

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2006/9

Bern, 29. September 2006

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



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

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude vom 20. Juli 2006
(Geschäfts-Nr. 06094, Nr. AGG 3701; Neubau Dreifachturnhalle Thun)

I. Sachverhalt

1. a) Im Rahmen eines zweistufigen Gesamtleistungswettbewerbs schrieb das AGG im Mai 2006 den Auftrag für die Planung und die Ausführung des Neubaus einer Dreifachturnhalle, eines Rasenspielfelds und der notwendigen Erschliessungsanlagen an der C. _____ strasse in Thun im selektiven Verfahren öffentlich aus (erste Stufe). In den Ausschreibungsunterlagen wurden Firmen oder Firmengruppierungen als teilnahmeberechtigt bezeichnet, welche in der Lage sind, eine integrale Totalunternehmerleistung für die gestellte Aufgabe zu erbringen. Diese umfasst neben Garantieleistungen die Planung, Projektierung, Realisierung und Inbetriebnahme des Werks.

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten zudem den Hinweis, dass Mehrfachbewerbungen ausgeschlossen sind.

b) Für die Ausführung des Auftrags reichten insgesamt sieben Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin, einen Antrag auf Teilnahme am Wettbewerbsverfahren ein. Die Beschwerdeführerin gab dabei ihre Projektorganisation bekannt. Sie schlug unter anderem eine Projektleitung „Planung“ vor, welche sie in mehrere Planungsteilbereiche aufgliederte. Für einen Planungsteilbereich gab sie die Firma D. _____ als Subplanerin an.

c) Mit Schreiben vom 7. Juni 2006 teilte das AGG sämtlichen Unternehmen mit, vier Bewerberinnen hätten unvollständige Unterlagen eingereicht oder in anderer Weise gegen die Ausschreibungsbedingungen verstossen. Im Fall der Beschwerdeführerin beanstandete sie, das Ingenieurbüro D. _____ sei auch von einer anderen Antragstellerin als Fachplaner vorgesehen. Dies stelle einen Verstoss gegen das Verbot der Mehrfachbewerbung dar. Da jedoch ein Interesse bestehe, die Konkurrenz spielen zu lassen und alle Bewerbungen zu beurteilen, sei bei den betroffenen Firmen eine Nachbesserung ihrer Bewerbungsdossiers zu veranlassen. Voraussetzung sei allerdings, dass einer Nachbesserung sämtliche Bewerberinnen zustimmten.

d) Nachdem sich zwei für die zweite Stufe zugelassene Bewerberinnen gegen eine Nachbesserung der mangelhaften Bewerbungen aussprachen, schloss das AGG mit Verfügung vom 20. Juli 2006 die Beschwerdeführerin und drei weitere Antragstellerinnen vom Verfahren aus. Zur Begründung verwies sie im Fall der Beschwerdeführerin auf den Verstoss gegen das Verbot der Mehrfachbewerbung.

2. Gegen die Ausschlussverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 31. Juli 2006 bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr eine angemessene Frist anzusetzen, um den Eignungsnachweis bezüglich der fachtechnischen Koordination in den Bereichen Haustechnik und Energie zu „wiederholen“. Eventuell sei das AGG anzuweisen, das Verfahren diesem Antrag entsprechend fortzusetzen. Ausserdem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Tragweite des Verbots der Mehrfachbewerbung sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht klar ersichtlich gewesen. Der Grundsatz der Transparenz sei dadurch verletzt worden. Wäre das Verbot in der vom AGG bekannt gegebenen Form zulässig, müsste es als Ausschluss von Mehrfachbewerbungen von verbundenen Gesellschaften oder von Konsortiumsmitgliedern, nicht dagegen von Subplanern, verstanden werden. Indem das AGG gegenüber der Beschwerdeführerin eine Nachbesserung ihrer angeblich mangelhaften Eingabe in Aussicht stellte, habe es zu erkennen gegeben, dass der Mangel der Mehrfachbewerbung aus seiner Sicht keinen Ausschlussgrund darstelle. Ausserdem habe das AGG die Verfahrensart nicht klar umschrieben und den Wettbewerbswert nicht angegeben. Es sei damit zu rechnen, dass das Beschwerdeverfahren und die Wiederholung der Eignungsprüfung frühestens im Herbst 2006 abgeschlossen seien. Werde die Suspensivwirkung nicht erteilt, bestehe die Gefahr, dass die Beschwerdeführerin im Fall ihres Obsiegens nur noch eine kurze Zeit für die Ausarbeitung ihres Projekts zur Verfügung habe und gegenüber den anderen Wettbewerbsteilnehmerinnen erheblich benachteiligt werde.

3. Das AGG beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und die aufschiebende Wirkung sei nicht zu erteilen. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführerin die Doppelbewerbung des fraglichen Planungsbüros nicht bekannt gewesen sei. Als federführende Firma sei sie für Fehler und Unachtsamkeiten ihrer Partner bereits bei der Bewerbung verantwortlich. Das Verbot der Mehrfachbewerbung sei in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig formuliert. Es liege keine Verletzung des Transparenzgrundsatzes vor. Die Beschwerdeführerin hätte dem AGG bei allfälligen Unklarheiten Fragen stellen oder die Ausschreibung anfechten können. Diese Möglichkeit habe sie nicht wahrgenommen. Von den Ausschreibungsgrundsätzen könne ohne Zustimmung der Mitbewerberinnen nicht abgewichen werden, ansonsten das Gleichbehandlungsgebot verletzt würde. Mit seinem Schreiben vom 7. Juni 2006 habe das AGG keineswegs ein Werturteil über das Gewicht des Mangels gefällt. Es handle sich vorliegend nicht um einen geringfügigen Mangel, der behebbar sei. Die Verfahrensart sei in der Ausschreibung klar bekannt gegeben worden. Die Beschwerdeführerin hätte allfällige Rechtsverletzungen in den Ausschreibungsunterlagen umgehend und nicht erst nach dem Ausschluss rügen müssen. Der Wert des Gesamtleistungswerks habe nicht bekannt

gegeben werden müssen. Die Entschädigung für den Gesamtleistungswettbewerb hingegen sei in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich geregelt. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei nicht zu erteilen, da die Beschwerde nicht ausreichend begründet sei.

4. Das Rechtsamt der BVE, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und edierte die Vorakten. Es hiess das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut und gab den drei für das Wettbewerbsverfahren selektionierten Unternehmen Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Von dieser Möglichkeit machten die drei Unternehmen nicht Gebrauch. Das Rechtsamt verzichtete auf die Durchführung eines Beweisverfahrens.

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

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG² können Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber über den Ausschluss vom Vergabeverfahren 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 Ausschlussverfügung vom AGG erlassen wurde. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung beschwert und somit unbestritten zur Beschwerde befugt. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Verbot der Mehrfachbewerbung, Verletzung des Transparenzprinzips

¹ 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)

² Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Tragweite des Verbots der Mehrfachbewerbung sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht genügend ersichtlich gewesen. Dadurch sei das Transparenzprinzip verletzt worden. Das Verbot sei zu pauschal formuliert und könne höchstens so verstanden werden, dass sich verbundene Gesellschaften oder Konsortiumsmitglieder nicht mehrfach für den Auftrag bewerben dürfen. Die Auslegung der Verbotsklausel im Sinn eines Verbots der Mehrfachbeteiligung von Subakkordanten wäre unangemessen. Es seien keine beschaffungsrechtlichen Gründe ersichtlich, wonach eine Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern unzulässig wäre. Die Beschaffungsstelle könne im selektiven Verfahren vor der Erarbeitung der Wettbewerbsbeiträge Einsicht in die Projektorganisation der Bewerbenden nehmen und bei einer allfälligen Häufung von Mehrfachbeteiligungen und der damit verbundenen erhöhten Gefahr von Absprachen entsprechend einschreiten.

b) Das AGG führt aus, die drei zentralen Eignungskriterien – federführende Funktion bei der Erbringung von Totalunternehmerleistungen, Architekturleistungen und fachtechnische Koordination in den Bereichen Haustechnik und Energie – seien gleichwertig. In Ziffer 5.1 der Ausschreibungsunterlagen werde ausdrücklich davon ausgegangen, dass für die drei Teilbereiche drei verschiedene Unternehmen zuständig seien, wobei eine Unternehmung die Federführung habe. Die drei Unternehmen hätten in den drei Bereichen planerisch gleichwertige Leistungen zu erbringen. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe klar hervor, dass die Delegation dieser zentralen Leistungen an Subplaner – im Gegensatz etwa zu Bauingenieurleistungen – unerwünscht sei. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführerin die Doppelbewerbung der D. _____ nicht bekannt gewesen sei. Als federführende Firma habe die Beschwerdeführerin für Fehler und Unachtsamkeiten bereits bei der Bewerbung einzustehen.

c) Der Grundsatz der Transparenz, dem im öffentlichen Beschaffungswesen eine zentrale Funktion zukommt, soll einerseits einen echten Wettbewerb gewährleisten, damit die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden. Zum andern bezweckt das Transparenzprinzip, ein faires Beschaffungsverfahren sicherzustellen und die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers zu verhindern³. Die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes, der eine ständige und umfassende Information der Beteiligten in jedem Stadium des Beschaffungsverfahrens

³ BGE 125 II 86 E. 7c, veröffentlicht in Pra 1999 S. 571 E. 7c

zum Ziel hat, garantiert zudem die Gleichbehandlung aller Teilnehmenden. Die Auftraggebenden haben die Pflicht, mit einer klaren, transparenten und inhaltlich vollständigen Ausschreibung die Grundlage für ein möglichst transparentes Verfahren zu schaffen. Die Beschaffungsstelle ist zudem verpflichtet, möglichst klare und unmissverständliche Ausschreibungsunterlagen zu erstellen⁴.

d) Das Verbot der Mehrfachbewerbung tritt in der Beschaffungspraxis in verschiedenen Formen auf. Es kann bei grösseren Beschaffungen beinhalten, mehrere Angebote von verbundenen Gesellschaften – zum Beispiel Mutter- und Tochtergesellschaften –, welche rechtlich oder tatsächlich unter einer einheitlichen Führung stehen, nicht zuzulassen. Das Verbot kann sich aber auch an einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft richten und eine Beteiligung an weiteren Bietergemeinschaften untersagen. Damit sollen in erster Linie Wettbewerbsabsprachen unter einzelnen Gemeinschaften verhindert werden. Das Verbot der Mehrfachbewerbung kann schliesslich darauf ausgerichtet sein, eine Beteiligung von Subunternehmen an mehreren Angeboten oder Wettbewerbsbeiträgen zu untersagen. Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Beschaffungsstelle, zu entscheiden, ob und welche Mehrfachangebote sie zulassen will. Angesichts der verschiedenen Beteiligungsformen sowie der Tatsache, dass solche Verbote regelmässig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, ist es jedoch unerlässlich, das Verbot der Mehrfachbewerbung klar zu regeln⁵. Dies umso mehr, als es insbesondere bei Generalplaner- oder Generalunternehmerausschreibungen durchaus üblich ist, Unternehmen, welche bezüglich der zu erbringenden Leistung untergeordnete Aufgaben erfüllen, bei mehreren Anbietenden zuzulassen.

e) Die Ausschreibungsunterlagen des vorliegenden Gesamtleistungswettbewerbs halten in Ziffer 1.8 unter dem Titel „Teilnahmeberechtigung“ Folgendes fest:

„Teilnahmeberechtigt sind Firmen oder Firmengruppierungen, welche in der Lage sind, eine integrale Totalunternehmerleistung für die gestellte Aufgabe zu erbringen (Planung, Projektierung und Realisierung des Werkes, inkl. der erforderlichen Bewilligungen, Inbetriebnahme und Garantieleistungen).

Zur Qualifikation muss die Eignung in den drei nachfolgenden, ausgewählten Bereichen nachgewiesen werden:

- Federführende Funktion bei der Erbringung von Totalunternehmerleistungen

⁴ KPG-Bulletin 3/2002 S. 58 ff.; BRK 15/2005 E. 2b

⁵ Peter Rechsteiner, Ausschluss von Mehrfachbewerbungen, BR 2002 159; Denis Esseiva, Anmerkung zu BRK 15/2005, in BR 2006 83

- Architekturleistungen
- Fachtechnische Koordination in den Bereichen Haustechnik und Energie

Die Mehrfachbewerbung ist ausgeschlossen.

Zugelassen sind Totalunternehmungen (Firmen oder Firmengruppierungen) mit Wohn- oder Geschäftssitz in der Schweiz oder einem Vertragsstaat des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, soweit dieser Staat Gegenrecht gewährt.“

Die Ausschreibungsunterlagen legen in pauschaler Form fest, dass Mehrfachbewerbungen ausgeschlossen sind. Weitere Erläuterungen zum Verbot der Mehrfachbewerbung enthalten die Ausschreibungsunterlagen nicht. Es wird insbesondere nicht präzisiert, ob sich das Verbot an Gesellschaften, an Mitglieder von Bietergemeinschaften oder an Subplanerinnen bzw. Subplaner richtet. Aus der Umschreibung der Teilnahmeberechtigung geht jedoch hervor, dass sich die Teilnahmeberechtigung am Gesamtleistungswettbewerb auf Totalunternehmungen beschränkt. In Ziffer 1.3 der Ausschreibungsunterlagen wird zudem festgehalten, dass es das Ziel der ersten Stufe ist, drei bis fünf Totalunternehmen für die Teilnahme am Gesamtleistungswettbewerb zu bestimmen. In diesem Kontext konnte das Verbot der Mehrfachbewerbung nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass es einzig Totalunternehmungen – seien es Mitglieder von Bietergemeinschaften oder verbundene Unternehmen – untersagt war, mehrere Angebote einzureichen. Aus der Umschreibung der Teilberechtigung lässt sich dagegen nicht schliessen, dass das Verbot auch für Subunternehmen bzw. Subplaner gilt.

f) Zusammenfassend folgt, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin mit der Begründung, ihr Antrag auf Teilnahme verletze das Verbot der Mehrfachbewerbung, unzulässig ist. Der Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen ist klar und besagt, dass das Verbot der Mehrfachbewerbung einzig für Totalunternehmungen, nicht dagegen für Subunternehmungen, gilt. Die Anforderungen der Praxis an möglichst klare und unmissverständliche Ausschreibungsunterlagen sind nicht eingehalten. Es liegt eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes vor. Das AGG hat den Ausschluss einzig damit begründet, dass die Beschwerdeführerin die gleiche Subplanerin wie eine Konkurrentin beigezogen habe. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen im Bereich Haustechnik und Energie an eine Subplanerin delegiert hat, ist kein Ausschlussgrund. Das AGG wird sie allenfalls beim Entscheid über die weitere Teilnahme zu gewichten haben.

3. Nachbesserung der Anträge auf Teilnahme

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das AGG habe der Beschwerdeführerin und anderen Bewerberinnen gegenüber seine Absicht bekannt gegeben, eine Frist zur Nachbesserung des mangelhaften Eignungsnachweises beim Kriterium "fachtechnische Koordination in den Bereichen Haustechnik und Energie" anzusetzen. Damit habe das AGG zugleich ein Werturteil über das Gewicht des Mangels gefällt. Auf dieser Einschätzung müsse sich das AGG behaften lassen. Im Falle eines gravierenden Mangels hätte das AGG unabhängig von der Zustimmung der übrigen Antragstellerinnen zwingend den Ausschluss der Beschwerdeführerin verfügen müssen.

b) Nach Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV⁶ schliessen Auftraggebende Anbietende von der Teilnahme am Verfahren aus, welche die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen. Ein Wettbewerbsausschluss kommt nur bei eindeutigen Verstössen gegen klar formulierte Wettbewerbsbedingungen in Frage. Liegt ein solcher Fall aus Sicht der Beschaffungsstelle vor, ist der Ausschluss zwingend zu verfügen⁷. Sind die Wettbewerbsbedingungen dagegen auslegungsbedürftig, hat die Beschaffungsstelle im Fall einer mit Mängeln behafteten Eingabe eine Interessenabwägung vorzunehmen. Können Mängel rasch behoben werden, ist eine Nachbesserung zu gewähren⁸. Die Auftraggebenden können von den Anbietenden Erläuterungen in Bezug auf ihre Eignung und ihr Angebot verlangen (Art. 26 Abs. 1 ÖBV). Diese Erläuterungen dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern. Zur Bereinigung von Detailfragen sind auch Präzisierungen zulässig, soweit sie nicht auf eine massgebliche Änderung des Auftrags bzw. des Angebots hinauslaufen⁹.

c) Das AGG hat in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass Mehrfachbewerbungen ausgeschlossen sind. Nach Kenntnis der einzelnen Anträge auf Teilnahme am Wettbewerbsverfahren stellte das AGG fest, dass die Beschwerdeführerin und eine andere Bewerberin das gleiche Ingenieurbüro für die fachtechnische Koordination in den Bereichen Haustechnik und Energie vorsahen. Es gab daraufhin sämtlichen Bewerberinnen bekannt, es beabsichtige, die teilweise mangelhaften Eingaben wegen des öffentlichen Interesses an einer möglichst hohen Wettbewerbsbeteiligung nachbessern zu

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

⁷ BRK 8/01 vom 17. April 2002 in VPB 66/2002 Nr. 54 E. 5

⁸ Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2004, Art. 49 VoeB Ziffer 3 ff.

⁹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Schulthess 2003, N. 340 mit Hinweisen

lassen. Dies unter dem Vorbehalt der Zustimmung aller Bewerberinnen¹⁰. Das Einhalten des Verbots der Mehrfachbewerbung stellte aus Sicht des AGG unbestritten eine wichtige Voraussetzung für die Teilnahmeberechtigung am Wettbewerb dar. Die Verletzung des Verbots hätte an sich einen direkten Ausschluss gerechtfertigt. Es ist daher fraglich, ob es zulässig war, Gelegenheit zur Nachbesserung der Anträge zu geben und diese vom Einverständnis der übrigen Bewerberinnen abhängig zu machen. Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, da die Beschwerde aus den in Erwägung 2 genannten Gründen ohnehin gutzuheissen und die Ausschlussverfügung aufzuheben ist.

4. Verfahrensart, Wettbewerbsart, Wettbewerbswert

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner, das AGG habe in den Ausschreibungsunterlagen einen Gesamtleistungswettbewerb im offenen Verfahren angekündigt, obschon es sich tatsächlich um einen selektiven Wettbewerb handle.

Nach Art. 10 Abs. b und Art. 11 Abs. 1 Bst. a ÖBV ist in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen die Verfahrensart bekannt zu geben. Aus der Ausschreibung geht hervor, dass im vorliegenden Fall als Verfahrensart das selektive Verfahren bestimmt wurde. Die Ausschreibungsunterlagen halten ebenfalls fest, dass der Gesamtleistungswettbewerb im selektiven Verfahren durchgeführt wird¹¹. Die gesetzlichen Anforderungen an die Bekanntgabe der Verfahrensart sind erfüllt. Der Titel „offener Gesamtleistungswettbewerb“ bezog sich einzig auf die öffentliche Ausschreibung, in der sämtliche Anbietende eingeladen wurden, am Verfahren teilzunehmen¹².

b) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das AGG habe in den Ausschreibungsunterlagen bloss in einem Satz darauf hingewiesen, dass es von den zugelassenen Teilnehmenden eine Projektidee verlange. Entgegen dem Titel und dem Text der Ausschreibung handle es sich aber nicht nur um einen Gesamtleistungswettbewerb, sondern zugleich auch um einen Ideenwettbewerb. Eine solche Wettbewerbskombination sei zwar erlaubt; es sei jedoch nicht zulässig, den Ideenteil nicht als Wettbewerb zu deklarieren und dafür weder Wettbewerbskriterien noch

¹⁰ vgl. Schreiben des AGG an die Bewerberinnen vom 7. Juni 2006, S. 114 und 115 der Vorakten

¹¹ vgl. Ziffer 1.6 der Ausschreibungsunterlagen, S. 4 der Vorakten

¹² vgl. Stellungnahme des AGG vom 16. August 2006, S. 11

Preise vorzusehen.

Aus den Vorakten des AGG geht hervor, dass es sich vorliegend um einen zweistufigen Gesamtleistungswettbewerb handelt, mit dem ein verbindliches Preis- und Leistungsangebot für den Bau einer neuen Dreifachturnhalle, eines Rasenspielfeldes und der notwendigen Erschliessungsanlagen beschafft werden soll. Das Verfahren beschränkte sich dabei auf den Eignungsnachweis, den die Antragstellerinnen für die Teilnahme am Gesamtleistungswettbewerb zu erbringen hatten¹³. Eine Verpflichtung, die Bedingungen für die zweite Stufe, das heisst die Ausarbeitung eines verbindlichen Gesamtleistungsangebots, bereits in der ersten Stufe des selektiven Verfahrens in allen Einzelheiten bekannt zu geben, bestand für das AGG nicht. Im Übrigen wurde in den Ausschreibungsunterlagen lediglich darauf hingewiesen, dass in einem späteren Zeitpunkt eine zweite Dreifachturnhalle realisiert werden soll und als Projektidee eine mögliche Gesamtlösung in Planform darzustellen sei. Das AGG legt glaubwürdig dar, dass es dabei nicht darum ging, einen Gesamtleistungswettbewerb mit einem Ideenwettbewerb zu koordinieren, sondern bloss darum, die zukünftige zweite Dreifachturnhalle planerisch zu berücksichtigen¹⁴.

c) Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, das AGG habe es unterlassen, den Wettbewerbswert anzugeben. Es sei einzig die Preissumme bekannt gegeben worden. Der geschätzte Wert des Folgeauftrags, der zusammen mit der Gesamtpreissumme massgebend sei, gehe aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervor.

Art. 3 ÖBG bestimmt, dass Aufträge kantonalen Auftraggebender im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben sind, wenn deren geschätzter Wert den massgebenden Schwellenwert in Art. 3 ÖBG erreicht. Die Bestimmung des geschätzten Auftragswerts dient somit ausschliesslich dazu, die Verfahrensart festzulegen. Die Vorschriften von Art. 10 und 11 ÖBV legen den Mindestinhalt der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen fest. Der geschätzte Auftragswert wird in diesen Vorschriften zwar nicht explizit aufgeführt. Im vorliegenden Fall jedoch war der Auftragswert dem AGG offenbar bekannt¹⁵. Es wäre somit aus Gründen der Transparenz geboten gewesen, den

¹³ vgl. Ziffer 1.1 der Ausschreibungsunterlagen, S. 3 der Vorakten

¹⁴ vgl. Anhang A5 der Ausschreibungsunterlagen, S. 14 der Vorakten; Stellungnahme des AGG vom 16. August 2006, S. 11 und 12

¹⁵ vgl. Stellungnahme des AGG vom 16. August 2006, S. 12

geschätzten Auftragswert in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Dies hätte es potentiellen Teilnehmerinnen und Teilnehmern erlaubt, sich ein Bild vom kostenmässigen Umfang des Auftrags zu machen. Vom Auftragswert zu unterscheiden ist dagegen die Gesamtpreisumme des Wettbewerbs. Diese legt die Entschädigung der Teilnehmenden fest und ist bei der Ermittlung des Auftragswerts nicht zu berücksichtigen.

5. Zusammenfassung

Aus diesen Erwägungen folgt zusammenfassend, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin durch das AGG unzulässig war. Der Beizug einer Subunternehmung verletzt das Verbot der Mehrfachbewerbung nicht. Das AGG hat das Beschaffungsrecht insoweit verletzt, als es das Verbot der Mehrfachbewerbung in den Ausschreibungsunterlagen zu wenig genau umschrieben und somit das Transparenzgebot verletzt hat. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung des AGG wird, soweit den Ausschluss der Beschwerdeführerin betreffend, aufgehoben.

6. Kosten

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin. Dem Kanton können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG¹⁶). Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kanton Bern hat der Beschwerdeführerin dagegen die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der Parteivertreter der Beschwerdeführerin ist bei der Berechnung seines Honorars von einem Stundenansatz von Fr. 275.00 ausgegangen. Die BVE erachtet diesen Stundenansatz gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis¹⁷ als übersetzt und reduziert diesen – entsprechend dem Konventionaltarif des Bernischen Anwaltsverbandes – auf Fr. 230.00. Die Parteientschädigung der Beschwerdeführerin wird demnach auf insgesamt Fr. 4'702.10 (Honorar: Fr. 4'370.00, Mehrwertsteuer: Fr. 332.10) festgelegt.

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

¹⁷ VGE 21456 vom 10. Januar 2003 i.S. K., E. 2f

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude vom 20. Juli 2006 wird, soweit den Ausschluss der Beschwerdeführerin betreffend, aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Amt für Grundstücke und Gebäude) hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten in der Höhe von Fr. 4'702.10 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, mit Gerichtsurkunde
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG)

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
i.V. der Direktorin

W. Luginbühl
Regierungspräsident