

GR_GERICHTE U 2022 54 vom 14. Februar 2023

GR Gerichte, 2023-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_54

FR: GR_GERICHTE U 2022 54 du 14 février 2023

IT: GR_GERICHTE U 2022 54 del 14 febbraio 2023

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Am 2. März 2022 schrieb die B._____ (Vergabebehörde) die Beschaffung einer Schlackenbehandlungsanlage für die Kehrichtverbrennungsanlage D._____, aufgeteilt in vier Lose, im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt formuliert: - Wirtschaftlichkeit 50% - Qualität Technik 20% - Gewährleistung Eigenschaften 10% - Gewährleistung Termine 10% - Qualität Referenzen 5% - Qualität Schlüsselpersonen 5% Als Eignungskriterien wurde von den Anbietern die Bestätigung der Voraussetzungen gemäss Selbstdeklaration verlangt, sowie die Bestätigung, in der Lage zu sein, den Werkvertrag hinsichtlich Kompetenzen sowie personeller und technischer Ressourcen zu erfüllen. Weiter hatten die Anbieter zu bestätigen, während den letzten 10 Jahren mindestens zwei – bezüglich Leistung und Auftragsumfang vergleichbare – Aufträge im Bereich der Behandlung von Schlacke aus der Kehrichtverbrennung ausgeführt zu haben, und schliesslich den Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung für Personen-, Sach- und Umweltschäden im Umfang von mindestens CHF 10 Mio zu erbringen. Innert Eingabefrist gingen der Vergabebehörde Angebote von drei Unternehmen ein. Anlässlich der Offertöffnung bot sich folgendes Bild (netto exkl. MWST): - C._____ GmbH, D-E._____ CHF 3'401'907.00 - F._____ AG, G._____ CHF nicht eruierbar - A._____ AG, H._____ (Grundangebot) CHF 4'090'975.00 - A._____ AG, H._____ (Unternehmervariante 1) CHF 3'956'000.00 - A._____ AG, H._____ (Unternehmervariante 2) CHF 3'715'000.00

- 3 - Nach der anschliessenden Prüfung und Auswertung der Offerten erteilte die B._____ den Zuschlag mit Beschluss vom 22. Juni 2022 an die C._____ GmbH mit der Begründung, dass deren Offerte sich als das wirtschaftlich günstigste Angebot herausgestellt habe. Die Vergabeverfügung datiert vom 24. Juni 2022.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Verfügung vom 24. Juni 2022, worin die Beschwerdegegernerin (B._____) die Beschaffung einer Schlackenbehandlungsanlage für die Kehrichtverbrennungsanlage an die preisgünstigste Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) für CHF 3'401'907.00 und nicht an die zweitgünstigste Beschwerdeführerin (Grundangebot CHF 4'090'975.00; günstigere Unternehmervariante 2 CHF 3'715'000.00) erteilte, wogegen letztere am 7. Juli 2022 Beschwerde beim

- 6 - Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin hauptsächlich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Vergabe an sich selber beantragte. Beschwerdethema bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin korrekt handelte, als sie die Offerte der Beigeladenen als das wirtschaftlich günstigste Angebot einstufte und dieses nicht – wie von der Beschwerdeführerin gefordert – aufgrund verschiedener Mängel (Nichterfüllung Eignungskriterium der Referenzen; Selbstdeklaration nicht korrekt; falsche Bewertung der Zuschlagskriterien) vom Wettbewerb ausschloss. Es geht somit um die Rechtmässigkeit des Vergabeentscheids.

E. 1.2

Die vorliegende Auftragsvergabe untersteht unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht und wurde im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich ausgeschrieben. Konkret kommen damit hier die einschlägigen Normen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 12.056.5 [BR 803.510]) sowie das Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) mitsamt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Die totalrevidierten Bestimmungen der IVöB vom 15. November 2019 kommen laut Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 IVöB) noch nicht zum Zuge, da Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung am 1. Oktober 2022 eingeleitet wurden (Einleitung 2. März 2022), nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Das Verfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100).

E. 1.3

An der schriftlich eingereichten Beschwerde vom 7. Juli 2022 gibt es bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG) als auch der Einhaltung der 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG nichts auszusetzen, weil die

- 7 - Vergabeverfügung vom 24. Juni 2022 datiert und am 27. Juni 2022 zugestellt wurde.

E. 1.4

Nach Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig) sowie Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG (Beschwerde an das Verwaltungsgericht) kann namentlich gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Vergabeverfahren Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, weil es hier um die gerichtlich unabhängige Überprüfung der angefochtenen Vergabeverfügung vom 24./27. Juni 2022 geht.

E. 1.5

Zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch den strittigen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Die Legitimation ist gegeben, wenn die Beschwerdeführerin als nicht berücksichtigte Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten; ob dies zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Im konkreten Fall beantragt die Beschwerdeführerin zur Hauptsache die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die direkte Vergabe an sich selber. Die Beschwerdeführerin stellt sich dabei auf den Standpunkt, ihr zweitgünstigstes Angebot sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden, weil das

preiswertere Angebot der Beigeladenen wegen (gravierender) Mängel vom Wettbewerb hätte ausgeschlossen werden müssen. Würde der Beschwerdeführerin gefolgt, hätte sie tatsächlich reelle Chancen auf den Erhalt der ausgeschriebenen Arbeiten. Die Anfechtungslegitimation der Beschwerdeführerin ist daher – mit Ausnahme der Einschränkung laut E.1.8. – zu bejahen.

E. 1.6

Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkt sich gemäss Art. 16 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SubG auf Rechtsverletzungen inklusive

- 8 - 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 Lösung als zweckmässiger erschiene (Urteil des Verwaltungsgerichts U 22 87 vom 24. Januar 2023 E.1.6, U 22 22 vom 1. November 2022 E.1.6, U 19 14 vom 19. März 2019 E.2.2.3.1). Die Kognition bei Bewertungen ist in Anwendung von Art. 27 Abs. 1 SubG sehr begrenzt und praktisch auf Willkür beschränkt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts U 19 83 vom 12. November 2019 E.2.2).

E. 1.7

Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren beantragte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde vom Instruktionsrichter gestützt auf Art. 53 Abs. 2 VRG superprovisorisch erteilt. Dieser bewilligte Antrag wird mit dem vorliegenden Urteil U 22 54 gegenstandslos.

E. 1.8

Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde einzig insofern, als in der Replik noch die Rüge betreffend Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Qualität Schlüsselpersonen' nachgeschoben wurde. Die Beschwerdeführerin rügt darin die Bewertung der Beigeladenen mit der Note 3 als willkürlich. In ihrer Begründung weist die Beschwerdeführerin unter anderem darauf hin, dass die gleichen Referenzen als Firmenreferenzen nur die Note 2 ergeben hätten. Soweit sie beim Kriterium 'Qualität Schlüsselpersonen' sinngemäss die Herabsetzung der Note von 3 auf 2 verlangt, wäre darauf nicht einzutreten, weil diese Änderung im Gesamtergebnis einen Unterschied von nur 0.05 Punkten ergäbe (5 % von einem Punkt), womit das Angebot der Beigeladenen neu auf 3.9 Punkte käme (anstatt 3.95 Punkte), also auf gleich viele Punkte wie die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin. Bei Gleichstand der

- 9 - Punkte entscheidet aber der Preis, der bei der Beigeladenen niedriger ist. Somit würde es am Ergebnis nichts ändern, selbst wenn die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge durchdringen würde, weshalb auf sie nicht eingetreten werden muss (vgl. dazu auch E. 2.7.3.).

E. 2

Dagegen erhob die zweitplatzierte A._____ Aktiengesellschaft (Beschwerdeführerin) am 7. Juli 2022 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Erteilung des Zuschlags an sich selber, eventualiter die Aufhebung und Rückweisung der Angelegenheit zur Neuvergabe an die Vergabebehörde, subeventualiter die Feststellung der

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vergabebehörde. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Ihre Anträge begründete die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie das Eignungskriterium der Referenzen nicht erfülle. Weiter erscheine es der Beschwerdeführerin als zweifelhaft, ob die Zuschlagsempfängerin die von ihr in der Selbstdeklaration bestätigten Vorgaben betreffend Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen und Gleichstellung tatsächlich erfülle. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine falsche Bewertung bei den Zuschlagskriterien.

E. 2.1

In materieller Hinsicht geht es zuerst um den Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Beigeladene habe bei den Referenzen das geforderte Eignungskriterium nicht erfüllt und hätte deshalb vom Wettbewerb ausgeschlossen werden müssen (nachfolgend E.2.3.ff.). Weiter ist der Einwand der nicht korrekt ausgefüllten Selbstdeklaration zu prüfen (E.2.4.ff.). Darauf folgend wird der Ausschlussgrund der Nichterfüllung der Anforderungen im Devis sowie der Unvollständigkeit des Angebots zu klären sein (E. 2.5.ff.). Als dann werden noch die Einwände gegen die unsachgemässen Bewertungen der 'Qualität Technik' (E. 2.6.ff.) und der 'Qualität Schlüsselpersonen' (E. 2.7. ff.) im Einzelnen vertieft zu überprüfen und zu entscheiden sein.

E. 2.2

Nach Art. 21 Abs. 1 SubG erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die zur Anwendung gelangenden Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung oder der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt (Abs. 3). Ein eingereichtes Angebot kann dann von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden, wenn es unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht (Art. 22 lit. c SubG) oder wenn es die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (Art. 22 lit. d SubG; vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts U 21 23 vom 4. Juni 2021 E. 2 und E.2.1, U 20 21 vom 6. August 2020 E.8.2, U 17 26 vom 16. Mai 2017 E.4b, U 14 30/31 vom 1. Juli 2014 E.3a/3c), oder wenn das Selbstdeklarationsblatt nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt wurde (Art. 22 lit. e SubG). Der Zuschlagsentscheid und ein allfälliger Ausschluss eines Anbieters in der betreffenden Submission ist

- 10 - allen am Submissionsverfahren teilnehmenden Anbietern zu eröffnen. Die Mitteilung der Auftragsvergabe hat eine kurze Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten (vgl. dazu im konkreten Fall: Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 1 bzw. Akten der Beschwerdegegnerin [Bg- act.] 6).

E. 2.3

Zum Ausschlussgrund der mangelhaften Referenzen (Art. 22 lit. d SubG).

E. 2.3.1

Die Beschwerdeführerin argumentiert, es gehe bei der strittigen Vergabe um eine Trockenentschlackungsanlage; weil die Beigeladene lediglich Referenzen über Anlagen zur Nassentschlackung vorweise, verfüge sie über keine Erfahrung für den ausgeschriebenen Auftrag. Da sich das Verfahren der Trocken- und der Nassentschlackung grundlegend

unterscheide, habe das Eignungskriterium in der Fachwelt nur auf Erfahrungen im Bereich der Trockenentschlackung begrenzt verstanden werden können.

E. 2.3.2

Die Beschwerdegegnerin weist ihrerseits darauf hin, dass die Eignungskriterien nicht bewusst so formuliert worden seien, dass ausschliesslich Referenzen aus dem Bereich der Trockenentschlackung berücksichtigt und bewertet werden durften, und zwar vor dem Hintergrund, dass so der Kreis der Anbieterinnen nicht übermässig eingegrenzt werden sollte. Aus derselben Überlegung habe man auch auf die Unterscheidung zwischen behandelter und unbehandelte Schlacke verzichtet.

E. 2.3.3

Nach der Beurteilung des Gerichts umfasst der ausgeschriebene Auftrag von Los Nr. 2 'Fördertechnik' sowohl 'Förderbänder'/Lade- und Fördervorrichtungen' als auch 'Sortier- und Siebmaschinen'. Im Rahmen der Ausschreibung hatten die Anbieterinnen diesbezügliche Erfahrungen anhand von Referenzen auszuweisen. Das einschlägige Eignungskriterium ist wie folgt formuliert: "Der Anbieter hat während den

- 11 - letzten 10 Jahren mindestens zwei – bezüglich Leistung und Auftragsumfang vergleichbare – Aufträge im Bereich der Behandlung von Schlacke aus der Kehrrichtverbrennung geführt." Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, ergibt sich aus der Formulierung der Ausschreibung (inkl. Eignungskriterium) keine Unterscheidung zwischen Nass- und Trockenentschlackung. Vielmehr hat sie mit ihrer weiten Formulierung 'Aufträge im Bereich der Behandlung von Schlacke aus der Kehrrichtverbrennung' bewusst den Kreis der Anbieterinnen über die ausgeschriebene Anlage für eine Trockenentschlackung hinaus aufweiten wollen. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Referenzen der Beigeladenen zu Recht berücksichtigt.

E. 2.4

Zum Ausschlussgrund der falschen Selbstdeklaration (Art. 22 lit. e SubG).

E. 2.4.1

Die Beschwerdeführerin äussert Zweifel daran, dass die Beigeladene bei der Ausführung des Auftrags die in der Schweiz geltenden Arbeits- und Lohnbedingungen einhalten werde, insbesondere die Vorgaben über Arbeitnehmerschutz, Unfallversicherung, Gesamtarbeitsvertrag (GAV), Nettoinventarwert (NAV = Net asset value) und Entsendungsgesetz (EntsG). Ihre Zweifel unterlegt sie mit dem im Angebot aufgeführten Stundenansatz von CHF 45.-- für Regierarbeiten einer Hilfskraft inkl. Werkzeug- und Maschinenbenützung, Transportkosten und Spesen.

E. 2.4.2

Die Beschwerdegegnerin verweist auf die Selbstdeklaration, in welcher die Beigeladene vorbehaltlos die Einhaltung der einschlägigen Vorgaben bestätigte.

E. 2.4.3

Die Beigeladene bestätigt in ihrer Eingabe, dass sie sowohl die Arbeitsschutz- als auch die Arbeitsbedingungen der Schweiz und von Deutschland jederzeit einhalte; die angeführten CHF 45.-- pro Stunde für

- 12 - eine Hilfskraft ohne Ausbildung seien auch im Hinblick auf den Schweizer Mindestlohn ausreichend kalkuliert.

E. 2.4.4

Das Verwaltungsgericht hat sich mit dem Thema 'Einhaltung Arbeits- und Lohnbedingungen' bereits in den Beschwerdeverfahren U 20 75 vom 22. Dezember 2020 E.3.3 sowie U 21 14 vom 24. Juni 2021 E.6.4 beschäftigt. Dort wurden hängige Lohnkontrollen bei der Paritätischen Landeskommission (PLK) und das Vorlegen einer Lohnabrechnung, welche angeblich einen Verstoß gegen den GAV belegen sollten, nicht als Verstoß gegen die Angaben in der Selbstdeklaration angesehen. Das Bundesgericht hat diese Sichtweise nicht geteilt und das Verwaltungsgericht Graubünden mit Entscheiden 2C_159/2021 vom 11. Mai 2022 E.3.4.3 sowie 2C_608/2021 vom 11. Mai 2022 E.4.4.3 aufgefordert, konkreten Verdachtsmomenten jeweils nachzugehen. Im vorliegenden Fall sind für das Gericht aber keine konkreten Verdachtsmomente ersichtlich, denen nachzugehen wäre. Ein Stundenlohn von CHF 45.-- für eine Hilfskraft ohne Ausbildung ist mit dem Mindestlohn gemäss GAV, welcher im Jahr 2022 CHF 23.27/h beträgt, bei weitem konform. So oder anders hat sich die Beigeladene auch noch im Rahmen des Schriftenwechsels zur Einhaltung des Mindestlohns gemäss GAV verpflichtet. Für weitere Abklärungen besteht daher keinerlei Bedarf.

E. 2.5

Zum Ausschlussgrund der Nichterfüllung der Anforderungen im Devis und der Unvollständigkeit des Angebots (Art. 22 lit. c SubG).

E. 2.5.1

Die Beschwerdeführerin macht in der Replik als weiteren Ausschlussgrund geltend, dass die von der Beigeladenen offerierten Platten der Stahlplattenbänder aus dem Werkstoff S355 hergestellt seien, welche eine Temperaturbeständigkeit von 120°C (dauerhaft) bzw. 180°C (kurzzeitig) aufweisen würden; damit aber erfülle das Angebot die Anforderungen der Ausschreibung an die Temperaturbeständigkeit offensichtlich nicht,

- 13 - erreiche die Schlacke aus dem Entschlacker doch Temperaturen im Bereich von 80-400°C. Mit der Materialisierung S355 sie die Funktionalität der Anlage zudem auch in Bezug auf die antimagnetischen Eigenschaften nicht erfüllt. Weil die Materialisierung gemäss Ausschreibung (staubdicht gekapselt, temperaturbeständig und antimagnetisch) viel teurer sei als der Werkstoff S355, sei das Angebot der Beigeladenen auch nicht vergleichbar mit demjenigen der Beschwerdeführerin.

E. 2.5.2

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass in der Ausschreibung zwischen Stahlplattenbändern und Feinschlacke-Förderbändern unterschieden werde. Das Angebot der Beigeladenen erfülle offensichtlich die Vorgaben bezüglich der Feinschlacke-Förderbänder – dies im Gegensatz zur Beschwerdeführerin (vgl. Ziff. 20 Duplik). In Bezug auf die Stahlplattenbänder liege eine an sich zulässige Abweichung von den ausgeschriebenen Spezifikationen vor, aufgrund derer das Angebot nicht ausgeschlossen werden könne.

E. 2.5.3

Die Beigeladene spricht in diesem Zusammenhang in ihrer Eingabe von einem individuellen Fehler bei der Bearbeitung des Angebots, welcher im Unternehmergegespräch vor Ort habe besprochen und korrigiert werden können, wie im entsprechenden Protokoll festgehalten.

E. 2.5.4

Der Inhalt des Protokolls wurde im Rahmen des dritten Schriftenwechsels (Triplik/Quadruplik) noch vertieft. Beim Unternehmergegespräch seien Erläuterungen zu den Stahlplattenbändern der Beigeladenen gemacht worden: Plattenband: Gabellasketten könnten aufgrund der hohen Verschleissfestigkeit eingesetzt werden. Die Platten seien entweder ineinander gehackt oder Scharnierplatten. Die Beigeladene bestätige, dass das Plattenband die Temperatur der Schlacke (400° C) aushalte. Spannstation: Die Spannung werde über eine Feder gewährleistet. Die Abreinigung werde über einen Kratzer vorgenommen, welcher separat unterhalb des Plattenbades eingebaut werde und ebenfalls beim Abwurf des Bands ende. Die Höhe des Kratzers betrage max. 200 mm. Die Einhausung werde gemäss Ausschreibung ausgeführt. Die Abstände zwischen den Wartungsöffnungen müssten

- 14 - noch gemeinsam definiert werden. Es seien keine Mitnehmer vorgesehen, bei zu steilen Steigwinkeln könnten Mitnehmer angebracht werden. Die Einzelplatten hätten aber eine Vertiefung, welche bereits als Mitnehmer funktionierten. Ziel sei es, das Plattenband möglichst nahe an die Decke zu führen, um Höhe für den Grobteilabscheider zu schaffen.

E. 2.5.5

Nach Auffassung des Gerichts erfüllt das Angebot der Beigeladenen – im Gegensatz zu demjenigen der Beschwerdeführerin – in Bezug auf die Feinschlacke-Förderbänder die Vorgaben der Temperaturbeständigkeit vollumfänglich. Was die angebotenen Stahlplattenbänder betrifft, weist die Beschwerdegegnerin nachweislich zu Recht auf den Anhang B 'Spezifikationen' hin (Bg-act. 3, Teil 1, S. 12; wiedergegeben in Duplik Ziff. 22 und Quadruplik Ziff. 7), wonach die Ausschreibung Abweichungen von Spezifikationen ausdrücklich zulies. Die Beigeladene durfte somit korrekterweise mit den von ihr offerierten Stahlplattenbänder eine abweichende Materialisierung anbieten. Nachdem im Zuge des Unternehmergegesprächs die Fragen der Temperaturbeständigkeit, welche offenbar auf ein Versehen bei der Offertstellung zurückzuführen ist, und auch die Modalitäten der mechanischen Abstreichvorrichtung zur Zufriedenheit der Beschwerdegegnerin geklärt werden konnten, durfte diese von einer Gleichwertigkeit der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen hinsichtlich des Ziels der Ausschreibung ausgehen. Die Beschwerdegegnerin weist zudem zu Recht darauf hin, dass die Abweichung in der Spezifikation im Angebot der Beigeladenen mit Blick auf das Gesamtwerk als untergeordneter Natur (1.67 % der Offertsumme) anzusehen sei und das Ausmass einer Unternehmervariante nicht erreiche. Ein Ausschluss der Beigeladenen aufgrund dieser geringen Abweichung wäre auch unverhältnismässig.

E. 2.5.6

Zum Kriterium 'Container und Zugangsüberwachung' bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, dass das Angebot der Beigeladenen auch in Bezug auf das Entriegelungssystem der Containerklappe, die Container Kippstation sowie die Zugangsüberwachung der Füllstation nicht bzw.

- 15 - nicht vollständig den Anforderungen der Ausschreibung entspreche; auch hier fehle es somit an der Vergleichbarkeit der Angebote, was zum Ausschluss führen müsse.

E. 2.5.7

Die Beschwerdegegnerin streitet nicht ab, dass im Angebot der Beigeladenen einzelne Angaben im Bereich Container und Zugangüberwachung fehlten. Sie argumentiert aber, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebots nicht im Geringsten von diesen untergeordneten Angaben abhängt und es überspitzt formalistisch und unverhältnismässig wäre, ein Angebot deswegen auszuschliessen.

E. 2.5.8

Die Beigeladene macht diesbezüglich geltend, dass sie die fehlenden Angaben nicht rechtzeitig liefern können, weil diese von einer Drittfirma nicht innert Frist erhältlich gewesen seien.

E. 2.5.9

Das Verwaltungsgericht Graubünden folgt in Bezug auf fehlende Angaben in einer Offerte grundsätzlich einer Praxis, wonach fehlende Angaben in einer Offerte nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips dann nicht zur Ungültigkeit des Angebotes führen, wenn sie ohne grossen Aufwand durch die Vergabebehörde ergänzt werden können oder die Bewertung der Wirtschaftlichkeit nicht davon abhängt (PVG 2001 Nr. 41 E.1 = VGU U 01 109); ausserdem wird keine Ungültigkeit angenommen, wenn die Position bezogen auf den Gesamtauftrag unbedeutend ist, sich nicht wesentlich auf die Differenz zum nächstgelegenen Angebot auswirkt und es sich zudem nicht um eine Position handelt, die trotz ihrer relativen betragsmässigen Geringfügigkeit für die Erfüllung des Auftrages bedeutsam ist (a.a.O., E.2). Im konkreten Fall weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin, dass das Fehlen von Angaben zum Entriegelungssystem der Containerklappe und zur Zugangüberwachung der Füllstation preislich – gemessen am Gesamtvolumen – eine äusserst geringfügige Position (CHF 5'000 – 10'000) darstellt. Auch den fehlenden Angaben zu Bauart, Antrieb

- 16 - Leistung und Eigengewicht kommt – wie die Beschwerdegegnerin zutreffend argumentiert – eine untergeordnete Bedeutung zu, liegen doch seitens der Beigeladenen die massgeblichen und wesentlichen Eckwerte wie etwa Hersteller, Antriebsart, Kippwinkel, Traglast, Gewichtsmessung (Anzahl und Art) vollständig vor. Die Beigeladene brachte zudem plausibel vor, dass sie die fehlenden Angaben lediglich aufgrund der zur Verfügung gestellten Geometrie und dem Gewicht der Container vordimensioniert habe, was branchenüblich sei, wobei Basis der gelieferten Angaben ein Angebot einer deutschen Firma gewesen sei, welche vergleichbare Kippstationen gebaut habe; die exakten Angaben seien somit schlicht nicht rechtzeitig zu erhalten gewesen. Entscheidend ist für das Gericht aber, dass die konkrete technische Ausführung der Kippstation im Rahmen des Unternehmungsgesprächs zur Zufriedenheit der Beschwerdegegnerin erläutert werden konnte (vgl. dazu Protokollauszug E. 2.5.4, hiervor). Diese Rüge ist daher unter Hinweis auf die von der Beschwerdegegnerin in der Duplik Ziff. 25/26 zitierten Gerichtspraxis (PVG 2001 Nr. 41), der seither ergangenen Rechtsprechung und Literatur (Urteil Verwaltungsgericht U 2013 10 vom 16. April 2013 E.3c, 4a und 4c, U 12 58 vom 26. Juli 2012 E.2; Urteil Bundesgericht 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E.2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2013 Rz 444 und Rz 446, S. 200 f.) sowie dem Handbuch öffentliches Beschaffungswesen des

Kantons Graubünden (Kapitel 9.5, S. 1) abzuweisen.

E. 2.6

Zum Einwand der unsachgemässen Bewertungen der 'Qualität Technik'.

E. 2.6.1

Die Beschwerdeführerin hält zur Gewährleistung der offerierten Eigenschaften fest, dass ihr Angebot und ihre Variante im Zuschlagskriterium 'Qualität Technik' die Note 5 erhalten habe, während die Beigeladene dort nur mit der Note 3 bewertet wurde. In der Folge sei es nicht nachvollziehbar, wenn alle Angebote im Zuschlagskriterium

- 17 - 'Gewährleistung Eigenschaften' gleichermassen mit der Note 3 bewertet würden. Die besser bewertete Qualität der Technik müsse folglich auch zu einer besser bewerteten 'Gewährleistung Eigenschaften' führen; sie biete nur schon aufgrund der grossen Distanzunterschiede bei Ausfällen oder Betriebsstörungen eine bessere Gewähr bzw. eine schnellere Verfügbarkeit als die Beigeladene. In der Replik ergänzt sie ihre Argumentation dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin willkürlich handle, wenn sie unter diesem Kriterium lediglich die Anzahl der geplanten Revisionsstillstände bewerte; vielmehr müsste sie alle 'gewährleisteten Eigenschaften' in die Bewertung einbeziehen, wobei die Beschwerdeführerin klare Vorteile aufweise, etwa bezüglich der Erprobtheit der Technik, ihrer räumlichen Nähe zur Anlage und ihrer grösseren Erfahrung.

E. 2.6.2

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass es sich bei 'Qualität Technik' und 'Gewährleistung Eigenschaften' um zwei verschiedene Zuschlagskriterien handle, die separat voneinander zu bewerten seien. Während beim ersten Kriterium die Technik der Anlage als solche zu bewerten sei, gehe es beim zweiten Kriterium um die hinzukommenden offerierten Gewährleistungen bzw. Garantieleistungen. Zentral sei bei letzterem Kriterium der Wert der Anzahl der geplanten Revisionsstillstände gewesen, für welche sowohl die Beigeladene als auch die Beschwerdeführerin je ein Jahr angegebene hätten. In der Duplik verweist die Beschwerdegegnerin auf die Zulässigkeit der Einführung von Unter- und Teilkriterien als methodisches Hilfsmittel bei der Bewertung. Die umstrittene Angebotsbewertung entspreche diesen Vorgaben vollumfänglich.

E. 2.6.3

Wie das Verwaltungsgericht schon mehrfach entschieden hat, ist seine Kognition bei Bewertungen im Submissionswesen praktisch auf Willkür begrenzt (vgl. dazu einleitend E.1.6 in fine). Die von der

- 18 - Beschwerdegegnerin herangezogene Praxis ist im Handbuch über öffentliches Beschaffungswesen (Kapitel 8.10) festgehalten und vom Verwaltungsgericht bestätigt (vgl. so etwa Urteil des Verwaltungsgerichts U 19 83 vom 12. November 2019 E.2.2 sowie U 15 66 vom 15. September 2015 E.4b). Ein Vergleich zwischen den beiden Offerten zeigt, dass sowohl die Beigeladene als auch die Beschwerdeführerin einen Revisionsunterbruch pro Jahr, welchen die Beschwerdeführerin mit 240 Stunden, die Beigeladene mit 32 Stunden angibt. Die weiteren von der Beschwerdeführerin angesprochenen Kriterien wie räumliche Nähe zur Anlage, Erprobtheit der Technik etc. wurden seitens der Beschwerdegegnerin nicht explizit nachgefragt und entsprechend nicht in die Bewertung einbezogen. Dieses Vorgehen ist mit Blick auf die enge (beschränkte) Kognition des Gerichts bei fachspezifischen Bewertungsfragen nicht zu beanstanden.

E. 2.6.4

Die Beschwerdeführerin beanstandet in der Replik zusätzlich noch, dass die Note 3 für die Beigeladenen im Zuschlagskriterium 'Qualität Technik' falsch sei. Weil die Stahlplattenbänder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entsprächen und die Angaben in der Offerte unvollständig seien, hätte dieses Kriterium mit der Note 1 bewertet werden müssen.

E. 2.6.5

Die Beschwerdegegnerin stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Offerte den Anforderungen der Ausschreibung entspreche, ausser in untergeordneten Teilen, von denen aber die Wirtschaftlichkeit des Angebots nicht abhängen und ein Ausschluss deshalb unverhältnismässig wäre. Das Angebot der Beigeladenen entspreche den Minimalanforderungen und sei ohne wesentliche Vor- und Nachteile, weshalb die Note 3 sachlich gerechtfertigt und korrekt sei.

- 19 -

E. 2.6.6

Mit Blick auf die eingeschränkte Kognition kann das Gericht bei dieser Bewertung weder Willkür noch Rechtsmissbrauch erkennen. Die Beschwerdegegnerin hat im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens korrekt gehandelt.

E. 2.7

Zum Einwand der falschen Bewertung der 'Qualität der Schlüsselpersonen'.

E. 2.7.1

Die Beschwerdeführerin bemängelt im Rahmen der Replik auch die Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Qualität Schlüsselpersonen'. Sie bemängelt dabei, dass die entsprechende Bewertung bei der Zuschlagsempfängerin weder nachvollziehbar noch sachlich haltbar sei. So würden bei einzelnen Schlüsselpersonen dieselben Referenzobjekte wie bei den Firmenreferenzen angegeben, hier aber mit der Note 3 bewertet und dort mit der Note 2. Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, dass der Projektleiter und der Montageleiter gemäss den Unterlagen über keine Erfahrung mit der neuartigen Technologie des Trockenaustrags von Schlacke verfügten.

E. 2.7.2

Die Beschwerdegegnerin entgegnet dieser Kritik, dass bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums im Unterschied zu den Firmenreferenzen die Aspekte Alter, Ausbildung, Diplome, Anstellungsdauer bei der Anbieterin, Dauer der Berufsausübung, Stellung und Funktion bei der Anbieterin bewertet wurden, wie in den Ausschreibungsunterlagen angegeben. Deshalb sei auch die Bewertung anders als bei den Firmenreferenzen ausgefallen. Das angegebene Referenzobjekt habe einen ausreichenden Bezug zum vorliegenden Projekt und erfülle dessen Minimalanforderungen. Entsprechend sei die Qualität der Schlüsselpersonen vollständig beurteil- und bewertbar. Die Note 3 sei sachlich gerechtfertigt, nicht nachvollziehbar die Noten 2, 1 oder gar 0.

- 20 -

E. 2.7.3

Das Gericht ist der Meinung, dass auf die Rüge nicht einzutreten ist, soweit die Beschwerdeführerin anstatt einer Bewertung mit der Note 2 die Note 3 anstrebt, weil sich selbst mit dieser Anpassung im Ergebnis am Zuschlag nichts ändern würde. Die Beschwerdeführerin bleibt diesbezüglich jedoch etwas vage, sodass die Rüge dennoch geprüft werden muss, zumindest was eine Reduktion der Bewertung auf 1 oder gar 0 betrifft. Eine solche Bewertung steht objektiv aber ausser Frage, trifft die Begründung der Beschwerdegegnerin doch zu, d.h. die Erfahrung von Projekt- und Montageleiter aus dem Referenzobjekt beurteil- und bewertbar ist. Es handelt sich dabei um den Umbau einer Grossanlage zur Schlackenaufbereitung mit FE-Abschieber und Schlacke aus der Müllverbrennung mit ca. 100 t Schlacke pro Stunde während laufendem Betrieb. Soweit auf die Rüge daher eingetreten werden muss, ist sie abzuweisen.

E. 2.7.4

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die Auftragsvergabe im Bereich der Materialwahl bei den Stahlplattenförderbändern, wo das Angebot der Beigeladenen sicherlich Mängel aufweist, nicht optimal erfolgt ist. Die Beschwerdegegnerin schöpft aber für ihren Zuschlag an die Beigeladene den ihr zustehende Ermessensspielraum in korrekter Art und Weise aus. Das Verwaltungsgericht vermag jedenfalls keine Fehlleistung zu erkennen, welche ein Einschreiten notwendig erscheinen lässt. Die Beschwerde ist infolgedessen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 3

Die Vergabebehörde beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 29. Juli 2022 die Abweisung der Beschwerde und ersucht um einen möglichst schnellen Entscheid in der Sache, alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie argumentiert, dass die Referenzen der Zuschlagsempfängerin korrekterweise gewürdigt worden seien; weiter sei kein Grund ersichtlich, an den Angaben der Zuschlagsempfängerin in der Selbstdeklaration zu zweifeln. Was die Bewertung der Zuschlagskriterien

- 4 - betrifft, erachtete die Vergabebehörde ihre Bewertung nach wie vor als korrekt.

E. 3.1

Mio., Staatsgebühr CHF 10'000.-- [Beschaffung MRI/.....; U 08 66 vom 15. August 2008, Höhe CHF 2.2 Mio., Staatsgebühr CHF 10'000.-- [Beschaffung Leittechnik/Kraftwerkerneuerung]).

E. 3.2

Aussergerichtliche (Partei-) Entschädigungen werden keine gesprochen, weil die obsiegende Beschwerdegegnerin (B._____) als öffentlich- rechtliche Anstalt im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises handelte (Art. 78 Abs. 2 VRG) und die Beigeladene nicht vertreten war (siehe Art. 78 Abs. 1 VRG). III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 4

Die C._____ GmbH (Zuschlagsempfängerin) liess sich im ersten Schriftenwechsel nicht vernehmen.

E. 5

In ihrer Replik vom 19. August 2022 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Ihre Rügen weitete sie nach Einsicht in die Verfahrensakten um den Ausschlussgrund der Nichterfüllung von Anforderungen bzw. der Unvollständigkeit des Angebots der

Zuschlagsempfängerin aus sowie um die unsachgemässe Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Qualität Technik' und 'Qualität Schlüsselpersonen'. Die bisherige Argumentation vertiefte sie.

E. 6

Mit Eingabe vom 20. September 2022 beantragte die Zuschlagsempfängerin die Abweisung der Beschwerde. In ihrer Argumentation verwies sie u.a. auf das Protokoll eines Unternehmergesprächs im Rahmen der Offertauswertung.

E. 7

In ihrer Duplik vom 23. September 2022 vertiefte die Vergabebehörde ihre Argumentation.

E. 8

Auf das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2022 hin liess der Instruktionsrichter am 6. Oktober 2022 das von der Zuschlagsempfängerin erwähnte Protokoll des Unternehmergesprächs edieren. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2022 reichte die Vergabebehörde sowohl das Protokoll des Unternehmergesprächs mit der Zuschlagsempfängerin bei als auch dasjenige mit der Beschwerdeführerin. Bezüglich des edierten Protokolls teilte die Vergabebehörde mit, dass die Zuschlagsempfängerin diesbezüglich keine Geheimhaltungsinteressen geltend mache.

- 5 -

E. 9

Mit Schreiben vom 18. Oktober 2022 stellte der Instruktionsrichter das Protokoll der Beschwerdeführerin zu und setzte Frist an zur allfälligen Stellungnahme; gleichzeitig fragte er bei der Zuschlagsempfängerin nach, ob sie Einsicht in das entsprechende Protokoll mit der Beschwerdeführerin wünsche sowie die Beschwerdeführerin, ob sie gegebenenfalls Geheimhaltungsinteressen geltend mache. Nachdem auch die Zuschlagsempfängerin Einsicht in das Protokoll der Vergabebehörde über ihr Unternehmergespräch mit der Beschwerdeführerin verlangte und die Beschwerdeführerin daran Geheimhaltungsinteressen geltend machte, wurde dieses Protokoll teilweise geschwärzt und der Zuschlagsempfängerin am 31. Oktober 2022 zur allfälligen Stellungnahme zugestellt.

E. 10

In ihrer Triplik vom 26. Oktober 2022 vertiefte die Beschwerdeführerin ihre Argumentation, worauf sich die Vergabebehörde (nachfolgend Beschwerdegegnerin) abschliessend in ihrer Quadruplik vom 11. November 2022 äusserte.

E. 11

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin reichte ihre Honorarnote zusammen mit der Triplik am 26. Oktober 2022 ein. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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