

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2003/4

Bern, 11. August 2003

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer

und

B._____
Beschwerdegegnerin

sowie



Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend die Verfügung über den Zuschlag im Beschaffungsverfahren des
Oberingenieurkreises IV vom 27. Mai 2003 (C.____strasse Nr. 229.4; Gehweg
D.____)

I. Sachverhalt

1. Am 19. März 2003 schrieb das kantonale Tiefbauamt (TBA), Oberingenieurkreis IV, im Rahmen des Strassenbauprojekts Thun-Steffisburg-Oberei-Schallenberg-Schangnau (C.____strasse Nr. 229.4) verschiedene Bauarbeiten für den Neubau des Gehweges D.____ im kantonalen Amtsblatt im offenen Verfahren aus. In der Ausschreibung wurden folgende Zuschlagskriterien aufgeführt:

Kriterium	Gewichtung
- Preis	70%
- Ökologie	15%
- Lehrlingsausbildung	15%

Bis zum Eingabetermin gingen insgesamt sechs Angebote ein.

Mit Verfügung vom 27. Mai 2003 erteilte das TBA den Zuschlag der im ersten Rang liegenden Beschwerdegegnerin.

2. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob der im zweiten Rang liegende Beschwerdeführer, welcher das preislich günstigste Angebot eingereicht hatte, am 6. Juni 2003 bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) Beschwerde. Er beantragt, dass die Bauarbeiten für den Neubau des Gehweges D._____ ihm zu vergeben seien. Zur Begründung macht er geltend, es sei für Kleinbetriebe wie seine Firma diskriminierend, wegen der Punktezahl bei der Lehrlingsausbildung in der Gesamtbewertung zurückversetzt worden zu sein. Dies umso mehr, als er das preislich günstigste Angebot eingereicht habe. Er habe in der Vergangenheit immer wieder arbeitslose Personen, darunter auch Lehrlinge, beschäftigt. Es sei eine Ausnahme, dass er derzeit keine Lehrlinge beschäftige.
3. Das TBA beantragt, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung mit einer Gewichtung von 15% habe bei der fraglichen Vergabe bloss eine verhältnismässig untergeordnete Bedeutung gehabt. Mit der angemessenen Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung bei der Beschaffung öffentlicher Aufträge werde einer politischen Forderung zur Schaffung von Lehrstellen Rechnung getragen. Die Lehrlingsausbildung stelle einen Beitrag zur Qualitätssteigerung des Strassenbaus dar.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG¹ können Verfügungen kantonalen Auftraggeberinnen und Auftraggeber mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die BVE ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig, da die angefochtene Zuschlagsverfügung vom TBA erlassen

¹ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2)

wurde. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung beschwert und somit unbestritten zur Beschwerde befugt. Der geschätzte Auftragswert liegt im Übrigen weit über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

b) Auf den 1. Januar 2003 sind im Kanton Bern neue Vorschriften im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in Kraft getreten. Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG sieht vor, dass neu auch die Ausschreibung des Auftrags mit Beschwerde angefochten werden kann. Die Beschwerdefrist beträgt dabei 10 Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG). Mit der Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung soll gewährleistet werden, dass grobe Fehler bereits in einer frühen Phase des Beschaffungsverfahrens gegebenenfalls berichtigt werden können. Die Rechtspraxis hält mit Bezug auf die Ausschreibung am *Gebot der unmittelbaren Anfechtung* - mit der Konsequenz der Verwirkung - für diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung fest, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich insbesondere auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich auch die Anbietenden zu verhalten haben. Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten².

Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung diskriminiere ihn als Anbieter mit dem preislich günstigsten Angebot. Er macht somit die Unzulässigkeit des Zuschlagskriteriums *als solches*, nicht dessen falsche Bewertung im konkreten Fall, geltend. Der Beschwerdeführer hat die Ausschreibung, welche mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen war, nicht angefochten. In der Ausschreibung ist die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 15% enthalten. Die Bedeutung und Tragweite dieser Anordnung war für den Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung

² Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Schulthess 2003, N 610, mit Verweisen

ohne weiteres erkennbar. Er hätte somit die Ausschreibung anfechten und rügen müssen, das Zuschlagskriterium sei diskriminierend und somit vergaberechtswidrig.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten und die Zuschlagsverfügung des TBA zu bestätigen ist.

2. Lehrlingsausbildung

Obschon auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, ist Folgendes festzuhalten:

Nach Art. 16 Abs. 1 ÖBV³ legen die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Eignungskriterien fest. Diese beziehen sich insbesondere auf die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Anbieterin oder eines Anbieters. Es können unter anderem auch besondere Leistungen zu Gunsten der Berufsbildung, dazu gehört auch die Lehrlingsausbildung, mitberücksichtigt werden (Art. 16 Abs. 2 ÖBV).

Aus der Ausschreibung geht hervor, dass die Lehrlingsausbildung fälschlicherweise als Zuschlagskriterium, nicht als Eignungskriterium, enthalten ist. Auch Eignungskriterien sind für den Zuschlag massgebend. Deshalb hatte dieser formelle Mangel keine Auswirkungen auf den Zuschlag. Aus den Vorakten ergibt sich weiter, dass Anbietende, welche im Verhältnis zur Anzahl der Gesamtbeschäftigten mehr als 10% Lehrlinge ausbilden, mit der Note 5 bewertet wurden, Betriebe mit einem Lehrlingsanteil zwischen 5 und 10% mit der Note 4. Betriebe mit einem Lehrlingsanteil unter 5% sowie Betriebe ohne Lehrlinge erhielten die Note 3. Das TBA hat somit nicht auf die absolute Anzahl Lehrlinge abgestellt, sondern auf das Verhältnis zwischen Gesamtbeschäftigten und Lehrlingen. Dabei erhielten auch Betriebe ohne Lehrlinge 3 Punkte. Im Übrigen kam dem Kriterium der Lehrlingsausbildung mit 15% eine eher untergeordnete Bedeutung zu. Ein solches Vorgehen ist aufgrund der geltenden Rechtspraxis nicht von vorneherein unzulässig⁴. Es besteht deshalb kein Anlass, den Zuschlag von Amtes wegen zu prüfen.

³ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.21)

⁴ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, a.a.O., N 425 f.

3. Kosten

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG⁵). Sie werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 400.00. Parteikosten sind keine zu sprechen.

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 400.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. 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.
5. Zu eröffnen:
 - Herrn A._____, als Gerichtsurkunde
 - B._____, als Gerichtsurkunde
 - Tiefbauamt des Kantons Bern

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21)

Zur Kenntnis:

- Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), Tiergarten 1, Postfach 736, 3401 Burgdorf

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin