

# GR\_GERICHTE U 2023 39 vom 29. August 2023

GR Gerichte, 2023-08-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2023\\_39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2023_39)

FR: GR\_GERICHTE U 2023 39 du 29 août 2023

IT: GR\_GERICHTE U 2023 39 del 29 agosto 2023

## Regeste

Submission - PVG 2023 Nr. 12 | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ schrieb am 2. März 2023 im Zusammenhang mit dem Projekt Ausbau der Güterstrasse C.\_\_\_\_\_, die Baumeisterarbeiten im Kantonsamtsblatt und auf dem Ausschreibungsportal [www.simap.ch](http://www.simap.ch) im offenen Verfahren gemäss IVöB aus. Als allgemeine Eignungskriterien wurden die organisatorische, technische und finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung festgehalten. Spezifisch zu erfüllen war die Einhaltung des Landesmantelvertrages (LMV) für das Schweizerische Bauhauptgewerbe. Für die Ermittlung des vorteilhaftesten Angebots legte die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ folgende Zuschlagskriterien mit ihren Gewichten fest: – Qualität des Anbieters 20 % - Ähnliche Referenzprojekte der letzten 5 Jahre (10 %) - Erfahrungen Auftraggeber mit Anbieter (10 %) – Qualität des Anbieters 20 % - Ähnliche Referenzprojekte der letzten 5 Jahre (10 %) - Erfahrungen Auftraggeber mit Anbieter (10 %) – Gesellschaftliche Nachhaltigkeit (Lehrstellenangebote) 10 % – Preis (linear verkürzte Skala, Preisspanne 50 %) 50 %

### E. 1.1

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet der Zuschlagsentscheid vom 4. Mai 2023 (vgl. Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 3; Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 14), worin die Beschwerdegegnerin (Vergabeinstanz) die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten an die vorteilhafter anbietende Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) zum Nettobetrag von CHF 831'362.85 und nicht an die zweitrangige Anbieterin (Beschwerdeführerin) vergab, wogegen letztere am 15. Mai 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin die Aufhebung der angefochtenen Vergabeverfügung, den Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen bei der Berücksichtigung und die Vergabe resp. den Zuschlag an sie selber zum Betrag von CHF 958'196.08 beantragte.

### E. 1.2

Die fragliche Auftragsvergabe untersteht unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Konkret kommen hier die seit dem Beitritt des Kantons Graubünden per 1. Oktober 2022 revidierten Normen der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom

### E. 1.3

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 die Aufhebung des strittigen Entscheids und die direkte Vergabe an sich selber. Die Beschwerdeführerin stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, dass die Zuschlagsempfängerin im Voraus hätte ausgeschlossen werden müssen, da ein Mitglied der als Bietergemeinschaft resp. ARGE organisierten Zuschlagsempfängerin nicht alle Eignungskriterien erfülle. Würde der Beschwerdeführerin gefolgt, könnte sie grundsätzlich bei tatsächlichem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin als einzige verbleibende Anbieterin den Zuschlag für ihr zweitrangiertes Baumeisterangebot erhalten. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin kann infolgedessen bejaht werden. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VRG und Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 38 VRG) ist somit einzutreten.

#### **E. 1.4**

Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkt sich gemäss Art. 56 Abs. 3 IVöB auf Rechtsverletzungen inklusive Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hingegen nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB). Das Verwaltungsgericht kann daher sein Ermessen nicht an die Stelle jenes der Vorinstanz

- 9 - (Vergabebehörde) setzen. Vielmehr hat es, so die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, 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 86 vom 11. Juli 2023 E.1.6, U 22 54 vom 14. Februar 2023 E.1.6, U 22 87 vom 24. Januar 2023 E.1.6). Gerade bei Fragen der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde praxismässig ein weiter Ermessens- spielraum zu und auch bei Fragen technischer, technologischer, (bau-) physikalischer und methodologischer Art oder bei Eignungs- und Angebotsbewertungen ist die Kognition praktisch auf Willkür begrenzt (vgl. PVG 2001 Nr. 45; VGU U 22 64 vom 13. Dezember 2022 E.4.6, U 21 53 vom 26. Oktober 2021 E.1.5, U 21 14 vom 24. Juni 2021 E.3). Das Gericht kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine Korrektur ist der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (VGU U 22 15 vom 23. Mai 2022 E.4.5, U 21 90 vom 15. Februar 2022 E.1.6 und U 21 53 vom 26. Oktober 2021 E.1.5, je mit weiteren Hinweisen). 2. Streitgegenstand ist vorliegend die Berücksichtigung der beigeladenen Zuschlagsempfängerin im Submissionsverfahren resp. der gerügte unterlassene Ausschluss der Zuschlagsempfängerin. Unbestritten geblieben sind indes die Bewertung der Angebote und der generelle Ablauf des Vergabeverfahrens.

#### **E. 2**

A.\_\_\_\_\_, CHF 958'196.10 Gemäss Angaben in der Offerte besteht die ARGE C.\_\_\_\_\_ aus der D.\_\_\_\_\_ AG und der E.\_\_\_\_\_ AG.

- 4 -

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich, dass die Zuschlags- empfängerin vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, weil sie ein Eignungskriterium nicht erfülle. Konkret bringt sie vor, dass die Vergabebehörde keinerlei Einschränkungen bezüglich der Gültigkeit des Eignungskriteriums "Einhaltung des LMV für das schweizer- - 10 - ische Bauhauptgewerbe" für Arbeitsgemeinschaften gemacht habe. Folglich müssten die durch Art. 530 ff. OR als Arbeitsgemeinschaft verbundenen Anbieterinnen alle einzeln die Eignungskriterien einhalten. Dies aber sei vorliegend nicht gegeben, weil die E.\_\_\_\_\_ AG dem LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe nicht unterstehe. Mit dem Vorgehen der Zuschlagsempfängerin würde gerade ein wichtiger Teil des LMV umgangen, was die Angebote verzerre. Das Bundesgericht habe in seinem Urteil 2C\_608/2021 vom 11. Mai 2022 betreffend die Elektrobranche verlangt, dass die Einhaltung solcher Verträge bei sämtlichen Anbietern einer Arbeitsgemeinschaft untersucht werde.

### **E. 2.2**

Die Vergabebehörde erachtet den erwähnten Bundesgerichtsentscheid als nicht einschlägig für den vorliegenden Fall; vielmehr verweist sie auf das Urteil U 19 96 vom 29. Januar 2020 des Verwaltungsgerichts, in welchem zwischen allgemeinen und spezifisch zu erfüllenden Anforder- ungen unterschieden worden sei. Konkret habe die Beschwerdeführerin im hier zu beurteilenden Verfahren auch nicht vorgebracht, dass die E.\_\_\_\_\_ AG aktuell arbeitsrechtliche Bestimmungen verletze oder in der Vergangenheit verletzt habe.

### **E. 2.3**

Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens u.a. sicher, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraus- setzungen nach Art. 12 (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts) erfüllt (Art. 26 Abs. 1 IVöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Er legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest (Art. 27 Abs. 1 und Art. 35 lit. n IVöB); diese können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit des Anbieters betreffen (Art. 27 Abs. 2 IVöB; BEYELER, Der Geltungsanspruch

- 11 - des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 1479). Der Auftraggeber kann gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn u.a. festgestellt wird, dass der betreffende Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen. Eignungskriterien sind grundsätzlich Ausschluss- kriterien; erfüllt eine Anbieterin ein Eignungskriterium nicht, ist sie auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. BGE 145 II 249 E.3.3, 143 I 177 E.2.3.1, 141 II 343 E.7.1; Urteil des Bundesgerichts 2C\_576/2022 vom 3. August 2023 E.4.3 mit weiteren Hinweisen; WYSS, in: TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich etc. 2020, Art. 27 Rz. 5; BEYELER, a.a.O., Rz. 1478 f.; GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O, Rz. 580 und 603). 2.4.1. Vorliegend wurden die massgebenden Zuschlagskriterien unbestrittener- massen im Voraus bekannt gegeben (vgl. Publikation Ausschreibung [Bg- act. 1]). Als allgemeine

Eignungskriterien wurden die organisatorische, technische und finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung festgehalten; spezifisch zu erfüllen war die Einhaltung des LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV; vgl. Offerte ARGE C.\_\_\_\_\_ [Bg-act. 3], Auszug Ausschreibungsunterlagen [Bg-act. 15]). Der LMV gilt für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile und selbständige Akkordanten), deren Haupttätigkeit (Gepräge) im Bereich des Bauhaupt- gewerbes liegt (Art. 2 Abs. 1 LMV [in Kraft seit 1. Januar 2023, Art. 82 Abs. 1 LMV]; vgl. dazu die Sonderausgabe des AVE LMV 2023–2025 vom 29. November 2022, in der Fassung Stand 1. Mai 2023; abrufbar unter: <https://baumeister.swiss/arbeitgeberpolitik-und-recht/arbeitgeberpolitik>; mit BRB AVE LMV vom 6. April 2023 [BBl 2023 986] wurde der LMV 2023-

- 12 - 2025 bis zum 31. Dezember 2025 als allgemeinverbindlich erklärt). Vorliegend blieb unbestritten, dass die E.\_\_\_\_\_ AG, die in der Bieter- gemeinschaft lediglich die Arbeiten im Transportbereich übernimmt, nicht dem LMV untersteht, so dass darauf abgestellt werden kann. 2.4.2. Nach Art. 31 Abs. 1 IVöB sind Bietergemeinschaften und Subunternehmer zugelassen, soweit dies in der Ausschreibung oder in den entsprechenden Unterlagen nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird. Die charakter- istische Leistung ist grundsätzlich durch den Anbieter zu erbringen (Art. 31 Abs. 3 IVöB). Inwieweit die Mitglieder einer Bietergemeinschaft je einzeln die Eignungskriterien erfüllen müssen, bestimmt sich primär anhand der Ausschreibungsunterlagen (WYSS, a.a.O., Art. 27 Rz. 7). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie die Offerenten in guten Treuen verstehen konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an. Die Vergabestelle verfügt bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Art. 56 Abs. 4 IVöB; BGE 141 II 14 E.7.1; Urteile des Bundesgerichts 2C\_576/2022, 2C\_623/2022 vom 3. August 2023 E.4.3, 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E.4.3, 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E.2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Den Vergabebehörden kommt bei der Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. BGE 141 II 14 E.7.1; Urteil des Bundesgerichts 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E.4.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/2022 vom 5. April 2023 E.8; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O, Rz. 564). 2.4.3. In der Ausschreibung vom 2. März 2023 wurde als Eignungskriterium spezifisch die Einhaltung des LMV verlangt (vgl. Auszug Ausschreibungs-

- 13 - unterlagen [Bg-act. 15]). Die Ausschreibungsunterlagen enthalten in der Position NPK 102 "Besondere Bestimmungen" Pos. 223.300.01 folgenden Text: "Eignungskriterien \*Einhaltung LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe". Die Ausschreibungsbedingungen beinhalten den Hinweis darauf, dass Bietergemeinschaften zulässig seien und offengelegt werden müssten (vgl. Offerte ARGE C.\_\_\_\_\_/Selbstdeklaration [Bg-act. 3 S. 2b]), aber keine für die vorliegende Fragestellung relevante Präzisierung. Weder in der Ausschreibung noch in den Unterlagen dazu wurde ausgeführt, ob nur eines an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmens die Eignungskriterien, insbesondere die Einhaltung des LMV, erfüllen muss. Grundsätzlich muss eine Bietergemeinschaft als solche und insgesamt geeignet sein, einen Auftrag zu erfüllen. Sie besteht zwar aus mehreren Personen, die jedoch faktisch wie rechtlich als solidarisch haftende Gesamtheit auftreten und offerieren; sie gilt daher als einzige

Anbieterin. Folglich muss nicht jedes ihrer Mitglieder in allen Fällen alle Eignungskriterien erfüllen müssen; vielmehr ist darauf abzustellen, welchem Zweck ein bestimmtes Kriterium verpflichtet ist. Es muss genügen, wenn die entsprechende Leistung auch durch jenes Mitglied ausgeführt wird, das über die entsprechende Fähigkeit verfügt (BEYELER, a.a.O., Rz. 1482 mit Hinweisen; vgl. Ziffer 8.3 des Handbuchs öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden betreffend das bis am 30. September 2022 anwendbare kantonale Submissionsgesetz; abrufbar unter:

<https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/diem/ds/beschaffungswesen/handbuch/Seiten/Handbuch.aspx>; letztmals besucht am 29. August 2023).

Die Vergabestelle darf von jenen Konsorten einer Bietergemeinschaft, die bestimmte – namentlich die vertragstypischen – Leistungen erbringen, die Erfüllung darauf bezogener Eignungskriterien verlangen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/2022 vom 5. April 2023 E.9.3; LUTZ, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht, Zürich etc.

- 14 - 2018, S. 254; BEYELER, a.a.O., Rz. 1485). Wer aber als Mitglied mit der entsprechenden Leistung direkt nichts zu tun hat, braucht dafür auch nicht geeignet zu sein und muss folglich das Eignungskriterium auch nicht erfüllen. Diese Auffassung steht nicht im Gegensatz zur Solidarhaftung der Gemeinschaftsmitglieder gegenüber dem Auftraggeber bezüglich der offerierten Leistungen (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1482). Daraus folgt, dass es ausreicht, wenn die für die fraglichen Leistungen tatsächlich verantwortlichen Mitglieder geeignet sind. Demnach muss im Ergebnis auf eine gesamthafte Eignung der Gemeinschaft zur Erbringung der fraglichen Leistung oder Teilleistung geschlossen werden können (BEYELER, a.a.O., Rz. 1483). 2.4.4. Bei der beigeladenen ARGE handelt es sich eher um eine Bietergemeinschaft als um eine Arbeitsgemeinschaft. Der Unterschied liegt darin, dass die Bietergemeinschaft sich aus Anbietern zusammensetzt, die unterschiedliche Arbeitsleistungen erbringen, um den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen. Primäres Ziel ist es, gemeinsam den Zuschlag zu erhalten, um die jeweiligen Teilleistungen erbringen zu können. Im Merkblatt "Bietergemeinschaften: Zulassung und Beschränkung" der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) aus dem Jahr 2021 (abrufbar unter: [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch)) wird unter der Überschrift "Eignung" bemerkt, "Bietergemeinschaften werden oft gebildet, um Qualitäten und Kapazitäten zu vereinigen. Eine Bietergemeinschaft muss als Gesamtheit sämtliche Eignungskriterien erfüllen. Jedes Mitglied muss dabei die in seinem Bereich der Leistungserbringung verlangten Eignungskriterien erfüllen. Damit ist die Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit die Anbieterin im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts" (vgl. auch WYSS, a.a.O., Art. 27 Rz. 4; BEYELER, a.a.O., Rz. 1338 f.). Eine Arbeitsgemeinschaft besteht hingegen

- 15 - in der Regel aus Anbietern, die jeweils die gleichen Leistungen erbringen, deren Kapazität aber alleine nicht ausreicht, den spezifischen Auftrag zu erfüllen. Die Grenzen zwischen Bieter- und Arbeitsgemeinschaft sind allerdings unscharf. Das Merkblatt unterstreicht die Feststellung, dass diejenige Unternehmung das streitgegenständliche Eignungskriterium erfüllen muss, die auch die diesbezüglichen Leistungen erbringt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/2022 vom 5. April 2023 E.9.3). 2.4.5. Das vom Beschwerdeführer vorgebrachte Urteil des Bundesgerichts 2C\_608/2021 vom 11. Mai 2022 ist vorliegend nicht einschlägig; es betrifft eine Arbeitsgemeinschaft von

Elektronunternehmen, welche sich zur Erfüllung eines Auftrages zusammengeschlossen haben, wobei aber alle ARGE-Mitglieder dieselben Leistungen angeboten haben. In jenem Fall ist klar, dass sie alle dieselben Eignungskriterien zu erfüllen hatten und jede für sich die Einhaltung des einschlägigen Gesamtarbeitsvertrags. 2.4.6. Im vorliegenden Fall ist die Situation jedoch eine andere. Das ARGE- Mitglied D.\_\_\_\_\_ AG führt die charakteristischen Baumeisterarbeiten durch, während der E.\_\_\_\_\_ AG einzig die Transportaufträge obliegen. In dieser Konstellation ist nach Auffassung des Gerichts davon auszugehen, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft das Eignungskriterium "Einhaltung der LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe" so haben verstehen können und müssen, dass nur dasjenige ARGE-Mitglied, welches die charakteristische Leistung, d.h. die Baumeisterarbeiten erbringt (in casu die D.\_\_\_\_\_ AG), dieses Kriterium auch zu erfüllen habe. Denn das andere ARGE-Mitglied kann – da es dem spezifischen LMV unbestrittenermassen nicht unterstellt ist – dieses gar nicht erfüllen. Es muss folglich auch genügen, wenn die ARGE-Mitglieder ihre jeweiligen spezifischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch nicht vor, dass es Verletzungen gegeben habe, die näher abzuklären seien. Folglich hat die

- 16 - Beschwerdegegnerin die Beigeladene zu Recht im Vergabeverfahren zugelassen, so dass sich diese Rüge als unbegründet erweist. 3. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Zuschlagsempfängerin ein unvollständiges Angebot eingereicht habe. So fehlten insbesondere die Kostengrundlagen (NPK 103). Die Vergabebehörde ist hingegen der Auffassung, dass die Offerten beider Anbieterinnen vollständig gewesen seien; was gemäss den vorliegenden Akten auch der Fall war (vgl. Prüfung der Angebote durch die H.\_\_\_\_\_ AG Ingenieure + Planer [Bg-act. 12]). Bei diesem Vorbringen dürfte es sich um ein Missverständnis seitens der Beschwerdeführerin handeln. So gewährt der Instruktionsrichter praxisgemäss den sich im Submissionsbeschwerdeverfahren gegenüberstehenden Unternehmen keine Akteneinsicht in die Positionen der NPK 103 (Kostengrundlagen). Auch im vorliegenden Verfahren wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben des Instruktionsrichters vom 14. Juni 2023 die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin samt Beilagen, mit Ausnahme der Beilage 3 (NPK 103), zur Stellungnahme zugestellt (vgl. Gerichtsakte E2). Demnach erweist sich auch diese Rüge als unbegründet. 4. In beweisrechtlicher Hinsicht wurde ausserdem die Befragung der Auskunftsperson, F.\_\_\_\_\_, Geschäftsführer des G.\_\_\_\_\_ Baumeister- verbands, beantragt. Da sich der Sachverhalt hinreichend aus den Akten ergibt und unbestritten blieb, dass die E.\_\_\_\_\_ AG nicht dem LMV unterstellt ist, kann auf die beantragte Befragung der Auskunftsperson in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. BGE 144 V 361 E.6.5, 141 I 60 E.3.3, 136 I 229 E.5.3).

### **E. 3**

Bei der Kontrolle der Offerten stellte die Vergabebehörde fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen betreffend die Position NPK 211 "Baugruben und Erdbau, Pos. 328.004" die Mengenangaben fehlten. Aufgrund des von den Anbieterinnen angegebenen Einheitspreises errechnete die Beschaffungsstelle die erwartete Auftragssumme. Damit kam der Gesamtbetrag bei der A.\_\_\_\_\_ AG auf CHF 980'597.70 zu liegen, während die entsprechende Summe bei der ARGE C.\_\_\_\_\_ CHF 831'362.85 betrug. Weiter wurde das Zuschlagskriterium "Qualität des Anbieters: Referenzprojekte/Erfahrungen" in den Ausschreibungs- unterlagen zweimal verwendet anstatt dieses nur einmal sowie zusätzlich

auch das Kriterium "Bauprogramm/Termine" (Gewichtung 20 %) mit den Unterkriterien "Bauprogramm" und "Bisherige Termineinhaltung bei Projekten mit dem Auftraggeber" zu verwenden. Vor diesem Hintergrund nahm die Vergabebehörde drei verschiedene Bewertungen vor. Dabei belegte die ARGE C. \_\_\_\_\_ sowohl in Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibung, unter Anwendung des Kriteriums "Bauprogramm/Termine", als auch unter Einbezug einer Neuberechnung der NPK-Position 328 den ersten Platz.

#### **E. 4**

Mit Beschluss vom 4. Mai 2023 vergab die Gemeinde B. \_\_\_\_\_ den Auftrag aufgrund der vorgenommenen Offertprüfung und –beurteilung der ARGE C. \_\_\_\_\_ (Zuschlagsempfängerin) als Anbieterin mit dem vorteilhaftesten Angebot zum Preis von CHF 831'362.85.

#### **E. 5**

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 15. Mai 2023 Beschwerde beim Verwaltungs- gericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte die kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids und den Ausschluss der ARGE C. \_\_\_\_\_ aus dem Vergabeverfahren sowie den Zuschlag an sich selber; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur Neuvergabe an die Gemeinde B. \_\_\_\_\_ zurückzuweisen, subevent-

- 5 - ualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Verbot an die Vergabe- behörde, den Vertrag mit der ARGE C. \_\_\_\_\_ bzw. deren Mitgliedern pendente lite abzuschliessen, und zwar vorerst als Superprovisorium. Sie begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen mit der Argumentation, dass die Teil der ARGE C. \_\_\_\_\_ bildende E. \_\_\_\_\_ AG nicht dem "Landesmantelvertrag (LMV) für das schweizerische Bauhauptgewerbe" unterstellt sei; womit sie diesen nicht – oder zumindest nicht in allen Teilen – einhalten könne. Damit erfülle die ARGE C. \_\_\_\_\_ als Anbieterin das entsprechende Eignungskriterium nicht und hätte ausgeschlossen werden müssen. In beweisrechtlicher Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin zudem die Befragung der Auskunftsperson, F. \_\_\_\_\_, Geschäftsführer des G. \_\_\_\_\_ Baumeisterverbands.

#### **E. 5.1**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ausschlussgrund der Nicht- erfüllung von Eignungskriterien hier nicht zutrifft. Zudem erweist sich das Angebot der Beschwerdegegnerin als vollständig. Damit dringt die

- 17 - Beschwerdeführerin mit keiner ihrer Rügen durch, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Staatsgebühr wird angesichts der Höhe des Betrags der strittigen Vergabe von rund CHF 1 Mio. und dem gleichzeitig einge- schränkten Rügethema durch das Gericht ermessensweise auf CHF 4'000.-- festgesetzt (vgl. VGU U 20 22 vom 24. August 2020 [Sanierung Strasse]: Staatsgebühr von CHF 4'000.-- bei einem Auftragswert von rund CHF 1 Mio., und U 20 32 vom 16. Juni 2020 [Instandstellung Parkhaus: Generalplanerleistungen]: Staatsgebühr von CHF 5'000.-- bei einem Auftragswert von knapp über CHF 1 Mio.).

#### **E. 5.2**

Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen. Davon abzuweichen besteht vorliegend kein Anlass, weshalb der Beschwerdegegnerin keine aussergerichtliche Entschädigung zuzusprechen ist. Die Beigeladene hat am Verfahren nicht teilgenommen, weshalb sie ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

- 18 - III. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 6**

Mit Schreiben vom 17. Mai 2023 lud der Instruktionsrichter die Zuschlags- empfängerin zum Verfahren bei (nachfolgend Beigeladene). Ausserdem ordnete er superprovisorisch an, dass bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung jegliche Vollzugshandlungen zu unterbleiben hätten, insbesondere der Vertragsschluss.

#### **E. 7**

Die Vergabebehörde (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 7. Juni 2023 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Sie wies auf die grundsätzliche Zulässigkeit von Bieter- gemeinschaften gemäss Art. 31 Abs. 1 IVöB hin. Weiter brachte sie vor, dass nicht alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft in allen Fällen alle Eignungskriterien erfüllen müssten; so müsse, wer als Mitglied einer Bietergemeinschaft eine spezifische Leistung gar nicht anbiete, diesbezüglich auch keine Eignungskriterien erfüllen. Im vorliegenden Fall würde weder ein LMV umgangen noch der Wettbewerb verzerrt. Die Solidarität, welche sich aus einer Bietergemeinschaft ergebe, umfasse

- 6 - zudem nicht eine Solidarität in Bezug auf die Erfüllung von Eignungskriterien.

#### **E. 8**

Am 14. Juni 2023 liess der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung samt Beilagen (mit Ausnahme der Beilage 3 [NPK 103]) zugehen. Die beigeladene Zuschlagsempfängerin liess sich nicht vernehmen.

#### **E. 9**

Mit Replik vom 6. Juli 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und vertiefte diese. Sie hob insbesondere hervor, dass die Zuschlagsempfängerin mit ihrer ARGE die Form der einfachen Gesell- schaft freiwillig gewählt habe und deshalb die charakteristische Leistung von beiden Mitgliedern der ARGE zu leisten sei, weshalb sie auch beide die vorgegebenen Eignungskriterien zu erfüllen hätten. Weiter brachte sie vor, dass in der Offerte der Zuschlagsempfängerin die Kostengrundlagen (NPK 103) fehlten, weshalb sie unvollständig sei; auch aus diesem Grund sei das Angebot auszuschliessen.

#### **E. 10**

In ihrer Duplik vom 17. Juli 2023 wies die Beschwerdegegnerin die Rügen der Beschwerdeführerin als falsch und missverstanden zurück. So könne der LMV Bauhauptgewerbe nur von Unternehmungen erfüllt werden, die im Bauhauptgewerbe tätig seien; übernehme hingegen eine Unterneh- mung in der Bietergemeinschaft nur Arbeiten im Transportbereich, müssten und könnten diese Bestimmungen gar nicht eingehalten werden. Sie hielt weiter fest, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin vollständig eingereicht worden sei.

## **E. 11**

Am 19. Juli 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zur Duplik sowie ihre Honorarnote ein.

- 7 - Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften, den angefochtenen Vergabeentscheid vom 4. Mai 2023 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) zur Anwendung. Das Verfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 55 IVöB nach dem kantonalen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100). Nach Art. 52 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig) kann namentlich gegen den Zuschlag Beschwerde erhoben werden (Art. 52 Abs. 1 lit. e IVöB). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungs-

- 8 - gericht ist damit gegeben, da es um die gerichtliche Überprüfung des angefochtenen Vergabe-/Zuschlagsentscheids vom 4. Mai 2023 geht.

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