

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2016 188

## Entscheid vom 29. Mai 2017

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin  
Monica Huber-Landolt, Richterin  
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

---

Parteien

**H.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Peter Krebs,  
Täfernhof, Mellingerstrasse 207, 5405 Baden-Dättwil,

**gegen**

1. **B.**\_\_\_\_\_,  
Vorinstanz,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Christian Michel,  
Breitenstrasse 16, 8852 Altendorf,
2. **F.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwältin Rahel Reich,  
Neumühlequai 6, Postfach, 8021 Zürich,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungsrecht (Ausschluss Variante; Zuschlags-  
erteilung)

## **Sachverhalt:**

**A.** Am 29. April 2016 hat B. \_\_\_\_\_ in einem offenen Verfahren die Arbeiten für den Bau einer Filtrationsanlage ausgeschrieben (ABI \_\_\_\_). Die Frist zur Einreichung der Angebote wurde auf den 2. Juni 2016 festgesetzt, die Offertöffnung auf den Folgetag terminiert.

**B.** Innert Frist gingen beim B. \_\_\_\_\_ die Angebote der A. \_\_\_\_\_ SA sowie der F. \_\_\_\_\_ AG ein, wobei die A. \_\_\_\_\_ SA neben dem Grundangebot zusätzlich eine Unternehmervariante offeriert hat.

**C.** Am 19. September 2016 teilte B. \_\_\_\_\_ der F. \_\_\_\_\_ AG mit, die Betriebskommission habe an der Sitzung vom 14. September 2016 die Vergabe vorgenommen und ihr den Zuschlag erteilt (für Total Angebot inkl. MwSt Fr. 714'420.--). Gleichentags wurde die A. \_\_\_\_\_ SA informiert, der Zuschlag sei der F. \_\_\_\_\_ AG erteilt worden. Beide Schreiben enthielten eine Rechtsmittelbelehrung.

**D.** Am 30. September 2016 reicht die A. \_\_\_\_\_ SA gegen den Zuschlag vom 19. September 2016 fristgerecht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit den Rechtsbegehren:

1. Der angefochtene Entscheid (Vergabe des Auftrags an die F. \_\_\_\_\_ AG) sei aufzuheben, und es sei auf Grund der vorliegenden Offerten das Submissionsverfahren zu dessen korrekten Durchführung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, und es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zuzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

### Prozessanträge

1. Der Beschwerdeführerin sei nach Edition der Unterlagen betreffend die Offertbewertung (Unterlagen, wie die Offertbewertung bzw. die einzelnen Bewertungen bzw. Benotungen zustande kamen) die Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen.
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

**E.** Mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 erteilte der instruierende Richter der Beschwerde vom 30. September 2016 einstweilen bis auf Widerruf aufschiebende Wirkung. Der B. \_\_\_\_\_ sowie die F. \_\_\_\_\_ AG wurden zur Vernehmlassung mit Frist bis 24. Oktober 2016 eingeladen und alle drei Parteien wurden ersucht, dem Gericht mitzuteilen, ob und in welchem Ausmass Akteneinsicht zu gewähren sei.

**F.** Am 15. November 2016 lässt die F.\_\_\_\_\_ AG innert erstreckter Frist vernehmlassend beantragen:

**Verfahrensrechtliche Anträge:**

1. Es sei der Beschwerdeführerin unter Beachtung des Vertraulichkeitsgrundsatzes eine beschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Insbesondere sei ihr in das Angebot der Beschwerdegegnerin sowie die entsprechenden Auswertungsunterlagen, die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin tangieren, keine Einsicht zu gewähren.
2. Es sei der Beschwerdegegnerin Akteneinsicht zu gewähren.
3. Es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen bzw. die einstweilig gewährte aufschiebende Wirkung aufzuheben.

**Materielle Rechtsbegehren:**

4. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 30. September 2016 hinsichtlich der Rechtsbegehren 1-3 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

**G.** Innert zweimal erstreckter Frist reicht der B.\_\_\_\_\_ am 6. Dezember 2016 die Vernehmlassung ein und beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin, soweit darauf eingetreten werde.

**H.** Mit Zwischenbescheid des instruierenden Einzelrichters vom 9. Dezember 2016 (VGE III 2016 215) wurde der Antrag der Beschwerdegegnerin um Widerruf/Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die der Beschwerde mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 erteilte aufschiebende Wirkung bestätigt. Gleichzeitig wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet.

**I.** Mit Replik vom 20. Januar 2017 beantragt die Beschwerdeführerin:

1. Der angefochtene Entscheid (Vergabe des Auftrags an die F.\_\_\_\_\_ AG) sei aufzuheben, und es sei auf Grund der vorliegenden Offerten das Submissionsverfahren zu dessen korrekten Durchführung an die Beschwerdegegnerin [recte Vorinstanz] zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, und es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zuzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz.
4. Soweit die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin mehr oder anderes verlangen, seien ihre Rechtsbegehren abzuweisen.

**J.** Die Beschwerdegegnerin stellt mit Duplik vom 6. März 2017 die Rechtsbegehren:

### **Verfahrensrechtliche Anträge:**

1. Es sei der Beschwerdeführerin unter Beachtung des Vertraulichkeitsgrundsatzes eine beschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Insbesondere sei ihr in das Angebot der Beschwerdegegnerin sowie die entsprechenden Auswertungsunterlagen, die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin tangieren, keine Einsicht zu gewähren.

### **Materielle Rechtsbegehren:**

2. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 30. September 2016 hinsichtlich der Rechtsbegehren 1-3 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz hält in der Duplik vom 27. März 2017 unverändert an den Anträgen der Vernehmlassung vom 6. Dezember 2016 fest.

Mit Eingabe vom 10. April 2017 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zu den Dupliken der Beschwerdegegnerin und Vorinstanz. Hierzu lässt sich die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 24. April 2017 vernehmen.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Nach konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Beschwerdebefugnis im Submissionsverfahren nur zu bejahen, wenn und soweit bei Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerde führenden Partei unmittelbar beeinflusst wird (vgl. VGE III 2012 129 vom 15.11.2012 Erw. 2.1; VGE III 2010 101 vom 16.7.2010 Erw. 2.1; VGE III 2009 68 vom 10.6.2009 Erw. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerde führende Partei mehr bestehen, werden die noch nicht beurteilten Rügen praxisgemäss nicht weiter beurteilt (vgl. VGE III 2008 241 vom 30.1.2009 Erw. 2.1, mit Hinweisen u.a. auf VGE 1053-1055/02 vom 17.4.2003 Erw. 1b, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 2003, S. 1 ff. v.a. S. 11 f.).

**1.2** Vorliegend trägt die Beschwerdeführerin verschiedene Rügen vor. Einerseits sei sie mit ihrer angebotenen Unternehmervariante zu Unrecht ausgeschlossen worden und andererseits sei die Auswertung der Offerten nicht gemäss Zuschlagskriterien erfolgt.

Aus den Unterlagen ist wohl ersichtlich, dass die Unternehmervariante preislich am günstigsten wäre (Vi-act. A-3). Zuschlagskriterium ist indes nicht der offerierte Preis, sondern sind die Gesamtbaukosten Filtrationsbauwerk (Bg-act. 7, Ausschreibungsunterlagen Ziff. 4.2). Die Unternehmervariante weist gemäss Offert-

vergleich vom 30. August 2016 die tiefsten Gesamtbaukosten aus (Vi-act. A-4). Bezüglich Rüge der fehlerhaften Auswertung räumt die Vorinstanz Fehler ein und reicht einen korrigierten Offertvergleich inkl. Vergabematrix nach (Vi-act. A-10). Dieser beschränkt sich jedoch auf die Grundofferten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin, lässt die Unternehmervariante ausser Acht. Ob die Beschwerdeführerin bei Beschwerdegutheissung reelle Chancen auf einen Zuschlag hat, ist daher schwierig zu beurteilen, kann aber auf jeden Fall – zumindest aufgrund der tiefsten Kosten (bei einer Gewichtung des Kostenkriteriums von 40%) – nicht ausgeschlossen werden. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin wird denn auch von keiner Partei bestritten.

**1.3** Nachdem auch die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu bejahen ist (vgl. § 3 lit. a KRB IVöB [SRSZ 430.120] i.V.m. § 15 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> lit. e Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1]) und die 10tägige Beschwerdefrist (Art. 15 Abs. 2 IVöB) mit der Eingabe vom 30. September 2016 gewahrt wurde (die Verfügung vom 19.9.2016 wurde der Beschwerdeführerin am 21.9.2016 zugestellt), ist auf die Beschwerde einzutreten.

**2.1** In ihrer Beschwerde vom 30. September 2016 resp. Replik vom 20. Januar 2017 rügt die Beschwerdeführerin verschiedene Unregelmässigkeiten im Submissionsverfahren Filtrationsanlage E.\_\_\_\_\_.

Zum einen sei das Kriterium Kosten in der Offertauswertung nicht so bewertet worden wie das entsprechende Zuschlagskriterium in den Submissionsunterlagen definiert worden sei; es sei von der verbindlich festgelegten Preiskurve abgewichen worden.

Zum andern sei die eingereichte Unternehmervariante vom Verfahren ausgeschlossen worden, wobei der Ausschluss weder formell noch informell erfolgt sei. Bei der Unternehmervariante handle es sich um ein gleichwertiges Angebot, das nicht ausgeschlossen werden dürfe. Zudem sei die Vorinstanz mit der Unternehmervariante rechtsfehlerhaft verfahren; es liege eine Verletzung des Vergabeverfahrens vor.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin Mängel bei der Offertauswertung.

**2.2** Voraussetzung der Prüfung der Rüge der korrekten Anwendung der Zuschlagskriterien ist ein Entscheid, ob die Unternehmervariante zu Recht von der Auswertung der Offerten ausgeschlossen wurde. Ist dies der Fall, kann in einem zweiten Schritt die Rechtmässigkeit der Auswertung der beiden Grundangebote überprüft werden. Sollte indes der Ausschluss der Variante fehlerhaft sein, dann

wäre die Sache in Gutheissung der Beschwerde zur korrekten Durchführung des Vergabeverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**3.1** Ziele des öffentlichen Beschaffungswesens sind gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern (lit. a), die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie einer unparteiischen Vergabe (lit. b), die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (lit. c) sowie die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (lit. d).

**3.2.1** Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch Zustellung (§ 36 Abs. 1 Verordnung zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130]). Die Verfügungen werden summarisch begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (§ 36 Abs. 2 VIVöB). Auf Gesuch hin gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern unter anderem den Preis des berücksichtigten Angebots, die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots bekannt (§ 36 Abs. 3 lit. c bis e VIVöB). Gemäss den allgemeinen Grundsätzen zur Begründungspflicht einer Verfügung muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; Bundesgerichtsurteile 9C\_101/2011 vom 21.7.2011 Erw. 6.1; 9C\_257/2011 vom 25.8.2011 Erw. 5.1).

**3.2.2** Die Pflicht zur Begründung eines Entscheides bzw. einer Verfügung gründet im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 1C\_452/2012 vom 18.11.2013 i.Sa. A. et al. vs. VerwGer SZ Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 9C\_101/2011 vom 21.7.2011 Erw. 6.1; 9C\_257/2011 vom 25.8.2011 Erw. 5.1).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine Verletzung dieses Rechts führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Indes kann nach fester Rechtsprechung eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen darf. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (u.a. BGE 133 I 201 Erw. 2.2, BGE 127 V 431 Erw. 3d.aa, mit Hinweisen). Die Rechtsprechung anerkennt, dass selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abgesehen werden kann, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem – der Anhörung gleichgestellten – Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 Erw. 2.2, mit Verweis auf BGE 132 V 387 Erw. 5.1; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010 Rz. 1709 f.).

**3.3** Die vorliegend von der Beschwerdeführerin angefochtene Verfügung vom 19. September 2016 lautet:

Wir danken Ihnen für Ihre Offertstellung. Die Betriebskommission des B. \_\_\_\_\_ hat an der Sitzung vom 14. September 2016 die Vergabe vorgenommen. Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass Ihr Unternehmen nicht berücksichtigt werden konnte. Der Auftrag wurde unter Vorbehalt der Projekt- und Kreditgenehmigung an folgendes Unternehmen vergeben:

F. \_\_\_\_\_

Verfahrensart: offenes Verfahren

Vergabepreis: CHF 714'420.00 netto, inkl. MwSt.

Für Rückfragen steht Ihnen das Ingenieurbüro C. \_\_\_\_\_ unter der Tel. \_\_\_\_\_ gerne zur Verfügung.

Das Ergebnis des Offertvergleichs finden Sie in der Beilage.

(Rechtsmittelbelehrung)

Die Beilage bestand aus einer Auflistung der fünf Zuschlagskriterien sowie der Punkteverteilung pro Kriterium auf die drei eingereichten Angebote. Auch wurde die Rangierung aufgeführt, wobei die Beschwerdegegnerin auf Rang 1, die Unternehmensvariante auf Rang (2) und das Grundangebot der Beschwerdeführerin auf Rang 3 gesetzt wurde.

**3.4** Diese Begründung muss als sehr knapp bezeichnet werden. Zwar erschliesst sich aus ihr, dass der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin ging und zu

welchem Preis (allerdings werden die Gesamtbaukosten, die Zuschlagskriterium bilden, nicht genannt). Auch vermag man zu erkennen, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Grundangebot der Beschwerdeführerin bei zwei von fünf Kriterien besser abschnitt und gegenüber der Unternehmervariante bei drei von fünf Kriterien. Was indes den Ausschlag gab, inwiefern etwa die Beschwerdegegnerin über die bessere Verfahrenstechnik verfügt, welches die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes sind, erschliesst sich aus der Begründung nicht. Zudem zeigt die Liste, dass die Unternehmervariante bei den Gesamtbaukosten mehr als die maximalen Punkte erhielt und der Rang in Klammern gesetzt wurde, ohne dass dies jedoch weiter begründet wurde. Dass die Unternehmervariante gänzlich aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde, wird in der Verfügung überhaupt nicht erwähnt und ergibt sich auch aus der Beilage keineswegs zwingend.

Ob diese äusserst knapp begründete Verfügung (letztlich beschränkt sich diese auf die Nennung des Zuschlagsempfängers und des Netto-Vergabepreises sowie die vergebenen Punkte) den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen vermag, kann indes offen bleiben, da die Vergabe aus nachfolgenden Gründen aufzuheben und zur korrekten Durchführung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

4. Die Beschwerdeführerin hat neben dem Grundangebot eine Unternehmervariante eingereicht. Mit Verfügung vom 19. September 2016 wurde ihr mitgeteilt, dass die Beschwerdegegnerin den Zuschlag erhielt. Wie die Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 30. September 2016 zu Recht ausführt, wurde die Unternehmervariante nicht formell ausgeschlossen. Aus der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 15. November 2016 ist zu schliessen, dass auch dieser der Ausschluss nicht bekannt war und sie dies lediglich aufgrund der Beschwerdeschrift sowie der zu hohen Punktezahl bei den Gesamtbaukosten sowie der in Klammer gesetzten Rangierung schliesst. Dass die Variante tatsächlich ausgeschlossen wurde, ergibt sich erst aus der Vernehmlassung der Vorinstanz, indem sie ausführt: "Die Zulässigkeit der Variante wurde also im Rahmen der Offertbereinigung geprüft und die Vergabestelle kam aufgrund der Abklärungen und der Empfehlungen seitens Fachbüro zu einem klaren Ergebnis: Die Variante konnte nicht akzeptiert werden" (Vi-Vernehmlassung vom 6.12.2016 Ziffer III.B.1). Dem beigelegten Protokoll der Sitzung der Betriebskommission vom 14. September 2016 ist dazu zu entnehmen (Vi-act. A-5):

Im Anschluss an die einleitenden Ausführungen werden die Offerten, inkl. Unternehmervariante vorgestellt und der Offertvergleich in den wichtigsten Punkten erläutert. Der Offertvergleich wurde den Betriebskommissionsmitgliedern mit der Einladung zur Sitzung per Mail zugestellt.

Die Bewertung erfolgte durch das Ingenieurbüro C.\_\_\_\_\_ nach bestem Wissen und Gewissen. Gewisse Projektoptimierungen (z.B. Beckentiefen) werden noch vorgenommen.

Ergebnis: Die Unternehmervariante D.\_\_\_\_\_ der Firma A.\_\_\_\_\_ ist aufgrund der Erfahrungen, der Grösse der Referenzanlage und auch des "Meccano" auszuschliessen. Aufgrund der Bewertung ist der Entscheid für die Vergabe klar. Es wird mit Vorbehalt an die Firma F.\_\_\_\_\_ vergeben. Der Vorbehalt bezieht sich auf die Ausführungen auf Seite 5 der Submissionsunterlagen.

*Vorliegende Submission erfolgt unter Vorbehalt der Projektgenehmigung, Submissionszusicherung und Kreditgenehmigung der zuständigen Instanzen.*

*Wird der Kredit für dieses Projekt nicht bis spätestens 30. Juni 2020 bewilligt, erfolgt eine neue Ausschreibung der Leistungen.*

Damit steht fest, dass die von der Beschwerdeführerin zusätzlich zum Grundangebot eingereichte und als solche deklarierte Unternehmervariante von der Bewertung ausgeschlossen wurde. In der Folge gilt es, die Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Unternehmervariante zu prüfen.

**5.1** Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen enthalten unter anderem Informationen über Varianten (§ 12 Abs. 1 lit. d VIVöB, § 14 VIVöB). Die Auftraggeberin bezeichnet in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese werden a) eher in Bezug auf den Nutzen der Leistung als auf die Konstruktion umschrieben sowie b) auf der Grundlage von internationalen Normen und, wenn solche fehlen, von den in der Schweiz verwendeten technischen Normen definiert (§ 15 Abs. 1 VIVöB). Weicht eine Anbieterin oder ein Anbieter von diesen Normen ab, so hat sie oder er die Gleichwertigkeit dieser technischen Spezifikationen zu beweisen (§ 15 Abs. 3 VIVöB).

**5.2** Nach der kantonalen Praxis können Anbieter Unternehmervarianten einreichen, sofern die Vergabestelle diese Möglichkeit nicht einschränkt oder ausschliesst. Als Variante gilt dabei ein Angebot, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Auftraggeberin im Amtsvorschlag vorgesehen erreicht werden kann (Art. 22a Abs. 1 Satz 1 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]). Mit einer Variante wird die verlangte Leistung inhaltlich anders angeboten, als in der Leistungsbeschreibung vorgesehen, ohne dass es deshalb zu einer anderen als der geforderten Leistung kommt. Keine Variante liegt damit vor, wenn das Ergebnis der Ausführung sich nicht mit dem geforderten Gegenstand deckt oder etwas Zusätzliches zur Ausführung gelangt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 3. Aufl., Rz. 757). Die Variante muss dabei ausschreibungskonform sein, d.h. namentlich dem ausgeschriebenen Willen des Auftraggebers entsprechen, die Ziele

der Ausschreibung wahren und mit der Amtsvariante vergleichbar sein (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1995).

Die Einreichung einer Variante bedingt jedoch, dass der Anbieter auch eine Offerte für die ausgeschriebene Leistung (sog. Amtsvariante) einreicht (vgl. Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, S. 49 Ziff. 8.9.1; zur diesbezüglich unterschiedlichen Praxis der Kantone und des Bundes vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 748 ff.; Beyeler, a.a.O., Rz. 2024, 2027 f.).

**5.3.1** § 26 VIVöB enthält einen nicht abschliessenden ("insbesondere") Katalog von Ausschlussgründen. Besteht der Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, so hat die Anbieterin an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (Abs. 2). Dies gilt grundsätzlich auch bei Varianten. Die Zulässigkeit von Varianten wird dabei im Rahmen der Offertbereinigung geprüft (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 756).

**5.3.2** Bezüglich Varianten ist es zudem grundsätzlich zulässig, in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen einen Vorbehalt des nach freiem Ermessen oder ohne Grundangabe erfolgenden Ausschlusses von Varianten anzubringen. Voraussetzung ist, dass dieser Vorbehalt ausdrücklich und deutlich genug bekanntgegeben wird (VGE III 2016 93 vom 28.9.2016 Erw. 4.2.2). Diesfalls hat die Vergabebehörde bloss zum milderen Mittel im Vergleich zum grundsätzlich zulässigen Totalverbot gegriffen (Beyeler, a.a.O., Rz. 1978). Mithin steht es der Vergabebehörde weitgehend frei, ob sie Varianten gänzlich ausschliessen will oder zwar zulassen, aber sich ausdrücklich den Ausschluss ohne Grundangabe vorbehält, oder Varianten schlicht zulässt.

**5.3.3** Der Vergabestelle steht es darüber hinaus auch frei, Varianten zwar zuzulassen, gleichzeitig aber auch einzelne Leistungsmerkmale als unabdingbar zu bezeichnen und ein Abweichen davon überhaupt nicht zu tolerieren. Die Treuepflicht und die Transparenz gebieten jedoch, solche zwingenden Geschäftsaspekte klar und genau zu bezeichnen. Fehlt in der Ausschreibung eine entsprechende, konkrete Beschränkung, kann einer Variante mit Verweis auf eine Abweichung nur ausgeschlossen werden, wenn ein allgemeiner Unzulässigkeitsgrund vorliegt, der auch ohne Anordnung gilt (Beyeler, a.a.O., Rz. 2020 f.).

**5.3.4** Im Übrigen ist vor allem die Gleichwertigkeit der Unternehmervariante und deren Nachweis Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Variante resp. deren Mangel ein Ausschlussgrund (VGE III 2016 93 vom 28.9.2016 Erw. 5.1.1). Verlangt wird die funktionale Gleichwertigkeit der technischen Anforderungen an die Unternehmervariante einerseits und die Grundofferte andererseits (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 756; Beyeler, a.a.O., Rz. 2064 ff.; zum Begriff der

Gleichwertigkeit derselbe, a.a.O., Rz. 2069 ff.). Gleichwertigkeit setzt insbesondere voraus, dass sämtliche wesentlichen Haupt- und Nebenziele, das, worum es beim intendierten Geschäft letztlich geht, mindestens ebensogut erreicht werden und auch die wesentlichen Randbedingungen eingehalten werden (Beyeler, a.a.O., Rz. 2072 ff.). Die Beweislast dafür, dass die eingereichte Variante die vorgegebenen (technischen oder anderen) Minimalstandards erfüllt sowie allgemein dem Beschaffungsgegenstand entspricht, trägt der Anbieter. Er hat den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit zu erbringen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 759).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien in aller Regel nur auf jene Aspekte der Angebote eingehen und die Qualität derselben messen, in denen die Angebote sich bei Befolgung sämtlicher Ausschreibungsvorgaben unterscheiden. Eine Variante weicht indessen gerade von solchen Ausschreibungspunkten ab, in denen die gewöhnlichen Angebote gleich lauten und für die es daher zumeist keine spezifischen Zuschlagskriterien zur Qualitätsmessung gibt; variantenspezifische (zumal ad hoc aufgestellte) Zuschlagskriterien sind nicht zulässig. Erst wenn gesichert ist, dass die Variante sich in den von den Zuschlagskriterien nicht erfassten Punkten mit der verlangten Amtsvariante als gleichwertig erweist, darf sie (auch) nach den Zuschlagskriterien bewertet werden (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2066 f.). Ist die Gleichwertigkeit nicht gewährleistet bzw. erstellt, darf die Variante aus Gleichbehandlungsgründen nicht zugelassen werden.

**5.3.5** Eng verbunden mit der Frage der Gleichwertigkeit ist jene des Risikos. Nach Galli/Moser/Lang/Steiner ist ein Auftraggeber nicht verpflichtet, eine Unternehmensvariante in die Bewertung einzubeziehen, wenn das Abweichen von der Amtsvariante mit Risiken verbunden ist, die er grundsätzlich nicht in Kauf zu nehmen hat. Ein entsprechender Ausschluss zieht indes eine erhöhte Begründungspflicht mit sich (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 761). Beyeler betont hierbei berechtigterweise die Gefahr, dass Vergabestellen mit Verweis auf vermeintliche Risiken Varianten weitgehend ermessensweise ausschliessen können. Das Ermessen ist jedoch auf die Frage beschränkt, ob Varianten grundsätzlich zugelassen werden sollen. Die mit Varianten verbundene Risikofrage ist bereits in diesem Zeitpunkt, das heisst vor Ausschreibung, zu stellen und die Ausschreibung entsprechend zu formulieren. Im Übrigen ist die Frage des Risikos eine solche der Gleichwertigkeit. Varianten, die neue Risiken bergen oder bestehende Risiken erheblich verstärken, sind, wenn dies insgesamt erheblich ist und nicht befriedigend aufgewogen wird, wegen fehlender Gleichwertigkeit auszuschliessen (Beyeler, a.a.O., Rz. 1977 Fn 1871).

**5.4.1** Dem Anbietenden, der eine Variante einreicht, obliegt eine besondere Mitwirkungspflicht, indem er zusammen mit seiner Variante diejenigen zumutbaren Unterlagen einzureichen hat, welche die Gleichwertigkeit derselben mit der Amtsvariante möglichst gut dokumentieren. Eine Unternehmervariante ist so detailliert auszuarbeiten und ausgereift zu formulieren, dass allfällige Kostenvorteile bzw. entstehende Mehrkosten für die Vergabestelle klar ersichtlich sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 759 f.).

**5.4.2** Umgekehrt obliegt der Vergabebehörde beim Verzicht des Einbezugs einer Variante eine erhöhte Begründungspflicht. Dies ist Voraussetzung, um einen willkürlichen Ausschluss von unliebsamen Unternehmervarianten (beispielsweise unter Berufung auf irgendwelche Risiken der Varianten) zu verhindern. Dem Anbieter einer korrekt dokumentierten und begründeten Variante ist dazu vor dem Ausschluss die Möglichkeit einzuräumen, nachzuweisen, dass die befürchteten Risiken nicht bestehen und Gleichwertigkeit erfüllt ist. Ohne Lieferung einer schriftlichen Begründung und Gewährung des Nachweisrechtes ist die Vergabestelle nicht berechtigt, eine Unternehmervariante nicht in die Wertung einzubeziehen resp. faktisch auszuschliessen. Wurde die Unternehmervariante vorschriftsgemäss eingereicht, gebieten Treu und Glauben, dass sich die Vergabebehörde mit der Variante sachlich auseinandersetzt (EGV-SZ 2005 Nr. 60) und ihre möglichen Einwände dokumentiert und die Beweisführung zulässt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 761 ff.).

**5.5** Werden Varianten in der Ausschreibungsphase nicht zum Vornherein für unzulässig erklärt und wird kein Vorbehalt des freien Ausschlusses ausdrücklich erklärt, so muss eine die allgemeinen und die von der Vergabestelle womöglich fallspezifisch aufgestellten formellen und materiellen Regeln respektierende Variante berücksichtigt werden. Ein Ausschluss setzt voraus, dass die Vergabestelle ihrer qualifizierten Begründungspflicht nachgekommen ist und dem Anbieter (vorbehältlich ausserordentlicher Dringlichkeit) die Möglichkeit zum Gegenbeweis angeboten wurde, er diesen aber nicht erbringen konnte (VGE III 2014 73 vom 11.5.2014 Erw. 3.2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 764).

Die Prüfung einer nicht ausgeschlossenen Unternehmervariante hat aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzprinzips nach den gleichen Zuschlagskriterien zu erfolgen wie jene der Grundangebote. Dies bedingt allenfalls, im Rahmen der Offertbereinigung Vergleichbarkeit herzustellen (EGV-SZ 2005 Nr. 60; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 766). Erweist sich die Unternehmervariante schliesslich als das wirtschaftlich günstigste Angebot und soll im fraglichen Verfahren überhaupt ein Zuschlag erfolgen, dann hat er an die Unternehmervariante zu ergehen (VGE III 2014 73 vom 11.6.2014 Erw. 2.4.3; Beye-

ler, a.a.O., Rz. 1976). Diesbezüglich steht der Vergabebehörde kein Ermessensspielraum zu.

**5.6.1** In submissionsrechtlichen Streitigkeiten verfügt das Verwaltungsgericht nur über eine beschränkte Überprüfungszuständigkeit. Dies geht einmal aus Art. 16 Abs. 2 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle) (EGV-SZ 2003 B 1.3). Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde grundsätzlich zurückhaltend (EGV-SZ 2010 B 11.1 Erw. 1.3).

Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat also in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen der Verwaltung zu beurteilen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 80 N 1). Soweit die Natur einer Streitsache mithin einer uneingeschränkten Rechtskontrolle Grenzen setzt, darf die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition beschränken. So kann u.a. das Erfordernis spezieller Fachkenntnisse für das Gericht einen Grund zu zurückhaltender Überprüfung abgeben, beispielsweise bei der Auslegung von sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen ("Tatbestandsermessen"), unter Umständen aber auch bei der Sachverhaltsermittlung, wenn massgebende Sachumstände durch Schätzung festgestellt werden müssen (vgl. VGE 1059/06 vom 2.11.2006 Erw. 4.1 mit Hinweisen auf Merkli/Aeschlimann/Herzog a.a.O., Art. 80 N 3, 5, 9 und Art. 66 N 4 f., 9 und VGE 1060/98 vom 21.5.1999 Erw. 1). Zu beachten ist, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar ist. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich hingegen bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln auf. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart (EGV-SZ 2006 B 11.1 Erw. 4.1 sowie B 11.2 Erw. 3.2).

Folgerichtig hat sich deshalb das Gericht bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Bei der Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots setzt es nicht sein eigenes Ermessen anstelle jenes der Vergabebehörde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1385).

Die qualitative Bewertung eines Angebotes ist mitunter zweifelsohne schwierig. Es liegt im weiten Ermessen der Vergabebehörde, fall- und objektbezogen die massgeblichen Kriterien zu bestimmen, anzuwenden und zu gewichten. Der Vergabeentscheid muss jedoch nachvollzieh- und überprüfbar sein. Das Gericht greift vor allem dann ein, wenn angewandte Kriterien nicht sachlich sind, die Gewichtung willkürlich ausfällt und der Bewertung falsche Sachverhaltsannahmen

zugrunde liegen (vgl. VGE 1059/06 vom 2.11.2006 Erw. 4.1 mit Verweis auf VGE 1014/01 vom 5.9.2001 Erw. 2). Auch bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. VGE III 2012 160 vom 17.1.2013 Erw. 4.2.1 ff.; VGE 1046/06 vom 26.9.2006 Erw. 3.1; VGE 1027/02 vom 30.10.2002 Erw. 3a; VGE 1041/01 vom 5.9.2001 Erw. 2; AGVE 1999, S. 328; E. Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in ZBI 9/2002, S. 469).

**5.6.2** Diese Grundsätze gerichtlicher Überprüfungszuständigkeit und Kognition entfalten vorliegend ihre Bedeutung namentlich im Rahmen der vorstehend angesprochenen Beurteilung der Gleichwertigkeit als Kriterium der Qualifikation einer Offerte als Amts- oder ([un-]zulässige) Unternehmervariante oder als beschaffungsrechtlich unzulässiges Aliud. Aufgrund dieser Beschränkung der Überprüfungszuständigkeit kommt der Einräumung der Möglichkeit, dass ein Varianten-Anbieter zu Erwägungen / Bedenken der Vergabebehörde bezüglich fehlender Gleichwertigkeit und möglicher Risiken vor Ausschluss Stellung nehmen und die Gleichwertigkeit nachweisen kann (Erw. 5.4.2), besondere Bedeutung zu (VGE III 2014 73 vom 11.5.2014 Erw. 3.2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 761).

**6.1** Die Vorinstanz hat Varianten ausdrücklich nicht ausgeschlossen, sondern zugelassen. Es stand jedem Unternehmer frei, "in Ergänzung zu den in den Submissionsunterlagen aufgeführten Leistungen eigene, mindestens gleichwertige Vorschläge zu offerieren. Diese müssen aber als separate Angebotsunterlagen mit den dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Änderungen und mit "Unternehmervariante" gekennzeichnet, zusätzlich zum Angebot miteingereicht werden. Die submittierte Leistung muss vollständig und unverändert angeboten werden." (Abl \_\_\_\_\_). Die Beschwerdeführerin hat neben der Unternehmervariante ein Grundangebot eingereicht, welches nicht ausgeschlossen wurde.

**6.2** Die Vorinstanz hat den Ausschluss von Varianten ohne Grundangabe nicht vorbehalten. Mithin hat sie sich verpflichtet, die Gleichwertigkeit sachgerecht zu prüfen und gleichwertige Varianten zu bewerten. Ein Ausschluss der Unternehmervariante setzt voraus, dass diese mit der Amtsvariante nicht gleichwertig ist. Die Unternehmervariante hat die Haupt- und Nebenziele sowie die wesentlichen Randbedingungen der Amtsvariante zu erfüllen. Diesbezüglich sind die Ausschreibungsunterlagen relevant, auf welche in der Folge näher einzugehen ist.

**6.3** Die Vorinstanz hat in den Ausschreibungsunterlagen Eignungs- und Zuschlagskriterien definiert.

**6.3.1** Gemäss Eignungskriterien musste ein Lieferant (u.a.) den Nachweis erbringen, dass das angebotene Filtrationssystem in den letzten 15 Jahren in der Abwasserreinigung als Raumfiltration mit einer hydraulischen Kapazität von > 200l/s ausgeführt wurde (Bg-act. 7 Ziff. 4.1). Der Beschwerdeführerin wurde von der Vorinstanz weder für das Grundangebot noch für die Unternehmervariante die Eignung abgesprochen. Gemäss Protokoll der Betriebskommission vom 14. September 2016 (Vi-act. A-5) wurde die Unternehmervariante u.a. wegen der Erfahrungen sowie der Grösse der Referenzanlage ausgeschlossen. Es bleibt dabei unklar, ob der Ausschluss wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien erfolgt ist oder mangels Gleichwertigkeit. Auch die verschiedenen Eingaben der Vorinstanz gehen nicht weiter darauf ein; zumindest wird der Beschwerdeführerin hinsichtlich Unternehmervariante nicht ausdrücklich die Eignung abgesprochen. Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass eine Bewertung der Unternehmervariante erfolgt ist (Vi-act. A-4), ist davon auszugehen, dass kein Ausschluss mangels Eignung erfolgt ist (sondern mangels Gleichwertigkeit). Das so formulierte Eignungskriterium wirft aber ohnehin Fragen auf, nachdem das von der Vorinstanz gewählte Verfahren offenbar grosstechnisch weltweit noch auf keiner ARA betrieben wird (Vi-act. A-8).

**6.3.2** Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen Ziffer 4.2 definiert (Bg-act. 7). Die Bewertung erfolgt anhand der Kriterien Preis (40% Gewichtung), Verfahrenstechnik (35%), Leistungsfähigkeit des Anbieters (15%), Qualität der Offerte (5%) sowie Garantieleistungen (5%). Am 30. August 2016 wurden alle drei eingereichten Angebote bewertet und zuhanden der Vergabestelle folgender Vergabeantrag gestellt:

Aufgrund der Auswertung der Vergabekriterien und der Besprechung vom 25.8.2016 auf der E.\_\_\_\_\_ empfehlen N.K., U.R., F.W. und U.S. unter Vorbehalt der Projekt- und Kreditgenehmigung sowie der Subventionszusicherung durch den Bund die Vergabe der Filtrationsanlage an die [Beschwerdegegnerin].

Aus der Tatsache allein, dass die Unternehmervariante in die Bewertung einbezogen wurde, kann noch nicht geschlossen werden, dass sie die Voraussetzung der Gleichwertigkeit erfüllt. Denn in der Regel gehen Zuschlagskriterien nur auf jene Aspekte der Angebote ein, in denen die Angebote sich bei Befolgung sämtlicher Ausschreibungsvorgaben unterscheiden. Eine Variante weicht indessen in der Regel gerade von Ausschreibungspunkten ab, in denen die gewöhnlichen Angebote gleich lauten und für die es daher zumeist keine spezifischen Zuschlagskriterien zur Qualitätsmessung gibt. Andererseits ist genau dies auch der Grund, weshalb eine Variante erst dann in die Bewertung einzubeziehen ist, wenn feststeht, dass sie sich in den von den Zuschlagskriterien nicht erfassten

Punkten mit der verlangten Amtsvariante als gleichwertig erweist (Erw. 5.3.4). Weder aus dem Offertvergleich, noch insbesondere aus dem Vergabeantrag ergibt sich jedoch, dass die Unternehmervariante nicht gleichwertig und daher auszuschliessen wäre. Vielmehr sind zur Frage der Gleichwertigkeit der Unternehmervariante mit der Amtsvariante überhaupt keine Anhaltspunkte vorhanden, es sind gar keine Rückschlüsse möglich.

**6.4** Der eigentliche Beschrieb der Beschaffung erfolgt in den Projektgrundlagen, Ziffer 5 der Ausschreibungsunterlagen (Bg-act. 7). Diese äussern sich nicht explizit zu Varianten. Insbesondere fehlen ausdrückliche Hinweise, wonach ein Abweichen von spezifischen Merkmalen durch Varianten keinesfalls toleriert wird. Hingegen lassen sich die Haupt- und Nebenziele der Beschaffung bestimmen und ebenso sind Randbedingungen definiert. So werden etwa Leistungsmengen definiert, die zweifelsohne auch von Unternehmervarianten erfüllt werden müssen. Als wesentlich erscheinen:

**6.4.1** Hintergrund der Beschaffung ist die Notwendigkeit, die Anforderungen an die Elimination von Mikroverunreinigungen zu erfüllen (Vi-act. A-7 Ziffer 5.1). Das ganze Projekt dient denn auch ausschliesslich dem Zweck der Elimination von Mikroverunreinigungen. Diesen Zweck muss auch eine Unternehmervariante erfüllen können. In diesem Sinne können die unter Ziffer 5.4 vorgegebenen zukünftigen Einleitbedingungen als unverzichtbare Kriterien verstanden werden, welche auch eine Variante zu gewährleisten hat. Das Nämliche gilt für die Bemessungsgrundlagen der Filtration (Ziffer 5.5), welche auch von einer Unternehmervariante einzuhalten sind.

Eine Auseinandersetzung mit der Unternehmervariante hinsichtlich Erfüllung der Einleitbedingungen oder Bemessungsgrundlagen kann den Akten nicht entnommen werden. Insbesondere enthält der Offertvergleich keine entsprechenden Bemerkungen. In der Offerte der Unternehmervariante wird indes geltend gemacht, dass diese Bedingungen erfüllt werden können (was durch das Gericht nicht überprüft wird).

**6.4.2** Die Erfahrungen mit der Elimination von Mikroverunreinigungen sind insgesamt noch gering. Für die Beschaffung wurde als Konzept die Direktdosierung von Pulveraktivkohle (PAK) vor einem Filter vorgegeben. Auch dies kann als unverzichtbares Kriterium verstanden werden. Es wird von keiner Seite bestritten, dass sich auch die Unternehmervariante an dieses Konzept hält.

**6.4.3** Gemäss bereits zitiertem Protokoll der Betriebskommission vom 14. September 2016 erfolgte der Ausschluss der Unternehmervariante zusätzlich auf-

grund des "Meccano" (Vi-act. A-5 und A-6), ohne dies weiter zu erläutern. Aus den Unterlagen muss geschlossen werden, dass unter dem Meccano die Tatsache zu verstehen ist, dass die Unternehmervariante nicht einen 2-Schicht-Filter offeriert. Die Ausschreibungsunterlagen halten dazu fest (Ziffer 5.2 Konzept E.\_\_\_\_\_):

Die PAK-Stufe mit Dosierung vor einem Filter besteht aus folgenden Komponenten:

- Einrichtung für Anlieferung, Lagerung und Dosierung Kohle und Fällmittel
- Reaktionsbecken
- 2-Schicht-Filter

(...)

#### **Verfahrensbeschreibung:**

Das nachgeklärte Abwasser der bestehenden Anlage wird über ein neues Pumpwerk soweit hochgefördert, dass es in freiem Gefälle durch die Neuanlagen in den bestehenden Ablaufkanal in den Zürichsee fließen kann.

- In die Adsorptionsreaktoren werden neben der Pulveraktivkohle auch Fällmittel und allenfalls Flockmittel dosiert.
- Der Ablauf der Adsorptionsreaktoren wird direkt in der Filtrationsstufe filtriert.
- Das Schlammwasser der Filtration wird in den Zulauf der Biologie oder alternativ in den ARA-Zulauf geleitet.
- Die Reaktionsbecken werden 2-strassig ausgelegt, für die Abwasserfiltration sind min. 4 Einheiten vorgesehen.

Und unter Ziffer 5.6, Randbedingungen Auslegung Filtration wird weiter ausgeführt:

Vom System her sind alle für die projektierte EMV-Stufe geeigneten Systeme von Abwasserfiltrationen möglich (Raumfilter). Es soll ein verlässliches System genügender Grösse erstellt werden, welches eine gute Qualität des gereinigten Abwassers gewährleistet. Da aktuell erst wenige Erfahrungen mit der PAK-Direkt-dosierung auf den Filter bestehen, ist aus Sicherheitsüberlegungen heraus ein 2-Schichtfilter zu offerieren.

Die Filtration muss wintertauglich sein. Es ist eine offene Bauweise angedacht. Bei Bedarf soll sie überdacht werden können. Auch bei einer offenen Bauweise müssen Massnahmen gegen die Sonneneinstrahlung ergriffen werden (Algenbildung).

Die Filtration ist modular auszulegen, so dass einzelne Teile der Filtration stillgelegt werden können. Bei Ausserbetriebnahme eines Teils der Filtration sollen die Ablaufwerte bei Trockenwetter trotzdem eingehalten werden können.

Die relevanten Aggregatgruppen sind redundant auszulegen, so dass auch bei Ausfall eines Aggregats die Reinigungsleistung gewährleistet bleibt.

Auslegung und Layout der Filtration sind dem Unternehmer freigestellt.

Die EMV-Stufe der E.\_\_\_\_\_ wird so konzipiert, dass wenn der gewünschte Erfolg des Verfahrens „Direkt-dosierung der PAK vor den Filter“ nicht eintritt, zu einem

späteren Zeitpunkt die EMV-Stufe mit Sedimentationsbecken ergänzt werden kann.

Das Filtrationsgebäude soll unter anderem durch einen unterirdischen Werkleitungskanal vom Installationsraume aus erschlossen werden.

Installationen von Aggregaten und Maschinen sind so zu planen, dass unter Betriebsbedingungen ein Ausbauen erfolgen kann, ohne dass Becken entleert, bzw. Zuläufe unterbrochen werden müssen.

Als Standort für die Filtration ist das Gelände östlich der bestehenden Nachklärbecken vorgegeben. Anforderungen an Material / Korrosionsschutz sind im Anhang definiert.

Da kein nachvollziehbar begründeter Ausschluss der Unternehmervariante erfolgt ist und auch das Sitzungsprotokoll keinen Aufschluss bietet, steht nicht zweifelsfrei fest, welche Anforderung die Unternehmervariante nicht erfüllt, so dass keine Gleichwertigkeit vorliegt. Am Offensichtlichsten ist immerhin die Tatsache, dass es sich bei der Unternehmervariante nicht um einen 2-Schicht-Filter handelt. Dies muss auch aus der Stellungnahme vom 22. Oktober 2016 geschlossen werden (Vi-act. A-8). Ausführungen zu den weiteren Randbedingungen erschliessen sich dem Gericht nicht.

**6.4.4** Auch die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie mit der Unternehmervariante keinen 2-Schicht-Filter gemäss Konzept offeriert hat. Sie ist jedoch überzeugt, dass das Erfordernis der Gleichwertigkeit erfüllt ist. Die Frage der Gleichwertigkeit stellt sich jedoch nur dann, wenn der 2-Schicht-Filter aufgrund der Submissionsunterlagen nicht eindeutig eine zwingende Anforderung darstellt. Dies ist indes zu verneinen. Es sind ausdrücklich alle geeigneten Systeme von Raumfiltern möglich, solange eine gute Qualität des gereinigten Abwassers gewährleistet ist. Aus Sicherheitsüberlegungen, weil aktuell erst wenig Erfahrungen mit der PAK-Direktdosierung auf den Filter bestehen (offenbar weltweit gar keine grosstechnische Anlage besteht, Vi-act. A-8), werden jedoch Offerten von 2-Schichtfiltern erwartet. Diese Formulierung, insbesondere auch aufgrund des Verweises auf die allgemein fehlende Erfahrung, zeugt von einer gewissen Offenheit Varianten gegenüber. Kompromisse in der Reinigungsqualität werden nicht akzeptiert, auch erscheint die Risikobereitschaft der Vergabestelle als beschränkt. Die Randbedingung signalisiert den Anbietern aber auch, dass bei entsprechendem Nachweis die Bereitschaft besteht, irgendeine Form einer Abwasserfiltration zu beschaffen. Zusammengefasst darf ein Anbieter erwarten, dass er auch mit einem Nicht-2-Schicht-Filter zum Nachweis zu gelassen wird.

Lässt ein Auftraggeber – wie vorliegend die Vorinstanz – Varianten grundsätzlich zu und behält er sich auch den Ausschluss ohne Grundangabe nicht vor, so hat er aufgrund der Treuepflicht und aus Transparenzgründen in den Ausschrei-

bungsunterlagen mindestens die unverzichtbaren Aspekte klar und genau als solche zu bezeichnen, sofern deren Nichteinhaltung zu einem Ausschluss führen soll. Nur so kann vermieden werden, dass einem Anbieter unnötiger Aufwand für ein Variantenangebot anfällt (Beyeler, a.a.O., Rz. 2020 f.). Mit anderen Worten hat ein Anbieter Anspruch darauf, dass sich die Vergabestelle mit einer Variante sachgerecht auseinandersetzt und dem Anbieter den Nachweis der Gleichwertigkeit ermöglicht, solange sich aus der Ausschreibung nicht klar ergibt, dass die entsprechende Variante ohnehin und zweifelsfrei gar nicht erwünscht ist. In dieser geforderten Deutlichkeit ist die vorliegende Ausschreibung nicht abgefasst, im Gegenteil zeugt sie von einer gewissen Offenheit. Daran vermag auch die Stellungnahme vom 22. Oktober 2016 nichts zu ändern (Vi-act. A-8). Indem da ausgeführt wird "Insbesondere entspricht diese Variante nicht der Ausgestaltung gemäss der erfolgreichen Pilotierung auf der ARA G. \_\_\_\_\_", so handelt es sich dabei nicht um ein Kriterium, welches in den Ausschreibungsunterlagen als zwingend einzuhalten beschrieben ist.

**6.4.5** Inwiefern vorliegend eine Auseinandersetzung mit der Offerte erfolgt ist, erschliesst sich aus den Unterlagen nicht. Eine Bewertung der Unternehmervariante ist im Offertvergleich erfolgt. Der Vergabeantrag äussert sich mit keinem Wort zu einem allfälligen Ausschluss. Das Protokoll der entscheidenden Betriebskommission hält lediglich fest, die Unternehmervariante sei aufgrund der Erfahrungen, der Grösse der Referenzanlage und auch des "Meccano" auszuschliessen (Vi-act. A-5). Dass seitens Vergabestelle Bedenken vorlagen, mag allenfalls gerechtfertigt gewesen sein (wobei diese Bedenken nicht formuliert sind). Korrekterweise hätte die Beschwerdeführerin aber mit diesen Bedenken konfrontiert werden müssen; sie hätte die Möglichkeit erhalten müssen, den Nachweis der Gleichwertigkeit zu liefern, die Bedenken auszuräumen. Dies ist nicht erfolgt, die Beschwerdeführerin wurde nicht einmal informiert, dass die Unternehmervariante ausgeschlossen wurde (auch nicht in der angefochtenen Verfügung). Damit aber hat die Vorinstanz das Vergaberecht verletzt.

Daran vermag auch die Stellungnahme vom 22. Oktober 2016 nichts zu ändern. Entgegen der gemachten Ausführung, wonach aus den Unterlagen ersichtlich sei, dass die Unternehmervariante auf Herz und Nieren geprüft und bewertet worden sei, fehlen genau die entsprechenden Hinweise. Eine Bewertung ist erfolgt, hingegen fehlen jegliche Bemerkungen hinsichtlich der (fehlenden) Gleichwertigkeit. Bedenken werden erstmals im Beschwerdeverfahren geäussert.

**6.5** In der Vernehmlassung und der Duplik verweist die Vorinstanz auf etwaige Risiken, welche mit der Unternehmervariante verbunden sind und welche sie zu tragen nicht bereit sei. Wie in den allgemeinen Erwägungen ausgeführt (Erw.

5.4.2) muss eine Vergabestelle durch Unternehmervarianten keine überhöhten Risiken übernehmen. Es muss sich indes um Risiken handeln, welche auch bereits schon die Gleichwertigkeit ausschliessen. Keinesfalls soll der Verweis auf allfällige Risiken dazu führen, dass eine Vergabestelle unliebsame Varianten nach Ermessen ausschliesst (obwohl solche vorbehaltlos zugelassen wurden). Soll das Risiko generell ausgeschlossen werden, dann können Varianten generell untersagt oder der grundlose Ausschluss vorbehalten werden oder drittens können zwingende Kriterien ausdrücklich und transparent formuliert werden. Die Vorinstanz hat ein anderes Verfahren gewählt und Varianten vorbehaltlos zugelassen. Mithin sind nur Risiken relevant, welche die Gleichwertigkeit ausschliessen.

Die Ausschreibungsunterlagen nennen Sicherheitsüberlegungen als Grund für die gewünschte 2-Schicht-Filter-Lösung. Andererseits wird aber auch klar zum Ausdruck gebracht, dass ohnehin nur wenig Erfahrung mit der Direktdosierung von PAK besteht und auch die Erfahrung mit 2-Schicht-Filter nur auf der Pilotanlage G. \_\_\_\_\_ basiert. Auch diesbezüglich hätte die Beschwerdeführerin mindestens zum Nachweis zugelassen werden müssen, dass das Risiko der Unternehmervariante nicht grösser ist.

Zudem erscheint aufgrund des expliziten Vergabevorbehaltes fraglich, ob ein Zuschlag an die Unternehmervariante mit untragbar grösseren Risiken verbunden wäre. So hat der Anbieter auch hinsichtlich der Unternehmervariante verschiedene Garantien, namentlich auch hinsichtlich der Einleitbedingungen abzugeben (vgl. Ausschreibungsunterlagen Ziffer 5.8). Sollte sodann der gewünschte Erfolg des Verfahrens PAK-Direktosierung nicht eintreten, ist eine spätere Ergänzung durch eine EMV-Stufe mit Sedimentationsbecken ausdrücklich vorbehalten (Ausschreibungsunterlagen Ziffer 5.6). Mithin besteht mangels allgemeiner Erfahrungswerte ein Risiko auch für die Amtsvariante. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin – im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin – bei der Unternehmervariante diese Erweiterung nicht angedacht hat, wurde zwar negativ vermerkt, kann jedoch den Ausschluss nicht begründen, hätte doch sonst auch das Grundangebot der Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müssen (vgl. Offertvergleich Zuschlagskriterium 2, Vi-act. A-4). Vor allem aber wurde bereits in den Ausschreibungsunterlagen transparent offengelegt, dass jeder Zuschlag (für irgend ein System) unter dem Vorbehalt erfolgt, dass die Projektgenehmigung, Submissionszusicherung und Kreditgenehmigung der zuständigen Instanzen erfolgen wird und das Projekt bis spätestens 30. Juni 2020 bewilligt sein muss. Soweit also die Vorinstanz geltend macht, mit der Unternehmervariante ein viel zu hohes Risiko einzugehen, weil der Bund bei Erfüllung der Voraussetzungen eine Abgeltung von 75% der Investitionskosten leiste und das Projekt entspre-

chend im Detail durch Fachleute des BAFU geprüft werde, so wird genau dadurch das Risiko auch der Unternehmervariante minimiert. Ergäbe sich nämlich, – was vorliegend offen bleiben kann – dass die Unternehmervariante diese Prüfung nicht besteht, dann würde kein Bundesbeitrag geleistet, womit der Zuschlag an die Unternehmervariante ausser Betracht fiel. Ergibt die Prüfung durch diese Fachleute jedoch, dass die Anforderungen erfüllt sind, wird einerseits auch für die Unternehmervariante der Bundesbeitrag geleistet und andererseits besteht dann Gewähr, dass auch die Leistungskriterien erfüllt sind. Mithin besteht in diesem Punkt kein nicht zu tolerierendes Risiko. Wie die Prüfung des Bundes ausfallen würde, ist auch der Vorinstanz nicht bekannt. Ihre Vermutung, es sei nicht davon auszugehen, dass die Behörden Beiträge für die Unternehmervariante ausrichten würden, belegt sie nicht weiter (Vernehmlassung Vi Ziffer III.B.5).

7. Bei Problemen vorwiegend technischer Natur auferlegt sich das Gericht bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung. Dies gilt namentlich auch im Rahmen der vorstehend angesprochenen Beurteilung der Gleichwertigkeit. Aufgrund dieser Beschränkung der Überprüfungszuständigkeit kommt der Einräumung der Möglichkeit, dass ein Varianten-Anbieter zu Erwägungen und Bedenken der Vergabebehörde bezüglich fehlender Gleichwertigkeit und möglicher Risiken vor Ausschluss Stellung nehmen und die Gleichwertigkeit nachweisen kann, besondere Bedeutung zu.

Bis zum Beschwerdeverfahren ist keine sachgerechte Auseinandersetzung mit der Unternehmervariante dokumentiert. Die Beschwerdeführerin wurde mit keinen Bedenken betreffend ihre Variante konfrontiert. Der Ausschluss erfolgte nicht explizit. Mithin wurde dadurch das Vergabeverfahren verletzt.

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens äusserten sich sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz und Beschwerdegegnerin zur Unternehmervariante. Nachdem aber zumindest bei Beginn des Verfahrens gar nicht feststand, weswegen der Ausschluss erfolgt ist, bestand für die Beschwerdeführerin auch keine Notwendigkeit, die Gleichwertigkeit nachzuweisen. Soweit die Gleichwertigkeit dann in der Folge ins Zentrum der Fragestellung rückte, sind in erster Linie technische Aspekte davon betroffen, so dass das Gericht praxisgemäss Zurückhaltung übt. Zudem vermag auch ein zweifacher Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren ein erstinstanzliches Nachweisverfahren unter Fachleuten nicht zu ersetzen.

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Die angefochtene Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin wird aufgehoben und die Sache zur korrekten Durchführung der Submission an die Vorinstanz zurückgewiesen. Bevor dabei ein Offertvergleich erfolgt, ist zu prüfen, ob erstens die Beschwerdeführerin

mit der Unternehmervariante die Eignungskriterien erfüllt und zweitens, die Variante die Voraussetzung der funktionalen Gleichwertigkeit mit der Amtsvariante erfüllt. Diesbezüglich hat die Vorinstanz ihre Bedenken nachvollziehbar zu formulieren und der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zum Nachweis der Gleichwertigkeit einzuräumen. Allenfalls erscheint es diesbezüglich auch angezeigt, bereits auch die Bundes-Fachleute einzubeziehen, da deren Prüfung ohnehin auch erfolgen und zu einem positiven Ergebnis führen muss.

**8.1** Diesem Ergebnis entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf Fr. 2'000.-- festgelegt und der Vorinstanz auferlegt.

**8.2.1** Zudem wird der beanwalteten Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zugesprochen. Sie hat dem Gericht eine Kostennote über Fr. 8'343.-- eingereicht. Dies basierend auf einem Zeitaufwand von 25 Stunden bei einem Ansatz von Fr. 300.--/h, zuzüglich Barauslagen à pauschal 3% sowie MwSt.

**8.2.2** Die Entschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebT, SRSZ 280.411). § 2 des Gebührentarifs sieht als Bemessungskriterien die Wichtigkeit der Streitsache, ihre Schwierigkeit, den Umfang und die Art der Arbeitsleistung sowie den notwendigen Zeitaufwand vor. Das Honorar beträgt für die Vertretung vor Verwaltungsgericht Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- (§ 14 GebT). Eine allfällige Kostennote ist zu spezifizieren und vor Fällen des Entscheides einzureichen; andernfalls wird die Vergütung nach freiem Ermessen festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebT). Die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht befolgen bei der Entschädigungsbemessung eine zurückhaltende Praxis. Dies entspricht § 74 Abs. 1 VRP, welcher nur von einer angemessenen Entschädigung und nicht vom Anspruch auf Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung nach gerichtlicher Festsetzung (vgl. Art. 105 f. der Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) spricht. § 74 Abs. 1 VRP verlangt nicht die Ausrichtung einer vollen, sondern nur einer angemessenen, im Rahmen des Gebührentarifs sich bewegenden und anhand des notwendigen Aufwandes bestimmten Parteientschädigung. Die Parteientschädigung versteht sich als Beitrag an die Anwaltskosten und muss nicht vollumfänglich dem in einer eingereichten Kostennote aufgeführten Betrag entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 2A.453./2004 vom 23.3.2005 Erw. 5). Die Bindung an den Gebührentarif und damit die notwendige Wahrung der Proportionen zwischen den verschiedensten Aufwandintensitäten bedingt, dass aufwandgeringe Verfahren nur so hoch entschädigt werden, dass der Gebührentarif auch für aufwandintensivste Fälle noch eine angemessene Entschädigung zulässt

(EGV 1986 Nr. 2; 1989 Nr. 6 mit Hinweisen auf die Materialien; VGE 708/97 vom 2.9.1997 Erw. 1c). Die Zurückhaltung bei der Bemessung der Parteientschädigung geht einher mit einer ebenso grossen Zurückhaltung bei der Bemessung der Verfahrenskosten (EGV 1986 Nr. 2; VGE 708/97 vom 2.9.1997 Erw. 1c). Die dargelegte Rechtspraxis stellt keinen Widerspruch zu Art. 29 BV dar. Unmittelbar aus der Verfassung ergibt sich für die obsiegende Partei kein Anspruch auf Parteientschädigung. Ein bundesrechtlicher Anspruch auf Parteientschädigung besteht nur und insoweit, als ein solcher im Gesetz vorgesehen ist (vgl. BGE 104 Ia 9 Erw. 1; 117 V 401 Erw. 1b; Pra 2002 Nr. 186 Erw. 2; 2A.468/2005 vom 7.4.2006 Erw. 3.4). Des Weiteren ist zu beachten, dass der aktuell vom Verwaltungsgericht akzeptierte maximale Stundenansatz Fr. 220.-- inkl. MwSt beträgt (VGE III 2015 176 vom 22.12.2015 Erw. 4 mit Hinweisen).

**8.2.3** Der vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ausgewiesene Aufwand von 25 Stunden ist nicht zu beanstanden. Hingegen beträgt der zu genehmigende Stundenansatz Fr. 220.-- (inkl. MwSt). Die Barauslagen sind nicht ausgewiesen, sondern pauschaliert. In Berücksichtigung der obgenannten Grundsätze und Praxis rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung pauschal auf Fr. 5'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Zuschlagsverfügung vom 19. September 2016 aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Vergabeverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und der Vorinstanz auferlegt. Sie sind innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheides auf das Postkonto 60-22238-6 des Verwaltungsgerichts einzubezahlen.

Die Beschwerdeführerin hat am 11. Oktober 2016 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- geleistet, der ihr aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten ist.

3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden, wenn der staatsvertragliche Schwellenwert überschritten ist und soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 42 und 82 ff., insbesondere Art. 83 lit f. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).

Im Übrigen kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG). Bei gleichzeitiger ordentlicher Beschwerde sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.

5. Zustellung an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
- den Rechtsvertreter der Vorinstanz (2/R)
- die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin (2/R)
- das Baudepartement (EB)
- und die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO, 3003 Bern (A).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 26. Juni 2017