



**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS GRAUBÜNDEN  
DRETGIRA ADMINISTRATIVA DAL CHANTUN GRISCHUN  
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DEL CANTONE DEI GRIGIONI**

U 21 98

**1. Kammer**

Vorsitz                      Audétat  
RichterIn                    Racioppi und von Salis  
Aktuar                        Gross

**URTEIL**

vom 21. April 2022

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

A. \_\_\_\_\_ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt LL.M. MA Fabian Martens,

Beschwerdeführerin

gegen

Gebäudeversicherung des Kantons Graubünden,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jon Andri Moder,

Beschwerdegegnerin

und

B. \_\_\_\_\_ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Andreas Rudolf,

Beigeladene

betreffend Submission

**I. Sachverhalt:**

1. Am 9. August 2021 schrieb die Gebäudeversicherung des Kantons Graubünden (GVG) im offenen Verfahren die Beschaffung eines "Workflow Management System Prävention" im Kantonsamtsblatt sowie auf der Vergabeplattform simap.ch aus. Das Bewertungsschema gab die GVG in ihren Ausschreibungsunterlagen wie folgt bekannt:

Bezeichnung	Punkte	Gewichtung [%]
Kriterienkatalog	3500	35
Konzept	1500	15
Referenzen	500	5
Präsentation	1500*	10*
Gesamtkosten (4 Jahre**)	3000*	35*
Total	10000	100

\* Gewichtung im Rahmen des Frageforums gegenüber allen Anbietern bestätigt; wirkt sich implizit auf fehlerhafte Punktezahl auf 1000 für Präsentation und 3500 für Gesamtkosten aus.

\*\* Vergabebehörde räumt im Rahmen des Frageforums Fehler ein: Korrektur auf 8 Jahre.

2. Innert Eingabefrist gingen sechs Angebote ein. Die Offertöffnung am 4. Oktober 2021 zeigte folgendes Bild:

- A. \_\_\_\_\_ AG, CHF 1'033'400.00
- B. \_\_\_\_\_ AG, CHF 1'751'680.00

Auf Nachfrage der A. \_\_\_\_\_ AG hin, weshalb sie nicht zu einer Präsentation eingeladen wurde, hielt sich die GVG (Vergabestelle) in ihrer E-Mail vom 22. November 2021 mit Hinweis auf das noch laufende Verfahren bedeckt, lud aber zu einer Besprechung im Dezember 2021 ein. Anlässlich dieser Besprechung am 9. Dezember 2021 erklärte die Vergabestelle der A. \_\_\_\_\_ AG, dass sie das Angebot trotz guter qualitativer Bewertung ausgeschlossen habe, weil es die Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Konkret habe die A. \_\_\_\_\_ AG die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Vergabestelle als auch deren Zahlungsplan nicht akzeptiert.

3. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2021 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag für die ausgeschriebenen Arbeiten der B.\_\_\_\_\_ AG; implizit bedeutete dieser Zuschlag auch den Ausschluss der A.\_\_\_\_\_ AG.
  
4. Am 20. Dezember 2021 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Vergabeverfügung vom 3. Dezember 2021 und die Zuschlagserteilung an sich selber, eventualiter die Aufhebung der Vergabeverfügung und Einräumung der Gelegenheit an die Beschwerdeführerin, ihre Präsentation abzuhalten sowie Verpflichtung der Vergabestelle, nach erfolgter Präsentation das Angebot der Beschwerdeführerin zu bewerten und anschliessend dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen; allenfalls sei die Ausschreibung abubrechen und die zu beschaffende Leistung neu auszuschreiben. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse bzw. der Vergabestelle. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin die superprovisorisch zu erteilende aufschiebende Wirkung sowie – unter Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse – Einsicht in sämtliche Verfahrensakten, insbesondere die Bewertungsmatrix bzw. den Bewertungsbericht der Vergabestelle unter Einräumung der Gelegenheit, sich im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels dazu zu äussern und ihre Anträge gegebenenfalls zu ergänzen oder anzupassen. Sie begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, dass sich ihr Angebot im Rahmen des Ausschreibungsgegenstandes bewege, welchen die Vergabestelle durch ihre Vorgaben und Aussagen definiert habe. Vor diesem Hintergrund stelle der Ausschluss aus dem Verfahren wegen einer nachrangigen Ergänzung der Vertragsbestandteile um die eigenen AGB eine übertriebene Formstrenge dar.

5. Die Zuschlagsempfängerin reichte am 3. Januar 2022 eine Desinteresse-Erklärung betreffend Teilnahme am Verfahren ein. Hinsichtlich des Umfangs der Akteneinsicht beantragte sie einen Verzicht auf den Beizug ihres Angebots zu den Verfahrensakten; eventualiter beantragte sie, dass der Beschwerdeführerin ihr Angebot nicht offenzulegen bzw. nicht auszuhändigen sei.
6. Die Vergabestelle (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 24. Januar 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin argumentierte, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Eignungskriterien der Ausschreibung nicht erfüllte, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass das Angebot den geforderten Verzicht auf die Gültigkeit eigener AGB nicht abgegeben hatte. Zudem erfülle das Angebot der Beschwerdeführerin auch gewisse in den Ausschreibungsunterlagen geforderte MUSS-Kriterien nicht, was näher zu untersuchen sei, wenn das Gericht die Eignungskriterien als erfüllt ansehen würde. Selbst wenn Eignungs- und MUSS-Kriterien erfüllt sein sollten, bleibe das wirtschaftlich günstigste Angebot dasjenige der Zuschlagsempfängerin.
7. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 31. Januar 2022 legte der Instruktionsrichter den Umfang der Akteneinsicht fest.
8. In ihrer Replik vom 7. März 2022 wirft die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin eine selektiv angewandte relative Bewertungsmethodik vor, die im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot stehe. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wäre zudem überspitzt formalistisch. Hinsichtlich der Bewertung ihres Angebotes beantragt die Beschwerdeführerin uneingeschränkte Einsicht in die Bewertungsmatrix ihres Angebotes und eingeschränkte Einsicht in die

Matrix betreffend die Zuschlagsempfängerin. Betreffend den Beizug eines Subunternehmers vermutet die Beschwerdeführerin Unregelmässigkeiten und beantragt die Offenlegung der Unternehmung bzw. die Überprüfung der Einhaltung der Vorgaben durch das Gericht.

9. Mit Eingabe vom 29. März 2022 beantragte die Zuschlagsempfängerin (nachfolgend Beigeladene) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, "es seien die Richtigstellungen der Zuschlagsempfängerin zu den in der Replik gemachten falschen Behauptungen der Beschwerdeführerin im Rahmen der Entscheidung zu berücksichtigen." Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei ihr Angebot in allen Punkten konform mit den Vorgaben der Beschwerdegegnerin, insbesondere betreffend AGB und Zahlungsplan. Ausserdem argumentiert die Beigeladene gegen die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin gegen ihr Angebot.
  
10. Die Beschwerdegegnerin erläutert in ihrer Duplik vom 30. März 2022, weshalb sie den Verzicht der Anbieter auf die Anwendbarkeit ihrer eigenen AGB als Eignungskriterium festgelegt hatte; weiter widerspricht sie der Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach das Angebot der Beigeladenen mehrere MUSS-Kriterien nicht erfülle. Ausserdem rechnet die Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die bereits ins Recht gelegte konsolidierte Bewertung der beiden Anbieterinnen vor, dass die Beschwerdeführerin auch bei voller Punktezahl für die Präsentation die Beigeladene punktemässig nicht mehr einholen könnte. Der Rüge der beschränkten Zulässigkeit von Subunternehmern hält sie entgegen, dass es vorliegend um den Ausschluss der Beschwerdeführerin gehe, nicht um die Bewertung des Angebotes der Beigeladenen; deren Antrag auf Offenlegung der Subunternehmerin sei deshalb abzuweisen.

11. Mit Schreiben vom 31. März 2022 orientierte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin das Gericht über dessen Kanzleiwechsel unter Mitnahme des Mandates; er legte hierfür eine neue Vollmacht ein.
12. Am 5. April 2022 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarnote beim Gericht ein.
13. Am 13. April 2022 teilte der Anwalt der Beigeladenen dem Gericht mit, dass er auf die Einreichung einer detaillierten Kostennote verzichte. Für den Fall, dass – bei einer Abweisung der Beschwerde der Beschwerdeführerin – auf einen Entschädigungsanspruch der Beigeladenen erkannt werde, sei die Entschädigung gestützt auf die Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu bemessen.

## **II. Das Gericht zieht in Erwägung:**

- 1.1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung vom 3. Dezember 2021, worin die Beschwerdegegnerin die öffentlich ausgeschriebene Auftragsbeschaffung nicht an die preisgünstigste Beschwerdeführerin, sondern an die teurer offerierende Beigeladene erteilte. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin nicht einverstanden erklären, weshalb sie dagegen am 20. Dezember 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und die Aufhebung der angefochtenen Vergabeverfügung sowie den Zuschlag an sich selbst beantragte. Eventualiter sei ihr noch die Möglichkeit zur Abhaltung der Präsentation ihres Angebots zu geben und die Beschwerdegegnerin danach zu verpflichten, den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Subeventuell sei die Ausschreibung abubrechen und die zu beschaffende Leistung neu auszuschreiben. Die Beigeladene wollte sich am Verfahren nicht beteiligen und gab am 3. Januar 2022 eine entsprechende Desinteresse-Erklärung ab. Streitgegenstand bildet die Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung der geforderten Eignungskriterien bzw. Nichterfüllung der

MUSS-Kriterien und damit auch die Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin bei deren Ermittlung und Auswertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zugunsten der Beigeladenen.

- 1.2. Die strittige Beschaffung durch öffentliche Auftragsvergabe untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht; folglich kommen die Normen des GAT/WTO-Abkommens, der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5 [BR 803.510]) und des Submissionsgesetzes für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) samt Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Weiter ist konkret das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) anwendbar.
- 1.3. An der eingereichten Beschwerde gibt es weder bezüglich ihrer Form (= Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG [Rechtsbegehren; Sachverhalt; Begründung]) noch bezüglich der Wahrung der 10-tägigen Rügefrist laut Art. 15 Abs. 2 IVöB und Art. 26 Abs. 1 SubG etwas auszusetzen, zumal das Ziel der Beschwerde klar erkennbar ist und der Vergabeentscheid vom 3. Dezember 2021, empfangen von der Beschwerdeführerin am 11. Dezember 2021, mit Beschwerde vom 20. Dezember 2021 auch innert der gesetzlichen Anfechtungsfrist von 10 Tagen erfolgt ist. Die Beschwerde ist infolgedessen nachweislich frist- und formgerecht eingereicht worden.
- 1.4. Gemäss Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig) bzw. Art. 25 Abs. 1 lit. c SubG (Beschwerde ans Verwaltungsgericht) kann namentlich gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Verfahren Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, da es sowohl (primär) um die Rechtmässigkeit des Ausschlusses

der Beschwerdeführerin als auch die Rechtmässigkeit des Vergabeentscheids an die Beigeladene geht.

- 1.5. Zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch die angefochtene (Zuschlags-/Vergabe-) Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG).

Vorliegend stellt die Beschwerdegegnerin die Anfechtungslegitimation der Beschwerdeführerin in Frage; sie hält dafür, dass die Beschwerdeführerin für den Fall, dass die Eignungskriterien als nicht verletzt angesehen würden, diverse MUSS-Kriterien nicht erfüllt hätte. Auch letzteres hätte – im Gegensatz zum vollständigen Angebot der Beigeladenen – ebenfalls einen Ausschluss nach sich gezogen. Aber selbst wenn die Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen würde, hätte sie keine reelle Chance auf den Zuschlag. Die Beschwerdeführerin argumentiert dagegen und sie beantragt in ihrer Replik in verschiedenen Punkten eine bessere Bewertung und erweiterte Akteneinsicht, um weitere Anpassungen in der Bewertung geltend machen zu können.

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid berechtigt, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E.4.9).

Im konkreten Fall sind die von der Beschwerdegegnerin angeführten MUSS-Kriterien, welche die Beschwerdeführerin im Gegensatz zur Beigeladenen angeblich nicht erfülle, alle unter dem Kapitel 'Zuschlagskriterien' eingeordnet; dies bedeutet, dass eine ganze oder teilweise Nichterfüllung nicht zu einem Ausschluss führt, sondern lediglich zu einer tieferen Bewertung. Aufgrund der Rügen (bezüglich höherer Bewertung des eigenen Angebots) und des Subeventualbegehrens (Verfahrensabbruch und Neuausschreibung der Beschaffung) sind – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – durchaus reelle Chancen auf einen Zuschlag vorhanden, wenn das Gericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgt. An die Qualität dieser Chancen dürfen mit Blick auf den Zugang zur Justiz keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Daraus ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2. In materieller Hinsicht schreibt Art. 22 lit. c SubG vor, dass ein Angebot insbesondere dann von der Berücksichtigung ausgeschlossen wird, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 444 S. 200 und N. 466 S. 207/8). Nach Art. 22 lit. d SubG wird ein Angebot zudem ausgeschlossen, wenn die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt sind. Nach gefestigter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wird ein strenger Massstab an das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen der Ausschreibung und den tatsächlich dargebotenen Offerten gelegt. Erwähnte Bestimmungen wollen namentlich sicherstellen, dass nur vollständige und den Ausschreibungsunterlagen genügende Angebote berücksichtigt werden (PVG 2005 Nr. 33, 1999 Nr. 61 und 1997 Nr. 60). Den Anbietern soll damit gewährleistet werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer bevorteilt wird bzw. alle mit gleich langen Spiessen kämpfen, während für die Vergabebehörde andererseits damit eine klare,

übersichtliche und zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage geschaffen wird (PVG 1998 Nr. 55, 1997 Nr. 60, 1991 Nr. 9). Diese streng gehandhabte Praxis gilt aber nicht mehr unbesehen. So kann sich aus dem Verbot des überspitzten Formalismus eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, welche er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E.3a mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgericht B-1774/2006 vom 13. März 2007 E.3.2 mit Hinweisen). Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe überhaupt ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will. Die Vergabebehörde muss aber vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige oder veränderte Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00581 vom 7. März 2012 E.4.1 mit Hinweisen).

- 2.1. Die Beschwerdeführerin argumentiert bezüglich des Ausschlusses ihres Angebots wegen fehlenden Verzichts auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), sie habe im Zuge ihres Angebots lediglich beantragt, dass im Vertragsentwurf ihre AGB als letzter Punkt in der

Normenhierarchie aufgenommen würden. Die AGB stellen in der vorliegenden Ausschreibung kein eigentliches Eignungskriterium dar, sondern einen Bestandteil der Konformität in Bezug auf die Geschäftskonditionen. Die Vergabestelle habe zudem einen gewissen Gestaltungsspielraum eingeräumt, indem sie bei der Vorgabe des entsprechenden Feldes bzw. der Eingabemaske die Anbieterinnen eingeladen habe "Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld [zu] erläutern". Vor diesem Hintergrund wäre ein Ausschluss überspitzt formalistisch.

- 2.2. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass die Rechtssicherheit durch die Weitergeltung der AGB im Vertragsentwurf sehr wohl gefährdet sei. Die Normenhierarchie komme nämlich nur zur Anwendung, wenn sich die Normen der einzelnen Vertragsbestandteile widersprechen würden. Ob überhaupt ein Widerspruch vorliege, müsse allerdings erst durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Gerade um solche Unsicherheiten zu vermeiden, habe sie ausdrücklich einen Verzicht der Anbieterinnen auf die Gültigkeit ihrer AGB verlangt. Es gebe gute Gründe für diese Vorgabe, weshalb die Forderung dieses Verzichts nicht überspitzt formalistisch sei.
- 2.3. Nach Auffassung des Gerichts befindet sich der Streitpunkt im Kapitel 'Eignungskriterien' im Unterkapitel 'Vertrag' bzw. 'Vertragsentwurf' (enthaltend die Punkte 'Vertragsentwurf im Allgemeinen', 'Zahlungsplan', 'AGB SIK 2020' und 'AGB der Anbieterin') in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. dazu Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.], Weisser Ordner, Register 5, Tabelle 2).

#### **1. Vertragsbestandteile**

(so Akten Beschwerdeführerin [Bf-act.], Ordner, Register 9, S. 2)

Bestandteile des Vertrags sind in nachstehender Rangfolge:

- a) Die vorliegende Vertragsurkunde

- b) Die beantworteten Fragen aus dem Lieferantenreport (Decision Advisor) wie mit dem Angebot eingereicht vom [...]
- c) das Pflichtenheft vom [...]
- d) die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SIK für IKT-Leistungen, Ausgabe Januar 2002 (nachfolgend "AGB SIK 2020")
- e) das Angebot der Leistungserbringerin vom [...]

Die Vertragspartner bestätigen, dass sie im Besitz der Vertragsbestandteile sind. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Leistungserbringerin sind wegbedungen.

Bei Unklarheiten oder widersprüchlichen Angaben oder Unklarheiten ist die oben aufgeführte Rangfolge massgebend.

### 2.3.1. Die Beschwerdeführerin hat ihre AGB wie folgt in die Offerte eingebracht:

Vertragsentwurf Vertragsentwurf im Allgemeinen	(siehe in allen Übersetzungen abstimmen.) Akzeptiert die Anbieterin den Vertragsentwurf gemäss Anhang im Allgemeinen als Grundlage für einen Vertrag? Der Zahlungsplan, AGB SIK 2020 und AGB der Anbieterin werden separat noch behandelt. Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern.	Ja			- Vertragsbestandteile bitte am Schluss (Punkt F) AGB insert einfügen - siehe Zahlungsplan
---	--	----	--	--	---

*Lesehilfe:* Akzeptiert die Anbieterin den Vertragsentwurf gemäss Anhang im Allgemeinen als Grundlage für einen Vertrag? Der Zahlungsplan, ABG SIK 2020 und AGB der Anbieterin werden separat noch behandelt. Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern.

Ja Vertragsbestandteile bitte am Schluss (Punkt F) AGB A. \_\_\_\_\_ einfügen

AGB SIK 2020	Akzeptiert die Anbieterin die im Vertrag eingeschlossene AGB der SIK 2020 vorbehaltlos und vollumfänglich? Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern.	Ja			
AGB der Anbieterin	Akzeptiert die Anbieterin die Nichtigkeit der eigenen AGB?	Nein			

*Lesehilfe:* AGB SIK 2020 ... Akzeptiert ...

Ja

AGB der Anbieterin: Akzeptiert die Anbieterin die Nichtigkeit der eigenen AGB?

Nein

Konkret akzeptiert die Beschwerdeführerin also das Vertragswerk, verlangt aber die Einbindung ihrer AGB am Ende der Vertragsbestandteile und verneint nachfolgend konsequenterweise die verlangte Nichtigkeitserklärung der eigenen AGB (siehe im Detail [Bg-act.], Weisser Ordner, Register 5, Tabelle 2: Konsolidierte Bewertung Vergleich Beschwerdeführerin – Beigeladene).

### 2.3.2. Die Beigeladene hat sich zum Punkt 'Vertragsentwurf im Allgemeinen' wie folgt geäussert:

Vertragsentwurf im Allgemeinen	Akzeptiert die Anbieterin den Vertragsentwurf gemäss Anhang im Allgemeinen als Grundlage für einen Vertrag? Der Zahlungsplan, AGB SIK 2020 und AOB der Anbieterin werden separat noch behandelt. Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern.	Ja	Kapitel 2 Rangfolge: Gem. SIK kommt jeweils die Offerte vor dem Pflichtenheft, da ja in der Offerte durchaus Abweichungen offeriert werden können solange diese ausgewiesen sind. Kapitel 11 Erfüllungsort: Wir gehen davon aus, dass nicht zwingend vor Ort zu erbringende Leistungen (z.B. Entwicklungsarbeiten) in unseren Räumlichkeiten ausgeführt werden können. Projektstützungen usw. finden in Chur statt. Kapitel 14 Besondere Vereinbarungen: Auch nicht abgenommene Leistungen werden vergütet, solange diese anerkannt sind.
--------------------------------	---	----	---

Lesehilfe:

Kapitel 2: Rangfolge: Gem. SIK kommt jeweils die Offerte vor dem Pflichtenheft, da ja in der Offerte durchaus Abweichungen offeriert werden können solange diese ausgewiesen sind.  
Kapitel 11: ...

Die Nichtigkeit der eigenen AGB wird von der Beigeladenen akzeptiert (vgl. dazu erneut [Bg-act.], Weisser Ordner, Register 5, Tabelle 2: Konsolidierte Bewertung Vergleich Beschwerdeführerin – Beigeladene).

- 2.4. Nach Ansicht des Gerichts ist der Beschwerdegegnerin darin beizupflichten, dass mit der von der Beschwerdeführerin verlangten Einbindung ihrer eigenen AGB in das Vertragswerk eine erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht (vgl. auch Rz. 29 der Vernehmlassung und Rz. 12 der Duplik der Beigeladenen). So würden etwa die AGB der Anbieterin uneingeschränkt zur Anwendung gelangen, wenn darin Punkte geregelt wären, die in den übrigen Vertragsbestandteilen nicht ausdrücklich geregelt sind. Enthalten diese zum Beispiel keine Bestimmungen über den Haftungsausschluss, über Garantieleistungen, Garantiedauer oder Preisänderungen, wohl aber die AGB der Anbieterin, so würden diese nicht im Widerspruch zu den übrigen Vertragsbestandteilen stehen, so dass eine Kollisionsnorm gar nicht anwendbar wäre. Zudem ist damit die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr sichergestellt; die Vertragsgrundlagen bzw. AGB sind für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots ebenso wichtig wie technische Vorgaben (vgl. dazu auch MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 1000). Autor BEYELER weist

überdies darauf hin, dass die juristische Gleichwertigkeit von Angeboten noch viel schwieriger festzustellen sei als die technische Gleichwertigkeit, weshalb die Anbieter zur Erreichung der Ausschreibungskonformität nebst sämtlichen leistungsbezogenen Ausschreibungsvorgaben alle Konditionen des beabsichtigten Geschäfts, also u.a. Organisations- und Haftungsabreden, Ausführungstermine, Konventionalstrafen, Vertretungsregeln, Änderungsprozeduren sowie Zahlungsmodalitäten und -termine, welche die Vergabestelle vorgegeben hat, übernehmen bzw. akzeptieren muss, ausser die Vergabebehörde lässt in der Ausschreibung ausdrücklich Varianten zu und umschreibt diese.

- 2.5. Einen Gestaltungsspielraum für die Anbieterinnen – wie von der Beschwerdeführerin behauptet (Beschwerde Rz. 35) – vermag das Gericht nicht erkennen. Die Aufforderung 'Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern' bedeutet nicht, dass die Normenhierarchie im Vertragsentwurf dispositiv ist. Und schon gar keinen Spielraum gibt es bei der Frage, ob die Nichtigkeit der eigenen AGB anerkannt werde. Das Gericht sieht in der Abweichung der Beschwerdeführerin einen relevanten Ausschlussgrund, weil den Anforderungen der Ausschreibung nach Art. 22 lit. c SubG bzw. Art. 22 lit. d SubG nicht entsprechend; im Übrigen würde die Einfügung der AGB der Beschwerdeführerin in die Normenhierarchie nicht nur eine zusätzliche litera f bei den Vertragsbestandteilen erfordern, sondern im nachfolgenden Absatz auch die Streichung der Passage, wonach die AGB der Leistungserbringerin als wegbedungen gelten. Die Beschwerdeführerin hält die Gültigkeit der eigenen AGB für unbedenklich. Sie begründet diese Sichtweise damit, dass selbst wenn der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Beurteilung dieser geringfügigen Abweichung wider Erwarten noch ein gewisses Ermessen zukäme und dieses vor dem Verbot des überspitzten Formalismus Bestand hätte (was bestritten werde), so verletzte die Beschwerdegegnerin mit ihrem Vorgehen aber in jedem Fall das vergaberechtliche Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter, zumal die

AGB ohnehin nicht zur Anwendung kämen. Entgegen der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin scheint es dem Gericht durchaus denkbar, dass deren AGB Regelungen enthalten, welche die vorstehenden Vertragsbestandteile nicht ansprechen, welche dann gültig sind, weil es zu keiner Regelungskollision kommt. Die Beschwerdeführerin bleibt zudem eine Antwort schuldig, weshalb sie denn überhaupt an ihren AGB festhalten wollte, wenn diese ja ohnehin nicht zur Anwendung kommen könnten.

2.6. Hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, führt dies zur Abweisung der Beschwerde. Auf die weiteren Rügen muss somit nicht eingegangen werden.

3.1. Der Vollständigkeit halber ist aber noch zu prüfen, ob allenfalls bei der Beigeladenen ein Ausschlussgrund vorliegen würde, welcher in Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht zur Anwendung gekommen wäre.

3.2. Die Beigeladene hat sich in ihren Bemerkungen zum Vertragswerk unter dem Punkt 'Vertragsentwurf im Allgemeinen' wie folgt geäußert:

Vertragsentwurf im Allgemeinen	Akzeptiert die Anbieterin den Vertragsentwurf gemäss Anhang im Allgemeinen als Grundlage für einen Vertrag? Der Zahlungsplan, AGB SIK 2020 und AGB der Anbieterin werden separat noch behandelt. Abweichungen bitte im Bemerkungsfeld erläutern.	Ja	Kapitel 2 Rangfolge: Gem. SIK kommt jeweils die Offerte vor dem Pflichtenheft, da ja in der Offerte durchaus Abweichungen offeriert werden können solange diese ausgewiesen sind. Kapitel 11 Erfüllungsort: Wir gehen davon aus, dass nicht zwingend vor Ort zu erbringende Leistungen (z.B. Entwicklungsarbeiten) in unseren Räumlichkeiten ausgeführt werden können, Projektisierungen usw. finden in Chur statt. Kapitel 14 Besondere Vereinbarungen: Auch nicht abgenommene Leistungen werden vergütet, solange diese anerkannt sind.
--------------------------------	---	----	---

Lesehilfe:

Kapitel 2: Rangfolge: Gem. SIK kommt jeweils die Offerte vor dem Pflichtenheft, da ja in der Offerte durchaus Abweichungen offeriert werden können solange diese ausgewiesen sind.  
Kapitel 11: ...

Die Nichtigkeit der eigenen AGB wird von der Beigeladenen akzeptiert (vgl. abermals [Bg-act.], Weisser Ordner, Register 5, Tabelle 2: Konsolidierte Bewertung Vergleich Beschwerdeführerin – Beigeladene).

- 3.3. Die Beschwerdeführerin sieht die Bemerkungen der Beigeladenen zur Rangfolge der Vertragsbestandteile als wesentliche Abweichung vom Normengefüge, indem sie die 'AGB SIK' vor das Angebot der Anbieterin stelle und das Pflichtenheft an die letzte Stelle verschiebe. Dieser Eingriff bewirke eine weitaus schwerer wiegende Abweichung bzw. Rechtsunsicherheit als die Weiterleitung der eigenen AGB im Angebot der Beschwerdeführerin. Die ungleiche Behandlung durch die Beigeladene verletze das Gleichbehandlungsgebot.
- 3.4. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass die Beigeladene keine Anpassung am Vertragsentwurf bzw. der Rangfolge vorgenommen habe, sondern lediglich darauf hingewiesen habe, dass sich die Kollisionsnormen des Vertrages und jene der als Vertragsbestandteil erklärten 'AGB SIK 2020' hinsichtlich der Kollisionsnormen widersprüchen, da dort die Offerte vor dem Pflichtenheft komme, weil in der Offerte durchaus Abweichungen offeriert werden könnten, solange diese ausgewiesen seien. Dieser Hinweis auf die Widersprüchlichkeit der beiden Kollisionsnormen sei sinnvoll und im Sinne einer Bemerkung durchaus eine Überlegung wert.
- 3.5. Nach Ansicht des Gerichts ist der Beschwerdegegnerin darin zuzustimmen, dass die Bemerkung der Beigeladenen nicht bewirken sollte, dass die Rangfolge abgeändert würde. Vielmehr weist die Beigeladene auf ein mögliches praktisches Problem in der von der Beschwerdegegnerin im Devis vorgegebenen Rangfolge hin. Eine Änderung der Rangfolge – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – ist nicht ersichtlich.
4. Weitere Ausführungen zum 'Zahlungsplan' in den Ausschreibungsunterlagen erübrigen sich, weil die für die Ausschreibung verantwortliche Beschwerdegegnerin schon im Vorfeld der Beschwerde zum Ausdruck gebracht hat, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Abweichungen keinen Ausschluss rechtfertigen würden.

5. Die ebenfalls aufgeworfene Frage der Nichteinhaltung von MUSS-Kriterien durch die Beschwerdeführerin stellt sich nicht mehr, wenn der Ausschluss schon wegen Nichteinhaltung der 'Eignungskriterien' bestätigt wird. Im Übrigen wurde dieser weitere Einwand bereits einleitend (siehe E.1.5, hiervor) im Zusammenhang mit der Frage des Eintretens auf die Beschwerde behandelt.
6. Es wird ausserdem die Frage der Zulässigkeit von Subunternehmern gestellt.
  - 6.1. Aufgrund der Schwärzung des von der Beigeladenen beigezogenen Subunternehmers könne sich die Beschwerdeführerin nicht zur Zulässigkeit dieses Bezugs äussern; entsprechend beantragt die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, ihr den Subunternehmer offenzulegen bzw. dass das Gericht für den Fall, dass die Offenlegung aus Geheimhaltungsinteressen nicht möglich sein sollte, die Einhaltung der Vorgaben betreffend einen solchen Bezug zu überprüfen, namentlich dass eine Genehmigung vorliege und die charakteristische Leistung durch die Beigeladene selber erbracht werde.
  - 6.2. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Duplik die Abweisung dieses Antrages; sie begründet dies damit, dass es im vorliegenden Verfahren einzig um die Rechtmässigkeit des Ausschlusses des Angebots vom weiteren Verfahren gehe, nicht aber um die Bewertung des Angebots der Beigeladenen.
  - 6.3. Auch die Beigeladene macht das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen bezüglich der von ihr beigezogenen Subunternehmerin geltend. Eine Offenlegung sei indessen auch nicht notwendig, weil die Beigeladene sämtliche Eignungs- und MUSS-Kriterien erfülle, auch betreffend Subunternehmer.

- 6.4. Den Ausschreibungsunterlagen ist zum Thema 'Subunternehmer' was folgt zu entnehmen (vgl. ein letztes Mal [Bg-act.], Weisser Ordner, Register 5, Tabelle: Konsolidierte Bewertung Vergleich Beschwerdeführerin/Beigeladene).

Vertrag				
Vertragspartner	Die Anbieterin bestätigt, dass sie als alleinige Vertragspartnerin für die Erbringung der geforderten Leistungen auftritt.		Ja	
Subunternehmer	Die Anbieterin bestätigt, als einzige Vertragspartnerin und Gesamtverantwortliche für die vollumfängliche Einführung und den Betrieb der offerierten Lösung aufzutreten. Der Bezug von Subunternehmern ist erlaubt, diese müssen aber offengelegt und dürfen nicht ohne schriftliche Genehmigung des Auftraggebers gewechselt werden. Die Haftung bleibt in jedem Fall bei der Anbieterin. Bitte allfällige Subunternehmer hier in den Bemerkungen aufzuführen.		Ja	

*Lesehilfe:* Die Anbieterin bestätigt, dass sie als alleinige Vertragspartnerin für die Erbringung der geforderten Leistungen auftritt. Ja

Die Anbieterin bestätigt, als einzige Vertragspartnerin und Gesamtverantwortliche für die vollumfängliche Einführung und den Betrieb der Offerierten Lösung aufzutreten. Ja

Der Bezug von Subunternehmern ist erlaubt, diese müssen aber offengelegt und dürfen nicht ohne schriftliche Genehmigung des Auftraggebers gewechselt werden. Die Haftung ...

Das Thema 'Subunternehmer' könnte im vorliegenden Verfahren relevant sein, etwa wenn die Regelung diesbezüglich klar verletzt wäre und das zu einem Ausschluss der Beigeladenen führen müsste. Dies ist aber im konkreten Fall offensichtlich nicht der Fall. Die Bestätigungen, welche die Beschwerdeführerin verlangt, hat die Beigeladene im Rahmen ihres Angebots abgegeben. Mit der Zuschlagserteilung hat die Beschwerdegegnerin auch den Bezug des Subunternehmers genehmigt. Eine separate schriftliche Genehmigung wäre nur für den Fall notwendig, wenn die Beigeladene den Subunternehmer wechseln wollte; dies aber ist vorliegend unbestritten nicht der Fall. Auch diese Rüge erweist sich infolgedessen als nicht stichhaltig.

7. Schliesslich wurde auch bereits zu den Chancen der Beschwerdeführerin auf den Zuschlag Stellung bezogen. Auch diese Frage stellt sich nicht mehr bei einem Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen Nichtbeachtung der

geforderten 'Eignungskriterien'. Zudem wurde auch diese Frage schon eingangs erörtert (E.1.5).

- 8.1. Der angefochtene Vergabeentscheid erweist sich somit als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde und zur Bestätigung der Auftragsvergabe führt.
- 8.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Neben der Berücksichtigung des Auftragsvolumens dieses Dienstleistungsvertrags im Umfang von rund CHF 1'000'000.-- ist konkret von einem mittleren Aufwand und nicht sehr hoher Komplexität für das Gericht auszugehen. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts ist hier somit eine Staatsgebühr von CHF 7'500.-- angezeigt (vgl. dazu etwa VGU U 21 63 – Thema Softwarebeschaffung mit Auftragsvolumen rund CHF 500'000.--, zahlreiche Rügen sowie eher komplexe Materie, [Staatsgebühr CHF 6'000.--]; VGU U 20 19 – Thema Ingenieurdienstleistung Bau Galerie, Auftragsvolumen rund CHF 700'000.--, zahlreiche Rügen, aber nicht sehr komplexe Materie, [Staatsgebühr CHF 5'000.--]).
- 8.3. Nach Art. 78 Abs. 1 VRG wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen (Art. 78 Abs. 2 VRG). An die Beschwerdegegnerin ist folglich keine Parteientschädigung auszurichten, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat. Auch der Beigeladenen ist keine aussergerichtliche Entschädigung zuzusprechen, weil diese eine Desinteresse-Erklärung bezüglich Teilnahme am Beschwerdeverfahren

abgegeben hat; im Rahmen der für sie freigestellten Duplik hat sich die Beigeladene nur in Bezug auf den Sachverhalt geäußert und auch nur in diesem Zusammenhang Anträge gestellt (Richtigstellung von Behauptungen in der Replik), allerdings mit dem Zusatz "Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdeführerin". Nach der Überzeugung des Gerichts ist die Beigeladene – trotz dieser Zusatzbemerkung sowie des Schreibens vom 13. April 2022 betreffend Verzicht auf die Einreichung einer detaillierten Kostennote – nach wie vor nicht dem Beschwerdeverfahren beigetreten, weil sie keine Anträge in der Streitsache selbst gestellt hat. Folgerichtig ist die Beigeladene auch nicht entschädigungsberechtigt im Sinne von Art. 78 Abs. 1 VRG.

**III. Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten, bestehend aus

- einer Staatsgebühr von	CHF	7'500.--
- und den Kanzleiauslagen von	CHF	504.--
zusammen	CHF	<u>8'004.--</u>

gehen zulasten der A. \_\_\_\_\_ AG.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Mitteilungen]