



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11  
3013 Bern  
Telefon +41 31 633 30 11  
info.ra.bvd@be.ch  
www.bvd.be.ch/ra

BVD 130/2023/2

## **Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 6. Dezember 2023**

in der Beschwerdesache zwischen

**A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

vertreten durch Frau Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ und/oder Frau MLaw C. \_\_\_\_\_

und

**D.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdegegnerin

sowie

**Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis II (TBA OIK II)**, Schermenweg 11,  
Postfach, 3001 Bern

vertreten durch Frau Rechtsanwältin G. \_\_\_\_\_

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern, Oberingenieurkreis II (TBA OIK II)  
vom 6. April 2023 (Projekt 248860; Belagserneuerungen 2023, Strasseninspektorat Mittelland  
West)

### **I. Sachverhalt**

1. Am 17. Dezember 2022 schrieb das TBA OIK II (im Folgenden: Vergabestelle) Belagserneuerungen 2023, Strasseninspektorat Mittelland West, im offenen Verfahren auf der Webseite des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)) aus. Einziges Zuschlagskriterium ist der Gesamtpreis. Die Ausschreibung enthält gemäss den Ausschreibungsunterlagen folgende Arbeiten:

«Die vorliegende Ausschreibung beinhaltet den Grundauftrag zur Sanierung von Belägen (allenfalls erweitert auf den gesamten oder teilweisen Ersatz des Oberbaus inkl. Randabschlüsse und Entwässerung) im Strasseninspektorat Mittelland West. Der Oberingenieurkreis II behält sich vor, zusätzliche Arbeiten in Anwendung von IVöB Art. 21 Abs. 2 lit. e freihändig an die mit den vorliegend ausgeschriebenen Arbeiten beauftragte Unternehmung zu vergeben.»

Es gingen insgesamt vier Angebote ein. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten innert Frist ihre Angebote ein. Mit Zuschlagsverfügung vom 6. April 2023 erteilte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin den Zuschlag mit der Begründung, dass das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhalte.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 6. April 2023 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 26. April 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD). Dabei stellt sie folgende Rechtsbegehren und Anträge:

«Rechtsbegehren

1. Die Zuschlagsverfügung vom 5. April 2023 (Simap-Publikation vom 6. April 2023) an D. \_\_\_\_\_ im Ausschreibungsverfahren «Belagserneuerungen 2023, Strasseninspektorat Mittelland West» sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag im streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren sei der Beschwerdeführerin zu erteilen;  
*Eventualiter* sei die Sache mit verbindlichen Anweisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin;  
*Subeventualiter* sei die Sache mit verbindlichen Anweisungen zur Neudurchführung der Beurteilung oder Wiederholung des Verfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen;  
*Subsubeventualiter* sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen und der Beschwerdeführerin Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF 15'000 zulasten der Vergabestelle zuzusprechen.

Anträge

3. Der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch und alsdann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahren – die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle seien der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin und alle, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens negativ präjudizierenden Vorkehren zu untersagen;
4. Für den Fall, dass die Vergabestelle oder die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme zur Beschwerde einreichen, sei der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen;
5. Der Beschwerdeführerin sei vor einem allfälligen Entscheid über die aufschiebende Wirkung Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren, unter Vorbehalt überwiegender berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin und weiterer Anbieterinnen, und ihr sei Gelegenheit einzuräumen, sich zu den Akten zu äussern und ihre Beschwerde zu ergänzen;
6. Für den Fall, dass sich die Zuschlagsempfängerin am Verfahren beteiligt, sei ihr keine Einsicht in als «vertraulich» bezeichnete Beschwerdebeilagen sowie in die Verfahrensakten mit vertraulichen Angaben aus dem Angebot der Beschwerdeführerin zu gewähren;  
*Eventualiter* sei der Zuschlagsempfängerin nur Einsicht in Auszüge aus diesen Dokumenten zu gewähren, nachdem der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben wurde, diejenigen Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, genau zu bezeichnen und diese zu schwärzen.»

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet<sup>1</sup>, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Gleichzeitig erkannte die BVD der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu.

---

<sup>1</sup> Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

4. Mit Stellungnahme vom 5. Juni 2023 stellt die Beschwerdegegnerin folgende Anträge:

- «1. die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen;
- 2. der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen
- 3. die Anordnung der einstweiligen Untersagung aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahren präjudizieren können, ohne Verzug aufzuheben, und;
- 4. die von der Vergabestelle einzureichenden Unterlagen, welche Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin enthalten, von der Akteneinsicht der Beschwerdeführerin auszunehmen und vertraulich zu behandeln.»

Weiter beantragt die Beschwerdegegnerin im gleichen Umfang wie die Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu erhalten.

Die Vorinstanz stellt in ihrer innert verlängerter Frist eingereichten Stellungnahme vom 6. Juni 2023 folgende Rechtsbegehren und Anträge:

«Rechtsbegehren

- 1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
- 2. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen.»

In prozessualer Hinsicht werden folgende Anträge gestellt:

- 3. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen und dabei dessen Rechtsmissbräuchlichkeit festzustellen. Der Vergabestelle sei der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin zu erlauben.
- 4. Der Beschwerdeführerin sei kein zweiter Schriftenwechsel nach Eingang der vorliegenden Stellungnahme und schon gar nicht vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung einzuräumen. Für den Fall, dass ein solcher Schriftenwechsel dennoch angeordnet wird, sei der Vergabestelle Gelegenheit zur Replik einzuräumen.
- 5. Das Gesuch um Akteneinsicht sei nicht zu gewähren, soweit es insbesondere die Offerte der Zuschlagsempfängerin sowie Offerten weiterer Anbieter wie auch Verfahrens-Akten mit entsprechenden vertraulichen Inhalten betrifft. Entsprechend sei der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit einzuräumen, ihre Beschwerde zu ergänzen.

Für den Fall, dass dennoch Akteneinsicht in die erwähnten Dokumente gewährt wird, sei der Vergabestelle vorher Gelegenheit zu geben, jene Stellen, welche Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin oder weiterer Anbieter enthalten, zu bezeichnen resp. zu schwärzen. Sollte der Beschwerdeführerin dennoch Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Akten zu äussern und ihre Beschwerde zu ergänzen, sei der Vergabestelle Gelegenheit zur Replik einzuräumen.»

5. Mit Zwischenverfügung vom 23. Juni 2023 erteilte das Rechtsamt der BVD der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig hiess das Rechtsamt die Akteneinsichtsgesuche der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegnerin insofern gut, als dass es ihnen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll, die Auswertungsunterlagen sowie die Schreiben zur Erläuterung der Angebote in anonymisierter Form gewährte. Bezüglich der Offerten und weiterer Unterlagen wurden die Akteneinsichtsgesuche der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgewiesen. Mit Verfügung vom 4. Juli 2023 stellte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin die entsprechend anonymisierten Verfahrensakten zu und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen und zu den Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 5. Juni 2023 und der Vergabestelle vom 6. Juni 2023 Stellung zu nehmen.

6. Am 21. Juli 2023 reichte die Beschwerdeführerin ihre Ergänzungen und Stellungnahme ein. Dabei hielt sie an den Anträgen gemäss Beschwerde fest, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an die

Vorinstanz zurückzuweisen sei. Die Vergabestelle nahm hierzu mit Eingabe vom 16. August 2023 Stellung, hielt an ihren Ausführungen gemäss Stellungnahme vom 6. Juni 2023 fest und beantragt weiterhin die Abweisung der gestellten Anträge. Auch die Beschwerdegegnerin hielt mit Stellungnahme vom 18. August 2023 an den Anträgen gemäss Stellungnahme vom 5. Juni 2023 fest.

7. Mit Verfügung vom 21. September 2023 bat das Rechtsamt die Vergabestelle um die Beantwortung einer Frage in Bezug auf das Leistungsverzeichnis. Die Vergabestelle reichte ihre Antwort am 5. Oktober 2023 ein.

8. Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 2. Oktober 2023 ihre Schlussbemerkungen ein, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin verzichteten auf das Einreichen von Schlussbemerkungen.

9. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

### 1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Der Kanton Bern ist per 1. Februar 2022 der revidierten IVöB<sup>2</sup> mit einseitiger Erklärung beigetreten, unter dem Vorbehalt, den in Art. 52 Abs. 1 IVöB vorgesehenen einstufigen Instanzenzug in Beschaffungsstreitigkeiten nicht zu übernehmen und den zweistufigen Instanzenzug beizubehalten. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts<sup>3</sup> ist der Vertragsbeitritt unter Vorbehalt zulässig und rechtmässig, womit die IVöB im Kanton Bern gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB als interkantonales Recht auf alle Vergabeverfahren direkt anwendbar ist, die nach dem Beitritt des Kantons Bern am 1. Februar 2022 eingeleitet wurden. Auch wenn man zum Schluss kommen sollte, dass die IVöB aufgrund des erwähnten Vorbehaltes im Kanton Bern nicht als interkantonales Recht zur Anwendung gelangt, so ist diese dennoch gestützt auf Art. 4 Abs. 2 IVöBG<sup>4</sup> und Art. 21a IVöBV<sup>5</sup> als kantonales Gesetzesrecht anwendbar. Die vorliegende öffentliche Beschaffung wurde am 17. Dezember 2022 ausgeschrieben, weshalb das neue Recht gestützt auf Art. 64 Abs. 1 IVöB so oder anders zur Anwendung kommt.

b) Nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 IVöBG können Zuschlagsverfügungen kantonaler Auftraggeber ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Der für das Einladungsverfahren massgebende Auftragswert wird vorliegend überschritten. Das TBA ist eine kantonale Verwaltungseinheit der BVD und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne der IVöB. Die BVD ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

c) Im vorliegenden Verfahren sind vier Angebote eingegangen. Die Beschwerdeführerin hätte als Zweitplatzierte eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der 20-tägigen Rechtsmittelfrist eingereicht

---

<sup>2</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1)

<sup>3</sup> VGE 2023/75 vom 12. Juli 2023, E. 2

<sup>4</sup> Gesetz vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2)

<sup>5</sup> Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV; BSG 731.21)

worden. Sie enthält einen Antrag und eine Begründung. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

d) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG<sup>6</sup>, soweit die IVöB oder das IVöBG nichts anderes bestimmen. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 Abs. 3 IVöB). Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

## 2. Rechtzeitige und vollständige Einreichung der Angebote

a) Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde vom 26. April 2023 aus, zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und dem Angebot der Beschwerdegegnerin gebe es eine auffallend kleine Preisdifferenz von nur CHF 3623.30, welche unerklärlich und nicht zufällig sein könne. In allen früheren Ausschreibungen für Belagserneuerungen des TBA OIK II seit 2019 habe die Beschwerdeführerin den Auftrag aufgrund des preisgünstigsten Angebots jeweils gewonnen, wobei die Preisdifferenzen zum zweittiefsten Angebot immer deutlich gewesen seien. Sie verlange aus diesem Grund Einsicht in die Vergabeunterlagen wie beispielsweise das Original-Couvert des Angebots der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin oder Angaben über die Aufbewahrung der Angebote bei der Vergabestelle bis zu deren Öffnung und Angaben über die anwesenden Personen anlässlich der Offertöffnung.

In der Ergänzung der Beschwerde und Stellungnahme vom 21. Juli 2023 bringt sie vor, in diesem und auch im parallel laufenden Ausschreibungsverfahren zu den Belagsarbeiten Strasseninspektorat Ost hätten dieselben zwei Anbietenden einen praktisch identischen Gesamtpreis angeboten, dieselben Anbieterinnen würden jeweils den ersten und zweiten Platz belegen, der Abstand zwischen dem Erst- und Zweitplatzierten zu den weiteren Anbietenden sei um ein Vielfaches grösser, die Preisdifferenz zwischen Erst- und Zweitplatziertem sei um ein Vielfaches geringer als in den Vorjahren und in beiden Ausschreibungsverfahren sei die originale Kartonschachtel, in welcher die Beschwerdegegnerin ihr Angebot eingereicht habe, nicht mehr vorhanden und offenbar entsorgt worden. Sie glaube nicht an einen Zufall. Sie habe viel Aufwand in ihr Angebot investiert und ihr drohe der Verlust eines wichtigen Auftrags, weshalb sie sicher sein möchte, dass alles korrekt abgelaufen sei. Spätere Änderungen ausserhalb dokumentierter Bereinigungen und Erläuterungen seien nicht zulässig. Die Offertöffnung habe am 23. Februar 2023 und damit unter Umständen erst mehrere Tage nach Eingang der Angebote, welche bis am 20. Februar 2023 der Post hatten übergeben werden müssen, stattgefunden. Die Entsorgung der Kartonschachtel, in welcher das Angebot der Beschwerdegegnerin eingereicht worden sei, verletze den Grundsatz der Transparenz. Es fehle bislang jeder Nachweis, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin so wie es bewertet worden sei, rechtzeitig sowie vollständig eingereicht worden und keine nachträgliche Änderung vorgenommen worden sei. Das könne nachgewiesen werden, indem die Protokolldaten im Kalkulationsprogramm der Beschwerdegegnerin und auf der elektronisch eingereichten Version des Angebots verglichen würden. Aus diesen Daten würde hervorgehen, wann die Beschwerdegegnerin die Preise erfasst oder geändert habe und wann die letzte Bearbeitung erfolgt sei.

b) Die Vergabestelle führt aus, die vier eingetroffenen Angebote seien bis zur Offertöffnung am 23. Februar 2023 in einem abgeschlossenen Schrank in den Räumlichkeiten der Vergabestelle aufbewahrt worden. Die Offertöffnung sei durch die Herren E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ in einem Grossraumsitzungszimmer durchgeführt worden, wo gleichzeitig auch noch weitere Mitarbeiter

<sup>6</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

gearbeitet hätten. Mit Ausnahme der Offerte der Beschwerdeführerin seien die Offerten in Kartonschachteln eingegangen. Diese Kartonschachteln seien nach erfolgter Offertöffnung und nach Erstellen des Öffnungsprotokolls infolge der Platzverhältnisse entsorgt worden.

In ihrer Stellungnahme vom 16. August 2023 bringt die Vergabestelle vor, dem Offertöffnungsprotokoll könne transparent entnommen werden, dass alle Offerten – auch jene der Beschwerdegegnerin – fristgerecht eingegangen seien. Die Offerte der Beschwerdegegnerin sei auch vollständig gewesen, Nachforderungen seien bei keiner Offerte nötig gewesen.

c) Die Beschwerdegegnerin gibt in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2023 an, die Beschwerdeführerin habe mit ihren Angeboten in den letzten Jahren den Massstab und damit das Preisniveau für solche Arbeiten gesetzt. Durch die öffentlichen Publikationen auf SIMAP sei dieses Preisniveau auch ihr bekannt gewesen, weshalb sie weit knapper und mit tieferen Ansätzen kalkuliert habe als sonst üblich, um den Zuschlag zu erhalten. Dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin konkurrenzfähig geworden sei, sei kein Zufall, dass die Preisdifferenz so knapp ausgefallen jedoch schon. Die Beschwerdeführerin könne mit dem Umstand, für einmal nicht den Zuschlag erhalten zu haben, nicht umgehen und suche nun die Ursachen bei der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin.

In ihrer Stellungnahme vom 18. August 2023 führt die Beschwerdegegnerin aus, die Beschwerdeführerin versuche Zweifel an der rechtzeitigen und vollständigen Einreichung ihres Angebots zu streuen, liefere aber keine Anhaltspunkte für die Berechtigung oder Stichhaltigkeit dieser Zweifel. Ohne Anerkennung einer Beweispflicht reiche sie jedoch den Nachweis zu den Akten, dass sie ihr vollständiges Angebot rechtzeitig eingereicht habe. Zur Abgabe weiterer Dokumente oder Nachweise sei sie nicht bereit. Sie müsse auch nicht nachweisen, dass ihr Angebot nicht nachträglich geändert worden sei. Der Beweis behaupteter Tatsachen obliege der Beschwerdeführerin und diese trage auch die Folgen, wenn der Beweis nicht gelinge.

d) Nach Art. 34 Abs. 1 IVöB müssen Angebote schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden.

Gemäss Art. 37 Abs. 1 IVöB werden die im offenen und selektiven Verfahren sowie im Einladungsverfahren fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers geöffnet. Art. 37 Abs. 2 IVöB verpflichtet den Auftraggeber, über die Angebotsöffnung ein Protokoll zu erstellen, in welchem mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, das Datum der Einreichung ihrer Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote festzuhalten sind.

Art. 49 IVöB verpflichtet die Auftraggeber zur Aufbewahrung massgeblicher Unterlagen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren während mindestens drei Jahren ab rechtskräftigem Zuschlag. In Abs. 2 werden diese aufzubewahrenden Unterlagen aufgeführt:

«<sup>2</sup> Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

- a die Ausschreibung;
- b die Ausschreibungsunterlagen;
- c das Protokoll der Angebotsöffnung;
- d die Korrespondenz über das Vergabeverfahren;
- e die Bereinigungsprotokolle;
- f Verfügungen im Rahmen des Vergabeverfahrens;
- g das berücksichtigte Angebot;
- h Daten zur Rückverfolgbarkeit der elektronischen Abwicklung einer Beschaffung;
- i Dokumentationen über im Staatsvertragsbereich freihändig vergebene öffentliche Aufträge.»

Bei Nichterfüllen der Formerfordernisse oder anderer Voraussetzungen zur Teilnahme am Vergabeverfahren kann die Vergabestelle eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausschliessen (Art. 44 Abs. 1 Bst. a und b IVöB).

e) In der am 17. Dezember 2022 publizierten Ausschreibung wurde als Frist für die Einreichung des Angebots der 20. Februar 2023 angegeben. Den «Besonderen Bestimmungen» (Dokument B) kann entnommen werden, dass das Angebot als fristgerecht eingereicht gilt, wenn es spätestens am 20. Februar 2023 der Post übergeben wurde.

Die Vergabestelle führt in ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2023 aus, die eingegangenen Angebote seien ab Eingang bei der Vergabestelle in einem verschlossenen Schrank aufbewahrt worden und am 23. Februar 2023 in Anwesenheit von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in einem Grossraumbüro, in welchem sich auch noch andere Personen aufgehalten hätten, geöffnet worden. Im Offertöffnungsprotokoll wurde festgehalten, dass alle vier eingegangenen Angebote rechtzeitig am 20. Februar 2023 der Post übergeben wurden. Diese Angaben sind plausibel und die BVD sieht keinen Anlass, daran zu zweifeln. Die Voraussetzungen von Art. 37 Abs. 1 und 2 IVöB wurden von der Vergabestelle eingehalten. Sie hat die gemäss Art. 49 Abs. 2 IVöB aufzubewahrenden Unterlagen in ihren Verfahrensakten abgelegt. Sie ist nicht verpflichtet, die Couverts oder Kartons aufzubewahren, in welchen die Angebote eingereicht wurden.

Der von der Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 18. August 2023 zu den Akten gereichten Aufgabequittung der Post sowie der Sendungsverfolgung kann entnommen werden, dass diese ihre Offerte am 20. Februar 2023 der Post übergeben hat und die Sendung am 21. Februar 2023 der Vergabestelle zugestellt wurde.

Die Beschwerdegegnerin hat ihr Angebot – wie die anderen Anbieterinnen – rechtzeitig und vollständig bei der Vergabestelle eingereicht. Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin ihr Angebot nach Eintreffen bei der Vergabestelle noch verändert oder ergänzt hat. Wer aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas für seinen Rechtsstandpunkt ableiten will, trägt die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit.<sup>7</sup> Diesen Beweis erbringt die Beschwerdeführerin nicht. Aus ihrer pauschalen, nicht näher belegten Behauptung lässt sich daher nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

Vorliegend bestand und besteht damit kein Anlass, das Angebot der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 44 IVöB vom Verfahren auszuschliessen.

### 3. Bereinigung der Angebotspreise

a) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, der im Offertöffnungsprotokoll vermerkte Preis des tiefsten Angebots stimme nicht mit dem im Zuschlag publizierten Angebotspreis überein. Im Debriefing habe die Vergabestelle erklärt, die Beschwerdegegnerin habe im Angebot einen falschen Angebotspreis deklariert. Eine Bereinigung der Angebote unter Einbezug von ihr habe aber nicht stattgefunden. Die Differenz sei nicht nachvollziehbar.

Auch in ihrer Ergänzung der Beschwerde und Stellungnahme vom 21. Juli 2023 führt die Beschwerdeführerin aus, sie könne immer noch nicht nachvollziehen was und wie genau bereinigt worden sei. Ausserdem lasse sich den Vergabeakten entnehmen, dass in Bezug auf das Angebot der Beschwerdegegnerin auch Erläuterungsbedarf bestanden habe. Verschiedene Positionen seien offenbar unter oder über den marktüblichen Preisen gelegen, weshalb die Vergabestelle

---

<sup>7</sup> Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 19 N. 7

Begründungen und Preisanalysen verlangt habe. Dies betreffe auch Positionen, welche sie in ihrer Beschwerde angeführt habe mit der Vermutung, dass Anbietende wegen Unzulänglichkeiten im Leistungsverzeichnis nicht marktübliche Preise offeriert haben könnten.

b) Die Vergabestelle gab in ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2023 an, in allen Angeboten sei der für die Position 223.203, Objekt «GP», offerierte Betrag vom angebotenen Preis abgezogen worden, weil es für dieses Objekt «GP» keinen Bedarf gebe. Für diese Anpassung sei kein Kontakt mit den Anbietenden nötig gewesen. In Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin hätte es keinen Bereinigungsbedarf gegeben. Die Beschwerdegegnerin habe hingegen im Preis des Deckblattes fälschlicherweise eine Position (Bodenwelle) eingerechnet, was nicht sachgerecht gewesen sei. Für die Vergleichbarmachung der Angebote sei dies zu korrigieren gewesen.

c) Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden (Art. 2 Abs. 1 Bst. c IVöB). Um die Gleichbehandlung der Anbietenden gewährleisten zu können, müssen die eingereichten Angebote objektiv vergleichbar sein.

Gemäss Art. 38 Abs. 1 IVöB hat die Vergabestelle die aufgrund der öffentlichen Ausschreibung eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse zu prüfen und offensichtliche Rechenfehler von Amtes wegen zu berichtigen. Art. 39 IVöB gibt Folgendes vor:

«Art. 39 Bereinigung der Angebote

<sup>1</sup> Der Auftraggeber kann mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln.

<sup>2</sup> Eine Bereinigung findet nur dann statt, wenn:

- a) erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können; oder
- b) Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potentielle Anbieterkreis verändert.

<sup>3</sup> Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist nur im Zusammenhang mit den Tatbeständen von Absatz 2 zulässig.

<sup>4</sup> Der Auftraggeber hält die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll fest.»

Ein Anwendungsfall von Art. 39 Abs. 2 IVöB ist, wenn die Vergabestelle erst nach Eingang der Angebote untergeordnete korrekturbedürftige Mängel in den Ausschreibungsunterlagen feststellt. Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots müssen in eine allfällige Bereinigung alle Anbietenden miteinbezogen werden, sofern sie gemäss Einschätzung der Vergabestelle vernünftigerweise für den Zuschlag infrage kommen.<sup>8</sup> Das nach Art. 39 Abs. 4 IVöB geforderte Protokoll dient dem Zweck der Nachvollziehbarkeit und soll die Gleichbehandlung der Anbieterinnen sicherstellen. Die Ergebnisse der Bereinigung wirken sich auf die Rangfolge der Angebote aus und müssen daher logisch nachvollziehbar im Evaluationsbericht abgebildet werden. Dadurch wird es der Beschwerdeinstanz im Falle einer Beschwerde ermöglicht, diesen Schritt der Vergabebehörde auf seine Nachvollziehbarkeit hin zu überprüfen.<sup>9</sup>

d) Die von der Vergabestelle angegebene Position 223.203, Objekt «GP», befindet sich im Leistungsverzeichnis «Belagsarbeiten, Projekt Belagserneuerungen 2023/01, Diverse Kantons-

<sup>8</sup> Trüeb Hans Rudolf / Clausen Nathalie, in Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl. 2021, Art. 39 N. 5 f.

<sup>9</sup> Trüeb Hans Rudolf, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 39 N. 33

strassen SI Mittelland West, Objekte». Position 223.203 betrifft Schieber- oder Hydrantenkappen und die zu bepreisende Einheit ist mit Stücken angegeben, wobei die Anbietenden drei Stücke zu offerieren hatten. Die Vergabestelle gibt in ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2023 an, die Position 223.203, Objekt «GP», sei nach Einreichung der Angebote aus allen eingegangenen Offerten gestrichen worden, weil das Objekt «GP» nicht Teil des ausgeschriebenen Bedarfs gewesen sei.

Grundsätzlich ist die Vergabestelle an die gemachten Angaben im Leistungsverzeichnis gebunden. Werden jedoch nach Einreichung der Angebote untergeordnete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen festgestellt, kann die Vergabestelle diese korrigieren. Würde der Mangel nicht korrigiert, bestünde das Risiko, dass nicht das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhält. Die Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, einen Hinweis auf eine allfällige Bereinigung in den Ausschreibungsunterlagen zu machen, da Art. 39 IVöB diese Möglichkeit vorsieht.<sup>10</sup> Die Vornahme einer Anpassung an den benötigten Leistungsinhalten und Leistungsanforderungen durch die Vergabestelle ist nach Einreichung der Angebote möglich, sofern die charakteristische Leistung gleich bleibt und die Anpassung nachvollziehbar ist. Dazu sieht Art. 39 Abs. 4 IVöB vor, dass die Vergabestelle die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll festhält.

Die Vergabestelle ist folglich grundsätzlich berechtigt, nachträglich gewisse (nicht benötigte) Leistungen, welche die charakteristische Leistung nicht verändern, aus dem Leistungsverzeichnis zu entfernen. Dies hat die Vergabestelle hinsichtlich der Position 223.203, Objekt «GP», getan. Zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Offerten ist die Entfernung einer nicht benötigten Position im Leistungsverzeichnis bei allen Anbietenden sogar angezeigt, da dies gerade bei wie vorliegend nahe beieinanderliegenden Offertsummen und wenn der Preis das einzige Beurteilungskriterium ist, einen Einfluss auf den Verfahrensausgang haben kann. Die Vergabestelle hat sich in den Ausschreibungsunterlagen<sup>11</sup> die Durchführung einer Bereinigung nach Art. 39 IVöB zudem ausdrücklich vorbehalten.

Aus den Offerten geht hervor, dass die Vergabestelle die Position 223.203, Objekt «GP», bei allen vier Anbieterinnen von der Angebotssumme abgezogen hat. Die Differenz zwischen den aufgeführten Angebotspreisen der Anbieterinnen im Offertöffnungsprotokoll und im Dokument «Bewertung der Angebote (Vergleichstabelle)» entspricht grundsätzlich den von den Anbieterinnen in Position 223.203, Objekt «GP», angegebenen Totalbetrag für drei zu offerierenden Stücke zuzüglich Mehrwertsteuer.

Die Bereinigung bezüglich Position 223.203, Objekt «GP», war damit grundsätzlich möglich. Allerdings muss die Leistungsänderung gemäss Art. 39 Abs. 4 IVöB «objektiv und sachlich» geboten sein. Die Bereinigung muss damit nachvollziehbar begründet werden. Die Anforderungen an diese Begründung dürften noch grösser sein, wenn – wie hier – der Preis das einzige Zuschlagskriterium darstellt, um sich nicht dem Vorwurf der gezielten Einflussnahme auf die Bewertung gefallen lassen zu müssen. Die Vergabestelle führt vorliegend lediglich aus, das Objekt «GP» sei nicht Teil des ausgeschriebenen Bedarfs gewesen. Diese Begründung erweist sich als ungenügend, da sich daraus nicht ergibt, wieso dieses Objekt, welches noch Teil des Leistungsverzeichnisses und damit des ursprünglichen Bedarfs war, inzwischen nicht mehr benötigt wird. Zudem hat die Vergabestelle die vorgenommenen Anpassungen nicht nachvollziehbar protokolliert und gegenüber den Anbieterinnen nicht begründet und offengelegt, was gegen Art. 39 Abs. 4 IVöB verstösst und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt.

---

<sup>10</sup> Trüeb Hans Rudolf / Gygi Bruno, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 39 N. 13, 17 ff.

<sup>11</sup> Dokument B «Bestimmungen zum Vergabeverfahren und Besondere Bestimmungen vom 15. Dezember 2022», Ziffer 225.300, pag. 000026

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Allerdings ist eine Heilung auch denkbar, wenn die Kognition der Vorinstanz zwar umfassender ist, die Rüge aber eine reine Rechtsfrage betrifft, welche von der Rechtsmittelinstanz voll überprüft werden kann.<sup>12</sup> Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.<sup>13</sup>

Die Vergabestelle wäre verpflichtet gewesen, die Anpassung des Leistungsverzeichnisses gegenüber den Anbieterinnen offenzulegen und nachvollziehbar zu begründen. Ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden kann, kann vorliegend hinsichtlich des Verfahrensausgangs offen gelassen werden.

e) In den Ausschreibungsunterlagen sind im «Dokument D Leistungsverzeichnisse» drei Formulare mit dem Titel «ANGEBOT» enthalten: Eines für die Objekte «Diverse Strassen und Gemeinden im SI Mittelland West / Objekte» und «Diverse Strassen und Gemeinden im SI Mittelland West / Belagsflicke»<sup>14</sup>, eines für «Pfortneranlagen, Bodenwelle»<sup>15</sup> und eines für «SWISSCOM-Schächte»<sup>16</sup>.

Alle Anbieterinnen haben für die Leistungen des Leistungsverzeichnisses «SWISSCOM-Schächte» ein Angebot von CHF 0.00 abgegeben. Die Beschwerdegegnerin sowie eine weitere, am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligte Anbieterin haben in ihren Angebotssummen gemäss Offertöffnungsprotokoll die Gesamtsumme für die Leistungsverzeichnisse «1 / Belagsobjekte», «100 / Belagsflicke» und «Pfortneranlagen, Bodenwelle» eingerechnet. Die Beschwerdeführerin sowie die vierte (ebenfalls nicht am Beschwerdeverfahren beteiligte) Anbieterin haben in ihren Angebotssummen lediglich die Summen für die Leistungsverzeichnisse «1 / Belagsobjekte» und «100 / Belagsflicke» angegeben, das Angebot für das Leistungsverzeichnis «Pfortneranlagen, Bodenwelle» jedoch nicht.

Die Vergabestelle macht geltend, sie hätte das Angebot der Beschwerdegegnerin bereinigen müssen, da diese fälschlicherweise im Preis des Deckblattes die Position «Bodenwelle» eingerechnet hatte, was nicht sachgerecht und für die Vergleichbarmachung der Angebote deshalb zu korrigieren gewesen sei. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist und dass das Leistungsverzeichnis unverändert und vollständig ausgefüllt einzureichen ist. Es geht nicht aus den Ausschreibungsunterlagen hervor, dass die offerierte Summe für das Leistungsverzeichnis «Pfortneranlagen, Bodenwelle» bei der Beurteilung des Kriteriums «Preis» nicht berücksichtigt wird. Im Unterschied zur Position «GP» (vgl. oben) macht die Vergabestelle hier auch nicht geltend, dass sie die Position «Pfortneranlagen, Bodenwelle» nicht mehr benötige und aus diesem Grund die offerierten Preise dieser Position beim bewerteten Gesamtpreis nicht berücksichtigt hat.

---

<sup>12</sup> Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 11

<sup>13</sup> BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

<sup>14</sup> Vorakten der Vorinstanz, pag. 000062

<sup>15</sup> Vorakten der Vorinstanz, pag. 000142

<sup>16</sup> Vorakten der Vorinstanz, pag. 000175

Die Vergabestelle hat damit mit der Position «Pfortneranlagen, Bodenwelle» einen in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Teil des Leistungsverzeichnisses nicht in den für die Bewertung massgebenden Gesamtpreis integriert, ohne dies in den Ausschreibungsunterlagen so festgehalten zu haben. Die Anbieterinnen konnten bzw. mussten daher davon ausgehen, dass auch der angebotene Preis dieser Position bewertungsrelevant ist. Mit der nachträglichen Streichung dieser Position aus dem für die Bewertung massgebenden Gesamtpreis hat die Vergabestelle die Spielregeln in relevanter Weise verändert, was nicht zulässig ist. So kann die nachträgliche Streichung eines Teils der Offertsumme dazu führen, dass einer der Anbieterinnen ein Vorteil zuteil kommt. Gerade bei Vergabeverfahren wie dem Vorliegenden, bei welchem der Preis das einzige Zuschlagskriterium bildet, kann dies unmittelbare Auswirkungen auf die Rangfolge haben. Die Nichtberücksichtigung eines Teils der zu offerierenden Leistung beim bewertungsrelevanten Gesamtpreis ohne die entsprechende Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen stellt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot sowie das Gleichbehandlungsgebot dar und ist nicht zulässig.

f) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vergabestelle habe bei der Beschwerdegegnerin Erläuterungen in Bezug auf diverse Positionen eingeholt, da die von ihr offerierten Preise offenbar unter oder über den marktüblichen Preisen liegen würden. Unter anderem betreffe dies auch Positionen, welche sie in ihrer Beschwerde erwähnt habe.

Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 16. März 2023 bei der Beschwerdegegnerin aufgrund offensichtlicher Differenzen zu marktüblichen Preisen Begründungen sowie Preisanalysen zu bestimmten Positionen eingefordert. Die Beschwerdegegnerin hat mit Eingabe vom 24. März 2023 Stellung genommen. Ob diese Antworten bei der Bewertung der Offerte der Beschwerdegegnerin von der Vergabestelle genügend berücksichtigt wurden, kann hinsichtlich des Verfahrensausgangs ebenfalls offen gelassen werden.

Im Übrigen ist zu erwähnen, dass die Vergabestelle einen Übertragungsfehler der Beschwerdeführerin beim Übertragen der Brutto-Angebotssumme des Leistungsverzeichnisses «1 / Belagsobjekte» in das Angebotsformular (Abweichung von CHF 90.00) nicht korrigiert hat, womit der im Angebotsvergleich relevante Gesamtpreis der Beschwerdeführerin nicht korrekt war und um diese Differenz zu korrigieren wäre.

#### 4. Zuschlag an vorteilhaftestes Angebot

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, nach Kenntnis der geringen Preisdifferenz zwischen dem erst- und dem zweitplatzierten Angebot habe sie das Leistungsverzeichnis eingehend studiert, wobei ihr Ungereimtheiten im Leistungsverzeichnis LV-100 Belagsflicke aufgefallen seien. Die Mengenangaben für die Positionen 262.228, 262.243, 266.128, 266.143, 267.143 und 267.144 gingen davon aus, dass ein Grossteil der in diesen Positionen genannten und abzutransportierenden Altbeläge Deponien des Typs E zugeführt werden müssten. Gleichzeitig würden die Mengenangaben aber auch vorsehen, dass es sich bei einem Grossteil der Altbeläge um wenig belastetes Material mit einem PAK-Gehalt von weniger als 250 mg/kg handle. Hier gebe es einen Widerspruch zwischen dem PAK-Gehalt und der Zuordnung zu den Deponien. Während der Vertragserfüllung werde in Realität weniger belastetes Material mit einem PAK-Gehalt von weniger als 250 mg/kg nicht Deponien des Typs E zugeführt. Die Lagerung von Material auf Deponien Typ E sei viel teurer als auf Deponien des Typs B, weshalb mit diesen Positionen spekuliert werden könnte. Anbietende, welche diesen Widerspruch entdeckt hätten, hätten in den Positionen 262.243, 266.143 und 267.143, welche in Realität weniger oft verrechnet würden, als im Leistungsverzeichnis vorgesehen, tiefe Preise anbieten können. Bei den im Leistungsverzeichnis weniger oft vorkommenden Positionen 266.128 und 267.144, welche in Realität aber dann mehr angewendet würden, hätte eine spekulierende Anbieterin höhere Preise anbieten können. Dies

würde nach der Vergabe zu Mehrkosten und zu einem zusätzlichen Gewinn für die Anbieterin führen. Die Beschwerdeführerin vermute, dass die Beschwerdegegnerin spekuliert habe und nicht das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Die Vergabestelle hätte diese Positionen bereinigen müssen. Zudem könne eine Preisspekulation sogar zum Ausschluss einer Anbieterin führen. Die Beschwerdeführerin bringt zudem vor, sie hätte nicht schon während des Ausschreibungsverfahrens auf diese Ungereimtheiten hinweisen können. Sie hätte nämlich die Inkonsistenz und das Spekulationspotential erst erkannt, nachdem sie wegen der geringen Preisdifferenz die Leistungsverzeichnisse nochmals eingehend studiert habe.

In ihrer Ergänzung der Beschwerde vom 21. Juli 2023 führt die Beschwerdeführerin aus, Mängel in den Ausschreibungsunterlagen dürften und müssten korrigiert werden. Die falschen Mengenangaben in Positionen 262.228, 262.243 266.128, 266.143, 267.143 und 267.144 des Leistungsverzeichnisses LV-100 Belagsflicke hätten korrigiert und die Angebote basierend auf den angebotenen Preisen mit den korrigierten Mengenangaben bewertet werden müssen. Diese Bereinigung hätte unabhängig davon stattfinden müssen, ob ein Anbieter diese Mängel zu seinen Gunsten genutzt hat oder nicht. Weiter macht sie Ausführungen zur Rechtzeitigkeit ihrer Rüge. Es sei nicht korrekt, dass die Leistungsverzeichnisse in den letzten Jahren immer gleich geblieben seien. Sie bringt auch vor, keine der Anbieterinnen habe die Fehler im Leistungsverzeichnis früher gerügt, dies entweder weil sie sie nicht erkannt hätten oder weil sie sie erkannt und zu ihren Gunsten zu nutzen versucht hätten. Massgebend sei, dass die Fehler nicht ohne weiteres erkennbar gewesen seien und das Beschwerderecht daher nicht verwirkt sei.

b) Die Vergabestelle führt in ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2023 aus, es sei gerade nicht verboten, Material mit einem PAK-Gehalt bis 250 mg/kg auf eine Deponie des Typs E zuzuführen. Die Vergabestelle habe nichts ausgeschrieben, was gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstosse. Bezüglich der Annahme der Preisspekulation seitens der Beschwerdegegnerin gab die Vergabestelle an, diese habe in den fraglichen Positionen in ihrem Angebot Einheitspreise eingesetzt, welche relativ nahe beieinander liegen würden, die Unterschiede würden im niedrigen Frankenbereich liegen. Die von der Beschwerdeführerin eingesetzten Preise für die fraglichen Positionen würden jedoch weit auseinander liegen und sich bis zum hohen zweistelligen Frankenbereich unterscheiden. Es sei die Beschwerdeführerin, welche in den Positionen 262.243, 266.143 und 237.143 im Vergleich zur Beschwerdegegnerin tiefer und in den Positionen 266.128 und 267.144 höher offeriert habe. Die Vergabestelle habe keine Fehler gemacht und nicht widerrechtlich ausgeschrieben. Es habe somit seitens Vergabestelle auch nichts zu bereinigen gegeben in Bezug auf diese Positionen im Leistungsverzeichnis. Die Beschwerdeführerin habe jahrelange Erfahrung mit den immer gleichen Leistungsverzeichnis-Positionen und hätte die erkannten Unstimmigkeiten mit Beschwerde gegen die Ausschreibung monieren müssen oder spätestens zum Zeitpunkt der Fragerunde darauf hinweisen müssen. Dies habe sie unterlassen.

In ihrer Stellungnahme vom 16. August 2023 bringt die Vergabestelle vor, es bestünden keinerlei Hinweise für Spekulationen in den von der Beschwerdeführerin vermuteten Positionen. Auch «offensichtliche Differenzen zu marktüblichen Preisen» seien nicht bereits Spekulationen, sondern Anlass zur Einholung von Erläuterungen. Die Beschwerdeführerin habe im Vergabeverfahren nicht auf Fehler in den Ausschreibungsunterlagen hingewiesen, obwohl sie vorvertragliche Loyalitäts- und Aufklärungspflichten habe und auf erkannte Ungereimtheiten hinweisen müsse.

c) Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2023 Vorwürfe der Spekulation von sich. Gesamtpreislich sei ihr Angebot nahezu identisch mit demjenigen der Beschwerdeführerin, weshalb das eine Angebot schon aus diesem Grund nicht spekulativ sein könne, das andere jedoch nicht. Nach der Argumentation der Beschwerdeführerin müsste denn der Angebotspreis eines spekulierenden Anbieters auch wesentlich tiefer sein als derjenige der Konkurrenz. Vor diesem Hintergrund würde es wenig Sinn ergeben, sich angeblichen Mengen-

spekulationen hinzugeben und sich der latenten Gefahr eines Verfahrensausschlusses auszusetzen, um im Ergebnis preislich gleichauf mit der Konkurrenz zu liegen.

Der Beschwerdegegnerin seien keine Fehler oder Ungereimtheiten im Leistungsverzeichnis aufgefallen. Sie habe auch nicht danach gesucht, sondern auf die grundsätzliche Richtigkeit und Vollständigkeit des Leistungsverzeichnisses vertraut. Die Angabe der Vorausmasse im Leistungsverzeichnis würde eine Prognose der Vergabestelle darstellen, welche sich später als ungenau erweisen könne und ohnehin nie exakt sein könne. Hätte die Vergabestelle die Angebotspreise unter alternativen Mengengerüsten prüfen und vergleichen wollen, hätte sie dies in der Ausschreibung bekannt geben müssen. Eine solche Ankündigung liege nicht vor. Die Beschwerdeführerin könne nicht aufzeigen, mit welchen alternativen, aber ebenso wahrscheinlichen Mengen die Bewertung des Angebotspreises konkret zu ihren Gunsten ausgefallen wäre. Sie sage auch nichts zu den nach ihrer Ansicht nach «richtigen» Mengen. Schliesslich bringt die Beschwerdegegnerin vor, die geltend gemachten Mängel im Leistungsverzeichnis hätten bereits mit der Ausschreibung gerügt werden müssen. Die Rüge sei deshalb verwirkt und nicht mehr zu hören.

In ihrer Stellungnahme vom 18. August 2023 bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass die Rüge bezüglich des mangelhaften Leistungsverzeichnisses rechtzeitig erfolgt sei. Einwendungen hätte sie direkt zusammen mit der Ausschreibung anfechten müssen. Das Leistungsverzeichnis sei denn auch nicht nur ein untergeordneter Bestandteil der Ausschreibung, sondern deren Herzstück. Diesem komme umso mehr Bedeutung zu, je höher das Zuschlagskriterium «Preis» bewertet werde. Es sei mit dem Gebot von Fairness sowie von Treu und Glauben unvereinbar, dass die Beschwerdeführerin mit der Rüge der von ihr erkannten Ungereimtheiten im Leistungsverzeichnis solange zugewartet habe, bis sie beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden sei. Sie habe ihr Beschwerderecht diesbezüglich verwirkt.

d) Die Ausschreibungsunterlagen, zu denen auch das Leistungsverzeichnis gehört, sind integrierender Bestandteil der Ausschreibung. Gestützt auf Art. 53 Abs. 2 IVöB müssen Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden, sofern deren Bedeutung erkennbar war. Bei der Erkennbarkeit ist darauf abzustützen, wie eine durchschnittliche fachkundige Anbieterin die Anordnungen nach dem Vertrauensprinzip und bei Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt verstehen darf. Werden allfällige, erkennbare Mängel in den Ausschreibungsunterlagen innert der Beschwerdefrist gegen diese Ausschreibung nicht gerügt, verwirkt das Beschwerderecht. Jedoch kann eine Ausschreibung auch Vorgaben enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch nicht klar genug sind und sich erst im weiteren Verlauf oder nach der Durchführung des Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben. Mängel, die erst nach Ablauf der für die Anfechtung der Ausschreibung laufenden Beschwerdefrist erkennbar sind, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die nächstfolgende Verfügung noch vorgebracht werden. Dies kann auch erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag der Fall sein.<sup>17</sup>

Das Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem den wirtschaftlich, volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel und die Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b IVöB). In Art. 11 IVöB sind die Verfahrensgrundsätze aufgeführt, nach welchen die Vergabestelle das Vergabeverfahren transparent, objektiv und unparteiisch durchzuführen hat (Bst. a).

Im Verlaufe des Vergabeverfahrens prüft der Auftraggeber die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse und korrigiert offensichtliche Rechenfehler von Amtes wegen

---

<sup>17</sup> Trüb Hans Rudolf / Clausen Nathalie, in Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl. 2021, Art. 53 N. 19 ff.; VGE 2020/40 vom 10. Juni 2020

(Art. 38 Abs. 1 IVöB). Weiter kann der Auftraggeber von den Anbietenden eine Erläuterung des Angebots verlangen, welche schriftlich festzuhalten ist (Art. 38 Abs. 2 IVöB). Dieser Erläuterung dient dem Ziel, den vorhandenen Angebotsinhalt zu klären, um die Vergleichbarkeit von Offerten vor allem hinsichtlich der Angaben, welche sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen, sicherzustellen.<sup>18</sup>

e) Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe nach Kenntnis der aussergewöhnlich geringen Preisdifferenz zum tiefsten Preisangebot begonnen, nach Erklärungen dafür zu suchen. Nach eingehendem Studium der Leistungsverzeichnisse seien ihr Ungereimtheiten im Leistungsverzeichnis LV-100 Belagsflicke aufgefallen. Der Zuschlag sei daher aufzuheben, die Preisevaluation sei mit den richtigen Mengen durchzuführen und der Zuschlag sei dem vorteilhaftesten Angebot zu erteilen. Sie habe diese Inkonsistenz und das Spekulationspotential aber nicht schon vorher erkennen können, sondern erst nach dem nochmaligen eingehenden Studium der Leistungsverzeichnisse aufgrund der kleinen Preisdifferenz.

Es handelt sich bei der vorliegenden Unstimmigkeit im Leistungsverzeichnis nicht um einen derart offensichtlichen Mangel, dass dieser bereits bei einer ersten Sichtung der Ausschreibungsunterlagen in seiner vollen Bedeutung und Tragweite erkennbar war. Die Ausschreibungsunterlagen sind sehr umfangreich. Von den Anbieterinnen konnte nicht erwartet werden, alle Positionen innert 20 Tagen seit der Publikation der Ausschreibungsunterlagen im Detail zu untersuchen, um solche Fehler zu entdecken. Somit konnte diese Rüge noch gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden und ist damit rechtzeitig erfolgt. Kommt dazu, dass es sich um einen Fehler mit weitreichenden Folgen handelt, welcher auch von Amtes wegen hätte aufgegriffen werden können.

f) In den Ausschreibungsunterlagen (Dokument B, Bestimmungen zum Vergabeverfahren und Besondere Bestimmungen vom 15. Dezember 2022)<sup>19</sup> äussert sich die Vergabestelle in Ziffer 759.210 zum Abbruch von bituminösen Belägen und macht folgende Vorgaben:

«Bauabfälle dürfen nur an bewilligte, dafür vorgesehene Abfallanlagen abgegeben werden. Die Unternehmung ist verantwortlich für den lückenlosen Entsorgungsnachweis (siehe auch Pos. 442).

Gemäss der «Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA)», gelten für Ausbauasphalt folgende Bestimmungen:

- Ausbauasphalt mit einem Gehalt von mehr als 250 mg PAK pro kg Belag darf bis zum 31. Dezember 2027 auf einer Deponie des Typs E abgelagert werden. [VVEA, Art. 52 Abs. 2].
- Ausbauasphalt mit einem Gehalt bis zu 250 mg PAK pro kg Belag ist möglichst vollständig als Rohstoff für die Herstellung von Baustoffen zu verwerten oder darf ausnahmsweise bis zum 31. Dezember 2027 auf einer Deponie des Typs B abgelagert werden. [VVEA, Art. 20 und Art. 52 Abs. 3].»

Mit PAK ist polyzyklischer aromatischer Kohlenwasserstoff gemeint, ein teerhaltiges Bindemittel in Belägen, welches für Mensch und Umwelt problematisch sein kann. Je höher der PAK-Gehalt, desto belasteter ist das fragliche Material und desto höher sind die Anforderungen für die Wiederverwendung und die Deponie des Materials. In der Schweiz werden fünf Typen von Deponien – A bis E – mit steigendem Schadstoffgehalt für verschiedene Abfälle unterschieden. Deponien des Typs B sind für Inertstoffe vorgesehen, bei welchen es sich um wenig schadstoffhaltige, gesteinsähnliche Abfälle handelt, die nicht verwertet werden können. Ausbauasphalt mit einem PAK-Gehalt von bis zu 250 mg/kg soll möglichst für die Herstellung von Baustoffen verwertet werden, kann aber bis zum 31. Dezember 2027 auch auf einer Deponie des Typs B gelagert werden. Ausbauasphalt mit einem PAK-Gehalt von mehr als 250 mg/kg – also höher belastetes Material – kann

<sup>18</sup> Trüb Hans Rudolf / Clausen Nathalie, in Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl. 2021, Art. 38 N. 9 f.

<sup>19</sup> Vorakten der Vorinstanz, pag. 000038

nicht in einer Deponie des Typs B, sondern muss in einer des Typs E gelagert werden. Deponien des Typs E können ein grösseres Spektrum von Abfällen aufnehmen. Im Kanton Bern gibt es 24 Deponien des Typs B, jedoch nur vier Deponien des Typs E.<sup>20</sup> Zwar könnten Deponien des Typs E grundsätzlich auch schwächer belastete Materialien mit einem PAK-Gehalt von unter 250 mg/kg aufnehmen. Aufgrund der beschränkten Kapazitäten dieses Deponietyps ist dies aber nicht sinnvoll und – wie dies die Beschwerdeführerin richtig vorbringt – auch deutlich teurer. Zu Recht verwies die Vergabestelle daher in den Ausschreibungsunterlagen auf die Vorgaben gemäss VVEA<sup>21</sup>, welche Ausbauphosphat mit einem PAK-Gehalt von bis zu 250 mg/kg dem Deponietyp B zuordnet, sofern dieser nicht verwertet werden kann (vgl. oben).

In den Ausschreibungsunterlagen, im Leistungsverzeichnis «Belagsflicke», ist unter der Überschrift «Transporte inner- und ausserhalb der Baustelle. In Lager Bauherr oder Unternehmer. Inkl. Ablad, exkl. Lagergebühren. Ausmass: Volumen lose» die Position 262.220 «Material für Deponie Typ B nach VVEA» mit den aufzuführenden Einheitspreisen für den Transport des Walz- und Gussasphalts mit PAK-Gehalt bis mg/kg 250, gebräut und nicht gebräut, enthalten (Positionen 262.227 und 262.228). Die angegebenen Mengen belaufen sich auf 17 m<sup>3</sup> und 215 m<sup>3</sup>. Unter der Position 262.240 mit der Überschrift «Material für Deponie Typ E nach VVEA» wird wiederum Walz- und Gussasphalt, gebräut, mit PAK-Gehalt bis mg/kg 250 im Umfang von total 1190 m<sup>3</sup> aufgeführt (Position 262.243). Unter der Überschrift «Gebühren für Entsorgung oder Abgabe von Material. Inkl. Bearbeitung Material in Lager. Ausmass: Volumen lose» ist die Position 266.120 «Material für Deponie Typ B nach VVEA (1)» enthalten. In den Unterpositionen 266.127 und 266.128 sind die Einheitspreise für die Lagerung des Walz- und Gussasphalts, gebräut und nicht gebräut, mit PAK-Gehalt bis mg/kg 250 anzugeben, total für 235 m<sup>3</sup>. Unter 266.140 «Material für Deponie Typ E nach VVEA» werden die Einheitspreise für Walz- und Gussasphalt, nicht gebräut und gebräut, mit PAK-Gehalt bis mg/kg 250 verlangt. Die aufgeführte Menge beläuft sich auf 1192 m<sup>3</sup> (Positionen 266.142 und 266.143). Weiter enthält das Leistungsverzeichnis «Belagsflicke» die Position 267 mit der Überschrift «Gebühren für Entsorgung oder Abgabe von Material. Inkl. Bearbeitung Material in Lager. Ausmass: Masse». Darunter fällt die Position 267.140 «Material für Deponie Typ E nach VVEA» mit der Position 267.143, wonach der Preis für die Entsorgung oder Abgabe von 250 t Walz- und Gussasphalt, gebräut mit PAK-Gehalt bis mg/kg 250 zur Materialbearbeitung in einer Sonderdeponie anzugeben ist. In Position 267.144 wird die Angabe des Preises für die Materialbearbeitung von total 400 t Walz- und Gussasphalt gebräut, PAK-Gehalt mg/kg 251 bis 1000 verlangt.

Die Positionen 262.227 und 262.228 sowie 266.127 und 266.128 entsprechen den Vorgaben der Besonderen Bestimmungen der Vergabestelle und der VVEA, indem dieses Material mit PAK-Gehalt bis 250 mg/kg einer Deponie des Typs B zugewiesen werden. Auch die Position 267.144, welche Material mit PAK-Gehalt von 251 bis 1000 mg/kg einer Deponie des Typs E zuweist, entspricht diesen Vorgaben. In den Positionen 262.243, 266.142, 266.143 und 267.143 dagegen wird Material mit einem PAK-Gehalt von unter 250 mg/kg einer Deponie des Typs E zugewiesen. Es handelt sich um Material im Umfang von 1192 m<sup>3</sup> und 250 t. Eine Zuordnung dieses Materials auf eine Deponie des Typs E ist zwar gesetzlich nicht ausgeschlossen, aber angesichts der beschränkten Deponiekapazität für höher belastetes Material und der deutlich höheren Kosten sinnwidrig. Die Vergabestelle hat auf Nachfrage des Rechtsamts keine plausible Begründung für die Zuordnung von tiefer belastetem Material auf einer Deponie des Typs E liefern können und damit diesen Widerspruch zwischen dem Leistungsverzeichnis und den von ihr in den Ausschreibungsunterlagen selber aufgeführten Grundsätzen nach VVEA nicht begründet. Vielmehr wies sie in

---

<sup>20</sup> Liste der Deponien Typ B, einsehbar unter <<https://www.abfall.ch/list/table/ch/1/1002>>, Liste der Deponien Typ E, einsehbar unter <<https://www.abfall.ch/list/table/ch/1/1005>>

<sup>21</sup> Verordnung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600)

ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2023 einzig darauf hin, dass diese Zuordnung möglich bzw. zulässig sei. Die bloss (theoretische) Zulässigkeit der Zuordnung von Material mit einem PAK-Gehalt von unter 250 mg/kg auf eine Deponie des Typs E vermag jedoch keine nachvollziehbare Begründung für diese sachwidrige Zuordnung darzustellen. Mangels nachvollziehbarer Erklärung muss daher davon ausgegangen werden, dass diese Zuordnung bei Positionen 262.243, 266.142, 266.143 und 267.143 entgegen den von der Vergabestelle selber aufgeführten Grundsätzen nach VVEA ein Fehler im Leistungsverzeichnis darstellt. Dies verdeutlicht auch folgender Umstand: Die Vergabestelle hat zeitgleich mit der vorliegend strittigen Ausschreibung zu den Belagserneuerungsarbeiten 2023 für das Strasseninspektorat Mittelland West auch die Belagserneuerungsarbeiten 2023 für das Strasseninspektorat Mittelland Ost ausgeschrieben. Diese Ausschreibung ist gleich aufgebaut wie diejenige im vorliegenden Verfahren. In den Leistungsverzeichnissen «Objekte» sowie «Belagsflicke» der Ausschreibung für das Strasseninspektorat Mittelland Ost sind Positionen für den Transport und die Lagerung von Material für Deponien des Typs A, B und E vorgesehen. Dabei sind Materialien mit PAK-Gehalt bis 250 mg/kg – im Unterschied zur hier strittigen Ausschreibung – richtigerweise der Deponie des Typs B zugeordnet.<sup>22</sup>

Die Vergabestelle ist als öffentliche Auftraggeberin angehalten, haushälterisch mit den öffentlichen Mitteln umzugehen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 Bst. a IVöB, welcher u.a. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel verlangt. Diesem Grundsatz kommt noch mehr Bedeutung zu, wenn sich die Vergabestelle – wie vorliegend – dafür entscheidet, den Preis als einziges Zuschlagskriterium festzulegen. Mit der (falschen) Vorgabe, das tiefer belastete Material auf dem teureren Deponietyp E abzulagern, erhöhte die Vergabestelle hier den zu offerierenden Preis in unnötiger Weise, womit sie gegen diesen Grundsatz versties. Um die unnötige Verwendung öffentlicher Mittel zu verhindern, muss die Ausschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis entsprechend korrigiert werden. Bei einer Vergabe mit dem Preis als einziges Zuschlagskriterium kann eine solche Veränderung des Leistungsverzeichnisses weitgehende Folgen auf die angebotenen Preise und somit auf die Gesamtsumme der Angebote haben. Es muss angenommen werden, dass diese Anpassung die Ausgangslage für die Anbieterinnen massgeblich verändert und Einfluss auf die Gesamtkalkulation in ihren Offerten haben kann. Es ist ihnen daher Gelegenheit zu geben, ihre Angebote unter dem korrigierten und damit fehlerfreien Leistungsverzeichnis neu zu kalkulieren und in überarbeiteter Form einzureichen. Das Verfahren muss aus diesem Grund mit berichtigter Ausschreibung wiederholt werden.

## 5. Akteneinsicht

a) In der Ergänzung der Beschwerde vom 21. Juli 2023 bringt die Beschwerdeführerin vor, die Nichtoffenlegung der für den Entscheid massgebenden Vergabeakten würde ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht verletzen. Dem Grundsatz der Vertraulichkeit der Angebote würde keine absolute Wirkung zukommen und die beantragte Einsicht in die relevanten Preispositionen könne nur verweigert oder eingeschränkt werden, soweit überwiegende öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern würden. Die Vergabestelle bzw. die Beschwerdegegnerin habe keine solchen überwiegenden Geheimhaltungsinteressen anhand von objektiven Gründen detailliert dargelegt.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Als *lex specialis* be-

---

<sup>22</sup> Vorakten der Vergabestelle zum Verfahren Beschaffungsverfahren «Belagserneuerungen 2023, Strasseninspektorat Mittelland Ost», pag. 000095 ff. sowie pag. 000128 f.

stimmt Art. 57 Abs. 2 IVöB, dass im Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren ist, sofern nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

c) In der Zwischenverfügung vom 23. Juni 2023 hat das Rechtsamt der BVD ausgeführt, dass grundsätzlich in die Angebote der Konkurrentinnen keine Einsicht gewährt wird. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, weshalb von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. In derselben – von der Beschwerdeführerin nicht angefochtenen – Zwischenverfügung hat das Rechtsamt der BVD begründet und näher aufgeführt, in welche Unterlagen gestützt auf die erwähnten Grundlagen Einsicht gewährt werden kann. An dieser Begründung wird festgehalten. Die Angebote, die Antworten der Beschwerdegegnerin auf die von der Vergabestelle gestellten Fragen sowie die weiteren nicht offengelegten Dokumente enthalten Geschäftsgeheimnisse, welche zu schützen sind. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wurde nicht verletzt.

## 6. Rückweisung an Vorinstanz zur Wiederholung des Verfahrens

a) Die Beschwerdeinstanz kann in der Sache selber entscheiden oder diese an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Im Fall einer Zurückweisung hat sei verbindliche Anweisungen zu erteilen (Art. 58 Abs. 1 IVöB).

b) Den bisherigen Ausführungen (E. 3 und 4) lässt sich entnehmen, dass die Vergabestelle eine vorgenommene Berichtigung nicht offenlegte und nachvollziehbar begründete, dass sie Teile der ausgeschriebenen Leistung ohne entsprechende Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen nicht in den bewertungsrelevanten Gesamtpreis miteinbezog und dass die Anbieterinnen im Zusammenhang mit der Entsorgung des Abfallmaterials gestützt auf ein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis offerierten. Es sind damit wesentliche Fehler begangen worden, welche Einfluss auf die massgebenden Gesamtpreise und die Preisgestaltung der Offerten haben. Die Ausschreibung inkl. Publikation ist daher unter Korrektur des Leistungsverzeichnisses zu wiederholen, so dass die Anbieterinnen ihre Offerten gestützt auf ein fehlerfreies Leistungsverzeichnis nochmals einreichen können. Die Vergabestelle wird in ihrem Leistungsverzeichnis Abfallmaterial mit einem PAK-Gehalt bis zu 250 mg/kg dem Deponietyp B, und nicht dem Deponietyp E, zuzuordnen haben. In den Ausschreibungsunterlagen wird sie zudem klar zu kommunizieren haben, welche Teile der zu offerierenden Gesamtleistung in den bewertungsrelevanten Gesamtpreis einfließen und dabei – sollte sie gewisse Teile nicht dazu zählen wollen – nachvollziehbar darlegen, wieso diese nicht in den bewertungsrelevanten Gesamtpreis einfließen bzw. wieso diese trotzdem zu offerieren sind. Allfällige Bereinigungen nach Eingang der Offerten wird sie schliesslich nach den Grundsätzen von Art. 39 IVöB zu behandeln haben, indem sie diese gegenüber allen Anbieterinnen offen zu legen und nachvollziehbar zu begründen sowie in einem Protokoll festzuhalten hat.

## 7. Ergebnis und Kosten

a) Insgesamt ist damit die Beschwerde der Beschwerdeführerin gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung der Vergabestelle vom 6. April 2023 sowie das vorangegangene Vergabeverfahren sind aufzuheben und die Sache ist zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuschicken.

b) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.00 bis CHF 4000.00 je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>23</sup>). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf CHF 2200.00.

c) Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände, rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben. Behördliche Fehlleistungen können besondere Umstände in diesem Sinne darstellen.<sup>24</sup> Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin, welche die zur Rückweisung führenden Mängel gerügt hat, als obsiegend zu gelten. Angesichts der gewichtigen, von der Vergabestelle begangenen Fehler ist vorliegend von besonderen Umständen auszugehen, weshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist.

d) Grundsätzlich hat die unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wie bereits ausgeführt obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb sie Anspruch auf Parteikostenersatz hat. Angesichts der besonderen Umstände ist jedoch nicht die unterliegende Beschwerdegegnerin, sondern allein die Vergabestelle zu verpflichten, auf deren Fehlleistungen die Rückweisung zurückzuführen ist.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>25</sup> beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 11 800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>26</sup>). Art. 11 Abs. 2 PKV, wonach bei bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent auf dem Honorar gewährt wird, gelangt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht zur Anwendung. So ist Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ein Zuschlag im öffentlichen Beschaffungsrecht. Dieses Verfahren zielt nicht auf das Feststellen oder Zusprechen einer bestimmten Geldsumme ab. Bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten sind daher gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.<sup>27</sup>

Die Kostennote der Anwältinnen der Beschwerdeführerin beläuft sich auf CHF 15 166.45 (Honorar CHF 13 540.51, Auslagen pauschal 4.00 % CHF 541.62, MwSt CHF 1084.32). Angesichts des zu erwartenden Auftragsvolumens von rund 3.6 Millionen Franken und den umstrittenen Rechtsfra-

<sup>23</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

<sup>24</sup> Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 20

<sup>25</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

<sup>26</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

<sup>27</sup> VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 9.2.2

gen stuft die BVD die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses als durchschnittlich ein. Der Zeitaufwand wird als knapp überdurchschnittlich erachtet, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Anwältinnen der Beschwerdeführerin diese im parallel laufenden Beschwerdeverfahren betreffend Belagserneuerungsarbeiten 2023 für das Strasseninspektorat Mittelland Ost ebenfalls vertreten. In grossen Teilen haben die Anwältinnen in beiden Verfahren ähnlich argumentiert, was zu einer Reduktion des Zeitaufwands führt. In Berücksichtigung dieser Umstände erachtet die BVD einen Parteikostenersatz von CHF 5500.00 als angemessen. Zu beachten ist sodann, dass die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig ist<sup>28</sup> und somit die von ihrer Rechtsvertretung auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote der Rechtsvertreterinnen der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Die Beschwerdeführerin macht pauschale Auslagen in der Höhe von 4.00 % des Honorars geltend. Bei der Höhe des Honorars von CHF 5500.00 sind damit CHF 220.00 als Auslagenersatz zu berücksichtigen, was ein Total von CHF 5720.00 ergibt. Der Beschwerdeführerin wurde mit Zwischenverfügung vom 23. Juni 2023 bereits ein Parteikostenersatz von CHF 300.00 zugesprochen. Dieser wurde in der eingereichten Kostennote nicht abgezogen. Vom Honorar inkl. Auslagen von CHF 5720.00 sind daher CHF 300.00 abzuziehen. Die massgebenden Parteikosten der Beschwerdeführerin belaufen sich damit auf CHF 5420.00. Die Vergabestelle hat daher der Beschwerdeführerin Parteikosten im Umfang von CHF 5420.00 zu ersetzen.

Die Rechtsvertreterin der Vergabestelle hat ebenfalls eine Kostennote eingereicht und damit einen Parteikostenersatz beantragt. Unabhängig vom Verfahrensausgang hat die Vergabestelle als Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG). Kommt dazu, dass die Vergabestelle bei diesem Verfahrensausgang ohnehin nicht als obsiegend gelten kann. Der Vergabestelle wird daher kein Parteikostenersatz zugesprochen.

### III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des TBA OIK II vom 6. April 2023 sowie das vorangegangene Vergabeverfahren werden aufgehoben. Die Sache wird zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an das TBA OIK II zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton (TBA OIK II) hat der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von CHF 5420.00 zu ersetzen.

---

<sup>28</sup> Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

<sup>29</sup> BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

#### **IV. Eröffnung**

- Frau Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ und/oder Frau MLaw C. \_\_\_\_\_, eingeschrieben
- D. \_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Frau Rechtsanwältin G. \_\_\_\_\_, eingeschrieben

Zur Kenntnis:

- Tiefbauamt des Kantons Bern, Rechtsdienst, im Haus

#### **Bau- und Verkehrsdirektion**

Der Direktor

Christoph Neuhaus  
Regierungsrat

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 20 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.