Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2D_24/2023

Urteil vom 7. Mai 2025

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Hänni,
Gerichtsschreiber Zollinger.

Verfahrensbeteiligte
A._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Metzger,

gegen

Gemeinde Churwalden,
Hauptstrasse 101, 7075 Churwalden,
Vergabebehörde,
vertreten durch Rechtsanwalt Lorenz Raschein,

B._____,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Submission,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 1. Kammer, vom 29. August 2023 (U 23 39).

Sachverhalt:

A.
Die Gemeinde Churwalden schrieb am 2. März 2023 im Zusammenhang mit dem Projekt Ausbau der Güterstrasse U._____, Churwalden, die Baumeisterarbeiten im Kantonsamtsblatt und auf dem Ausschreibungsportal www.simap.ch im offenen Verfahren aus. Als allgemeine Eignungskriterien wurden die organisatorische, technische und finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung festgehalten. Spezifisch zu erfüllen war die Einhaltung des Landesmantelvertrags (LMV; Tarifvertrag) für das Schweizerische Bauhauptgewerbe. Innert der bis am 24. März 2023 laufenden Eingabefrist reichten die A._____ AG sowie die B._____, bestehend aus der C._____ AG und der D._____ AG, je eine Offerte ein.

B.
Mit Beschluss vom 4. Mai 2023 erteilte die Gemeinde Churwalden (nachfolgend: Vergabebehörde) den Zuschlag an die B._____ als Anbieterin mit dem vorteilhaftesten Angebot zum Preis von Fr. 831'362.85.

B.a. Gegen den Zuschlag vom 4. Mai 2023 erhob die A._____ AG am 15. Mai 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte im Wesentlichen die kostenfällige Aufhebung

des angefochtenen Zuschlags und den Ausschluss der B._____ aus dem Vergabeverfahren sowie den Zuschlag an sich selber. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass die D._____ AG als Mitglied der B._____ nicht dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe unterstellt sei. Damit erfülle die B._____ als Anbieterin das entsprechende Eignungskriterium nicht und hätte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

B.b. Mit Urteil vom 29. August 2023 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab. Es erwog im Wesentlichen, bei der B._____ handle es sich nicht um eine Arbeits-, sondern um eine Bietergemeinschaft. Die C._____ AG führe die Baumeisterarbeiten aus, während der D._____ AG einzig die Transportaufträge oblägen. Die D._____ AG sei als Transportunternehmen nicht dem Landesmantelvertrag unterstellt und könne das Eignungskriterium von vornherein nicht erfüllen. In dieser Konstellation könne das Eignungskriterium nur so ausgelegt und verstanden werden, dass dasjenige Mitglied der Bietergemeinschaft, welches die charakteristische Leistung - d. h. die Baumeisterarbeiten - erbringe, das Eignungskriterium erfüllen müsse. Dies sei bei der C._____ AG unbestrittenermassen der Fall.

C.
Mit "Beschwerde" vom 9. Oktober 2023 gelangt die A._____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 29. August 2023 und der Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde. Die B._____ sei vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Der Zuschlag sei der A._____ AG zum Betrag von Fr. 958'196.08 zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz oder an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen.
Mit Verfügung vom 31. Oktober 2023 hat das präsidierende Mitglied der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.
Während die Vergabebehörde die Abweisung der Beschwerde beantragt, schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde. Die B._____, bestehend aus der C._____ AG und der D._____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), lässt sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.
Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. **BGE 147 I 89** E. 1; **146 II 276** E. 1).

1.1. Die Beschwerdeführerin bezeichnet ihr Rechtsmittel lediglich als "Beschwerde". Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts schadet die unzutreffende Bezeichnung des Rechtsmittels indes nicht (vgl. **BGE 138 I 367** E. 1.1; **133 I 300** E. 1.2; Urteile 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 1.3.2; 2C_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.4).

1.1.1. Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten allerdings nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 83 lit. f BGG erfüllt sind. Die Zulässigkeit setzt neben dem Erreichen des Schwellenwerts nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG kumulativ voraus, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG stellt. Im Rahmen der Begründungspflicht gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Person darzutun, dass die Voraussetzung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (vgl. **BGE 146 II 276** E. 1.2.1; **143 II 425** E. 1.3.1; vgl. Urteile 2D_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 1.1; 2D_16/2021 vom 17. August 2021 E. 1.1), es sei denn, dies treffe ganz offensichtlich zu (vgl. **BGE 140 I 285** E. 1.1.2; Urteil 2D_1/2021 vom 8. März 2021 E. 1.2.1).

1.1.2. Die Beschwerdeführerin unterbreitet und erläutert dem Bundesgericht vorliegend weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG noch ist eine solche offenkundig. Sie stellt sich ebenso auf den Standpunkt, dass der Schwellenwert gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG nicht erreicht werde. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit steht demnach nicht offen.

1.2. Soweit die "Beschwerde" der Beschwerdeführerin als subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 BGG entgegen zu nehmen ist, hat die Beschwerdeführerin das Rechtsmittel fristgerecht eingereicht (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.2.1. Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Letzteres ist im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens namentlich gegeben, wenn die nicht berücksichtigte Anbieterin eine reelle Chance hat, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. Das rechtlich geschützte Interesse im Sinne von Art. 115 lit. b BGG ist anhand der Anträge und den vorgebrachten Rügen zu beurteilen (vgl. **BGE 141 II 14** E. 4.1; Urteile 2D_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 1.2.2.; 2D_16/2021 vom 17. August 2021 E. 1.1).

Die Beschwerdeführerin verlangt im Wesentlichen den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren. Da nur zwei Anbieterinnen eine Offerte eingereicht haben (vgl. Bst. A hiervor), hat die Beschwerdeführerin, die bereits am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat (Art. 115 lit. a BGG), eine reelle Chance, im Falle der Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten. Sie hat somit ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des vorinstanzlichen Urteils (Art. 115 lit. b BGG).

1.2.2. Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils verlangt, richtet sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen ein kantonal letztinstanzliches (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessendes (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG). Nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet hingegen die Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde. Die Zuschlagsverfügung ist durch das vorinstanzliche Urteil ersetzt worden und gilt inhaltlich als mitangefochten (Devolutiveffekt; vgl. **BGE 134 II 142** E. 1.4). Insoweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Zuschlagsverfügung verlangt, ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde daher nicht einzutreten.

1.3. Nach dem Dargelegten ist auf die "Beschwerde" im Sinne einer subsidiären Verfassungsbeschwerde einzutreten, soweit sie sich gegen das angefochtene Urteil richtet.

2.
Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG).

2.1. Ausgeschlossen ist die Rüge der Missachtung von einfachem Gesetzes- und Konkordatsrecht. Deshalb kann unter anderem die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebots und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht selbständig gerügt werden. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (vgl. Urteile 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 2.1; 2D_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1; 2D_46/2020 vom 8. März 2021 E. 2.1). Hingegen ist die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung zulässig, da die Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungsrecht ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (vgl. **BGE 125 II 86** E. 4; Urteile 2C_576/2022 vom 3. August 2023 E. 2.2; 2D_16/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1).

2.2. Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 147 II 44** E. 1.2; **143 II 283** E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. **BGE 149 I 105** E. 2.1; **143 I 1** E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG).

3.
Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine Verletzung des Willkürverbots nach Art. 9 BV und einen Verstoss gegen Art. 49 BV.

3.1. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin müssen sowohl die C._____ AG als auch die D._____ AG gleichermassen den Eignungskriterien genügen. Dennoch, so die Beschwerdeführerin weiter, erfülle die D._____ AG das Eignungskriterium "Einhaltung des LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe" nicht. Entsprechend hätte die Beschwerdegegnerin, deren Mitglied die D._____ AG sei, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die vorinstanzliche Würdigung, wonach die Beschwerdegegnerin keine Arbeits-, sondern vielmehr eine Bietergemeinschaft darstelle, womit nur die C._____ AG als Erbringerin der charakteristischen Leistung das umstrittene Eignungskriterium erfüllen müsse, verletze in willkürlicher Weise das Obligationenrecht. Die Bestimmungen des Obligationenrechts zur einfachen Gesellschaft, so die Beschwerdeführerin, gingen den Vorgaben des interkantonalen Rechts vor, womit die Vorinstanz die derogative Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV in unhaltbarer Weise missachtet habe.

3.2. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (vgl. **BGE 145 II 249** E. 3.3; **143 I 177** E. 2.3.1; **141 II 353** E. 7.1; **139 II 489** E. 2.2.4).

3.2.1. Die Ausschreibungsunterlagen sind - namentlich bei unklar formulierten Kriterien - derart auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen

Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. **BGE 141 II 14** E. 7.1; Urteile 2C_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; 2C_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2).

3.2.2. Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offenbar unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (vgl. **BGE 148 III 95** E. 4.1; **144 I 113** E. 7.1; **142 II 369** E. 4.3).

3.3. Die Vorinstanz hält fest, es sei unbestritten, dass die D._____ AG, die laut dem Angebot der Beschwerdegegnerin lediglich Arbeiten im Transportbereich übernehme, nicht dem Landesmantelvertrag unterstehe (vgl. E. 2.4.1 des angefochtenen Urteils). Gemäss Art. 31 Abs. 1 und Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BR 803.710) seien Bietergemeinschaften und Subunternehmen zugelassen, soweit dies in der Ausschreibung oder in den entsprechenden Unterlagen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werde. Die charakteristische Leistung sei grundsätzlich durch die Anbieterin zu erbringen. Inwieweit die Mitglieder einer Bietergemeinschaft je einzeln die Eignungskriterien erfüllen müssten, bestimme sich primär anhand der Ausschreibungsunterlagen, die bei Unklarheit auszulegen seien (vgl. E. 2.4.2 des angefochtenen Urteils). Vorliegend sehe die Ausschreibung ausdrücklich vor, dass Bietergemeinschaften zulässig seien. Die D._____ AG, die keine Bauleistungen, sondern nur Transportleistungen erbringe, könne das Eignungskriterium von vornherein nicht erfüllen. Entsprechend sei das Eignungskriterium "Einhaltung der LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe" so auszulegen und zu verstehen, dass jene Mitglieder einer Bietergemeinschaft dieses Kriterium zu erfüllen haben, die auch die Baumeisterarbeiten erbringen. Dies treffe bei der Beschwerdegegnerin nur auf die C._____ AG zu. Dass die C._____ AG das Eignungskriterium nicht erfülle, werde von den Verfahrensbeteiligten nicht infrage gestellt. Die Beschwerdegegnerin sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin folglich nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. E. 2.4.6 des angefochtenen Urteils).

3.4. Was die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzlichen Erwägungen vorträgt, vermag weder einen Verstoss gegen das Willkürverbot noch eine Verletzung von Art. 49 BV aufzuzeigen.

3.4.1. Zwar ist das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV als verfassungsmässiges Individualrecht anerkannt und kann im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde angerufen werden (vgl. **BGE 149 III 287** E. 1.2; **133 III 639** E. 2; **123 I 221** E. 3d). Jedoch ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen zu den obligationenrechtlichen Bestimmungen der einfachen Gesellschaft dartun möchte. Sowohl die Arbeitsgemeinschaft als auch die Bietergemeinschaft stellen einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 ff. OR dar (vgl. auch **BGE 131 I 153** E. 5.3; Urteil 2D_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 1.2.3). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lassen sich aus den obligationenrechtlichen Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft aber keine Vorgaben für die Beantwortung der Frage entnehmen, ob sämtliche Mitglieder einer Gemeinschaft respektive Gesellschafter einer (einfachen) Gesellschaft ein Eignungskriterium zu erfüllen haben. Dies kann sich lediglich aus den einschlägigen beschaffungsrechtlichen Bestimmungen oder, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, die bei Unklarheiten auszulegen sind (vgl. E. 3.2.1 hiervor). Inwiefern die Vorinstanz beschaffungsrechtliche Bestimmungen in unhaltbarer Weise ausser Acht gelassen hat oder bei der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen in Willkür verfallen sein soll, zeigt die Beschwerdeführerin allerdings nicht rechtsgenüglich auf (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG).

3.4.2. Die von der Beschwerdeführerin angeführten obligationenrechtlichen Bestimmungen stehen mit der vorinstanzlichen Anwendung des interkantonalen Rechts - namentlich mit Art. 31 IVöB - nicht im Widerspruch. Es ist damit keine Verletzung des Prinzips der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV ersichtlich. Ebenfalls ist kein Verstoss gegen das Willkürverbot nach Art. 9 BV zu erkennen. Es ist unter diesen beiden Gesichtspunkten als verfassungskonform zu beurteilen, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

3.5. Soweit die Beschwerdeführerin im Weiteren einen Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 BV sowie gegen den Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV vorträgt, sind die Rügen der Verletzung des verfassungsmässigen Rechts nicht hinreichend begründet (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG).

4.
Im Ergebnis erweist sich die "Beschwerde" im Sinne einer subsidiären Verfassungsbeschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Auf die "Beschwerde" im Sinne einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nicht einzutreten.
Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da die Vergabebehörde in ihrem amtlichen Wirkungskreis tätig

ist (Art. 68 Abs. 3 BGG) und die Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten ist und sich auch nicht vernehmen liess (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die "Beschwerde" im Sinne einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

2.
Die "Beschwerde" im Sinne einer subsidiären Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 1. Kammer, mitgeteilt.

Lausanne, 7. Mai 2025

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: M. Zollinger