

# GR\_GERICHTE U 2022 83 vom 11. Januar 2023

GR Gerichte, 2023-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2022\\_83](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_83)

FR: GR\_GERICHTE U 2022 83 du 11 janvier 2023

IT: GR\_GERICHTE U 2022 83 del 11 gennaio 2023

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Im Januar 2022 führte die Stadt B.\_\_\_\_\_ für die Beschaffung eines durchgängigen Systems zur Fahrzeugdatenerfassung und Routenführung der Fahrzeuge ihrer Werkbetriebe (Winterdienst und Stadtreinigung) ein Einladungsverfahren bei dazu grundsätzlich geeigneten Unternehmungen durch. Die eigentlichen Zuschlagskriterien wurden dabei wie folgt definiert und gewichtet: Finanzielle Leistungsfähigkeit 40 % Technische + Funktionale Leistungsfähigkeit 40 % Anbieterspezifische Leistungsfähigkeit 20 % Zusätzlich wurde die formelle und verfahrensmässige Akzeptanz gemäss den (verbindlichen) Vorgaben der Submissionsverordnung (für den Kanton Graubünden) sowie weiterer Vorgaben seitens der Ausschreibungsstelle als Muss-Kriterien festgelegt. Diese betreffen im Wesentlichen die Fragen nach einer Selbstdeklaration sowie die Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz vom Januar 2020 (AGB SIK) unter Ausschluss der eigenen AGB.

#### E. 1.1

Vorliegen ist der Vergabeentscheid vom 22. September 2022 angefochten, mit dem der Auftrag für die Ausschreibung "Fahrzeugdatenerfassung und Routenführung" der Stadt B.\_\_\_\_\_, handelnd durch den Stadtrat und vertreten durch die Dienststelle Informatik, – unter Ausschluss der A.\_\_\_\_\_ AG – an die C.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beigeladene) vergeben wurde.

- 6 -

#### E. 1.2

Die vorliegende Auftragsvergabe untersteht unbestrittenermassen dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Es gelangen namentlich die einschlägigen Normen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; BR 803.510) sowie das kantonale Submissionsgesetz (SubG; BR 803.300) mitsamt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Die totalrevidierten Bestimmungen der IVöB vom 15. November 2019, welcher der Kanton Graubünden mit Beschluss vom 5. Juli 2022 der Regierung beitrug, kommen laut dessen Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 der IVöB vom 15. November 2019) vorliegend noch nicht zur Anwendung, da Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Die IVöB vom 15. November 2019, das Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche

Beschaffungswesen (EGzIVöB; BR 803.600) und die Verordnung zum Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (RVzEGzIVöB; BR 803.610) traten für den Kanton Graubünden am 1. Oktober 2022 in Kraft, während das vorliegende zu beurteilende Submissionsverfahren bereits im Januar 2022 eingeleitet wurde. Das Verfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100).

### **E. 1.3**

Nach Art. 15 Abs. 1 sowie Abs. 1bis lit. d und e IVöB bzw. Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c SubG kann gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Verfahren Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben. Die Beschwerde wurde zudem form- und fristgerecht erhoben (siehe Art. 7 f. und Art. 38 Abs. 1 VRG sowie Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG). Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin beantragten aufschiebenden

- 7 - Wirkung ist noch festzuhalten, dass dieser mit dem Entscheid in der Hauptsache hinfällig wird (siehe etwa VGU U 22 80 vom 15. Dezember 2022 E.1.7 und U 21 17 vom 28. Juni 2021 E.1.6; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 8C\_594/2019 vom 28. Mai 2020 E.5 und 2C\_605/2019 vom 27. Juni 2019 E.4).

### **E. 1.4**

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 Legitimation ist namentlich gegeben, wenn die Beschwerdeführerin als nicht berücksichtigte Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (siehe Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] U 22 80 vom 15. Dezember 2022 E.1.5 und U 21 85 vom 18. Januar 2022 E.1.5; vgl. betreffend Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021] bzw. Art. 89 und Art. 111 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110] auch BGE 146 II 276 E.1.3.1 f., 141 II 307 E.6, 141 II 14 E.4.1 ff. und 137 II 313 E.3.3.1 ff.). Ob dies zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Diese beantragt in ihrer Beschwerde im Hauptbegehren die Aufhebung des Vergabeentscheides vom 22. September 2022 und den Zuschlag an sich selbst. Eventualiter die Rückweisung zur Neu beurteilung an die Vorinstanz. Das formelle Beschwer der Beschwerdeführerin ist unbestritten. Die Beschwerdegegnerin bestreitet aber die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin mit dem Umstand, dass diese nach wie vor nicht bereit sei, die AGB SIK vorbehaltlos anzunehmen und deren Einhaltung als überspitzt formalistisch betrachte. Somit sei auch nach einer allfälligen Rückweisung der Streitsache an die Vergabebehörde nicht mit einem Zuschlag an die Beschwerdeführerin zur

- 8 - rechnen. Replicando hielt die Beschwerdeführerin dazu insbesondere fest, dass sich die Beschwerdeführer nicht gegen die AGB SIK wehre. Sie habe nur die Bemerkung abgebracht, dass in denjenigen Fällen, in denen eine Regelung durch die AGB SIK fehle, die eigenen AGB gelten würden. Dass die AGB SIK dabei Vorrang gegenüber den der Beschwerdeführerin geniessen würden, sei hingegen unbestritten. Die Auswirkungen der von der Beschwerdeführerin angebrachten Bemerkungen zu den AGB SIK hinsichtlich

ihrer eigenen AGB beschlagen (auch) die materielle Streitfrage der Zulässigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin infolge Nichteinhaltung eines Muss-Kriteriums.

### **E. 1.5**

Die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin angebrachte Bemerkung zu den AGB SIK bzw. die (ergänzende) Anwendbarkeitserklärung ihrer eigenen AGB einen Zuschlag an diese hindert bzw. sie zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, kann als eine doppelrelevante Tatsache (siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_527/2020 vom 22. April 2022 E.5.3.3) betrachtet werden. Denn die Aufrechterhaltung der Chance auf einen Zuschlag hängt davon ab, ob die von der Beschwerdeführerin in ihrer Offerte angebrachte Bemerkung bzw. der Vorbehalt ihrer AGB (für von den AGB SIK nicht explizit erwähnte Regelungsbereiche) dazu führt, dass das Muss-Kriterium der formellen und verfahrensmässigen Akzeptanz der bzw. gemäss Ausschreibungsstelle nach den Ziffern 6.2 und

### **E. 1.9**

Hat die Beschwerdegegnerin aber somit in nicht zu beanstandender Weise auf eine zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führende Nichteinhaltung des (ungewichteten und zwingend zu erfüllenden) Muss- Kriteriums der formellen und verfahrensmässigen Akzeptanz der bzw.

- 26 - gemäss Ausschreibungsstelle (siehe dazu Ziffern 6.2 und 7.2 der Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 2] erkannt, fehlt es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 50 Abs. 1 VRG gemäss den vorstehenden Erwägungen 1.4 f. und sie ist zur Beschwerdeerhebung nicht legitimiert. Damit ist mangels Erfüllung der (auch von Amtes wegen zu prüfenden) Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzung auf die Beschwerde nicht einzutreten. 2. Unabhängig davon, ob trotz fehlender Legitimation in der Sache formelle Rügen, die auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen würden, zu prüfen wären, ist hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin gerügten Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör folgendes festzuhalten. 2.1.1. Die Beschwerdeführerin erachtet die Zustellung des angefochtenen Entscheides vom 22. September 2022 als Anhang in der E-Mail vom 23. September 2022 als formungültig und sieht darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Dies weil durch diese Zustellungsart die Beschwerdeerhebung gefährdet oder zumindest stark erschwert werde. 2.1.2. Mit E-Mail vom 23. September 2022 teilte die Beschwerdegegnerin den angefochtenen Entscheid vom 22. September 2022 der dafür bei der Beschwerdeführerin zuständigen Person mit (siehe Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 2 f., Bg-act. 7 f. und die Visitenkarte in der Offerte der Beschwerdeführerin [Bg-act. 3d]). Dabei wies die Beschwerdegegnerin explizit darauf hin, dass auf einen Postversand verzichtet werde und bat – wie auch bereits beim Versand der Ausschreibungsunterlagen im Januar 2022 – um eine Empfangsbestätigung. Die bei der Beschwerdeführerin für die vorliegende Submission zuständige Person bestätigte am 30. September 2022 der Beschwerdegegnerin das Eintreffen der E-Mail zum Vergabeentscheid am

- 27 - 23. September 2022 auf Nachfrage der Beschwerdegegnerin vom 28. September 2022 hin. Dabei führte sie aus, dass sie erst einige Tage später davon Kenntnis genommen habe. Weiter zeigte sich diese Person überrascht über die Art der Übermittlung bzw. Eröffnung des Entscheides vom 22. September 2022, da eine postalische Mitteilung gegen Empfangsbestätigung erwartet worden sei. Dazu ist zu bemerken, dass gemäss Art. 23 Abs.

1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VRG Entscheide den Parteien und, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist, Dritten zwar schriftlich mitzuteilen sind, das VRG oder das SubG über die Art der (postalischen) Zustellung aber keine weiteren Vorgaben machen. Eine Eröffnung des Entscheides vom 22. September 2022 hätte somit auch auf postalischem Weg nicht wie von der Beschwerdeführerin anscheinend erwartet gegen Empfangsbestätigung erfolgen müssen, sondern wäre namentlich auch die Zustellart A-Post Plus oder sogar normale A- oder B-Post in Frage gekommen. Für die Fristauslösung genügte es bei uneingeschriebenen Sendungen, wenn diese in den Machtbereich des Empfängers gelangte. Einen eigentlichen Nachweis der tatsächlichen Kenntnisnahme ist hingegen nicht erforderlich (vgl. BGE 142 III 599 E.2.4.1; PVG 2017 Nr. 29 E.4a; VGU S 22 50 vom 15. Juli 2022 E.1.3.1, R 21 60 vom 24. November 2021 E.3.5 und R 18 65 vom 22. Oktober 2019 E.5.2). Bereits am 29. September 2022 mandatierte die Beschwerdeführerin den Rechtsvertreter für das vorliegenden Verfahren und instruierte diesen (siehe Vollmacht und Auftrag vom 29. September 2022 [Bf-act. A] sowie Kostennote vom 15. November 2022). Spätestens zu diesem Zeitpunkt hatte die Beschwerdeführerin somit sogar tatsächliche Kenntnis des Inhalts des Entscheides vom 22. September 2022 und damit auch ihres Ausschlusses vom Verfahren. Grundsätzlich fällt die Übermittlung eines Entscheides per E-Mail nicht unter die schriftliche Mitteilung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 VRG (siehe PVG 2018 Nr. 29). Die Beschwerdeführerin bestreitet hingegen nicht substantiiert, dass der Entscheid vom

- 28 - 22. September 2022 grundsätzlich die erforderlichen (materiellen) Elemente einer Verfügung im Sinne von Art. 25 SubG aufweist (vgl. auch Art. 23 Abs. 1 SubG und auch Art. 22 Abs. 1 VRG; vgl. für die allgemeinen [materiellen] Begriffselemente einer Verfügung: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht,

## **E. 2**

Innert Frist gingen vier Offerten bei der Stadt B.\_\_\_\_\_ ein. Anlässlich der Offertöffnung vom 3. März 2022 bot sich folgendes Bild: Angebot Beschaffung (inkl. MWST) Angebot Total Cost of Ownership (TCO) (inkl. MWST) D.\_\_\_\_\_ GmbH: CHF 135'496.-- CHF 407'762.-- A.\_\_\_\_\_ AG: CHF 216'286.-- CHF 216'286.-- E.\_\_\_\_\_ AG: CHF 196'476.-- CHF 287'413.-- C.\_\_\_\_\_ GmbH: CHF 547'601.-- CHF 547'601.-- Die Auswertung der Offerten ergab, dass das Angebot der Firma A.\_\_\_\_\_ AG ein Muss-Kriterium nicht erfüllte. Entsprechend wurde ihr Angebot

- 3 - nicht mehr detailliert ausgewertet. Nach Bereinigung der Angebotssummen und der Bewertung der Zuschlagskriterien ergaben sich folgende Ergebnisse und Rangierung: Angebot Beschaffung (inkl. MWST) Betrieb pro Jahr (inkl. MWST) Angebot TCO

## **E. 2.3**

Damit erwiese sich jedenfalls auch die Rüge der Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör als unbegründet. 3.1. Selbst wenn aber auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, erwiese sie sich aufgrund der vorstehenden Ausführungen unter den dort geprüften Gesichtspunkten als unbegründet (siehe vorstehende Erwägungen 1.6.3 ff.). Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkte sich dabei 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 könnte 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 hätte es Lösungen der Vergabebehörde zu akzeptieren, die mit sachlichen Gründen vertretbar sind, auch wenn eine andere Lösung als zweckmässiger erschiene (siehe anstatt vieler: Urteile des Verwaltungsgerichts VGU U 22 80 vom

#### **E. 5**

Mit Vernehmlassung vom 12. Oktober 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde soweit darauf eingetreten werden könne. Dies unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sie begründet ihren Antrag auf Nichteintreten damit, dass der Beschwerdeführerin die Legitimation fehle, weil sie immer noch nicht bereit sei, ihre eigenen AGB auszuschliessen. Weiter führte sie aus, dass sich die Beschwerdeführerin ein hinreichend klares Bild über den Vergabeentscheid bzw. über ihren Ausschluss habe machen können. Eine Doppelprüfung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sei nicht ersichtlich, zumal es sich um ein Einladungsverfahren handle. Die AGB der Beschwerdeführerin enthielten zahlreiche Widersprüche zu denjenigen der SIK, sodass ein Ausschluss gerechtfertigt und auch nicht überspitzt formalistisch sei. Auf die Rüge der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis könne bereits darum nicht eingetreten werden, da dies bei ihr gar nicht zu Anwendung gekommen sei, weil sie mangels Erfüllung von Muss- Kriterien bereits vor der eigentlichen Bewertung der Angebote ausgeschieden sei.

#### **E. 6**

In ihrer Replik vom 28. Oktober 2022 vertiefte die Beschwerdeführerin ihre Argumentation. Insbesondere betont sie, dass gemäss ihrer Erklärung in

- 5 - allen Punkten die Regelungen der SIK denjenigen ihrer eigenen AGB vorgingen. Die Vergabebehörde befinde sich bezüglich der Tragweite dieser Erklärung in einem Irrtum.

#### **E. 6.2**

und

#### **E. 7**

Die Vergabebehörde betonte in ihrer Duplik vom 7. November 2022 demgegenüber, dass in den Angebotsunterlagen eine vorbehaltlose Annahme der AGB SIK unter Ausschluss der eigenen AGB verlangt wurde. Die Beschwerdeführerin habe diese Bedingung nicht erfüllen wollen, weshalb ihr Angebot nicht den Anforderungen der Ausschreibung entspreche.

#### **E. 7.2**

der Ausschreibungsunterlagen (namentlich Frage unter Position 10 der Ziffer 7.2) und zur Frage "Akzeptieren Sie die AGB SIK Ausgabe Januar 2020 unter Ausschluss Ihrer eigenen AGB?" folgendes fest (siehe Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 3d, Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerin, S. 31 [Blaues Register]): "Ja Bemerkungen: für nicht explizit erwähnte (recte erwähnte) Punkte sind die AGB der A. \_\_\_\_\_ AG gültig"

- 15 - Indem die Beschwerdeführerin den in der Ausschreibung verlangten vollständigen Ausschluss der eigenen AGB nicht erklärte, sondern auf einer partielle bzw. zumindest subsidiäre generelle Weitergeltung ihrer eigenen AGB beharrt, entsteht im Vertragswerk auch hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Diese Unsicherheit wird im konkreten Fall noch verstärkt durch die Formulierung des Vorbehalts, wonach die eigenen AGB für nicht explizit (Hervorhebung durch das Gericht) erwähnte Punkte gültig seien. Mit diesem erheblichen Vorbehalt ist die Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich ihrer Konditionen

nicht mehr in hinreichendem Masse sichergestellt. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die anderen Anbieter in diesem Punkt mit der eindeutigen Bejahung dieses Ausschreibungspunktes begnügt haben und damit den in der Ausschreibung geforderten, bereits vom Wortlaut her eindeutig geforderten Ausschluss der eigenen AGB uneingeschränkt akzeptiert haben (siehe Bg-act. 3a S. 33, 3b S. 30 und 3c S. 34 der ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen). Auch sind die von der Beigeladenen zur Frage 10 abgegebenen Bemerkungen zu den Ziffern 7 und 24.2 der AGB SIK nicht mit der von der Beschwerdeführerin verlangten (subsidiären) generellen Geltung ihrer eigenen AGB vergleichbar, wies sie betreffend die Verpflichtung der Leistungserbringerin zur Lieferung einer (Software-)Dokumentation bzw. zu für den Betrieb notwendigen Installations- und Bedienungsanleitungen an die Leistungsbezügerin gemäss Ziffer 7 der AGB doch lediglich darauf hin, dass es keine Dokumentation/Handbuch zum BMS (Betriebsmanagementsystem [gemäss Ziffer 4.1 der Ausschreibungsunterlagen]) gebe, weil das BMS, vor allem nach den Schulungen, intuitiv bedienbar sei. Hinsichtlich Ziffer 24.2 der AGB SIK zur Thematik von Individualsoftware stellte die Beigeladene auch nur klar, dass es sich beim BMS um eine Standardsoftware für die Abfall- und Entsorgungswirtschaft handle und durch die individuelle Anpassung für die Bezügerin keinerlei Rechte an die

- 16 - Leistungsbezügerin oder Dritte übergangen, sondern dass lediglich ein Nutzungsrecht durch Lizenzkauf erfolge (siehe dazu die ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen der Beigeladenen [Bg-act. 3a S. 33]; vgl. dazu auch Ziffer 24.4 der AGB SIK betreffend Standardsoftware). Die Beigeladene wollte somit die Parametrierung bzw. Anpassung der BMS- (Standard-)Software an die individuellen Bedürfnisse der Beschwerdeführerin nicht als Individualsoftware verstanden wissen. Diese konkreten Anmerkungen zu gewissen Bestimmungen der AGB SIK unterscheiden sich aber deutlich von der generellen (subsidiären) Anwendbarkeitserklärung eigener AGB durch die Beschwerdeführerin – bei gefordertem expliziten Ausschluss eigener AGB in der Fragestellung –, sofern die AGB SIK bzw. die weiteren Vertragsunterlagen einen Punkt nicht explizit regeln. Die Beigeladene ging im Gegensatz zur Beschwerdeführerin dabei vielmehr so vor, wie es in Ziffer 5.6 der Ausschreibungsunterlagen (siehe Bg-act. 2 S. 26) vorgesehen ist (siehe dazu auch BEYELER, a.a.O., Rz. 1928), wenn ein (konkreter) Punkt des Muster(werk)vertrages inkl. Vertragsbeilagen (vgl. dazu Ziffer 5.1 der Ausschreibungsunterlagen) nicht akzeptiert werden könne. Dabei wurde von der Beigeladenen (ein potenzieller) Konflikt klar offengelegt bzw. die Bedeutung der konkreten Ziffern der AGB SIK aus der Sicht der Anbieterin klargestellt. Im Gegensatz zu einer subsidiären und generellen Anwendbarkeitserklärung der eigenen AGB durch eine Anbieterin bevorzugt die Beschwerdegegnerin gemäss den unmissverständlichen Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen klarerweise die subsidiäre Geltung des schweizerischen Rechts, insbesondere des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220), für nicht in den Vertragsdokumenten inkl. den Anhängen bzw. AGB-SIK geregelten Punkte (vgl. dazu Ziffer 5.6 der Ausschreibungsunterlagen, Ziffer 13 des Werkvertragsentwurfes und Ziffer 23.1 AGB SIK, alles in: Bg-act. 2). Die

- 17 - Akzeptanz dieser Stufenfolge der auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Regelungen verlangte die Beschwerdegegnerin von allen Anbietern, wobei sich einzig die Beschwerdeführerin mit ihrer (subsidiären) generellen Anwendbarkeitserklärung ihrer eigenen AGB für nicht explizit in den Vertragsdokumenten inkl. Anhängen bzw. AGB SIK

geregelten Punkte dieser formellen Vorgabe in allgemeiner Weise nicht vollständig unterzogen hat. 1.7.1. Weiter rügt die Beschwerdeführerin ihren Ausschluss als überspitzt formalistisch, was zur Missachtung eines der wichtigsten Ziele des öffentlichen Vergaberechts, nämlich die Gewährleistung eines möglichst wirksamen Wettbewerbes, führe. Wenn der Beschwerdegegnerin die Streichung dieser beschwerdeführerischen Bemerkung zu Geltung der eigenen AGB derart wichtig gewesen wäre, hätte die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht werden müssen. Dies habe die Beschwerdegegnerin aber unterlassen, womit der Ausschluss überspitzt formalistisch sei, zumal die Offerte der Beschwerdeführerin die mit Abstand günstigste sei. 1.7.2.

Demgegenüber stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass sie für die Ausschreibung der Fahrzeugdatenerfassung und Routenführung exakt nach den gesetzlichen Vorschriften über die Submission vorgegangen sei und unter anderem Muss-Kriterien aufgestellt habe. Diese habe die Beschwerdeführerin aber mit der (generellen) Anwendbarkeitserklärung ihrer eigenen AGB (für nicht explizit in den Vertragsunterlagen inkl. Anhängen bzw. den AGB SIK geregelten Punkten) nicht vorbehaltlos akzeptiert, womit deren Offerte als ungültig erklärt werden musste. Die Auswirkungen des erklärten Vorbehaltes der Beschwerdeführerin zugunsten ihrer eigenen AGB seien, namentlich im Hinblick auf den Umstand, dass das Betriebssystem der zu beschaffenden (Navigations-)Geräte vom (Software-)Hersteller seit Jahren nicht mehr

- 18 - unterstützt werde und somit die in den AGB SIK verlangte Wartung, Pflege und Produktentwicklung nicht sichergestellt sei, für Ausführung des Auftrages nicht tolerierbar.

1.7.3. Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung und im Widerspruch zu Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) stehend liegt etwa vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre oder wenn die Vergabebehörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt (vgl. BGE 135 I 6 E.2.1). Dabei steht aber nicht jede prozessuale Formstrenge im Widerspruch zu Art. 29 Abs. 1 BV. Vielmehr darf die strikte Anwendung der Formvorschrift durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt sein, verkommt zu blossen Selbstzweck und erschwert oder verhindert die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise (siehe Urteil des Bundesgerichts 2C\_920/2020 vom 2. Juni 2021 E.3.3 m.H.a BGE 145 I 201 E.4.2.1 und 142 I 10 E.2.4.2). Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde als formelle Vorgabe im Sinne eines Muss-Kriteriums die (uneingeschränkte) Akzeptanz der AGB SIK verlangt. Dies unter gleichzeitigem Ausschluss der eigenen AGB. Diese gemäss der vorstehenden Erwägungen 1.6.4 f. sachlich durchaus gerechtfertigte Vorgabe kann die Anbieterin entweder erfüllen oder nicht erfüllen. Insofern ist die Angabe dazu vergleichbar mit den Ja/Nein – Antworten der Selbstdeklaration gemäss Art. 10 SubG, welche sich vorliegend im Wesentlichen unter Ziffer 7.1 der Ausschreibungsunterlagen findet und gemäss Position 1 der (Zuschlags-)Kriterien gemäss Ziffer 6.2 der Ausschreibungsunterlagen ebenfalls ein zwingend zu erfüllendes (ungewichtetes) Muss-Kriterium darstellt. Wenn die Beschwerdeführerin betreffend Ausschluss ihrer eigenen AGB nun einen (wenn auch bloss subsidiären) Vorbehalt und damit eine Abweichung von der von der

- 19 - Beschwerdegegnerin angedachten subsidiären Anwendbarkeit des Schweizerischen Obligationenrechts (siehe dazu insbesondere Ziffern 2 und 13 des Werkvertragsentwurfes in den Ausschreibungsunterlagen [Bg- act. 2]) macht, kann der Ausschluss nicht als

überspitzt formalistisch betrachtet werden, da namentlich im Hinblick auf (juristische) Vergleichbarkeit der Offerten und allfälligen Risiken bei späteren Problemen in der Vertragserfüllung das Beharren auf einen uneingeschränkten Akzept der AGB SIK unter gleichzeitigem Ausschluss der eigene AGB durch sachliche und schützenswerte Interessen der Vergabebehörde gerechtfertigt erscheint bzw. jedenfalls nicht blosser Selbstzweck einer verlangten formellen Anforderung darstellt. Vorliegend ist besonders zu beachten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um einen wesentlichen Vorbehalt hinsichtlich der von der Beschwerdegegnerin verlangten Punkte unter dem Titel der formellen und verfahrensmässigen Akzeptanz der bzw. gemäss der Vergabebehörde handelt und der Vorbehalt der eigenen AGB zudem für alle nicht explizit in den Vertragsunterlagen inkl. Anhängen bzw. der AGB SIK erwähnten oder geregelten Punkte gelten soll. Dies schafft zweifellos eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich der nun insgesamt geltenden Regelungen und deren Auswirkungen auf die von der Beschwerdegegnerin verlangten (Vertrags-)Konditionen der beabsichtigten Beschaffung. Inwiefern die Beschwerdegegnerin angesichts der Deutlichkeit der Frage unter Position 10 der Ziffer 7.2 der Ausschreibungsunterlagen (siehe Bg-act. 2 S. 29) betreffend den Ausschluss eigener AGB der Anbieter zu Rückfragen bei der Beschwerdeführerin gehalten gewesen wäre, ist angesichts der ebenfalls klaren Antwort der Beschwerdeführerin zu dieser Frage nicht ersichtlich. Bereits aus der Antwort der Beschwerdeführerin zu dieser Frage in ihrer Offerte geht klar hervor, dass sie in Abweichung der Absicht der Beschwerdegegnerin vor der subsidiären Anwendbarkeit des Schweizerischen Obligationenrechts gemäss den Ziffern 2 und 13 des

- 20 - Werkvertragsentwurfes zuerst noch generell ihre eigenen AGB für anwendbar erklären wollte. Dies zumal die Beschwerdeführerin auch im vorliegenden Verfahren weiterhin (zumindest) an einer den AGB SIK nachgehenden Geltung ihrer eigenen AGB festhält. Insofern ist der Beschwerdegegnerin kein überspitzter Formalismus vorzuwerfen, wenn sie den in den Ausschreibungsunterlagen als Muss-Kriterium (ohne Gewichtung) umschriebene Akzept der AGB SIK – unter Ausschluss der eigenen AGB – als Punkt der formellen und verfahrensmässigen Akzeptanz von Vorgaben der Beschwerdegegnerin bzw. Ausschreibungsstelle bei der Beschwerdeführerin als nicht erfüllt betrachtet hat. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Rechtsprechung, wonach die Vergabebehörde unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips ihr Ermessen bei einem Ausschluss vom Verfahren nur zurückhaltend ausüben dürfen (siehe VGU U 22 15 vom 23. Mai 2022 E.3.3 f.) führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis, ging es doch dort um eine gemäss Art. 20 SubV grundsätzlich zulässige Unternehmervariante (neben einem gültigen Grundangebot) und die Ausschreibungsunterlagen waren darüber hinaus unklar formuliert. Vorliegend führte aber die (subsidiäre) Anwendbarkeitserklärung der eigenen AGB der Beschwerdeführerin nicht zu einer Leistungsvariante (vgl. dazu BEYELER, a.a.O., Rz. 2050 ff.), sondern es käme im Vergleich zur Intention der beschwerdegegnerischen Ausschreibungsunterlagen über die auf den Vertrag anwendbaren Regelungen sowie derjenigen der weiteren Anbieter einer – im Hinblick auf die Gleichbehandlung und Angebotsvergleichbarkeit grundsätzlich jedenfalls problematischen bzw. sogar unzulässigen – Konditionenvariante gleich (vgl. dazu BEYELER, a.a.O., Rz. 1928 und 2055), welche namentlich auch die Bewertung der (juristischen) Gleichwertigkeit beeinträchtigt (siehe dazu bereits die vorstehende Erwägung 1.6.4).

- 21 - 1.8.1. Die Beschwerdeführerin macht zudem noch geltend, dass (die Prüfung von) Eignungs- und Zuschlagskriterien im Submissionsverfahren grundsätzlich zu trennen seien. Eine doppelte Prüfung stelle eine unzulässige Vermischung dar. Im vorliegenden Fall sei die formelle und verfahrensmässige Akzeptanz doppelt geprüft worden, was ein unüberbrückbarer Widerspruch bei der Vergabe selbst darstelle. Selbst wenn das Vorgehen zulässig gewesen wäre, hätte die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien bei der Beschwerdeführerin prüfen müssen. 1.8.2. Die Beschwerdegegnerin argumentiert dahingehend, dass im Einladungsverfahren grundsätzlich nur geeignete Anbieterinnen zur Offertstellung angeschrieben würden. Bei den formellen und verfahrensmässigen Vorgaben (der bzw. gemäss Auftraggeberin nach den Ziffern 6.2 und 7.2 der Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 2]) gehe es vielmehr um besondere Bedingungen des Auftraggebers gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. j SubV, die entweder erfüllt seien oder nicht – ohne jegliche Gewichtung. Die Nichterfüllung solcher Bedingungen führe zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. 1.8.3. Wie in der vorstehenden Erwägung 1.6.3 bereits dargelegt, wird ein Angebot gestützt auf Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG dann ausgeschlossen, wenn es unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht. Die streitgegenständliche Thematik des Ausschlusses der Beschwerdeführerin geht auf die Nichterfüllung des als ungewichtetes Muss-Kriterium beschriebenen formellen und verfahrensmässigen Akzeptes der bzw. gemäss Ausschreibungsstelle zurück. Die Beschwerdegegnerin forderte darin von den Anbietern neben der Akzeptanz der AGB SIK unter Ausschluss deren eigenen AGB insbesondere auch Durchführung des ganzen Projektes in deutscher Sprache (siehe Position 2 unter Ziffer 6.2 sowie Position 10 f. unter Ziffer 7.2 der Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 2 S. 27 ff.]). Ebenfalls als

- 22 - ungewichtetes Muss-Kriterium wurde die formelle und verfahrensmässige Akzeptanz der SubV bzw. gemäss SubG gefordert (siehe Position 1 unter Ziffer 6.2 sowie Position 1 ff. unter Ziffer 7.1 der Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 2 S. 27 ff.]). Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Selbstdeklaration im Sinne von Art. 10 SubG. In Ziffer 5.6 der Ausschreibungsunterlagen wurde bezüglich allgemeiner Bedingungen der Lieferanten festgehalten, dass AGB des Lieferanten bzw. Anbieters grundsätzlich nicht anerkannt würden. Die Auftragserteilung erfolge auf Basis des beiliegenden Muster(werk)vertrages. Wenn in der Vertragsbeilage enthaltene Punkte nicht akzeptiert werden könnten, seien diese Punkte aufzulisten und der Offerte beizulegen. Würden keine Punkte aufgelistet, gelte der Mustervertrag inkl. AGB SIK als akzeptiert. In Ziffer 6.2 der Ausschreibungsunterlagen wurde explizit darauf hingewiesen, dass das Nichterfüllen von Muss-Kriterien automatisch zum Ausschluss vom Verfahren führe. Auch wenn die Muss-Kriterien zusammen mit den eigentlichen, gewichteten Zuschlagskriterien unter dem Titel "6.2 Zuschlagskriterien" figuriert, ist darin keine unzulässige Vermischung oder Doppelprüfung eines Eignungskriteriums im Sinne von Art. 20 SubG zu erblicken, welches nach Ansicht der Beschwerdeführerin bereits im Vorstadium zu prüfen gewesen bzw. mit der Einladung automatisch als erfüllt zu betrachten wäre (vgl. Beschwerde vom 3. Oktober 2022 Rz. 23 ff. m.H.a. PVG 2000 Nr. 70 und U 11 25 vom 17. Mai 2011 E.1c). Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin gemäss den vorstehenden Erwägungen 1.6.3 ff. davon auszugehen, dass sie den Verzicht auf die (auch nur subsidiäre) generelle Geltung von AGB der Anbieter neben den Bestimmungen des Werkvertragsentwurfes inkl. AGB SIK als Anforderung der Ausschreibung hinsichtlich der auf die geplante Beschaffung anzuwendenden Regeln statuieren wollte und legte dies im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. j SubV gegenüber den Anbietern auch unverkennbar

- 23 - offen (siehe Ziffern 5.6, 6.2 und 7.2 der Ausschreibungsunterlagen [Bg- act. 2 S. 26 ff.]). In dem von der Beschwerdeführerin selbst zitierten VGU U 11 25 vom 17. Mai 2011 wurde festgehalten, dass eine unzulässige Doppelprüfung nur dann vorliegt, wenn sich daraus unüberbrückbare Widersprüche bei der Vergabe selbst ergäben. Weiter wurde ausgeführt, dass bei den Eignungskriterien im Einladungsverfahren es grundsätzlich nur um die Tauglichkeit der am Wettbewerb interessierten Personen bzw. Anbieter gehe. Bei den Zuschlagskriterien komme der Eignung aber eine bedeutend gewichtigere Rolle zu. Hier diene sie der Beantwortung der Frage, wie die Qualität der Leistung des eingeladenen Anbieters zu bewerten sei. Diese Auslegung vertrage sich auch mit dem Wortlaut des Submissionsgesetzes, wo typische Eignungskriterien (in Art. 20 Abs. 2 SubG; wie Fachkompetenz oder generelle Leistungsfähigkeit) zumindest sinngemäss wieder als konkrete Zuschlagskriterien (in Art. 21 Abs. 2 SubG; wie Qualität, Erfahrung, Lehrlingsausbildung) genannt werden, obwohl deren Vorhandensein selbstverständlich erst die Grundlage bildeten, um überhaupt an der fraglichen Submission durch die Auftraggeberin eingeladen zu werden. Eine gewisse Konnexität zwischen den dem Einladungsverfahren zugrunde liegenden (groben) Eignungskriterien und den danach im Detail messbaren Zuschlagskriterien sei daher offensichtlich systemimmanent, was zur Konsequenz habe, dass deren verschiedenartige Aufgabe und unterschiedliche Berücksichtigung je nach Verfahrensstand keine Doppelprüfung darstelle (siehe VGU U 11 25 vom 17. Mai 2011 E.1c m.H.a. PVG 2004 Nr. 26 E.2 [= VGU U 04 35 vom 9. November 2004], 2001 Nr. 45 E.4a, 2000 Nr. 70 E.3a, 2000 Nr. 72 E.2b und ZBl 4/2001 S. 219 ff. [= Urteil des Bundesgerichts 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000 E.4]). Mit Urteil vom 2P.46/2005. 2P.47/2005 vom 16. September 2005 hob das Bundesgericht ausserdem das Urteil des Verwaltungsgerichts U 04 35 vom 9. November 2004 auf, wobei es hinsichtlich der unterschiedlichen Bewertung der Ortskenntnisse der

- 24 - Anbieter – entgegen dem Verwaltungsgericht – keine unzulässige Doppelprüfung von Eignungskriterien auch noch bei den Zuschlagskriterien erkannte. Dieser Entscheid erging zwar noch in Anwendung der regierungsrätlichen Ausführungsbestimmungen vom 17. Dezember 1996 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (RABöB), doch weisen dessen Art. 23 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 betreffend die Umschreibung von Eignungs- und Zuschlagskriterien eindeutige Parallelen zu derjenigen Art. 20 Abs. 2 und 21 Abs. 2 SubG auf. Beide Bestimmungen setzten im Übrigen Art. 13 lit. d und f IVöB um. Hinsichtlich der vom Verwaltungsgericht beanstandeten Doppelprüfung des Erfahrungskriteriums für die ausgeschriebenen Ingenieur- und (Zweit-)Vermessungsarbeiten im Zusammenhang mit einer Gesamtmelioration bemerkte das Bundesgericht, dass sich fragen liesse, inwiefern eine strenge Trennung von anbieter- und angebotsspezifischen Kriterien für diesen Fall überhaupt sinnvoll und realisierbar sei. Dies gelte allgemein für Dienstleistungsaufträge, wo die Fachkompetenz bzw. die Qualifikation des Anbieters eine grosse Rolle spiele und die Leistungsqualität im Gegensatz zu Kaufaufträgen nicht mittels bereits vorhandener Gütern, wie zum Beispiel Muster, geprüft werden könne, so dass die zu erwartende Qualität der Leistung indirekt, anhand der Qualifikation des anbietenden Unternehmers, bewertet werden müsse (siehe Urteil des Bundesgerichts 2P.46/2005 vom 16. September 2005 E.4.2 und 5.1; siehe nunmehr auch BGE 139 II 489 E.2.2). Vorliegend kommt es ebenfalls zu keiner unzulässigen Vermischung oder Doppelprüfung von (gemäss der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der Einladung abschliessend geprüften) Eignungskriterien nach Art. 20 SubG einer Anbieterin mit den (gewichteten) und für Eruiierung des wirtschaftlichsten Angebotes im

Sinne von Art. 13 lit. f IVöB bzw. Art. 21 Abs. 1 SubG massgebenden Zuschlagskriterien nach Art. 21 SubG. Dabei ist zu beachten, dass wie auch die Angaben der Selbstdeklaration, der

- 25 - Willen zum Ausschluss eigener AGB der eingeladenen Anbieter nicht ohne weiteres im Voraus mit Blick auf die grundsätzliche Eignung zur Erfüllung einer geplanten Beschaffung im Rahmen einer Präqualifikation bzw. im Vorfeld der Einladung durch die Beschaffungsstelle ermittelt werden kann. Vorliegend wird der Beschwerdeführerin denn auch nicht die grundsätzliche Eignung für die Erfüllung der geplanten Beschaffung abgesprochen und sie aus diesem Grund ausgeschossen, sondern weil sie ein Angebot eingereicht hat, welches nicht vollständig den von der Beschwerdegegnerin verlangten Punkten betreffend die auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Regelungen entsprach (vgl. dazu Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG), weil sie zumindest subsidiär und generell sowie noch vor der Anwendbarkeit des Schweizerischen Obligationenrechts ihre eigenen AGB für explizit nicht geregelte Punkte in den Vertragsunterlagen bzw. der AGB SIK angewendet haben will, was die Beschwerdegegnerin aber aus sachlich gerechtfertigten Gründen nicht akzeptieren muss (siehe dazu bereits die vorstehenden Erwägungen 1.6.3 ff.; vgl. auch VGU U 01 70 vom 16. August 2001 E.4, wo eine Offerte als nicht der Ausschreibung entsprechend im Sinne des heutigen Art. 22 Abs. 1 lit. c SubG qualifiziert wurde, weil sie abweichend von den von der Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Eingabebedingungen für EDV- unterstützte Angebote eingereicht worden und namentlich die Positionenreihenfolge abweichend von derjenigen des Originaldevis war). Insofern spielt es auch keine entscheidende Rolle, inwiefern es effektiv Widersprüche zwischen den AGB SIK sowie der eigenen AGB der Beschwerdeführerin gibt.

## **E. 8**

Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 849 ff. und WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 2142 ff.; VGU A 20 5 vom 18. Mai 2020 E.3.3 ff.). So enthält der angefochtene Entscheid eine kurze Sachverhaltsschilderung inkl. Übersicht der gültigen Offerten, den Entscheid über den Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin inkl. Begründung dafür, den Entscheid über die Vergabe an die Beigeladene inkl. Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung. Weiter war der Entscheid unterzeichnet und ihm lag noch eine Beurteilungsmatrix bei (siehe Bf-act. 2 und Bg-act. 7). Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG qualifiziert Zuschläge und Ausschlüsse vom Verfahren explizit als selbständig anfechtbare Verfügungen des Auftraggebers im Sinne von Art. 25 Abs. 1 SubG. Insofern wäre sogar durchaus denkbar, dass ein solcher Zuschlag oder Ausschluss vom Verfahren nicht hinsichtlich aller Strukturmerkmale genau einer Verfügung gemäss der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik zu entsprechen hat, um deren Anfechtbarkeit vor Verwaltungsgericht bejahen zu können. Bei einer Übermittlung eines Entscheides per E-Mail (ohne [qualifizierte] elektronische Signatur) könnte sich die Frage nach dem Fehlen einer rechtsverbindlichen, eigenhändigen Unterschrift stellen. Diesbezüglich ist aber darauf hinzuweisen, dass die Unterschrift kein generelles Gültigkeitserfordernis einer Verfügung darstellt und grundsätzlich höchstens die Anfechtbarkeit bewirkt und auch dabei ist zu berücksichtigen, ob dem Adressaten überhaupt wesentliche Nachteile dadurch erwachsen sind (vgl. BGE 131 V 483 E.2.3.1 ff.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_665/2022 vom 15. Dezember 2022 E.3.4 f.; VGU A 20 5 vom 18. Mai 2020 E.3.6; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in:

- 29 - AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2019, Art. 34 Rz. 9 f. und WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 2579 und 2595). Zu bemerken ist aber doch, dass die Beschwerdegegnerin bei einer solchen Übermittlung bzw. Eröffnung gemäss Art. 23 Abs. 1 SubG eines Entscheides über den Zuschlag und den Ausschluss vom Verfahren im Sinne von Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG per E-Mail – ohne eine vom Empfänger abgegebene Empfangsbestätigung mit Nennung des Zugangsdatums – den genauen Zeitpunkt der Zustellung insbesondere für den Beginn des Fristlaufs der Rechtsmittelfrist nicht belegen kann bzw. im Zweifelsfalle auf die (glaubhafte) Darstellung des Empfängers abgestellt werden müsste. Selbst wenn man aber bei der Übermittlung des Entscheides vom 22. September 2022 von einem derart schwerwiegenden Eröffnungsmangel im Bereich des Submissionsrechts ausginge und auf die Nichtigkeitsfolge bzw. auf eine formlose Mitteilung ohne Rechtswirkung erkennen würde, hätte dies nicht automatisch zur Folge, dass die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhielte, ihre Offerte betreffend das gemäss den vorstehenden Erwägungen 1.6.4 ff. nicht erfüllte Muss-Kriterium der formellen und verfahrensmässigen Akzeptanz der Ausschreibungsstelle (Pos. 2 gemäss Ziffer 6.2 der Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 2]) anpassen zu können und somit erst wieder eine reelle Chance auf den Zuschlag erreichen könnte. Denn der Eingabetermin für die Offerten endete am 25. Februar 2022 (siehe Bg-act. 2 S. 1 und Bg-act. 7 S. 1) und die Beschwerdeführerin ist gemäss ihren Ausführungen im vorliegenden Verfahren weiterhin nicht gewillt, auf die subsidiäre Geltung ihrer eigenen AGB für nicht explizit in den Vertragsunterlagen inkl. Anhängen bzw. der AGB SIK geregelte Punkte zu verzichten (siehe dazu die vorstehenden Erwägungen 1.6.4 ff.), zumal dies einer nachträglichen Änderung ihrer Offerte nach Ablauf der Eingabefrist gleichkäme (vgl. Allgemein zur Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der Angebote: BGE 141 II 353 E.8.2.2,

- 30 - GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 710 ff. und auch Art. 19 Abs. 1 SubG und Art. 25 Abs. 1 SubV; vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_478/2017 vom 9. April 2018 E.5, wo trotz nichtiger bzw. formlosen Zustellung ohne Rechtswirkung ins Ausland der erstmaligen Ablehnung einer Dissertation nicht auf eine Verbesserungsmöglichkeit im Rahmen der erstmaligen Einreichung erkannt wurde, sondern lediglich, dass die Dissertation als Erst- und nicht als Zweiteinreichung abzulehnen war und die reglementarisch explizit vorgesehene Möglichkeit zur Überarbeitung einzuräumen war). Inwiefern – ausser einem prozessualen Leerlauf – die erneute Eröffnung des Entscheides auf dem Postweg zur Behebung eines durch den gerügten Formfehler erlittenen Nachteils angezeigt wäre, ist nicht ersichtlich. Liess die Beschwerdeführerin doch am 3. Oktober 2022 innert der zehntägigen Frist gemäss Art. 26 Abs. 1 SubG eine zwölfseitige Beschwerde beim Verwaltungsgericht einreichen, wo sie sich ausführlich namentlich mit dem von ihr bemängelten Ausschluss aus dem Verfahren und der Gewichtung des Preiskriteriums auseinandersetzte und zudem am 28. Oktober 2022 auch noch replizierte. Im Rahmen der Replik beschränkte sie sich dann aber im Wesentlichen auf die Entgegnung zu beschwerdegegnerischen Vorbringen in deren Vernehmlassung vom

## **E. 12**

Oktober 2022. Unter dem Aspekt von Treu und Glauben (vgl. dazu BGE 105 Ia 307 E.4; Urteile des Bundesgerichts 2C\_478/2017 vom 9. April 2018 E.5.3, 2C\_408/2016, 2C\_409/2016 vom 19. Juni 2017 E.2.1 und 3.2 sowie 2C\_827/2015 und 2C\_828/2015 vom 3. Juni 2016 E.3.3 f.) ist schliesslich noch zu festzustellen, dass die Beschwerdeführerin

gemäss E-Mailantwort vom 30. September 2022 auf die E-Mail der Beschwerdegegnerin vom 23. September 2022 mit angehängtem Entscheid vom 22. September 2022 bzw. die Nachfrage vom 28. September 2022 um eine Empfangsbestätigung sich zwar überrascht zeigte, dass der Entscheid nicht mit eingeschriebener Postsendung eröffnet worden sei, zugleich aber nicht auf eine (zusätzliche) postalische

- 31 - Eröffnung mit eingeschriebenem Brief (namentlich im Hinblick auf die Fristauslösung) bestand. Dies obwohl sie am Tag zuvor bereits ihren Rechtsvertreter im vorliegenden Verfahren konsultiert und instruiert hatte und am 30. September 2022 auch bereits über einen Beschwerdeentwurf informiert worden war (siehe Bg-act. 8 und Honorarnote vom

## **E. 15**

Dezember 2022 E.1.6, U 22 22 vom 1. November 2022 E.1.6 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). 3.2. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erweise die Beschwerde im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt der Preisgewichtung und -bewertung als unbegründet bzw. könnte infolge Verspätung darauf gar nicht einzutreten werden. 3.2.1. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, dass für standardisierte Beschaffungsobjekte das Preiskriterium gemäss Verwaltungsgericht

- 34 - mindestens mit 60 % gewichtet werden müsse. Weiter sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich, dass es sich bei der vorliegenden Submission um einen derart komplexen Auftrag handle, der eine Preisgewichtung von (nur) 40 % rechtfertige. Vorliegend gehe es um ein Managementsystem, eine zentrale Datenerfassung und eine systemunterstützte Routen- und Einsatzplanung für den Winterdienst und die Stadtreinigung. Dabei handle es sich um ein weitgehend standardisiertes Beschaffungsobjekt einer digitalen Lösung, welche in der Schweiz sicher kein Neuland darstelle. Selbst bei Aufträgen von mittlerer Komplexität sei das Preiskriterium mit mindestens 50 % zu gewichten, womit die Beschwerdeführerin klarerweise den Zuschlag erhalten müsste. Sodann sei auch eine Preisbewertungsmethode unzulässig, bei der nicht das preisgünstigste Angebot beim Preiskriterium die beste Bewertung erhalte. Die Beigeladene sei mit Abstand die teuerste Anbieterin (TCO von CHF 429'013.--) und damit CHF 155'876.-- resp. CHF 131'369.-- teurer als die nach dem Ausschluss der Beschwerdeführerin verbliebenen anderen Anbieter. Trotzdem habe die Beigeladene den Zuschlag erhalten, womit die Preisgewichtung und -bewertung unzulässig und willkürlich sei. 3.2.2. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, dass auf diese Rüge gar nicht erst eingetreten werden könne, weil das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Ausschlusses gar nicht erst bewertet worden sei. Weiter stehe hier nicht die Beschaffung eines standardisierten Gutes zur Debatte und bezögen sich die von der Beschwerdeführerin angeführte Preisgewichtung von (mindestens) 60 % aber gerade auf ein solches. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil, welches PVG 2019 Nr. 17 zugrunde lag, habe konkret die Beschaffung eines Pistenfahrzeugs betroffen und sei nicht mit der vorliegenden Beschaffung vergleichbar. Schliesslich seien von der Beschwerdeführerin auch die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten worden.

- 35 - 3.2.3. Die Beschwerdegegnerin gab – wie in Art. 21 Abs. 3 SubG und Art. 12 Abs. 1 lit. h SubV – die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, namentlich die Gewichtung des Preiskriteriums (benannt als finanzielle Leistungsfähigkeit [der Lösung]) zu 40 %, in den

Ausschreibungsunterlagen bekannt (siehe Bf-act. 4 S. 29 und Bg-act. 2 S. 27). Ausweislich der Akten, hat die Beschwerdeführerin dazumal noch nicht dagegen opponiert, obwohl die Ausschreibung gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. a SubG und Art. 15 Abs. 1 bis lit. a und Abs. 2 IVöB selbständig anfechtbar gewesen wäre. Mängel in der Ausschreibung sind grundsätzlich sofort mittels Anfechtung geltend zu machen. Begründet wird dies mit dem Beschleunigungsgebot bzw. der Verfahrenseffizienz. Wenn es einem Anbieter nach Treu und Glauben aber auch bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht möglich war, die Unregelmässigkeit (der Ausschreibung) zu erkennen, wird die Anfechtung der Ausschreibung und damit die Ausgestaltung des Zuschlagskriteriums Preis erst nach der Zuschlagserteilung zugelassen, da von einem Anbieter nicht verlangt werden kann, dass er die Ausschreibung und die dazugehörigen Unterlagen einer vertieften rechtlichen Überprüfung unterzieht (siehe BGE 130 I 241 E.4.3; Urteile des Bundesgerichts 2C\_680/2020 vom 10. März 2021 E.1.2.3 und 4 sowie 2C\_91/2013 vom 23. Juli 2013 E.4.1, nicht publ. in: BGE 139 II 489). Vorliegend stellt sich die Beschwerdeführerin namentlich gestützt auf die in PVG 2019 Nr. 17 publizierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auf den Standpunkt, dass die Preisgewichtung auf Basis der Ausschreibungsunterlagen mit 40 % klar zu tief sei, auch wenn es sich um eine digitale Lösung aus dem Informatikbereich handle. Sieht sie in der Preisgewichtung für ein – ihrer Ansicht nach – weitgehend standardisiertes Beschaffungsobjekt bereits darin einen Verstoß gegen die verwaltungsgerichtliche Praxis, wäre gemäss der vorstehenden Rechtsprechung unbesehen der im Rahmen der Angebotsbewertung durch die Beschwerdegegnerin

- 36 - angewendeten Preisbewertung zur Anfechtung der Ausschreibung in diesem Punkt gehalten gewesen und es könnte darauf im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages an die Beigeladene und den Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht mehr eingetreten werden. 3.2.4. Darüber hinaus kann sich das Verwaltungsgericht der beschwerdeführerischen Einschätzung nicht anschliessen, dass die Gewichtung des Preiskriteriums mit 40 % im Widerspruch zu verwaltungsgerichtlichen Praxis steht. Es trifft zwar zu, dass das Preiskriterium nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im öffentlichen Beschaffungswesen – neben dem Qualitätskriterium als Ausdruck von Preis/Leistung – vielfach eine vorrangige Bedeutung zu kommt. Weiter kann als allgemeine Faustregel gelten, dass dem Preis ein umso höheres Gewicht zuzuerkennen ist, je standardisierter bzw. je geringer die Komplexität eines Beschaffungsobjektes ist. Als Richtschnur kann dabei gelten, dass bei (weitgehend) standardisierten Beschaffungsobjekten (im offenen Verfahren) das Gewicht des Preiskriteriums in der Regel nicht weniger als 60 % betragen soll und die Preisgewichtung jedenfalls auch bei der Preisbewertung noch hinreichend zum Tragen kommen muss. Umgekehrt darf der Preis bei hochkomplexen Aufträgen eine untergeordnete(re) Rolle spielen. Die Beschaffung von spezifischen Informatiklösungen (mit Integrations- und/oder Parametrierungs- oder spezifischem Anpassungsbedarf bezüglich der Soft- und Hardware), wie sie auch im vorliegenden Beschaffungsvorhaben enthalten sind, gehören regelmässig – auch wenn sie zumindest teilweise auf Standardsoftware basieren und nicht ausschliesslich Individualsoftware zum Gegenstand haben – zumindest zu den komplexeren Beschaffungsgütern, zumal bei solchen Projekten die Gefahr für Termin- oder Kostenüberschreitungen vielfach erhöht ist (siehe zum Ganzen BGE 143 II 553 E.6.4 m.H.a. 138 I 143 E.4.2; PVG 2019 Nr. 20

- 37 - E.2.1, 2019 Nr. 17 E.2.2.1 ff., 2009 Nr. 33 E.2, 2002 Nr. 37 E.2b und 2002 Nr. 36 E.2b ff.; vgl. betreffend das erhöhte Risiko einer Termin- oder Kostenüberschreitung bei

Informatikprojekten: VGU U 21 63 vom 25. Januar 2022 E.3.4 und STRAUB, Kostenüberschreitungen in IT- Verträgen, in: JÖRG/ARTER [Hrsg.], Internetrecht und IT-Verträge, Bern 2007, S. 115 f.; vgl. betreffend die Relevanz des Preiskriteriums für weitgehend standardisierte Beschaffungen auch Art. 21 Abs. 4 Satz 1 SubG sowie betreffend einfachste Vergaben nunmehr Urteil des Bundesgerichts 2C\_802/2021 vom 24. November 2022 E.3.1 ff.). Zur Begründung, dass es sich vorliegend nicht um ein weitgehend standardisiertes Beschaffungsobjekt handelt, macht die Beschwerdegegnerin nachvollziehbar insbesondere geltend, dass es sich bei diesem Projekt zumindest in der Schweiz mehr oder weniger um Neuland handle. Es gehe um die Optimierung der Abfallbewirtschaftung unter Zuhilfenahme von Internet of Things (IoT). Aktuell würden Moloks und Container durch Abfahren von fixen Routen bewirtschaftet. Auch wenn die Chauffeure/-innen die Füllstände aufgrund ihrer Erfahrung sehr gut kennen würden, eröffneten sich mit fortschreitender Digitalisierung neue Möglichkeiten und Optimierungspotenziale für die Tourenplanung der Entsorgung sowie in der Reinigung und im Winterdienst. Zentrale Steuerung, Reporting und Analytik spielten in der effizienten Dienstleistungserbringung im öffentlichen Infrastrukturbereich unter dem Stichwort Smart City eine immer wichtigere Rolle. Die Beschwerdegegnerin verspricht sich vom diesem Beschaffungsvorhaben wesentliche Vorteile bei der Planung der Routen und deren Arbeitsvorbereitung, wobei die Umsetzung dieses Vorhabens nicht zu unterschätzen sei. Dass es sich beim vorliegenden Beschaffungsvorhaben nicht um ein im wesentlichen standardisiertes Beschaffungsobjekt handelt, lässt sich bereits an den unterschiedlichen Konzepten der Angebote für das (Betriebs-)Managementsystem ablesen.

- 38 - So offeriert die Beschwerdeführerin und eine weitere Anbieterin beispielsweise das (Betriebs-)Managementsystem als Software as a Service bzw. Cloud-Lösung (siehe Bg-act. 3d, Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerin, S. 7 [Blaues Register], Zeile T-032 des Anforderungskataloges betreffend technischer Anforderungen des Managementsystems im Gelben Register und Beilagen bzw. Beschreibungen der H.\_\_\_\_-Plattform im Grünen Register sowie Bg- act. 3b, Angebotsunterlagen der Anbieterin, S. 7 und Zeile T-032 des Anforderungskataloges betreffend technischer Anforderungen des Managementsystems), während die Beigeladene und eine andere Anbieterin eine On-Premise-Lösung offerierten (siehe Bg-act. 3a, Angebotsunterlagen der Beigeladenen, S. 7 f. und Zeile T-022 des Anforderungskataloges betreffend technischer Anforderungen des Managementsystems sowie Bg-act. 3c, Angebotsunterlagen der Anbieterin, S. 7 und Zeilen T-022 und T-032 des Anforderungskataloges betreffend technischer Anforderungen des Managementsystems). Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Preisgewichtung mit 40 % bewegt sich zudem im Rahmen ähnlicher Beschaffungsverfahren in den Kantonen Zürich und Basel-Stadt, wo sich die Preisgewichtung in einem Bereich zwischen 35 und 40 % bewegte (siehe Meldungsnummern F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_, abrufbar unter: <https://www.simap.ch/shabforms/COMMON/search/searchForm.jsf>). Insofern könnte die Preisgewichtung der Beschwerdegegnerin von 40 % an sich nicht beanstandet werden. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde rügt, dass die Beigeladene trotz des deutlich höheren Preises den Zuschlag erhielt und somit die Preisgewichtung als auch die Preisbewertung unzulässig sei, verkennt sie mit dieser zu stark vereinfachten Aussage, dass es sich beim wirtschaftlich günstigsten Angebot im Sinne von Art. 21 Abs. 1 SubG bzw. Art. 13 lit. f IVöB nicht in jedem Fall und namentlich bei komplexeren Beschaffungsvorhaben – wie

- 39 - dem Vorliegenden – um dasjenige handelt, welches den (absolut) tiefsten Preis aufweist. Vielmehr ist damit dasjenige Angebot gemeint, welches vereinfacht gesagt unter Berücksichtigung der als massgeblich erklärten Kriterien gemäss Art. 21 Abs. 2 SubG das beste Preis-/Leistungsverhältnis bietet (siehe bereits PVG 2009 Nr. 33 E.2.; VGU U 18 56 vom 6. November 2018 E.3.1 und U 12 40 vom 12. Juli 2012 E.4a; vgl. betreffend Art. 13 lit. f IVöB auch BGE 143 II 553 E.6.4 m.H.a. 138 I 143 E.4.2). Inwiefern die Beschwerdegegerin eine unzulässige Preisbewertungsmethode angewendet hätte, die dazu führt, dass nicht das preisgünstigste, sondern ein anderes Angebot beim Zuschlagskriterium Preis die beste Bewertung erhalte, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin wurde infolge des Nichterfüllens eines Muss- Kriteriums bzw. dem Einreichen einer nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Offerte vom weiteren Verfahren ausgeschlossen und konsequenterweise wurde ihr Angebot auch nicht weiter ausgewertet und berücksichtigt. Die Beigeladene erhielt beim Preiskriterium angesichts der höchsten TCO die geringste Punktzahl, während die verbliebene Anbieterin mit den geringsten TCO die volle Punktzahl (entsprechend 40 %) erhielt (siehe Bg-act. 5 f. und auch die dem Entscheid vom 22. September 2022 angehängte Beurteilungsmatrix [Bf-act. 2 und Bg-act. 7]). Damit erwiesen sich auch die im Zusammenhang mit dem Preiskriterium vorgebrachten Rügen als unbegründet. 4. Im Ergebnis ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr und Kanzleiauslagen (Art. 75 Abs. 1 lit. a und b VRG), gemäss Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Staatsgebühr wird gestützt auf Art. 75 Abs. 2 VRG und in Anbetracht der

- 40 - finanziellen Bedeutung der Ausschreibung sowie des nicht unerheblichen Verfahrensaufwandes auf CHF 3'000.-- festgesetzt. 5. Der Beschwerdegegerin steht gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG in der Regel keine Parteientschädigung zu, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt. Davon abzuweichen besteht vorliegend kein Anlass. Die Beigeladene liess sich im vorliegenden Verfahren nicht vernehmen, womit ohnehin kein aussergewöhnlicher Aufwand entstanden ist, der mittels Parteientschädigung nach Art. 78 Abs. 1 VRG zu ersetzen wäre (siehe VGU U 22 80 vom 15. Dezember 2022 E.7.2, U 22 22 vom 1. November 2022 E.3.4 und U 20 75 vom 22. Dezember 2020 E.9.2). III. Demnach erkennt das Gericht:

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