

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2006/8

Bern, 7. Dezember 2006

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



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

betreffend die Verfügung des Tiefbauamtes des Kantons Bern vom 21. Juni 2006
(Teilprojekt City; N5, Westast Umfahrung Biel)

I. Sachverhalt

1. Im August 1996 schrieb das TBA die Ausführungs- und Detailprojektierungsarbeiten sowie die örtliche Bauleitung für die beiden Projektabschnitte Bözingenfeld und Seevorstadt-Salzhausstrasse der Nationalstrasse N 5, Umfahrung Biel, Teilprojekt City, im selektiven Verfahren öffentlich aus. Innerhalb der Eingabefrist beantragten mehrere Unternehmen, am Beschaffungsverfahren teilnehmen zu können. Nachdem das TBA die Eignung der interessierten Unternehmungen geprüft hatte, beschränkte es die Zahl der potentiellen Anbieterinnen und Anbieter auf sieben.

2. Im Mai 1997 teilte das TBA den für die Angebotseinreichung selektionierten Unternehmen mit, das Beschaffungsverfahren müsse unterbrochen werden, da das generelle Projekt der Bieler Westtangente N 5 vom Bundesrat noch nicht genehmigt worden sei. Das Beschaffungsverfahren blieb danach bis Ende 2001 sistiert.

3. Nachdem der Bundesrat das generelle Projekt der Westtangente N 5 genehmigt hatte, teilte das TBA den selektionierten Unternehmen im Dezember 2001 mit, dass das Beschaffungsverfahren fortgesetzt werde. Die Unternehmen hatten Gelegenheit, die Ausschreibungsunterlagen beim TBA zu beziehen und ein Angebot einzureichen. Insgesamt reichten sechs Unternehmen beim TBA ein Angebot für die 1996 ausgeschriebenen Projektierungsarbeiten ein.

Mit Verfügung vom 9. September 2003 erteilte das TBA den Zuschlag der Beschwerdeführerin.

4. Gegen die Zuschlagsverfügung erhoben mehrere Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) am 19. September 2003 Beschwerde¹.

Mit Entscheid vom 22. März 2004 hob die BVE die Zuschlagsverfügung auf und wies das TBA an, das Beschaffungsverfahren weiterzuführen.

5. Am 21. Juni 2006 verfügte das TBA den Abbruch des Beschaffungsverfahrens. Es begründete diesen damit, dass das Beschaffungsverfahren auf dem Stand der Technik von 1996 durchgeführt worden sei und sich seitdem technische Fortschritte ergeben hätten. Das ursprünglich ausgeschriebene Projekt habe sich erheblich verändert. Die Eignungsprüfung der Beschwerdeführerin liege 10 Jahre zurück. Die mit dem Angebot einzureichenden Nachweise seien nicht mehr gültig, da die einjährige Frist gemäss Art. 20 Abs. 2 ÖBV² abgelaufen sei. Es sei fraglich, ob die Beschwerdeführerin noch geeignet sei, den Auftrag auszuführen. Ein Festhalten an der seinerzeitigen Eignungsprüfung könne

¹ Beschwerdeverfahren RA Nr. 130/2003/10

² Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

neue potentielle Anbietende diskriminieren und den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzen.

3. Gegen die Abbruchverfügung erhob die Beschwerdeführerin bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) am 3. Juli 2006 Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und das TBA sei anzuweisen, das Beschaffungsverfahren fortzusetzen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Projekt habe sich seit dem Zuschlag im September 2003 nicht verändert. Sie sei nach wie vor geeignet, den Auftrag auszuführen. Die Tatsache, dass die Geltungsdauer der Nachweise abgelaufen sei, rechtfertige ebenfalls keinen Verfahrensabbruch. Es gehe nicht an, das Verfahren mit dem pauschalen Hinweis auf nicht näher bezeichnete neue Anbietende abubrechen.

4. Das TBA beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Es weist darauf hin, dass sich das Projekt in den letzten 10 Jahren wesentlich geändert habe. Die Ausschreibungsunterlagen müssten dementsprechend angepasst und die Eignungs- und Zuschlagskriterien auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. Ein derart komplexes Bauwerk bedinge eine neue Eignungsprüfung der Anbietenden. Der Beschwerdeführerin sei es unbenommen, sich am neuen Verfahren wieder zu beteiligen und ihre Eignung nachzuweisen.

5. Das Rechtsamt der BVE, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte einen zweiten Schriftenwechsel durch.

Auf die einzelnen Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid von Bedeutung, in den Erwägungen zurückzukommen sein.

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE, BSG 155.221.191)

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG⁴ können Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die BVE ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig, da die angefochtene Abbruchverfügung vom TBA erlassen wurde. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung beschwert und somit unbestritten zur Beschwerde befugt. Der geschätzte Auftragswert liegt unbestritten über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Auf die Beschwerde, welche form- und fristgerecht eingereicht wurde, ist einzutreten.

2. Abbruch des Beschaffungsverfahrens

a) Im vorliegenden Fall ist einzig strittig, ob das Vorgehen des TBA, das Beschaffungsverfahren gestützt auf Art. 29 Abs. 1 ÖBV abubrechen, dem Beschaffungsrecht widerspricht. Nach dieser Vorschrift liegt ein wichtiger Grund für den Abbruch des Verfahrens dann vor, wenn eine wesentliche Änderung des Auftrags erforderlich geworden ist (Art. 29 Abs. 1 Bst. c ÖBV). Im vorliegenden Fall ist insbesondere zu prüfen, ob sich das hier zu beurteilende Teilprojekt City seit der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin im September 2003 im Sinn von Art. 29 Abs. 1 Bst. c ÖBV wesentlich geändert hat.

b) Art. XIII Ziff. 4 Bst. b GPA⁵ bestimmt, dass eine öffentliche Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, keinen Auftrag zu vergeben. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses stellt ein verfassungsmässiges Prinzip dar, das ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 BV⁶ festgehalten ist. Es fragt sich, ob die Voraussetzungen des kantonalen und des Konkordatsrechts⁷, die beide für einen Abbruch einen wichtigen Grund verlangen,

⁴ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

⁵ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422)

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁷ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB, BSG 731.2 Anhang I

wirklich strenger sind als die Voraussetzung des „öffentlichen Interesses“ im Staatsvertragsrecht. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Konkordat oder der bernische Gesetzgeber strenger sein wollten als das Staatsvertragsrecht. Die BVE geht davon aus, dass jedes öffentliche Interesse einen wichtigen Grund im Sinne von Artikel 13 Bst. i IVöB und von Art. 29 Abs. 1 Bst. c ÖBV darstellt⁸. Die Beschaffungsstelle verfügt hinsichtlich des Entscheids, ein Verfahren nicht zu Ende zu führen, über ein weites Ermessen. Sie muss diesbezüglich aber ein ausreichendes öffentliches Interesse dartun können und darf ein Verfahren nicht grundlos abbrechen⁹. Die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe für den Abbruch des Beschaffungsverfahrens dürfen für die Beschaffungsstelle im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags zudem nicht voraussehbar gewesen sein¹⁰.

c) Das TBA hat seine Begründung für den Verfahrensabbruch im Beschwerdeverfahren präzisiert. Es führt aus, beim Teilprojekt City handle es sich um ein äusserst komplexes Bauwerk, welches höchste Ansprüche an die Ingenieurbaukunst erfordere. Das Bauwerk quere unterirdisch in Betrieb stehende, stark frequentierte Bahnlinien, Strassen und Gebäude. Es liege mehrheitlich im Grundwasser in einer sensiblen innerstädtischen Umwelt. Die Offertstellung sei auf der Basis des generellen Projekts aus dem Jahr 1998 erfolgt. Wegen der zwischenzeitlichen Änderung der Tunnelbaunormen sei die Lösung des generellen Projekts nicht mehr zulässig. Es seien erhebliche Projektanpassungen erforderlich, um die neuen Vorschriften und Richtlinien, insbesondere diejenigen der Tunnellüftung, zu erfüllen. Hinzu komme, dass der gesamte Westast der N5-Umfahrung seit 2002 laufend Optimierungsprozessen unterworfen gewesen sei. Diese Prozesse dauerten teilweise noch an. Die Ausschreibungsunterlagen seien zwingend an die wesentlichen Änderungen des Projekts anzupassen und die Eignungs- und Zuschlagskriterien müssten auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. Die Eignung der Anbietenden müsse von Grund auf neu überprüft werden. Das TBA werde die ursprüngliche Option, dass die Anbietenden als örtliche Bauleiter wirken können, nicht einlösen und diese Aufgaben selber übernehmen. In der ursprünglichen Ausschreibung beanspruchte die örtliche Bauleitung rund 40% des Auftragsvolumens. Der Wegfall dieses Arbeitsvolumens stelle ohne Zweifel eine wesentliche Änderung des Auftrags dar.

⁸ s. auch Hubert Stöckli, in BR/DC 2003, S. 66

⁹ BRK 13/2002 E. 2a, mit Hinweisen

¹⁰ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Schulthess 2003, N. 382

d) Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei nicht nachvollziehbar, inwieweit sich das Projekt seit dem Zuschlag im September 2003 verändert habe. Der Charakter und die Linienführung des Bauwerks seien gleich geblieben. Die Neukonzeption der beiden Anschlüsse Seevorstadt und Salzhausstrasse sowie die erfolgten Änderungen der Tunnelbaunormen bewirkten keine zusätzlichen Anforderungen an die Ingenieur Tätigkeit. Die Änderungen der Anschlüsse erfolgten zudem zwischen der ersten Präqualifikation im Jahr 1996 und der Offertstellung im Jahr 2003. Die fraglichen Änderungen seien bei den Angeboten der präqualifizierten Anbieterinnen bereits berücksichtigt worden. Die Offertstellung im Jahr 2003 sei daher nicht auf der Basis des generellen Projekts 1998 erfolgt. Die Angebote hatten die Bestvariante 6 (Bereich Seevorstadt) und die Bestvariante 8 (Bereich Bienne-Centre) bereits zu berücksichtigen. Es treffe zwar zu, dass die Variante 8.13 A als Untervariante der Bestvariante 8 den Anschluss Bienne-Centre ändere. Die übrigen Bestandteile und der Charakter des Projekts seien dagegen unverändert geblieben. Die fachlichen und personellen Voraussetzungen seitens der Beschwerdeführerin hätten sich seit der letzten Eignungsprüfung im Jahr 2003 nicht geändert. Sie sei nach wie vor geeignet, den Auftrag auszuführen. Eine Änderung bzw. Anpassung der Zuschlags- und Eignungskriterien während laufendem Beschaffungsverfahren sei durchaus möglich. Der Entscheid des TBA, die örtliche Bauleitung selber durchzuführen, bewirke ebenfalls keine wesentliche Änderung des Auftrags.

e) Das hier zu beurteilende Teilprojekt City ist Bestandteil des sogenannten Westastes der N5-Umfahrung von Biel. Kernstück des Teilprojekts sind die N5-Strassenanschlüsse Seevorstadt und Salzhausstrasse sowie der rund 1 km lange Verbindungstunnel zwischen diesen beiden Anschlüssen. Den Abschluss des Teilprojekts City bildet im Osten der Anschluss Bienne-Centre, bestehend aus den beiden Anschlüssen Salzhausstrasse und Bernstrasse. Die fraglichen Anschlussstellen (Seevorstadt, Salzhausstrasse, Bienne-Centre) mussten seit der Auflage des generellen Projekts im Jahr 1998 laufend optimiert werden. Aus dem ersten Optimierungsprozess resultierten für die Anschlüsse Seevorstadt und Bienne-Centre je zwei Lösungen (sogenannte Bestvarianten 6 und 8). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass die sechs präqualifizierten Planungsbüros die beiden Bestvarianten in ihren Angeboten bereits zu berücksichtigen hatten¹¹. Die

¹¹ vgl. Angebotsunterlagen des TBA, Dokument B, Projekt- und Leistungsbeschrieb, Ziff. 1.1. a.E., Register 8 der Vorakten

Offertstellung im Jahr 2003 erfolgte somit nicht auf der Grundlage des generellen, sondern auf derjenigen des abgeänderten Projekts mit den beiden modifizierten Anschlüssen Seevorstadt und Bienne-Centre. Nach der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin im September 2003 wurden die Optimierungsprozesse der fraglichen Strassenanschlüsse des Westastes fortgesetzt. Beim Anschluss Bienne-Centre resultierte ein neu konzipiertes Anschlussystem, die sogenannte Variante 8.13 A, welches die ursprüngliche Variante 8 ablöste. Die Änderung des Anschlusses hat Auswirkungen auf die gesamte Verkehrsführung und das Strassenniveau. Im Übrigen wurde für den gesamten Westast der N5-Umfahrung von der Seevorstadt bis ins Bruggmoos ab 2004 erneut eine umfassende Projektoptimierung in Gang gesetzt. Dieser Prozess, der insbesondere bezweckt, mit den betroffenen Gemeinden und Amtsstellen von Bund und Kanton eine genehmigungsfähige Lösung zu finden, ist derzeit noch nicht abgeschlossen. Es ist davon auszugehen, dass das Projekt bezüglich der betroffenen Strassenanschlüsse nochmals Änderungen erfahren wird, welche aufgrund ihrer Auswirkungen auf das Gesamtprojekt nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden können. Hinzu kommt, dass das Bundesamt für Strassen (ASTRA) im Jahr 2004, also nach der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin im September 2003, eine neue Richtlinie für die Lüftung der Strassentunnel herausgegeben hat¹². Diese Richtlinie regelt insbesondere die Systemwahl, Dimensionierung und Ausstattung der Strassentunnel. Der geplante Tunnel zwischen den beiden Anschlüssen Seevorstadt und Salzhausstrasse ist den Bestimmungen der neuen Richtlinie anzupassen. Die baulichen Auswirkungen sind entsprechend gross¹³. Die Änderungen der Strassenanschlüsse haben zudem erhebliche Auswirkungen auf das gesamte Verkehrssystem, die Umwelt, die Landschaft, den Städtebau, die Geometrie und somit die Ausgestaltung des gesamten Teilprojekts City¹⁴. Die Ausschreibungsunterlagen müssen überprüft und allenfalls berichtigt bzw. ergänzt werden. Auch die Preiskalkulationen der Anbietenden müssen dem heutigen Projektstand sowie den zwischenzeitlich geänderten technischen Normen und Richtlinien angepasst werden. Hinzu kommt, dass die letzte umfassende Eignungsprüfung der Anbietenden rund 10 Jahre zurückliegt. Es ist daher fraglich, ob die damals selektierten Unternehmen die fachlichen und personellen Voraussetzungen im heutigen Zeitpunkt noch erfüllen, um die Projektierungsarbeiten für die N5-Umfahrung von Biel ausführen zu können. Das TBA legt glaubwürdig dar, dass die Eignung der Anbietenden aufgrund der verschiedenen

¹² vgl. Vorakten, Register 12

¹³ vgl. Stellungnahme des TBA vom 28. Juli 2006, S. 2

¹⁴ vgl. Stellungnahme des TBA vom 28. Juli 2006, S. 2 unten

Projektänderungen neu überprüft werden muss und die Beschaffung auf eine neue Grundlage zu stellen ist¹⁵. Im Vorfeld dieser Eignungsprüfung sind die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien allenfalls neu zu definieren. Im Übrigen bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte, wonach die Projektentwicklung im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags vor 10 Jahren für das TBA voraussehbar gewesen ist. Solches wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Es besteht ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch des Beschaffungsverfahrens.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend folgt, dass die Hochleistungsstrassenanschlüsse des Teilprojekts City der N5-Umfahrung Biel vom Zeitpunkt des Zuschlags im September 2003 bis heute ständigen Änderungs- und Projektoptimierungsprozessen unterworfen waren. Einzelne Projektoptimierungen sind zum Teil noch im Gang. Diese Prozesse führten zu erheblichen Änderungen des Gesamtprojekts. Die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien sind allenfalls neu zu definieren und die Eignung der Anbietenden ist neu zu überprüfen. Hinzu kommt, dass die Systemwahl, die Dimensionierung und die Ausstattung des Strassentunnels zwischen den Anschlüssen Seevorstadt und Salzhausstrasse der neuen Richtlinie des ASTRA anzupassen sind. Dies hat entsprechende bauliche Änderungen des Tunnels zur Folge. Die Änderungen des Teilprojekts City waren im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags vor 10 Jahren – zumindest in diesem Ausmass – für das TBA nicht voraussehbar. Es besteht ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch des Beschaffungsverfahrens. Es liegt eine wesentliche Änderung des Auftrags im Sinn von Art. 29 Abs. 2 Bst. c ÖBV vor. Die Abbruchverfügung des TBA ist daher zu bestätigen und die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Kosten

Bei diesem Verfahrensausgang sind die oberinstanzlichen Verfahrenskostender der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG¹⁶). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'400.00. Parteikosten sind keine zu sprechen.

¹⁵ vgl. Stellungnahme des TBA vom 28. Juli 2006, S. 3; Replik des TBA vom 12. Oktober 2006, S. 2 oben

¹⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Tiefbauamtes des Kantons Bern vom 21. Juni 2006 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B. _____ (mit Gerichtsurkunde)
- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA)

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin