

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2003/7

Bern, 13. Februar 2004

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher Dr. B. _____

und



C. _____
sonstige Beteiligte

Hochbauamt des Kantons Bern (HBA), Reiterstrasse 11, 3011 Bern
Beschwerdegegner

sowie

betreffend die Submissionsverfahren, Einspracheentscheid des Hochbauamtes vom 4. Dezember 2002 (D. _____, Zellenbau)

I. Sachverhalt

1. Nach einer Serie von erfolgreichen Fluchten beschloss der Kanton Bern, die Sicherheit der Strafanstalten D. _____ mit Sofortmassnahmen zu verstärken. Nach umfangreichen Abklärungen der eigens eingesetzten Arbeitsgruppe "Verstärkung der Sicherheit" schrieb das HBA am 21. August 2002 unter anderem Metallbauarbeiten (Vergitterung) für das Verwahrungsgebäude (D. _____ Nr. 52) und für den Zellenbau mit Mehrzweckgebäude (D. _____ Nr. 33) aus. Mit Verfügung vom 15. November 2002 erteilte das HBA den Zuschlag für die Metallbauarbeiten am Verwahrungsgebäude der in

der Arbeitsgruppe "Verstärkung der Sicherheit" mitwirkenden C._____. Die Metallbauarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude vergab es freihändig, d.h. ohne Verfügung, ebenfalls an die C._____.

2. Gegen die Vergabe dieser Arbeiten erhob der Beschwerdeführer beim HBA am 23. November 2002 Einsprache.

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2002 trat das HBA auf die Einsprache, soweit den Zellenbau mit Mehrzweckgebäude betreffend, nicht ein. Im Übrigen wies es die Einsprache ab. Zur Begründung führte das HBA im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer bringe die verlangte rechnerische Darstellung nicht bei, und eine Nachprüfung zeige, dass seine Offerte die Sicherheitsanforderungen nicht erfülle.

3. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2002 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Er beantragte, die Verfügung des HBA sei aufzuheben und es sei ihm der Zuschlag für die Metallbauarbeiten am Verwahrungsgebäude und am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude zu erteilen. Ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2003 wies das Verwaltungsgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Am 9./10. Januar 2003 schloss das HBA die Werkverträge für die Vergitterungen der beiden Gebäude D._____ Nrn. 52 und 33 mit der C._____ ab.

Mit Urteil vom 30. April 2003 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde, soweit die Metallbauarbeiten am Verwahrungsgebäude (D._____ Nr. 52) betreffend, gut, und stellte fest, dass die Einspracheverfügung des HBA vom 4. Dezember 2002 diesbezüglich rechtswidrig war. Es kam zum Schluss, die C._____ habe am Submissionsverfahren nicht bloss untergeordnet mitgewirkt. Den Mitbewerbenden sei diese Mitwirkung nicht bekannt gemacht worden, und es seien auch keine Vorkehren getroffen worden, das projektbezogene Vorwissen der C._____ gegenüber den Konkurrentinnen und Konkurrenten auszugleichen. Zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Vergabeentscheids hätte die C._____ daher wegen Vorbefassung vom Verfahren

ausgeschlossen werden müssen.

Im Übrigen trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde, soweit die Metallbauarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude (D. _____ Nr. 33) betreffend, nicht ein und leitete die Beschwerde in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 VRPG¹ an die kantonale Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) weiter. Das Verwaltungsgericht erwog, der nach Art. 11 Abs. 1 SubV² massgebende Schwellenwert von 500'000 Franken werde für die Vergitterungsarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude nicht erreicht. Das Verwaltungsgericht sei daher zur Beurteilung der Beschwerde nicht zuständig. Die BVE werde zu prüfen haben, ob es sich bei der Vergabe der Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude überhaupt um eine mit Einsprache anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BeitrittsG³ handelte.

4. Das Rechtsamt der BVE gab dem Beschwerdeführer, dem HBA und der C. _____ Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, ob es sich bei der Vergabe der Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude überhaupt um eine mit Einsprache anfechtbare Verfügung im Sinne des früheren Rechts (Art. 4 Abs. 1 BeitrittsG) handelte.

Das HBA beantragt, auf die Einsprache des Beschwerdeführers vom 23. November 2002 sei nicht einzutreten, da der massgebende Schwellenwert nach Art. 11 Abs. 1 SubV für die Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude nicht erreicht wurde.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, das HBA habe die Metallbauarbeiten am Verwahrungstrakt und am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude anfänglich selber als Einheit betrachtet und für sämtliche Arbeiten das offene Verfahren durchgeführt. Das Vorgehen des HBA, nur die Arbeiten für das Verwahrungsgebäude mittels einer Verfügung zu vergeben, die Arbeiten am Zellenbau dagegen nicht, verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Einsprachemöglichkeit nach Art. 4 Abs. 1 BeitrittsG sei daher auch gegen die freihändige Vergabe der Arbeiten am Zellenbau zu bejahen. Selbst wenn die submissionsrechtliche Anfechtungsmöglichkeit nicht bestehe, sei der Zuschlag für die

¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21)

² Submissionsverordnung vom 29. April 1998 (BSG 731.21), ausser Kraft seit 1.1.2003

³ Gesetz vom 27. November 1997 über den Beitritt des Kantons Bern zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2), ausser Kraft seit 1.1.2003

Arbeiten am Zellenbau nach Lehre und Rechtsprechung als anfechtbare Verfügung anzusehen. Hinzu komme, dass Art. 9 Abs. 2 BGBM⁴ ungeachtet der Höhe des Auftragswerts eine Weiterzugsmöglichkeit an eine verwaltungsunabhängige Instanz verlange. Die Einsprache bezüglich der Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude hätte von der BVE gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG von Amtes wegen als Verwaltungsbeschwerde behandelt werden müssen. Die Tatsache, dass das Rechtsmittel als Einsprache und nicht als Beschwerde betitelt gewesen sei, ändere daran nichts.

Das Rechtsamt gab den Verfahrensbeteiligten abschliessend Gelegenheit, Schlussbemerkungen zum Verfahren einzureichen. Von dieser Möglichkeit machten der Beschwerdeführer und das HBA Gebrauch.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen, Eintreten

a) Auf den 1. Januar 2003 sind mit dem ÖBG⁵ und der ÖBV⁶ im Beschaffungsrecht neue kantonale Rechtsgrundlagen in Kraft getreten. Das ÖBG enthält keine übergangsrechtlichen Vorschriften, hingegen sind laut Art. 44 ÖBV bei Inkrafttreten der Verordnung hängige Verfahren nach bisherigem Recht zu Ende zu führen. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des Intertemporalrechts sind somit auf den vorliegenden Sachverhalt, der vor dem Inkrafttreten der neuen Rechtsgrundlagen abgeschlossen war, grundsätzlich noch die alten Vorschriften anwendbar⁷.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, das HBA hätte auf seine Einsprache vom 23. November 2002 auch bezüglich der Vergabe der Vergitterungsarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude eintreten müssen, da diese Arbeiten zusammen mit den übrigen Baumeisterarbeiten der Anstalten D._____ im offenen Verfahren ausgeschrieben worden seien. Das Vorgehen des HBA, die beiden Vergitterungen am Verwahrungstrakt

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)

⁵ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2)

⁶ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.21)

⁷ VGE 21589 vom 30.4.2003, E. 1.2

und am Zellenbau zunächst als Einheit zu behandeln und sie dann erst im Rechtsmittelstadium "aufzusplitten", damit auf das Rechtsmittel bezüglich des kleineren Auftrags nicht mehr eingetreten werden müsse, verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

c) Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 30. April 2003 erwogen, die Aufteilung von Bauarbeiten in mehrere Lose sei im Baugewerbe nicht aussergewöhnlich. Aus den Vorakten gehe nicht klar hervor, ob mit der Ausschreibung vom 21. August 2002 beide Aufträge oder nur derjenige für die Arbeiten am Verwahrungsgebäude ausgeschrieben werden sollten. Entscheidend sei, dass im Baugewerbe die Aufteilung von Bauarbeiten in mehrere Lose nicht aussergewöhnlich sei. Das HBA habe sich bei der Vergabe der Baumeisterarbeiten zwar unklar und zum Teil sogar widersprüchlich verhalten. Es bestünden jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass es mit der Aufteilung der beiden Aufträge die Anwendung der Vergabebestimmungen umgehen wollte. Die Vergabe von zwei Einzelaufträgen sei daher nicht zu beanstanden, auch wenn dadurch der eine Auftrag unter den massgebenden Schwellenwert zu liegen komme⁸.

Aus den Erwägungen des rechtskräftigen Entscheids des Verwaltungsgerichts geht hervor, dass das Vorgehen des HBA, den Auftrag für die Vergitterungsarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude freihändig zu vergeben, zulässig war. Nach Art. 4 Abs. 1 BeitrittsG kann gegen submissionsrechtliche Verfügungen bei der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber Einsprache erhoben werden, sofern die in Art. 3 BeitrittsG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 SubV festgelegten Schwellenwerte erreicht werden. Der Auftragswert für die Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude liegt unbestritten unter dem Schwellenwert von 500'000 Franken, den Art. 11 Abs. 1 SubV bei Bauaufträgen vorsieht. Eine Anfechtungsmöglichkeit mittels Einsprache nach Art. 4 Abs. 1 BeitrittsG scheidet somit aus.

d) Nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG beurteilt die in der Sache zuständige Direktion des Regierungsrates Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen von ihr untergeordneten Verwaltungseinheiten (Ämtern, Abteilungen, Dienststellen), sofern nicht die Gesetzgebung ein Rechtsmittel unmittelbar an eine andere Rechtsmittelinstanz vorsieht. Es ist zu prüfen, ob die Einsprache des Beschwerdeführers vom 23. November 2002 bezüglich der Vergabe der Vergitterungsarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude allenfalls als Verwaltungsbeschwerde im Sinne dieser Vorschrift zu behandeln ist.

⁸ VGE 21589 vom 30.4.2003, E. 1.4

Das Verwaltungsgericht hat mit Bezug auf eine Arbeitsvergabe einer Gemeinde festgehalten, das BeitrittsG verstosse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insofern gegen Bundesrecht, als es für "unterschwellige" Vergaben dem in Art. 9 Abs. 2 BGBM verankerten Anspruch auf "wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz" nicht Rechnung trage. Zuschläge kommunaler Vergabestellen, welche die Schwellenwerte gemäss Art. 3 BeitrittsG nicht erreichen, seien daher nach wie vor gemäss den Vorschriften des VRPG und nicht nach den speziellen, nur für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte geltenden Regeln des BeitrittsG anwendbar. Dies bedeute, dass gegen solche Verfügungen der Gemeinden Beschwerde beim Regierungsstatthalter oder der Regierungsstatthalterin geführt werden könne⁹. Da dem BGBM sowohl die Kantone als auch die Gemeinden unterstehen, ist diese Praxis auch bei kantonalen Beschaffungsentscheiden anwendbar. Die Einsprache des Beschwerdeführers bezüglich dem Zellenbau mit Mehrzweckgebäude ist somit nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG als Beschwerde gegen die Verfügung des HBA vom 4. Dezember 2002 zu behandeln.

2. Anwendbarkeit des BGBM auf "unterschwellige" Vergaben

Dem BGBM kommt für das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden insofern eine grosse Bedeutung zu, als es Grundsätze von elementarer Bedeutung aufstellt und diesbezüglich einen materiellen und formellen Mindeststandard vorgibt. Das BGBM enthält zwar lediglich eine Grundsatzregelung; es hat aber im Vergleich zu den Beschaffungsvorschriften der Kantone nicht bloss subsidiären Charakter. Insbesondere dem in Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 BGBM statuierten Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu den öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden auch für ortsfremde Anbietende kommt eine wesentliche Bedeutung zu. Das Bundesgericht geht in seiner jüngeren Rechtsprechung überdies davon aus, dass das BGBM auch für ortsansässige Anbietende uneingeschränkt gilt, also auch die Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander sicherstellt. Insoweit kommt ihm die Bedeutung eines allgemein geltenden Diskriminierungsverbots bzw. Gleichbehandlungsgebots für das kantonale und kommunale öffentliche

⁹ BVR 2000 S. 572

Beschaffungswesen zu¹⁰. Neben dem BGBM sind aber auch die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns wie zum Beispiel das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. Wettbewerbs zu beachten¹¹. Das BGBM, welches ausschliesslich die Kantone und Gemeinden verpflichtet, enthält in Bezug auf seinen Anwendungsbereich keine Schwellenwerte und gilt somit für sämtliche kantonalen und kommunalen Beschaffungen, ungeachtet des Auftragswertes. Die BVE vertritt allerdings die Auffassung, dass es einen unteren Schwellenwert gibt, der die umfangreichen Beschaffungen, für welche nach Art. 5 Abs. 2 BGBM die Pflicht zur Ausschreibung besteht, von den übrigen Beschaffungen trennt. Es kann nicht sein, dass eine "Beschaffung" mit einem Auftragswert von 1 Franken eine Verfügung darstellt und damit anfechtbar ist¹². Hinzu kommt, dass Aufträge, die nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGBM umfangreich sind, in der Regel nicht in einem Verfahren, sondern freihändig vergeben werden. Es bestehen somit - ausser dem Diskriminierungsverbot - auch keine Regeln, die in einem Beschwerdeverfahren gerügt werden könnten. Aus diesen Gründen wurde für die anfechtbaren Verfügungen im ÖBG mit dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren von 100'000 Franken eine betragsmässige Grenze festgelegt. Im Beitrittsgesetz fehlt dagegen eine gesetzliche Grundlage, welche die Anfechtbarkeit von Vergaben unterhalb eines bestimmten Schwellenwerts ausschliessen würde. Im Übrigen bewegt sich der geschätzte Auftragswert der vorliegenden Beschaffung im Bereich von 100'000 Franken, so dass sie ohnehin als umfangreich im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGBM gilt und somit eine Verfügung darstellt.

Im Folgenden gilt es somit zu prüfen, ob das HBA durch die Zulassung der vorbefassten C._____ und die freihändige Vergabe der Vergitterungsarbeiten für den Zellenbau an diese Firma die erwähnten verfassungsmässigen Verfahrensgrundsätze sowie diejenigen des BGBM verletzt hat.

3. Vorbefassung

¹⁰ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Schulthess 2003, N 38 bis 41 mit Hinweisen

¹¹ Baurecht 2/99 S. 56 (S 9)

¹² vgl. Vortrag der BVE zum ÖBG, August 2001, S. 3

Der Beschwerdeführer macht geltend, die C._____ habe bei der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für die Vergitterungsarbeiten des Verwahrungsgebäudes und des Zellenbaus mit Mehrzweckgebäude massgeblich mitgewirkt und hätte deshalb vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

a) Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 30. April 2003 die Rechtsprechung und Lehre zur Problematik der Vorbefassung eingehend beleuchtet. Es hat festgehalten, die C._____ sei massgeblich an der Vorbereitung des Beschaffungsverfahrens für die Vergitterungsarbeiten der beiden fraglichen Gebäude der Anstalten D._____ beteiligt gewesen. So habe etwa ein Vertreter der C._____ an mehreren Sitzungen der Projektverantwortlichen teilgenommen. Sowohl für die Vergitterung des Verwahrungsgebäudes als auch für diejenige des Zellenbaus mit Mehrzweckgebäude sei die C._____ - teils in Zusammenarbeit mit der beigezogenen Sicherheitsfirma - mit bedeutenden Vorarbeiten und Abklärungen betraut worden. Ausserdem habe die C._____ einen Spezifikationsentwurf für die Gitter an beiden Gebäuden D._____ Nrn. 33 und 52 verfasst. Die Ausschreibungsunterlagen stimmten zum Teil wörtlich mit diesem Entwurf überein, ohne dass dies seitens des HBA offen gelegt worden wäre. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, von einer lediglich untergeordneten Mitwirkung der C._____ am Submissionsverfahren könne keine Rede sein. Den Mitbewerbenden sei diese Mitwirkung zudem nicht bekannt gewesen, und es seien auch keine Vorkehren getroffen worden, das projektbezogene Vorwissen der C._____ gegenüber den anderen auszugleichen. Zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Vergabeentscheids hätte die C._____ deshalb wegen Vorbefassung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

b) Es ist unbestritten, dass das HBA sowohl Metallbauarbeiten für das Verwahrungsgebäude (D._____ Nr. 52) als auch für den Zellenbau mit Mehrzweckgebäude (D._____ Nr. 33) öffentlich ausgeschrieben hat. Es hat somit den Auftrag für den Zellenbau nicht von vornherein freihändig vergeben. Innerhalb der Eingabefrist haben mehrere Unternehmen Angebote eingereicht. Diese Unternehmen standen somit in einem Wettbewerb zueinander. Aus dem rechtskräftigen Urteil des Verwaltungsgerichts folgt, dass eine unzulässige Vorbefassung der C._____ auch bezüglich der Vergabe der Arbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude zu bejahen ist. Die Pflicht, massgeblich vorbefasste Unternehmen vom Beschaffungsverfahren auszuschliessen, leitet sich im Wesentlichen aus dem Gebot der Gleichbehandlung der

Anbietenden ab. Wer massgeblich in einer Arbeitsgruppe bei der Vorbereitung des Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat, verfügt im Vergleich zu den Konkurrentinnen und Konkurrenten über einen bedeutenden Wissensvorsprung. Darin liegt eine Verletzung des Gebotes der Gleichbehandlung der Anbietenden. Hinzu kommt, dass die Anbietenden über die Mitwirkung der C._____ an der Vorbereitung des Beschaffungsverfahrens nicht informiert wurden. Der Informationsvorsprung der C._____ wurde somit nicht ausgeglichen. Damit wurde gleichzeitig auch der Grundsatz der Verfahrenstransparenz, der im Beschaffungsrecht zentrale Bedeutung hat und auf dem Fairness- und Vertrauensprinzip gründet, verletzt.

c) Zusammenfassend folgt, dass auch die Vergabe der Metallbauarbeiten am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude an die C._____ rechtswidrig war. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

4. Kosten

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer. Dem Kanton können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG) und die C._____ wird nicht kostenpflichtig, weil sie im Beschwerdeverfahren vor der BVE keine Anträge gestellt hat¹³. Es werden somit keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kanton Bern hat dem Beschwerdeführer dagegen die Parteikosten in der Höhe von Fr. 3'653.25 (Honorar: Fr. 3'220.00, Auslagen: 175.20, Mehrwertsteuer: Fr. 258.05) zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass die Vergabe der Metallbauarbeiten (Vergitterung) am Zellenbau mit Mehrzweckgebäude (D._____ Nr. 33) an die C._____ durch das Hochbauamt des Kantons Bern rechtswidrig war.

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 3

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Hochbauamt) hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten in der Höhe von Fr. 3'653.25 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher Dr. B._____ (mit Gerichtsurkunde)
- C._____ (mit Gerichtsurkunde)
- Hochbauamt des Kantons Bern

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin