

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00408 vom 22. Oktober 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-10-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00408](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00408)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00408 du 22 octobre 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00408 del 22 ottobre 2020

## **Regeste**

Submission | Unterhalt Tunnelbeleuchtung auf Nationalstrassen: Verletzung des rechtlichen Gehörs; Einhaltung der Ausschreibungsvorgaben. Das der Beschwerdeführerin zugewandene Absageschreiben hält unter dem Titel "Begründung" lediglich fest: "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien". Diese Begründung erfüllt die Voraussetzungen im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV nicht. Die Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid indes im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort sowie Duplik hinreichend begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit ihrer Replik und Triplik umfassend zu diesen Gründen und den ihr offengelegten Akten zu äussern. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer nicht ausreichenden Begründung erwachsen wäre, wäre dadurch geheilt (E. 4.2). Wird "1 Mitarbeiter" verlangt, kann nicht in guten Treuen angenommen werden, die Vorgabe sei erfüllt, wenn gesamthaft nur 0,xy Fachkräfte angeboten werden. Klar war auch, dass ein entsprechendes Manko nicht durch anderweitige Überkapazitäten kompensiert werden kann. (...) Das festgestellte Ausmass der Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben ist denn auch in jeder Hinsicht als gravierend zu werten. Die Vergleichbarkeit mit dem formell korrekten Konkurrenzangebot war auf dieser Grundlage in wesentlichen Teilen nicht gegeben. Mit der Beschwerdeführerin ist demgemäss von einem schweren Mangel auszugehen, welcher gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen muss (E. 8.3.3.2). Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 2**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der

Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin eine von lediglich zwei Anbieterinnen. Mit ihrer Beschwerde verlangt sie den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin. Erwiesen sich ihre Rügen als begründet, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher zu bejahen.

### **E. 3**

Mit dem heutigen Entscheid in der Sache erübrigt sich ein separater Entscheid zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlagsentscheid nicht einmal summarisch begründet. Damit sei das rechtliche Gehör verletzt worden.

#### **E. 4.1**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonal massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Kommentar VRG, VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

#### **E. 4.2**

Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben hält unter dem Titel "Begründung" lediglich fest: "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien". Diese Begründung erfüllt die Voraussetzungen im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV nicht. Die

Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid indes im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort sowie Duplik hinreichend begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit ihrer Replik und Triplik umfassend zu diesen Gründen und den ihr offengelegten Akten zu äussern. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer nicht ausreichenden Begründung erwachsen wäre, wäre dadurch geheilt (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 5**

Gegenstand der strittigen Vergabe ist die Durchführung der periodisch anfallenden Wartung der Tunnelbeleuchtung auf dem Gebiet der Nationalstrassen in der Gebietseinheit VII. Der Auftrag umfasst zwei Teilbereiche, nämlich den halbjährlich wiederkehrenden Unterhalt sämtlicher Beleuchtungskomponenten sowie die für jede Beleuchtungskomponente im Vergabezeitraum einmal durchzuführende Korrosionsinspektion. Zur koordinierten Durchführung dieser und weiterer Wartungsarbeiten werden die Tunnels gestaffelt, zweimal jährlich (Frühling/Herbst) in der Nacht von 21.00 Uhr bis 4.30 Uhr gesperrt. Weitere Zeitfenster zur Erledigung entsprechender Wartungsarbeiten stehen grundsätzlich nicht zur Verfügung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zuschlagsempfängerin müsse vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil sie einerseits durch die Änderung der Ausschreibungsunterlagen wesentliche Formerfordernisse missachtet habe und andererseits ein ungewöhnlich niedriges Angebot eingereicht habe, mit dem die Teilnahmebedingungen nicht eingehalten und die Auftragsbedingungen nicht erfüllt werden könnten.

#### **E. 6**

Angebote sind schriftlich, vollständig und fristgerecht bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Dabei müssen die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise in der Eingabe enthalten sein (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., N. 572; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 337). Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Missachtung wesentlicher Formerfordernissen wie fehlender Unterschrift oder Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (vgl. VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3., mit weiteren Hinweisen und auch zum Folgenden; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 456 f.). Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen will. Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des

Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde.

## **E. 7**

Einen formellen Mangel, welcher zum Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten hätte führen müssen, sieht die Beschwerdeführerin hinsichtlich der mittels Nachtragsangebot vom 13. März 2020 erfolgten Erhöhung des Angebotspreises um rund Fr. 57'000.-.

### **E. 7.1**

Zu besagtem Nachtragsangebot führt die Beschwerdegegnerin aus, die Mitbeteiligte sei in ihrem Angebot erklärermassen davon ausgegangen, dass eine Vorabinspektion zur Erhebung der defekten Komponenten nicht von der Ausschreibung erfasst sei, sondern jeweils im Sinne einer Vorleistung durch die Auftraggeberin selbst durchgeführt werde. Diese Annahme sei unzutreffend, was der Mitbeteiligten indes nicht angelastet werden könne, da die Ausschreibungsvorgaben in diesem Punkt unklar formuliert gewesen seien. Anlässlich des Anbietergesprächs vom 21. Februar 2020 sei der Mitbeteiligten daher die Möglichkeit eröffnet worden, ihr Angebot mittels Nachtragsofferte zu vervollständigen. Diese Angebotsergänzung sei am 13. März 2020 erfolgt und im Rahmen der Offertbereinigung berücksichtigt worden.

### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es liege auf der Hand, dass die Durchführung der nötigen Wartungsarbeiten an der Tunnelbeleuchtung eine vorgängige Aufnahme der defekten Komponenten bedinge. Mithin habe auch der Mitbeteiligten klar sein müssen, dass eine solche Vorabinspektion einen zwingenden Bestandteil der Offerte bilde. Es sei denn auch nicht erkennbar, welche missverständliche Formulierung daran etwas ändern könnte. Der Ausschluss der Mitbeteiligten erscheine daher keineswegs als überspitzt formalistisch, sondern vielmehr als zwingend geboten.

### **E. 7.3**

Der Einwand der Beschwerdeführerin zielt insofern ins Leere, als die Mitbeteiligte in ihrem Angebot durchaus davon ausgegangen ist, es werde eine Vorabinspektion durchgeführt. Ihr Irrtum bezog sich lediglich auf die Identität des Leistungserbringers. Dass die Vergabestelle die entsprechende Vorleistung erbringen könnte, liegt im Übrigen durchaus im Bereich des Möglichen. Wie in den Regierungsratsbeschlüssen vom 11. März und 27. Mai 2020 ausgeführt wird, kann die Beleuchtungswartung aus Kapazitätsgründen "nicht nur mit eigenen Mitarbeitenden ausgeführt werden" und wird daher "ein Teil der Arbeiten an Unternehmen vergeben". Mithin verfügt die Vergabestelle durchaus über gewisse eigene Kapazitäten, welche sie für die Vorabinspektion einsetzen könnte. Für eine solche Arbeitsaufteilung würde sodann auch der Umstand sprechen, dass vorliegend nicht der Unternehmer, sondern die Vergabestelle das für den Unterhalt benötigte Beleuchtungsmaterial bereitstellt. In den Ausschreibungsunterlagen wird dazu unter dem Titel "Materialmanagement" ausgeführt, das Material werde bauseits zur Verfügung gestellt und im Lager D bereitgehalten. "Der Unternehmer kann das Material vor Beginn der Sperrung dort abholen" und nach beendeter Arbeit "das defekte Material" dort wieder

zurückgeben. Ferner wird ausdrücklich festgehalten: "Sollte sich im Laufe der Wartungsarbeiten herausstellen, dass zu wenig Ersatzmaterial vorhanden ist, haben die Mitarbeitenden der beauftragten Firmen dies frühzeitig [...] zu melden". Es findet sich aber nirgends ein Hinweis darauf, dass der Unternehmer schon vorgängig in die Abklärungen zum ungefähren Materialbedarf eingebunden wäre. Einen solchen Hinweis sucht man auch unter dem Titel "Arbeitsvorbereitung" vergeblich. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, es sei für jedermann klar und offensichtlich, dass die Vorabinspektion zwingender Bestandteil der Offerte sei. Dass sie als bisherige Leistungserbringerin daran keinen Zweifel hegte, kann jedenfalls nicht als Massstab für andere Anbietende dienen. Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin festzustellen, dass die Leistungsposition "Vorabinspektion" nicht in der erforderlichen Klarheit im Leistungsbeschrieb aufgeführt wurde. Die darauf zurückzuführende Mangelhaftigkeit ihres Angebots hat somit nicht die Mitbeteiligte zu vertreten. Mithin ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin einen Ausschluss der Mitbeteiligten als überspitzt formalistisch wertete und ihr stattdessen die Gelegenheit zur Mangelbehebung mittels Nachtragsofferte einräumte.

## **E. 8**

Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, um trotz höherer Einzelpreise insgesamt einen tieferen Gesamtpreis offerieren zu können, habe die Mitbeteiligte die Ausschreibungsvorgaben abgeändert, weshalb sie vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

### **E. 8.1**

Hierzu ist vorab auf die Ausschreibungsvorgaben einzugehen. Diese umfassen zwei Teilbereiche, nämlich die Instandhaltung der Leuchtelemente einerseits und eine Korrosionsinspektion jeder einzelnen Beleuchtungskomponente andererseits. Das von den Anbieterinnen auszufüllende Leistungsverzeichnis wurde ihnen in Form einer elektronischen Vorlage zur einheitlichen Preisbewertung samt entsprechender Anleitung abgegeben. Vorab hatten die Anbieterinnen ihre jeweiligen Stundenansätze für Mitarbeitende und Gerätschaft anzugeben sowie die Gesamtkosten zur Erstellung einer Korrosionsinspektionsanleitung. Anschliessend folgten die Eingabemasken für jeden Tunnel bzw. für jede einzelne Tunnelröhre. Diese Masken umfassten jeweils die vier Bereiche "Unterhalt Leuchten", "Korrosionsinspektion", "Arbeitszuteilung" und "Koordinationsaufwand". Für den Bereich Unterhalt wurden die "Anzahl zu ersetzende Leuchten" und die "Berechnete Zeit pro Leuchte" von der Vergabestelle fix vorgegeben und konnten von den Anbieterinnen nicht verändert werden. Bei der Korrosionsinspektion wurde die Anzahl der zu inspizierenden Leuchten je nach Beleuchtungstyp ebenfalls vorgegeben. Parallel dazu hatten die Anbieterinnen den entsprechenden Zeitaufwand für die Inspektion der einzelnen Beleuchtungstypen in Minuten anzugeben. Das System errechnete anhand dessen die Gesamtdauer der für Unterhalt und Korrosionsinspektion anfallenden Zeit (in Minuten) und gab gleichzeitig vor, wie viele Mitarbeiter bzw. Unterhaltsteams demzufolge für die Arbeiten "neben der Fahrbahn" und "über der Fahrbahn" benötigt werden. Der nachfolgende Bereich "Arbeitszuteilung" unterscheidet dementsprechend ebenfalls zwischen "Arbeiten neben der Fahrbahn" und solchen "über der Fahrbahn". Beide Unterbereiche umfassen je eine Liste mit einer vorgegebenen Auswahl an Fachkräften und Gerätschaft, in welcher die Anbieterinnen die von ihnen konkret eingesetzten Ressourcen anzugeben hatten, jeweils unter Angabe der entsprechenden Stundenansätze. Die für diese

beiden Unterbereiche getrennt errechneten Kosten ergaben sodann zusammen mit dem von den Anbieterinnen bezifferten Koordinationsaufwand die Gesamtkosten pro Tunnelröhre und Wartungsinterwall.

### **E. 8.2**

Die Mitbeteiligte hat trotz höherer Stundenansätze letztlich ein um rund 10 % tieferes Angebot abgegeben als die Beschwerdeführerin. Zum einen ist das auf ihre deutlich tieferen Zeitangaben für die Durchführung der Korrosionsinspektion zurückzuführen. Hinzu kommt, dass die Mitbeteiligte im Gegensatz zur Beschwerdeführerin bei ihren unter dem Titel "Arbeitszuteilung" gemachten Angaben zu den eingesetzten Personen und Gerätschaften nicht mit ganzen Zahlen operiert. Ihre Angaben weisen jeweils zwei Stellen hinter dem Komma auf.

### **E. 8.3**

Letzteres stellt nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin eine unzulässige Änderung der Ausschreibungsvorgaben dar. Demgegenüber vertritt die Beschwerdegegnerin den Standpunkt, angesichts der fixen Ausschreibungsvorgaben zur Arbeitszeit pro Leuchteinheit (Wartung) sei das Vorgehen der Mitbeteiligten der einzige Weg, in der Offerte abzubilden, dass sie sehr wohl in der Lage sei, effizienter und dementsprechend preisgünstiger zu arbeiten. Aus der Sicht der Vergabestelle sei dies im Sinne der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel durchaus zu begrüssen.

#### **E. 8.3.1**

Wie die Beschwerdegegnerin selber ausführt, hat sie in den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Unterhaltsarbeiten an den Leuchten fixe Zeitvorgaben statuiert. Indem sie nun erklärt, sie begrüsse es, dass die Mitbeteiligte einen Weg gefunden habe, eben diese Vorgaben durch den Arbeitseinsatz von Bruchteilen von Personen und Geräten zu unterbieten, argumentiert sie widersprüchlich. Wenn sie in ihrer Ausschreibung das Sparpotenzial möglichst tiefer Arbeitszeiten hätte ausschöpfen wollen, hätte sie sich wie bei der Korrosionsinspektion auf eine blosser Mengenvorgabe beschränken und die Angaben zum Zeitaufwand den Anbieterinnen überlassen können. Dass die Vergabestelle besagte Möglichkeit im einen Bereich (Korrosionsinspektion) wählte und im anderen (Unterhalt) nicht, spricht denn auch vielmehr für einen bewussten Entscheid als für ein Versehen. Der Beschwerdeführerin ist daher beizupflichten, dass die vom System errechnete Gesamtdauer der für Unterhalt und Korrosionsinspektion anfallenden Zeit als verbindliche Vorgabe zu verstehen war.

#### **E. 8.3.2**

Das gilt grundsätzlich auch für die damit einhergehende Vorgabe, wie viele Mitarbeiter bzw. Unterhaltsteams demzufolge für die Arbeiten "neben der Fahrbahn" und "über der Fahrbahn" benötigt werden. Allerdings kann der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres gefolgt werden, wenn sie geltend macht, diese Vorgaben seien nur durch den 100%igen Einsatz einzelner Personen und Geräte zu erbringen. Konkret ist nicht ersichtlich, was gegen den von der Beschwerdegegnerin vertretenen Standpunkt spricht, die Vorgabe "1 Mitarbeiter" als Leistungseinheit zu verstehen. Diese in qualitativer Hinsicht ohnehin nicht näher spezifizierte Einheitsgrösse könnte damit sowohl durch mehrere Personen in Teilleistungen erbracht werden, welche insgesamt mindestens 100 % der Vorgabe entsprechen, als auch durch Personen mit unterschiedlichen Fachausweisen. Dabei erscheint insbesondere der differenzierte Einsatz unterschiedlicher Fachkräfte als durchaus

sachgerecht und ökonomisch sinnvoll. In den Ausschreibungsvorgaben wird ein solches Vorgehen jedenfalls nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Zwar trifft es zu, dass die beiden in der Anleitung zum Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses angeführten Beispiele jeweils ganze Zahlenangaben aufweisen. Das schliesst aber nicht eindeutig aus, dass das vorgegebene Gesamtpensum nicht auch mit einer Stückelung bestehend aus mehreren Fachkräften und Gerätschaften erbracht werden kann.

### **E. 8.3.3**

Eine andere Frage ist, ob die von der Mitbeteiligten konkret eingesetzten Teilleistungen die gemachten Vorgaben auch tatsächlich einhalten.

#### **E. 8.3.3.1**

Hierzu fällt auf, dass die Ausschreibungsunterlagen bezüglich der beiden Leistungsbereiche "Arbeiten neben der Fahrbahn" und "Arbeiten über der Fahrbahn" unterschiedliche Vorgaben enthalten. Während für den Bereich "Arbeiten neben der Fahrbahn" jeweils eine bestimmte Anzahl "Mitarbeiter" vorgegeben wird, lautet die Vorgabe bei den "Arbeiten über der Fahrbahn" nicht auf Mitarbeitende, sondern auf "Team(s)". Welche Mitarbeiterstärke ein solches Team aufzuweisen hat, ist nicht näher vorgegeben, sodass sich auch nicht abschliessend klären lässt, ob die Mitbeteiligte die entsprechenden Vorgaben erfüllt. Das wirft im Übrigen auch Fragen zur Vergleichbarkeit der Angebote auf, welche aber mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offenbleiben können.

#### **E. 8.3.3.2**

Die den Leistungsbereich "Arbeiten neben der Fahrbahn" betreffenden Vorgaben sind dagegen zumindest insofern klar, als dass die Vorgabe ganzer Leistungseinheiten ein 100%iges Äquivalent verlangt. Wird "1 Mitarbeiter" verlangt, kann nicht in guten Treuen angenommen werden, die Vorgabe sei erfüllt, wenn gesamthaft nur 0,xy Fachkräfte angeboten werden. Klar war auch, dass ein entsprechendes Manko nicht durch anderweitige Überkapazitäten kompensiert werden kann. Der Leistungsbeschreibung basiert auf einer konsequenten Trennung der beiden Bereiche "Arbeiten neben der Fahrbahn" und "Arbeiten über der Fahrbahn". In der Anleitung zum Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses wurde jeweils bei beiden Arbeitsbereichen mittels ausdrücklichen Warnhinweises festgehalten, dass die Leistungsvorgaben bezogen auf den jeweiligen Bereich erfüllt sein müssen. Die Berücksichtigung freier Kapazitäten aus dem jeweils anderen Arbeitsbereich wurde damit ausdrücklich und zweifelsfrei ausgeschlossen. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin ist die Mitbeteiligte in ihrem Angebot mehrfach von den gemachten Vorgaben abgewichen. So hat sie bei folgenden Leistungspositionen jeweils gesamthaft weniger als "1 Mitarbeiter" für "Arbeiten neben der Fahrbahn" eingesetzt: Ziffern 4.1.2, 4.2.1 und 4.2.2, 4.3.1, 4.4.1 und 4.4.2, 4.6.1 und 4.6.2, 4.8.1 und 4.8.2, 4.11.1, 4.13.1 und 4.13.2, 4.14.1 und 4.14.2, 4.19.1 und 4.19.2, 4.21.1 und 4.21.2. Die konkreten Angaben bewegen sich im Bereich von 0,02 bis 0,98 Fachkräften, wobei die Werte bei immerhin 15 der insgesamt 19 Positionen deutlich unter 0,98 liegen. Das festgestellte Ausmass der Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben ist denn auch in jeder Hinsicht als gravierend zu werden. Die Vergleichbarkeit mit dem formell korrekten Konkurrenzangebot war auf dieser Grundlage in wesentlichen Teilen nicht gegeben (vgl. hierzu Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., N. 472). Mit der Beschwerdeführerin ist demgemäss von einem schweren Mangel auszugehen, welcher gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen muss.

#### **E. 8.4**

Unter diesen Umständen erübrigt es sich auch, auf die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin, insbesondere jene zum Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. d IVöB-BeitrittsG, näher einzugehen.

#### **E. 9**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der Zuschlag vom 27. Mai/3. Juni 2020 dementsprechend aufzuheben. Die Vergabe hat an die einzig verbleibende Anbieterin, die zweitplatzierte Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

#### **E. 10.1**

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

#### **E. 10.2**

Schliesslich ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheinen Fr. 6'000.-.

#### **E. 11**

Da der geschätzte Auftragswert den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen übersteigt (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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