

# UR\_GERICHTE OG V 24 5 vom 16. Oktober 2024

UR Obergericht, 2024-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ur\\_gerichte OG V 24 5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ur_gerichte OG V 24 5)

FR: UR\_GERICHTE OG V 24 5 du 16 octobre 2024

IT: UR\_GERICHTE OG V 24 5 del 16 ottobre 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Angefochten sind vorliegend eine vergaberechtliche Zuschlagsverfügung sowie eine Verfügung über den Ausschluss einer Anbieterin. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 trat für den Kanton Uri am 1. Juni 2023 in Kraft; die frühere kantonale Submissionsverordnung (SubV, RB 3.3112) wurde per gleichen Datums aufgehoben (vgl. amtliche Sammlung des Urner Rechtsbuches 2023, online einsehbar). Vergabeverfahren, die nach Inkrafttreten der IVöB eingeleitet wurden (wie vorliegend der Fall), werden nach der IVöB geführt (Art.

Seite 6 von 29

64 Abs. 1 IVöB Umkehrschluss). Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich im Übrigen nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege, soweit die IVöB nichts anderes bestimmt (Art. 55 IVöB).

### E. 1.2

Die Zuständigkeit des Obergerichts des Kantons Uri (Verwaltungsrechtliche Abteilung) ergibt sich aus Art. 52 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 37f Gesetz über die Organisation der richterlichen Behörden (Gerichtsorganisationsgesetz [GOG, RB 2.3221]).

### E. 1.3

Die durch Beschwerde anfechtbaren vergaberechtlichen Verfügungen werden in Art. 53 Abs. 1 lit. a-i IVöB abschliessend aufgezählt. Es gelten insbesondere der Zuschlag (lit. e) und der Ausschluss aus dem Verfahren (lit. h) als anfechtbare Verfügungen.

#### E. 1.3.1

Ein Ausschlussverfahren gegen eine Anbieterin kann ab Offertöffnung bis zum Zuschlag grundsätzlich jederzeit eingeleitet werden. Es liegt im Ermessen der Vergabestelle, wann innerhalb dieses Zeitraums sie den Ausschluss vornimmt (vgl. Laura Locher, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 44 N. 7). Der Ausschluss ist grundsätzlich nur vor dem Zuschlag möglich. Andererseits hat die Vergabestelle beim Ausschluss die Möglichkeit, eine Anbieterin individuell mittels Verfügung auszuschliessen oder implizit, durch die Zuschlagserteilung mittels Verfügung an eine andere Anbieterin; die Anbieterin hat mithin keinen Anspruch auf eine individuelle Ausschlussverfügung (vgl. Laura Locher, a.a.O., Art. 44 N. 8 mit Hinweisen).

#### E. 1.3.2

Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 135 II 38 E. 4.3; vgl. Art. 3

VRPV). Eine Verfügung erlangt erst mit der Mitteilung an die Parteien rechtliche Existenz. Vor ihrer Mitteilung ist sie eine Nichtverfügung, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Dementsprechend vermögen Verfügungen, welche den Parteien nie mitgeteilt worden sind, keinerlei Rechtswirksamkeit zu entfalten (vgl. BGE 142 II 411 E. 4.2). Die Eröffnung vergaberechtllicher Verfügungen erfolgt durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. Die Anbieter haben vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 51 Abs. 1 IVöB). Beschwerdefähige Verfügungen sind jedoch summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 51 Abs. 2 IVöB). Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst gemäss Art. 51 Abs. 3 IVöB neben der Art des Verfahrens und des Namens des berücksichtigten Anbieters insbesondere den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots (lit. b) und die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. c).

### **E. 1.3.3**

Im konkreten Fall erfolgte der Entscheidungsprozess zweistufig. Mit Beschluss Nr. 2024-56 vom 30. Januar 2024 vergab der Regierungsrat des Kantons Uri den Auftrag an die Zuschlagsempfängerin und schloss die Beschwerdeführerinnen vom Verfahren aus. Dieser Beschluss wurde den Parteien,

Seite 7 von 29

insbesondere den Beschwerdeführerinnen, nicht sogleich eröffnet (vgl. Bst. C. hievor). Der Ausschluss wurde den Beschwerdeführerinnen schliesslich am 21. Februar 2024 durch die Gesundheits-, Sozial- und Umweltdirektion (GSUD) individuell schriftlich eröffnet, wobei das entsprechende Schreiben eine summarische Begründung des Ausschlusses enthielt, den RRB Nr. 2024-56 vom 30. Januar 2024 aber nicht weiter erwähnte und dieser dem Schreiben auch nicht beilag. Den Zuschlag publizierte die GSUD ohne individuelle Eröffnung an die Beschwerdeführerinnen auf der öffentlichen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen, SIMAP. Unter Gesamtpreis war «ohne Angabe» vermerkt und zu den massgebenden Merkmalen und Vorteilen des berücksichtigten Angebots liess sich der SIMAP-Publikation nichts entnehmen.

### **E. 1.3.4**

Wie auch die Beschwerdeführerinnen anerkennen, muss der Ausschluss nicht unbedingt vorab separat entschieden werden, sondern kann grundsätzlich auch zusammen mit dem Zuschlag erfolgen, indem der Zuschlag einem anderen Anbieter erteilt wird unter Angabe der (summarischen) Gründe für den Ausschluss und den Zuschlag (vgl. E. 1.3.2 hievor). Vorliegend wurden sowohl der Zuschlag als auch der Ausschluss gleichzeitig durch den Regierungsrat am 30. Januar 2024 beschlossen. Die Mitteilung über den Ausschluss und den Zuschlag erfolgte jedoch erst später und zeitversetzt; der Ausschluss am 21. Februar 2024 und der Zuschlag am 24. Februar 2024. Rechtliche Existenz erlangten die Entscheide über den Ausschluss und den Zuschlag erst mit Eröffnung an die Beteiligten (vgl. E. 1.3.2 hievor). So betrachtet, war der Beschluss des Regierungsrates vom 30. Januar 2024 ein Akt der internen Meinungsbildung. Rechtswirksamkeit für die Beschwerdeführerinnen und damit rechtliche Existenz entfaltete der Entscheid über den Ausschluss und den Zuschlag erst am 21. Februar 2024 (Ausschluss) bzw. am 24. Februar 2024 (Zuschlag). Entsprechend ist auf diese Zeitpunkte abzustellen. Der Ausschluss erfolgte damit rechtswirksam vor dem Zuschlag, was prozessual nicht zu beanstanden ist (vgl. E. 1.3.1 hievor). Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, sie seien im Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung – wobei sie den

Beschluss vom 30. Januar 2024 als solche identifizieren – noch am Vergabeverfahren beteiligt gewesen, mag insofern formell zutreffen, weil der Regierungsrat bzw. die GSUD den Ausschluss erst am 21. Februar 2024 rechtswirksam entschieden hatten, geht aber an der Sache vorbei, weil der rechtswirksame Ausschluss aufgrund des Dargelegten im Ergebnis tatsächlich vor dem Zuschlag erfolgte. Entsprechend fehlt auch die Rüge der Beschwerdeführerinnen, es sei unzulässigweise auf die Bewertung der Angebote verzichtet worden, obwohl zwei Angebote vorgelegen hätten und keines davon ausgeschlossen worden sei. Wie gezeigt, wurde das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausgeschlossen, womit einzig noch das Angebot der Zuschlagsempfängerin verblieb. Inwiefern der Ausschluss zulässig war, wird Gegenstand der nachfolgenden materiellen Prüfung der Sache sein (vgl. E. 5 ff. hernach) und ist nicht hier, bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen abzuhandeln. Ohnehin wäre – falls man auf den Beschluss des Regierungsrats vom 30. Januar 2024 als rechtlich existentem Vergabeentscheid abstellen wollte – festzuhalten, dass der entsprechende

Seite 8 von 29

Beschluss den Ausschluss und den Zuschlag gleichzeitig behandelte und begründete. Auch die gleichzeitige Behandlung von Ausschluss und Zuschlag unter Angabe der (summarischen) Gründe wäre prozessual zulässig (vgl. E. 1.3.1 hievor), was auch die Beschwerdeführerinnen anerkennen. Es ist somit nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerinnen zu ihren Gunsten sollten ableiten können, soweit der Beschluss des Regierungsrats vom 30. Januar 2024 als rechtlich existenter Vergabeentscheid zu betrachten wäre.

### **E. 1.3.5**

Zutreffend weisen die Beschwerdeführerinnen alsdann darauf hin, dass die auf SIMAP publizierte Zuschlagsverfügung keine Begründung enthielt (vgl. E. 1.3.3 hievor), was eine Verletzung der vergaberechtlichen Bestimmungen über die Eröffnung von Verfügungen bedeutet (vgl. E. 1.3.2 hievor). Die Bestimmungen über die Eröffnung von Verfügungen konkretisieren letztlich die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung [BV, SR 101]; Art. 13 Abs. 2 Verfassung des Kantons Uri [RB 1.1101]) fliessende Begründungspflicht auf konkordatsrechtlicher Ebene. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist jedoch nicht Selbstzweck. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des Entscheids oder der Heilung der Verletzung (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; BGer 5A\_732/2021 vom 29.03.2022 E. 2.1.2). Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführerinnen sowohl ihren Ausschluss als auch den Zuschlag angefochten (vgl. Bst. D. hievor). In ihrer Beschwerde argumentieren sie praktisch ausschliesslich gegen ihren Ausschluss, was von der Sache her auch nachvollziehbar erscheint. Wären sie mit ihrer Beschwerde, welche in der Begründung vor allem auf ihren Ausschluss zielt, erfolgreich, müsste der Ausschluss – je nach Anwendbarkeit des Primär- bzw. Sekundärrechtsschutzes (vgl. Art. 58 Abs. 1 und 2 IVöB) – aufgehoben oder die entsprechende Rechtswidrigkeit festgestellt werden. Im ersten Fall müsste auch der Zuschlag aufgehoben werden, denn nach unberechtigtem Ausschluss des Angebotes und entsprechender Aufhebung läge ein bisher unbewertetes bzw. nicht abschliessend bewertetes zweites Angebot vor. Vergaberechtlich ist das vorteilhafteste Angebot zu berücksichtigen (vgl. Art. 41 IVöB). Es ist somit unter all den Angeboten, die die vordefinierte Leistung offerieren, das vorteilhafteste zu wählen (vgl. BGE 146 II 276 E.

6.3.2). Liegt nach Aufhebung des Ausschlusses ein grundsätzlich bewertbares weiteres Angebot vor, welches bisher zufolge unzulässigen Ausschlusses zu Unrecht nicht abschliessend bewertet wurde, muss aus diesem Umstand heraus auch der Zuschlag aufgehoben werden, weil ansonsten nicht gewährleistet wäre, dass das vorteilhafteste Angebot berücksichtigt würde (unter Vorbehalt reeller Chancen auf den Zuschlag der ausgeschlossenen Anbieterin, vgl. dazu E. 1.4 hernach). Im Falle des Sekundärrechtsschutzes wiederum wäre lediglich die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses festzustellen und der erfolgte Zuschlag bzw. der bereits abgeschlossene Vertrag würden bestehen bleiben. In beiden Fällen (Primär- und Sekundärrechtsschutz) geht es somit in erster Linie um die Zulässigkeit des Ausschlusses. Da (bei erfolgreicher Beschwerde) in dem einen Fall der Zuschlag als notwendige Konsequenz ohnehin aufgehoben und in dem

Seite 9 von 29

anderen Fall unberührt bliebe, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs (in Form eines unbegründet gebliebenen Zuschlags) einen Einfluss auf das Verfahren hätte. Es besteht mithin kein Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Beantwortung der Frage, ob und inwiefern die Vergabestelle den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat, indem sie in der SIMAP-Publikation den erfolgten Zuschlag nicht begründete, sowie ob und inwiefern die Verletzung allenfalls zu heilen wäre. Derweil unbestritten und aus den Akten klar ersichtlich ist, dass der Ausschluss gegenüber den Beschwerdeführerinnen zumindest summarisch begründet wurde und sich insofern keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt (vgl. E. 1.3.3 hievore).

#### **E. 1.4.1**

Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 64 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VRPV). Im öffentlichen Vergaberecht ist zur Konkretisierung dieser Bestimmung erforderlich, dass die beschwerdeführende Partei eine reelle Chance hat, den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

#### **E. 1.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen haben ein preislich attraktiveres Angebot eingereicht als die Zuschlagsempfängerin. Beim Zuschlagskriterium (ZK) 1 «Preis» rangierten die Beschwerdeführerinnen auf dem ersten Platz (vgl. Evaluationsbericht vom 19.01.2024 S. 15 Ziff. 5.5). Die ZK 2 «Qualität Anbieter» und ZK 3 «Qualität und Plausibilität Angebot» blieben aufgrund des Ausschlusses unbewertet. Ebenso blieben die Eignungskriterien (EK) bei den Beschwerdeführerinnen aufgrund des Ausschlusses unbewertet. Ohne einen entsprechenden Entscheid der Vergabestelle zu präjudizieren, ergibt sich für das Gericht aufgrund der vorhandenen Aktenlage und den Ausführungen der Beteiligten aber zumindest die Wahrscheinlichkeit, dass die Beschwerdeführerinnen als Fachunternehmen die Eignungskriterien erfüllen könnten. Somit besteht auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die ZK 2 und 3 bewertet würden, wenn die Beschwerdeführerinnen nach einer allfälligen Aufhebung des Ausschlusses (und des Zuschlags) mit ihrem Angebot wiederum in das Vergabeverfahren einzubeziehen wären. Aufgrund des besseren Abschneidens der Beschwerdeführerinnen beim Preis ergäbe sich alsdann eine reelle Chance auf den Zuschlag. Somit sind die Beschwerdeführerinnen zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.5**

Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung ein- gereicht werden (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Die Beschwerde vom 12. März 2024 (Eingang Gerichtskanzlei: 13.03.2024) gegen den Ausschluss und den Zuschlag erfolgte unter Berücksichtigung des unter E. 1.3.4 hievordurchgeführten fristgerecht. Der Gerichtskostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist einzutreten.

Seite 10 von 29

### **E. 1.6**

Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 Abs. 3 IVöB). Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB).

### **E. 2**

Die vorliegende Vergabe betrifft den Seetransport und die Seeschüttung von Tunnelausbruchmaterial, welches bei den zukünftigen Tunnelbaustellen (N4 Neue Axenstrasse mit Sisikoner Tunnel) und der Gotthard-Autobahnstrecke (2. Röhre Gotthard-Strassentunnel) anfallen wird. Es geht im Wesentlichen um die Übernahme von Tunnelausbruchmaterial vom Tunnelbauunternehmer und den Seetransport dieses Materials zum bezeichneten Standort im Urnersee auf den Gebieten der Gemeinden Flüelen und Seedorf. Mit diesen Seeschüttungen soll die Wiederherstellung von mehreren Hektaren Flachwasserzonen, die ökologisch wertvoll sind und neue Lebensräume für Pflanzen und Tiere schaffen, erreicht werden (vgl. Bst. A. hievordurchgeführt).

#### **E. 2.1**

Die Arbeitsausschreibung umfasst gemäss den Besonderen Bestimmungen zum Ausschreibungsprojekt (S. 7) einerseits das Leistungspaket Grundleistungen (GL) und andererseits die Option Leistungssteigerung (LS).

##### **E. 2.1.1**

Das Leistungspaket Grundleistungen (GL) umfasst den Seetransport und die Seeschüttung bzw. Verklappung des Tunnelausbruchmaterials des Projekts N4 Neue Axenstrasse mit Sisikoner Tunnel im Umfang von rund 1.11 Mio. Tonnen. Diese Unternehmerleistung wird als Los S2D bezeichnet. Nebst dem ausgeschriebenen Los S2D besteht das bereits vergebene Los S3+S2F, welches nicht Gegenstand der vorliegenden Vergabe ist, aber beim Leistungspaket LS Leistungssteigerung der vorliegenden Vergabe eine Rolle spielt (s. unten E. 2.1.2). Das Ausbruchmaterial wird im Los S2D im Leistungspaket Grundleistungen (GL) durch den Tunnelbauunternehmer im Bereich Dorni nördlich von Sisikon über eine Förderbandanlage im Seeuferbereich für den Seetransport bereitgestellt. Der Unternehmer Los S2D übernimmt das Ausbruchmaterial und transportiert dieses auf dem Seeweg mittels Klappschiffen zu den Schüttbereichen Schanz und Allmeini in Flüelen bzw. Seedorf. In den Schüttbereichen wird das Tunnelausbruchmaterial durch den Unternehmer Los S2D im Schüttponton verklappt. Durch die laufende Umstellung des Schüttpontons, entsprechend den definierten Schüttetappen, entstehen dadurch ökologisch wertvolle Flachwasserzonen und folglich neue Lebensräume für Pflanzen und Tiere.

##### **E. 2.1.2**

Die Option Leistungssteigerung (LS) umfasst den Seetransport und die Seeschüttung bzw. die Verklappung des Tunnelausbruchmaterials des Projekts N4 Neue Axenstrasse mit Sisikoner Tunnel ab Sisikon sowie zusätzlich des Projekts 2. Röhre Gotthard-Strassentunnel ab Flüelen. Die Leistungen des

Seite 11 von 29

Unternehmers entsprechen dabei weitgehend dem Grundauftrag, wobei diese Leistungen weitgehend parallel und somit gleichzeitig zum Leistungspaket Grundleistungen (GL) zu erbringen sind. Das Leistungspaket LS Leistungssteigerung stellt eine ergänzende und zeitlich parallellaufende Kapazität für den Seetransport und die Seeschüttung dar, welche als Option enthalten ist. Durch diese Leistungssteigerung sollen Leistungsspitzen der Grundleistungen des Loses S2D und des weiteren Loses S3+S2F ergänzend abgedeckt werden. Im Weiteren soll dadurch der Transport- und Schüttbetrieb bei der Lose bei allfälligen Schiffsausfällen, Verzögerungen durch unvorhergesehene Ereignisse sowie aber auch bei reduzierten Leistungen durch Wartungsarbeiten sichergestellt werden (Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 10). Die Leistungssteigerung (Leistungspaket LS) stellt eine optionale Leistung dar. Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf diese Leistungserbringung. Die Option der Leistungssteigerung wird nach Bedarf durch die Bauherrschaft ausgelöst (Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 12).

#### **E. 2.2**

Die durch das Los S3+S2F auszuführenden Seetransporte und Seeschüttungen laufen weitgehend parallel zu den Seetransporten und Seeschüttungen des vorliegend zu vergebenden Loses S2D. Die massgebenden Schnittstellen stellen einerseits die gemeinsame und parallele Nutzung der Schüttpon- tonanlage sowie andererseits die gleichzeitige Nutzung der Seetransportwege und Warteräume in den Schüttbereichen dar. Namentlich die Nutzung der Schüttpon- tonanlage wird durch einen, im Vorfeld zu definierenden, Schüttfahrplan koordiniert bzw. geregelt (Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 11).

#### **E. 2.3**

Das Tunnelausbruchmaterial vom Projekt N4 Neue Axenstrasse mit Sisikoner Tunnel wird dem Unternehmer Los S2D bei den Landungsstegen in Sisikon im Bereich Dorni und alternativ im Bereich Lüntigen übergeben. Die alternative Nutzung der Verladeanlage Lüntigen kann sich durch eine unter- nehmerseitige Variante beim Los 200 (Tunnelbauunternehmer) ergeben und bedingt im Vorfeld auf jeden Fall die Genehmigung durch die Bauherrschaft. Die massgebende Schnittstelle stellt die Materi- alübergabe des über die Förderbandanlagen des Tunnelunternehmers zugeführten Tunnelausbruch- materials dar. Die Schnittstelle der Unternehmungen ist durch den freien Fall des Tunnelausbruchma- terials definiert. Die entsprechend erforderliche Koordination ist durch den Unternehmer Los S2D in Zusammenarbeit mit dem Tunnelunternehmer sicherzustellen (Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 11).

#### **E. 2.4**

Die wesentlichen Kenndaten des Leistungspakets Grundleistungen (GL) ergeben sich aus Ziff. 621.210 gemäss den Besonderen Bestimmungen (S. 39). Demnach fallen ab dem Landungssteg Sisikon, Verladeanlage Dorni und alternativ Lüntigen, Transporte mit einer Transportmenge von bis zu 3'500 Tonnen pro Tag (Montag-Freitag) bzw. 2'400 Tonnen pro

Tag (Samstag) an. Abgerechnet wird nach Transportmenge (Fr./t). Als Logistikanforderung wurden mindestens zwei Nauen bzw. Klappschiffe definiert.

Seite 12 von 29

### **E. 2.5**

Die wesentlichen Kenndaten des Leistungspakets Leistungssteigerung (LS) ergeben sich aus Ziff. 621.220 gemäss den Besonderen Bestimmungen (S. 39). Als Logistikanforderung wurde ein zusätzlicher Nauen/Klappschiff (zusätzlich zu den Nauen/Klappschiffen gemäss GL) definiert. Als Leistungsanforderung wurde an Werktagen eine minimale Nutzlast des zusätzlichen Nauens/Klappschiffs von 400 Tonnen gefordert. Abgerechnet wird nach Betrieb des Nauens/Klappschiffs (Fr./Tag).

### **E. 2.6**

Gemäss Ausschreibungsunterlagen sind Technische Varianten zugelassen, sofern auch die Amtsvariante gemäss den Vorgaben vollständig und fristgerecht eingereicht wird. Finanzielle Varianten sind nicht zugelassen (Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 15 Ziff. 261.110 und 261.200).

### **E. 3.1**

Das öffentliche Vergaberecht bezweckt den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter sowie die Förderung des wirksamen und fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Art. 2 lit. a - d IVöB). Entsprechend gelten im Vergabeverfahren allgemeine Verfahrensgrundsätze, die der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten hat. Der öffentliche Auftraggeber führt die Vergabeverfahren insbesondere transparent, objektiv und unparteiisch durch, achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der Anbieter und verzichtet auf Abgebotsrunden (Art. 11 lit. a, b und d IVöB). Er hat Teilnahmebedingungen festzulegen sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien zu formulieren und in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (vgl. Art. 26, Art. 27 und Art. 29 IVöB). Das am Ende des Vergabeverfahrens als vorteilhaftestes evaluierte (bewertete) Angebot erhält den Zuschlag (Art. 41 IVöB).

### **E. 3.2**

Die Vergabestelle muss gemäss Art. 36 IVöB in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen u.a. den Gegenstand der Beschaffung, einschliesslich technischer Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, Pläne, Zeichnungen und notwendige Instruktionen sowie Angaben zur nachgefragten Menge (lit. b), die Formerfordernisse und Teilnahmebedingungen für die Anbieter einschliesslich einer Liste mit Angaben und Unterlagen, welche die Anbieter im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen einreichen müssen, sowie eine allfällige Gewichtung der Eignungskriterien (lit. c), die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung (lit. d) sowie alle anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen (lit. h) bekannt geben.

### **E. 3.3**

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen steht der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGer 2C\_916/2018 vom 11.06.2019 E. 6.1; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 15.05.2020, OG V 19 62, publ. in

Seite 13 von 29

Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2020 und 2021, Nr. 39 S. 274 E. 4a). Die Vergabestelle muss aber das Transparenzgebot sowie das Gebot der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbietenden einhalten (vgl. E. 3.1 hievore). Daraus ergibt sich insbesondere der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Der Grundsatz bedeutet, dass die Vergabestelle an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen, die sie im Rahmen ihres weiten Ermessens festgelegt hat, gebunden ist und sie die Ausschreibung sowie die dazugehörigen Unterlagen bzw. die darin enthaltenen Vorgaben und Modalitäten grundsätzlich nicht nachträglich ändern darf (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.7; BGer 2D\_28/2022 vom 18.10.2023 E. 5.3; Entscheid Obergericht des Kantons Uri a.a.O., E. 4a; Entscheid Kantonsgericht Luzern vom 06.11.2018, 7H 18 205, E. 3.3.5.4). Weiter untersagt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter dem Auftraggeber, potentielle Anbieter durch ungerechtfertigte, bestimmte Anbieter respektive Produkte ohne sachliche Notwendigkeit ausschliessende oder bevorzugende Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zu diskriminieren (BGer 2C\_848/2022 vom 27.03.2024 E. 5.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Die Ausschreibung und die dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen sind nach Wortlaut und Sinn auszulegen (vgl. BGer 2C\_634/2008 vom 11.03.2009 E. 3.4; Entscheid Obergericht des Kantons Uri a.a.O., E. 4a). Die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen sind nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 141 II 14 E. 7.1; Entscheid Obergericht des Kantons Uri a.a.O., E. 4a; Entscheid Obergericht des Kantons Schaffhausen vom 22.10.2019, OGE 60/2019/17, E. 3.1). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an, doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Ausschreibung bzw. der dortigen Vorgaben über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; BGer 2C\_42/2020 vom 23.10.2020 E. 5.5.2; vgl. zum Ermessen oben E. 3.3). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen vorab geltend, ihr Angebot würde – entgegen der Auffassung der Vergabestelle – die Anforderungen der Grundleistung sowohl in Bezug auf die Leistungsanforderung als auch auf die Logistikanforderung (über-)erfüllen. Im Rahmen der Grundleistung hätten die Beschwerdeführerinnen den Einsatz von drei

Klappschuten mit zwei Schubbooten vorgesehen. Zwei

Seite 14 von 29

Klappschuten würden eine Nutzlast von 350 Tonnen aufweisen, die dritte Klappschute habe eine Kapazität von 450 Tonnen. Während eine Klappschute beim Landungssteg Sisikon beladen werde, befänden sich die anderen beiden Klappschuten mit je einem Schubboot auf dem Hin- und Rückweg. Nach der Rückkehr einer geleerten Klappschute werde das Schubboot auf die neu befüllte Klappschute umgekoppelt. Die leere Klappschute werde neu befüllt, während die befüllte Klappschute zur Schütttonanlage gefahren werde. Für die Leistungssteigerung werde aufgrund des Logistikkonzepts in der Grundleistung grösstenteils kein vollständiges Zusatzspiel – bestehend aus einem Schubboot und einer Klappschute – benötigt. Durch die koppelbaren Klappschuten könne höchste Flexibilität angeboten werden. Die angebotene «modulare» Mechanisierung im Vergleich zu «herkömmlichen» Nauen bzw. Klappschiffen bringe Vorteile.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung an das Gericht vom 6. Mai 2024 vor, das Angebot der Beschwerdeführerinnen würde wesentlich von den verbindlichen Anforderungen und Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abweichen und den Vorgaben somit nicht entsprechen. Für die Bewältigung der Grundleistung (GL) seien minimal zwei Nauen/Klappschiffe und für die Leistungssteigerung (LS) ein zusätzliches Nauen/ein zusätzliches Klappschiff zu berücksichtigen. Das Angebot beinhalte jedoch lediglich den Einsatz von Klappschutenbooten. Das Angebot umfasse dabei die Bereitstellung von nur zwei Klappschutenbooten für die Abdeckung der Grundleistung und der Leistungssteigerung. Die Vorgabe, wonach ein zusätzliches Klappschiff für die Leistungssteigerung vorzusehen sei, werde nicht eingehalten.

#### **E. 4.5**

mit Hinweis). Somit sprechen die im Vergabeverfahren thematisierten klimatischen Verhältnisse auf dem Urnersee bzw. die damit zusammenhängende, durch das Verständnis der beteiligten Fachunternehmen unterlegte Üblichkeit der Art und Weise, wie Seetransporte der ausgeschriebenen Art auf Binnengewässern vorzustattgehen, als Indiz dafür, dass unter dem ausgeschriebenen Begriff

Seite 18 von 29

«Nauen/Klappschiff» Schiffe mit Maschinenantrieb bzw. zumindest damit funktional äquivalente Schubverbände gemeint waren. Ein funktional äquivalenter Schubverband müsste dabei eine vergleichbar stabile Verbindung zwischen Motorisierung und Füllkapazität ausweisen können wie ein autonom betriebenes Klappschiff. Die im Gespräch zur technischen Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen erwähnte Optimierung der Verbindung mittels hydraulischer Einhängebügel würden die Beschwerdeführerinnen gemäss eigenen Angaben im Auftragsfall lediglich «in Betracht ziehen» (s. Frage 19). Es bleibt somit offen, inwiefern eine optimierte Verbindung überhaupt möglich und tauglich wäre. Anders als bei der Verschiebbarkeit (vgl. E. 5.3.2 in fine hievore) ist für das Gericht daher nicht ersichtlich, inwiefern mit Bezug auf die rauen klimatischen Verhältnisse ein funktional äquivalenter Schubverband überhaupt möglich wäre.

#### **E. 5.1**

Die Ausschreibung forderte für die Grundleistung (GL) als Logistikanforderung klar und eindeutig minimal zwei Nauen bzw. Klappschiffe (vgl. E. 2.4 hievor) und für die Leistungssteigerung (LS) ein zusätzliches Nauen/Klappschiff (zusätzlich zu den Nauen/Klappschiffen gemäss GL; vgl. E. 2.5 hievor). In einem ersten Schritt ist darüber Rechenschaft abzulegen, was unter dem Begriff «Nauen/Klappschiff» objektiv und in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (vgl. E. 3.4 hievor).

## **E. 5.2**

Begrifflich bzw. technisch ist zu unterscheiden zwischen nicht-motorisierten Klappschuten, die (gefüllt mit zu verklappendem Material) für den Transport über den See von einem separaten Schubboot bewegt werden müssen, und autonom betriebenen, motorisierten Nauen/Klappschiffen, die die Füllkapazität und den Transport über den See sozusagen in einem einzigen Transportmittel vereinen. Die Verbindung von Klappschuten und Schubbooten stellt nach der Terminologie der Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern (Binnenschifffahrtsverordnung [BSV, SR 747.201.1]) ein Schubverband dar (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. 4). Ein autonom betriebener Nauen / ein autonom betriebenes Klappschiff ist nach der BSV ein Schiff mit Maschinenantrieb oder Motorschiff (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. 2). «Schiffe» im allgemeinen Sinne der BSV sind beide Arten des Seetransports (vgl.

Seite 15 von 29

Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. 1). Im Lichte der BSV könnte mit dem ausgeschriebenen Begriff «Nauen/Klappschiff» somit sowohl ein Schubverband als auch ein Schiff mit Maschinenantrieb gemeint sein, sodass auch ein (wie von den Beschwerdeführerinnen angebotener) Transport mit Schubverbänden die entsprechende Logistikanforderung des Bereitstellens von «Nauen/Klappschiffen» grundsätzlich erfüllen könnte. Vorliegend geht es jedoch nicht um die Auslegung der BSV bzw. um deren Klassifizierung von Wasserfahrzeugen, sondern um die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen. Ob die Ausschreibungsunterlagen ein Angebot, wie von den Beschwerdeführerinnen eingereicht, zulies resp. ob der Begriff «Nauen/Klappschiff» in den Ausschreibungsunterlagen ein Konzept mit rotierenden Klappschuten bzw. Schubverbänden – wie von den Beschwerdeführerinnen offeriert – mitumfasste oder vielmehr mit dem Begriff «Nauen/Klappschiffe» Schiffe mit Maschinenantrieb oder mit Schiffen mit Maschinenantrieb zumindest funktional äquivalente Schubverbände gefordert wurden, ist nachfolgend zu prüfen.

### **E. 5.3.1**

Gemäss Ausschreibung soll das an den bezeichneten Stellen im Urnersee auszuschüttende Material aus dem Tunnelbau auf der Axenstrasse über eine Förderbandanlage auf die Nauen/Klappschiffe befördert werden. Die Inbetriebsetzung der Förderbandanlagen an den Verladestellen Dorni/Läntigen in Sisikon liegt in der Verantwortung des Materiallieferanten der Tunnelbaustelle (vgl. Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 67 Ziff. 833.320 und S. 71 Ziff. 854.110; vgl. auch E. 2.3 hievor). Die Förderbandanlagen decken einen beschränkten radialen Befüllungs- bzw. Beschickungssektor ab. Die vollständige Befüllung bzw. Beschickung erfordert gemäss den Besonderen Bestimmungen ein mehrmaliges Versetzen und Verschieben der Nauen/Klappschiffe (vgl. a.a.O. S. 67 Ziff. 833.330). Der eingeschränkte radiale Beschickungssektor ergibt sich nebst den Besonderen Bestimmungen auch aus dem Plan zum Landungssteg Sisikon, Bereich Dorni,

welcher Teil der Ausschreibungsunterlagen war. Von diesen ausgeschriebenen Voraussetzungen ist auszugehen; nicht nur aufgrund des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung (vgl. E. 3.3 hievor), sondern insbesondere auch deshalb, weil die Verladeanlage von einem externen Partner (dem Materiallieferanten der Tunnelbaustelle) bereitgestellt wird und somit eine Anlage eines hier nicht verfahrensbeteiligten Dritten ist (vgl. Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 20 Ziff. 333.210). Ausgehend davon, musste sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, dass seitens der Anbietenden sicherzustellen ist, dass das Transportmittel für den Seetransport des zu verklappenden Materials beim Beschicken mehrmals versetzt bzw. verschoben werden kann.

### **E. 5.3.2**

Die von den Beschwerdeführerinnen in ihrem Angebot enthaltenen Klappschuten sind nicht motorisiert und bedürfen eines externen Antriebs, damit sie ordnungsgemäss bewegt werden können. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung an das Gericht vom 6. Mai 2024 zutreffend darlegt (S. 12), bedingt das Verschieben und Versetzen einer Klappschute dementsprechend die Ankoppelung an ein Schubboot. Die von den Beschwerdeführerinnen eingebrachte Alternative des Verschiebens der

Seite 16 von 29

Klappschuten mit einem Beiboot oder Seilwinden (s. Protokoll zur technischen Bereinigung des beschwerdeführerischen Angebots vom 29.11.2023 S. 7), erachtet die Vergabestelle aus Sicherheitsgründen und auch aus Effizienzüberlegungen nachvollziehbar als nicht valabel. Das aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtliche Erfordernis des Verschiebenkönnens beim Beschickungsvorgang an der Förderbandanlage (vgl. E. 5.3.1 hievor) ist mithin ein Indiz dafür, dass die Vergabestelle unter dem Begriff «Nauen/Klappschiff» Schiffe mit Maschinenantrieb bzw. damit funktional äquivalente Schubverbände verstanden hat, zumal auch im Plan zum Landungssteg Sisikon, Bereich Dorni, ein Klappschiff/Nauen im herkömmlichen Sinn (vgl. dazu sogleich E. 5.4.4) eingezeichnet ist. Funktional äquivalent wäre ein Schubverband im vorliegenden Kontext, wenn die Klappschute beim Beschickungsvorgang ständig mit einem Schubboot gekoppelt wäre, denn nur so ist die Verschiebungsfunktion gleichwertig gegeben wie bei einem motorisierten Klappschiff.

### **E. 5.4.1**

Die Zuschlagsempfängerin erwähnte in ihrer Stellungnahme an das Gericht vom 22. April 2024, dass Schubverbände für langsam fliessende Gewässer im Kanalbau (Rhein, Donau usw.) ohne grosse Wellenentwicklung und starke Winde geeignet seien. Auf dem Urnersee mit grosser Wellenentwicklung und Starkwinden seien Schubverbände problematisch. Schubverbände würden als träge und schlechter manövrierbar gelten als direkt motorisierte Schiffe. Es seien der Zuschlagsempfängerin keine Schubverbände für grössere Transportleistungen auf den stehenden Gewässern der Schweiz bekannt. Dass bei einem Ausfall eines Schubbootes mehrere Klappschuten von nur einem Schubboot manövriert werden sollen, werde sogar als fahrlässig erachtet. Ein solcher Schubverband hätte eine Länge von nahezu 80-100 Metern. Notmanöver bei Vortritt der Kursschiffe oder bei Surfern, Kitem etc. in Not wären mit dieser Schiffslänge kaum möglich.

### **E. 5.4.2**

Die klimatischen Verhältnisse auf dem Urnersee wurden auch in den Besonderen Bestimmungen zur vorliegenden Ausschreibung erwähnt. So sei mit starken und stürmischen Windverhältnissen (Föhn/Bise), welche in der Folge dann auch zu starkem Wellengang führen könnten, zu rechnen. Diese Verhältnisse und die sich daraus ergebenden nautischen Verhältnisse würden als bekannt vorausgesetzt (vgl. a.a.O. S. 21 Ziff. 341.210). Windgeschwindigkeiten von bis zu 80 Km/h bzw. an einzelnen Tagen auch darüber werden als normal erachtet (vgl. a.a.O. S. 21 Ziff. 341.220 Umkehrschluss). Diese vergleichsweise rauen klimatischen Verhältnisse auf dem Urnersee können auch als gerichtsnotorisch gelten.

#### **E. 5.4.3**

Im Gespräch zur technischen Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen vom 29. November 2023 wurden die klimatischen Verhältnisse auf dem Urnersee ebenfalls thematisiert. Dabei wurde seitens der Vergabestelle zum von den Beschwerdeführerinnen angegebenen Referenzprojekt eingewendet, dass die Verhältnisse des im Referenzprojekt betroffenen Stausees nicht mit den

Seite 17 von 29

Verhältnissen eines Binnengewässers wie dem Urnersee (unter Hinweis auf den Föhn/Wellengang) vergleichbar seien (s. Frage 3). Auf den Einwand der Vergabestelle, es liege keine Referenz für den Betrieb von Klappschuten auf dem Urnersee vor, antworteten die Beschwerdeführerinnen, dass auf Flüssen oder Häfen, wo die Klappschuten bisher hauptsächlich zum Einsatz gekommen seien, auch Wind und Wellengang vorgeherrscht habe. Mit Mehraufwand sei nur beim Einfahren in die Pontonanlage und beim Rangieren zu rechnen, wobei (nach von der Vergabestelle entsprechend geäußerten Befürchtungen) bestätigt werde, dass die Dauer des Verklappungsvorgangs 10 Minuten nicht überschreite (s. Frage 17).

#### **E. 5.4.4**

Aus den dargelegten Umständen geht hervor, dass die Vergabestelle hinsichtlich des Einsatzes von Schubverbänden Befürchtungen geäußert und dies mit den klimatischen Verhältnissen auf dem Urnersee begründet hat. Daraus ist zu schliessen, dass sich die Vergabestelle unter dem ausgeschriebenen Begriff «Nauen/Klappschiff» nicht entsprechend risikoreiche Seetransporte mit Schubverbänden, sondern Seetransporte mit Schiffen mit Maschinenantrieb vorgestellt hat. Dass der Seetransport mit Schubverbänden ungewöhnlich und somit mit gewissen Risiken verbunden ist, ergibt sich auch aus dem von den beteiligten Unternehmen im Vergabeverfahren geäußerten Verständnis der Ausschreibungsunterlagen, welches bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen ist (vgl. E. 3.4 in fine hievor). Beide Fachunternehmen äussern übereinstimmend, dass der Seetransport von Material in der vorliegenden Grössenordnung mit Schubverbänden auf einem Binnengewässer mit vergleichsweise rauen Verhältnissen wie auf dem Urnersee ungewöhnlich ist. Die Beschwerdeführerinnen selber sprechen von einer «modularen» Mechanisierung gemäss ihrem Angebot im Vergleich zu «herkömmlichen» Nauen bzw. Klappschiffen (oben E. 4.1). Auch bestätigen sie, dass Schubverbände der von ihnen offerierten Art bisher hauptsächlich in Häfen und auf Flüssen zum Einsatz gekommen seien (vgl. E. 5.4.3 hievor). Im Weiteren äusserten die Beschwerdeführerinnen am Gespräch zur technischen Bereinigung des Angebots einleitend, dass sie entschieden hätten, Schubboote und Klappschuten statt Klappschiffe (Nauen) zu verwenden. Somit gehen auch die

Beschwerdeführerinnen von einer unterschiedlichen Begrifflichkeit aus, wobei Nauen/Klappschiffe von Schubverbänden unterschieden werden und die Verwendung von motorisierten Nauen/Klappschiffen als herkömmlich bezeichnet wird. Ist es aber herkömmlich, dass auf Binnengewässern wie dem Urnersee motorisierte Nauen/Klappschiffe für Seetransporte der vorliegenden Art zum Einsatz kommen, liegt es nahe, dass die Vergabestelle genau dies unter dem Begriff «Nauen/Klappschiffe» verstanden hat und auch verstehen durfte (vgl. zur «Herkömmlichkeit» auch Zwischenentscheid Bundesverwaltungsgericht vom 01.02.2017, B-7753/2016, E).

### **E. 5.5**

Die Würdigung der aufgezeigten Indizien für sich und in der Gesamtheit ergibt, dass die Vergabestelle im Gesamtzusammenhang unter dem ausgeschriebenen Begriff «Nauen/Klappschiffe» als Logistikanforderung Schiffe mit Maschinenantrieb oder mit Schiffen mit Maschinenantrieb zumindest funktional äquivalente Schubverbände verstanden hat und dem Wortsinn nach objektiv auch so verstehen durfte (zur Frage, ob die so verstandene Anforderung vergaberechtlich zulässig war, s. E. 6 nachfolgend). Das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit ihren nicht-motorisierten Klappschuten, welche in rotierendem Betrieb nicht ständig mit einem Schubboot gekoppelt gewesen wären, umfasste weder Schiffe mit Maschinenantrieb noch ein Konzept mit funktional äquivalenten Schubverbänden, weshalb das Angebot nicht den Anforderungen gemäss Ausschreibung entsprach. Die Auffassung der Vergabestelle, wonach das Angebot nicht den verbindlichen Anforderungen und Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen entsprach (vgl. E. 4.2 hievor), ist demnach zu bestätigen. Ob sich die ausgeschriebenen Vorgaben im Bereich des vergaberechtlich Zulässigen bewegten, ist eine davon zu unterscheidende und nachfolgend zu prüfende Frage.

### **E. 6.1**

Das Vergaberecht regelt nicht, welche Leistungen öffentliche Auftraggeber zu beschaffen haben. Es liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Beschaffungsstellen zu bestimmen, welche Aufträge sie vergeben (BGer 2C\_147/2017 vom 23.01.2018 E. 2.5.1 mit Hinweisen). Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen steht der Vergabestelle denn auch ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. E. 3.3 hievor). Die Handhabung des Ermessens bzw. der damit verbundene, relativ weite Spielraum bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung steht jedoch unter dem Vorbehalt vergaberechtlicher Grundsätze. Insbesondere dürfen potentielle Anbieter nicht durch ungerechtfertigte, bestimmte Anbieter ohne sachliche Notwendigkeit ausschliessende oder bevorzugende Eignungskriterien oder technische Spezifikationen diskriminiert werden (vgl. E. 3.3 hievor). Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren alsdann ausschliessen,

Seite 19 von 29

wenn die Angebote oder Anträge auf Teilnahme wesentliche Formfehler aufweisen oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweichen (Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB). «Unwesentliche» Fehler rechtfertigen einen Ausschluss demnach nicht. Was als wesentlich oder unwesentlich zu gelten hat, kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern ergibt sich aus der Gesamtwürdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Ein Ausschlussgrund muss jedenfalls eine gewisse Schwere aufweisen. Ein Ausschluss wäre unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung

von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (vgl. zum Ganzen analog der Nichterfüllung von Eignungskriterien: BGer 2C\_698/2019 vom 24.04.2020 E. 4.2; vgl. auch Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 17.05.2024, OG V 23 45, E. 3.5.2 mit weiteren Hinweisen). Die Nichterfüllung eines ohne sachliche Notwendigkeit aufgestellten Eignungskriteriums oder einer ohne sachliche Notwendigkeit aufgestellten technischen Spezifikation wäre insofern auch als unwesentlicher Fehler zu beurteilen, der für sich allein einen Ausschluss nicht rechtfertigen könnte.

#### **E. 6.2.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen im Zusammenhang mit der Anforderung des Verschiebenkönnens der Klappschiffe während des Beschickungsvorgangs geltend, ein Versetzen der Klappschute während dem Beladen sei gar nicht erforderlich. Die Länge der Ladeflächen der Klappschuten der Beschwerdeführerinnen betrage lediglich 19 Meter. Die Ladefläche der im Plan zum Landungssteg Sisikon, Bereich Dorni, eingezeichneten Nauen sei ungefähr 40 Meter lang. Der radiale Beschickungssektor des Förderbands sei ausreichend, um eine solche Klappschute ohne Verschiebung zu befüllen. Damit machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die entsprechende Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen sei ohne sachliche Notwendigkeit definiert worden, was dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung der Anbietenden und dem Verbot des Ausschlusses von unwesentlich abweichenden Angeboten widersprechen könnte (vgl. E. 6.1 hievor).

#### **E. 6.2.2**

Zunächst bestätigt (im Sinne eines weiteren Indizes) der im Plan zum Landungssteg Sisikon, Bereich Dorni, nicht als Schubverband, sondern als autonom-motorisiertes Schiff eingezeichnete Nauen das zuvor dargelegte Auslegungsergebnis (vgl. E. 5.5 hievor). Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen überzeugt ansonsten schon deshalb nicht, weil der von ihnen angerufene Plan gemäss ausdrücklicher Deklaration nur informativen Charakter hat. Der Plan ist nicht geeignet, als Beurteilungsgrundlage dessen zu dienen, welche genauen Abmessungen ausreichend oder nicht ausreichend sind. Die Vorinstanz führt in ihrer Duplik nachvollziehbar aus, dass der effektive Beschickungssektor noch nicht bekannt sei. Es steht einzig fest, dass der Beschickungssektor aufgrund der limitierten Beweglichkeit des Förderbands eingeschränkt sein wird. Um diese Unsicherheit abzudecken, erscheint es im Sinne der Risikominimierung nachvollziehbar und im Rahmen des Ermessens der Vergabestelle

Seite 20 von 29

daher auch vertretbar, dass die Fähigkeit der Verschiebung bzw. Versetzung des Seetransportmittels während des Beschickungsvorgangs in der Ausschreibung verlangt wurde, zumal die Inbetriebsetzung der Förderbandanlage von Dritten abhängen wird bzw. zumindest massgeblich mitbeeinflusst werden wird (vgl. E. 5.3.1 hievor). Die Anforderung des Verschiebenkönnens der Klappschiffe während des Beschickungsvorgangs geschah mithin nicht ohne sachliche Notwendigkeit, weshalb eine vergaberechtlich verpönte Diskriminierung schon deshalb nicht erkennbar ist. Die von den Beschwerdeführerinnen letztlich angestellten Mutmassungen über die angeblich trotzdem bestehende Geeignetheit ihrer Transportmittel ändert daran nichts. Somit ist es unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die entsprechende Anforderung angewendet und beim Angebot der Beschwerdeführerinnen als nicht erfüllt erachtet hat

(vgl. E. 5.5 hievor).

### **E. 6.3**

Im Zusammenhang mit den klimatischen Verhältnissen auf dem Urnersee weist die Zuschlags- empfängerin in ihrer Stellungnahme an das Gericht auf nachvollziehbare Schwierigkeiten hin, welche sich beim Transport mit Schubverbänden auf einem Binnengewässer wie dem Urnersee ergeben können (vgl. E. 5.4.1 hievor). Wie die Vorinstanz in ihrer Duplik weiter zu bedenken gibt (S. 9 und 22), sind die klimatischen Verhältnisse nicht nur beim Transport über den See und beim Ein- und Ausfahren in die sich auf dem See befindliche Schüttpontonanlage zu berücksichtigten, sondern auch beim Verladen bzw. Beschicken an den Landungsstegen in Sisikon. Sowohl die notwendige Umkoppelung der Klapp- schuten als auch deren Verschiebung (gemäss Alternativvorschlag der Beschwerdeführerinnen sogar bloss mit Beibooten und/oder Seilwinden, vgl. E. 5.3.2 hievor) sind bei Windgeschwindigkeiten von bis zu 80 Km/h und bei gerichtsnotorisch nicht selten rauem Wellengang in Sisikon Risiken, welche die Vergabestelle nachvollziehbarerweise nicht eingehen will. Auch die Beschwerdeführerinnen mussten einräumen, dass ein Seetransport, wie von ihnen offeriert, ungewöhnlich ist (vgl. E. 5.4.4 hievor). Ihre im gerichtlichen Verfahren in der Replik geäusserten Beteuerungen (S. 25), dass es sich um ein erprob- tes Verfahren handle, welches auch bei Wind und Wellen durchgeführt werden könne, ist nicht geeig- net, die nachvollziehbaren Befürchtungen der Vergabestelle zu entkräften. Dass die Lösung mit Schub- verbänden bereits erfolgreich auf anderen Binnenseen eingesetzt worden sein soll und sich bestens bewährt habe, bleibt letztlich eine unsubstantiierte und insofern nicht überzeugende Behauptung der Beschwerdeführerinnen, nachdem das im Angebot enthaltene Referenzprojekt gerade nicht mit den Verhältnissen auf dem Urnersee vergleichbar war und die Beschwerdeführerinnen selber einräumen mussten, dass entsprechende Schubverbände bisher hauptsächlich auf Flüssen und in Häfen zum Ein- satz kamen (vgl. E. 5.4.3 hievor). Die klimatischen Verhältnisse auf dem Urnersee können somit sach- lich nachvollziehbar angeführt werden, um in der vorliegenden Beschaffung Schiffe mit Maschinenan- trieb oder mit Schiffen mit Maschinenantrieb zumindest funktional äquivalente Schubverbände zu for- dern. Somit ist nicht ersichtlich, dass die in der Ausschreibung formulierte Anforderung an die Logistik in Form der Bereitstellung von Schiffen mit Maschinenantrieb oder mit Schiffen mit Maschinenantrieb

Seite 21 von 29

zumindest funktional äquivalenten Schubverbänden ohne sachliche Notwendigkeit erfolgte. Insofern ist eine vergaberechtlich verpönte Diskriminierung auch hier nicht erkennbar und ist es nicht zu bean- stehen, wenn die Vorinstanz die entsprechende Anforderung angewendet und beim Angebot der Be- schwerdeführerinnen als nicht erfüllt erachtet hat (vgl. E. 5.5 hievor).

### **E. 6.4.1**

Ein weiterer Streitpunkt betrifft das Ein- und Ausfahren in die Schüttpontonanlage mit dazwi- schen stattfindendem Entladen bzw. Verklappen des transportierten Materials. Die Beschwerdeführe- rinnen halten dafür, der gemäss Ausschreibung geforderte Zeitbedarf für den gesamten Verklappungs- vorgang (Einfahren, Entladen, Ausfahren) von 10 Minuten werde mit ihrem Angebot eingehalten.

### **E. 6.4.2**

Die Ausschreibung ist hinsichtlich des maximalen Zeitbedarfs von 10 Minuten für den beschriebenen Verklappungsvorgang klar und unmissverständlich (s. Besondere Bestimmungen a.a.O. S. 65 Ziff. 832.120). Dass der angegebene maximale Zeitbedarf in ermessensverletzender Weise definiert worden wäre, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Somit basiert der angegebene maximale Zeitbedarf auf sachlicher Notwendigkeit, weshalb dessen Überschreitung in abgegebenen Angeboten als Mangel beurteilt werden durfte, ohne den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung der Anbietenden zu verletzen.

### **E. 6.4.3**

Aus dem Angebot der Beschwerdeführerinnen ist ersichtlich, dass für die Einfahrt und die Entladung 0.25 Stunden, somit 15 Minuten, ausgewiesen wurden (vgl. Skizze Transportrouten im Technischen Bericht der Beschwerdeführerinnen). Das Angebot entsprach insofern nicht den Vorgaben der Ausschreibung. Im Gespräch zur technischen Bereinigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen machten diese zwar geltend, bei der Einfahrt- und Entladezeit sei auch das Wendemanöver der Klappschute eingerechnet worden. Die eigentliche Einfahrt und die Entladung würden alsdann maximal 10 Minuten dauern (s. Frage 23). Jedoch ist die Schüttpontonanlage gemäss Plan in den Ausschreibungsunterlagen u-förmig. Die einfahrenden Wasserfahrzeuge müssen somit rückwärts wieder aus der Pontonanlage ausfahren, wenn der Entladevorgang abgeschlossen ist. Es ist mithin davon auszugehen, dass auch ein motorisiertes Klappschiff in irgendeiner Form ein Wendemanöver durchführen muss. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern für die Ein- und Ausfahrt inkl. Wendemanöver ein grösserer Zeitbedarf bestehen sollte als bei einem Verklappungsvorgang mit motorisierten Klappschiffen bzw. entsprechenden Äquivalenten, es sei denn, der erhöhte Zeitbedarf ergäbe sich aus dem Umstand, dass mit Schubverbänden in der von den Beschwerdeführerinnen offerierten Art verkehrt wird. Die Vergabestelle verletzt ihr Ermessen deshalb nicht, wenn sie davon ausgeht, dass der von den Beschwerdeführerinnen angegebene Zeitbedarf a) zu hoch ist und b) deswegen zu hoch ist, weil das Angebot der Beschwerdeführerinnen ein insofern unzureichendes Konzept mit Schubverbänden enthielt. Dass der Verkehr mit Schubverbänden beim Einfahren in die Pontonanlage mit einem Mehraufwand verbunden

Seite 22 von 29

ist, ergibt sich denn auch aus den Angaben der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 5.4.3 hievor). Nachdem ein Logistiksystem mit Schubverbänden offenbar zeitaufwändiger ist, besteht insofern auch ein sachlicher Grund, weshalb die Vergabestelle in der Ausschreibung tatsächlich motorisierte Klappschiffe oder zumindest funktional äquivalente Schubverbände gefordert hat. Dass funktional äquivalente Schubverbände mit Bezug auf die zeitgerechte Befahrung der Schüttpontonanlage womöglich schwierig zu konzipieren oder gar überhaupt nicht möglich sind, begründet ebenfalls keine Diskriminierung. Jedenfalls machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie daran gehindert gewesen wären, ein Angebot mit motorisierten Klappschiffen einzureichen oder ihr Konzept mit Schubverbänden so auszureifen, dass eine funktionale Äquivalenz erreicht worden wäre.

### **E. 6.4.4**

Der Schubverband-bedingt zu erwartende erhöhte Zeitbedarf beim Verklappungsvorgang in der Schüttpontonanlage ist nach dem Gesagten ein sachlicher Grund, weshalb die

Vergabestelle den ausgeschriebenen Begriff «Nauen/Klappschiffe» im Sinne des Auslegungsergebnisses verstehen durfte (E. 5.5 hievor). Dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen, welches ein Konzept mit Schubverbänden enthielt, alsdann tatsächlich einen zu hohen Zeitbedarf auswies und ein funktional äquivalenter Schubverband dementsprechend nicht vorlag, durfte insofern als Verstoss gegen die Ausschreibung gewertet werden, ohne den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung der Anbietenden zu verletzen.

### **E. 6.5**

Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die in der Ausschreibung aufgestellte Logistikanforderung (vgl. E. 5.5 hievor) nicht ungerechtfertigt aufgestellt wurde und nicht ohne sachliche Notwendigkeit bestimmte Anbieter in diskriminierender Weise ausschloss. Dass die Vergabestelle die Logistikanforderung auf das Angebot der Beschwerdeführerinnen angewendet und die Erfüllung der Anforderung verneint hat (vgl. E. 5.5 hievor), ist entsprechend vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Im Weiteren können die aufgezeigten Mängel im Angebot der Beschwerdeführerinnen in der Gesamtheit und unter Berücksichtigung des Ermessens der Vergabestelle nicht mehr als bloss unwesentlich bezeichnet werden, auch wenn einzelne Mängel für sich betrachtet – wie etwa der um fünf Minuten überschrittene Zeitbedarf für den Verklappungsvorgang – auf den ersten Blick nicht als derart schwerwiegend erscheinen mögen. Diesbezüglich ist ohnehin festzuhalten, dass unter Umständen auch prima vista kleineren Abweichungen ein durchaus erhebliches Gewicht beigemessen werden darf. Gerade, was den Zeitbedarf für den Verklappungsvorgang betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass für den «Schüttverkehr» im vorliegenden Projekt von einem erhöhten Koordinationsaufwand auszugehen und ein eigentlicher Schüttfahrplan nötig ist (vgl. E. 2.2 hievor). Entsprechend ist es vom Ermessen der Vergabestelle gedeckt, dass sie Zeitlimiten aufstellt und diese auch relativ strikt handhabt. Die weitere Prüfung (E. 7 hernach) erhärtet im Übrigen das bisherige Zwischenfazit, wonach im Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht mehr nur unwesentliche Mängel enthalten waren.

Seite 23 von 29

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen beschwerdeweise geltend, sie hätten entgegen der Auffassung der Vergabestelle für eine maximale Leistungssteigerung die Bereitstellung eines vollständigen zusätzlichen Schubverbands (bestehend aus einer Klappschute und einem Schubboot) angeboten und in ihren Angebotspreis einkalkuliert. Die Beschwerdeführerinnen hätten in ihrem Angebot aber aufgezeigt, dass für die Leistungssteigerung grösstenteils kein vollständiges Zusatzspiel – bestehend aus einem Schubboot und einer Klappschute – benötigt würde. Dies aufgrund ihres Logistikkonzepts, welches dank der modularen Mechanisierung durch koppelbare Klappschuten höchste Flexibilität biete. Die durchschnittliche Transportmenge in der Grundleistung von 1'800 – 2'500 Tonnen pro Tag könnte bereits durch zwei Klappschuten mit zwei Schubbooten erreicht werden. Die dritte Klappschute würde somit zur Bewältigung der Grundleistung an einem durchschnittlichen Tag gar nicht benötigt. An einem durchschnittlichen Tag könnte die dritte Klappschute aus der Grundleistung mit einem weiteren Schubboot für eine Leistungssteigerung durch zusätzliche Transporte ab der Hafenanlage Flüelen eingesetzt werden. Damit wäre unter Beibehaltung der Grundleistung eine Leistungssteigerung allein

schon mit dem Einsatz eines zusätzlichen Schubboots möglich, ohne dass eine vierte Klappschute benötigt würde. Die ausgeschriebene Leistungssteigerung durch ein vollständiges Gespann werde somit nur benötigt, wenn entweder die Transportmenge ab dem Landungssteg Sisikon auf über 4'600 Tonnen pro Tag erhöht werde oder wenn ab dem Landungssteg Sisikon eine Transportmenge von 2'800 bis 3'500 Tonnen anfalle, zugleich aber Transporte ab der Hafenanlage Flüelen durchgeführt werden sollen. In allen anderen Fällen könne die Leistungssteigerung ohne den vollen Materialeinsatz erbracht werden.

### **E. 7.2**

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich klar und deutlich, dass die Grundleistung (GL) und die Leistungssteigerung (LS) separat umschriebene und gegliederte Leistungspakete sind. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar aufzeigt, ist die klare Gliederung der Leistungspakete dem Umstand geschuldet, dass die Leistungssteigerung als Option vorgesehen und die Auslösung der Option nicht gesichert ist (vgl. E. 2.1.2 hievor). Demzufolge will die Vergabestelle sicherstellen, dass die Abdeckung der GL grundsätzlich autonom von der LS angeboten wird. Entsprechend der Ausgestaltung der LS als Option ist gemäss Ausschreibung für die GL und die LS auch ein je unterschiedlicher Abrechnungsmodus vorgesehen (Fr./t bzw. Fr./Tag). Ein Logistikkonzept, welches die beiden Leistungspakete vermischt, widerspricht den Vorgaben der Ausschreibung.

### **E. 7.3**

Wie sich aus den vorstehenden Rügen der Beschwerdeführerinnen (E. 7.1 hievor) und auch aus ihrem eingereichten Angebot ergibt, vermischt das Angebot der Beschwerdeführerinnen Leistungen aus der Grundleistung mit Leistungen aus der Leistungssteigerung. In ihrem Angebot sehen die Beschwerdeführerinnen für die Grundleistung die Bereitstellung von drei Klappschuten vor, die im Wechselspiel von zwei Schubbooten gefahren würden (vgl. Dokument 6 – Unternehmerangaben, S. 14 Ziff.

Seite 24 von 29

3.2.1; vgl. auch E. 4.1 hievor). Aus dem Angebot ergibt sich alsdann, dass die Transportmittel aus der Grundleistung aufgrund des durchschnittlichen Tagesanfalls von Materialkapazität für die Leistungssteigerung hätten und somit auch die Leistungssteigerung teilweise abdecken könnten (vgl. Dokument 6 – Unternehmerangaben, S. 15 Ziff. 3.2.1). Die Vergabestelle führt in ihrer Duplik aus, dass das Mischkonzept der Beschwerdeführerinnen den Grundsatz der Leistungspaketgliederung gemäss Ausschreibung missachte und dabei in den Grundleistungen auch Transportleistungen der optionalen Leistungssteigerung berücksichtige, was zu unzulässigen Leistungs- und Kostenumlagerungen zwischen den Leistungspaketen führe. Die unternehmerseitige Preisbildung der Grundleistung setze aufgrund der Mitberücksichtigung der Option Leistungssteigerung voraus, dass die Leistungssteigerung ausgelöst werde, ansonsten die Preisbildung der Grundleistung nichtig bzw. das Angebot nicht vollständig sei. Die Auslösung der Leistungssteigerung, die als Option ausgestaltet sei, dürfe nicht vorausgesetzt werden.

### **E. 7.4**

Wie die Vergabestelle andernorts zurecht ausführt, stellt das Angebot der Beschwerdeführerinnen letztlich eine Variante zur Ausschreibung dar, weil mit diesem das Ziel der Beschaffung (Seetransport von Tunnelausbruchmaterial) auf andere Art als

vom Auftraggeber vorgesehen erreicht werden soll (vgl. Art. 33 Abs. 2 IVöB). Der Auftraggeber kann die Möglichkeit von Varianten in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen (Art. 33 Abs. 1 zweiter Satz IVöB). In diesem Sinne sehen die Besonderen Bestimmungen zur Ausschreibung vor, dass Technische Varianten zugelassen sind, sofern auch die Amtsvariante gemäss den Vorgaben vollständig und fristgerecht eingereicht wird. Die Varianten sind in jedem Fall klar zu kennzeichnen und ausreichend ergänzend zu umschreiben. Die Unternehmervarianten sind separat und mit separatem Deckblatt gemäss Grundauftrag einzureichen (a.a.O. S. 15 Ziff. 261.110). Anspruch auf Detailprüfung und Bewertung der Unternehmervarianten besteht gemäss den Besonderen Bestimmungen nicht und der Nachweis der Gleichwertigkeit von Unternehmervarianten bezüglich sämtlicher, in den Ausschreibungsunterlagen definierten Vorgaben liegt beim Anbieter (a.a.O. S. 15 Ziff. 261.120 und 261.140).

### **E. 7.5**

Die Beschwerdeführerinnen haben ein einziges Angebot eingereicht und gemäss eigener Deklaration ausdrücklich keine zusätzliche Unternehmervariante (vgl. Dokument 1 - Deckblatt Angebot). Damit haben die Beschwerdeführerinnen gegen die Vorgaben der Ausschreibung verstossen, weil sie ihr letztlich als Unternehmervariante zu bezeichnendes Angebot nicht separat zur Amtsvariante eingereicht haben. Dass die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis selber von einer Unternehmervariante ausgehen, die sie – unzulässigerweise – in ein einziges Angebot eingepflegt haben, wird durch ihre Sichtweise bestätigt, dass sie mit ihrem Angebot eines dritten Schubbootes mit einer vierten Klappschute für die Leistungssteigerung die Anforderung gemäss Ausschreibung erfüllt hätten, obwohl ein solches Zusatzspiel aufgrund ihres Konzepts in der Grundleistung gar nicht notwendig sein würde. Übersetzt

Seite 25 von 29

bringen die Beschwerdeführerinnen damit zum Ausdruck, dass sie die Amtsvariante offeriert hätten (zwei Schubboote und drei Klappschuten in der GL, ein weiteres Schubboot und eine Klappschute in der LS), dieser aber ihr optimiertes Konzept mit rotierenden Klappschuten (Unternehmervariante) gegenüberstellen. Eine derartige Vermischung von Amtsvariante und Unternehmervariante in einem einzigen Angebot dient nicht der Klarheit und Transparenz. Die Vergabestelle gibt nachvollziehbar zu bedenken, dass auf diese Weise unerwünschte Leistungs- und Kostenumlagerungen zwischen den Leistungspaketen resultieren (vgl. E. 7.3 hievor). Nicht ohne Grund sehen die Besonderen Bestimmungen denn auch ausdrücklich vor, dass allfällige Unternehmervarianten separat auszuweisen sind. Eine Vorgabe, welche die Beschwerdeführerinnen – wie erwähnt – nicht erfüllt haben.

### **E. 7.6**

Im Weiteren wäre die Variante der Beschwerdeführerinnen auch inhaltlich nicht überzeugend. Eine Variante enthält immer eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den mit der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Parametern, um einen funktional gleichwertigen Beschaffungsgegenstand mit einem anderen Lösungsansatz oder anderen Lösungsweg zu erreichen, wobei die Gleichwertigkeit zur ausgeschriebenen Lösung durch die Anbieterin nachzuweisen ist (Beat Joss, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 33 Rz. 12; vgl. auch E. 7.4 hievor). Die Abweichung von den in der Aus-

schreibung vorgegebenen Parametern im Angebot der Beschwerdeführerinnen bzw. ihr abweichender Lösungsansatz führt gerade nicht zur Erreichung eines im Vergleich zur Ausschreibung funktional äqui- valenten Beschaffungsgegenstands (vgl. das Fazit in E. 5.5 und 6.5 hievor). Die Gleichwertigkeit zur ausgeschriebenen Lösung, welche von der Anbieterin nachzuweisen wäre, ist nicht erstellt.

### **E. 7.7**

Im Ergebnis haben die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Mischangebot von Amts- und Unter- nehmervariante die formellen Anforderungen zur Einreichung allfälliger Unternehmervarianten ver- letzt. Mit ihrem eingereichten Angebot sind sie im Übrigen von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abgewichen, ohne dass eine funktionale Gleichwertigkeit nachgewiesen bzw. erstellt worden wäre, weshalb auch materiell nicht von einer vergaberechtskonformen Unternehmervariante gesprochen werden kann.

### **E. 8**

Nach dem Gesagten kann in einer Gesamtbetrachtung nicht mehr davon gesprochen werden, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen bloss unwesentliche Fehler enthalten hätte. Vielmehr enthielt das Angebot der Beschwerdeführerinnen vor dem Hintergrund der ausgeschriebenen Logistikanforde- rung (vgl. E. 5.5 hievor) wesentliche und funktional nicht äquivalente Abweichungen von den verbind- lichen Anforderungen der Ausschreibung und darüber hinaus wesentliche Form- und inhaltliche Fehler (vgl. E. 6 und E. 7 hievor). Damit erfüllte das Angebot der Beschwerdeführerinnen den Tatbestand von Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB, welcher als Rechtsfolge den Ausschluss vom Vergabeverfahren vorsieht. Die

Seite 26 von 29

Vergabestelle verletzt ihr Ermessen nicht, wenn sie die entsprechende Rechtsfolge verfügte und die Beschwerdeführerinnen bzw. deren Angebot vom Vergabeverfahren ausschloss. Die Verwaltungsge- richtsbeschwerde erweist sich in der Sache deshalb als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 9.1**

Nachdem sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet erwiesen hat, kann die von den Parteien aufgeworfene Frage, ob im vorliegenden Beschaffungsgeschäft der Primär- oder der Se- kundärrechtsschutz zur Anwendung gelangt, an sich offenbleiben. Denn die Beantwortung der Frage ist nur dann von aktueller und praktischer Bedeutung, wenn sich die Beschwerde als begründet erweist (vgl. Art. 58 Abs. 2 IVöB). Mit Blick auf den Umstand, dass das Gericht in seinem Urteil die (aus seiner Sicht) korrekte Rechtsmittelbelehrung angeben muss, rechtfertigt es sich aus den nachfolgenden Grün- den dennoch – soweit notwendig – auf die Frage einzugehen.

### **E. 9.2**

Gemäss dem sog. Sekundärrechtsschutz stellt die Beschwerdeinstanz (lediglich) fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt, während die Beschwerdeinstanz beim Primärrechtsschutz in der Sache selbst entscheiden oder diese an die Vorinstanz oder an den Auftrag- geber mit verbindlichen Anweisungen zurückweisen kann. Der Primärrechtsschutz wahrt die Chance des ausgeschlossenen Beschwerdeführers, den Zuschlag doch noch zu erhalten, indem die für ihn nachteilige Verfügung aufgehoben

oder abgeändert wird. Hingegen erschöpft sich der Sekundärrechtsschutz darin, eine erlittene Rechtsverletzung festzustellen (Trüeb/Clausen, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 58 Rz. 1). Der Primärrechtsschutz ist in Art. 58 Abs. 1 IVöB geregelt; der Sekundärrechtsschutz ist Gegenstand von Art. 58 Abs. 2 IVöB.

### **E. 9.3**

Der Sekundärrechtsschutz gemäss Art. 58 Abs. 2 IVöB kommt dann zum Zug, wenn sich die Beschwerde als begründet erweist, der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter aber bereits abgeschlossen ist. In der Lehre ist umstritten, ob der Sekundärrechtsschutz nur dann Anwendung findet, wenn der Vertrag vor Ergehen des Beschwerdeentscheides erlaubterweise (wenn auch gestützt auf einen materiell vergaberechtswidrigen Zuschlag) abgeschlossen wurde oder auch dann, wenn der Vertrag unerlaubterweise vor Ergehen des Beschwerdeentscheides abgeschlossen wurde. Der Vertrag gilt als erlaubterweise abgeschlossen, wenn die Frist für eine Beschwerde gegen den Zuschlag abgelaufen ist und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde (vgl. Art. 42 Abs. 1 IVöB). Unerlaubterweise bzw. verfrüht wäre der Vertrag insofern dann abgeschlossen worden, wenn dies vor Ablauf der Beschwerdefrist gegen den Zuschlag oder trotz Erteilung der aufschiebenden Wirkung erfolgt wäre. Ein in diesem Sinne unerlaubterweise bzw. verfrüht abgeschlossener Vertrag liegt im vorliegenden Beschaffungsgeschäft vor, da der Vertrag noch vor der Eröffnung des Zuschlags abgeschlossen wurde (vgl. Bst. C. sowie E. 1.3.4 hievov).

Seite 27 von 29

### **E. 9.4**

In der Lehre wird das Schicksal eines verfrüht abgeschlossenen Vertrags bzw. die Frage, wie ein privatrechtlicher Vertrag zu beurteilen ist, dessen Zustandekommen (nicht aber dessen Inhalt) gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen des Vergaberechts verstösst, als eines der kniffligsten Probleme des Vergaberechts betrachtet. Die Meinungen in Praxis und Lehre dazu weisen eine grosse Bandbreite auf. Das Bundesgericht hat bisher eine Lösung offengelassen (vgl. zum Ganzen: Trüeb/Clausen, a.a.O., Art. 58 Rz. 8 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 9.5**

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Anlässen an das Bundesgericht nur unter den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen von Art. 83 lit. f Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz [BGG, SR 173.110]) zulässig (BGer 2C\_6/2023 vom 11.01.2023 E. 2.1). Insbesondere muss sich – der Schwellenwert dürfte vorliegend erreicht sein – eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellen (vgl. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG). Es muss sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (BGE 143 II 425 E. 1.3.2).

### **E. 9.6**

Nach Ansicht des hiesigen Gerichts erfüllt die in der Lehre umstrittene und höchstrichterlich bis-her nicht geklärte Frage der Anwendbarkeit des Sekundärrechtsschutzes bei verfrüht abgeschlossenen Verträgen (vgl. E. 9.3 hievore) die Kriterien einer Grundsatzfrage im zuvor beschriebenen Sinne. Allerdings ist die Beantwortung dieser Frage im Ergebnis abhängig vom materiellen Ausgang des Verfahrens. Da die Beschwerde unbegründet war, stellte sie sich vorliegend nicht (vgl. E. 9.1 hievore). Als Rechtsmittelinstanz könnte das Bundesgericht jedoch zu einem anderen Schluss kommen, das vorliegende Urteil aufheben und den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen für unzulässig erklären. Mit anderen Worten könnte die gegenteilige materielle Beurteilung des Bundesgerichts dazu führen, dass sich die Beschwerde tatsächlich als «begründet» im Sinne von Art. 58 Abs. 2 IVöB erwiese. Das Vorliegen der Grundsatzfrage wird so zu einer doppelrelevanten Tatsache. Dabei handelt es sich um Tatsachen, die für die Zulässigkeit und die Begründetheit eines Rechtsmittels ausschlaggebend sind; sie werden grundsätzlich nur im Rahmen der Begründetheit (eingehend) geprüft (vgl. BGer 6B\_361/2019 vom 17.05.2019 E. 1 mit Hinweisen). Das zumindest wahrscheinliche Vorliegen einer Grundsatzfrage führt nach Ansicht des hiesigen Gerichts somit im vorliegenden Fall zur Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Ob die Grundsatzfrage alsdann tatsächlich zu beantworten ist, ergibt sich (erst) aus der nachfolgenden materiellen Beurteilung im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Fiele die materielle Beurteilung zugunsten des angefochtenen Urteils aus, könnte die Grundsatzfrage höchstrichterlich weiterhin offengelassen werden. Würde das Urteil aufgehoben, weil die Beschwerde materiell begründet und der Ausschluss tatsächlich unzulässig

Seite 28 von 29

gewesen wäre, müsste die Grundsatzfrage wohl als Folge davon beantwortet werden. Im Ergebnis erachtet das hiesige Gericht daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht als das zutreffende Rechtsmittel.

## **E. 10**

Die angefochtenen vergaberechtlichen Entscheide sind im vorliegenden Einzelfall somit zu schützen. Abschliessend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es mit Blick auf die Kontroverse in der Lehre nicht ausgeschlossen ist, dass dem Sekundärrechtsschutz bei verfrüht abgeschlossenen Verträgen die Anwendung versagt werden könnte. Nicht zuletzt im Sinne der Risikominimierung ist es für die Vergabestellen daher von Vorteil, sich an die Vorgaben von Art. 42 IVöB zu halten.

### **E. 11.1**

Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beträgt die Gerichtsgebühr (inklusive Schreibgebühren) CHF 500.00 bis CHF 10'000.00 (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Gerichtsgebührenreglement [GGebR, RB 2.3232]). Praxisgemäss beträgt die Gerichtsgebühr für eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde in einer Angelegenheit mittlerer Komplexität CHF 2'750.00. Innerhalb des Gebührenrahmens ist die einzelne Gebühr nach dem Streit- oder, wo ein solcher nicht besteht, nach dem Interessenwert, der Anzahl der Verhandlungen, dem Umfang der Beweisvorkehrungen sowie der Schwierigkeit des Sachverhaltes und der Rechtsfragen festzulegen (Art. 3 Gerichtsgebührenverordnung). Mit Blick darauf ist die Spruchgebühr angemessen zu erhöhen und auf CHF 6'000.00 festzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Gerichtsgebühr zuzüglich Barauslagen

(pauschal; Art. 25 Abs. 2 GGebR) den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 34 Abs. 1 lit. b VRPV). Mehrere Beteiligte tragen die ihnen gemeinsam auferlegten amtlichen Kosten zu gleichen Teilen solidarisch (Art. 34 Abs. 2 VRPV). Ein Anspruch auf Parteientschädigung besteht nicht (Art. 37 Abs. 2 VRPV e contrario).

### **E. 11.2**

Die Beteiligte war im Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten. Entschädigungspflichtiger Aufwand ist ihr demnach nicht entstanden. Die Vorinstanz als staatliche Vergabebehörde hat praxis- gemäss keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 32 Abs. 3 und Art. 37 Abs. 2 VRPV; Entscheide Obergericht des Kantons Uri vom 29.05.2015, OG V 14 84, E. 5, vom 21.05.2010, OG V 10 21, S. 3, vom 16.04.1999, OG V 99 24, E. 3b und vom 21.12.1998, OG V 98 70, E. 3).

Seite 29 von 29

Das Obergericht erkennt:

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