

GR_GERICHTE U 2023 87 vom 28. Mai 2024

GR Gerichte, 2024-05-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2023_87

FR: GR_GERICHTE U 2023 87 du 28 mai 2024

IT: GR_GERICHTE U 2023 87 del 28 maggio 2024

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Das Tiefbauamt (TBA) schrieb am 29. Juni 2023 im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich auf der Ausschreibungsplattform simap.ch und im Kantonsamtsblatt die Baumeisterarbeiten "H416 Tunnel E._____" öffentlich aus. Für die Ermittlung des vorteilhaftesten Angebots wurden die Zuschlagskriterien wie folgt angegeben: - Zuschlagskriterium Qualität des Anbieters 30% Unterkriterien: • 15% Erfahrungen des TBA GR mit dem Anbieter • 10% Unternehmerreferenzen • 5% Baustellenkader - Zuschlagskriterium Qualität des Angebotes 30% Unterkriterien: • 10% Technische Konzepte • 10% Plausibilität des Angebotes • 5% Bauprogramm/Termine • 5% übergeordnete Konzepte (QM-Konzept; Sicherheits- und Gesundheitsschutzkonzept) - Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit 10% Unterkriterium: Auftrags- bzw. unternehmensbezogenes Nachhaltigkeitskonzept - Zuschlagskriterium Preis 30% linear verkürzte Skala, Preisspanne 30% (Angebote > 130% erhalten 0 Punkte) Als Termin für die Offerteingabe wurde der 29. September 2023 angegeben.

- 4 -

E. 1.1

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet die Vergabeverfügung (Entscheid) vom 6. Dezember 2023, worin die Beschwerdegegnerin (Regierung) für die Baumeisterarbeiten "H416 Tunnel E._____" für CHF 28'780'256.90 an die punktemässig am besten bewertete Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) und nicht an die zweitrangige Beschwerdeführerin (mit ihrem preislich günstigeren Angebot von CHF 28'521'848.85; Differenz 0.906%) erteilte. Dagegen wehrte sich die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 22. Dezember 2023 beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragte die Aufhebung des Vergabeentscheids vom 6. Dezember 2023 und die Erteilung des Zuschlags an sich selbst; eventualiter sei die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. In der Replik beantragte die Beschwerdeführerin zusätzlich den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin, während sie in der Triplik lediglich (wieder) an den Anträgen in der Beschwerde festhielt; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Beschwerdethema ist die Rechtmässigkeit des angefochtenen Vergabeentscheids betreffend "Tunnel-Baumeisterarbeiten", Strassenabschnitt H416.

E. 1.2

Das anwendbare Recht bilden das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz [BGBM]; SR 943.02), die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung zum öffentlichen Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, in Kraft gesetzt am 1. Oktober 2022, weil das Verfahren am 29. Juni 2023 und somit zeitlich nach dem Inkrafttreten der totalrevidierten IVöB eingeleitet wurde und daher (laut intertemporaler Regelung in Art. 64 Abs. 1 IVöB) auf den vorliegenden Fall das neue Recht anwendbar ist. Das Einführungsgesetz zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGzIVöB; BR 803.600) sowie die zugehörige Verordnung (RVzEGzIVöB; BR 803.610) sind ebenfalls zu

- 11 - beachten und hier anwendbar. Nach Art. 55 IVöB richtet sich das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren zudem ausdrücklich nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege (Ergo: Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BR 370.100).

E. 1.3

Die schriftlich eingereichte Beschwerde vom 22. Dezember 2023 ist sowohl bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG) als auch hinsichtlich der Einhaltung der 20-tägigen Beschwerdefrist laut Art. 56 Abs. 1 IVöB formell korrekt und ordnungsgemäss erfolgt. Die Beschwerde ist infolgedessen frist- und formgerecht eingereicht worden.

E. 1.4

Nach Art. 49 Abs. 1 lit. d VRG beurteilt das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerden gegen Entscheide der Regierung, soweit diese nicht nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind oder bei einer anderen Instanz angefochten werden können. Der strittige Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin ist ein solcher Entscheid, der weder andernorts angefochten werden kann noch auf Kantons- oder Bundesebene endgültig ist. Er bildet daher, im Einklang mit Art. 52 IVöB, ein taugliches Anfechtungsobjekt vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und das angerufene Gericht ist folglich sowohl sachlich, funktionell wie auch örtlich zur vorliegenden Streitentscheidung spruchbefugt.

E. 1.5

Zur Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht ist laut Art. 50 VRG legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin wird durch die Auftragsvergabe der Baumeisterarbeiten an die Zuschlagsempfängerin offenkundig wirtschaftlich nachteilig berührt, weil nicht sie die ausgeschriebenen Tunnelarbeiten erledigen darf. Es entgeht ihr damit ein Auftrag in der Grössenordnung von rund CHF 28.5 Mio. laut eigener Offerte. Als

- 12 - Adressatin des Entscheids ist die Beschwerdeführerin demnach auch zu dessen Überprüfung berechtigt.

E. 1.6

Die Kontrolle von Vergabeentscheiden beschränkt sich laut Art. 56 Abs. 3 IVöB auf Rechtsverletzungen inklusive Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Die Angemessenheit des strittigen Entscheids kann im Zuge des Beschwerdeverfahrens hingegen nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB). Das Verwaltungsgericht kann deshalb sein Ermessen nicht

an die Stelle jenes der Vorinstanz (Vergabehörde) 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 23 39 vom 29. August 2023 E.1.4, U 22 86 vom 11. Juli 2023 E.1.6, U 22 54 vom 14. Februar 2023 E.1.6 und 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 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 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 m.w.H.).

E. 1.7

Aus verfahrensrechtlicher Sicht sei noch klargestellt, dass die 'Ausweitung' des Hauptbegehrens in der Beschwerde (Aufhebung des angefochtenen

- 13 - Entscheids und Erteilung des Zuschlags an sich selbst) samt Eventualbegehren (Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz) im Vergleich zur Replik (zusätzlich Ausschluss der Zuschlagsempfängerin gefordert) grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl. Art. 51 Abs. 2 VRG). Vorliegend ist diese Ungereimtheit wohl als 'Versehen' zu werten, worauf nicht weiter einzugehen ist, weil jene Erweiterung des ursprünglichen Hauptbegehrens samt Eventualbegehren durch das Zusatzbegehren in der Replik keine (materielle) Änderung des Schlussergebnisses ergeben hätte. 2. Streitgegenstand und materiell zu beurteilen ist, ob die Zuschlagsempfängerin wegen fehlender Eignung ihres Baustellenchefs vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen (nachfolgend Erwägung 3.ff.). Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Position 'längeres Vorhalten', wonach das Angebot der Zuschlagsempfängerin unzulässige Umlagerungen gegenüber dem Leistungsverzeichnis enthalte (E.4.ff.). Die Beschwerdeführerin bemängelt bezüglich der Bewertung der 'Qualitätskriterien' im Besonderen inakzeptable 'Rechnungs- und Rundungsfehler' (E.5.ff.). Weiter ist die Beschwerdeführerin nicht einverstanden mit der Beurteilung des Unterkriteriums 'Erfahrungen mit dem Anbieter' (E.6.ff.) sowie des Unterkriteriums 'Technische Konzepte', mit den Teilaspekten 'Tunnelkonzept' und "'Schalungskonzept' (E.7.ff.). Dasselbe gibt es hinsichtlich des Unterkriteriums 'Plausibilität des Angebots' zu klären (E.8.ff.). Ein weiterer Rügepunkt betrifft die angeblich 'fehlerhafte Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin' (E.9.ff.) und der Einwand der 'fehlerhaften Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin' (E.10.ff.). Schliesslich wird noch über die Bewertung des Zuschlagskriteriums der 'Nachhaltigkeit' zu befinden sein (E.11.ff.). Sodann wird das Fazit zum Vergabeentscheid gezogen (E.12). 3. Als Erstes ist die Rüge zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin wegen 'fehlender Eignung des Baustellenchefs' zu klären:

- 14 -

E. 2

A._____ AG, L._____ Fr. 28'521'848.85

E. 3

Nach eingehender Prüfung der Angebote durch die Auftraggeberin wurden zwei Offerten als den gestellten Anforderungen genügend und somit als gültig qualifiziert. Das Angebot der ARGE F._____, I._____, wurde aufgrund der Tatsache, dass es nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprach und zudem in Punkten, welche für die Ausführung relevant sind, nicht plausibel war, für ungültig erklärt. Aufgrund der im Voraus bekannt gegebenen Zuschlagskriterien ergab sich sodann nach der Aus- und Bewertung der gültigen Angebote das folgendes Bild: [.....]

Gestützt darauf ergab sich die Reihenfolge wie folgt: ARGE B._____, M._____ 3.62 Punkte A._____ AG, L._____ 3.60 Punkte ARGE F._____, I._____ ungültig

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst, dass der von der Zuschlagsempfängerin vorgesehene Baustellenchef gemäss dessen LinkedIn-Profil gar nicht bei dieser angestellt sei, sondern bei der G._____ GmbH; weil diese Firma nicht als Subunternehmerin aufgeführt sei, liege ein unzulässiger Beizug vor, was zum Ausschluss des Angebots führen müsse. Nachdem die Vergabebehörde aufzeigte, dass der Baustellenchef seit dem 1. November 2023 bei der Zuschlagsempfängerin angestellt sei, änderte die Beschwerdeführerin ihre Argumentation. Neu stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Eignung der Zuschlagsempfängerin daher nicht gegeben sei und deren Angebot vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei, weil der von ihr im Zeitpunkt der Offerteingabe aufgeführte Baustellenchef nicht bei ihr angestellt war. Unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2D_25/2018 vom 2. Juli 2029 bringt sie vor, dass ein Eignungskriterium grundsätzlich bei Offerteingabe erfüllt sein muss, ansonsten dies in der Ausschreibung explizit angegeben sein müsse, was hier nicht der Fall sei.

E. 3.2

Dazu nimmt die Vergabebehörde in ihrer Quadruplik mit der Argumentation Stellung, dass gemäss Art. 27 IVöB grundsätzlich die Eignung zu jedem Zeitpunkt während des Verfahrens und der Auftrags Erfüllung gewährleistet sein müsse; deren Prüfung könne jederzeit erfolgen, müsse aber zumindest einmal vor der Zuschlagserteilung erfolgen, da der Zuschlag nicht ungeeigneten Anbietern erteilt werden dürfe. Gemäss Bundesgericht müssten die Eignungskriterien grundsätzlich zum Zeitpunkt des Vergabeentscheides erfüllt sein (BGE 145 II 249).

E. 3.3

Aus chronologischer Sicht ist für das Gericht erstellt, dass die Ausschreibung am 29. Juni 2023 erfolgt und Frist für die Offerteingabe bis zum 29. September 2023 lief. Der Beschluss zur Vergabe erging am 4.

- 15 - Dezember 2023 und die entsprechende Verfügung datiert vom 6. Dezember 2023.

E. 3.4

In den Ausschreibungsunterlagen definierte die Vergabebehörde das Eignungskriterium "E3: fachliche Eignung" wie folgt: Technischer Leiter: - mind. 10 Jahre Erfahrung im Untertagbau - mind. 1 Tunnel im konventionellen Sprengvortrieb (L>400 m, Ausbruchfläche > 60m², mit Innenausbau) innerhalb der letzten 5 Jahre. Baustellenchef: -

mind. 10 Jahre Erfahrung im Untertagbau - mind. 1 Tunnel im konventionellen Sprengvortrieb (L>400 m, Ausbruchfläche > 60m², mit Innenausbau) innerhalb der letzten 5 Jahre. Hinweise oder Vorgaben dazu, in welchem Zeitpunkt wesentliche Elemente für die Auftragsbefreiung vorhanden oder nachgewiesen sein müssen, fehlen in den Ausschreibungsunterlagen.

E. 3.5

Die fachliche Qualifikation des von der Zuschlagsempfängerin benannten Baustellenchefs ist unbestritten. Bestritten ist die Nichterfüllung der Eignungskriterien durch die Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt der Offerteabgabe, weil zu diesem Zeitpunkt (29. September 2023) der Baustellenchef noch nicht bei der Zuschlagsempfängerin angestellt war.

E. 3.6

Das streitberufene Gericht hatte eine ähnliche Konstellation im Verfahren U 19 96 (Schneeräumung auf der H._____) zu beurteilen. Es hat damals festgestellt, dass die vom Bundesgericht am 2. Juli 2019 (!) gefällten Urteile 2D_25/2018 (=BGE 143 II 249) und 2C_111/2018 scheinbar Gegenteiliges festlegten. In U 19 96 E.6.1.8.1. und 6.1.8.2 hat das Verwaltungsgericht Graubünden die beiden Entscheide analysiert, um dann in E.6.1.8.3 zu folgender Erkenntnis zu kommen: In diesem Sinne kann die genannte Rechtsprechung so zusammengefasst werden, dass zwar grundsätzlich die Frist der Offerteneinreichung den massgeblichen Zeitpunkt darstellt, in welchem die Eignungskriterien und weiteren wesentlichen Elemente erfüllt

- 16 - sein müssen, dass aber gleichzeitig die Eignungskriterien (oder weitere Elemente) bei unklarer Formulierung auslegungsbedürftig und dann so auszulegen sind, dass sie die binnenmarktrechtlichen Vorgaben einhalten. Insofern sind die beiden Entscheide nicht per se als widersprüchlich, sondern als komplementär anzusehen. Das erste legt den Grundsatz fest, das zweite öffnet eine Möglichkeit für Ausnahmen, um das Binnenmarktrecht einzuhalten und insbesondere einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten zu können.

E. 3.7

Diese Erkenntnis wurde dann beim Weiterzug von U 19 96 im Urteil des Bundesgerichts 2D_17/2020 vom 30. November 2020, E.1.2.5 wie folgt bestätigt: Eignungskriterien müssen grundsätzlich im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllt sein. Aus der Ausschreibung kann sich aber Gegenteiliges ergeben, wobei sich dies nicht nur aus einer ausdrücklichen Anordnung, sondern auch aus der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ergeben kann. Das Urteil 2C_111/2018 ist nicht ein Widerspruch zum Urteil 2D_25/2018, sondern ein Anwendungsfall der darin genannten Grundsätze, indem darin die Ausschreibungsunterlagen ausgelegt werden. Bei dieser Auslegung sind insbesondere die binnenmarktrechtlichen Anforderungen und die dem Submissionsrecht zugrundeliegenden Anliegen der Gleichbehandlung der Anbieter, der Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zu beachten. Die konkrete Anwendung dieser Grundsätze ist eine Frage der Auslegung der Ausschreibung im Einzelfall [...].

E. 3.8

Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums zum Zeitpunkt der Offerteabgabe nicht wie die Beschwerdeführerin ausführt, zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin führt. Der massgebliche Zeitpunkt ist laut Bundesgericht der

Zeitpunkt des Beschlusses zur Vergabe. Da dieser am 4. Dezember 2023 gefällt wurde, war das Eignungskriterium zu diesem Zeitpunkt ohnehin erfüllt (Antritt Arbeitsverhältnis: 1. November 2023). Auf jeden Fall würde es insbesondere dem Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zuwiderlaufen, wenn eine solche Formalität zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin führen würde – es sei denn, ein zu knapper Arbeitsantritt würde die Qualität der Ausführung in irgendeiner Weise beeinträchtigen. Diese Rüge (E.3) ist nicht zu hören.

- 17 - 4. Zur Rüge der Position 'längeres Vorhalten', wonach das Angebot der Zuschlagsempfängerin wettbewerbsverzerrende/unzulässige Umlagerungen gegenüber dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung enthalte:

E. 4

Mit Beschluss vom 4. Dezember 2023 (Prot. Nr. 938/2023) vergab die Regierung in Beachtung der finanzrechtlichen Ausgabenkompetenzen den Auftrag zum Preis von CHF 28'780'256.90 an die ARGE B.____ (C.____ AG / D.____ GmbH), welche unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot eingereicht hatte. Zur Begründung wurde

- 5 - angefügt, dass das berücksichtigte Angebot insbesondere im Kriterium "Qualität des Angebots" Vorteile aufweise. Gemäss Angaben der Vergabebehörde nahm die Zweitplatzierte am 18. Dezember 2023 an einem Debriefing beim TBA in Chur teil. Seitens der A.____ AG nahmen am Debriefing N.____ und O.____ teil, seitens des TBA waren der Leiter Bau Hauptstrassen, P.____, und der Submissionsverantwortliche, Q.____, anwesend. Ein Protokoll zum Debriefing wurde nicht erstellt. Im Debriefing werden insbesondere die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots bekannt gegeben (Art. 14 RVzEGzIVöB). Im Rahmen des Debriefings wird dem Anbieter die Bewertung seines eigenen Angebots offengelegt und erläutert. Ebenfalls dient das Gespräch dazu, aufzuzeigen, was der Anbieter bei einer künftigen Angebotseingabe verbessern könnte, um seine Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen. Dieser Ablauf wurde den Vertretern der A.____ AG erläutert und es wurde ihnen aufgezeigt, dass unter der neuen IVöB ein Anrecht auf Akteneinsicht erst im Beschwerdeverfahren besteht. Der Leiter Bau Hauptstrassen zeigte die vom TBA verwendete Beurteilungs- und Bewertungssystematik auf. Es wurde erläutert, an welchen Stellen die A.____ AG Punkte verloren hat und wo die A.____ AG Punkte gewinnen konnte. Die positiven und negativen Aspekte des Angebots wurden aufgezeigt. Dazu stellte die Beschwerdeführerin verschiedene Fragen, welche ihr – soweit unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin möglich – beantwortet wurden. Der A.____ AG wurde die Offertbeurteilung offengelegt, wobei die Detailbewertung der Zuschlagsempfängerin geschwärzt wurde. Auf die Abgabe von Kopien wurde praxisgemäss verzichtet, jedoch wurde die Möglichkeit geboten, das gezeigte Dokument zu fotografieren, wovon die Vertreter der A.____ AG Gebrauch gemacht haben.

- 6 -

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin kritisiert dazu: Im Leistungsverzeichnis sei für das 'längere Vorhalten' eine Dauer von 3 Monaten ausgeschrieben. Diese Position zähle aber in diesem Umfang nicht zum ausgeschriebenen Leistungsumfang, denn es sei im Leistungsverzeichnis für jede Position definiert, welche Vorhaltedauer zu offerieren sei. Ein längeres Vorhalten

der Baustelleneinrichtung werde weder über die Gesamtbauzeit hinaus noch für einzelne Bauphasen verlangt. Bei längeren oder kürzeren Vorhalten handle es sich somit um eine hypothetische Eventualität und nicht um eine bestellte Leistung. Weil sie und die Zuschlagsempfängerin massiv unterschiedliche Preise offeriert hätten, schlage sich die Art der Bewertung dieser Leistungspositionen in relevanter Art und Weise auf die Gesamtbewertung der Angebote nieder. Die Beschwerdeführerin habe für das längere Vorhalten CHF 738'950.15 offeriert, während die Zuschlagsempfängerin dieselbe Position nur mit CHF 26'664.95 ausfüllte. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin Teile dieser Position in andere Positionen umgelagert habe. Weil diese Umlagerung wesentlich sei und mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende, für die Vergabebehörde ungewöhnliche und unverhältnismässige negative Folgen bezüglich der Vergütung nach sich ziehen würde, würde das Ergebnis der Submission verfälscht und sich das Vergaberisiko gerade deswegen verwirklichen. Weiter ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass die Position für längeres Vorhalten nicht in die Preisbewertung einfließen dürfe, da es sich bei der längeren Vorhaltdauer um eine reine Eventualität handle. Aufgrund der Modalitäten in der Ausschreibung ergäbe sich bei einer Änderung der Vorhaltdauer nicht automatisch eine

- 18 - Änderung der Vergütung. Bei den Positionen für längeres Vorhalten handle es sich um Globalen, welche unabhängig vom effektiven Aufwand auszurichten seien. Deshalb hätten die offerierten Beträge nicht gleichwertig wie der Angebotspreis für die ausgeschriebene Leistung in die Preisbewertung einfließen dürfen.

E. 4.2

Die Vergabebehörde erläutert die Position 'längeres Vorhalten' und weshalb diese von den Anbieterinnen zu offerieren war. Sie führt im Wesentlichen aus, dass im Untertagbau der Bauherr das Baugrundrisiko trage; damit der Unternehmer den Risiken in der Kalkulation Rechnung tragen könne, sei eine vertragliche Zuordnung erforderlich. Deshalb sei im vorliegenden Leistungsverzeichnis in insgesamt 43 Positionen das längere resp. kürzere Vorhalten der einzelnen Installationen mit einer Vorhaltdauer von 3 Monaten berücksichtigt. Für längeres und kürzeres Vorhalten werde jeweils nur eine Position für längeres Vorhalten ausgesetzt, wobei kürzeres Vorhalten mit denselben Angebotspreisen abgerechnet werde wie längeres Vorhalten, jedoch mit negativem Vorzeichen. Diese Positionen kommen bei Beststellungsänderungen zum Tragen oder wenn für den Vortrieb eine Veränderung der entsprechenden Abrechnungs-Bauzeit (Differenz zwischen Bauzeit und Abrechnungsbauzeit) von mehr als einem Monat vorliegt. Aufgrund dieser Differenz verändern sich die bauzeitabhängigen Kosten. Dies sind insbesondere die Baustelleneinrichtung (längeres oder kürzeres Vorhalten der in der entsprechenden Arbeitsphase benötigten Baustelleneinrichtungen, wenn die Abrechnungs-Bauzeit mehr als ein Monat von der Soll-Bauzeit abweicht. Sind die Preise und Ansätze für Leistungen dem Werkvertrag (z.B. Leistungsverzeichnis) zu entnehmen, verändert sich die Vergütung entsprechend den tatsächlichen Mengen. Vor diesem Hintergrund sieht sich die Vergabebehörde berechtigt, wenn aus Sorgfaltsgründen nicht sogar verpflichtet, aufgrund der vorhandenen Risiken bzw. Unsicherheiten im Untertagbau eine Position für 'längeres

- 19 - Vorhalten' im Leistungsverzeichnis vorzusehen, womit der Unternehmer diese Risiken in seiner Kalkulation Rechnung tragen kann. Ansonsten würde sich die Vergütung nach den Selbstkosten des Unternehmers bemessen mit einem angemessenen Zuschlag für Risiko und Gewinn. Das von der Vergabebehörde gewählte Vorgehen mit dem im

Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Ausmass von 3 Monaten erweise sich im Verhältnis zur geplanten Soll-Bauzeit (Anmerkung Gericht: 41 Monate) als angemessen. Die Vergabebehörde räumt ein, dass die Zuschlagsempfängerin die Kosten für das längere Vorhalten teilweise in andere Positionen umgelagert habe, eine solche Umlagerung aber zulässig sei und das Angebot der Zuschlagsempfängerin vorteilhafter sei als dasjenige der Beschwerdeführerin.

E. 4.3

Für das Gericht ist in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass die beiden Anbieterinnen die Positionen für längeres Vorhalten unterschiedlich kalkuliert haben. Das Thema 'längeres Vorhalten' umfasst die zwei Aspekte 'Umlagerung' und 'Berücksichtigung der Position im Preiskriterium'.

E. 4.3.1

Zur Umlagerung: Das Verwaltungsgericht hat diesbezüglich eine umfangreiche Praxis, z.B. jüngst in VGU U 23 25 vom 21. Dezember 2023 mit Verweis auf u.a. VGU U 22 22 vom 1. November 2022 (mit der A._____ AG als Zuschlagsempfängerin, der von der Zweitplatzierten Beschwerdeführerin u.a. unzulässige Umlagerungen in Positionen der Baustelleninstallationen vorgeworfen wurden; Beschwerde wurde abgewiesen). Die dortige E.2.2.3.2. (Seite 12 von U 22 22) lautete wie folgt: Das streitberufene Verwaltungsgericht hat sich zu der hier stellenden Frage der Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit von "Preisumlagerungen" bereits in seinem Urteil [VGU] U 13 8 vom 6. März 2014 ausgiebig befasst, welches darauf mit Urteil des Bundesgerichts 2D_39/2014 vom 26. Juli 2014 bestätigt wurde und worin in E. 7b was folgt festgehalten und bestimmt wurde:

- 20 - Preisumlagerungen können gemäss Rechtsprechung einen Verstoss gegen die submissionsrechtlich relevanten Gebote der Kostenwahrheit und der Transparenz sowie gegen das Verbot der Wettbewerbsverfälschung darstellen (Urteile des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010, U 05 47 vom 23. Juni 2005). Gegebenenfalls läge ein Ausschlussgrund gemäss Art. 22 lit. c SubG (in Verbindung mit Art. 24 lit. c SubG) vor. Beim Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen wird davon ausgegangen, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Material- und/oder Arbeitskosten in andere Einheitspreise oder in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht nach der Rechtsprechung dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Zwar ist die Kalkulation der Angebotspreise Sache des anbietenden Unternehmers, und die Art und Weise, wie er seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei. Die Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen darf aber nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen. Denn bei einer derart gestalteten Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung die korrekte Analyse der offerierten Preise und wird der direkte Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten erschwert oder gar verunmöglicht, was eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 2P.164/2002 vom 27. November 2002; Urteile des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010 E.4, VB.2007.00123 vom 12. September 2007 E.3.4.,

VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E.4; Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Luzern LGVE II 2004 Nr. 8 vom 19. März 2004). In den erwähnten Urteilen des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden wurden Offerenten ausgeschlossen, weil sie einerseits einen rund achtfach höheren Globalpreis für die Baustelleninstallation bei gleichzeitig rund 90 % tieferem Einheitspreis für Beton anboten (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010) bzw. rund fünffach höhere Kosten für die Baustelleninstallation bei einem Sonderrabatt von 99 % für den Beton (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 05 47 vom 23. Juni 2005). Im zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (Urteil VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010) ging es um den Ausschluss eines Anbieters, der in seinen Ausschreibungsunterlagen Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise wie z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise (sog. Platzhalterpreise) im Grundangebot offerierte, was die

- 21 - Vergabestelle (und auf Beschwerde hin auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) nicht akzeptierte.

E. 4.3.2

Weiter wurde in E.2.2.3.5. (Seite 16 von U 22 22) ausdrücklich bestimmt: Damit kann festgehalten werden, dass die hier strittigen Umlagerungen nicht zwingend zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen mussten. Dies, weil die grundsätzlich zwar eine Preisbildungsvorschrift verletzende Offerte nicht mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende und für den Auftraggeber ungewöhnliche und unverhältnismässige negative Folgen in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird, so dass das Submissionsergebnis verfälscht wäre und sich das Vergaberisiko gerade deshalb verwirklicht hätte (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2338).

E. 4.3.3

Im vorliegenden Fall hat die Zuschlagsempfängerin für das längere Vorhalten einen Betrag von CHF 26'664.95 offeriert, während die Beschwerdeführerin dafür einen Betrag von CHF 738'950.15 eingesetzt hat. Wie die Vergabebehörde korrekt ausführt, hängt die Kalkulation für das längere Vorhalten von diversen Faktoren ab, wie z.B. der Länge der Bauzeit und dem gewählten Amortisationsmodell. In der Ausschreibung sind Installationen ausgesetzt, welche über die gesamte Bauzeit vorgehalten werden müssen (z.B. Bürocontainer, Installationsflächen), andere wiederum können nach erfolgter Tätigkeit von der Baustelle entfernt werden (z.B. Vortriebseinrichtungen, Gewölbeschalwagen etc.). Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin, welche das 'längere Vorhalten' über eine Monatsmiete berechnet hat, wählte die Zuschlagsempfängerin ein Amortisationsmodell anhand der Bauzeitmiete über die kalkulierte Bauzeit (Anmerkung Gericht: Dieser Vorgang führt zur vorgeworfenen Umlagerung, wobei diese transparent gemacht ist; dies im Gegensatz zur Umlagerung der Beschwerdeführerin; vgl. dazu hinten Ziff. 8.3 und Ziff. 10.3). Die der Kalkulation zu Grunde liegenden Einsatzdauern der Installationen und Geräte hat die Zuschlagsempfängerin transparent dargestellt, weshalb das gewählte Abschreibungsmodell für die Vergabebehörde nachvollziehbar war. Es liegt ausserdem innerhalb der unternehmerischen Freiheit der Anbieterin.

- 22 -

E. 4.3.4

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass der Verdacht auf eine Umlagerung gegeben ist. Eine solche ist aber – wie oben gesehen – nicht per se verboten und muss nicht zwingend zum Ausschluss führen. Ein solcher muss nur dann vorgenommen werden, wenn die Umlagerung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende, für den Auftraggeber ungewöhnlich und unverhältnismässige negative Folgen mit Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird, sodass das Submissionsergebnis verfälscht wäre und das Vergaberisiko sich gerade deshalb verwirklicht hätte.

E. 4.3.5

Die Vergabebehörde zeigt in überzeugender Art und Weise auf, dass die oben beschriebenen negativen Folgen nicht zu erwarten seien, weshalb die vermutete Umlagerung zulässig sei. Tatsächlich verhält es sich so, dass die Vergabebehörde bei einer Verringerung der Bauzeit um mehr als einen Monat im Angebot der Zuschlagsempfängerin von einer Einsparung bei deren Position 'längeres Vorhalten' (CHF 26'664.95) nicht profitieren würde; umgekehrt drohten der Vergabebehörde bei Annahme des Angebots der Beschwerdeführerin Mehrkosten in der Höhe von CHF 738'950.15, sollte sich die Bauzeit um einen Monat oder mehr verlängern. Angesichts dieser grossen Differenz in der finanziellen Auswirkung erscheint es zudem als zweckmässig und sorgfältig, dass die Vergabebehörde die Position 'längeres Vorhalten' in die Bewertung des Preiskriteriums hat einfließen lassen. Erfahrungsgemäss ist ausserdem im Sinne einer Risikoabwägung auch davon auszugehen, dass die Bauzeit eher über- anstatt unterschritten wird. Mit dieser Rüge (E.4) dringt die Beschwerdeführerin nicht durch. 5. Zu den als mangelbehafteten gerügten Qualitätskriterien: Rechnungs- und Rundungsfehler bei Auswertung der zwei hier massgeblichen Offerten:

- 23 -

E. 5

Gegen die Verfügung vom 6. Dezember 2023 erhob die A. _____ AG (Beschwerdeführerin) am 22. Dezember 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Darin beantragt sie die Aufhebung der Verfügung des TBA vom 6. Dezember 2023 und die Erteilung des Zuschlags an sich selbst; eventualiter sei die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner. Ihre Anträge begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass die Vergabestelle für die Bewertung der Angebote eine zu differenzierte Notenskala verwendet habe, welche aus ihrer Sicht unzulässig sei. Die Unterkriterien hätten mit ganzen Noten, von 0 bis 5, bewertet werden sollen. Insbesondere seien die für die Unterkriterien "Technische Konzepte" und "Plausibilität des Angebots" sowie für das Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" erteilten Noten zu korrigieren, was dazu führen würde, dass das Angebot der Beschwerdeführerin an erster Stelle zu liegen käme. In Bezug auf die Akteneinsicht beanstandete die Beschwerdeführerin, dass sie anlässlich des Debriefings die Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin nicht einsehen konnte, da geschwärzt; dies erschwere ihr die Argumentation und stelle eine Gehörsverletzung dar. Gleichzeitig machte die Beschwerdeführerin ein Geheimhaltungsinteresse an ihrer eigenen Offerte mitsamt allen Beilagen geltend, da diese Geschäftsgeheimnisse enthalten; eine Offenlegung dieser Unterlagen würde der Zuschlagsempfängerin einen ungebührlichen Wettbewerbsvorteil verschaffen und Einblicke in die Preiskalkulation, aber auch in das technische Fachwissen der Beschwerdeführerin bieten.

E. 5.1

Le principe de la transparence - ancré à l'art. 2 let. b aLcMP - exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout

- 28 - le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul ...) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (cf. à cet égard, arrêt 2P.85/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1, publié in SJ 2002 I p. 549).

E. 5.2

Die Vergabebehörde räumt ein, dass es beim Zuschlagskriterium 'Qualität des Anbieters' zu einem Rechnungsfehler gekommen sei, ausgehend von der Umrechnung der prozentualen Gewichtung in Dezimalstellen. Dieser Umrechnungsfehler habe aber alle Anbieter gleichermassen getroffen. Bei den Rundungsfehlern erklärt die Vergabebehörde, dass die Tabellen in der Auswertung (Bg-act. 7) auf zwei Dezimalstellen genau gezeigt würden, wobei in den einzelnen Zellen keine Rundungsformeln hinterlegt worden seien, die Berechnungen also mit ungekürzten Werten vorgenommen worden seien. Die Darstellung habe aber das Ergebnis der Gesamtbewertung nicht beeinflusst. Zur Veranschaulichung führt die Vergabebehörde in ihrer Duplik die entsprechenden Tabellen mit der Gegenüberstellung der originalen, auf vier Dezimalstellen genauen Bewertungen sowie deren korrekte Rundung auf zwei Dezimalstellen auf. Ebenso legt sie eine neue Offertbewertung (Bg-act. 7) mit den originalen vier Dezimalstellen ein (Bg-act. 16).

E. 5.3

Aus Sicht des Gerichts verhält es sich dazu wie folgt: Wie die Vergabebehörde korrekt ausführt, blieb der (Um-)Rechnungsfehler von Prozenten in Dezimalstellen ohne Auswirkung, da alle Anbieterinnen

- 24 - gleichermassen davon betroffen waren. Und auch bei den Rundungsdifferenzen zeigte die Vergabestelle transparent und nachvollziehbar auf, dass es sich nur um ein Darstellungsproblem handelte und nicht um eine inhaltliche bzw. wettbewerbsverzerrende

Verfälschung des knappen Ergebnisses. Auch diese Rüge (E.5) ist folglich nicht zu hören.
6. Zur Rüge der Bewertung Unterkriterium 'Erfahrungen mit dem Anbieter':

E. 6

In ihrer Eingabe vom 25. Januar 2024 verzichtete die Zuschlagsempfängerin auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde, machte aber ein Geheimhaltungsinteresse geltend mit dem Antrag, es sei

- 7 - der Beschwerdeführerin die Einsichtnahme in die Offerte der ARGE B._____, insbesondere den darin enthaltenen Technischen Bericht mitsamt dem Schalungskonzept zu verweigern. Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass ebenso wie bei der Beschwerdeführerin in der Offerte schützenswerte Geschäftsgeheimnisse vorliegen würden, weshalb diese der Beschwerdeführerin als direkter Konkurrentin nicht herauszugeben seien. Dies gelte im besonderen Masse für den Technischen Bericht mit dem Schalungskonzept, in welchem spezifisches technisches know-how aufgeführt sei.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie aufgrund der von der Vergabebehörde als positiv bezeichneten früheren Erfahrungen im Unterkriterium 'Erfahrung mit dem Anbieter' eine höhere Bewertung hätte erhalten sollen als die Zuschlagsempfängerin, welche aufgrund fehlender früherer Erfahrungen der Vergabebehörde neutral mit der Note 3 bewertet worden sei.

E. 6.2

Die Vergabebehörde hält dem ihre interne Weisung entgegen, wonach eine Anbieterin, welche zwar bereits Aufträge für das TBA GR ausgeführt hat, aber dazu weder positive noch negative Erfahrungen dokumentiert wurden, mit 3 Punkten zu bewerten sind. Bezüglich der Beschwerdeführerin lägen keine dokumentierten früheren Erfahrungen vor, weshalb sie in diesem Punkt nichts zu ihren Gunsten ableiten könne.

E. 6.3

Nach Feststellung des Gerichts wird die Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin mit der Note 3 von der Beschwerdeführerin nicht in Zweifel gezogen. Sie ist aber der Ansicht, dass sie selber mit einer höheren Note hätte bewertet werden müssen. Die Vergabebehörde legt aber diesbezüglich ihre Praxis dar, welche nachvollziehbar ist und eine Gleichbehandlung der offerierenden Unternehmen gewährleistet. Die Vergabebehörde legt auch dar, unter welchen Voraussetzungen eine Besser- oder Schlechterbewertung im Kriterium 'Erfahrung mit dem Anbieter' möglich wird, nämlich (z.B. mittels Protokoll) dokumentierte

- 25 - Erfahrungen und sich daraus ergebende mögliche Konsequenzen, welche dem Unternehmen schriftlich kommuniziert worden sind, oder ein Entscheid der Fachgruppe Bauausführung bezüglich einer Besser- oder Schlechterbewertung einer bestimmten Unternehmung. Beides liegt hier nicht vor, weshalb die Vergabebehörde gemäss eigener Praxis korrekterweise auch die Beschwerdeführerin mit der Note 3 bewertet hat. Die Rüge (E.6) ist unbegründet. 7. Zur Rüge der Bewertung des Unterkriteriums 'Technische Konzepte':

E. 7

Die Vergabebehörde beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 29. Januar 2024 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge gemäss Gesetz. Hinsichtlich der Akteneinsicht weist sie darauf hin, dass gemäss ständiger Rechtsprechung kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten bestehe. Private Interessen an der Geheimhaltung seien insbesondere dort zu berücksichtigen, wo die Aktenstücke vertrauliche Geschäftsinformationen enthalten, mithin Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Im vorliegenden Fall mache die Beschwerdeführerin geltend, dass die Angebote durch die Vergabestelle falsch bewertet worden seien. Insofern sei in die Akten insoweit Einsicht zu gewähren, als die Bewertungen nachvollzogen werden könnten, und damit keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen verletzt würden. Vor diesem Hintergrund reichte die Vergabebehörde die Vergabeakten in einer für das Gericht ungeschwärzten Version ein und für die Beschwerdeführerin in einer teilweise geschwärzten Version; geschwärzt seien Informationen, welche die ausgeschlossene und nicht verfahrensbeteiligte ARGE F._____ betreffen sowie Informationen, welche den Anbietern im Hinblick auf künftige Beschaffungsverfahren einen unrechtmässigen Wettbewerbsvorteil schaffen könnten (z.B. Kostenvoranschlag).

- 8 -

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet unter diesem Gesichtspunkt, dass die Gewichtung des Beurteilungskriteriums 'Schutztunnel' als Teil des Unterkriteriums 'Technische Konzepte' mit 10% willkürlich sei. Weil das im letzten Rang genannte Beurteilungskriterium stärker gewichtet werde als vorangehende Beurteilungspunkte, verletzte die Vergabebehörde das Transparenzgebot und ändere unerlaubterweise nachträglich die bekanntgegebenen Parameter für die Beurteilung der Angebote ab.

E. 7.2

Dem hält die Vergabebehörde entgegen, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig ist, dass die Angabe der Zuschlagskriterien und der zugehörigen Unterkriterien unter Angabe von deren Gewichtung ausreichend sei. Die Verwendung einer weiteren Stufe von Unterkriterien sei zwar zulässig, müsse aber nicht im Detail in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt werden, wenn sie das übergeordnete Unterkriterium lediglich spezifizierten und den Anbietern klar sei, was im Rahmen des Kriteriums bewertet werde. Müssten die Unter-Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht aufgeführt werden, sei diesbezüglich für den Fall, dass sie dennoch aufgeführt würden, auch keine spezielle Reihenfolge in Bezug auf die Gewichtung zu beachten. Im Übrigen sei die Bewertung des Beurteilungspunkts 'Konzept Schutztunnel' mit einer Gewichtung von 10% (bzw. absolut mit 1%) auch sachlich angezeigt, als der Ausbruch und die Sicherung im Bereich des

- 26 - Verzweigungsbauwerks unter Verkehr erfolge. Dabei werde der Verkehr einspurig in einem Schutztunnel geführt, welcher Schutz biete vor herabfallenden Teilen und den Verkehr vor Einwirkungen durch die Ausbruch-, Schotter- und Sicherungsarbeiten schütze. Der Schutztunnel sei demzufolge ein elementarer Bestandteil des Verkehrsregimes während der Bauzeit und die angewandte Gewichtung sei gerechtfertigt.

E. 7.3

Das Gericht kann bestätigen, dass im Technischen Bericht der Zuschlagsempfängerin zum Konzept Schutztunnel auch eine Vorstatik eingereicht wurde (Bg-act. 6). Das Zuschlagskriterium 'Qualität des Angebots' ist mit 30% gewichtet. Dieses wiederum ist unterteilt in das Unterkriterium 'Technische Berichte' (10%), 'Plausibilität des Angebots' (10%), 'Bauprogramm/Termine' (5%) und 'Übergeordnete Konzepte' (5%). Jedes dieser Unterkriterien setzt sich wiederum aus mehreren Beurteilungspunkten (Unter-Unterkriterien) zusammen. Diese wurden in den Ausschreibungsunterlagen zwar angegeben, aber nicht gewichtet. Beim Unterkriterium 'Technische Konzepte' wurden folgende Beurteilungskriterien angegeben, welche bei der Auswertung wie folgt gewichtet wurden (in der Ausschreibung nicht angegeben): - Konzept: Baustelleninstallationen/-einrichtungen 20% - Installations- und Geräteliste 10% - Konzept: Baustellenerschliessung/Baupisten 5% - Konzept: Vortriebskonzept 10% - Konzept: Spreng- und Erschütterungskonzept 10% - Konzept: Lüftungskonzept 5% - Konzept: Materialbewirtschaftung 5% - Konzept: Abwasserbehandlungs-/Entwässerungskonzept 10% - Konzept: Wasserhaltung 5% - Konzept: Schalungskonzept 5% - Konzept: Betonierungskonzept 5% - Konzept: Schutztunnel 10% Der Grundsatz, dass bei Kriterien und Unterkriterien die Gewichtung entweder anzugeben ist oder bei Nichtangabe von einer Abnahme derselben in ihrer Reihenfolge auszugehen ist, beschlägt die Transparenz - 27 - der Ausschreibung. Das Bundesgericht hat sich dazu in BGE 143 II 553 E.7.7 u. E.7.9 (I.) und zuvor bereits in BGE 130 I 241 E.5.1 (II.) wie folgt geäußert: (I.)

E. 7.4

Der Vergabestelle ist somit zu folgen, wenn sie für die Beurteilungspunkte eines Unterkriteriums (Unter-Unterkriterium) vorbringt, dass sie nicht verpflichtet gewesen wäre, diese im Vorfeld bekannt zu geben und deshalb noch weniger verpflichtet ist, dabei eine bestimmte Reihenfolge in der Gewichtung einzuhalten. Diese Sichtweise trifft zu unter dem Vorbehalt, dass die Beurteilungspunkte bzw. deren Gewichtung unsachgemäss wären und so die Bedeutung der Unterkriterien in unvorhersehbarer Weise aushöhlen würden. Diese Situation liegt aber klarerweise nicht vor, wenn man die Beurteilungspunkte und deren Gewichtung vor Augen hält. Dass dabei der Beurteilungspunkt 'Konzept: Baustelleninstallationen/-einrichtung' mit 20% am stärksten gewichtet ist,

- 29 - erscheint sachgerecht. Was die übrigen Beurteilungspunkte betrifft, fällt es in das Ermessen der Vergabebehörde, inwiefern die einzelnen Konzepte etwas stärker oder etwas schwächer gewichtet werden. Auf jeden Fall ist nicht zu beanstanden, dass sie dem Beurteilungspunkt 'Konzept Schutztunnel' eine etwas höhere Gewichtung zumisst mit Blick auf die Verkehrssicherheit während der Bauzeit. Die Gewichtung lässt sich somit objektiv und nachvollziehbar begründen und verfälscht das Ergebnis des gesamten Unterkriteriums in keiner Weise.

E. 7.5

Die Rüge bez. Technische Konzepte umfasst auch das Schalungskonzept. Die Beschwerdeführerin rügt, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin beim Kriterium 'Schalungskonzept' höchstens 3 Punkte hätte geben dürfen. Die von ihr eingereichte Vorstatik sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt worden und hätte deshalb bei der Bewertung auch nicht berücksichtigt werden dürfen. Ausserdem habe die Vergabebehörde nicht berücksichtigt, dass die Zuschlagsempfängerin anstelle von nachvollziehbaren Schalungskonzepten nur kurze Beschreibungen ohne Skizzen und

dergleichen abgeliefert habe.

E. 7.6

Die Vergabebehörde ist hingegen der Ansicht, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin ähnliche Konzepte abgeliefert hätten. Zwar seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin tatsächlich etwas detaillierter, dabei aber nicht aussagekräftiger. Indem die Zuschlagsempfängerin für den Tagbautunnel zusätzlich eine Vorstatik der Lehrgerüstbaukonstruktionen eingereicht habe, sei für die Vergabestelle erkennbar gewesen, dass mit der angebotenen Konstruktion keine Probleme bei der Verkehrsführung zu erwarten seien. Dieser Mehrwert sei aufgrund der guten Erfüllung und Qualität mit der Note 4 bewertet worden.

E. 7.7

Aus der Sicht des Gerichts wurden in den Ausschreibungsunterlagen unter Kapitel 3.7 'Schalungskonzepte' die Konzepte für folgende Schalungen

- 30 - verlangt: Tunnelgewölbeschalung, Notausgang und Gewölbenischen, Zentralenbauten, Tagbautunnel Nord, Absetz- und Neutralisationsbecken. Die Vergabebehörde sah insbesondere in der Vorstatik der Lehrgerüstbaukonstruktionen einen Mehrwert, welcher sie die ansonsten vergleichbaren Konzeptdarstellungen zu einer um eine Note besseren Bewertung bewogen hat. Angesichts der in Bewertungsfragen (sehr) beschränkten Kognition des Streitberufenen Gerichts ist kein Grund ersichtlich, diese Bewertung in Zweifel zu ziehen. Wenn die Beschwerdeführerin argumentiert, die eingereichte Vorstatik sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt worden und dürfe deshalb nicht berücksichtigt werden, übersieht sie zudem, dass die Anbieterinnen durchaus angehalten waren, Angaben zum Tagbautunnel Nord einzureichen. Der sachliche Zusammenhang und das Zusammenspiel von Schalungskonzept und Lehrgerüstkonstruktion für einen Tagbautunnel ist hinreichend klar, sodass die Vergabebehörde im Rahmen ihres Ermessens diese zusätzliche Erkenntnis positiv werten durfte, zumal diese für sie nützlich war in Bezug auf die Abschätzung der Problematik der Verkehrsführung. Entsprechend ist diese Rüge (E.7) unbegründet. 8. Zur Rüge der Bewertung des Unterkriteriums 'Plausibilität des Angebots'.

E. 7.9

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Verwendung eines Zuschlagskriteriums unter dem Titel der 'Plausibilität' in der konkreten Ausgestaltung zulässig war, weil es nicht den Angebotspreis als solchen, sondern die vom Angebot umfassten Leistungen nach zulässigen Kriterien beurteilte (vgl. E.7.4 und 7.5 hiervor). Dabei bewegte sich die Stadt Zürich innerhalb des Beurteilungsspielraums, der ihr im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zusteht (vgl. E.6.3.2 hiervor). Dass die 'Plausibilität' als Unterkriterium zum Offertpreis beurteilt wurde, ist mit dem beschaffungsrechtlichen Transparenzprinzip vereinbar, weil die Vergabebehörde in der Ausschreibung ausdrücklich auf dieses Vorgehen hinwies und die Anbieter erkennen konnten, was unter der zu beurteilenden 'Plausibilität' zu verstehen war (vgl. E.7.7 hiervor). Schliesslich führte die Anwendung des Unterkriteriums 'Plausibilität' nicht dazu, dass der Preis zu wenig stark gewichtet wurde (vgl. E.7.8 hiervor). (II.)

E. 8

Mit prozessleitender Verfügung vom 1. Februar 2024 legte der Instruktionsrichter den Umfang der Akteneinsicht fest, gewährte die aufschiebende Wirkung und leitete einen zweiten Schriftenwechsel ein. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

E. 8.1

Mit dieser Rüge kritisiert die Beschwerdeführerin den Punkteabzug, mit dem sie für die Position NPK 113 'Baustelleneinrichtung' belegt wurde, weil sie dafür einen zu hohen Preis eingesetzt habe. Diese Bewertung sei nicht nachvollziehbar; vielmehr hätte sich die Vergabestelle die Frage stellen müssen, ob nicht die Zuschlagsempfängerin diese Position zu tief offeriert habe. Die Abwertung sei auch insofern unzulässig, als die Plausibilität des Preises für die Baustelleneinrichtung nicht die Qualität des Angebots betreffe. Beim Zuschlagskriterium 'Plausibilität des Angebots' handle es sich um ein quantitatives Kriterium, weshalb eine Abwertung nur zulässig sei, wenn die Erbringung der geforderten Qualität nicht plausibel sei. Sollte

- 31 - die Vergabebehörde schliesslich Umlagerungen im Angebot der Beschwerdeführerin festgestellt haben, so dürfte sie diese nicht in diesem Rahmen mit einem Punkteabzug würdigen, sondern müsste das Angebot vom weiteren Verfahren ausschliessen.

E. 8.2

Die Vergabebehörde hält dem entgegen, dass die Leistungs-Position NPK 113 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' vom TBA aufgeschlüsselt und detailliert beschrieben und ausgesetzt worden sei; zusätzlich sei eine allgemeine Position für Baustelleninstallationen ausgesetzt worden ('Allgemeine Installationsglobale'). Dies entspreche dem üblichen Vorgehen bei Tunnelbau-Ausschreibungen. Die Beschwerdeführerin habe die Position 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' zu einem Ausführungsbetrag von CHF 11'128'007.40 offeriert, was einem Anteil von 42% der Gesamtangebote entspreche. Verglichen mit Tunnelaufträgen, welche in der Vergangenheit für das TBA ausgeführt worden seien, liege dieser Anteil im oberen Bereich. Von dem genannten Betrag entfallen CHF 5'183'354.45 in die 'Allgemeine Installationsglobale', was einem Anteil von 47% der Position 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' entspreche. Demgegenüber habe die Zuschlagsempfängerin für die Position 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' einen Betrag von CHF 9'246'053.60, entsprechend 35% der Gesamtangebote offeriert, was einem nachvollziehbaren Niveau entspreche. Die darin enthaltene 'Allgemeine Installationsglobale' betrage CHF 230'500, entsprechend 2% der Position 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' (Bg-act. 9 S. 8). Weil die Position 'Allgemeine Installationsglobale' nicht weiter aufgeschlüsselt sei, könne die Vergabebehörde nicht erkennen, wie sich der offerierte Betrag zusammensetze. Eine unverhältnismässig hohe Installationsglobale, deren Zusammensetzung sich nicht erklären lasse, berge für die Vergabebehörde ein Risiko, weil diese auch dann in Rechnung gestellt werde, wenn nicht alle darin eingerechneten Positionen in der ursprünglich angedachten Menge zur Ausführung gelangten. Werde eine

- 32 - (unverhältnismässig) hohe Pauschale für die Baustelleneinrichtung offeriert, stelle dies erfahrungsgemäss ein Indiz für Umlagerungen dar. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdeführerin zudem auch rund die Hälfte der Baustelleninstallationen in die Globale eingerechnet, sodass für die Vergabebehörde nicht nachvollziehbar sei, was alles im Gesamtbetrag von rund CHF 11 Mio. enthalten sei. Auch ein Vergleich zum Angebot der Zuschlagsempfängerin, welche die Position 'Baustelleninstallationen/- einrichtungen'

gesamthaft rund CHF 2 Mio tiefer offeriert habe, werde dadurch verunmöglicht. Die Vergabebehörde veranschaulicht anhand einiger Beispiele gewisse Ungereimtheiten (S. 14 Vernehmlassung). Im Wesentlichen will sie damit aufzeigen, dass die Beschwerdeführerin für Positionen wie Plätze, Lagerflächen, Büroräume, Werkstätten etc. tiefere Preise offerieren konnte und auch offeriert hat als die Zuschlagsempfängerin, weil sie am Ort des Auftrags ihr Werkareal in Y._____ nutzen kann, wogegen die Zuschlagsempfängerin eine zusätzliche Installationsfläche in R._____ betreibe. Dass die Beschwerdeführerin als ortsansässige Anbieterin mehrere 100'000 Franken günstiger anbieten können als die nicht ortsansässige Zuschlagsempfängerin sei nachvollziehbar. Umso erstaunlicher und eben nicht mehr nachvollziehbar sei, dass die Gesamtkosten für die Position 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' dann doch rund CHF 2 Mio. höher ausfallen als bei der Zuschlagsempfängerin und zudem ein sehr hoher Anteil in der nicht weiter aufgeschlüsselten Globalen enthalten sei. Somit sei erstellt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin für die Pauschalposition 'Allgemeine Installationsglobale' einen unverhältnismässig hohen und nicht erklärbaren Betrag, gemessen am Gesamtpreis, ausweise. Die von der Vergabestelle festgestellten Umlagerungen müssten aber – entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin – nicht zwingend zum Ausschluss dieses Angebots führen.

- 33 -

E. 8.3

Nach der Auffassung des Gerichts gibt es zum Vorliegen einer nicht nachvollziehbaren Umlagerung in die Globalposition nicht viel zu sagen, weil dies offensichtlich ist. Die Vergabebehörde hätte die Beschwerdeführerin deswegen auch vom weiteren Verfahren ausschliessen können. Richtig ist aber auch, dass eine festgestellte, für die Vergabebehörde mit hoher Wahrscheinlichkeit ungünstige Umlagerung nicht automatisch zum Ausschluss führen muss, sondern auch mit einer tieferen Bewertung im (Unter-) Kriterium 'Plausibilität des Angebots' sanktioniert werden kann (vgl. dazu etwa VGU U 23 25 vom 21. Dezember 2023 E.4.6.4, U 22 34 vom 6. Dezember 2023 E.3.2 sowie U 22 22 vom 1. November 2022 E.2.2.3.5). Die Vorgehensweise der Vergabebehörde ist korrekt und der vorgenommene Punkteabzug auf jeden Fall angezeigt und verhältnismässig. Auch diese Rüge (E. 8) ist folgerichtig nicht zu hören. 9. Zur Rüge 'fehlerhafte Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin':

E. 9

In ihrer Replik vom 19. Februar 2024 ändert die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren insofern ab, als sie neu den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin beantragt und anstatt die Erteilung die Beibehaltung der aufschiebenden Wirkung beantragt; im Übrigen hält sie an den gestellten Rechtsbegehren fest. Sie rügt neu, dass die Zuschlagsempfängerin keinen Nachweis der geforderten Erfahrung des Baustellenchefs vorweisen könne, weshalb das Angebot ausgeschlossen werden müsse. Im Weiteren betreibe die Zuschlagsempfängerin eine unzulässige Preisspekulation, indem sie für die Vergabebehörde wahrscheinliche und gravierende Nachteile in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung habe; auch deshalb hätte die Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen werden müssen. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, dass nach Herausrechnen der Umlagerung der Vorhaltekosten die Preisdifferenz zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Zuschlagsempfängerin grösser geworden und entsprechend auch die Punktedifferenz angewachsen wäre. Weiter zieht die

Beschwerdeführerin ihre Rüge bezüglich der von der Vergabebehörde verwendeten Notenskala aufgrund der Ausführungen in der Vernehmlassung zurück. Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vergabebehörde Rechnungs- und Rundungsfehler vor, sowie diverse fehlerhafte Bewertung einzelner Unterkriterien.

E. 9.1

Diese Rüge knüpft an das soeben Gesagte (E.8) an: Die Beschwerdeführerin rechnet in ihrer Replik vor, dass die 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' in ihrem Angebot anstatt einen Anteil von 47% nur einem solchen von 40% der Gesamtkosten entspreche (Replik S.

E. 9.2

Die Vergabebehörde weist auf eine fehlerhafte 'Herunterrechnung' der Prozentanteile durch die Beschwerdeführerin hin. Der Installationsanteil von 42% (Beschwerdeführerin) bzw. 35% (Zuschlagsempfängerin) beziehe sich auf den Bruttobetrag der Angebote. Die für den Vergleich beigezogenen Installationspositionen beinhalten nur Positionen, die als Globale eingesetzt wurden; nicht eingerechnet sei die Position für längeres Vorhalten. Die Vergabebehörde bemängelt, dass die Beschwerdeführerin einen Anteil von 47% der gesamten so gerechneten 'Baustelleninstallationen/-einrichtungen' als 'Allgemeine Installationsglobale' ohne jede Aufschlüsselung aufführe, die Zuschlagsempfängerin hingegen nur 2%. Das Vorgehen der Beschwerdeführerin sei nicht nachvollziehbar, zumal im Leistungsverzeichnis sehr viele Positionen vorgesehen waren, in welchen Installationen offeriert werden konnten. Mit der sehr hohen Pauschale besteht für die Vergabebehörde Unklarheit darüber, welche Anteile darin enthalten seien; zudem bestehe das Risiko für den Bauherrn, dass die Globale bereits bei Baubeginn ausgelöst werde, unabhängig davon, ob die Installationen überhaupt installiert wurden oder nicht.

E. 9.3

Das Gericht vermag den Argumenten der Vergabebehörde zuzustimmen. Auch wenn die Offerte der Beschwerdeführerin in dieser Form zulässig ist, trifft der Vorwurf der mangelnden Zuordnungsmöglichkeit und daraus folgend der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit zu. Dadurch entsteht für die Bauherrschaft – wie von der Vergabebehörde korrekt dargestellt – Unklarheit und ein für sie weniger günstiger Zahlungsplan, weil die Globale insgesamt fällig wird, ohne dass die darin enthaltenen Leistungen schon erbracht werden müssten. Gesamthaft betrachtet verfügt das Angebot der Zuschlagsempfängerin über CHF 2 Mio. weniger an

- 35 - Baustelleninstallationen; deren Positionen sind zudem im Leistungsverzeichnis transparent und nachvollziehbar aufgeführt; die Globale beträgt nur rund CHF 230'000 bzw. 2% der Summe der Baustelleninstallationen/-einrichtungen. Vor diesem Hintergrund ist die tiefere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin durch die Vergabebehörde korrekt und nicht zu beanstanden. Die Rüge (E.9) ist damit ebenfalls unbegründet. 10. Zur Rüge fehlerhafte Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin.

E. 10

Die Vergabebehörde hält in ihrer Duplik vom 20. März 2024 unverändert an der Abweisung der Beschwerde fest. Sie reagiert auf die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin und kommt zum Schluss, dass sie die Bewertung der Angebote sorgfältig und damit im Rahmen ihres

- 9 - Ermessens vorgenommen habe; der angefochtene Zuschlagsentscheid erweise sich als richtig und haltbar.

E. 10.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Offerte der Zuschlagsempfängerin im Beurteilungspunkt 'Preisgestaltung' höchstens mit 2 Punkten hätte bewertet werden dürfen. Dies, weil auch die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot Umlagerungen vorgenommen habe.

E. 10.2

Dem hält die Vergabebehörde entgegen, dass sie das von der Zuschlagsempfängerin gewählte Abrechnungsmodell über die Bauzeitmiete zur Position längeres Vorhalten akzeptiert habe. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit bestehe kein Anlass, trotz allenfalls vorgenommenen Umlagerungen bei der Bewertung des Angebots im Kriterium 'Plausibilität des Angebots' einen Punkteabzug vorzunehmen.

E. 10.3

Nach Auffassung des Gerichts verkennt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, dass die Umlagerungen der Zuschlagsempfängerin beim längeren Vorhalten auf einem deklarierten und im Detail aufgezeigten Abschreibungs-Plan beruhen und somit für die Vergabebehörde von Beginn weg transparent und nachvollziehbar war. Dies im Gegenteil zu der von ihr offerierten 'Globalpauschale' in der Höhe von rund CHF 5.2 Mio., deren Inhalt für die Vergabebehörde völlig im Dunkeln bleibt und die Beschwerdeführerin auch nicht im Rahmen der Rechtsschriften in diesem Verfahren erhellt hat. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass die

- 36 - Vergabebehörde im Fall der Beschwerdeführerin einen Abzug in der Bewertung im Beurteilungspunkt 'Preisgestaltung' vornimmt. Die Note 3 ist somit objektiv gesehen korrekt und nachvollziehbar. Auch diese Rüge (E.10) ist somit haltlos. 11. Zur Rüge und Bewertung des Zuschlagskriteriums der 'Nachhaltigkeit':

E. 11

In ihrer Stellungnahme (Triplik) vom 28. März 2024 stellt die Beschwerdeführerin wiederum dieselben Rechtsbegehren wie in ihrer Beschwerde (also abweichend von der Replik). Sie vertieft in ihrer Eingabe ihre Argumentation in Bezug auf die Nichteinhaltung des Eignungskriteriums hinsichtlich des Baustellenchefs der Zuschlagsempfängerin, der unzulässigen Preisspekulation, dem intransparenten Umgang mit dem Unterkriterium 'Erfahrungen des TBA GR mit dem Anbieter' und dem Unterkriterium 'Plausibilität des Angebots'.

E. 11.1

Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vergabebehörde ihr Nachhaltigkeitskonzept nur mit der Note 3 bewertet habe; sie ist der Ansicht, dass sie in diesem Zuschlagskriterium die Note 4 hätte erhalten müssen. So seien bei ihr etwa die kurzen Transportwege nicht oder zu wenig berücksichtigt worden. Ausserdem würde sie sich für die Förderung von Frauen in der Baubranche einsetzen, indem sie etwa eine stellvertretende Baustellenchefin eingesetzt habe. Es bleibe offen, was die Beschwerdeführerin hätte liefern müssen, um in diesem Kriterium eine bessere Bewertung zu erreichen.

E. 11.2

Die Vergabebehörde argumentiert, dass die Transportwege im vorliegenden Fall im Vergleich zur eigentlichen Bautätigkeit nur untergeordnet ins Gewicht fallen würden. Aus dem Konzept gehe nicht hervor, wie die Beschwerdeführerin sich konkret für die Förderung von Frauen in der Baubranche einsetze; dass die vorgesehene stellvertretende Baustellenchefin in dieser Position eingesetzt werde, sei wohl deren Qualifikationen zu verdanken und vermöge nicht zu einer Besserstellung im Kriterium 'Nachhaltigkeit' zu gereichen. Dieses Kriterium werde in der Bewertung erst dann mit der Note 4 honoriert, wenn die im Nachhaltigkeitskonzept geplanten Massnahmen über das üblicherweise zu Erwartende hinausgehen und die vorgesehenen Massnahmen konzeptionellen Charakter aufweisen würden. Blosser Einzelmassnahmen, welche zwar durchaus als nachhaltigkeitsfördernd betrachtet werden könnten, vermögen aber nicht über die blosser Erfüllung dieses Kriteriums hinauszugehen.

- 37 -

E. 11.3

In Würdigung der bekannten Fakten hält das streitberufene Gericht fest: Beide Anbieterinnen haben im Zuschlagskriterium 'Nachhaltigkeit' die Note 3 erhalten. Gemäss der Notenskala wird die Note 3 mit 'erfüllt' umschrieben, die Note 4 mit 'gut erfüllt' und die Note 5 mit 'sehr gut erfüllt'. Demgegenüber wird mit der Note 2 bewertet, was 'schlecht erfüllt' ist und mit der Note 1, was 'sehr schlecht' erfüllt ist. Die Note 0 steht schliesslich für 'nicht beurteilbar – keine Angaben'. Im vorliegenden Fall verlangt die Beschwerdeführerin, dass sie im Zuschlagskriterium anstatt mit der Note 3 mit der Note 4 hätte bewertet werden müssen. Die Vergabebehörde zeigt demgegenüber auf, weshalb sie das Nachhaltigkeitskonzept der Beschwerdeführerin als ausreichend, aber nicht darüber hinausgehend betrachtet und entsprechend bewertet hat. Weiter zeigt sie auf, nach welchen Gesichtspunkten sie dieses Kriterium bewertet und unter welchen Umständen ein Nachhaltigkeitskonzept mit der Note 4 bewertet würde. Die Vergabebehörde zeigt in nachvollziehbarer Weise auf, weshalb sie im vorliegenden Fall das Nachhaltigkeitskonzept als nicht über das üblicherweise zu Erwartende hinausgehend betrachte; weiter durfte die Vergabestelle im Rahmen ihres erheblichen Beurteilungsermessens zulässigerweise die vorgesehenen Einzelmassnahmen zwar als nachhaltigkeitsfördernd und löblich bezeichnen, ihnen jedoch insgesamt den konzeptionellen Charakter absprechen, der für eine Höherbewertung notwendig wäre. Die Beschwerdeführerin ist auch mit dieser Rüge (E.11) nicht zu hören. 12. Als Fazit lässt sich damit festhalten: Aufgrund des der Vergabebehörde von Gesetzes wegen in erheblichem Umfang zugestandenen Ermessensspielraums, hält sich das Gericht denn auch bei Bewertungsfragen im allgemeinen und besonderes im technischen Bereich zurück. Weil die Vergabebehörde sämtliche umstrittenen Bewertungen plausibel, nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu begründen vermag, dringt die Beschwerdeführerin mit keiner ihrer

- 38 - zahlreichen Rügen durch. Entsprechend ist die Beschwerde gesamthaft abzuweisen.

13. Es bleibt noch über die Kosten- und Entschädigungsfolge zu befinden:

E. 12

Mit Eingabe (Quadruplik) vom 10. April 2024 hält die Vergabebehörde nach wie vor an ihren Rechtsbegehren fest. Sie hält darin der Beschwerdeführerin ihre Argumente bezüglich der Einhaltung von Eignungskriterien entgegen.

E. 13

Mit Stellungnahme (Quintuplik) vom 16. April 2024 äusserte sich die Beschwerdeführerin erneut zur Sache. Das Gesuch der Vergabebehörde vom 23. April 2024 um Gewährung einer Frist von 20 Tagen zur Entgegnung (Sextuplik) wurde von der Instruktionsrichterin mit Schreiben vom 24. April 2024 auf eine Frist bis zum 2. Mai 2024 gekürzt.

E. 13.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts der hohen wirtschaftlichen Bedeutung des Streitgegenstands für die Beschwerdeführerin (mit einem Auftragsvolumen von rund CHF 28.5 Mio.), der breiten Rügepalette und vier Schriftenwechseln, erachtet das Gericht vorliegend ermessensweise eine eher hohe Staatsgebühr für gerechtfertigt. Als Vergleichsfälle kommen etwa VGU U 13 8 vom 6. März 2014 (mit Staatsgebühr CHF 20'000.-- bei Auftragswert im Bauhauptgewerbe von CHF 29 Mio.), U 22 22 vom 1. November 2022 (mit Staatsgebühr CHF 12'000.-- bei Auftragswert CHF 6.3 Mio.) oder U 18 52 vom 30. Oktober 2018 (mit Staatsgebühr CHF 10'000.-- bei Auftragswert im Bauhauptgewerbe von rund CHF 4.5 Mio.) in Frage. Im konkreten Einzelfall wird die Staatsgebühr auf gesamthaft CHF 20'000.-- festgesetzt.

E. 13.2

Die materiell vollständig unterliegende Beschwerdeführerin hat keine Parteientschädigung zu gut.

E. 13.3

Ebenfalls keine Parteientschädigung erhält die beigeladene Zuschlagsempfängerin, weil sie sich – ausser in Bezug auf den Umfang der Akteneinsicht – nicht am Verfahren beteiligt hat. Es sind ihr daher auch keine durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 78 Abs. 1 VRG).

E. 13.4

Der Beschwerdegegnerin steht von Gesetzes wegen keine aussergerichtliche Entschädigung zu, da sie lediglich im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises obsiegt hat (Art. 78 Abs. 2 VRG).

- 39 - III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 14

Mit Schreiben vom 6. Mai 2024 stellte das Gericht der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der Regierung (Beschwerdegegnerin) vom 2. Mai 2024 als Beilage im Verfahren U 23 87 zur Kenntnisnahme zu.

E. 15

In der Folge ging keine weitere Stellungnahme mehr ein.

- 10 - II. Das Gericht zieht in Erwägung:

E. 18

– 21); entsprechend sei die Vergabebehörde fälschlicherweise von einem zu hohen Anteil ausgegangen. Weiter führt die Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften (insbesondere Replik S.

E. 21

24) zahlreiche Argumente und Positionen an, um aufzuzeigen, dass keine Umlagerungen stattgefunden hätten. Aufgrund der Tatsache, dass keine der übrigen Positionen der NPK – insbesondere die mengenabhängigen – ungewöhnlich günstig offeriert seien, könne auch keine Umlagerung in die Position NPK 113 'Baustelleninstallationen/- einrichtungen' stattgefunden haben. Die Vorinstanz zeige jedenfalls nicht auf, welche Positionen in anderen NPK von einer Umlagerung betroffen seien. Letztlich dürfe ein blosses Indiz für eine Umlagerung nicht zur

- 34 - Abwertung eines Angebots und zum Zuschlag zu einem preislich CHF 152'477.35 teureren Angebot führen.

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