

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2006/11

Bern, 23. März 2007

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

C. _____
Beschwerdeführerin 3

D. _____
Beschwerdeführerin 4

alle per Adresse A. _____

und

E. _____
Beschwerdegegnerin 1

F. _____
Beschwerdegegnerin 2

alle per Adresse E. _____

sowie

Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude vom 22. November 2006 (Geschäfts-Nr. 99369, Kinderklinik Nr. 31; Ausschluss)



I. Sachverhalt

1. Im Rahmen der Instandsetzung der Kinderklinik des Inselspitals schrieb das AGG am 10. Mai 2006 die Arbeiten für den Ersatz/Instandsetzung der bestehenden Deckenverkleidung öffentlich aus. Am 15. August 2006 reichte unter anderem eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus den Beschwerdeführerinnen 1, 2 und 3, fristgerecht ein Angebot ein.

Nach Auswertung der eingereichten Angebote schloss das AGG mit Zuschlags- bzw. Ausschlussverfügung vom 22. November 2006 das Angebot der Beschwerdeführerinnen 1, 2 und 3 aufgrund fehlender Selbstdeklarationsunterlagen vom Vergabeverfahren aus und erteilte den Zuschlag der Arbeitsgemeinschaft, welche aus den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 besteht.

2. Die Beschwerdeführerinnen 1 bis 4 erhoben gegen die Verfügung vom 22. November 2006 in einer gemeinsamen Eingabe Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE). Sie beantragen sinngemäss, dass die Verfügung vom 22. November 2006 aufzuheben und ihnen der Zuschlag zu erteilen sei.

Die Beschwerdeführerinnen stellten keinen Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 beteiligten sich am Beschwerdeverfahren. In der Beschwerdeantwort vom 18. Dezember 2006 wiesen sie darauf hin, dass sie zusammen 109 Monteure beschäftigten. Das AGG wolle den Auftrag in dieser Grössenordnung nicht an eine Unternehmung mit 4 Deckenmonteuren vergeben.

Das AGG beantragt in der Vernehmlassung vom 18. Dezember 2006 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 ÖBG¹ können Verfügungen kantonaler Auftraggeber mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden, sofern der Auftrag den erforderlichen Schwellenwert erreicht. Das AGG hat die angefochtene Verfügung erlassen. Der geschätzte Auftragswert liegt weit über dem Schwellenwert. Damit ist die BVE zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Die Beschwerdeführerinnen 1 bis 3 haben bereits am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung. Sie sind somit zur Beschwerde befugt.

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht worden. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3 ist somit einzutreten.

b) Aus Art. 12 Abs. 2 Bst. a VRPG² ergibt sich, dass in einem Beschwerdeverfahren nur Parteistellung beanspruchen kann, wer bereits im vorangegangenen Verfahren Parteirechte ausgeübt hat. Die Beschwerdeführerin 4 war indes am vorinstanzlichen Vergabeverfahren des AGG nicht beteiligt. Laut Angebot war sie nicht Mitglied der Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 4 kann folglich nicht eingetreten werden.

2. Überspitzter Formalismus

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3 vom 15. August 2006 war in mehrfacher Hinsicht unvollständig. Die Beschwerdeführerinnen haben es versäumt, dem Selbstdeklarationsblatt, welches zwar fristgerecht zusammen mit dem Angebot eingereicht wurde, die verlangten Nachweise beizulegen. Zudem war das Selbstdeklarationsblatt nicht unterzeichnet. Hinzu kommt, dass das Angebot selber lediglich von Herrn G. _____

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

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

unterzeichnet ist. Laut zentralem Firmenindex ist Herr G._____ für keine der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3 unterschriftsberechtigt.

a) Die Beschwerdeführerinnen führen in ihrer Beschwerdeschrift aus, sie seien der Ansicht gewesen, die gesamten Selbstdeklarationsunterlagen der Vergabebehörde zugesandt zu haben. Angesichts ihres überaus günstigen Angebotes hätte zudem ein blosser Telefonanruf genügt, um sie aufzufordern, den Mangel zu beheben. Sinngemäss rügen die Beschwerdeführerinnen, ihr Ausschluss vom Vergabeverfahren sei unter den gegebenen Umständen überspitzt formalistisch und unverhältnismässig. Zudem sei das von ihnen eingereichte Angebot unter den Mitbewerbern bei weitem das Günstigste gewesen sei.

b) Das Verbot des überspitzten Formalismus, welches sich aus Art. 29 Abs. 1 BV³ ableiten lässt, stellt eine besondere Form der Rechtsverweigerung dar und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Gewisse prozessuale Formen sind jedoch unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach mit dem Verbot dieses Grundsatzes im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird.

c) Es ist ein zentraler Grundsatz im Vergaberecht, dass Aufträge nur an Anbieter vergeben werden, die gewährleisten, dass sie allen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, insbesondere der Bezahlung von Abgaben, Steuern und Sozialleistungen, nachkommen.⁴ Art. 20 ÖBV hält dementsprechend fest, dass dem Angebot die Nachweise über die Erfüllung der Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, der Sozialversicherung sowie den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Selbstdeklaration und weitere Bestätigungen) beizulegen sind. Die Nachweise dürfen dabei nicht älter als ein Jahr sein. Laut Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV werden Anbieter von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn sie ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁴ Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, N 253

wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht. Ein Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen namentlich nicht, wenn es nicht fristgerecht eingereicht worden ist, nicht vollständig ist oder das Selbstdeklarationsblatt mit den verlangten Nachweisen fehlt (Art. 24 Abs. 2 ÖBV).

Im Submissionsrecht gilt weiter der Grundsatz, dass Angebote so eingereicht werden müssen, dass die Vergabebehörde den Zuschlag ohne Weiteres erteilen kann. Die Übereinstimmung der Offerte mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für einen Zuschlag. Angebote, welche den Anforderungen und Spezifikationen der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen nicht entsprechen, müssen ausgeschlossen werden.⁵ Es ist demnach Pflicht der Anbieter wie auch der Vergabebehörde dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen über die Vollständigkeit des Angebots beachtet werden. Um ein gleichrechtsgleiches Vergabeverfahren sicher zu stellen, welches auf einer möglichst klaren, übersichtlichen und vergleichbaren Ausgangslage fusst, rechtfertigt es sich, an das Erfordernis der Ausschreibungskonformität einen relativ strengen Massstab anzulegen. Dementsprechend ist eine nachträgliche Änderung oder Korrektur der Offerte unzulässig. Lediglich ergänzende Beilagen können unter Umständen noch nachgereicht oder auch ohne Unterschrift akzeptiert werden, wenn das Hauptangebot unterschrieben ist.⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll demnach aus Gründen der Verhältnismässigkeit lediglich dann von einem Ausschluss eines Angebots abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.⁷

d) Das bernische Submissionsrecht sieht in Art. 24 Abs. 2 ÖBV ausdrücklich vor, dass das Nichteinreichen des Selbstdeklarationsblattes mit den verlangten Nachweisen einen wesentlichen Formmangel darstellt, welcher gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV zu einem Ausschluss des Angebots führen muss. Wie das AGG in seiner Stellungnahme vom 18. Dezember 2006 richtig ausführt, lässt die Bestimmung für die Vergabebehörde keinen Ermessensspielraum offen. Dies ist damit zu begründen, dass die Verfügbarkeit über die notwendigen Unterlagen für die Vergabebehörde unerlässlich ist, um einen übersichtlichen

⁵ VGE 22652 vom 20.11.2006 i.S. Ch AG, E. 2.2; VGE 22492 vom 29.12.2006; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N 327; Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in ZBI 2002 S. 453ff., 473

⁶ Herbert Lang, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBI 2000 S. 235

⁷ BGer 2P.176/2005, E. 2.4

und transparenten Vergleich der Angebote durchführen zu können. In dieser Zweckbestimmung findet die strenge Formvorschrift ihre sachliche Rechtfertigung, weshalb sie in keiner Weise als überspitzt formalistisch bezeichnet werden kann.

e) Die Beschwerdeführerinnen 1 bis 3 haben beim Einreichen ihres Angebots die Nachweise der paritätischen Berufskommission, der Steuerbehörde am Geschäftsdomizil (Gemeinde-, Kantons- und Bundessteuern), der Mehrwertsteuerbehörde, der AHV-Ausgleichskasse, der Pensionskasse (BVG-Beiträge der Arbeitnehmenden) sowie des Konkurs- und Betreibungsamts nicht beigelegt. Damit fehlten beim Angebot der Beschwerdeführerinnen insgesamt rund 18 verschiedene Nachweise der gesamten Arbeitsgemeinschaft. Die Beschwerdeführerinnen wurden indes in den Ausschreibungsunterlagen unter den generellen Teilnahmebedingungen in Ziff. 3.1 sowie in der Aufzählung der erforderlichen Nachweise zur Erfüllung der generellen Teilnahmebedingungen in Ziff. 3.2 als auch auf dem Selbstdeklarationsblatt selber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Formular zur Selbstdeklaration mit den notwendigen Nachweisen ein Erfordernis eines vollständigen Angebots darstellt. Hinzu kommt, dass das eingereichte Selbstdeklarationsblatt von den Verantwortlichen nicht unterzeichnet wurde.

Die Beschwerdeführerinnen haben mit der Beschwerde verschiedene Nachweise nachgereicht. Diese Nachweise hätten im Vergabeverfahren eingereicht werden müssen. Es ist nicht zulässig, dass die Anbieter ihren vergaberechtlichen Mitwirkungspflichten erst im Rechtsmittelverfahren nachkommen, und es genügt daher nicht, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Angebot vor der Beschwerdeinstanz vervollständigen.⁸ Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen nicht alle fehlenden Nachweise nachgereicht haben. Die Beschwerdeführerin 1 reichte zwar sämtliche Nachweise ein, jedoch ist die Bestätigung der Mehrwertsteuerbehörde auf den 28. Januar 2005 datiert und somit älter als ein Jahr (Art. 20 Abs. 2 ÖBV). Die Beschwerdeführerin 2 reichte lediglich die Bestätigung des Betreibungs- und Konkursamtes ein. Von den übrigen Beschwerdeführerinnen liegen weiterhin keine Nachweise zum Selbstdeklarationsblatt vor. Das Selbstdeklarationsblatt ist nach wie vor nicht unterschrieben.

Angesichts der sachlichen Rechtfertigung der strengen Formvorschrift von Art. 24 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ÖBV, des fehlenden Ermessensspielraums der

⁸ VGE 22652 vom 30.11.2006 i.S Ch. AG, E.3.4

Vergabebehörde von Art. 24 Abs. 2 ÖBV sowie der in mehrfacher Hinsicht mangelhaften Offerteneingabe der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3, kann nicht von einem überspitzt formalistischen oder unverhältnismässigen Handeln der Vergabebehörde die Rede sein.

3. Eignung

Da das AGG die Beschwerdeführerinnen zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, kann die Frage bezüglich ihrer Eignung offen bleiben.

4. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von pauschal 1'400 Franken sind den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Sie haften dafür solidarisch (Art. 106 VRPG).

Den Beschwerdegegnerinnen ist kein Aufwand durch eine berufsmässige Parteivertretung angefallen. Parteikosten sind somit keine zu sprechen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung vom 22. November 2006 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.00 werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie haften dafür solidarisch für den gesamten Betrag.

Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, als Gerichtsurkunde
- E. _____, als Gerichtsurkunde
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Hause

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin