



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

U 23 55

1. Kammer

Vorsitz Audétat
RichterInnen Paganini und von Salis
Aktuarin ad hoc Fuchs

URTEIL

vom 19. September 2023

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

A. _____ gmbh,

Beschwerdeführerin

gegen

Gemeinde B. _____,

Beschwerdegegnerin

und

C. _____ AG,

Beigeladene

betreffend Submission

I. Sachverhalt:

1. Die Stimmbevölkerung der Gemeinde B._____ genehmigte am 24. November 2019 den Kredit für den Neubau des Alterszentrums D._____ mit Pflegeheim, Alterswohnungen und öffentlicher Tiefgarage sowie der damit verbundenen Anpassung der E._____ in einer Höhe von CHF 38'850'000.-- inkl. Mehrwertsteuer (+/- 10%).

2. Am 31. März 2023 erfolgte sodann die öffentliche Ausschreibung für die Bodenbeläge aus Holz (BKP 281.7) mit Eingabefrist bis am 15. Mai 2023. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren mit Publikation sowohl im kantonalen Amtsblatt als auch auf der Vergabeplattform *simap.ch*.

3. Als Eignungskriterien wurden die technische Leistungsfähigkeit (Referenzen) und das Vorhandensein ausreichender und geeigneter personeller Ressourcen zur termingereichten Realisierung der ausgeschriebenen Leistungen festgehalten. Für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots legte die Gemeinde B._____ folgende Zuschlagskriterien mit ihren Gewichtungen fest: Preis (50%), Qualität insbesondere Ausmass/Nachtragsmanagement Kosten- und Termineinhaltung (25%), Kapazität wie Personaleinsatz und Erfahrung Schlüsselpersonen/Anbieter/Subunternehmer (15 %) und Qualität der Auftragsanalyse, darunter die Darlegung der Erfolgsfaktoren und die Analyse der Risiken für die einwandfreie Erbringung der Werkleistungen (10%).

4. Am 17. Mai 2023 wurden die fünf eingegangenen Offerten geöffnet und entsprechend protokolliert. Die Offertöffnung zeigte folgendes Bild:

| | | |
|----|--------------|----------------|
| 1. | C._____ AG | CHF 306'470.20 |
| 2. | A._____ GmbH | CHF 303'890.52 |

| | | |
|----|-------------------|----------------|
| 3. | F._____ – G._____ | CHF 491'209.25 |
| 4. | H._____ AG | CHF 589'485.50 |
| 5. | I._____ AG | CHF 416'573.80 |

5. In der Folge nahm die fachkundige und der Gemeinde B._____ als Unterstützung bei der Vergabe dienende J._____ AG am 22. Juni 2023 die Offertenanalyse vor. Während dieser stellte die J._____ AG fest, dass die C._____ AG die Beiträge im Leistungsverzeichnis falsch zusammengezählt hätte, sodass sich die korrekte Eingabesumme auf CHF 302'233.70 und nicht wie noch im Eröffnungsprotokoll vom 17. Mai 2023 angegeben auf CHF 306'470.20 belaufe.
6. Die Auswertung der eingegangenen Offerten durch die J._____ AG ergab für die C._____ AG ein Total von 4.1 Punkten, für die A._____ GmbH ein solches von 3.35 sowie für die weiteren Anbieterinnen ein solches von 2.05 Punkten und weniger.
7. Gestützt auf dieses Ergebnis vergab die Gemeinde B._____ den Auftrag für die Bodenbeläge aus Holz (BKP 281.7) am 10. Juli 2023 an die C._____ AG. Die Mitteilung des Vergabeentscheides erfolgte tags darauf an alle anderen Offerenten.
8. Gegen den Zuschlagsentscheid vom 10./11. Juli 2023 erhob die A._____ gmbh (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 21. Juli 2023 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Die Beschwerdeführerin rügt, dass sie mit dem Vergabeentscheid nicht einverstanden sei, zumal ihr Angebot das günstigere sei und die am 17. Mai 2023 genannte Eingabesumme der C._____ AG (nachfolgend: Beigeladene) nicht derjenigen im Zuschlagsentscheid vom 11. Juli 2023

entspräche. Überdies führe die Beigeladene ihre Arbeiten mithilfe von Subunternehmen aus. In diesem Zuge sei zu überprüfen, ob diese auch die Eignungskriterien erfüllten und ob alle Unterlagen dazu geliefert worden seien.

9. In ihrer Vernehmlassung vom 7. August 2023 führt die Gemeinde B. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) aus, dass die Abweichung der Eingabesummen der Beigeladenen auf einen Rechnungsfehler zurückzuführen sei. Dabei seien die einzelnen Positionen richtig, jedoch falsch zusammengezählt worden. Ein solcher Rechenfehler dürfe von Amtes wegen korrigiert werden und in die Offerten-Evaluation Eingang finden. Folglich reichte die Beigeladene das wirtschaftlich günstigste Angebot mit CHF 302'233.70 ein, weshalb diese den Zuschlag erhielt. Weiter bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass die Beigeladene Subunternehmer beauftrage, zumal dafür keinerlei Hinweise bestünden und in dem betreffenden "Unternehmernachweis Formular 1" in diesem Punkt ein "Nein" gesetzt worden sei. Die Beigeladene habe somit bestätigt, dass sie sämtliche Arbeiten selbst, also ohne Subunternehmer, ausführen werde.

Die Beigeladene verzichtete an einer Teilnahme am Verfahren.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und die übrigen Akten wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II. Das Gericht zieht in Erwägung:

- 1.1 Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gelten seit 1. Oktober 2022 die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.710) und die dazugehörigen kantonalen Ausführungsbestimmungen. Das bisher geltende kantonale

Submissionsgesetz (SubG; BR 803.300) und die Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) wurden per 30. September 2022 aufgehoben. Anfechtungsobjekt bildet der Vergabeentscheid vom 10. Juli 2023, mitgeteilt am 11. Juli 2023. Gemäss Art. 52 Abs. 1 IVöB kann gegen Verfügungen der Auftraggeber Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhoben werden. Anfechtbar ist insbesondere der Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

- 1.2 Zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung aufweist (Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; BR 370.100]). Die Legitimation ist gegeben, wenn die Beschwerdeführerin als unterlegene Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. Ob das zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Die Legitimation ist bspw. zu bejahen, wenn der nicht berücksichtigte Anbieter als Zweitplatzierte vernünftige Chancen für einen Zuschlag gehabt hätte (BGE 141 II 14 E. 4.1). Gemäss Offertanalyse vom 22. Juni 2023 wurde die Beschwerdeführerin mit insgesamt 3.35 Punkten bewertet und lag damit direkt hinter der Beigeladenen, somit an zweiter Stelle (vgl. beschwerdegegnerische Akten [Bg-act.] 10). Als Zweitplatzierte hat die Beschwerdeführerin ein Interesse an der Aufhebung des Vergabeentscheids und ist somit grundsätzlich zur Beschwerdeerhebung legitimiert, soweit sie im Falle der Gutheissung der Beschwerde reelle Chancen auf den Zuschlag an sich selber hat.
- 1.3 Die Beschwerdefrist beträgt 20 Tage seit Eröffnung der Verfügung (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Der Vergabeentscheid vom 10. Juli 2023 wurde am 11. Juli 2023 den anderen Offerenten mitgeteilt. Bei der Beschwerdeführerin ging die Mitteilung am 14. Juli 2023 ein. Mit Aufgabe der Beschwerde am 21. Juli 2023 (Datum Poststempel) ist die Frist gewahrt.

1.4 Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkt sich gemäss Art. 56 Abs. 3 IVöB i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VRG auf Rechtsverletzungen inklusive Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Eingabesummen der Beigeladenen nicht übereinstimmen und die Beigeladene Subunternehmer beziehe. Insofern rügt die Beschwerdeführerin eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine fehlerhafte Ermessensausübung durch die Vergabe an die Beigeladene. Mit der Rüge betreffend den Beizug von Subunternehmern beantragt die Beschwerdeführerin implizit den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Vergabeverfahren; in diesem Fall hätte die Beschwerdeführerin als Zweitplatzierte reelle Chancen auf den Zuschlag.

Es ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin den Auftrag zu Recht an die Beigeladene vergeben hat. In diesem Zuge ist insbesondere zu klären, worauf die Abweichung der Eingabesummen zurückzuführen ist und ob diese berichtigt werden durfte. Weiter ist zu klären, ob die Beigeladene Subunternehmer bezieht und falls ja, ob diese die Eignungskriterien erfüllen.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die von der Beigeladenen am 17. Mai 2023 protokollierte Eingabesumme nicht mit derjenigen im Vergabeentscheid vom 11. Juli 2023 übereinstimmt. Eine solche Diskrepanz sei unzulässig. Es sei für die Beurteilung der Vergabe zudem auf diejenige in der Protokolleröffnung abzustellen (CHF 306'470.20). Ausgehend von diesem Betrag hätte nämlich die Beschwerdeführerin mit CHF 303'890.52 das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben, weshalb ihr der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

- 3.2 Die Beschwerdegegnerin führte bezüglich der Diskrepanz der Eingabesummen aus, dass der J._____ AG bei der Offertenanalyse aufgefallen sei, dass die einzelnen Positionen zwar stimmten, diese jedoch falsch zusammengezählt worden seien. Daher sei die Gesamtsumme von Amtes wegen zu berichtigen und dürfe in der Evaluation mitberücksichtigt werden.
- 3.3.1 Gemäss Art. 38 Abs. 1 IVöB prüft der Auftraggeber die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse. Offensichtliche Rechenfehler werden von Amtes wegen berichtet. Rechnungsfehler sind fehlerhaft durchgeführte Operationen mit im Angebot aufgeführten Grössen. Rechnungsfehler müssen offensichtlich sein, damit sie korrigiert werden dürfen und es muss eine unlautere Absicht der Anbieterin ausgeschlossen sein. Zudem muss der tatsächliche Wille der Anbieterin feststehen, um einen Rechnungsfehler korrigieren zu können (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] U 2021 53 vom 26. Oktober 2021 E. 2.5).
- 3.3.2 Unzulässig ist hingegen die Korrektur von Kalkulationsfehlern oder von Fehlern in der Preiserklärung (VGU U 2002 101 vom 31. Oktober 2002 E. 3a). Ein Kalkulationsfehler liegt etwa vor, wenn die Anbieterin bei der Berechnung des Einheitspreises versehentlich gewisse Fixkosten und dergleichen nicht beachtet und damit einen zu tiefen Einheitspreis offeriert. Dieser interne Kalkulationsfehler ist für die Vergabebehörde unter dem Blickwinkel der Korrekturen grundsätzlich unbeachtlich und die Anbieterin bleibt gebunden (VGU U 2014 64 vom 21. Oktober 2014 E. 3c).
- 3.3.3 Korrekturen an der Offerte sind nach Offerteneröffnung nur bei offensichtlichen Rechenfehlern zulässig. Eine solcher liegt bspw. vor, wenn im Angebot ein Korrekturfaktor von 0.4 angeboten wird, dann aber bei den einzelnen Positionen irrtümlicherweise mit einem Faktor von 0.6 gerechnet wird (VGU U 2002 101 vom 31. Oktober 2002 E. 3b f.).

Massgebend, verbindlich und unabänderlich sind die detailliert pro Position offerierten Preise und nicht die addierte Angebotssumme. Die Offertensumme darf also mit anderen Worten bereinigt werden, wenn die einzelnen pro Position ausgewiesenen Preise korrekt sind (VGU U 2014 64 vom 21. Oktober 2014 E. 4b).

- 3.4 Die Beschwerdegegnerin hält in ihren besonderen Bestimmungen Nr. 225.300 zusätzlich fest, dass keine Angebotsverhandlungen durchgeführt werden, sondern ausschliesslich technische Bereinigungen stattfinden (vgl. Bg-act. 2).
- 3.5 Im vorliegenden Fall ergibt ein Zusammenrechnen der einzelnen Positionen einen Betrag in Höhe von CHF 295'962.40 und nicht wie von der Beigeladenen in ihrer Offerte angegeben von CHF 300'107.95. Dementsprechend beläuft sich nach Vornahme der Abzüge und der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer die Gesamtsumme auf CHF 302'233.70 und nicht auf CHF 306'470.20. Der Beigeladenen unterlief folglich in ihrer Offerte ein Additionsfehler beim Zusammenzählen der – wohlgemerkt korrekten – einzelnen Positionen, sodass die J._____ AG diesen von Amtes wegen berichtigen durfte. Insofern ist die im Zuschlagsentscheid für die Beigeladene berichtigte Eingabesumme in Höhe von CHF 302'233.70 nicht zu beanstanden.
- 3.6 Gemäss Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Überdies macht der Preis 50% der Gewichtung aus (vgl. Bg-act. 5 Beurteilungskriterien). Mit CHF 302'233.70 liegt die Beigeladenen unter den CHF 303'890.52 der Beschwerdeführerin und erhält folglich beim Zuschlagskriterium 'Preis' die volle Punktezahl. Hinzu kommt, dass die Beigeladene nicht nur bei der Beurteilung des Preises besser abschnitt, sondern auch in den Rubriken Qualität (25%) und Kapazität (15%). Die Beigeladene bot somit insgesamt das wirtschaftlich günstigere Angebot an als die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin durfte den Zuschlag

folglich der Beigeladenen erteilen. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

- 4.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, dass die Beigeladene für die Erfüllung des Auftrages Subunternehmer in Anspruch nehme. Dies sei bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall, weshalb sie der Beigeladenen aus diesem Grunde vorzuziehen sei. Überdies sei nicht erstellt, ob die Beschwerdegegnerin auch die Eignungskriterien und die erforderlichen Unterlagen betreffend Subunternehmer überprüft und eingeholt habe. Die Beschwerdeführerin fordert das angerufene Gericht daher dazu auf, zu überprüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien der Subunternehmen geprüft und alle notwendigen Unterlagen diesbezüglich eingeholt habe.
- 4.2 Gemäss den besonderen Bestimmungen Nr. 260.300 der Beschwerdegegnerin ist die angebotene Leistung grundsätzlich durch die im Angebot genannte Unternehmerin zu leisten (vgl. Bg-act. 2). Subunternehmer sind nur mit Zustimmung der Bauherrin zugelassen und haben ihren Leistungsumfang offen zu legen. Dabei haben die Subunternehmer die Eignungskriterien ebenso zu erfüllen.
- 4.3 Aus den von der Beigeladenen eingereichten Unterlagen (vgl. Bg-act. 7) finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass diese Subunternehmer für die Auftragserfüllung beschäftigt. Die Beigeladene legt ein projektbezogenes Organigramm ins Recht, auf dem ersichtlich ist, wer mit dem Projekt betraut sein wird. Dabei handelt es sich bei allen genannten Personen um firmeninterne. So soll die strategische Ebene durch den Geschäftsführer und den Stellvertreter der Beigeladenen erfolgen, während auf der operativen Ebene ebenfalls der Geschäftsführer und 3-5 seiner Mitarbeiter agieren sollen.

- 4.4 Woher die Annahme der Beschwerdeführerin rührt, die Beigeladene beauftrage Subunternehmer, ist folglich nicht erstellt, weshalb sich eine weitere Prüfung erübrigt.
5. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen erweisen sich der angefochtene Vergabeentscheid vom 10./11. Juli 2023 als rechtmässig und die Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 73 Abs. 1 VRG). Die Staatsgebühr wäre aufgrund der auf dem Spiel stehenden wirtschaftlichen Interessen praxisgemäss im Bereich von CHF 2'000.-- bis CHF 4'000.-- anzusiedeln (vgl. etwa VGU U 2021 53 und VGU U 2021 40). Unter Berücksichtigung des eingeschränkten Prozessthemas und des damit einhergehenden geringeren Aufwandes für das Gericht rechtfertigt sich eine Staatsgebühr am unteren Rand dieser Spannweite. Das Gericht erachtete deshalb eine Staatsgebühr von CHF 2'000.-- als angemessen. Der Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu, da sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt (Art. 78 Abs. 2 VRG). Die beigeladene Zuschlagsempfängerin hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb ihr keine Parteientschädigung zusteht.

III. Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestehend aus

| | | |
|-------------------------------|-----|-----------------|
| - einer Staatsgebühr von | CHF | 2'000.00 |
| - und den Kanzleiauslagen von | CHF | 257.00 |
| zusammen | CHF | <u>2'257.00</u> |

gehen zulasten der A. _____ gmbh.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Mitteilung]