

GR_GERICHTE U 2022 80 vom 15. Dezember 2022

GR Gerichte, 2022-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_80

FR: GR_GERICHTE U 2022 80 du 15 décembre 2022

IT: GR_GERICHTE U 2022 80 del 15 dicembre 2022

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Die Gemeinde B._____ schrieb im Einladungsverfahren die Aushubarbeiten am Flussdelta D._____ am 24. August 2022 aus. Die Kiesbänke im D._____ -Delta müssen jährlich entfernt werden, damit im Winter kein Rückstau entsteht. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sollen die Arbeiten für fünf Jahre vergeben werden, wobei das Angebot für die Mengenangabe pro Jahr anzugeben war. Es wurden keine Zuschlagskriterien genannt.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet der Vergabeentscheid vom 14. September 2022, mitgeteilt am 21. September 2022 (beschwerdeführerische Beilage [Bf-act.] 4), worin die Beschwerdegegnerin den Zuschlag für die Aushubarbeiten des D._____ - Delta beim J._____ für CHF 25'045.45 (exkl. MWST) an die Beigeladene und nicht an den zweitrangierten Beschwerdeführer für CHF 35'535.-- (exkl. MWST) erteilte, wogegen letzterer am 29. September 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen sowie die Erteilung des Auftrags an ihn selbst verlangte. Eventualiter wurde in Aufhebung der Verfügung die Vergabe des Auftrags an den Beschwerdeführer verlangt. Subeventualiter wurden die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung zur Neuvergabe an den Beschwerdeführer beantragt. Subsubeventualiter wurde die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabeentscheides verlangt. Beschwerdethema bildet daher die Frage, ob die Beschwerdegegnerin korrekt handelte, als sie das Angebot der Beigeladenen als gültig beurteilte und ihr als Preisgünstigste den Zuschlag erteilte.

E. 1.2

Die fragliche Auftragsvergabe untersteht unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Die totalrevidierten Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

- 7 - vom

E. 1.3

An der schriftlich eingereichten Beschwerde gibt es weder bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG [Rechtsbegehren, Sachverhalt, Begründung]) noch bezüglich der Einhaltung der 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 15 Abs. 2 IVöB/Art. 26 Abs. 1 SubG etwas auszusetzen. Die Beschwerde ist somit frist- und

formgerecht eingereicht worden.

E. 1.4

Nach Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig) bzw. 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, da es um die gerichtlich unabhängige Überprüfung des angefochtenen Vergabe-/Zuschlagsentscheids vom 14. September 2022 geht.

- 8 -

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 der Beschwerdeführer eine reelle Chance hat, bei Gutheissung der Beschwerde den Zuschlag zu erhalten; ob dies zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen des Beschwerdeführers zu beurteilen. Im konkreten Fall wird vom Beschwerdeführer primär die Aufhebung des strittigen Entscheids und die direkte Vergabe an ihn selber gefordert. Der Beschwerdeführer stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, das preisgünstigere Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte im Voraus wegen Abänderung der Ausschreibung ausgeschlossen werden müssen. Würde dem Beschwerdeführer gefolgt, könnte er grundsätzlich bei tatsächlichem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag für sein zweitrangiertes und einziges verbleibendes Angebot erhalten. Die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers kann infolgedessen bejaht werden.

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 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 (vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts [VGU] U 22 22 vom 1. November 2022 E.1.6, U 22 15 vom 23. Mai 2022 E.1.7 sowie U 19 7 vom 19. März 2019 E.7).

E. 1.7

Zu den verfahrensrechtlichen Anträgen ist zunächst festzustellen, dass seitens des Gerichts am 30. September 2022 mit der Aufforderung zur

- 9 - Vernehmlassung die superprovisorische Anordnung ergangen ist, wonach bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung jegliche Vollzugshandlungen zu unterbleiben haben, insbesondere der Vertragsabschluss. Da mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache entschieden wird, wird der Antrag des Beschwerdeführers zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig.

E. 1.8

Im Rahmen der Replik zählt der Beschwerdeführer die Edition der Verträge zwischen der Gemeinde I._____ und der Beigeladenen betreffend die Deponie und das C._____ sowie die Verträge der Gemeinde I._____ bzw. der Beigeladenen mit dem Eigentümer der Deponie zu den Beweismitteln. Verlangt wurde auch die Einholung der Auskünfte bzw. Berichte bei den kantonalen Ämtern für Jagd und Fischerei und für Natur und Umwelt. Auf die Einholung dieser Beweismittel wird vorliegend verzichtet, da davon keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten sind (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 147 IV 534 E.2.5.1, 136 I 229 E.5.3) bzw. für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz sind. Da sich dem Gericht bereits aufgrund der Rechtsschriften und der beigelegten Akten – darunter vor allem die seitens der Beschwerdegegnerin eingereichten Offerten (Bg-act. 2 und 3) – der Sachverhalt liquide darstellt, erübrigt sich die Einholung von weiteren Beweismitteln. 2. Mit Vergabeentscheid vom 14. September 2022 erteilte die Beschwerdegegnerin den Zuschlag für die Aushubarbeiten am Flussdelta- D._____ der Beigeladenen für CHF 25'045.45 (exkl. MWST) (Bf-act. 4). Da in der Ausschreibung die Zuschlagskriterien nicht genannt wurden, war der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium (Art. 21 Abs. 4 SubG). Der Beschwerdeführer klassierte sich mit seiner Offerte für CHF 35'535.-- (exkl. MWST) pro Jahr an zweiter Stelle; weitere Offerenten gab es nicht (Bg-act. 1). Der Beschwerdeführer rügt, dass die Beigeladene die Ausschreibung abgeändert habe; ihr Angebot sei daher vom Verfahren

- 10 - auszuschliessen. Ausserdem wird die direkte Vergabe an ihn selbst verlangt.

E. 2

Am 9. September 2022 fand die Offertöffnung statt. Innert Frist gingen das Angebot der C._____ AG für CHF 25'045.45 (exkl. MWST) pro Jahr sowie das Angebot von L._____, Inhaber der Einzelfirma A._____, für CHF 35'535.-- (exkl. MWST) pro Jahr ein.

E. 2.1

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 oder wenn durch die Offerte die Ausschreibungsunterlagen abgeändert werden. Eine Abänderung von der Ausschreibung kann auch durch die Anbringung von Vorbehalten erfolgen. Dadurch erklärt der Anbieter, dass auf sein Angebot bzw. den allfälligen künftigen Vertrag der Parteien nicht die in der Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen, sondern eine oder mehrere entsprechend geänderte Regeln zur Anwendung kommen werden. 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 aus dem Verbot des überspitzten Formalismus bzw. des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ergeben (vgl. dazu VGU U 21 63 vom 25. Januar 2022 E.3.1, U 21 17 vom 28. Juni 2021 E.2.4, U 20 32 vom 16. Juni 2020 E.4.3; PVG 2005 Nr. 33, 1999 Nr. 61 und 1997 Nr. 60; sowie VGU U 19 35 vom 18. Juli 2019 E.5.2 und U 18 51 vom 18. Dezember 2018 E.4.1; vgl. 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; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des

- 11 - öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 468 ff., insbesondere Fn. 1051).

E. 2.2

Im Begleitschreiben ihrer Offerte (Bg-act. 2) hielt die Beigeladene folgendes fest: "Präzisierung der Offerte Die Offerte Basiert auf das Preisgefüge der Offerte 2021 inkl. des Teuerungszuschlages. Das nicht brauchbare Material wurde wie im 2021 gerechnet, zur Deponie F._____ gerechnet. Ist dort die Annahme nicht möglich und der Aushub nach G._____ entsorgt werden muss, beträgt der Transportpreis 21.00.--/m3 und die Deponiegebühr 13.00.--/to."

E. 2.3

Der Beschwerdeführer rügt diesbezüglich, dass wenn die Beigeladene für den Fall der Unmöglichkeit der Materialabnahme in F._____ und H._____ einen Transportpreis und Deponiegebühren für die Deponie G._____ offeriere, sie die Ausschreibungsbeschreibungen, Ausmasse und Bedingungen verändere, indem sie einen Vorbehalt an der Offerte anbringe. Die Beschwerdegegnerin führt demgegenüber aus, dass die Beigeladene in einem Begleitschreiben den Vorbehalt für den Fall einer unmöglichen Anlieferung des nicht wiederverwertbaren Materials bei der Deponie F._____ angebracht habe. In solchen Fällen solle das Material nach G._____ transportiert werden. Das nicht brauchbare Material stelle nur einen kleineren Teil des Auftrages dar und sei weit weniger preisrelevant. Ausserdem seien Vorbehalte nicht gänzlich ausgeschlossen gewesen und der Vorbehalt stelle eine sachbezogene Präzisierung des Offertpreises für den Fall des Eintritts eines bestimmten möglichen Ereignisses ausserhalb des Einflussbereichs des Offertstellers dar.

E. 2.4

In den Ausschreibungsunterlagen (Bg-act. 2 und 3) wird folgendes festgehalten (Pos. 250.920): "Vollständigkeit des Angebotes. Grundsätzlich hat der Unternehmer das Angebot vollständig ausgefüllt ohne eigene Abänderungen, Ergänzungen oder Streichungen [recte: Streichungen] und mit allen verlangten Unterlagen

- 12 - einzureichen. Evtl. Vorbehalte zum Angebot oder Abänderungsvorschläge sind separat abzugeben. Unvollständige ausgefüllte Angebote werden vom Wettbewerb ausgeschlossen."

E. 2.5

Eventuelle Vorbehalte zum Angebot oder Änderungsvorschläge waren separat abzugeben. Seitens der Vergabebehörde waren daher Vorbehalte nicht von vornherein ausgeschlossen und das Vorgehen der Zuschlagsempfängerin entspricht den Vorgaben der Pos. 250.920 der Ausschreibung, da die in vorstehender Erwägung 2.2 erwähnte Passage in einem Begleitschreiben angebracht wurde. Was die Zulässigkeit des Vorbehaltes angeht, ist festzustellen, dass die fragliche Präzisierung nur eine Eventualität betrifft; das Angebot gilt grundsätzlich mit den angegebenen Preisen der Deponie F._____. Die Preise der Deponie G._____ sollen nur für den Fall der Unmöglichkeit der Annahme durch die Deponie F._____ zur Anwendung kommen. Dadurch wird nicht eine Abänderung der Regeln oder

Bedingungen in der Ausschreibung erzielt, da die Offerte vollständig und korrekt mit den Preisen für den Transport und die Gebühren der Deponie F._____ eingereicht wurde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beigeladene durch die Präzisierung auch der Eventualität der Unmöglichkeit der Annahme des unbrauchbaren Materials in F._____ Rechnung tragen wollte. Selbst eine Anfrage bei der Deponie F._____ hätte kaum eine verbindliche Sicherstellung der Annahme des Materials durch diese für die gesamte Vertragsdauer (fünf Jahre) ergeben, weshalb die Präzisierung auch unter diesem Gesichtspunkt legitim war. Eine Abänderung der Ausschreibung liegt damit nicht vor. Ein Ausschluss gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG wäre daher nicht gerechtfertigt.

E. 2.6

Selbst wenn man die angebrachte Präzisierung als echten Vorbehalt qualifizieren würde, wäre zu klären, ob dies im Sinne der Rechtsprechung und Lehre zum Ausschluss der Beigeladenen geführt hätte.

- 13 -

E. 2.6.1

Wie oben ausgeführt (E.2.1), ist gegenüber Offerten mit Abänderungen bzw. mit Vorbehalten im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 470; LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000 S. 235). Jedoch führen Vorbehalte nicht zwingend zum Ausschluss der Anbietenden. Sie bewirken den Ausschluss eines Anbieters nur, wenn sie wesentlich sind. Insbesondere darf der Ausschluss einer Offerte nicht das Verbot des überspitzten Formalismus sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 473 ff. sowie Rz. 453; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2020.00316 vom 3. September 2020 E.4.5 f.)

E. 2.6.2

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 6 Ziff. 2.1) betrifft der Vorbehalt nur das nicht brauchbare Material und nicht auch das wiederverwertbare Material, da letzteres nach H._____ und nicht auf die Deponie F._____ gebracht werden soll. Wenn also für die relevanten Positionen der Transportpreis und die Gebühren für G._____ zur Anwendung kommen würden, änderten sich diese wie folgt: Pos. 721.231, Transportpreise für nicht brauchbares Material (150 m³): F._____ CHF 8.50 /m³ Tot. CHF 1'275.-- G._____ CHF 21.-- /m³ Tot. CHF 3'150.-- Pos. 751.171, Deponiegebühr für nicht brauchbares Material (255 t): F._____ CHF 4.50 /t Tot. CHF 1'147.50 G._____ CHF 13.-- /t Tot. CHF 3'315.-- Differenz: Tot. Preise für G._____ (CHF 3'150.-- + CHF 3'315.--) - Tot. Preise für F._____ (CHF 1'275.-- + CHF 1'147.50) = CHF 4'042.50 (vgl. auch die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin S. 2).

- 14 -

E. 2.6.3

Wenn also die Preise für den Transport und die Deponiegebühren für G._____ eingesetzt würden, fiel der Gesamtpreis der Offerte der Beigeladenen um CHF 4'042.50 höher aus (CHF 29'087.95 exkl. MWST anstatt CHF 25'045.45 exkl. MWST). Jedoch würde dies ohne Einfluss auf die Rangierung des Angebots der Beigeladenen bleiben, welches

weiterhin das wirtschaftlich Günstigste wäre. Hinzu kommt noch, dass der fragliche Vorbehalt betreffend die Eventualität der unmöglichen Materialabnahme auf der Deponie F._____ für die Beschwerdegegnerin klar erkennbar war, was auch den Begründungen in den Rechtsschriften klar zu entnehmen ist (vgl. Vernehmlassung S. 1 f.; Duplik S. 3). Folglich wurde auch die Vergleichbarkeit der Offerten nicht beeinträchtigt. Es ist also davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin bewusst und in Kenntnis der Möglichkeit der fraglichen Preisänderung den Zuschlag an den Beschwerdeführer erteilt hat. Ausserdem war das Anbringen von Vorbehalten nicht von vornherein ausgeschlossen (Pos. 250.920). Daher wäre auch bei der Annahme eines echten Vorbehaltes – was hier aber nicht der Fall ist – der Ausschluss der Beigeladenen nicht gerechtfertigt gewesen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2020.00316 vom 3. September 2020 E.4.6).

3.1.1. Der Beschwerdeführer rügt weiter, dass der von der Beigeladenen in der Offerte eingesetzte Preis für die Deponiegebühr für unbrauchbares Material (Pos. 751.171) von CHF 4.50 /t unglauwürdig sei und dass dadurch das Angebot entscheidrelevant verzerrt werde. Der korrekte Preis gemäss der Preisliste 2022 der Deponie F._____ (Bf-act. 6) sei CHF 11.- /t. Die Beschwerdegegnerin stellte diesbezüglich hingegen fest, dass selbstverständlich die Anbieter in ihrem konkreten Angebot von generellen Preislisten eines Abnehmers von Deponiematerial abweichen und ihre eigene Kalkulation anstellen dürften. Dass die Beigeladene die offerierten Preise nicht einhalten werde, sei eine unbegründete Behauptung des

- 15 - Beschwerdeführers. Die Erfahrungen der Beschwerdegegnerin mit der Beigeladenen hätten gezeigt, dass diese ihre Offerten einhalte. 3.1.2. Ähnliches sei nach dem Beschwerdeführer für die Gebühr der Deponie H._____ (Pos. 751.171) gegeben: Die Beigeladene offeriere für das brauchbare Material eine Deponiegebühr von CHF 0.01 /t, während gemäss Preisliste 2022 (Bf-act. 7) die Gebühr CHF 2.-- /t betrage. Die Beigeladene habe daher wahrheitswidrige Gebühren, die von den offiziellen Deponiegebühren stark abweichen, eingesetzt. Zur Pos. 751.171 stellte die Beschwerdegegnerin fest, dass nicht zu verwehren sei, dass die Beigeladene die Materialannahme des wiederverwertbaren Materials auf ihrer eigenen Deponie zu einem symbolischen Preis offeriere, die Annahme des Deponiematerials sei also gewissermassen in ihren offerierten übrigen Arbeitspreisen enthalten. Ausserdem könne durch den Weiterverkauf des Materials ein Gewinn erzielt werden, sodass die offerierte Annahmegebühr kostendeckend sei.

E. 3

Am 14. September 2022 fällte der Gemeindevorstand der Gemeinde B._____ den Vergabeentscheid, der am 21. September 2022 mitgeteilt wurde. Dabei erwies sich das Angebot der C._____ AG als das wirtschaftlich günstigste. Die C._____ AG erhielt daher den Zuschlag für CHF 25'045.45 (exkl. MWST) pro Jahr.

E. 3.2

Soweit der Beschwerdeführer damit rügt, die Zuschlagsempfängerin habe ein Unterangebot abgegeben, ist folgendes festzuhalten: Im Anwendungsbereich der IVöB wird es heute als weitestgehend zulässig erachtet, wenn ein Anbieter mit einkalkuliertem Risiko ein bezüglich des Preises (zu) niedriges Angebot einreicht, solange die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt werden. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot sanktioniert somit weder die IVöB noch das SubG mit einem Ausschluss. Unterangebote sind somit kaum mehr verpönt, sondern werden in den Grenzen des lautereren Wettbewerbs toleriert

(GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1115). Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat mehrfach festgehalten, dass es grundsätzlich Sache des Unternehmers sei, wie und mit welchem Risiko er seine Preise kalkuliere (PVG 2019 Nr. 18, PVG 1998 Nr. 60; VGU 20

E. 3.3

Für das angerufene Gericht ist nicht ersichtlich, weshalb die Offerenten zwingend die Deponiegebühren, die in den Preislisten enthalten sind, einzusetzen haben. Die Deponiegebühren sind nicht allgemeinverbindlich und der Deponiebetreiber kann davon abweichen. Weiter kann der Offerent im Angebot einen tieferen Preis angeben und die Differenz selber übernehmen. Da die Deponie H._____ von der Beigeladenen betrieben wird, kann sie für die Materialabnahme andere Preise als die in der Preisliste enthaltenen Preise offerieren. Für die Preise der Deponie F._____ kann die Beigeladene gegenüber der Beschwerdegegnerin

- 17 - ebenfalls tiefere Gebühren einsetzen, wobei sie allenfalls die Differenz gegenüber der vom Deponiebetreiber verlangten Gebühr übernehmen muss.

E. 3.4

Der Beschwerdeführer behauptet insbesondere, dass die offerierte Deponiegebühr von CHF 0.01 offensichtlich nicht kostendeckend sei und dass dies unlauteren Wettbewerb im Sinne des UWG darstellen könne. Ausserdem seien dadurch die Verträge mit der Gemeinde I._____ und den Eigentümern verletzt. Diese Behauptungen werden aber vom Beschwerdeführer in keiner Weise belegt und überhaupt nicht substantiiert. Soweit die Beigeladene ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommt (z.B. mit eigenen Reservemitteln oder durch den Ertrag aus dem Weiterverkauf des Materials), ist ihr nichts vorzuwerfen. Nach der Erfahrung der Beschwerdegegnerin hält die Beigeladene ihre Offerten ein und dem Beschwerdeführer gelingt es nicht, das Gegenteil zu beweisen oder zumindest glaubhaft zu machen. Vorliegend bestehen also keine Indizien dafür, dass die Zuschlagsempfängerin ein unlauteres Unterangebot eingereicht hat. Nach dem Ausgeführten erübrigt sich auch die Prüfung, ob die Offerte tatsächlich kostendeckend bzw. üblich ist oder nicht. Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 4

Nachdem L._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) in die Offerte der C._____ AG Einsicht genommen hatte, erhob er am 29. September 2022 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Beantragt wurden die Aufhebung des Vergabeentscheids "Ausbaggerung D._____ -Delta beim E._____" vom 14. September 2022, mitgeteilt am 22. September 2022, sowie der Ausschluss des Angebots der C._____ AG. Der Auftrag sei an den Beschwerdeführer zu vergeben bzw. ihm zuzuschlagen. Eventualiter wurde in Aufhebung der angefochtenen Verfügung die Vergabe bzw. der Zuschlag des Auftrags an den Beschwerdeführer verlangt. Subeventualiter wurden die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung zur Neuvergabe an die Gemeinde

- 3 - B._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragt. Subsubeventualiter wurde die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabeentscheides verlangt. In prozessualer Hinsicht wurden die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie das Verbot für die Beschwerdegegnerin, den Vertrag mit der C._____ AG während des hängigen Beschwerdeverfahrens abzuschliessen, verlangt. Das Ganze unter

Kosten- und Entschädigungsfolgen. Begründend führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass die C._____ AG Abänderungen an der Ausschreibung vorgenommen habe und deshalb vom Wettbewerb auszuschliessen sei. Insbesondere sei der Vorbehalt, dass, falls die Deponie F._____ das nicht brauchbare Material nicht annehmen könne, das Material in G._____ mit der entsprechenden Deponiegebühr (CHF 13.-- /t anstatt CHF 4.50 /t) und dem Transportpreis (CHF 21.-- /m³ anstatt CHF 8.50 /m³) entsorgt werden müsse, unzulässig. Ausserdem habe die C._____ AG tiefere Deponiegebühren angegeben, als in den Preislisten der Deponien F._____ (CHF 4.50 /t anstatt CHF 11.-- /t für nicht brauchbares Material) und H._____ (CHF 0.01 /t anstatt CHF 2.-- /t für brauchbares Material) zu finden seien. Schliesslich akzeptiere die Deponie H._____ nur Material, das durch das eigene Labor als brauchbar qualifiziert werde und daher entscheide die C._____ AG selbst, welches Material angenommen werde. Dies habe aufgrund der unterschiedlichen Deponiegebühren eine Auswirkung auf die Offerte.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer rügt, dass nach der Preisliste der Beigeladenen in der Deponie H._____ nur Material angenommen werde, das nach dem geologischen Gutachten des eigenen Labors basierend auf der Norm SN EN 12620 akzeptiert werde. Somit entscheide die Beigeladene selbst, welches Material als brauchbar angenommen werde. Nach Ansicht des Beschwerdeführers könne daher unterstellt werden, dass das meiste Material als nicht wiederverwertbar deklariert werde und dann in G._____ mit den entsprechenden Preisen (CHF 21.-- /m³ Transport und Deponiegebühren von CHF 13.-- /t) entsorgt werde. Damit entspreche das Angebot der Beigeladenen nicht der Ausschreibung. Die Offerte führe zu einer verfälschten Beurteilung des Angebots und zu einem extrem viel

- 18 - höheren Preis (nach den Berechnungen des Beschwerdeführers würde die Offerte CHF 76'500.-- pro Jahr betragen, Beschwerde S. 9 Ziff. 3.5).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer übersieht aber, dass die Preisliste der Beigeladenen (Bf-act. 7) nicht Gegenstand der Offerte ist und das Erfordernis des Gutachtens durch das eigene Prüflabor seitens der Beigeladenen auch nicht vorbehalten oder auf andere Weise in der Offerte erwähnt wurde. Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, hat sich aus den früheren Ausbaggerungen des Flussdeltas D._____ (auf welchen die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen basieren) ergeben, dass das Material fast zu 100 % wiederverwertbar ist. Eine allfällige Qualifizierung des Materials als nicht brauchbar müsste gestützt auf objektive Kriterien erfolgen, etwa gestützt auf ein geologisches Gutachten nach der Norm SN EN 12620, sodass es nicht zutreffend ist, dass die Beigeladene darüber frei entscheiden kann. Die Rüge des Beschwerdeführers ist somit unbegründet und verfährt nicht. 5. Die Parteien sind sich bezüglich der Möglichkeit einer Fristverlängerung für die Ausführung der Aushubarbeiten am D._____-Delta uneinig. Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, dass die Frist in Absprache mit dem kantonalen Fischereiaufseher, Herrn K._____, verlängert werden könne und dass die Arbeiten auch nach dem Oktober durchgeführt werden könnten (Vernehmlassung S. 1 Ziff. 2; Duplik S. 2). Der Beschwerdeführer bringt hingegen vor, dass ihm der Fischereiaufseher die gegenteilige Auskunft erteilt habe (Beschwerde S. 6 Ziff. 1.1.1; Replik S. 2; Stellungnahme vom 1. Dezember 2022 S. 1 Ziff. 1). Diese Frage ist aber für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz, da gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Pos. 635.100 [Bg-act. 2 und 3]) die Arbeiten bis zum 30.

September 2022 auszuführen waren und von den Offerenten keine abweichende Offerte eingereicht wurde. Weitere Ausführungen sind daher nicht notwendig.

- 19 - 6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich der angefochtene Vergabeentscheid des Gemeindevorstandes vom 14. September 2022 als rechtens und vertretbar erweist, was zu seiner Bestätigung und folglich zur Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde vom 29. September 2022 führt.

E. 5

Am 30. September 2022 lud der Instruktionsrichter die Beschwerdegegnerin sowie die C._____ AG als Beigeladene zur Vernehmlassung ein. Gleichzeitig wurde angeordnet, dass bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung jegliche Vollzugshandlungen zu unterbleiben haben, insbesondere der Vertragsabschluss. Die C._____ AG (nachfolgend Beigeladene) liess die Frist zur Stellungnahme unbenutzt ablaufen.

- 4 -

E. 6

Die Beschwerdegegnerin reichte am 12. Oktober 2022 ihre Vernehmlassung ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, dass es sich vorliegend lediglich um einen Vorbehalt der Beigeladenen für den Fall der unmöglichen Anlieferung des nicht wiederverwertbaren Materials an die Deponie F._____ handle. Vorbehalte seien nach der Ausschreibung nicht gänzlich ausgeschlossen gewesen und hier handle es sich um eine sachbezogene Präzisierung des Offertpreises für den Fall des Eintritts eines bestimmten, möglichen (wenn auch unwahrscheinlichen) Ereignisses ausserhalb der Einflussosphäre des Offertstellers. Der Vorbehalt vermöge auch nicht das Zuschlagergebnis zu ändern. Weiter sei es zulässig, von generellen Preislisten eines Abnehmers von Deponiematerial abzuweichen und eine eigene Kalkulation anzugeben. Die Erfahrungen mit der Beigeladenen hätten gezeigt, dass sie ihre Offerten einhalte. Ausserdem sei das in der Preisliste der Deponie H._____ enthaltene Erfordernis einer Laborprüfung für die Beschwerdegegnerin nicht massgeblich, da sich die Preisliste an Drittanlieferer richte und nicht Gegenstand des Angebots sei.

E. 7

In seiner Replik vom 28. Oktober 2022 bestritt der Beschwerdeführer die Ausführungen der Beschwerdegegnerin und präzisierte seine Argumente. Ausserdem führte er aus, dass die Beigeladene für ihre eigene Deponie in H._____ nicht von der Preisliste abweichen könne. Das würde zu einer Vertragsverletzung gegenüber der Gemeinde I._____ und den Eigentümern des Landes, auf welchem die Deponie betrieben werde, führen. Das sei zudem wettbewerbs- und kartellrechtswidrig. Mit dem Vorbehalt bezüglich des nicht brauchbaren Materials kämen die in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen nicht zur Anwendung, sondern es würden eine oder mehrere entsprechend geänderte Regeln angewendet. Die Beigeladene habe für die Deponie H._____ eine Gebühr eingesetzt, die 200-mal tiefer als die Gebühr auf der Preisliste sei. Eine so

- 5 - reduzierte Deponiegebühr stelle ein ungewöhnlich tiefes Angebot dar, die einer Nachfrage durch die Beschwerdegegnerin bedürfte. Die Beschwerdegegnerin habe daher die gesetzliche Prüfungspflicht nicht beachtet und letztlich die beiden Offerten auch nicht verglichen. Die Deponiegebühr von CHF 0.01 /t sei offensichtlich nicht kostendeckend und könnte unlauteren Wettbewerb darstellen.

E. 7.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Neben der Berücksichtigung der Offertsumme in der Höhe von rund CHF 125'000.-- (5 x CHF 25'045.45 [exkl. MWST], da die Arbeiten für eine Dauer von fünf Jahren vergeben wurden) ist konkret von einem mittleren Aufwand und einer nicht sehr hohen Komplexität für das Gericht auszugehen (vgl. VGU U 21 40 vom 28. Juni 2021 E.3.1, U 18 56 vom 6. November 2018 E.8, U 14 101 vom 21. April 2015). In der Folge wird ermessensweise eine Staatsgebühr von CHF 2'000.-- (zzgl. Kanzleiauslagen) als angemessen und gerechtfertigt erachtet.

E. 7.2

Gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Die Beigeladene hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb ihr keine aussergerichtliche Entschädigung geschuldet ist. Der Beschwerdegegnerin steht nach Art. 78 Abs. 2 VRG ebenfalls keine Parteientschädigung zu, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat. III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 8

Die Beschwerdegegnerin reichte am 18. November 2022 ihre Duplik ein. Sie hielt an ihren Ausführungen fest und nahm Stellung zur Replik des Beschwerdeführers. Insbesondere brachte sie vor, dass Vereinbarungen mit Dritten für das Submissionsverfahren unerheblich seien und hier vermöge der Beschwerdeführer keine Verletzung von einer konkreten Gesetzesbestimmung darzulegen. Hinsichtlich der Behauptung des Beschwerdeführers, die Gebühr für das wiederverwertbare Material stelle ein ungewöhnlich tiefes Angebot dar, stellte die Beschwerdegegnerin fest, dass die Beigeladene bereits in früheren Rechnungen derart tiefe Ansätze verwendet habe, weshalb das hier strittige Angebot nicht als ungewöhnlich zu qualifizieren sei. Hingegen sei der vom Beschwerdeführer offerierte Preis als zu hoch einzustufen. Wiederverwertbares Material könne vom Unternehmer verkauft werden; auch unter Berücksichtigung der Aufbereitungskosten könne für die Menge, die sich aus dem D._____ - Delta ergebe, ein Nettoertrag von mindestens CHF 20'000.-- erzielt werden. Dies zeige, dass die von der Beigeladenen offerierte Annahme für CHF 0.01 /t gewöhnlich und kostendeckend sei.

E. 9

Obwohl mit der prozessleitenden Verfügung vom 23. November 2022 vom Instruktionsrichter kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet wurde, nahm der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2022 Stellung zur Duplik. Darin bestritt er die Ausführungen der Beschwerdegegnerin. Die von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Rechnungen und Offerten bezögen sich auf einen Auftrag, der nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar sei. Zusammen mit der Stellungnahme wurde auch die

- 6 - Honorarnote eingereicht. Die Beschwerdegegnerin liess die bis zum

E. 12

Dezember 2022 angesetzte Frist zur Stellungnahme unbenutzt ablaufen. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften sowie auf die eingereichten Beweismittel wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 15

November 2019 (IVöB; BR 803.710) kommen laut Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 IVöB vom 15. November 2019) nicht zum Zuge, wenn das Vergabeverfahren vor Inkrafttreten der Vereinbarung eingeleitet wurde. Diese Verfahren sind nach bisherigem Recht zu Ende zu führen. Die Gemeinde hat die Ausschreibung am 24. August 2022 per E-Mail dem Offerenten zugesendet (beschwerdegegenerische Beilage [Bg- act.] 3), sodass das Verfahren vor Inkrafttreten der Vereinbarung am 1. Oktober 2022 eingeleitet worden ist. Daraus folgt, dass vorliegend das bisherige Recht zur Anwendung kommt. Konkret kommen die einschlägigen Normen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; BR 803.510) sowie das Submissionsgesetz des Kantons Graubünden (SubG; BR 803.300) mitsamt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Das jetzige Verfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100).

E. 16

vom 12. Mai 2020 E.5.2, U 10 26 vom 7. April 2010 E.2b, U 07 41 vom 6. Juli 2007 E.2, U 07 40 vom 6. Juli 2007 E.2, U 06 140 vom 23. Januar

- 16 - 2007 E.2, U 06 22 vom 8. Mai 2006 E.4, U 06 9 vom 24. Februar 2006 E.2d; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Fn. 2376). Nicht relevant sind jene Angebote, bei denen der Anbieter zunächst seine Leistung kalkuliert, danach den Preis senkt und die Differenz aus seinen finanziellen Reserven deckt. Denn die Gründe für ein Unterangebot können vielseitig und durchaus lauter sein, nämlich etwa zwecks Überbrückung von Überkapazitäten, Deckung von Fixkosten oder Erhaltung von Arbeitsplätzen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1126). Unzulässig sind nur sogenannte unlautere Unterangebote im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241). Unlauter ist ein Angebot dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen resultieren (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1126). Nicht kostendeckende Angebote im Sinne altrechtlicher Unterangebote verstossen somit – ausser sie seien unlauter – nicht gegen Art. 26 SubV. Mit dieser Bestimmung will vielmehr nur sichergestellt werden, dass ein Anbieter trotz offerierter Tiefstpreise die Teilnahme- und Auftragsbedingungen erfüllen kann (vgl. VGU U 20 75 vom 22. Dezember 2020 E.4.2.3).

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