

# GR\_GERICHTE U 2023 54 vom 24. Oktober 2023

GR Gerichte, 2023-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2023\\_54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2023_54)

FR: GR\_GERICHTE U 2023 54 du 24 octobre 2023

IT: GR\_GERICHTE U 2023 54 del 24 ottobre 2023

## Regeste

Submission | Submissionen

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ schrieb am 20. April 2023 die Winterdienst- arbeiten für die Fraktionen D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in drei Losen für den Zeitraum ab Winter 2023/24 für fünf Jahre in der Lokalzeitung G.\_\_\_\_\_ aus. In den Unterlagen für die Offerteinreichung, die bei der Gemeinde bezogen werden konnten, wurde das Einladungsverfahren für massgebend erklärt. Als Eignungskriterien wurden die organisatorische, technische und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die fachliche Eignung festgehalten. Als Zuschlagskriterien legte die Gemeinde die Qualität des Anbieters (Gewichtung 40 %), die Qualität des Angebots (Gewichtung 30 %) sowie den Preis (30 %) fest. In den Offertunterlagen wurde zudem explizit auf das Beilagenformular Nr. 8 'Bewertungstabelle Beurteilungs- kriterien Schneeräumung' hingewiesen, aus der sich die verfeinerten Bewertungskriterien und deren Gewichtung entnehmen liessen. Mit Schreiben vom 26. April 2023 lud die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ die A.\_\_\_\_\_ SA zur Offertstellung bis zum 12. Mai 2023 ein.

### E. 1.1

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet der Vergabeentscheid vom 16. Juni 2023 (vgl. Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 3; Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 10), worin die Beschwerdegegnerin die Winterdienstarbeiten F.\_\_\_\_\_ an die vorteil- hafter anbietende Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) und nicht an die zweitrangige Anbieterin (Beschwerdeführerin) vergab, wogegen letztere am 10. Juli 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin u.a. die Aufhebung der angefochtenen Vergabeverfügung sowie den Zuschlag für den Winterdienst und die Schneeräumung F.\_\_\_\_\_ an sich selber 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

- 7 - 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 Verwaltungs- gericht 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 Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, da es um die gerichtliche Überprüfung des angefochtenen Vergabe-/Zuschlagsentscheids vom 16. Juni 2023 geht.

### **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 unterlegene Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen kann; ob dies zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Die Legitimation ist in diesem Sinne zu verneinen, wenn beispielsweise der viertrangierte Anbieter lediglich den Ausschluss des Zuschlagsempfängers verlangt, jedoch zu bejahen, wenn dieser Anbieter beispielsweise den Ausschluss aller vor ihm stehenden Konkurrenten oder die Wiederholung des gesamten Verfahrens fordert (vgl. BGE 141 II 14 E.4.1 m.w.H.). Im konkreten Fall ist die Beschwerdeführerin gemäss Auswertung der Vergabebehörde mit 350 Punkten zweitplatziert hinter der Zuschlagsempfängerin mit 360 Punkten (vgl. Beurteilungskriterien Schneeräumung [Bg-act. 9]). Mit ihren Rügen, wonach sie in einzelnen Zuschlagskriterien besser hätte bewertet werden müssen als die Zuschlagsempfängerin, würde die Beschwerdeführerin diese im Erfolgsfall überholen und an ihrer Stelle die beste Bewertung erlangen. Die

- 8 - Beschwerdeführerin ist somit legitimiert und folglich ist 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) grundsätzlich einzutreten. Ob die einzelnen Rügen rechtzeitig erhoben wurden, wird nachfolgend zu prüfen sein.

### **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 (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. Urteil des Verwaltungsgerichts [VGU] U 23 39 vom 11. Juli 2023 E.1.4 m.w.H.). Gerade bei Fragen der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde praxisgemäss ein weiter Ermessensspielraum 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 23 39 vom 29. August 2023 E.1.4 m.w.H.).

- 9 - 1.5.1. Die Beschwerdeführerin stützt sich auf die Bestimmung von Art. 53 Abs. 2 IVöB, wonach Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssten, und schliesst daraus im Umkehrschluss, dass im Einladungsverfahren – mangels Ausschreibung – die Ausschreibungsunterlagen nicht selbständig anzufechten seien. Folglich seien die Ausschreibungsunterlagen im Gegensatz zur Ausschreibung auch nicht alleine im Katalog der zulässigen Beschwerdeobjekte von Art. 53 Abs. 1 IVöB aufgeführt. Die Beschwerdeführerin unterlegt ihren Standpunkt mit verschiedenen Literatur- und Judikaturstellen. In ihrer Replik bringt die Beschwerdeführerin zusätzlich vor, dass nur eine öffentliche Ausschreibung in den vorgeschriebenen Publikationsorganen bezüglich der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen Rechtswirkung erzeuge. Mit der Publikation in der Lokalzeitung sei die Ausschreibung im offenen Verfahren vorgenommen worden. Diese sei aber fehlerhaft erfolgt, da die Publikationsvorschriften, u.a. die Veröffentlichung auf [simap.ch](http://simap.ch), nicht eingehalten worden seien. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung liege folglich eine nicht den Vorschriften entsprechende Vergabeart vor, was einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel darstelle, der von Amtes wegen zu beachten sei und zur Aufhebung der Verfügung führe. Die Beschwerdegegnerin interpretiert Art. 53 Abs. 1 IVöB hingegen so, dass dieser eine unter vormaligem Recht im Gesetz ungelöste Frage klar und eindeutig umschreibe: Demnach bilde die Ausschreibung des Auftrags das Anfechtungsobjekt einer Beschwerde (Art. 53 Abs. 1 lit. a IVöB); Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen müssten zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden. Ungeachtet der Verfahrensart gelte dies auch im Einladungsverfahren, weshalb die Rüge bezüglich der Ausschreibungsunterlagen verspätet erfolgt sei. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung gehe an der Sache vorbei, weil sie sich auf eine überholte Rechtslage stütze.

- 10 - 1.5.2. Unter den Parteien unbestritten blieb, dass die Vergabe der Winterdienstarbeiten im Einladungsverfahren erfolgte (vgl. Ziff. 1.3 der Unterlagen zur Offerteinreichung [Bg-act. 3]). Die Veröffentlichung des Einladungsverfahrens im Publikationsorgan der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ macht die Einladung nicht zu einer solchen im offenen Verfahren (vgl. Art. 18 IVöB). Ein Verfahrensfehler liegt demnach – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – nicht vor. Aus diesem Grund fehlt der Argumentation der Beschwerdeführerin auch die Grundlage in Bezug auf die angeblich fehlerhafte Publikation und deren Folgen. Die Beschwerdeführerin vermischt in ihrer Argumentation unterschiedliche Praxen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und der kantonalen Verwaltungsgerichte für Ausschreibungen nach der alten IVöB bzw. der kantonalen Submissionsgesetze (vgl. dazu die Zusammenfassung von ZOBL, in: TRÜB (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich et al. 2020, Art. 53 Rz. 20). Die Fragestellung ist aber – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt – nach neuem, hier anwendbarem Recht, überholt, weil das revidierte Recht die bislang uneinheitliche Praxis klarstellt, als Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen, soweit deren Bedeutung erkennbar war (Art. 53 Abs. 2 IVöB; ZOBL, a.a.O., Art. 53 Rz. 21).

'Ausschreibungsunterlagen' ist ein Oberbegriff, der nicht nur die Unterlagen bei

öffentlichen Ausschreibungen (d.h. Beschaffungen im offenen und selektiven Verfahren), sondern auch die Unterlagen bei Einladungsverfahren abdeckt (Art. 20 Abs. 2 IVöB; vgl. dazu auch Art. 36 Musterbotschaft IVöB S. 76, abrufbar unter: [https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/ivoeb\\_2019/DE\\_Musterbotschaft\\_IVoeB\\_inkl.\\_Vereinbarungstext\\_und\\_Anhaenge\\_1-4.pdf](https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/DE_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf); ZOBL, a.a.O., Art. 53 Rz. 19). Verzichtet eine Anbieterin auf die Anfechtung von solchen Anordnungen trotz ihrer Erkennbarkeit, so verwirkt sie ihr diesbezügliches Beschwerderecht; auf

- 11 - dergestalt verwirkte Rügen hat das Gericht nicht einzutreten (ZOBL, a.a.O., Art. 53 Rz. 21). 1.5.3. Im vorliegenden Fall war es der Beschwerdeführerin offensichtlich möglich, die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene und ihrer Ansicht nach falsche Gewichtung des Zuschlagskriteriums 'Preis' bereits bei Erhalt der Unterlagen zur Offerteinreichung (vgl. Schreiben vom 26. April 2023 [Bf-act. 5]; Bg-act. 3) zu erkennen und auch separat anzufechten, zumal in den Ausschreibungsunterlagen mittels separater Rechtsmittelbelehrung und Verweis auf Art. 53 Abs. 1 lit. a IVöB eigens darauf hingewiesen wurde (vgl. dazu BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 373). Evident ist zudem, dass die Beschwerdeführerin die ihrer Ansicht nach zu tiefe Gewichtung des Preiskriteriums auch tatsächlich erkannt hatte, diesen Umstand aber nicht mittels Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten hat, sondern bloss im Begleitbrief zur Offerteingabe vom 12. Mai 2023 (vgl. Bg-act. 4) bei der Vergabebehörde selber kritisierte ("Gleichzeitig möchten wir höflichst erwähnen, dass die vorliegende Ausschreibung im offenen Verfahren [Art. 18 IVöB; BR 803.710] offenbar nicht wie gesetzlich vorgeschrieben im Simap und im kantonalen Amtsblatt publiziert wurde [Art. 48 IVöB i.V.m. Art. 13 RvzEGzIVöB; BR 803.610]. Deshalb liegt möglicherweise ein schwerwiegender Eröffnungsfehler vor. [...]. Daneben möchten wir auch erwähnen, dass die in den Ausschreibungsunterlagen vorgenommene Gewichtung des Zuschlagskriteriums 'Preis' mit nur 30 Prozent und der beiden Qualitätskriterien mit insgesamt 70 Prozent nicht der gefestigten Rechtsprechung des Kantons Graubünden entspricht. [...]). Dieses Schreiben stellt aber – wie die Vergabebehörde richtigerweise vorbringt – mangels Rechtsbegehren, Sachverhalt und Begründung keine rechtsgültige Beschwerde i.S.v. Art. 38 VRG dar und musste deshalb durch die Beschwerdegegnerin auch nicht zuständigkeithalber an das Verwaltungsgericht weitergeleitet werden.

- 12 - Was die zeitliche Komponente betrifft, ist der Beschwerdeführerin zwar grundsätzlich zuzustimmen, dass die Beschwerdefrist für die Anfechtung der Offertunterlagen von 20 Tagen erst nach der Eingabefrist für die Offerte auslief, was grundsätzlich unglücklich ist. Nachdem die Beschwerdeführerin – nach Erhalt der Offertunterlagen – den hier gerügten Mangel aber offenkundig vor Ablauf der 20 Tage erkannte und diesen mit der Offerteinreichung in einem Begleitschreiben eingehend kritisierte (vgl. Bg-act. 4), wäre es ihr ohne Weiteres zumutbar gewesen, diesen auch trotz Abgabe eines Angebots innert der in der Ausschreibung angegebenen 20 Tage separat anzufechten (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 373). Da dies vorliegend aber unbestrittenermassen nicht geschah, erfolgte die Rüge betreffend falscher Gewichtung des Preises verspätet (vgl. ZOBL, a.a.O., Art. 53 Rz. 24). Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn solche Einwände gegen die Ausschreibung, z.B. wegen einer fehlerhaften Bewertungsmethode, erst mit der Beschwerde betreffend den Zuschlag geltend gemacht würden (vgl. zum alten Recht u.a. BGE 125 I 203; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-879/2020 vom 26. März 2020 E.1.2). Auf diese Rüge ist

somit aufgrund Verwirkung bzw. Fristablauf nicht einzutreten. Ob eine Gewichtung des Preiskriteriums von 30 % rechters ist oder nicht, kann damit offen gelassen werden.

### **E. 1.6**

Der prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung entfällt mit der materiellen Beurteilung des Streitfalles.

### **E. 2**

H.\_\_\_\_\_ CHF 187'532.63

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht einerseits die Anwendung einer falschen Verfahrensart durch die Vergabebehörde. So gebe es etwa das Einladungsverfahren und das offene Verfahren, aber nichts dazwischen. Indem die Vergabebehörde Elemente der beiden Verfahrensarten vermische, sei das Vergabeverfahren mit einem derart schwerwiegenden Rechtsmangel behaftet, dass das Gericht hier von Amtes wegen einschreiten müsse. Die Beschwerdegegnerin hält dem

- 13 - entgegen, dass sie mit ihrem Vorgehen lediglich allfällig interessierte Anbieter von Winterdienstarbeiten im Einzugsgebiet der Gemeinde habe eruieren wollen. Sie habe aber von Beginn weg die Regeln des Einladungsverfahrens für anwendbar erklärt und damit Klarheit geschaffen. Die konkrete Einladung bzw. Eröffnung des Wettbewerbs erfolgte dann mit der Abgabe der Offertformulare inkl. Beilagen an die Anbieter.

#### **E. 2.2**

Unter den Parteien unstrittig ist, dass die Ausschreibung im Einladungsverfahren erfolgte. Das Vorgehen mittels Veröffentlichung des Einladungsverfahrens im Publikationsorgan der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ (vgl. Bg-act. 2) ist zwar etwas ungewöhnlich, aber sicherlich zulässig, zumal die Beschwerdegegnerin dadurch zusätzliche Erkenntnisse gewinnen kann, wer für den Auftrag in Frage kommt. Die Veröffentlichung des Einladungsverfahrens im Publikationsorgan der Gemeinde macht die Vergabe der Winterdienstarbeiten aber nicht zu einer solchen im offenen Verfahren (vgl. Art. 18 IVöB). Aus diesem Grund fehlt der Argumentation der Beschwerdeführerin die Grundlage in Bezug auf die angeblich fehlerhafte Publikation und deren Folgen. Auch der Hinweis auf ein Einschreiten des Gerichts von Amtes wegen ist unbehelflich, ist doch das Einladungsverfahren offensichtlich die im vorliegenden Fall korrekte Verfahrensart, zumal sich die eingereichten Angebote im Rahmen von rund CHF 110'000.-- und CHF 190'000.-- bewegen, mithin also unterhalb des für Dienstleistungen im Einladungsverfahren vorgegebenen Schwellenwertes von CHF 250'000.-- (vgl. Art. 20 Abs. 1 IVöB, Anhang 2). Diese Rüge ist somit abzuweisen.

- 14 -

### **E. 3**

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die A.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 10. Juli 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung vom 16. Juni 2023 sei aufzuheben und der Zuschlag für den Winterdienst und die Schneeräumung F.\_\_\_\_\_ sei der Beschwerdeführerin zu erteilen; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuvergabe an die Vergabebehörde zurückzuweisen; subeventualiter sei die

angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur Wiederholung des Vergabe- verfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen; subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerde- gegnerin und der Zuschlagsempfängerin. In formeller Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und die Untersagung jeglicher Vollzugshandlungen, insbesondere des Abschlusses des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass die Vergabe an die Zuschlagsempfängerin rechtswidrig erfolgt sei. So habe die Beschwerdegegnerin das Kriterium 'Zeit zum Arbeitsort' ausser Acht gelassen, das Kriterium 'Qualität des Anbieters' nicht objektiv nachvollziehbar, mithin willkürlich bewertet und den Preis mit 30 % unter der rechtlich zulässigen Mindestgewichtung von 60 % für die vorliegend standardisierte Vergabe gewichtet. Die Beschwerdeführerin habe gleichzeitig mit der Eingabe ihres Angebots form- und fristgerecht Beschwerde gegen die nicht den Vorschriften entsprechende Vergabeart erhoben, welche dem hiesigen Gericht hätte überwiesen werden müssen. Als Beweis für die Qualität des Anbieters offerierte sie die Zeugen-

- 5 - aussagen der Busfahrer des lokalen Taxidienstes I. \_\_\_\_\_ auf dem Gebiet F. \_\_\_\_\_, J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine falsche Bewertung im Unterkriterium 'Zeit zum Einsatzort'. Sie habe dort '5 Minuten' angegeben und dennoch dafür keine Punkte erhalten. Richtigerweise hätte sie dort 5 Punkte multipliziert mit der Gewichtung von 10, somit 50 Punkte erhalten sollen, womit sie insgesamt eine höhere Punktezahl erreicht hätte als die Zuschlagsempfängerin. Die Vergabebehörde entgegnet diesem Vorwurf, dass bei der gerügten Angabe im Devis nicht die 'Zeit zum Einsatzort' bei den eingesetzten Fahrzeugen anzugeben gewesen sei, sondern die 'Zeit zum Einsatzort' der Ersatzfahrzeuge. Weil bei allen drei Anbietern die Reaktions- bzw. Einsatzzeit für die Ersatzfahrzeuge mit weniger als 15 Minuten angegeben worden sei, seien sie hinsichtlich der Bewertung auch alle gleich zu behandeln gewesen. Ob sie alle mit 10 Punkten oder – wie vorliegend – mit 0 Punkten bewertet worden seien, mache im Ergebnis keinen Unterschied.

### **E. 3.2**

Der Vergabebehörde ist grundsätzlich zuzustimmen, obschon es einleuchtender gewesen wäre, bei Erfüllen der geforderten 'Zeit zum Einsatzort' an alle Anbieter die volle Punktzahl von 10 anstatt 0 Punkten zu vergeben. Im Ergebnis aber ist allein entscheidend, dass alle drei Anbieter gleich behandelt wurden resp. die Beschwerdeführerin gegenüber der Zuschlagsempfängerin nicht benachteiligt wurde. Demnach ist auch diese Rüge abzuweisen.

### **E. 4**

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 13. Juli 2023 ordnete der Instruktionsrichter an, dass bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung jegliche Vollzugshandlungen zu unterbleiben hätten, insbesondere der Vertragsabschluss.

### **E. 4.1**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass sie beim Zuschlagskriterium 'Qualität des Anbieters' im Unterkriterium 'Erfahrung und Referenzen' auf einer Skala von 0 – 5 Punkten

mit nur 3 Punkten – entsprechend 'keiner o. neutrale Erfahrung' bewertet worden sei, was unhaltbar sei, habe die Beschwerdeführerin doch während Jahrzehnten für die Gemeinde, den Kanton und private Unternehmungen den Winterdienst besorgt und das stets zur vollen Zufriedenheit der Besteller, was auch mit Referenzschreiben in der Offerte belegt sei. Die Beschwerdeführerin sei in diesem Kriterium mit 5, mindestens aber mit 4 Punkten zu bewerten,

- 15 - womit sie aufgrund der Gewichtung von 20 % dieses Kriteriums die Zuschlagsempfängerin überhole und ihr der Zuschlag zuzusprechen sei. In der Replik räumte die Beschwerdeführerin ein, dass es ein einziges Mal zu einem Schadensereignis gekommen sei, welches aber von ihrer Versicherung vollständig getragen worden sei; sämtliche weiteren Vorwürfe bestritt sie hingegen. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Zuschlagsempfängerin, welche über viel weniger Erfahrung im Winterdienst verfüge als sie, die maximale Punktezahl erreicht habe. Die Beschwerdegegnerin verweist ihrerseits auf den Umstand, dass die Auftragsarbeiten der Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren mehrfach zu Beanstandungen geführt hätten, sodass sie seitens der Gemeinde sogar schriftlich auf ihre Vertragsverpflichtungen und Unterlassungen habe aufmerksam gemacht werden müssen. Diese Situation habe zu einer Grundbewertung von 2 Punkten geführt, welche angesichts anderer, ansprechender Referenzen auf 3 Punkte erhöht worden sei. Angesichts der Reklamationen und einer schriftlichen Massregelung könne nicht davon gesprochen werden, dass diese Bewertung rechtsungleich, missbräuchlich oder unsachlich sei. In ihrer Duplik verwies die Beschwerdegegnerin auf ihr Schreiben vom 22. November 2021, auf welches die Beschwerdeführerin nicht reagiert und damit die Vorwürfe akzeptiert habe. Im Übrigen würden in kleinräumigen Verhältnissen wie hier nicht jede noch so kleine Beanstandung schriftlich abgemahnt, weshalb keine weiteren Abmahnungen vorlägen.

#### **E. 4.2**

Mit Schreiben vom 22. November 2021 (Bg-act. 1) hielt die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin gravierende Versäumnisse und Mängel bei der Ausführung des Auftrags betreffend die Fraktionen D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ vor. Dabei stellte die Beschwerdegegnerin sogar die Vertragskündigung in den Raum für den Fall, dass die Beschwerdeführerin ihre vertraglichen Verpflichtungen auch künftig nicht einhalte.

- 16 - Diese Mahnung ist zumindest schriftlich unwidersprochen geblieben. Sollten derart gravierende Vorwürfe haltlos sein, wäre mit einer schriftlichen Bestreitung bzw. einer Gegendarstellung zu rechnen, welche hier aber offenbar unterblieb. Die von der Beschwerdeführerin als Zeugen angebotenen Busfahrer des lokalen Taxidienstes I.\_\_\_\_\_, welche die Arbeit der Beschwerdeführerin auf dem Gebiet von F.\_\_\_\_\_ schätzten und lobten, sind in der vorliegenden Sache nicht zielführend, da nicht die Begründetheit der Vorwürfe der Beschwerdegegnerin betreffend, weshalb auf deren Befragung in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden kann (vgl. BGE 144 V 361 E.6.5, 141 I 60 E.3.3, 136 I 229 E.5.3). Mit einer Basisbewertung von 2 Punkten sowie einem zusätzlichen Punkt aufgrund anderer, positiver Referenzen hat die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihres Ermessens eine sachlich nachvollziehbare Bewertung vorgenommen. Dasselbe kann in Bezug auf die bessere Bewertung der Zuschlagsempfängerin gesagt werden, waren doch dort gemäss Akten keine negativen Vorkommnisse zu berücksichtigen. Allein die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin über mehr Erfahrungsjahre verfügt als die Zuschlagsempfängerin, kann für sich allein gesehen nicht zu einer höheren Bewertung

führen. Insofern ist es auch gerechtfertigt, dass ein Unternehmen mit einem weniger langen, aber insgesamt einem repräsentativen Erfahrungshorizont die maximale Punktezahl erreichen können soll. Die Bewertung der Beschwerdegegnerin des Qualitätskriteriums 'bisherige Erfahrung der Gemeinde und Referenzen bzgl. Qualität' erweist sich somit als sachlich nachvollziehbar und im Rahmen des grossen Ermessensspielraumes der Vergabebehörde auch als haltbar bzw. rechtlich korrekt. Aufgrund dessen ist auch diese Rüge abzuweisen.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend dringt die Beschwerdeführerin mit keiner ihrer Rügen durch. Der Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin erweist sich demnach als rechtmässig, womit die Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

- 17 -

#### **E. 5**

Die Vergabebehörde (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) liess sich mit Eingabe vom 26. Juli 2023 vernehmen und beantragte kostenfällig die Abweisung der Beschwerde soweit darauf eingetreten werden könne sowie die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung. Begründend führte sie im Wesentlichen an, dass auf die Rüge betreffend falsche Gewichtung des Preiskriteriums nicht eingetreten werden könne, da sie verspätet erfolgt sei. Die Verfahrensart sei rechtmässig festgelegt worden. Eine Ungleichbehandlung im Qualitätskriterium bzw. dem Unterkriterium 'Zeit zum Einsatzort' liege nicht vor, dieses sei von allen Anbietern erfüllt und deshalb bei allen gleich bewertet worden. Auch in Bezug auf das Unterkriterium 'Erfahrung und Referenzen' habe sie ihre Bewertungen angesichts der Reklamationen in den vergangenen Jahren und der schriftlichen Massregelung bei Schneeräumungsarbeiten für die Gemeinde im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens korrekt vorgenommen. Zum Beweis betreffend die früheren Vertragswidrigkeiten durch die Beschwerdeführerin bot sie die Befragung des Bereichsleiters der kommunalen Technischen Dienste an. Schliesslich hielt die Beschwerdegegnerin noch fest, dass ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin auch daran scheiterte, dass sie einen Teil der als Ersatzfahrzeuge angegebenen Maschinen und Fahrzeuge gleichzeitig in anderen Gemeinden beanspruche; weiter biete sie zum Teil Gerätschaften an, die ausschreibungswidrige Tonnagen aufweisen.

#### **E. 5.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten in Anwendung von Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Staatsgebühr wird angesichts der Höhe des Beschaffungswertes (Auftragsvolumen) von gerundet CHF 110'000.-- und einer mittleren Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen durch das streitberufene Gericht ermessensweise auf CHF 2'000.-- festgesetzt (vgl. dazu etwa VGU U 17 42 vom 22. August 2017 [Beschaffung Kommunaltransporter]).

#### **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 obsiegenden Beschwerdegegnerin keine aussergerichtliche Entschädigung zuzusprechen ist. Die Beigeladene hat am Verfahren

nicht teilgenommen, weshalb sie ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. III. Demnach erkennt das Gericht:

**E. 6**

Die Zuschlagsempfängerin liess sich nicht vernehmen.

- 6 -

**E. 7**

Mit Replik vom 31. August 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest. Im Übrigen vertiefte und ergänzte sie ihre Argumentation.

**E. 8**

Am 28. September 2023 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Duplik ein, ebenfalls unter Festhaltung an ihren Anträgen und Vertiefung von deren Begründung.

**E. 9**

Mit Triplik vom 12. Oktober 2023 nahm die Beschwerdeführerin zur Duplik Stellung und reichte ihre Honorarnote ein. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften, den angefochtenen Vergabeentscheid vom 16. Juni 2023 sowie auf die eingereichten Beweismittel wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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