 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Darin beantragte sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabestelle zur Neuurteilung und zu neuer Zuschlagserteilung im Sinne der Erwägungen. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin, dass der Beschwerde superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zuerkannt werde und der Vergabestelle superprovisorisch verboten werde, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Weiter sei die Vergabestelle zu verpflichten, sämtliche Verfahrensakten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren, soweit nicht berechnete Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin entgegen-

- 5 - genständen. Schliesslich sei ihr nach gewährter Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST) zu Lasten der Vergabestelle oder eventueliter der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, dass die Vergabestelle zu Unrecht von der Unverbindlichkeit ihres Angebots ausgegangen sei

und sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen habe. Die Beschwerdeführerin habe unter Verwendung des hierfür in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen und durch die Vergabebehörde zur Verfügung gestellten Preisblattes einen Preis offeriert, der sich aus der erwarteten Leistungsmenge und dem verbindlichen Preis je Menge ergibt. Diese Art der Preiskalkulation entspreche einem verbindlichen Einheitspreisangebot. In den Ausschreibungsunterlagen sei nirgends erwähnt, dass das Angebot im Sinne eines Kostendaches ausgestaltet sein müsse. Deshalb könne der Umstand, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot kein solches Kostendach vorgesehen habe, nicht zum Ausschluss führen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdegegnerin begründet einen gerechtfertigten Ausschluss der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG (vertiefend) und wie in der vorstehenden Erwägung 3.3 bereits erwähnt auch noch mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin bei einigen Positionen die Leistung nicht im verlangten Ausmass offeriert oder gewiss zu offerierenden Leistungen auf den Auftraggeber überwältigt habe. Anlässlich der Offertpräsentation vom 21. Juli 2021 habe sich die Vermutung bestätigt, dass der (ausserordentlich) günstige, offerierte Preis aus diesen Umständen resultiere. So seien etwa in der Ausschreibung geforderte Anforderungen in der beschwerdeführerischen Offerte nicht oder nur unvollständig offeriert worden bzw. im Widerspruch zum Verhandlungsverbot in Ergänzung des Angebotes separate Offerten dafür vorbehalten worden. Nicht offerierte Positionen beträfen namentlich "Datensicherung und Überwachung" und "Barrierefreiheit", während "Mehrsprachigkeit", "Hochverfügbares Portal", "Programmupdate auf Version 7", "Anbindung Identity und Access Management (IAM)", die Schnittstelle zu "BizTalk (Dokumenten- und Datenaustausch)" sowie "Regressionstests" (immerhin) nur ungenügend berücksichtigt worden seien. Das offerierte Angebot halte somit die geforderten Angebotsbedingungen nicht ein.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin stellt demgegenüber insbesondere in Abrede, dass sie bei einigen Positionen (der Ausschreibungsunterlagen) die Leistungen nicht im geforderten Ausmass offeriert habe oder gewiss zu offerierende Leistungen auf die Beschwerdegegnerin bzw. das AFI abgewälzt habe. Die angeblichen Vorgaben ergäben sich nicht aus den Ausschreibungsunterlagen oder würden – sofern sie darin gefordert worden seien – von ihr offeriert. Jedenfalls würden sich diese nunmehr seitens der Beschwerdegegnerin angeführten Gründe nicht als schwerwiegend genug erweisen, um infolge solcher angeblicher, aber ohnehin nur geringfügigen oder allerhöchstens mittelschweren, Abweichungen von den Ausschrei-

- 22 - bungsunterlagen einen Ausschlussgrund zu begründen. Ein damit begründeter Ausschluss wäre überspitzt formalistisch und somit unzulässig.

#### **E. 4.3**

Wenn die Vergabestelle nicht die einzelnen, durch den Anbieter zu erbringenden Leistungen anspricht, sondern die Leistungsziele, hat der Anbieter sämtliche Leistungen, die nötig sind, um die vorgegebenen Ziele zu erreichen, selber zu planen und zu realisieren. Bei einer vollständigen funktionalen Leistungsbeschreibung trägt der Anbieter das Risiko, wenn er einzelne Leistungsoptionen nicht berücksichtigt und nicht der Auftraggeber (FRÖHLICH-BLEULER, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: Zufferey/Beye-

ler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 276). Vorliegend wurde der Beschaffungsgegenstand mit einer solchen funktio- nalen Leistungsbeschreibung umschrieben, womit die Anbieter eine Lö- sung auszuarbeiten und deren Realisierung so anzubieten hatten, damit der Besteller ein funktionierendes Produkt erhält. Vorliegend war zur Ver- meidung von Missverständnissen auch ein Fragekatalog (siehe Bg-act. 4 S. 6 f. und Bg-act. 7 und 10) von den Anbietern auszufüllen und es wurde noch die Möglichkeit zur Stellung von Anbieterfragen vor Ende der Einga- befrist eingeräumt (siehe Bg-act. 2 und Bg-act. 4 S. 4). Diese Fragerunde diente etwa dazu, einen allenfalls nicht ganz klaren oder missverständli- chen (funktionalen) Leistungsumfang gegenüber allen Anbietern erläutern zu können und – falls nötig – abgrenzen zu können. Wenn die Beschwer- deführerin diese Möglichkeit etwa zur Klarstellung des geforderten Leis- tungsumfangs nicht ausreichend nutzt und als Folge davon im Rahmen der Offertstellung ihrem Angebot eigene Szenarien zu Grunde legt sowie einseitig nicht abgeklärte Leistungsabgrenzungen vornimmt, trägt sie also das Risiko dafür, dass ihre Offerte als unvollständig angesehen werden kann. Weicht eine Offerte auch nur in einem Punkt mehr als geringfügig von der Ausschreibung ab, kann sie sich bereits in einem wesentlichen Punkt als unvollständig bzw. formell mangelhaft erweisen und einen Aus-

- 23 - schluss rechtfertigen, etwa wenn das offerierte nicht der Ausschreibung entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E.4.5.1 f.).

#### **E. 4.4**

Gemäss den Allgemeinen Anforderungen unter Ziffer 2.3.1 der Ausschrei- bungsunterlagen, sollen die Anbieter im Rahmen des Projektes folgende Leistungen erbringen und hatten dies dementsprechend auch zu offerie- ren: Ein Detailkonzept der Integration, die Implementation, das Testing und die Inbetriebnahme gemeinsam mit den Spezialisten des AFI und den nötigen Partnern sowie die Schulung der Kantonsadministratoren (siehe Bg-act. 4 S. 8). Gemäss der Beschwerdegegnerin war aufgrund von Zif- fer 2.5.1 der Offertunterlagen (siehe dazu Bg-act. 4 S. 11) ein Realisie- rungsvorschlag bzw. die Implementierung einer hochverfügbaren Produk- tivumgebung über die beiden kantonalen Rechenzentren, eine hochver- fügbare Integrationsumgebung (Abbild der Produktionsumgebung für die Qualitätssicherung) sowie eine Testumgebung verlangt worden. Auf die Thematik "Hochverfügbares Portal" sei die Beschwerdeführerin in ihrer Of- ferte, wenn überhaupt, nur sehr knapp eingegangen. Ausserdem sei die Konzeption und die Umsetzung des Loadbalancing ganz der Auftraggebe- rin überlassen worden (vgl. dazu "Angebot/WTO-Submission", S. 15 in Bg-act. 6; Bg-act. 7, Frage Nr. 12 und 16). Die Beschwerdeführerin hält es hingegen für ausreichend, dass sie auf S. 15 ihres Angebotes die Funkti- onsweise des Loadbalancing und auf die Dokumentation des IGovPortals dazu verwiesen habe. Ausserdem habe sie bei der Frage 12 zum Frage- katalog bestätigt, dass die Lösung auf einer hochverfügbaren Umgebung mit Loadbalancern lauffähig sei. Weil der Einsatz der Loadbalancer auf Umgebungen vorgesehen sei, welche von der Vergabestelle separat be- schafft, installiert und betrieben würden, müsse ihrer Ansicht nach die In- stallation und Konfiguration von der Vergabestelle durchgeführt werden. Denn die Beschwerdeführerin habe keine Kenntnisse über die bestehende

- 24 - Infrastruktur der Vergabestelle, keinen administrativen Zugang auf diese Umgebung und die Vergabestelle habe selbst darauf hingewiesen, dass die Loadbalancer vorhanden seien. Im Anhang 1 zu den Ausschreibungs- unterlagen findet sich eine grafische "Gesamtübersicht E-Government mit Umsystemen". Gemäss Ziffer 2.5.1 der

Ausschreibungsunterlagen ist eine hochverfügbare Produktivumgebung über die beiden kantonalen Rechen- zentren, eine hochverfügbare Integrationsumgebung (Abbild der Produkti- onsumgebung für die Qualitätssicherung) sowie eine Testumgebung als Betriebsumgebung des iGovPortals zu implementieren bzw. darauf zu in- stallieren (siehe Bg-act. 4, S. 11 und Anhang 1). Bei der Frage Nr. 12 des Bestandteils der Ausschreibungsunterlagen bildenden Fragekataloges (siehe dazu Bg-act. 4, S. 7) wurde die Frage gestellt, ob das System hoch- verfügbar über zwei kantonale Rechenzentren betrieben werden könne (in Klammer: "Loadbalancer sind vorhanden"). Die Anbieter sollten dies be- schreiben (siehe Bg-act. 7). Die Beschwerdeführerin bestätigte, dass das Front- und Backend vom iGovPortal hochverfügbar über mehrere Instan- zen mit Loadbalancern betrieben werden könne (siehe auch Antworten zu den Fragen 17 f.). Beim Frontend benötige jedoch das CMS C.\_\_\_\_\_ eine Synchronisation von File Ressourcen über die verschiedenen Nodes. Für die Offerte ging die Beschwerdeführerin ohne spezifische Rückfrage dann aber davon aus, dass diese Synchronisation durch die Vergabestelle auf- gesetzt werde. Betreffend Frage 16 nach der Möglich- keit bzw. der Umset- zung (Cluster, Replikation) eines redundanten Betriebes der Datenbanken und der Bitte um Beschreibung hielt die Beschwerdeführerin fest, dass gemäss ihrem Informationsstand die bisherigen Deployments des iGov- Portals keine redundanten Datenbanken einsetzen bzw. keine solche benötigten und es seien auch keine besonderen Fähigkeiten für das Hand- ling des Failovers im iGovPortal integriert. Zur Sicherstellung eines korrek- ten Datenzustandes sollte nach einem Failover ein Restart des iGovPor- tals erfolgen. Das AFI beantwortet im Rahmen der bis am 25. Juni 2021

- 25 - möglichen Anbieterfragen auch solche zur Thematik der Hochverfügbar- keit (High Availability; HA) der iGovPortal Betriebsumgebungen, woraus sich für das streitberufene Gericht klar ergibt, dass von den Anbietern eine HA-Lösung (für die Produktiv- und Integrationsumgebung) gefordert wurde (siehe Bg-act. 2, Anbieterfragen Nr. 25 und 41). Insofern überzeugt die Position der Beschwerdeführerin, welche vor der Offerteinreichung na- mentlich keine Klärung der bei ihr anscheinend bestehenden Unklarheiten betreffend die fehlende (Zugangs-)Möglichkeit zur Umsetzung und Kon- zeption des geforderten Loadbalancings an die Hand nahm, nicht. So wurde etwa auch nicht nach der genauen Spezifikation der im Anhang 1 zu den Ausschreibungsunterlagen (für die Produktivumgebung) ersichtli- chen "D.\_\_\_\_\_ Loadbalancer" gefragt, wenn diese bereits aus den Aus- schreibungsunterlagen ersichtliche Information nicht als ausreichend be- funden worden wäre. Unerheblich ist, dass die Vergabebehörde auf das Vorhandensein eines Loadbalancers hingewiesen hat, geht es bei der vor- liegenden Beschaffung gemäss Ziffer 2.5.1 der Ausschreibungsunterla- gen doch insbesondere um die Implementation einer hochverfügbaren Produktivumgebung über zwei kantonale Rechenzentren hinweg und die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin ja auch (nur) die unter- lassene Konzeption und Umsetzung des Loadbalancings betreffend des iGovPortals vor. Insofern überzeugt auch in diesem Punkt die für einen Ausschluss der Beschwerdeführerin sprechende (vertiefte) Argumentation der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf eine unvollständig offerierte Aus- schreibungsposition.

#### **E. 4.5**

Gleich verhält es sich auch mit dem Thema "Datensicherung und Überwa- chung", welches gemäss der Beschwerdegegnerin von der Beschwerde- führerin überhaupt nicht offeriert worden war. Dies obwohl im Fragekata- log (bei den Fragen 19 bis 21) die Anforderungen

(Integration Backup- Systeme, Anbindung an Überwachungssystem und Anbindung an Log-

- 26 - analyse-Tool) beschrieben und in der Anleitung zum Ausfüllen des Frage- kataloges auch darauf hingewiesen worden sei, dass sich die Antworten sich auf im Preisangebot enthaltene Dienstleistungen bezögen. Optionen und Erweiterungen, welche nicht in den offerierten Kosten enthalten seien, müssten separat ausgewiesen werden (siehe Bg-act. 7, S. 1 f.). Die Be- schwerdeführerin ist demgegenüber der Ansicht, dass es bei "Datensiche- rung und Überwachung" nicht um zwingend zu offerierende Leistungen handelt. Im Fragekatalog sei nur danach gefragt worden, ob die (iGov-)Portal-Lösung an das Backupsystem bzw. E.\_\_\_\_\_ oder F.\_\_\_\_\_ angebunden werden könne. Dies mit der Bitte um Beschreibung. Betref- fend die Frage 20, ob die Portal-Lösung an E.\_\_\_\_\_ angebunden werden könne und dies zu beschreiben sei, wurde von der Beschwerdeführerin folgendes festgehalten: Weil die Lösung iGovPortal auf Windows Server mit IIS deployed werde, generiere sie Log-Files und könne mit einem Mo- nitoringtool wie E.\_\_\_\_\_ überwacht werden. Gemäss ihrem Wissensstand seien in das iGovPortal aber keine spezifischen Überwachungspunkte im- plementiert und falls dies von der Beschwerdegegnerin gewünscht werde, sollte dies mit dem Verein iGovPortal abgesprochen werden. Auf Anfrage könnte sie aber die Implementation spezifischer Überwachungspunkte in die von ihr umgesetzten Integrationskomponenten und Dienstleistungen separat offerieren (siehe Bg-act. 7 S. 2). Anlässlich der Offertpräsentation vom 21. Juli 2021 gab die Beschwerdeführerin zur Frage bzw. Feststel- lung Nr. 4 des AFI, wonach F.\_\_\_\_\_ (Logging), E.\_\_\_\_\_ (Überwachung) und Backup nicht offeriert seien und nach dem Grund dafür fragte, an, dass sie Vorabklärungen anhand der Product-Sheets von F.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und des in Frage stehenden Backupsystems gemacht und an- hand dieser Angaben die Fragen im Fragekatalog beantwortet habe. Die Konzeption, Lieferung bzw. Installation sei nicht in der Offerte inbegriffen, weil das Bedürfnis der Beschwerdegegnerin nicht klar genug gewesen sei um etwas Konkretes offerieren zu können. Aus Erfahrung müssten zuerst

- 27 - die KPI's und Alarmierungsprozesse definiert werden. Die reine Lieferung von Logs in einen Ordner bzw. Verzeichnis sei aber möglich und in der Offerte vorgesehen. Zur Frage 19 des Fragekataloges ("Kann das iGov- Portal an das Backupsystem G.\_\_\_\_\_ integriert werden? Bitte Anbindung beschreiben") wurde im Rahmen der vorgängig zu stellenden Anbieterfra- gen von einem Anbieter danach gefragt, ob eine direkte Integration mit dem Backupsystem entstehen soll. Wenn ja, was sei die Überlegung ein Backup mit einem Cloud-Service zu machen? Darauf wurde seitens des AFI geantwortet, dass eine Integration in G.\_\_\_\_\_ vorgesehen sei. Ausge- schrieben sei eine On-Premise-Installation und kein Cloud-Service (siehe Bg-act. 2, Anbieterfrage Nr. 11). Betreffend die Fragen 20 und 21 des Fra- gekataloges wurde hinsichtlich E.\_\_\_\_\_ gefragt, wie bzw. mit welchen Funktionen E.\_\_\_\_\_ in Verbindung mit dem iGovPortal zum Einsatz kom- men solle. Die Antwort darauf war, dass alle system- und betriebsrelevan- ten Informationen standartmässig mit E.\_\_\_\_\_ überwacht würden. Je nach Lösung würden weitere Überwachungspunkte eingerichtet. Dies Informa- tionen müssten kantonsintern zentral überwacht und ausgewertet werden können (siehe Bg-act. 2, Anbieterfrage Nr. 12). Betreffend die Ziffer 2.3.4 "Management und Überwachung" der Allgemeinen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen (siehe Bg-act. 4 S. 10), wurde seitens eines Anbieters auch noch gefragt, ob hinsichtlich der Integration von F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_

ein Integrationskonzept existiere und ob kantonale Anpassungen vorgesehen und notwendig seien oder ob davon ausgegangen werden könne, dass die Standard-Logfunktionalität des iGovPortals genüge? Das AFI beantwortete diese Frage im Wesentlichen gleich wie die Anbieterfrage 12. Es gäbe kein Integrationskonzept. Alle betrieblich wichtigen Informationen würden standardmässig mit E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ überwacht und aufgezeichnet. Je nach Lösung würden weitere wichtige Dienst- und Serverüberwachungspunkte eingerichtet, damit diese kantonsintern zentral überwacht und ausgewertet werden können (siehe Bg-

- 28 - act. 2, Anbieterfrage Nr. 18). Angesichts dieser Stellungnahme des AFI zur Frage der Überwachungs- und Loggingfunktionalität, erscheint für das Gericht klar, dass von den Anbieterinnen eine dahingehende Konzeption und auch Implementation des iGovPortals erwartet wurde, damit standardmässige und weitere wichtige Dienst- und Serverüberwachungspunkte kantonsintern zentral überwacht und ausgewertet werden können. Wenn die Beschwerdeführerin nun die Implementation spezifischer Überwachungspunkte in den von ihr umgesetzten Integrationskomponenten und Dienstleistungen, welche über eine Ablage von Log-Files in ein Verzeichnis hinausgeht, nur separat offerieren wollte bzw. dies von ihrer Offerte ausschloss, erscheint ihr Angebot in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin als in einem wesentlichen Punkt unvollständig im Sinne von Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG. 5. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist der Ausschluss der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG wegen einer unzureichenden Übereinstimmung mit der Ausschreibung namentlich im Hinblick auf die maximalen Kosten und der damit einhergehenden, fehlenden Vergleichbarkeit zum anderen eingegangenen Angebot – unter Mitberücksichtigung der Abweichungen der Offerte gegenüber dem erkennbar geforderten funktionalen Leistungsumfang – jedenfalls nicht zu beanstanden. 6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten gestützt Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Für die Festsetzung der Staatsgebühr gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. a VRG ist das Auftragsvolumen dieser Beschaffung von mindestens CHF 249'225.90 (Kostenschätzung der Beschwerdegegnerin für diese Ausschreibung liegt sogar im Bereich von CHF 500'000.--) zu berücksichtigen. Ausserdem resultierte aus dem vorliegenden Verfahren ein eher hoher Aufwand und es war auch von grösserer Komplexität. Schliesslich erweist sich auch mit Blick auf die bisherige Gerichtspraxis, eine Staatsgebühr von CHF 5'000.-- als dafür ange-

- 29 - messen (vgl. für die Gerichtspraxis etwa VGU U 20 19 vom 5. Mai 2020, U 17 27 vom 30. Juni 2017 und U 14 46 vom 26. August 2014). In der prozessleitenden Verfügung vom 8. Oktober 2021 betreffend aufschiebende Wirkung und den Umfang der Akteneinsicht wurden keine separaten Kosten verlegt, aber deren Festsetzung im Entscheid in der Hauptsache vorbehalten. Insofern ist die Staatsgebühr in Anwendung von Art. 75 Abs. 2 VRG sowie in Anbetracht des Gesamtaufwandes des vorliegenden Verfahrens auf insgesamt CHF 6'000.-- festzusetzen und zuzüglich der Kanzleiauslagen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. 7. Der Beschwerdegegnerin steht gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG in der Regel keine Parteientschädigung zu, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt. Davon abzuweichen besteht vorliegend – bereits mangels einer anwaltlichen Vertretung – kein Anlass. Die Beigelade war im vorliegenden Verfahren ebenfalls nicht anwaltlich vertreten und ihr entstand im Rahmen ihrer Eingabe vom 9. September 2021 auch kein aussergewöhnlicher Aufwand, der mittels Parteientschädigung nach Art. 78 Abs. 1 VRG zu ersetzen wäre (siehe VGU U 20 16 vom 12. Mai 2020 E.7, R

18 69 vom 7. Januar 2020 E.8.2 sowie U 16 91 vom 22. November 2016 E.6d, je m.H.).  
- 30 - III. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 5**

Am 30. August 2021 setzte der zuständige Instruktionsrichter dem AFI und der B.\_\_\_\_\_ eine Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung an. Zudem wurde beim AFI die Vergabeakten editiert und Verfahrensbeteiligten aufgefordert, ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse geltend zu machen. Zudem wurde festgehalten, dass bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung jegliche Vollzugshandlungen zu unterbleiben haben.

#### **E. 6**

Die B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beigeladene) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 9. September 2021 (Poststempel) die Abweisung der Beschwerde und betreffend ihre Offerte samt Beilagen eine Einschränkung der Akteneinsicht gegenüber der Beschwerdeführerin. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Zuschlagsempfängerin zeigt sich überzeugt davon, dass die Vergabebehörde das Submissionsverfahren korrekt durchgeführt habe und damit

- 6 - auch der Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtmässig erfolgt sei. Gleichtags bekräftigte die Beschwerdeführerin die Vertraulichkeit aller ihrer Offertunterlagen und dass diese nicht der Beigeladenen offenzulegen seien.

#### **E. 7**

Am 1. Oktober 2021 beantragte die Regierung, vertreten durch das AFI, (nachfolgend Beschwerdegegnerin) in ihrer Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher Kostenfolge. In Ihrer Begründung zur Sache erklärte die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen, dass die Beschwerdeführerin diverse Positionen gar nicht und andere nicht vollständig offeriert habe. Im Vergleich dazu habe die Beigeladene ein detailliertes Angebot mit Kostendach eingereicht, in welchem sämtliche verlangten Leistungen verbindlich offeriert wurden. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass sich die fehlende Verbindlichkeit ihres Angebots nicht aus den offerierten Einheitspreisen ergebe, sondern aus den zahlreichen Vorbehalten gemäss Fragenkatalog sowie dem in ihrem Preisblatt an zwei Stellen angebrachten Vermerk "alle Preise nach Aufwand". Die Offerte der Beschwerdeführerin sei deshalb zu Recht als ungültig erklärt worden.

#### **E. 8**

Der zuständige Instruktionsrichter bestätigte in seiner prozessleitenden Verfügung vom 8. Oktober 2021 die bereits bei Beschwerdeeingang suspensorisch erteilte aufschiebende Wirkung und legte den Umfang der Akteneinsicht fest.

#### **E. 9**

Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Replik vom 19. November 2021 die intransparente Begründung des angefochtenen Entscheides durch die Beschwerdegegnerin. Den Vorwurf nicht offerierter und unvollständig offerierter Positionen bringe diese erstmals in ihrer Vernehmlassung vor. Damit versuche die Beschwerdegegnerin, nachträglich eine Begründung zu kreieren. Diese sei inhaltlich nicht zutreffend und würde zudem eine unzulässige Gehörsverletzung darstellen. Die Beschwerdegegnerin ver-

- 7 - kenne, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für IKT-Leistungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (AGB SIK) gerade nicht vor-schreiben würden, dass bei Informatikprojekten zwingend ein Preis mit Kostendach zu offerieren wäre. Der von ihr offerierte Einheitspreis erfülle die von der SIK gestellten Anforderungen an eine Vergütung, sei mithin auch als Festpreis zu verstehen.

#### **E. 10**

Am 20. Dezember 2021 dupliziert die Beschwerdegegnerin unter Festhaltung an ihren Anträgen und bekräftigte, dass letztlich der unverbindliche Offertpreis (Gesamtpreis) zum Ausschluss des Angebots geführt habe. Die einzelnen Gründe seien nicht alternativ, sondern als aufeinander aufbauend zu betrachten. Im Übrigen verhalte sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich, wenn sie nachträglich die von ihr offerierten Einheitspreise als Festpreis darstelle. Eine "qualifizierte Schätzung" ohne obere Begrenzung erlaube es der Vergabestelle nicht, verschiedene Offerten miteinander zu vergleichen.

#### **E. 11**

Die Beschwerdeführerin reichte am 4. Januar 2022 eine Stellungnahme zur Duplik sowie eine Honorarnote ein. Letztere wurde mit Schreiben vom 5. Januar 2022 um eine Honorarvereinbarung ergänzt. Die Beschwerdegegnerin nahm am 12. Januar 2022 noch zur Honorarnote der Beschwerdeführerin vom 4. Januar 2022 Stellung. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtschriften sowie die vorliegenden Akten, wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

- 8 - II. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Im vorliegenden Fall sind unbestrittenermassen die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts anwendbar. Konkret kommen die Normen des revidierten (GATT/WTO-)Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422), der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1992/15. März 2001 (IVöB; BR 803.510), des Submissionsgesetzes (SubG; BR 803.300) einschliesslich der zugehörigen 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. Nach Art. 15 Abs. 1 IVöB bzw. Art. 25 Abs. 1 lit. c SubG kann gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Verfahren Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben. Das vorliegende Urteil wurde in Nachachtung von Art. 43 Abs. 2 lit. a VRG in Fünferbesetzung gefällt. Zur Beschwerde ans Verwaltungsgericht ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (siehe Art. 50 VRG). Die vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossene A. \_\_\_\_\_ ist unbestrittenermassen zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht (siehe Art. 7 f. und Art. 38 Abs. 1 VRG sowie Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG) erhobene Beschwerde ist einzutreten. Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkt sich gemäss Art. 16 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SubG auf Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Dabei kann das Verwaltungsgericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen (Art. 16 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 27 Abs. 2 SubG). Vielmehr hat es Lösungen der Vergabebehörde zu akzeptieren, die mit sachlichen

Gründen vertretbar sind, auch wenn eine andere Lö-

- 9 - sung als zweckmässiger erschiene (siehe anstatt vieler: Urteile des Verwaltungsgerichts [VGU] U 21 53 vom 26. Oktober 2021 E.1.5, U 21 14 vom 24. Juni 2021 E.3, U 19 7 vom 19. März 2019 E.7, U 18 56 vom 6. November 2018 E.3.2 und U 12 121 vom 5. März 2013 E.3, letzteres bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E.2.2).

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