

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2008/1

Bern, 3. April 2008

in der Beschwerdesache zwischen

E. _____, bestehend aus:

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

C. _____
Beschwerdeführerin 3

alle per Adresse C. _____



_____ und

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

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 21. Dezember 2007 (BKP 213 Montagebau in Stahl; Abbruch des Verfahrens)

I. Sachverhalt

1. Das AGG plant, die Weichenbauhalle auf dem Areal der ehemaligen Von-Roll-Werke (D. _____ strasse 6a, Bern) für Hörsäle der Uni und der pädagogischen Hochschule Bern zu nutzen. Die Halle muss entsprechend umgebaut und saniert werden.

Das AGG schrieb den Montagebau in Stahl (inkl. Aussenfenster) offen aus. Die Beschwerdeführerinnen reichten ein Angebot ein.

2. Das AGG hat mit Verfügung vom 21. Dezember 2007 das Verfahren abgebrochen. Die Beschwerdeführerinnen haben am 4. Januar 2008 gegen die Verfügung Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) eingereicht.

Das AGG schrieb die Stahlbauarbeiten am 23. Januar 2008 neu aus. Es plant - losgelöst von den Stahlbauarbeiten – die Sanierung der Aussenfenster auszuschreiben.

Mit Vernehmlassung vom 5. Februar 2008 beantragt das AGG, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Mit einem Eventualantrag schliesst es auf Abweisung der Beschwerde.

3. Das Rechtsamt ordnete am 5. Februar 2008 einen zweiten Schriftenwechsel an. Es stellte mit Verfügung vom 5. März 2008 fest, dass die Beschwerdeführerinnen auf das Einreichen einer Replik verzichtet haben, und schloss den Schriftenwechsel.

Ein Vertreter der Beschwerdeführerin 3 teilte am 10. März 2008 telefonisch mit, die Beschwerdeführerinnen hätten irrtümlicherweise eine Eingabe vom 22. Februar 2008 nicht abgeschickt.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die Zuständigkeit der BVE zum Entscheid über die Beschwerde ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 ÖBG¹.

b) Das AGG ist der Auffassung, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht berücksichtigt werden könne, weil es nicht den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Würde die angefochtene Verfügung aufgehoben, müssten die Beschwerdeführerinnen vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb kein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Verfügung über den Verfahrensabbruch. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die

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

Beschwerdeführerinnen haben ein Angebot eingereicht. Das AGG hat das Verfahren abgebrochen, ohne dass es die Beschwerdeführerinnen vorher - oder allenfalls zusammen mit der Verfügung über den Verfahrensabbruch - vom Verfahren ausgeschlossen hat. Solange die Beschwerdeführerinnen nicht rechtskräftig vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen sind, haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Verfügung über den Verfahrensabbruch. Sie haben den tiefsten Preis offeriert. Eine allfällige Ausschlussverfügung des AGG könnten sie mit einem Rechtsmittel bekämpfen. Die Beschwerdeführerinnen sind zur Beschwerde befugt (Art. 65 Bst. a VRPG²).

c) Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist rechtzeitig eingereicht worden (Art. 14 ÖBG).

d) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG, soweit das ÖBG nichts anderes bestimmt. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG). Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

Nach Art. 32 Abs. 2 VRPG muss die Beschwerde einen Antrag und eine Begründung aufweisen sowie rechtsgültig unterschrieben sein. Antrag und Begründung müssen innert der Rechtsmittelfrist eingereicht sein (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde war mangelhaft unterschrieben. Das Rechtsamt hat den Mangel verbessern lassen (Art. 33 Abs. 1 VRPG). Hingegen wäre eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr zulässig gewesen.

Auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit die Beschwerdeschrift eine Begründung aufweist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Laienbeschwerde handelt, an die nicht hohe Anforderungen zu stellen sind³. Die BVE tritt deshalb auf die Beschwerde ein. Insoweit in der Beschwerde jedoch nur allgemeine Kritik am AGG geübt wird («Dieses Vorgehen kommt einem Schildbürgerstreich gleich.»), kann darauf nicht eingegangen werden. Die Beschwerdeführerinnen verlangen zudem, dass ihnen die Kosten für die Ausarbeitung des Angebotes zurückerstattet werden und drohen – sollte ihrem Begehren

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

³ BVR (Bernische Verwaltungsrechtsprechung) 1993 S. 394

nicht entsprochen werden – weitere Schritte an. Dieses Begehren sprengt den Streitgegenstand. Auch darauf kann nicht eingetreten werden. Sinngemäss verlangen die Beschwerdeführerinnen, dass die Verfügung des AGG aufzuheben sei. Insoweit tritt die BVE auf die Beschwerde ein.

e) Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG). Die Beschwerdeführerinnen haben kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Das AGG durfte die Stahlbauarbeiten am 23. Januar 2008 neu ausschreiben.

2. Abbruch des Beschaffungsverfahrens

a) Nach Art. 29 ÖBG darf das Beschaffungsverfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen werden. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b GPA⁴ 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 BV⁵ festgehalten ist. Es fragt sich, ob die Voraussetzungen des kantonalen und des Konkordatsrechts⁶, die beide für einen Abbruch einen wichtigen Grund verlangen, 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. Nach der Praxis der BVE stellt jedes öffentliche Interesse einen wichtigen Grund im Sinne von Artikel 13 Bst. i IVöB und von Art. 29 Abs. 1 Bst. c ÖBV dar⁷.

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 abbrechen⁸. Die im öffentlichen Interesse liegenden Gründe für den Abbruch des Beschaffungsverfahrens

⁴ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422)

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁶ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB, BSG 731.2 Anhang I

⁷ s. auch Hubert Stöckli, in BR/DC 2003, S. 66

⁸ BRK 13/2002 E. 2a, mit Hinweisen

dürfen für die Beschaffungsstelle im Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrags zudem nicht voraussehbar gewesen sein⁹.

b) Wie der Vernehmlassung des AGG vom 5. Februar 2008 entnommen werden kann, hat das AGG das Verfahren wegen geänderter Rahmenbedingungen (Art. 29 Abs. 2 Bst. c ÖBV) abgebrochen. Die Fenster der Weichenbauhalle könnten nicht wie vorgesehen saniert werden. Es handle sich um Stahlgussfenster aus den Jahren 1915 - 1917. Die Rahmen und Sprossen müssten saniert und die Gläser teilweise ersetzt werden. Es seien zwei Varianten in sieben Arbeitspaketen ausgeschrieben worden. Während der Ausschreibung habe die F._____ ag im Auftrag der Planer die Risiken der bevorstehenden Fenstersanierung untersucht. Ein Stahlgussfenster sollte demontiert und das Glas ausgebaut werden. Der Versuch sollte zeigen, welcher Variante der Zuschlag zu erteilen war. Die F._____ ag sei zum Schluss gekommen, dass keine der ausgeschriebenen Varianten für eine Sanierung in Frage komme. Die sanfte Sanierung sei unter anderem wegen der starken Verrostung der Stahlgussrahmen verworfen worden. Bei einer Sanierung durch Demontage bestehe das Risiko, dass die Stahlgussrahmen brechen und nicht mehr verwendet werden könnten. Der bruchfreie Ausbau der bestehenden Gussgläser konnte nicht garantiert werden. Die Alternative der «Reprofilierung», ein Vorschlag der F._____ ag, komme nicht in Frage, da bei dieser Variante die bestehenden Fenster ersetzt würden. Sie entspreche damit nicht der Auflage des Denkmalpflegers, welcher die Fenster erhalten wolle. Aufgrund dieser Ergebnisse sei von der Projektgemeinschaft ein Grundlagenpapier erstellt worden.

Das AGG habe das Gespräch mit dem Denkmalpfleger gesucht. Eine aussen liegende Zusatzverglasung ergänze die bestehenden Fenster. Diese Lösung erfülle die Anforderungen des AGG (Funktionalität der Fassade) wie auch jene des Denkmalpflegers (Erhalt der Fenster). Im Zeitpunkt der Ausschreibung habe das AGG nicht gewusst, dass die ausgeschriebenen Varianten zu grosse Risiken und Gefahren bürden und deshalb nicht umgesetzt werden könnten. Erst ein Versuch vor Ort habe gezeigt, dass bei beiden Varianten irreparable Schäden an den Rahmen und/oder Gläsern in Kauf genommen werden müssen. Das Ausmass der Schäden hätte das AGG mit grosser Wahrscheinlichkeit gezwungen, das Experiment abubrechen und Rahmen und Gläser total zu ersetzen (entsprechend der Variante «Reprofilierung»). Das AGG könne und wolle dieses Risiko wegen der Auflage des Denkmalpflegers nicht eingehen.

⁹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Schulthess 2003, N. 382

Weiter führte das AGG aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen ungültig sei, da es die Vorgaben des AGG (feste Preise bis zum 10. September 2009) abgeändert habe. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Damit wären nur zwei Angebote zur Auswahl gestanden. Es handle sich um die Angebote der G._____ und der H._____. Diese beiden Anbieter seien identisch. Die G._____ arbeite mit der H._____ (als Unterakkordant) zusammen. Die H._____ habe ebenfalls einen Unterakkordanten: es handelt sich um die I._____. Die Vermutung, dass diese beiden Anbieter die Preise abgesprochen haben, liege nahe. Bei nur zwei gültigen Angeboten identischer Bietergemeinschaften sei kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet, weshalb das Verfahren auch aus diesen Gründen hätte abgebrochen werden müssen (Art. 29 Abs. 2 Bst. d ÖBV).

c) Die Beschwerdeführerinnen verzichteten darauf, sich zu den Ausführungen des AGG in der Vernehmlassung vom 5. Februar 2008 zu äussern. Die Ausführungen des AGG sind für die BVE nachvollziehbar. Es bestand somit für das AGG ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch des Beschaffungsverfahrens. Das AGG durfte deshalb das Beschaffungsverfahren abbrechen.

d) Die Beschwerdeführerinnen sind offenbar der Auffassung, dass sie einem Abbruch des Beschaffungsverfahrens zustimmen müssen. Dies trifft nicht zu. Die Beschaffungsstelle kann aus wichtigen Gründen ein Verfahren auch ohne Zustimmung der Anbieter abbrechen.

e) Die vom AGG aufgeworfenen Fragen, ob die Beschwerdeführerinnen vom Beschaffungsverfahren hätten ausgeschlossen werden müssen und ob die verbleibenden Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantierten, brauchen bei diesem Ergebnis nicht entschieden zu werden.

3. 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).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung vom 21. Dezember 2007 wird bestätigt.
2. Die oberinstanzlichen 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

- C._____, zu Handen der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3, als Gerichtsurkunde
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Hause

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin