



Urteil vom 24. Januar 2025

Referenz	VR1 24 81
Instanz	Erste verfassungs- und verwaltungsrechtliche Kammer
Besetzung	Audétat, Vorsitz Pedretti und von Salis Maurer, Aktuarin
Parteien	A._____ AG Beschwerdeführerin gegen B._____ AG Beschwerdegegnerin vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Michelle Mehli Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000 Chur
Gegenstand	Submission (Ausschreibung)

Sachverhalt

A. Am 15. Oktober 2024 schrieb die B._____ AG (B._____) im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich auf der Ausschreibungsplattform C._____ und im Kantonsamtsblatt den Auftrag für die Sanierung des Flussbetts des D._____ von seiner PCB-Belastung unterhalb der Staumauer E._____ auf einer Strecke von drei Kilometern Länge innerhalb des festgelegten Sanierungsperimeters aus. Dabei definierte die Vergabebehörde die zu erbringenden Leistungen im Detail. In quantitativer Hinsicht werden rund 44'000 Tonnen Sedimente aufzubereiten und ca. 11'600 Tonnen zu entsorgen sein. Weiter werden rund 1'200 Tonnen Grasnarben zu entsorgen sein. Dem Ausschreibungstext ist u.a. zu entnehmen, dass über die Ausschreibung kein Dialog geführt wird, keine Optionen vorgesehen sind und weder Varianten noch Teilangebote zugelassen werden.

B. Am 29. Oktober 2024 fand die obligatorische Begehung statt.

C. Mit Beschwerde vom 31. Oktober 2024 erhob die A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Ausschreibung der Beschaffung. Sie begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Sanierungsvorhaben eine aussergewöhnliche Herausforderung darstelle und es deshalb befremde, wenn weder Varianten, Optionen noch ein Dialog darüber zugelassen würden. Entsprechend verlangte die Beschwerdeführerin, dass Unternehmervarianten zuzulassen seien.

D. Am 8. November 2024 wurde den Teilnehmenden der Link zum zweiten Teil der Ausschreibungsunterlagen zugestellt.

E. In ihrer Vernehmlassung vom 12. November 2024 beantragte die Vergabebehörde (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde, unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie begründete ihre Begehren im Wesentlichen damit, dass die einschlägige Gesetzgebung es einer Vergabebehörde erlaube, Varianten in der Ausschreibung zu beschränken oder auszuschliessen. Ein solcher Ausschluss müsse auch nicht begründet werden, weshalb der hier strittige Ausschluss von Unternehmervarianten bereits aus diesem Grund rechtmässig sei. Im Weiteren sei der Ausschluss von Varianten aufgrund des Hintergrundes bzw. der Vorgeschichte des Sanierungsprojekts sachlich begründet.

F. Die Beschwerdeführerin vertiefte ihre Argumentation in der Replik vom 28. November 2024.

G. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2024 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf die Erstattung einer Duplik.

Erwägungen

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung der Beschwerdegegnerin vom 15. Oktober 2024 (vgl. act. B.1; act. C.1).

1.2. Die fragliche Ausschreibung untersteht unbestrittenermassen dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Konkret kommen hier die seit dem Beitritt des Kantons Graubünden per 1. Oktober 2022 revidierten Normen der IVöB vom 15. November 2019 (BR 803.710) zur Anwendung. Das Verfahren vor dem heutigen Obergericht des Kantons Graubünden, auf das die hängigen Verfahren des früheren Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden übertragen wurden (Art. 122 Abs. 5 GOG [BR 173.000]), richtet sich gemäss Art. 55 IVöB nach dem VRG (BR 370.100). Gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 56 Abs. 1 IVöB kann gegen die Ausschreibung eines Auftrags innert 20 Tagen ab deren Publikation Beschwerde erhoben werden. Das kantonale Obergericht ist zuständig für die Beurteilung von Submissionsbeschwerden (vgl. Art. 52 Abs. 1 IVöB). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Obergerichts ist damit gegeben, da es um die gerichtliche Überprüfung der angefochtenen Ausschreibung vom 15. Oktober 2024 geht.

1.3. Zur Anfechtung der Ausschreibung ist jede potentielle Anbieterin legitimiert, die ein Interesse an einer konkreten Beschaffung hat und deren Rechtstellung durch den gerügten Mangel beeinträchtigt wird (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2023.00311 vom 8. Februar 2024 E. 2.2). Die Beschwerdeführerin ist als Anbieterin von Dienstleistungen im Bereich Umwelttechnik, u.a. Gewässersanierungen, potentielle Anbieterin der nachgefragten Dienstleistung. Ihr rechtlich geschütztes Interesse an einer korrekten Ausschreibung ist demnach evident. Die Beschwerdeführerin ist folglich zur Beschwerde legitimiert, weshalb auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VRG und Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 38 VRG) einzutreten ist.

2. Die Beschwerdeführerin bemängelt an der strittigen Ausschreibung, die Vergabestelle lasse trotz Vorliegen einer Beschaffung (Sanierung PCB-Belastung D.____), mit welcher Neuland betreten werde und welche in technischer wie auch finanzieller Hinsicht Unsicherheiten berge, weder Varianten noch Optionen zu und wolle nicht einmal einen Dialog über die Ausschreibung zulassen. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, der Vorgabe des ANU könne nicht entnommen werden,

dass in der Ausschreibung keine Variante zugelassen werden sollte. Die Beschwerdeführerin weist schliesslich auf offene Punkte und Unstimmigkeiten hin, etwa den Umstand, dass dem ANU vor Baubeginn ein nicht näher definiertes Entsorgungskonzept vorgelegt werden müsse, und sich im Werkvertrag ein Passus betreffend Sanktionen bei Verstössen gegen Umweltauflagen finde, ohne Erklärung, um welche Auflagen es sich dabei handle. Abschliessend hält die Beschwerdeführerin fest, dass die Rechtmässigkeit der Ausschreibung im juristischen Sinn begründet sein möge, die ökonomische und ökologische Umsetzung dabei allerdings völlig ausgeblendet werde.

3. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass sie das Sanierungsprojekt auf Basis der Sanierungsverfügung des kantonalen Amts für Natur und Umwelt (ANU) vom 12. Februar 2021 und dem Teil-Beschwerdeentscheid des Erziehungs-, Kultur- und Umweltschutzdepartement (EKUD) vom 30. November 2023 ausgearbeitet habe. Das Projektgenehmigungsgesuch sei von der Regierung am 27. August 2024 mit Auflagen genehmigt worden. Ziel der Sanierung sei die Entfernung von mindestens 85 % der Korngrössenfraktionen <5 Millimeter im Tosbecken und <2 Millimeter aus definierten Bereichen der Flusssedimente bis zum Schwemmkegel F._____. Die Sanierungsmassnahmen umfassten den Aushub und die Aufbereitung der Sedimente sowie die Rückführung der aufbereiteten Kornfraktionen in den D._____. Nach der Umsetzung der Sanierungsarbeiten erfolgten mehrere Spülungen des gesamten D._____ über mehrere Wochen. Nach Vornahme einer anschliessenden Beprobung im Becken G._____ solle festgestellt werden, ob weitere Sanierungsmassnahmen erforderlich seien. In Bezug auf die Bauabfälle habe die Regierung beschlossen, dass im Rahmen der Detailprojektierung detaillierte Entsorgungskonzepte zu erarbeiten seien.

4.1. Bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes kommt der Vergabestelle ein breiter Ermessensspielraum zu. Sie kann frei entscheiden, welche Leistungen sie in welcher Qualität beschaffen will (vergaberechtliche Definitionsfreiheit; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1; vgl. OECHSLIN/LOCHER, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 30 N. 13; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 409; vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2011). Grenze dieser Freiheit bildet aber immerhin das Diskriminierungsverbot, indem eine diskriminierende Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes unzulässig ist. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn über die Leistungsbeschreibung bestimmte Lösungen ausgeschlossen werden, ohne einen sachlichen, vernünftigen Grund nachzuweisen, oder im Einzelfall gar der potentielle Wettbewerb etwa durch

technische Spezifikationen de facto von vornherein und ohne wichtige Gründe auf ganz wenige Bieter oder Produkte beschränkt würde (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 2014; Joss, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 30 N. 14).

4.2. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass Unternehmervarianten zuzulassen seien. Damit in einem konkreten Vergabeverfahren eine Variante überhaupt näher zu betrachten ist und allenfalls als zulässige Offerte eingestuft werden kann, muss die Einreichung von Varianten in diesem Verfahren überhaupt grundsätzlich zugelassen sein. Im öffentlichen Vergabeverfahren sind Varianten nur dann ausschreibekonform, wenn dies gesetzlich oder im Einzelfall durch die Vergabestelle so vorgesehen ist (BEYELER, a.a.O., Rz. 2001). Die Vergabestelle kann in jedem Fall nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Varianten zulassen oder verbieten will (BEYELER, a.a.O., Rz. 2009). Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten sogenannten Unternehmervarianten können einerseits bessere Lösungen als die in der Ausschreibung definierten ermöglichen. Sie erschweren andererseits aber den Vergleich der verschiedenen Angebote. Die Zulassung von Varianten ist dort sinnvoll, wo innovative Lösungsvorschläge oder kostengünstigere Angebote erwartet werden können (vgl. Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden [Hrsg.], Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Kap. 8.6 S. 1 [Stand 1. Januar 2014]).

4.3. Die Zielsetzung des wirtschaftlichen als auch volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatzes der öffentlichen Mittel gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a IVöB gibt dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des – aus seiner Sicht – "richtigen" Produkts bzw. Vorgehens zu erstreiten (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.3.1). Vielmehr steht es der Beschaffungsstelle gemäss Art. 33 Abs. 1 IVöB ausdrücklich frei, in ihrer Ausschreibung die Zulassung von Varianten zu beschränken (z.B. auf einen einzelnen Bereich) oder gar auszuschliessen (vgl. auch Art. 35 lit. g IVöB). Eine Begründung ist nicht erforderlich (vgl. Musterbotschaft des InöB zur Totalrevision der IVöB, Version 1.0 vom 16. Januar 2020, S. 74).

4.4. Vor dem Hintergrund, dass die ausgeschriebene Sanierungsmassnahme Ergebnis einer behördlichen Verfügung (Sanierungsverfügung des ANU vom 12. Februar 2021 [act. C.3]) und eines Beschwerdeentscheids (Teil-Beschwerdeentscheid des EKUD vom 30. November 2023 [act. C.4]) bzw. einer genehmigten Sanierungsvereinbarung vom 6., 7., 9. resp. 15. März 2023 (vgl. dazu Teil-Beschwerdeentscheid des EKUD vom 30. November 2023 [act. C.4, S. 21 ff.]) ist, und das Projekt mit Beschluss der Regierung des Kantons Graubünden vom 27. August 2024 unter Auflagen und Bedingungen genehmigt wurde (vgl. Prot.-Nr. 705/2024 [act. C.5]), erscheint es sachlich geboten bzw. zumindest nachvollziehbar,

dass sich die Vergabebehörde bei der Ausschreibung des Beschaffungsgegenstandes an diese Vorgaben hält. Mit jeder Variante würde die Vergabebehörde ansonsten das Risiko eingehen, dass die zuständigen Behörden eine andere Sichtweise einnehmen könnten. Der Ausschluss von Varianten in den Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdegegnerin erweist sich somit als rechters (vgl. Dokument III-A, Besondere Bestimmungen, S. 23 [act. C.6]). Das Gesagte gilt auch hinsichtlich der Rügen der Nichtzulassung von Optionen (vgl. Art. 35 lit. c IVöB) und eines Dialogs (Art. 24 IVöB; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 702), bei denen es sich zudem um Kann-Bestimmungen handelt (vgl. LOCHER, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 24 N. 6). Bezüglich die Vorbringen des nicht näher definierten Entsorgungskonzepts und der Sanktionen bei Verstössen gegen die Umweltauflagen gilt es schliesslich festzuhalten, dass die Auftraggeberin ihren Bedarf selber bestimmt und daher bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung als auch der Ausschreibungsunterlagen einen grossen Ermessensspielraum genießt (vgl. KUONEN, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 35 N. 5); eine diesbezügliche Ermessensverletzung ist vorliegend nicht ersichtlich.

4.5. Nach dem Gesagten entspricht die beanstandete Ausschreibung vom 15. Oktober 2024 den Vorgaben des Vergaberechts. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren Rügen nicht durch, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

5.1. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr und Kanzleiauslagen (Art. 75 Abs. 1 lit. a und b VRG), gemäss Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Auch wenn es im vorliegenden Fall lediglich um die Anfechtung der Ausschreibung und nicht um einen Vergabebeschluss geht, ist für die Bemessung der Staatsgebühr in analoger Anwendung auf die Faktoren der Beschaffung selbst abzustellen. Als Staatsgebühr erscheint dem Gericht angesichts der geringen Komplexität der Fragestellung und des eher geringen Aufwands ein Betrag von CHF 1'500.00 als angemessen und gerechtfertigt.

5.2. Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen, weil die mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen – wie die B._____ AG – ebenfalls unter Art. 78 Abs. 2 VRG fallen, wonach keine Entschädigungen gewährt werden, falls die zuständige Instanz bloss in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten, bestehend aus

– einer Staatsgebühr von	CHF	1'500.00
– und den Kanzleiausgaben von	CHF	196.00
Total	CHF	1'696.00

gehen zulasten der A. _____ AG.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Mitteilungen]

[Mit Urteil 2C_130/2025 vom 5. März 2025 ist das Bundesgericht auf die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde nicht eingetreten.]