

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00611 vom 18. März 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00611](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00611)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00611 du 18 mars 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00611 del 18 marzo 2021

## Regeste

Submission | Ungewöhnlich tiefes Angebot; Nachreichen von Unterlagen. Ein Anbieter kann ausgeschlossen werden, wenn er ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, ohne nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können. Allerdings führt der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten des Anbieters nicht deckt, in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots (E. 3.2). Die Kalkulation der Mitbeteiligten erweist sich als nachvollziehbar, es ist nicht von einem Unterangebot auszugehen (E. 3.4). 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 (E. 4.3). Die Mitbeteiligte ist dem Eignungskriterium Betriebs- und Verkehrskonzept nicht vollumfänglich und fristgerecht nachgekommen. Dies führt zu ihrem Ausschluss (E. 4.7). 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 = ZBl 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2.1

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 in Verbindung mit

§ 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

### **E. 2.2**

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Angebot der Mitbeteiligten nicht vollständig gewesen sei und nicht alle Eignungskriterien erfüllt, weshalb das Angebot der Mitbeteiligten auszuschliessen und ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend den Ausschluss der Mitbeteiligten durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Mitbeteiligte hätte ein unlauteres und ungewöhnlich tiefes Angebot eingegeben, wodurch sie die Auftragsbedingungen nicht erfüllen könne.

### **E. 3.2**

Nach § 32 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) kann die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Gemäss § 4a Abs. 1 lit. d IVöB-BeitrittsG kann ein Anbieter ausgeschlossen werden, wenn er ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, ohne nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können. Allerdings führt der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten des Anbieters nicht deckt, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts – im Einklang mit der in der Schweiz vorherrschenden Lehre und Rechtsprechung – in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus der Sicht des Anbieters gerechtfertigt sein, um z. B. die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Diese Art von Preisbildung ist im Geschäftsverkehr unter Privaten weder ungewöhnlich noch gilt sie grundsätzlich als unzulässig; ein Verbot dieses Vorgehens würde den Anbietern das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren, was nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entspricht (VGr, 8. April 2009, VB.2008.00194 E. 7; vgl. zum Ganzen RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48, E. 3b–d, mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f., mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Vorliegend geht die Vergabestelle, der mit Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Erkundigungen nach § 32 SubmV ein erhebliches Ermessen zusteht (RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48), nicht vom Vorliegen eines Unterangebots aus. Die auf ihre Nachfrage hin eingereichte Kalkulation der Mitbeteiligten sei nachvollziehbar und es würde der Mitbeteiligten sogar ein kleiner Gewinn resultieren. Die Beschwerdeführerin errechnete aufgrund von Branchenlöhnen und aufgrund von ihren eigenen Erfahrungswerten, dass der Mitbeteiligten bei Einnahmen von Fr. 436'500.- Ausgaben von mind. Fr. 552'000.- entgehen würden. Sie geht davon aus, dass die Lohnkosten mind. Fr. 152'000.-, die

Logistikkosten mind. Fr. 270'000.-; die Mietkosten mind. Fr. 70'000.- betragen würden und dazu noch Kosten für Betrieb, Unterhalt, Amortisation, Verzinsung, Steuern, Treibstoffe Verwaltung etc. hinzukämen. Auf der Einnahmenseite geht sie von rund Fr. 375'000.- für den Erlös der Abfälle sowie der Entschädigung der Gemeinde von Fr. 61'500.- aus (exkl. MWST).

#### **E. 3.4**

Die Kalkulation der Mitbeteiligten zeigt, dass sie im Endergebnis sogar von höheren Ausgaben als die Beschwerdeführerin ausgeht, welche plausibel erscheinen. Sodann geht sie aber auch von höheren Erlösen für die Abfälle aus. Diese höher berechneten Erlöse resultieren unter anderem aus dem Umstand, dass sie die Erlöse auch mithilfe statistischer Werte des Bundesamts für Umwelt in Bezug für die Produktion von Abfall pro Einwohner errechnet hat. Sodann wird auch "auswärtiger" Abfall eingerechnet. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert dargelegt, weshalb nicht bis zu einem gewissen Mass die Abfälle von Einwohnern aus anderen Gemeinden dazugerechnet werden dürften. So können nicht in allen umliegenden Gemeinden sämtliche vorliegend angebotenen Separatabfälle entsorgt werden, sodass eine Entsorgung in F naheliegend erscheint. Die Berechnungen der Mitbeteiligten erscheinen plausibel und nachvollziehbar. Sodann führt die Mitbeteiligte weitere Einnahmen auf, welche sie durch den Betrieb der Anlage zu generieren gedenkt, welche ebenfalls plausibel erscheinen. Mithilfe dieser zusätzlichen Einnahmen kann die Mitbeteiligte im Endergebnis einen kleinen Gewinn erzielen. Alles in allem erweist sich die Kalkulation der Mitbeteiligten für das Gericht als nachvollziehbar, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung auch auf ein gerichtliches Gutachten verzichtet werden kann (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 18 ff.). Demgemäss ist nicht von einem Unterangebot auszugehen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn die Kalkulation so nicht zutreffen sollte, die Anbietenden bei der Kalkulation ihrer Angebotspreise, insbesondere auch bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands grundsätzlich frei sind, sofern nicht unzulässig tiefe Löhne gezahlt werden (vgl. VGr, 4. August 2016, VB.2016.00180, E. 4.3). Aufgrund der Akten ist jedoch nicht von unzulässig tiefen Löhnen auszugehen. Die Beschwerdegegnerin führt zudem zutreffend darauf aus, dass es den Anbietenden offensteht, nicht kostendeckend zu offerieren, sofern das Angebot den gestellten Anforderungen genügt. Die Anbietenden sind daher nicht verpflichtet, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen (E. 3.2; VGr, 8. August 2012, VB.2012.00257, E. 3.5 mit Hinweisen). Da die Dienstleistungen vom Angebotspreis gedeckt sein mussten, hätte die Mitbeteiligte die Folgen einer allfälligen Fehlkalkulation des Aufwands selber zu tragen (VGr, 4. August 2016, VB.2016.00180, E. 4.3). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3; BGr, 20. Januar 2014, 2C\_346/2013, E. 1.3.3). Da aufgrund der Akten keine konkreten Hinweise bestehen, dass die Mitbeteiligte ihren vertraglichen Verpflichtungen

nicht nachkommen könnte, wäre das Angebot, selbst wenn es ein Unterangebot darstellen würde, aus diesem Grund nicht auszuschliessen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, das Angebot der Mitbeteiligten erweise sich als unvollständig und es seien nicht sämtliche Eignungskriterien erfüllt.

#### **E. 4.2**

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 (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, 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 Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) oder 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, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C\_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00617, E. 3.6; Galli et al., Rz. 444 f.).

#### **E. 4.3**

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 Vergabestelle 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 (VGr, 27. Februar 2020, VB.2019.00485, E. 3.3).

#### **E. 4.4**

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Galli et al., Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 SubmV insbesondere die

fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.5**

Als Eignungskriterien legte die Beschwerdegegnerin folgende Anforderungen fest: - Vollständig ausgefülltes, rechtsgültig unterzeichnetes Leistungsverzeichnis inklusive aller Anhänge und erforderlichen Beilagen. - Der Anbieter muss eine ausreichende Versicherungsdeckung nachweisen können (Betriebshaftpflichtversicherung für Personen- und Sachschäden im Umfang von min. Fr. 10 Mio.). - Nachweis der wirtschaftlichen finanziellen und fachlich-technischen Leistungsfähigkeit. - Gültige Bewilligung des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft Kanton Zürich.

#### **E. 4.6.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Betriebsbewilligung des AWEL sowie diejenige für zur Entgegennahme von Sonderabfällen würden fehlen.

#### **E. 4.6.2**

In den Ausschreibungsunterlagen hielt die Beschwerdegegnerin zum Eignungskriterium "Gültige Bewilligung des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft Kanton Zürich" unter Ziffer 4.5 fest: - Hat ihre Firma eine gültige abfallrechtliche Bewilligung des AWEL für die Entsorgung von Abfällen (bitte aktuelle Bewilligung beilegen)? - Hat ihre Firma eine Bewilligung zur Entgegennahme von Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen im Sinne der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen VeVa (bitte aktuelle Bewilligung beilegen)?

#### **E. 4.6.3**

In ihrer Offerte beantwortete die Mitbeteiligte beide Fragen mit Ja und legte die Erneuerung der Bewilligung zur Entgegennahme von Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen gemäss der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVa) vom 29. Februar 2016 – gültig bis zum 31. Dezember 2020 – bei. Am 30. Juli 2020 verlangte die Beschwerdegegnerin den Nachweis über die abfallrechtliche Betriebsbewilligung sowie die Bewilligung zur Entgegennahme von Sonderabfällen ab dem 1. Januar 2021. Daraufhin reichte die Mitbeteiligte ein Schreiben des AWEL ein, dass nach seinem Kenntnisstand nichts gegen eine ordnungsgemässe Verlängerung der Bewilligung zur Entgegennahme von Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen für weitere fünf Jahre bis 2025 spreche. Eine Betriebsbewilligung legte die Mitbeteiligte nicht vor. Allerdings benötigt sie eine solche erst, ab einer behandelten jährlichen Abfallmenge von 10'000 Tonnen und liegt der ausgeschriebene Auftrag unter dieser Menge (§ 2 Abs. 1 lit. c der Abfallverordnung vom 24. November 1999 i. V. m. Ziffer 40.7 lit. a Anhang der Verordnung vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung).

#### **E. 4.6.4**

Zwar geht die Beschwerdeführerin richtigerweise davon aus, dass die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit naturgemäss mit Blick auf die zu erbringende Beschaffung zukunftsgerichtet erfolgt, weshalb es sinnvoll erschiene, Bewilligungen für den Zeitpunkt ab Vertragsbeginn zu verlangen. Allerdings verlangten die Ausschreibungsunterlagen, die aktuellen Bewilligungen seien beizulegen. Dieses Kriterium kann und darf durchaus so verstanden werden, dass die im Zeitpunkt der Offertstellung gültige Bewilligung einzureichen sei, so wie dies auch von der Beschwerdegegnerin vorgebracht wird. Demgemäss kann der Mitbeteiligten nicht vorgeworfen werden, ihre bis zum 31. Dezember 2020 gültige Bewilligung beigelegt zu haben, war diese Bewilligung doch zum gegebenen Zeitpunkt ihre aktuelle Bewilligung. Ein Ausschluss der Mitbeteiligten rechtfertigt sich aufgrund der Formulierung der Ausschreibungsunterlagen nicht. Sodann lag es im Ermessen der Vergabebehörde, die auf Nachfrage eingereichte Bestätigung des AWEL, dass einer erneuten Bewilligung nichts entgegenstehen würde, als genügenden Nachweis anzuerkennen, wäre ein Ausschluss der Mitbeteiligten trotz dieser Zusicherung des AWEL als überspitzt formalistisch zu betrachten. Hinzu kommt, dass bei der Absteckung des rechtlich Zulässigen im Rahmen der Auslegung auch zu beachten ist, dass die Submissionsbestimmungen insbesondere den wirksamen Wettbewerb fördern sollen (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al., Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend sind in einem offenen Verfahren lediglich zwei Angebote eingegangen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon sehr stark eingeschränkt. Würde eine der beiden Offerten ausgeschlossen, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Dies spricht zusätzlich gegen eine restriktive Auslegung und Handhabung der Eignungskriterien (vgl. zur Handhabung von Ausschlussbestimmungen: VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 7.2.3; 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 4.3.2). Unter diesen Umständen ist das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher zu gewichten als das Interesse an einer restriktiven Auslegung und Handhabung der Eignungskriterien (VGr, 23. Mai 2019, VB.2019.00109, E. 3.5).

#### **E. 4.7.1**

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, das Angebot der Mitbeteiligten erweise sich ausserdem als unvollständig, da die Beschwerdegegnerin doch in neun Punkten Rückfragen gestellt habe. Insbesondere das Eignungskriterium der sicheren Verkehrsführung sei nicht erfüllt und eine nachträgliche Verbesserung nicht zulässig. Beim Provisorium sei eine sichere Verkehrsführung nicht möglich und der neue Hof müsste erst erstellt werden, was problematisch sein könne, da dieser sich an einem belasteten Standort befinde.

#### **E. 4.7.2**

In den Ausschreibungsunterlagen hielt die Vergabebehörde bei den Eignungskriterien unter den Titeln "Betriebskonzept" und "Verkehrskonzept" weiter fest: - Beschreibung des Betriebskonzepts und der Abläufe der Sammelstelle in Bezug auf Besucherführung, Kontrolle und Erfassung der Besucher, Beschriftung, Handling, Lagerung und Abtransport der Separatabfälle. - Beschreibung der sicheren Verkehrsführung innerhalb der Sammelstelle wie auch von Zu- und Wegfahrt, Lösungen bei Grossandrang (Raum der Rückstaulänge), Nachweis von Parkplätzen und Warteräumen, Aufzeigen von Sicherheitsmassnahmen zur Vermeidung von Unfällen, öffentliche Strassen dürfen nicht als Stauraum dienen.

#### **E. 4.7.3**

Die Mitbeteiligte reichte sowohl ein Betriebskonzept als auch ein Verkehrskonzept ein. Dazu wurden von der Vergabestelle diverse Rückfragen gestellt. So sollte die Mitbeteiligte weitere Angaben machen zur Anordnung sowie Anzahl der Parkierungen für anliefernde Kunden, wo genau die übrigen nicht in den Mulden abgegebenen Fraktionen entsorgt werden können und wo sie gelagert werden. Das Betriebskonzept sei mit einem detaillierten Beschrieb des geplanten Betriebsablaufs und der Organisation zu ergänzen. Im Weiteren musste darüber aufgeklärt werden, ob das Provisorium allenfalls über die gesamte Vertragsdauer betrieben werden könnte und ob bei diesem alle Auftragsbedingungen eingehalten werden können. Es musste ein Betriebskonzept und die Organisation für das Provisorium nachgereicht werden. Sodann sollte der Umgang mit der Altlastenproblematik auf dem Grundstück Nr. 01 insbesondere im Hinblick auf den eingereichten Zeitplan erläutert werden. Schliesslich verlangte die Vergabestelle den Nachweis über den Standplatz für das Sonderabfallmobil vom Kanton für den geplanten Standort wie auch beim Provisorium.

#### **E. 4.7.4**

Die Vergabestelle kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre Eignung und ihr Angebot näher erläutern (§ 30 Abs. 1 SubmV). Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts in diesem Zusammenhang sind unzulässig (§ 31 Abs. 1 SubmV). Die Vergabestelle macht geltend, bei ihren Nachfragen hätte es sich lediglich um Erläuterungen gehandelt, ohne dass der Leistungsinhalt verändert worden wäre. Die Mitbeteiligte hätte die in den Eignungskriterien verlangten Konzepte eingereicht, wodurch sie die Eignungskriterien erfüllt habe.

#### **E. 4.7.5**

Die Mitbeteiligte reichte sowohl ein Betriebs- als auch ein Verkehrskonzept für die Deponie E ein. Während die meisten von der Vergabestelle verlangten Unterlagen wohl durchaus als Erläuterungen des bereits dargelegten verstanden werden können, ist dies sowohl beim Nachweis von Parkplätzen als auch bezüglich der Situation beim Provisorium, welches doch für mindestens zwei Monate genutzt werden müsste, nicht der Fall. Bei der Beschreibung der sicheren Verkehrsführung war der Nachweis von Parkplätzen und Warteräumen aufzuzeigen. Dies musste von der Mitbeteiligten nachgeholt werden. Damit ist sie dem Eignungskriterium Verkehrskonzept nicht vollumfänglich und fristgerecht nachgekommen. Auch in Bezug auf das Provisorium, welches von mindestens zwei monatiger Dauer sein würde, lag weder ein Betriebs- noch ein Verkehrskonzept vor. Dies ist insbesondere von Bedeutung, da die altlastenrechtliche Situation zum Zeitpunkt der Vergabe nicht vollends geklärt war und die Dauer der Benutzung des Provisoriums über die zwei Monate hinaus noch unklar war. Das Betriebs- sowie das Verkehrskonzept für das Provisorium waren dabei für die Vertragserfüllung von nicht unerheblicher Bedeutung und auch dem Nachweis von Parkplätzen kommt eine erhebliche Relevanz zu. In Anbetracht dessen war das Nachfordern bzw. die Berücksichtigung der Konzepte bzw. des Nachweises von Parkplätzen nicht mehr zulässig. Indem die Beschwerdegegnerin trotz des Fehlens dieser beiden wichtigen Punkte die Eignungskriterien als erfüllt erachtete, hat sie ihr Ermessen überschritten. Die Mitbeteiligte hat nicht sämtliche Eignungskriterien erfüllt. Dies führt zu ihrem Ausschluss. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. September 2020

dementsprechend aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

#### **E. 5**

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz1 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. Schliesslich ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheinen Fr. 4'000.-.

#### **E. 6**

Der Auftragswert (vgl. Bruttoertrag gemäss Kalkulation der Mitbeteiligten) übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019). Gegen diesen Entscheid ist daher 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 (Art. 83 lit. f BGG).

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