

Öffentliche Beschaffung (Auslegung der Ausschreibung)

Die ausgeschriebene Leistung nach Art. 31 Abs. 3 IVöB, welche vom Anbieter zu erbringen ist, besteht allein in der Sammlung sowie der Organisation und Sicherstellung der ökologisch bestmöglichen Wiederverwertung der Alttextilien. Der Anbieter muss die Sortierung und Verwertung nicht selbst ausführen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin weicht nicht von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung ab, weshalb sie zu Recht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist (Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB)

Erwägungen:

I.

1. Das Amt für Umwelt schrieb die Dienstleistungskonzession für die Sammlung und Verwertung von jährlich rund 90 Tonnen Alttextilien auf dem gesamten Kantonsgebiet von Appenzell I.Rh. im Einladungsverfahren aus und lud die A. AG und die B. AG zur Angebotsunterbreitung bis 2. Oktober 2023 ein.
2. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2023 erteilte das Amt für Umwelt der B. AG den Zuschlag. Aufgrund des durchgeführten Einladungsverfahrens seien innert Frist zwei Angebote eingegangen. Das Angebot der Firma B. AG habe sich als mit 445 Punkten von max. 500 Punkten (geprüftes Angebot netto CHF 0.551 pro kg inkl. MWST) als das vorteilhafteste Angebot erwiesen. So sei das Angebot preislich überzeugend, betreffend Erfahrung weise die Firma B. AG sehr gute Referenzen im Bereich von vergleichbaren Leistungen aus, sie halte Qualitäts- und Umweltstandards ein und setze auf den Einsatz erneuerbarer Energien und Nachhaltigkeit und die Verwertung erfolge nach ausreichender Priorisierung.
3. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob die A. AG (folgend: Beschwerdeführerin) am 31. Oktober 2023 Beschwerde.

Sie begründete diese im Wesentlichen damit, das Amt für Umwelt (folgend: Beschwerdegegner) habe in Bezug auf die Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmern keine Abweichung von der gesetzlich vorgesehenen Grundsatzregelung festgehalten und damit sowohl Arbeitsgemeinschaften sowie auch Subunternehmen zugelassen. Entsprechend habe es in der Offerte auch diesbezügliche Angaben verlangt. Die gesetzliche Vorgabe nach Art. 31 Abs. 3 IVöB, dass die charakteristische Leistung vom Anbieter zu erbringen sei, sei damit relevant. Die Beschwerdeführerin habe in diesem Zusammenhang, um sich zu vergewissern und bei der Ausarbeitung ihres eigenen Angebots alles korrekt zu machen, nochmals im Rahmen der Fragerunde beim Beschwerdegegner nachgefragt und mit E-Mail vom 13. September 2023 bestätigt erhalten, dass die federführende Partei den grössten prozentualen Anteil des Auftrags durchführen müsse.

Die vorliegend ausgeschriebene Leistung umfasse das Sammeln, das Sortieren und das Verwerten von Alttextilien. So sei das Sortieren für die vorschriftsgemässe Verwertung zwingend notwendig. Die charakteristische Leistung gemäss der oben bezeichneten

gesetzlichen Regelung beziehe sich auf die Gesamtheit dieser Leistungen - Sammeln, Sortieren und Verwerten. Aus der Fragenbeantwortung sei zudem klar erkennbar, dass auch die Vergabestelle, d.h. der Beschwerdegegner, dies grundsätzlich so verstehe und verlangt habe, dass der Anbieter den grössten prozentualen Anteil all dieser Leistungen selbst erbringe. Anders könne die oben genannte Antwort auf die Frage der Beschwerdeführerin - insbesondere auch vor dem Hintergrund der genannten gesetzlichen Regelung zur charakteristischen Leistung - nicht interpretiert werden.

Soweit der Beschwerdeführerin bekannt sei, könne die Zuschlagsempfängerin nur den Leistungsanteil der Sammlung selber erbringen; sie verfüge selber über kein Sortierwerk und arbeite in den Bereichen der Sortierung und Verwertung mit externen Subunternehmern zusammen. Die Beschwerdeführerin müsse daher davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen betreffend Sortierung und Verwertung gar nicht und insgesamt auch weit weniger als 50 Prozent der Gesamtleistung selber erbringe. Damit erfülle sie die Vorgaben der Ausschreibung nicht.

Indem der Beschwerdegegner die Vorgaben bezüglich Leistungserbringung durch die Anbietenden selbst nicht oder nicht genügend geprüft und in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin keinen Ausschluss verfügt habe, habe er rechtswidrig gehandelt. Die Beschwerdeführerin sei schlechter gestellt. Wäre es auch ihr freigestanden, die Sortierung und Verwertung anders zu organisieren und mehr als 50 Prozent der offerierten Leistungen an Subunternehmer zu vergeben, hätte sie mehr Spielraum bei der Ausgestaltung ihres Angebots und damit die Möglichkeit gehabt, insgesamt ein vorteilhafteres Angebot erstellen und einreichen zu können.

Da die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen gewesen wäre, wäre das Angebot der Beschwerdeführerin das einzige gültige Angebot gewesen. Entsprechend hätte dieses das vorteilhafteste Angebot dargestellt und wäre damit der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen gewesen. Indem der Beschwerdegegner den Zuschlag nicht der Beschwerdeführerin erteilt habe, habe er rechtswidrig gehandelt.

4. Mit prozessleitender Verfügung vom 2. November 2023 wurde dem Beschwerdegegner einstweilen untersagt, weitere Schritte in der obgenannten Angelegenheit, insbesondere einen Vertragsschluss, zu unternehmen. Zudem wurde ihm Gelegenheit geboten, bis 13. November 2023 bezüglich aufschiebender Wirkung der Beschwerde unter Einreichung der massgeblichen Unterlagen Stellung zu nehmen.
5. Der Beschwerdegegner reichte am 16. November 2023 eine Stellungnahme ohne Beilage von Unterlagen ein und beantragte, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen.
6. Mit Präsidialentscheid vom 21. November 2023 wurde die mit prozessleitender Verfügung vom 2. November 2023 erteilte einstweilige aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufrechterhalten.
7. Am 21. November 2023 wurde sowohl dem Beschwerdegegner als auch der B. AG (folgend: Zuschlagsempfängerin) die Gelegenheit geboten, zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

8. Der Beschwerdegegner ersuchte mit Schreiben vom 22. November 2023 um Fristerstreckung zur Stellungnahme bis 29. Februar 2024, welche mit prozessleitender Verfügung vom 27. November 2023 erteilt worden ist.
9. Die Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin reichte am 15. Dezember 2023 eine Stellungnahme zur Beschwerde ein und stellte neben dem Antrag um Beschwerdeabweisung den Verfahrensantrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, weil die Beschwerde aussichtslos sei.

So stelle die Beschwerdeführerin die charakteristische Leistung fälschlicherweise so dar, dass diese aus drei Teilen bestehe. Gegenstand der Ausschreibung bilde jedoch allein das Entsorgen, sprich Sammlung und Verwertung von Alttextilien in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben. Diese Leistung erbringe die Zuschlagsempfängerin vollumfänglich selbst. Ein Entsorgen im Sinne des Umweltrechts könne auch darin bestehen, die gesammelten Siedlungsabfälle ins Ausland zu verbringen und/oder an Dritte zu veräussern, welche diese rezyklieren, weiterverkaufen oder vernichten würden. Entsprechend würden die Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorsehen, dass die Anbieter die gesammelten Textilien zwecks Sortierung und anschliessender Verwertung veräussern und ins Ausland exportieren könnten. Die Ausschreibung gebe entsprechend weder vor, dass die Anbieter die gesammelten Alttextilien selbst sortieren müssten, noch beinhalte sie eine Kontrolle der gesamten weiteren Wertschöpfungskette. Sodann seien Erwerber von Textilien und Schuhen aus einer Altkleidersammlung mit Sammelcontainern gemäss Rechtsprechung gerade nicht als Subunternehmer zu qualifizieren, und zwar auch dann nicht, wenn die Veräusserung bereits vor der Sortierung der Textilien erfolge. Die Zuschlagsempfängerin werde Alttextilien, welche sie in ihren eigenen Containern sammle, mit ihren Elektrofahrzeugen, die sie selber fahre, einsammeln, bei der Leerung der Container händisch auf erkennbare Fremdstoffe (z.B. Kleiderbügel oder nicht in die Container gehörender Abfall wie Elektroschrott) vorsortieren und in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben an Abnehmer im Ausland veräussern und exportieren und damit die ausgeschriebenen Leistungen zu 100% selbst erbringen.

10. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin reichte am 11. Januar 2024 eine Stellungnahme zum Antrag auf Aufhebung der aufschiebenden Wirkung ein und ersuchte um Abweisung des Antrags der Zuschlagsempfängerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung.

Es werde vorsorglich bestritten, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen des Sammelns selber erbringen werde. Bei Altkleidern sei wie bei anderem Abfall die sog. Abfallhierarchie zu berücksichtigen. Diese gelte als Prioritätsreihenfolge für die Abfallentsorgung und -bewirtschaftung. Ziel sei, dass so wenig Abfall wie möglich entstehe und so viel Abfall wie möglich wiederverwendet, recycelt oder einer sonstigen Verwertung zugeführt werden könne, so dass nur ein möglichst kleiner Teil beseitigt werden müsse. Auch die Regelungen der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA, SR 814.600) entsprächen im Wesentlichen dieser Abfallhierarchie. Es sei unschwer zu erkennen, dass der Abfall sortiert werden müsse, um sicherzustellen, dass wiederverwendet werde, was wiederverwendbar sei, recycelt werde, was recycelbar sei, etc. Der Schritt der Sortierung müsse daher zwingend miteingeschlossen sein, wenn die Dienstleistung des Sammelns und des korrekten Entsorgens erbracht werden sollte. Eine korrekte Entsorgung ohne vorherige Sortierung

des Sammelguts sei nicht denkbar. Selbst wenn das Sortieren tatsächlich nicht von der gesetzlich vorgesehenen Abfallentsorgungspflicht mitumfasst sein sollte (was bestritten sei), sei die Sortierung vorliegend zu erbringen, weil sie in der Ausschreibung aufgeführt worden sei. Die im Rahmen der Ausschreibung geforderten Leistungen umfassten die drei von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerde aufgezeigten Teil-Leistungen Sammeln, Sortieren, Verwerten. Dass die Sortierungsleistungen nebst der Sammlung und der Verwertung zu den angebotenen Leistungen gehörten, deren grössten prozentualen Anteil die Anbieterin insgesamt selber erbringen müsse, sei auch aus der Beantwortung der Fragen 2, 8, 9 und 10 der Beschwerdeführerin durch den Beschwerdegegner erkennbar. Aus der Ausschreibung sei gerade nicht zu erkennen, dass ein Verkauf bereits vor der Sortierung zulässig wäre. Vielmehr habe die Anbieterin Fremdstoffe vor der Verwertung auszusortieren und dem jeweiligen sachgerechten Entsorgungsweg zuzuführen. Wäre ein Verkauf vor der Sortierung möglich, hätte das Amt für Umwelt in der Ausschreibung eine andere Formulierung gewählt.

11. Der Beschwerdegegner reichte innert Frist keine Stellungnahme zum Antrag der Zuschlagsempfängerin auf Aufhebung der aufschiebenden Wirkung ein. Er wurde mit prozessleitender Verfügung vom 12. Januar 2024 erneut gebeten, die Akten bis 19. Januar 2024 einzureichen.
12. Am 17. Januar 2024 reichte der Beschwerdegegner die Akten ein. Im Aktenverzeichnis führte er an, dass das Dossier der Beschwerdeführerin, das Dossier der Zuschlagsempfängerin und evtl. seine detaillierte Submissionsauswertung Geschäftsgeheimnisse enthalten würden und vom Akteneinsichtsrecht auszunehmen seien.
13. Mit prozessleitender Verfügung vom 24. Januar 2024 wurde der Beschwerdegegner aufgefordert, die drei zurückgesandten Akten, nämlich die detaillierte Submissionsauswertung, sowie die beiden Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin auf Geschäftsgeheimnisse zu prüfen, entsprechend zu schwärzen und innert 14 Tagen einzureichen. Gleichentags wurde die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin und die Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin aufgefordert, jeweils ihre Angebote auf ihre Geschäftsgeheimnisse zu prüfen, entsprechend zu schwärzen und innert 14 Tagen einzureichen (act. 37 und 38).
14. Mit Präsidialentscheid vom 1. Februar 2024 wurde die mit prozessleitender Verfügung vom 2. November 2023 erteilte und mit Präsidialverfügung vom 21. November 2023 bestätigte aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufrechterhalten.
15. Die Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin stellte mit Eingabe vom 1. Februar 2024 den Antrag, ihr Angebot mit Ausnahme der darin enthaltenen, öffentlichen Dokumente (Handelsregisterauszug, Organigramm, Nachhaltigkeitsbericht 2022, Zertifikate ISO 9001:2015 und ISO 14001:2015) vollumfänglich von der Einsicht durch die Beschwerdeführerin auszunehmen. Jene Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssten, seien bereits in der Verfügung enthalten, welche der Beschwerdeführerin eröffnet worden seien. Der Beschwerdeführerin seien entsprechend keine zusätzlichen Angaben aus der Offerte zugänglich zu machen, welche nicht bereits in ihr eröffneten Entscheid über den Zuschlag enthalten seien. Weil das Angebot der Zuschlagsempfängerin zahlreiche Geschäftsgeheimnisse enthalte, dürfe es der Beschwerdeführerin nicht offengelegt werden.

16. Der Beschwerdegegner reichte mit Schreiben vom 6. Februar 2024 die detaillierte Submissionsauswertung geschwärzt und je die beiden ungeschwärzten Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin ein. So bestünden aus Sicht des Amts für Umwelt in Bezug auf die beiden Angebote keine schützenswerten Interessen, welche eine Schwärzung der Akten verlangten. Welche Stellen des Angebots zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu schwärzen seien, könnten die jeweiligen Anbieterinnen beurteilen.
17. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin reichte am 22. Februar 2024 das Angebot in einer Version ohne Geschäftsgeheimnisse ein, wobei die nicht eingereichten Anhänge zum Angebot integral Geschäftsgeheimnisse darstellten.
18. Mit prozessleitenden Verfügungen vom 26. Februar 2024 wurden je der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin und der Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin die vom Beschwerdegegner am 17. Januar 2024 eingereichten Akten 1 bis 9 sowie 11 bis 14 samt Aktenverzeichnis sowie die offengelegten Originalbeilagen der jeweils anderen Anbieterin zugestellt und ihnen die Gelegenheit geboten, die vom Beschwerdegegner detaillierte, geschwärzte Submissionsauswertung bezüglich ihres jeweiligen Angebots zu prüfen und dem Gericht die Freigabe zur Zustellung an die Zuschlagsempfängerin bzw. die Beschwerdeführerin zu erteilen.
19. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin bestätigte mit ihrer Eingabe vom 29. Februar 2024, die Beschwerdeführerin sei damit einverstanden, dass die Submissionsauswertung in der ihr zugestellten geschwärzten Version der Zuschlagsempfängerin zugestellt werde. Die Zuschlagsempfängerin habe darauf verzichtet, das Angebot an sich (Angebotsformular) um Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen und einzureichen. Die Beschwerdeführerin gehe daher davon aus, dass dieses Angaben enthalte, welche die Vermutung der Beschwerdeführerin, dass die Zuschlagsempfängerin ein nicht zulässiges Angebot eingereicht habe, nachweisen würden. Wäre dies nicht der Fall, hätte die Zuschlagsempfängerin die relevanten Stellen ohne Zweifel offengelegt. Aus dem von der Zuschlagsempfängerin mit dem Angebot eingereichten Nachhaltigkeitsbericht gehe hervor, dass diese mit zehn Subunternehmen arbeite. Da die Zuschlagsempfängerin, soweit der Beschwerdeführerin bekannt, keine eigenen Sortier- und Verwertungsstellen betreibe, sei davon auszugehen, dass sie in diesen Bereichen Subunternehmen beiziehe. Die Zuschlagsempfängerin habe demnach kein zulässiges Angebot eingereicht und wäre auszuschliessen gewesen.
20. Die Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin reichte mit Eingabe vom 7. März 2024 die detaillierte, vom Beschwerdegegner geschwärzte Submissionsauswertung mit weiteren geschwärzten Passagen, welche der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht offengelegt werden dürften, ein.
21. Mit prozessleitender Verfügung vom 11. März 2024 wurde der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass der Beschwerdegegner innert gesetzter Frist keine Stellungnahme zur Beschwerde eingereicht hat. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurde ihr die Möglichkeit geboten, insbesondere zur Stellungnahme der Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin vom 15. Dezember 2023 Stellung zu nehmen.

22. Mit Eingabe vom 21. März 2024 verwies die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin auf ihre Eingabe vom 11. Januar 2024. Da die Vergabestelle innert Frist keine Eingabe in der Hauptsache eingereicht habe, würden die Vorbringen in der Beschwerde nicht substantiiert bestritten. Damit sei davon auszugehen, dass diese Vorbringen von der Vergabestelle zumindest indirekt bestätigt würden.

(...)

II.

(...)

4.

- 4.1. Nach Art. 57 Abs. 1 IVöB besteht im Verfügungsverfahren kein Anspruch auf Akteneinsicht. Im Beschwerdeverfahren ist nach Art. 57 Abs. 2 IVöB dem Beschwerdeführer auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidungsrelevante Verfahrensakten nur zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Im Rechtsmittelverfahren besteht somit grundsätzlich kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrentinnen. Dass die Beschränkung des Einsichtsrechts für die unterlegene Konkurrentin eine Erschwernis bewirkt, vermutete Mängel des Vergabeentscheids auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen, ist gemäss Bundesgericht hinzunehmen, zumal die Rechtsmittelinstanz selber den Vergabeentscheid gestützt auf einen vollumfänglichen Einblick in die Konkurrenzofferten überprüfen kann (vgl. Urteile 2P.226/2002 des Bundesgerichts vom 2. Februar 2003 E.2.2, 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c; BÜHLER, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 57 N 3).
- 4.2. Die Beschwerdeführerin hat zwar in ihrer Beschwerdeschrift den Antrag um Akteneinsicht gestellt und zu Beginn des Beschwerdeverfahrens thematisiert, dass ihr bis anhin die Submissionsakten, insbesondere die Auswertung der beiden Offerten durch den Beschwerdegegner und die Offerte der Zuschlagsempfängerin, nicht zur Verfügung gestanden hätten. Der Beschwerdeführerin wurde jedoch sowohl Einsicht in die vom Beschwerdegegner eingereichten Akten, u.a. der Auswertung der beiden Offerten, als auch die von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Akten, welche nach deren Ansicht keine Geschäftsgeheimnisse enthielten, gewährt. Nach Erhalt dieser Akten führte die Beschwerdeführerin nicht näher aus, dass bzw. inwiefern ihr vor der Beschwerdeinstanz nur ungenügend Akteneinsicht gewährt worden wäre bzw. machte sie nicht geltend, welche konkreten Akten, z.B. gewisse Stellen des Angebots der Zuschlagsempfängerin, ihr fehlen würden. Sie hat weder dargetan noch ist ersichtlich, inwiefern sie im Beschwerdeverfahren Einsicht in die vollständigen Akten, insbesondere in das Angebot der Zuschlagsempfängerin, für die Frage betreffend Ausschluss benötigt hätte. Somit wird davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin auf weitere Akteneinsicht verzichtete. Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin wurde somit nicht verletzt.

Dem Verwaltungsgericht liegen im Übrigen beide Offerten in der dem Beschwerdegegner eingereichten Originalversion vor, weshalb es den Vergabeentscheid auf dessen Gesetzmässigkeit überprüfen kann.

(...)

III.

1.

- 1.1. Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter folgender Sachverhalt zutrifft: die Angebote weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab (Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB).
- 1.2. Die Offerten müssen sämtliche inhaltlichen Vorgaben der Vergabestelle betreffend das Geschäft unter all seinen tatsächlichen und rechtlichen Aspekten, die sich aus den Ausschreibungsdokumenten und den weiteren Kommunikationen ergeben, einhalten. Angebote, die nicht in diesem Sinne ausschreibungskonform sind, müssen grundsätzlich ausgeschlossen werden (vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1914). Eine Offerte gilt als ausschreibungskonform, wenn sie mit sämtlichen Festlegungen übereinstimmt, welche die Vergabestelle im Hinblick auf das beabsichtigte Geschäft in der Ausschreibung und in weiteren Mitteilungen vor dem Ablauf der Eingabefrist getroffen hat. Umgekehrt ist eine Offerte ausschreibungswidrig, sobald und soweit sie von einer Vorgabe der Ausschreibung abweicht, sie also nicht das enthält, was die Vergabestelle im fraglichen Punkt als Erwartung betreffend das Geschäft bekannt gegeben hat. Wie eine bestimmte erklärte Vorgabe der Vergabestelle auszulegen ist, bzw. welcher Sinn der Vorgabe in einem konkreten Fall zuzurechnen ist, so dass klar wird, welche Vorgaben zu beachten sind und in welcher Art diese zu verstehen sind, ist wie die Frage nach dem Inhalt einer Offerte anhand der ganz gewöhnlichen Auslegungsregeln zu untersuchen. Entscheidend ist stets die tatsächliche Erklärung und der daraus abzuleitende Gehalt (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1916). In dem Umfang und in der Genauigkeit, wie die Vergabestelle im konkreten Fall die geschäftsgegenständliche Leistung und alles Weitere im Zusammenhang mit dem Geschäft umschreibt, hat die Offerte dem Grundsatz der Ausschreibungskonformität entsprechend dies alles unverändert zu übernehmen (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1917). Eine Ausschreibung beschreibt das Geschäft nie in allen Punkten abschliessend – sonst wäre jeder Vergabewettbewerb zwecklos. Vielmehr lässt die Vergabestelle mit Bezug auf die Leistung immer bestimmte Punkte offen. Die Bieter sollen die Freiheit haben, wie sie die Leistung und Erfüllung genau definieren wollen. Wo die Vergabestelle den Bietern solche Spielräume für die Konkretisierung der anzubietenden Leistungen offenlässt oder ausdrücklich öffnet, stellt sich die Frage der Ausschreibungskonformität nicht, solange der Bieter den Spielraum nicht verlässt: Wo nichts vorgegeben ist, kann nicht abgewichen werden. Hier sollen dem Wesen des Vergabeverfahrens entsprechend und jedenfalls in einem gewissen Rahmen gerade die Fähigkeiten, die Erfahrung, das Innovationspotential und die Wettbewerbsfreudigkeit der Bieter zum Zug kommen. Wo eine bestimmte Vorgabe zu beachten ist und wo dagegen ein Spielraum offensteht, bestimmt sich im konkreten Fall durch Auslegung der Ausschreibungsunterlagen und der weiteren Mitteilungen der Vergabestelle (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1920).
- 1.3. Vorliegend ist die ausgeschriebene Leistung strittig. Die Beschwerdeführerin legt diese dahingehend aus, dass sowohl das Sammeln, das Sortieren und das Verwerten von Alttextilien durch die Anbietende grundsätzlich selbst zu erbringen sind. Die Zuschlagsempfängerin hingegen sieht allein das Entsorgen, somit die Sammlung und die Verwertung von Alttextilien in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben, als Gegenstand der Ausschreibung.

Im Folgenden ist demnach zu prüfen, wie die vom Beschwerdegegner erfolgte Ausschreibung auszulegen ist.

2.

2.1. Der Beschwerdegegner hielt in der Ausschreibung unter «2.3. Gegenstand der Ausschreibung und der Leistungsvorgaben» folgendes fest:

«Die im folgenden genannten Leistungen betreffend die Sammlung und Verwertung von jährlich rund 90 Tonnen Textilien auf dem gesamten Kantonsgebiet von Appenzell I.Rh. müssen vom/von der Anbietenden vollumfänglich erfüllt werden. (...)

Textil-Container

(...) die Behälter werden durch die/den Anbietenden kostenlos zur Verfügung gestellt. (...) Reinigung, Unterhalt und allfälliger Ersatz sowie wenn nötig Beseitigung aller Behälter sind im Angebot inbegriffen. Die/der Anbieter stellt zudem Sammelsäcke in ausreichender Menge kostenlos zur Verfügung.

Sammlung und Leerung der Behälter

Die/der Anbietende leert die Behälter an allen Standorten regelmässig und selbständig, so dass keine Überfüllung entsteht. (...)

Sortierung und Verwertung

Die Sortierung ist so zu organisieren, dass die ökologisch bestmögliche Wiederverwertung garantiert ist. Es wird sichergestellt, dass Textilien, welche nicht in der Schweiz sortiert werden, gemäss dem Basler Abkommen exportiert werden. Weiter wird sichergestellt, dass die Erwerbenden der Textilien eine Bewilligung zur Verwertung von Abfällen im entsprechenden Land haben. Die Warenflüsse werden lückenlos protokolliert und der Lagerbestand wird aufgeschlüsselt nach Textilien zur Wiederverwertung, zum Recycling, zur energetischen Verwertung und Rest- respektive Fremdstoffen. Fremdstoffe sind vom/von der Anbietenden vor der Verwertung auszusortieren und dem jeweiligen sachgerechten Entsorgungsweg zuzuführen. Sämtliche Kosten für Aussortierung und Entsorgung sind in der offerierten Vergütung einzurechnen.»

Aufgrund dieser Ausschreibung besteht die zu offerierende und somit die charakteristische Leistung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 IVöB, welche grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist, im Sammeln mit eigenen Containern, in deren Leerung, in der Aussortierung und sachgerechten Entsorgung von Fremdstoffen sowie in der Organisation und Sicherstellung der ökologisch bestmöglichen Wiederverwertung. Der Beschwerdegegner hat in der Ausschreibung nicht verlangt, dass die Anbieterin ausser der Sammlung auch die Sortierung und Verwertung selbst ausführen müsse.

2.2. Die Zuschlagsempfängerin führte in ihrem Nachhaltigkeitsbericht - wie von der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 29. Februar 2024 geltend gemacht - wohl an, dass sie mit zehn Subunternehmen zusammenarbeite, welche in ihrem Auftrag agieren und sie bei der Textilsammlung unterstützen würden. In ihrem Angebot führte sie bei den Angaben der Anbietenden beim Betreff Subunternehmen keine Firma an. Daraus ist zu schliessen, dass die Zuschlagsempfängerin für die Sammlung in Appenzell, im Gegensatz zu anderen Sammelgebieten in der Schweiz, keine Subunternehmen beizieht. Dass die Zuschlagsempfängerin die Sammlung mittels eigener Container, deren Leerung

sowie die Vorausscheidung von Fremdstoffen selbst und ohne Beizug von Subunternehmern durchführt, bestätigte sie auch in folgenden beiden Stellungnahmen zur Beschwerde: Mit Eingabe vom 15. Dezember 2023 gab sie an, dass sie Alttextilien, welche sie in ihren eigenen Containern sammle, mit ihren Elektrofahrzeugen, die sie selber fahre, einsamme und bei der Leerung der Container händisch auf erkennbare Fremdstoffe (z.B. Kleiderbügel oder nicht in die Container gehörender Abfall wie Elektroschrott) vorsortiere. In der Eingabe vom 22. März 2024 hielt sie fest, sie werde keine Chauffeure anderer Unternehmen einsetzen, sondern plane, die zugeschlagene Leistung, inklusive Leerung der Container und aller Transportaufgaben, entsprechend ihrem Angebot vollständig selbst zu erbringen.

Diese Tatsache liess die Beschwerdeführerin unbestritten. Sie bestritt wohl in der Stellungnahme vom 11. Januar 2024 noch vorsorglich, dass die Zuschlagsempfängerin die Leistungen des Sammelns selbst erbringen werde. Nach Erhalt der Akten des Beschwerdegegners und der von der Zuschlagsempfängerin um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Unterlagen und somit in Kenntnisnahme des Nachhaltigkeitsberichts der Zuschlagsempfängerin machte sie einzig geltend, dass die Zuschlagsempfängerin in den Bereichen Sortierung und Verwertung Subunternehmer beiziehe, hingegen bestritt sie nicht, dass die Zuschlagsempfängerin für die Sammlung in Appenzell I.Rh. auf keine Subunternehmer zurückgreife. Auch stellte sie keinen weiterführenden Antrag um Akteneinsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerin, z.B. dass ihr in die massgebende Stelle «Subunternehmen» Einsicht zu gewähren sei.

- 2.3. Im Übrigen stellen die Vorgaben in der Ausschreibung beiden Anbieterinnen frei, wie sie die Sortierung und Verwertung sicherstellen können. Sie dürfen somit die von ihnen gesammelten Textilien auch ins Ausland zur Sortierung und Verwertung zuführen. Der ungeschwärzten Original-Offerte der Zuschlagsempfängerin kann entnommen werden, dass sie die um die Fremdstoffe befreiten Textilien einer Sortieranlage in einem Nachbarland, welches das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung (SR 0.814.05) ratifiziert hat, zur Sortierung zuführt. Mit dem Unternehmen, welche diese Sortieranlage betreibt, hat die Zuschlagsempfängerin am 13. September 2022 eine Vereinbarung gemäss Basler Abkommen getroffen. Über dieses Unternehmen liegt zudem eine Präsentation in den Akten. Gemäss Stoffflussdiagramm der Zuschlagsempfängerin werden in dieser Sortieranlage die in Appenzell I.Rh. gesammelten Alttextilien nach tragbarer Kleidung, nach Rohstoffen und Recycling sowie nach Abfall, welcher in einem weiteren westeuropäischen Land, welches das Basler Abkommen ratifiziert hat, zur Energiegewinnung verwendet wird, sortiert. Mit diesem letzterwähnten Unternehmen hat das Sortierunternehmen wiederum einen green list contract abgeschlossen und es liegt über dieses Unternehmen ebenfalls eine Präsentation in den Akten. Schliesslich liegen auch die Bewilligungen zur Verwertung von Abfällen in den beiden Abnehmerländern in den Akten.

Somit organisiert die Zuschlagsempfängerin die Sortierung so, dass die ökologisch bestmögliche Wiederverwertung garantiert ist. Sie exportiert die Textilien gemäss dem Basler Abkommen und hat in ihren Offertunterlagen nachgewiesen, dass die Erwerbenden der Textilien eine Bewilligung zur Verwertung von Abfällen im entsprechenden Land haben. Die Warenflüsse sind im Stoffflussdiagramm lückenlos protokolliert und der Lagerbestand ist nach Textilien zur Wiederverwertung, zum Recycling, zur energetischen Verwertung und Rest- respektive Fremdstoffen aufgeschlüsselt. Auch in ihrem

Nachhaltigkeitsbericht führt die Zuschlagsempfängerin an, dass sie ausschliesslich mit zertifizierten Recycling- und Sortierwerken zusammenarbeite, welche somit auch alle geltenden gesetzlichen Vorgaben erfüllen würden. Die Stoffflüsse der gelieferten Kleider und Schuhe würden genau erfasst nach Sorten der wiederverwendbaren Kleidung, dem Anteil an Recyclingware und die Menge an anfallendem Abfall.

- 2.4. Auch mit der Beantwortung der von der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 1. September 2023 gestellten spezifischen Fragen zur Ausschreibung kommt man zu keiner anderen Auslegung, als dass gemäss Ausschreibung die Sortierung und Verwertung nicht durch die Anbieterin selbst zu erfolgen hat, sondern dass diese einzig die Sortierung und Verwertung so zu organisieren hat, als dass die ökologisch bestmögliche Wiederverwertung garantiert ist. So ist aus der Antwort auf die Frage 2, es sei nicht möglich, dass die federführende Firma nicht den grössten prozentualen Anteil des Auftrages durchführt, einzig zu schliessen, dass die Anbieterin den grössten Anteil des Auftrags, nämlich der Sammlung, selber durchzuführen hat. Dies erfüllt - wie bereits oben ausgeführt - die Zuschlagsempfängerin. Den Ausführungen in der Beantwortung der Fragen 8 und 9, nämlich dass eine Vollsartierung und eine Industriesortierung der kompletten Menge durchzuführen sei, wird die Zuschlagsempfängerin gemäss Stoffflussdiagramm ebenfalls gerecht. Schliesslich erfüllt die Zuschlagsempfängerin auch die Angaben der Beantwortung von Frage 10, indem sie in ihrer Offerte die Orte der Verwertungsunternehmen aufführt.
- 2.5. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin weicht somit nicht von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung des Beschwerdegegners ab, weshalb sie der Beschwerdegegner zu Recht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

Zudem ist nicht erkennbar, dass der Beschwerdegegner seine Bewertung der beiden Angebote rechtsverletzend vorgenommen hätte. Die Zuschlagsempfängerin hat mit ihrem Angebot den besseren Preis offeriert als die Beschwerdeführerin, womit sie in der Auswertung 200 Punkte und die Beschwerdeführerin 120 Punkte erreicht hat. Diese Bewertung des Preises wurde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Selbst wenn die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Qualität, Unterkriterium Sammelfahrzeuge (erneuerbare Energien), dieselbe Punktzahl wie die Zuschlagsempfängerin, nämlich 4 Punkte oder gar die maximale Punktzahl von 5 Punkten erhalten hätte statt lediglich 3 Punkte, und auch beim Zuschlagskriterium Erfahrung, Unterkriterium Anteil Lernende, nicht nur 3, sondern das Maximum von 5 Punkten erzielt hätte, womit sie insgesamt 20 Punkte mehr erreicht hätte, hätte sie nur 220 Punkte erzielen können, womit sie die erreichte Punktzahl der Zuschlagsempfängerin von insgesamt 445 Punkten nicht mehr hätte aufholen können.

- 2.6. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Verwaltungsgericht,
Entscheid V 19-2023 vom 20. August 2024