

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2012/7

Bern, 10. Januar 2013

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Frau Rechtsanwältin B. _____

und

C. _____
Beschwerdegegnerin



sowie

D. _____ AG

betreffend die Verfügung der D. _____ AG vom 4. September 2012 (Ersatz
Fernsteuerung)

I. Sachverhalt

1. Die D. _____ AG beabsichtigt, für ihre Bahnlinien die bestehende Fernsteuerung durch ein neues, dem Stand der Technik entsprechendes System zu ersetzen. Daher schrieb sie am 10. Mai 2012 die Beschaffung einer Fernsteuerung für Stellwerke im offenen Verfahren auf www.simap.ch aus. Ziel dieser Fernsteuerung ist es, alle Stellwerke von einer zentralen Stelle aus fernzusteuern. Zum Umfang der Ausschreibung gehören die Planung, die Lieferung der Hard- und Software, die Installation, die Inbetriebnahme sowie

die Schulung. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten innerhalb der Eingabefrist am 4. Juli 2012 ein Angebot ein.

Am 4. September 2012 erteilte die D._____ AG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Als Begründung führte sie aus, die Beschwerdegegnerin habe „das beste Angebot nach Auswertung der gewichteten Zuschlagskriterien, d.h. die höchste Zahl an Nutzwertpunkten“ erhalten. Der Verfügung wurde eine Zusammenfassung der Auswertung beigelegt, aus welcher die Nutzwertpunkte für die einzelnen Zuschlagskriterien und die Rangierung sämtlicher gültiger Angebote ersichtlich ist.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 4. September 2012 erhob die Beschwerdeführerin bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) am 17. September 2012 Beschwerde. Sie beantragt Folgendes (Parteibezeichnungen angepasst):

- „1. Die Verfügung vom 4. September 2012 betreffend die Erteilung des Zuschlags für „MLP B5A – Neue Fernsteuerung“ an C._____, sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Eventualiter (zu Ziff. 2) sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Beschwerdegegnerin (richtig: Vorinstanz) zurückzuweisen.
4. Eventualiter (zu Ziff. 2) sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen.
5. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Der Beschwerdeführerin sei – unter Vorbehalt von zu wahrenen Geschäftsgeheimnissen der Anbietenden – Akteneinsicht in sämtliche bei der Beschwerdegegnerin (richtig: Vorinstanz) liegenden Akten dieses Vergabeverfahrens zu gewähren.
7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (richtig: Vorinstanz) bzw. der Mitbeteiligten (richtig: Beschwerdegegnerin).“

Sie macht eine Verletzung der Begründungspflicht sowie eine willkürliche oder unhaltbare Bewertung der Zuschlagskriterien geltend.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Beschwerdegegnerin verzichtet mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 auf das Stellen von Anträgen, verlangt aber, dass der Beschwerdeführerin oder deren Vertreterin aus Datenschutzgründen und als Schutz gegenüber dem Wettbewerb keinerlei Dokumente aus ihrer Offerte abgegeben oder gezeigt werden. Die D._____ AG stellt mit Stellungnahme vom 15. Oktober 2012 den Antrag, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen.

4. Mit Verfügung vom 23. Oktober 2012 hiess das Rechtsamt das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut. Das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin wurde insofern gutgeheissen, als dass der Beschwerdeführerin Einsicht in die Verfahrensakten, die Auswertung der eigenen Offerte sowie teilweise in die Offertauswertungen der Beschwerdegegnerin gewährt wurde. Bezüglich der Offerte der Beschwerdegegnerin sowie der Unterlagen der drittplatzierten Anbieterin wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen.

5. Nach gewährter Akteneinsicht führte das Rechtsamt einen zweiten Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdeführerin und die D._____ AG hielten in der Eingabe vom 12. November 2012 bzw. 27. November 2012 an ihren Anträgen fest. Die Beschwerdegegnerin verzichtete mit Schreiben vom 27. November 2012 erneut auf das Stellen von Anträgen, ging jedoch auf einzelne Punkte der Beschwerdeführerin in der Replik vom 12. November 2012 ein.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG² können Zuschlagsverfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG und der von ihnen mehrheitlich beherrschten oder konzessionierten Auftraggeberinnen oder Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die D._____ AG ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft. Mehrheitsaktionär mit ca. E._____% der Aktienanteile ist der Kanton Bern. Die D._____ AG stellt damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG dar. Die BVE ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Die Beschwerdeführerin hat als Zweitplatzierte eine realistische Chance mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthält einen Antrag und eine Begründung. Der geschätzte Auftragswert liegt zudem über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVE tritt auf die Beschwerde ein.

b) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG³, 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 Beschwerdegund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

2. Begründung der Zuschlagsverfügung

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Begründung der Zuschlagsverfügung vom 4. September 2012 sei nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz habe die

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

Begründungspflicht nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG verletzt. Dies gelte insbesondere für die Bewertung der Anforderungen im Zuschlagskriterium 2 „Anforderungserfüllung“. Es sei für sie nicht ansatzweise nachvollziehbar, wie die Bewertung mit 7.0 Punkten zustande gekommen sei und wie sich die Betterbewertung der Beschwerdegegnerin begründen lasse. Auch bezüglich den Zuschlagskriterien „Technische Lösung“ und „Einführungskonzept“ würden genügende Informationen fehlen, um die Punktevergaben nachvollziehen zu können.

b) Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich dabei nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung zum Sachverhalt und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁴

c) In der Zuschlagsverfügung vom 4. September 2012 wird für die Begründung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin einzig festgehalten, es handle sich um „das beste Angebot nach Auswertung der gewichteten Zuschlagskriterien, d.h. die höchste Zahl an Nutzwertpunkten“. Aus der dieser Verfügung beigelegten Zusammenfassung der Auswertung ergibt sich lediglich ein Überblick über die den drei Anbietenden für jedes Zuschlagskriterium zugesprochenen Punkte und des daraus errechneten jeweiligen Nutzwerts. Eine Begründung dieser Benotungen lässt sich dem Dokument nicht entnehmen. Damit war für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wie die Bewertung für die Zuschlagskriterien „Anforderungserfüllung“, „Einführungskonzept“ und „Technische Lösung“ zustande gekommen ist. Es war ihr daher nicht möglich, die Zuschlagsverfügung sachgerecht anzufechten. Daran ändert auch das danach stattgefundene Gespräch der Beschwerdeführerin mit der D._____ AG vom 13. November 2012 nichts. Die Begründung der Verfügung muss schriftlich ergehen.⁵ Die Begründung der angefochtenen Verfügung ist somit unvollständig und vermag den von der Praxis verlangten Anforderungen nicht zu genügen.

⁴ BGE 134 I 83 E. 4.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 ff.

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 2.

d) Das Rechtsamt hat diesen Verfahrensmangel dadurch geheilt, dass es der Beschwerdeführerin Einsicht in die Verfahrensakten, die Auswertung der eigenen Offerte sowie teilweise in die Offertauswertungen der Beschwerdegegnerin gewährte und einen weiteren Schriftenwechsel anordnete. Die Beschwerdeführerin hat ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können; ihr ist durch den Verfahrensmangel kein Nachteil entstanden.⁶ Die angefochtene Verfügung muss aber aus andern Gründen aufgehoben werden.

3. Anfechtbarkeit von Mängeln in den Ausschreibungsunterlagen

a) Die Beschwerdeführerin kritisiert die von der D._____ AG gewählte Preisbewertung. Die detaillierte Preisbewertungsregel findet sich in den Ausschreibungsunterlagen (Dokument A, Submissionsdokumentation, S. 10 f.). Es ist daher zu prüfen, ob diese Rüge nicht bereits gegen die Ausschreibung hätte vorgebracht werden müssen und damit im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen den Vergabeentscheid nicht verspätet ist.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Rüge gegen die Preisbewertungsregel auch in der Beschwerde gegen den Zuschlag noch vorgebracht werden konnte, da die Preisbewertung in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden sei und sich das unhaltbare Ergebnis vorliegend erst aufgrund der konkreten Preiskonstellation manifestiert habe. Es sei für sie vor dem Zuschlag nicht ersichtlich gewesen, wie sich die Preisbewertung tatsächlich aufgrund der abgegebenen Offerten auswirken würde.

Die D._____ AG hält in ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2012 fest, das Preisbewertungsmodell sei in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt worden und die Auswirkungen und Konsequenzen des Modells seien klar erkennbar gewesen. Die diesbezügliche Rüge hätte daher mittels Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen.

b) Die Ausschreibungsunterlagen sind grundsätzlich Bestandteil der Ausschreibung. Aus diesem Grund muss der Inhalt dieser Dokumente in den gleichen Formen und innert

⁶ Vgl. dazu VGE 21717 vom 21. Mai 2004, E. 3.3.2.

den gleichen Fristen angefochten werden, wie sie für die Anfechtung der Ausschreibung selber gelten⁷. Können die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden⁸, soweit die Mängel der Ausschreibung auf Anheb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar sind⁹. Dies bedeutet, dass allfällige Mängel in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich innert der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zu rügen sind, ansonsten das Beschwerderecht verwirkt ist. Von diesem Grundsatz ist dann abzuweichen, wenn die Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung bereits abgelaufen ist, bevor die Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen können. In diesem Fall ist es zulässig, die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im nächstfolgenden Beschwerdeverfahren vorzubringen¹⁰.

c) Vorweg ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin gerügten Mängel an der Preisbewertungsregel bereits aus den Ausschreibungsunterlagen erkennbar waren oder ob sie diese Mängel erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennen konnte. Die Beschwerdeführerin bemängelt an der Preisbewertungsregel, dass durch die gewählte, sehr flache Bewertungskurve mit einer Preisspanne von 100 Prozent und den Umstand, dass das tiefste Angebot nicht das Punktemaximum erhält, die Gewichtung des Kriteriums Preis verwässert und verzerrt worden sei. In den Ausschreibungsunterlagen findet sich nach der Bekanntgabe der Formel zur Berechnung der Gesamtkosten eine genaue Beschreibung der Preisbewertung (Dokument A „Submissionsdokumentation“, S. 11, vgl. auch E. 4b). Die Preisspanne von 100 Prozent und die daraus resultierende flache Bewertungskurve waren aus dieser klaren Formulierung bereits erkennbar. Es ergibt sich daraus auch eindeutig, dass die Maximalpunktzahl nur dann verteilt wird, wenn ein Angebot um 50 Prozent oder mehr unter dem Mittelwert aller Angebote liegt und dass damit das tiefste Angebot nicht zwingend die Maximalpunktzahl erhält. Die Beschwerdeführerin hätte sogar erkennen müssen, dass bei dieser grossen Preisspanne das Erreichen der Maximalpunktzahl für das billigste Angebot nicht realistisch ist. Die von der Beschwerdeführerin gerügten Mängel bzw. die Bedeutung und Tragweite der angegebenen Preisbewertungsregel waren damit bereits aus den

⁷ BGE 125 I 203 E. 3a; BGE 129 I 313 E. 6.2; BGE 130 I 241 E. 4.2.

⁸ BGer 2P.222/1999 vom 2.3.2000, E. 3a.

⁹ BGer 2P.294/2005 vom 14. März 2006, E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage 2007, N. 823.

¹⁰ BGE 129 I 313 E. 6.2; KPG-Bulletin 4/2006 S. 115 mit Hinweisen.

Ausschreibungsunterlagen erkennbar. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin war damit das aus ihrer Sicht unhaltbare Ergebnis (flache Bewertungskurve, billigstes Angebot nicht Maximalpunktzahl) nicht erst aufgrund der konkreten Preiskonstellation der drei Angebote erkennbar.

d) Vorliegend konnten die Ausschreibungsunterlagen im Zeitpunkt der Publikation auf simap (10. Mai 2012) noch nicht bezogen werden. Vielmehr wurden diese erst versandt, wenn eine Gebühr von 1'000 Franken auf dem Konto der D. _____ AG eingegangen war. Die Beschwerdeführerin forderte die Ausschreibungsunterlagen mit Schreiben vom 14. Mai 2012 unter Beilage des Zahlungsempfangsscheins an¹¹ und erhielt diese am 15. Mai 2012¹².

Nach Art. 11 Abs. 2 ÖBG gelten als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen unter anderem die Ausschreibung des Auftrags (lit. a) und der Zuschlag (lit. b). Da die Liste der selbständig anfechtbaren Verfügungen nach dieser Bestimmung abschliessender Natur ist, können die Ausschreibungsunterlagen kein eigenständiges Anfechtungsobjekt darstellen, das eine separate Anfechtungsfrist auslöst.¹³ Damit wird klar, dass im Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen erhielt (15. Mai 2012), keine neue, zehntägige Frist zu laufen begann. Allerdings lief die Rechtsmittelfrist gegen die Ausschreibung 6 Tage nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, am Montag 21. Mai 2012, aus. Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich damit von derjenigen, welche das Verwaltungsgericht in einem Entscheid vom 24. August 2006 zu beurteilen hatte. In diesem Fall war die zehntägige Frist bei Erhalt der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen, und das Gericht kam folgerichtig zum Ergebnis, von den Anbieterinnen könne logischerweise nicht verlangt werden, dass sie Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen mittels Anfechtung gegen die Ausschreibung vorbringen würden. Es sei daher zulässig, diese erst anlässlich der Anfechtung des Zuschlags vorzubringen.¹⁴ Gleiches muss jedoch gelten, wenn – wie vorliegend – die Ausschreibungsunterlagen nicht zeitgleich mit der Ausschreibung bezogen werden können. Das ÖBG schreibt eine zehntägige Beschwerdefrist vor (Art. 14 Abs. 1

¹¹ Vgl. Beilage 2 zur Stellungnahme der D. _____ AG vom 15. Oktober 2012, „Akten A _____“, Register 2 „Korrespondenz“, Schreiben vom 14. Mai 2012.

¹² Vgl. Beilage zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. Dezember 2012.

¹³ VGE 22471 vom 24. August 2006, E. 2.3, in BVR 2007 177.

¹⁴ VGE 22471 vom 24. August 2006, E. 2.3, in BVR 2007 177.

ÖBG) und es ist nicht zulässig, dass diese Frist verkürzt wird. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass es die Vergabestelle selber steuern könnte, wie lange die Anbieterinnen letztlich Zeit haben, um allfällige Mängel in den Ausschreibungsunterlagen noch anzufechten. So könnte die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen erst kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung stellen und es den Anbieterinnen praktisch verunmöglichen, diese noch rechtzeitig zu sichten und gegen allfällige Mängel darin ein Rechtsmittel zu ergreifen. Dies ist stossend, zumal es sich bei den Ausschreibungsunterlagen oft um eine umfangreiche Dokumentation handelt. Indem im vorliegenden Fall der Erhalt der Ausschreibungsunterlagen an zusätzliche Bedingungen (Einzahlen einer Gebühr von 1'000 Franken) geknüpft wurde, blieben der Beschwerdeführerin nur noch 6 Tage Zeit, um den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen auf Rechtsmängel zu überprüfen. Nachdem in der Ausschreibung selber die Frage der Preisbewertung nicht thematisiert wurde, könnte die D._____ AG mit ihrer Ansicht, wonach die Rügen der Beschwerdeführerin zur Preisbewertung verspätet sind, höchstens dann durchdringen, wenn die Ausschreibungsunterlagen im Zeitpunkt der Ausschreibung auf simap abrufbar sind und damit faktisch zu einem Teil der Ausschreibung geworden und mit dieser anzufechten sind.¹⁵ Nur so bleibt gewährleistet, dass es effektiv bei einer zehntägigen Rechtsmittelfrist bleibt, und nicht plötzlich eine verkürzte Frist zur Anwendung gelangt. Dies war vorliegend nicht der Fall, weshalb diese Rügen auch noch gegen den Zuschlag vorgebracht werden konnten und im vorliegenden Verfahren zu prüfen sind.

e) Fraglich ist höchstens, ob die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, frühzeitig auf allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, statt diese erst im nachfolgenden Beschwerdeverfahren geltend zu machen.¹⁶ Eine solche grundsätzliche Hinweispflicht lässt sich jedoch nicht aus dem Gebot von Treu und Glauben ableiten. Zwar waren die Folgen der von der Vergabestelle gewählten Preisbewertung, welche von der Beschwerdeführerin nun kritisiert werden (flache Bewertungskurve, billigstes Angebot nicht Maximalpunktzahl), bereits aus den Ausschreibungsunterlagen erkennbar (vgl. E. 3c). Wie sich diese Preisbewertung jedoch im konkreten Fall auswirken würde und dass sich daraus ein Nachteil für die Beschwerdeführerin ergeben würde, wurde jedoch erst im Zeitpunkt des Zuschlags ersichtlich. Unter diesen Umständen durfte man von der Beschwerdeführerin nicht erwarten, dass sie auf diese aus ihrer Sicht mangelhafte Preisbewertungsregel bloss gestützt auf ihre Treuepflichten vorher hätte hinweisen

¹⁵ so auch BVger, Zwischenentscheid B-738/2012 vom 14. Juni 2012, E. 4.

¹⁶ VGE 22471 vom 24. August 2006, E. 2.3, in BVR 2007 177, mit weiteren Hinweisen.

müssen. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass die Anbieterinnen grundsätzlich auf das Wohlwollen der Vergabebehörde angewiesen sind und diese mit solchen Hinweisen nicht vor den Kopf stossen wollen¹⁷. Es kann der Beschwerdeführerin daher vorliegend nicht vorgeworfen werden, wenn sie diese Rügen erst gegen den Zuschlag als nächsten anfechtbaren Akt vorbrachte.

4. Preisbewertung

a) Die Beschwerdeführerin rügt, trotz der erheblichen Preisdifferenz zwischen ihrer Offerte und der Offerte der Beschwerdegegnerin habe nur eine Differenz von 0.6 Punkten auf einer 10er-Skala resultiert. Dieses Ergebnis erscheine bereits unter dem Blickwinkel des Wirtschaftlichkeitsgebots als nicht haltbar. Bei der angewendeten Preisbewertungsregel der Vergabestelle resultiere eine Bandbreite von 100 Prozent. Diese Bandbreite trage weder der bundesgerichtlichen Anforderungen an eine Preisbewertung, noch dem tatsächlichen Preisspiegel der vorliegenden drei Angebote Rechnung. Die Bewertung führe – da der niedrigste Preis nicht das Punktemaximum erhalte – faktisch zu einer geringeren Gewichtung des Preiskriteriums als 40 Prozent. Mit der gewählten, sehr flachen Bewertungskurve und dem fehlenden Maximum für den tiefsten Preis werde die Gewichtung des Kriteriums Preis verwässert und verzerrt.

Die D._____ AG entgegnet, die Vergabestelle sei bei der Wahl des Preisbewertungsmodells grundsätzlich frei, sofern das Modell dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und fairen Bewertung entspreche. Dies sei vorliegend der Fall. Das von ihr gewählte Modell werde auch in der einschlägigen Literatur beschrieben bzw. empfohlen.

b) Die Zuschlagskriterien mit ihrer prozentualen Gewichtung wurden in der Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen¹⁸ wie folgt festgelegt:

- | | |
|-------------------------------------|-----|
| • Preis | 40% |
| • Anforderungserfüllung | 40% |
| • Einführungskonzept und Terminplan | 10% |

¹⁷ In diesem Sinne auch Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 104/2003, S. 10.

¹⁸ Dokument A, Submissionsdokumentation, Ziff. 5.5.

- Technische Lösung inkl. Bedienerfreundlichkeit 5%
- Referenzen 5%

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich weiter, dass jedes Zuschlagskriterium mit einer Punktebewertung zwischen 0 und 10 Punkten beurteilt wurde. Für die Gesamtbewertung wurde gemäss den Ausschreibungsunterlagen für jedes Kriterium die ermittelte Punktezahl mit dem Gewicht (in Prozent) multipliziert. Die so ermittelten Nutzwertpunkte wurden addiert und ergaben den Nutzwert.

Zum Zuschlagskriterium Preis findet sich in den Ausschreibungsunterlagen (Dokument A „Submissionsdokumentation“, S. 11) nach der Bekanntgabe der Formel zur Berechnung der Gesamtkosten folgender Abschnitt zur Preisbewertung: „Der Mittelwert der Gesamtkosten (P) aller Angebote, welche die Musskriterien erfüllen, entspricht 5 Punkten. Angebote mit Gesamtkosten (P), die um 50 Prozent oder mehr unter dem Mittelwert liegen, erhalten 10 Punkte. Angebote mit Gesamtkosten (P), die um 50 Prozent oder mehr über dem Mittelwert liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punkte dazwischen werden linear verteilt.“

Der Mittelwert der drei eingegangenen Angebote lag bei Fr. 4'588'910.--. Dies führte nach der erwähnten Preisbewertungsregel zu folgender Bandbreite:

- | | | |
|------------------------|---------------|-----------|
| • Mittelwert | Fr. 4'588'910 | 5 Punkte |
| • Mittelwert minus 50% | Fr. 2'294'455 | 10 Punkte |
| • Mittelwert plus 50% | Fr. 6'883'365 | 0 Punkte |

Der bereinigte Gesamtpreis der Beschwerdeführerin betrug Fr. 3'945'109.--, was 6.4 Punkte ergab und damit 256 Nutzwertpunkte. Der bereinigte Gesamtpreis der Beschwerdegegnerin betrug Fr. 4'235'089.50 und erhielt 5.8 Punkte bzw. 230.8 Nutzwertpunkte.

c) Grundsätzlich kommt der Vergabestelle bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift, es sei denn, dieser werde überschritten oder missbraucht.¹⁹ Die Unangemessenheit des Vergabeentscheides kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht

¹⁹ VGE 21040 vom 4.5.2001, E. 4b.

werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB²⁰). Was das Kriterium "Preis" anbetrifft, kommt der Vergabestelle ein weites Ermessen nicht nur in Bezug auf die Gewichtung des Preises, sondern auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Bewertungsmodells zu. Notenunterschiede müssen die tatsächlichen Preisdifferenzen aber möglichst wahrheitsgetreu abbilden.²¹ Die Zielsetzung eines jeden Preisbewertungssystems muss es sein, dafür zu sorgen, dass die im Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen kommt. Dies ist der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt.²²

d) Die von der D. _____ AG gewählte Preisbewertungsregel enthält eine lineare Verteilung der zu vergebenden Punkte über eine Preisspanne von 100 Prozent. Daraus resultiert eine sehr flache Preiskurve, bei welcher zwischen dem Punkteminimum (0 Punkte) und dem Punktemaximum (10 Punkte) eine preisliche Differenz von Fr. 4'588'910.00 liegt. Eine derart grosse Preisspanne ist nicht realistisch. Dies zeigt sich auch darin, dass die Maximalpunktzahl von 10 Punkten nur erreicht werden konnte, wenn ein Angebot 50 Prozent unter dem Mittelwert aller Angebote liegt (vorliegend Fr. 2'294'455.--). Die eingegangenen Offerten machen klar, dass ein solcher Preis höchstens theoretisch in Betracht kommen konnte. Hinzu kommt, dass bei der vorliegenden Preisbewertungsregel das tiefste Angebot (dasjenige der Beschwerdeführerin) nicht die maximale Punktezahl erhält, was zwar nicht ausgeschlossen, aber zumindest unüblich sein dürfte²³. Diese beiden Elemente (unrealistische Preisspanne von 100 Prozent, billigstes Angebot nicht Maximalpunktzahl) zusammen führten jedenfalls dazu, dass beim Zuschlagskriterium Preis die bei den anderen Zuschlagskriterien verteilten Maximalpunkte („Anforderungserfüllung“ 8.4 Punkte, „Einführungskonzept“ 7.5 Punkte, „Technische Lösung“ 8.8 Punkte, „Referenzen“ 10 Punkte) nicht annähernd erreicht werden konnten. Dies hatte – wie die Beschwerdeführerin richtig feststellt – faktisch eine geringere Gewichtung des Preiskriteriums als die in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen 40 Prozent zur Folge. Im Vergleich zu dem ebenfalls mit 40 Prozent gewichteten Zuschlagskriterium

²⁰ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, Anhang I zum ÖBG; BSG 731.2.

²¹ Urteil BVGer B-4717/2010 vom 1.4.2011, E. 6.5 mit weiteren Hinweisen.

²² Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., N. 563.; so auch Robert Wolf, Peter Rechsteiner, Beater Denzler, Andreas Bass, Werner Sitzler, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, in BR 2004 S. 12 (Sonderheft).

²³ Wolf/Rechsteiner/Denzler/Bass/Sitzler, a.a.O., S. 12, enthält etwa die These, dass der tiefste zulässige Preis die maximale Punktezahl erhalten soll.

„Anforderungserfüllung“ wird das deutlich: So erhielt das beste Angebot (dasjenige der Beschwerdegegnerin) bei diesem Zuschlagskriterium 8.4 Punkte, währenddem das billigste Angebot (dasjenige der Beschwerdeführerin) beim Zuschlagskriterium Preis lediglich 6.4 Punkte erreichte. „Erfolgt die Gewichtung der Zuschlagskriterien in dem Sinne, dass die bei den einzelnen Kriterien erreichten Punkte mit einem Faktor entsprechend der Gewichtung des Kriteriums multipliziert werden (was vorliegend der Fall ist), so ist darauf zu achten, dass bei allen Kriterien die gleiche harmonisierte Punkteskala verwendet wird. Ansonsten wird die durch die Faktoren ausgedrückte Gewichtung durch ein mathematisch nicht korrektes Verfahren unterlaufen.“²⁴ Dieser Grundsatz wurde vorliegend missachtet, indem es beim Zuschlagskriterium „Preis“ aufgrund der unrealistischen Preisspanne gar nicht möglich war, auf die Punktzahlen zu kommen, welche bei den anderen Zuschlagskriterien erreicht wurden. Dadurch wurde die Beschwerdeführerin, welche das preislich günstigste Angebot einreichte, benachteiligt. Der von der D. _____ AG erwähnten Fundstelle in der Literatur²⁵, welche eine „Bewertungsskala linear in Abhängigkeit vom Durchschnittspreis und von einer im Voraus festgelegten erwarteten maximalen prozentualen Abweichung nach oben und nach unten“ unter gewissen Umständen empfiehlt und damit als zulässig erachtet, kann daher zumindest dann nicht gefolgt werden, wenn – wie vorliegend – diese maximalen prozentualen Abweichungen zu einer zu grossen und damit unrealistische Preisspanne führen. Abgesehen davon hält sich die D. _____ AG gerade nicht an diesen Vorschlag, da dieser von der „erwarteten maximalen prozentualen Abweichung“ ausgeht. Eine maximale Abweichung um 50 Prozent nach oben und nach unten kann keinesfalls erwartet werden und dürfte vorliegend auch von der Vergabestelle nicht erwartet worden sein.

Das von der D. _____ AG angewandte Punktesystem für das Zuschlagskriterium „Preis“ evaluiert die Offerte der Beschwerdeführerin in preislicher Hinsicht zwar richtigerweise als die günstigste, führte aber dazu, dass die im Voraus bekannt gegebene Gewichtung dieses Kriteriums von 40 Prozent bei der konkreten Benotung zu wenig zum Tragen kam. Die anderen Zuschlagskriterien erhielten durch die unterschiedlichen Bewertungsregeln dagegen ein überproportionales Gewicht. Die gewählte Preisbewertungsregel erweist sich damit als unzulässig. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Zuschlagsverfügung ist aufzuheben. Die D. _____ AG muss das freihändige Verfahren mit neuen Unterlagen und einer Bewertungsregel, welche den erwähnten Grundsätzen

²⁴ Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001 1405, S. 1420.

²⁵ Matthias Hauser, a.a.O., S. 1420.

entspricht, wiederholen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin zu den anderen Zuschlagskriterien einzugehen.

5. Kosten

a) Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG hat die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder besondere Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin wird jedoch nicht kostenpflichtig, weil sie im Beschwerdeverfahren vor der BVE keine Anträge gestellt hat.²⁶ Der D._____ AG könnten nur Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen wäre (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ein Zuschlag im öffentlichen Beschaffungsrecht. Dieses Verfahren zielt nicht auf das Feststellen oder Zusprechen einer bestimmten Geldsumme ab. Bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten sind daher keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.²⁷ Es werden somit keine Verfahrenskosten erhoben.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerdeführerin obsiegt vollumfänglich. Die Beschwerdegegnerin wird mangels Antragstellung nicht parteikostenpflichtig. Aus diesem Grund hat die D._____ AG, welche im vorliegenden Verfahren als Vorinstanz gilt und eine unzulässige Preisbewertungsregel wählte, der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁸ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz.

²⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 3.

²⁷ VGE 21741 vom 10.05.2005, E. 6.

²⁸ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁹). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV).

Die Kostennote der Anwältin der Beschwerdeführerin beträgt Fr. 10'000.00. Da bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten, wie erwähnt (E. 5a), keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren sind, rechtfertigt sich kein Zuschlag nach Art. 11 Abs. 2 PKV. Bei einem zu erwartenden Auftragsvolumen von ungefähr 4 Millionen Franken stuft die BVE die Bedeutung der Streitsache als mittel ein. Angesichts der mittleren Bedeutung der Streitsache, des hierfür gebotenen Zeitaufwandes (welcher aufgrund des zweiten Schriftenwechsels überdurchschnittlich war) und der durchschnittlichen Komplexität des Falles erachtet die BVE einen Parteikostenersatz von Fr. 7'000.00 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Zuschlagsverfügung vom 4. September 2012 wird aufgehoben. Die Sache geht im Sinne der Erwägungen zurück an die Vergabestelle.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die D. _____ AG hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 7'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

²⁹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

- Frau Rechtsanwältin B. _____, als Gerichtsurkunde
- C. _____, als Gerichtsurkunde
- D. _____, als Gerichtsurkunde

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin