

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2016/11

Bern, 17. März 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie

C. _____

betreffend die Verfügung der C. _____ vom 9. November 2016 (Zutrittssystem zu elektrischen Anlagen)

I. Sachverhalt

1. Am 30. Mai 2016 schrieb die C. _____ (im Folgenden: C. _____) die Beschaffung eines Zutrittssystems zu ihren elektrischen Anlagen (Unterstationen, Trafostationen, Verteilkästen) inkl. Schliesskonzept sowie Verwaltungs- und Bewilligungssoftware im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Es gingen insgesamt 6 Angebote ein, darunter dasjenige der Beschwerdegegnerin am 28. Juli 2016 sowie dasjenige der Beschwerdeführerin am 2. August 2016. Mit Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 erteilte die C. _____ der

Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Als Begründung wies die Vergabestelle auf die Bewertungskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen hin und führte dabei aus, die Angebote seien nach einheitlichen Kriterien technisch und kommerziell geprüft worden. Unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien erweise sich die Offerte der Beschwerdegegnerin als wirtschaftlich günstigstes Angebot.

2. Gegen diese Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 erhob die Beschwerdeführerin am 11. November 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Dabei führte sie aus, angesichts der angewandten Gewichtung von 50% für den Preis und ihres im Vergleich zur Offerte der Beschwerdegegnerin um 30% tieferen Angebots könne sie den Entscheid nicht nachvollziehen. Sie erachte ihr Angebot als technisch und qualitativ identisch und sehe sich auch beim Kriterium "Lieferantenbewertung" als gleichwertig. Sie verlangt daher eine Überprüfung der Sachlage. Damit gibt die Beschwerdeführerin zu bekennen, dass sie mit der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht einverstanden ist. Sinngemäss beantragt sie daher die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Schreiben vom 25. November 2016 gab die Beschwerdegegnerin bekannt, sie verzichte auf die Eingabe einer Beschwerdeantwort. Die C._____ stellte mit Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 den Hauptantrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Gleichzeitig gab die C._____ mit dieser Eingabe bekannt, dass sie den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin am 25. November 2016 abgeschlossen habe.

4. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2016 gab das Rechtsamt der Beschwerdeführerin Gelegenheit, im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels zur Eingabe der C._____ vom 14. Dezember 2016 Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin mit Replik vom 17. Januar 2017 wahr. Schliesslich reichte die

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).

C._____ am 2. Februar 2017 eine Stellungnahme zu dieser Replik der Beschwerdeführerin ein und hielt dabei an ihren Anträgen fest. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine weitere Eingabe.

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

II. Erwägungen

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 C._____ ist ein vom Kanton Bern mehrheitlich beherrschtes Sektorunternehmen und 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.

b) Die C._____ macht in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 geltend, auf die Beschwerde könne nicht eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin stelle lediglich den Antrag auf Überprüfung der Sachlage, es werde jedoch weder eine Aufhebung oder Abänderung der Zuschlagsverfügung noch Schadenersatz beantragt. Zudem sei auch die Begründung ungenügend. Aus der Beschwerde ergebe sich nicht oder nicht genügend konkret, unter welchen Bewertungsgesichtspunkten das Angebot im Vergleich zu demjenigen der Beschwerdegegnerin wie viele Punkte mehr hätte erhalten sollen. Es bestehe kein Rechtsschutzinteresse an der verlangten Überprüfung der Sachlage und damit an einer bloss theoretischen Nachkontrolle des Vergabeverfahrens.

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

Art. 32 Abs. 2 VRPG³ verlangt, dass eine Beschwerde einen Antrag, die Angabe von Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten muss. Aus dem Verbot der übertriebenen Formstrenge ergibt sich, dass Parteieingaben nach ihrem erkennbaren, wirklichen Sinn auszulegen sind. Generell sind namentlich an Laieneingaben keine hohen Anforderungen zu stellen.⁴ Dem Antragserfordernis ist bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergibt, was angebeht wird.⁵ Auch an die Begründung werden praxisgemäss keine hohen Anforderungen gestellt. Es reicht, wenn aus einem Rechtsmittel ersichtlich ist, inwiefern und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird.⁶

Aus der Beschwerde lässt sich erkennen, dass die Beschwerdeführerin mit dem Zuschlag an die Beschwerdegegnerin nicht einverstanden ist. Daraus ergibt sich sinngemäss, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 beantragt. Dem Antragserfordernis ist damit Genüge getan, zumal es sich um eine Laieneingabe handelt. Ebenso ist aus der Beschwerde ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin mit der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht einverstanden ist. Bei den Zuschlagskriterien Technik und Lieferantenbewertung erachtet sie ihr Angebot als gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin. Aufgrund des tieferen Angebotspreises stellt sie die Richtigkeit der Beurteilung in Frage. Damit ist erkennbar, inwiefern und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Da die Zuschlagsverfügung keine Begründung enthielt (vgl. nachfolgend), war es der Beschwerdeführerin gar nicht möglich, im Einzelnen auf die Bewertung einzugehen. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, dass sie sich in der Beschwerde auf pauschale Einwände beschränkte. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels nach der detaillierten Stellungnahme der C. _____ vom 14. Dezember 2016 vertiefte die Beschwerdeführerin ihre Rügen. Auch die Anforderungen an die Begründung der Beschwerde hat die Beschwerdeführerin erfüllt.

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden. Wäre der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht schon unterzeichnet worden, hätte die

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

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 11.

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 13.

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15.

Beschwerdeführerin als zweitplatzierte Bewerberin im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Entgegen der Ansicht der C._____ hat die Beschwerdeführerin somit ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Der geschätzte Auftragswert liegt schliesslich über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVE tritt daher auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ein.

c) 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.

d) Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG). Die Beschwerdeführerin hat kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Die C._____ durfte deshalb den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abschliessen (Art. 32 Abs. 1 ÖBV⁷). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann im Falle der Gutheissung der Beschwerde nur noch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden (Art. 34 Abs. 2 ÖBV).

2. Begründung der Zuschlagsverfügung

a) In ihrer Eingabe vom 17. Januar 2017 bringt die Beschwerdeführerin vor, die Zuschlagsverfügung sei sehr pauschal gehalten. Erst mit der Eingabe vom 14. Dezember 2016 sei eine detaillierte Begründung erfolgt.

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. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids

⁷ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; 731.21).

ein Bild machen können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt.⁸

c) In der Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 führte die C._____ lediglich aus, die Offerten seien aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien (Preis 50 %, Technik 20 % und Lieferantenbewertung 30 %) überprüft und bewertet worden. Unter Berücksichtigung dieser Zuschlagskriterien erweise sich die Offerte der Beschwerdegegnerin als wirtschaftlich günstigstes Angebot. Eine nähere Begründung, wieso das Angebot der Beschwerdegegnerin bei der Auswertung dieser Zuschlagskriterien am besten abgeschlossen hat, fehlt in der Zuschlagsverfügung gänzlich. Der Beschwerdeführerin war es daher nicht möglich, die Zuschlagsverfügung sachgerecht anzufechten. Die nähere Begründung lieferte die C._____ erst im Rechtsmittelverfahren (Stellungnahme vom 14. Dezember 2016). Die C._____ hat damit die Anforderungen an die Begründung der angefochtenen Verfügung nicht erfüllt. Allfällige mündliche Informationen zur Bewertung anlässlich der Besprechung zwischen der C._____ und der Beschwerdeführerin vom 11. November 2016 sind dabei irrelevant.

d) Das Rechtsamt der BVE hat diesen Verfahrensmangel dadurch geheilt, dass es der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der C._____ vom 14. Dezember 2016 mit der Begründung zustellte und einen weiteren Schriftenwechsel anordnete. Die Beschwerdeführerin hat ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können; ihr ist durch den Verfahrensmangel kein Nachteil entstanden.⁹

3. Transparenzgebot bei den Zuschlagskriterien

a) Die Beschwerdeführerin gibt in ihrer Beschwerde vom 11. November 2016 zu erkennen, dass sie mit der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht einverstanden ist. Bei den Zuschlagskriterien "Technische Lösung" und "Lieferanten- und Angebotsbewertung" erachte sie ihr Angebot als gleichwertig wie dasjenige der Beschwerdegegnerin. Nach der von der C._____ in der Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 erstmals näher ausgeführten Bewertung dieser beiden Zuschlagskriterien bringt sie in der Replik vom 17. Januar 2017 im Detail vor, wieso die schlechtere Bewertung ihres Angebots hinsichtlich verschiedener Unterkriterien falsch oder zumindest fragwürdig ist. Bereits in der

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 6 mit Hinweisen.

⁹ Vgl. dazu VGE 21717 vom 21. Mai 2004, E. 3.3.2.

Beschwerde macht sie geltend, angesichts der angewandten Gewichtung von 50 % für den Preis und ihres im Vergleich zur Offerte der Beschwerdegegnerin um 30% tieferen Angebots könne sie den Entscheid nicht nachvollziehen.

b) Dem Transparenzgebot kommt im öffentlichen Beschaffungswesen eine zentrale Funktion zu. Es soll einerseits einen echten Wettbewerb gewährleisten, damit die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden. Zum andern bezweckt das Transparenzprinzip, ein faires Beschaffungsverfahren zu gewährleisten und die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers zu verhindern.¹⁰ Die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes, der eine ständige und umfassende Information der Beteiligten in jedem Stadium des Beschaffungsverfahrens 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 Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Wenn der Preis ein Zuschlagskriterium ist, muss zusätzlich die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Diese Bestimmung ist Ausfluss des Transparenzgebotes. Grundsätzlich gilt, dass "die Notwendigkeit der vorgängigen Bekanntgabe aller für die Zuschlagserteilung massgeblichen Gesichtspunkte, also der einzelnen Zuschlagskriterien, der allfälligen Subkriterien und der Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips zwingend ist und unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren besteht. [...] Die Anbieter haben sodann auch Anspruch darauf, dass die Vergabebehörde wichtige Einzelgesichtspunkte, die sie im Rahmen eines Zuschlagskriteriums zu berücksichtigen gedenkt, explizit in Form von Subkriterien definiert und bekannt gibt. [...] Die Regeln des Spiels müssen fairerweise zum Voraus bekannt gegeben werden, damit Missbrauch und Manipulation bei der Zuschlagserteilung so weit wie möglich ausgeschaltet werden können."¹¹ Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern kann dem mit dem Transparenzprinzip angestrebten Schutz der Bewerbenden vor Missbrauch und Manipulation der Bewertung durch die Vergabebehörde nur dann entsprochen werden,

¹⁰ BGE 125 II 86 S. 100 f., E. 7c, veröffentlicht in Pra 1999 S. 571, E. 7c.

¹¹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 956.

wenn den Anbietenden im Rahmen der Ausschreibung nebst den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die für die Vergabe als massgeblich erachteten Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung offengelegt werden, soweit solche vorhanden sind.¹²

c) Das Transparenzgebot ist in der Regel formeller Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dessen Missachtung Konsequenzen haben und grundsätzlich auch zur Aufhebung des Zuschlages führen.¹³ Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist die Aufhebung des Verfahrens bzw. die Feststellung der Rechtswidrigkeit aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin war.¹⁴

d) Erfolgt eine Verletzung des Transparenzprinzips bei der Ausschreibung, so wird kontrovers diskutiert, ob das Prinzip von Treu und Glauben gebietet, dass bereits die Ausschreibung angefochten werden muss. Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nicht selbständig, sondern in der Regel mit dem Zuschlag, anzufechten.¹⁵ Demgegenüber hat das Bundesgericht verschiedentlich festgehalten, dass allfällige Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen ohne Verzug zu erheben seien. Soweit sie mit der Ausschreibung zur Verfügung stünden, seien sie als integrierender Bestandteil derselben zu verstehen.¹⁶ Diese Rechtsprechung hat es allerdings dahingehend präzisiert, dass nur Mängel, die auf Anhieb erkennbar seien, innert der für die Anfechtung der Ausschreibung festgelegten Frist gerügt werden müssten.¹⁷ Gemäss einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern muss die Ausschreibung angefochten werden, wenn die Preisbewertungsregel in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten ist.¹⁸

Eine Verletzung des Transparenzgebotes in den Ausschreibungsunterlagen kann sich je nachdem über das ganze Verfahren hinaus auswirken. Die tatsächlichen Folgen sind zum

¹² Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 962 mit Verweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Kanton Bern vom 7. Februar 2004, E. 2.5 sowie BVR 2002, S. 453. E. 7c.

¹³ Vgl. BGer 2P.299/2000 vom 24.08.2001, E. 4; so auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2015.00603 vom 4.02.2016, E. 4.5.1.

¹⁴ Vgl. VGE 2016/35 vom 29. Februar 2016, E. 3.1; BVR 2004 S. 348 E. 3.2.

¹⁵ BVger B-3791/2015 vom 19.08.2016, E. 4.3.

¹⁶ BGE 129 I 313 S. 321, E. 6.2; BGE 125 I 203 S. 207 E. 3a.

¹⁷ BGE 130 I 241 S. 246, E. 4.3.

¹⁸ VGE vom 12. Juli 2006, E. 4.3 publiziert in: BVR 2006, S. 500, E. 4.3.

Zeitpunkt der Ausschreibung häufig noch nicht bekannt. Daher müssen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nur dann gemeinsam mit der Ausschreibung angefochten werden, wenn deren Bedeutung und die Tragweite bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt sind.¹⁹

4. Bekanntgabe und Bewertung der Zuschlagskriterien

a) Im vorliegenden Fall finden sich zu den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen folgende Angaben²⁰:

Teil	Beschreibung	Gewichtung
A	TCO-Preis	50 %
B	Technische Lösung	30 %
C	Lieferanten- und Angebotsbewertung	20 %

Note	Erfüllung der Kriterien	Angabe und Ausführungen
1.00	Unbrauchbar	technisch-kommerziell nicht brauchbar, keine oder nicht beurteilbare Angaben
2.00	Schlecht	technisch-kommerzielle Mängel, ungenügende Angaben
3.00	Genügend	entspricht den ausgeschriebenen Anforderungen, Sollangaben
4.00	Gut	qualitativ gut
5.00	Sehr gut	qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovation

b) Entgegen der Vorgabe von Art. 30 Abs. 2 ÖBV hat es die C. _____ unterlassen, in den Ausschreibungsunterlagen die Preisbewertungsregel für das Zuschlagskriterium "TCO-Preis" bekannt zu geben. Diese ergibt sich erst aus den Auswertungsunterlagen.²¹ Damit hat die Vergabestelle den Transparenzgrundsatz verletzt. Allerdings hätte dieser Mangel bereits gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen (vgl. E. 3d), weshalb dies im

¹⁹ So bereits angedeutet in BDE 130/2012/7 vom 10. Januar 2013, E. 3c, vgl. auch Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons St Gallen, B2015/78 vom 17. Dezember 2015, E. 2.

²⁰ Ausschreibungsunterlagen, Teil 1, Kommerzielle Rahmenspezifikationen vom 28. Mai 2016, Ziffer 1.2.10.

²¹ Auswertung Variante 2, Zutrittssystem zu elektrischen Anlagen, vom 28. Oktober 2016, Vorakten pag. 116.

vorliegenden Verfahren gegen die Zuschlagsverfügung keine Rechtsfolgen nach sich ziehen kann.

c) Bei den Zuschlagskriterien "Technische Lösung" und "Lieferanten- und Angebotsbewertung" hat die C._____ weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen allfällige Unterkriterien bekannt gegeben. Bei der Auswertung dagegen wurden diverse Unterkriterien mit teilweise unterschiedlicher Gewichtung herangezogen. Die Auswertungstabellen ergeben folgendes Bild²²:

Zuschlagskriterium "Technische Lösung"			
Unterkriterien 1. Stufe	Unterkriterien 2. Stufe	Gewichtung	
Hardware			2.0
	mechanische Zylinder	2.0	
	elektronische Zylinder	2.0	
	elektronische Beschläge	2.0	
	Leser (insb. Offline-Leser)	2.0	
	Online-Lösungen (Zutrittsmanager)	1.0	
	Zutrittsmedien mechanisch	1.0	
	Zutrittsmedien elektronisch	1.0	
	Zusammenspiel Hardware	0.5	
Technologie und weitere Hardware zur Elektronik			1.0
	Technologie	0.5	
	Optional	0.2	
	Programmierbarkeit/Programmiergerät	2.0	
	Tischlesegerät	1.0	
	Notöffnung	1.0	
Verwaltungs- und Bewilligungssoftware			2.0
	Inhalt	2.0	
	Anforderungen seitens ICT	1.0	
Erweiterbarkeit			0.1
	Schliesskonzept	1.0	
	Software	1.0	
Dienstleistungen			1.0
	Montage und Anpassungen	1.0	
	Schliessplan/-konzept	1.0	
	Service und Dienstleistung Hardware	1.0	

²² Auswertungen Zutrittssystem zu elektrischen Anlagen, Kommerzielle Bewertung und Technische Bewertung, beide vom 28. Oktober 2016, Vorakten pag. 103 sowie 104 ff.

	Service und Dienstleistung Software	1.0	
	Support Software	1.0	
	Schulungen	1.0	
	Weitere Dienstleitungen	1.0	
Qualitätssicherung			1.0
Sonstiges (Verständnis über Komplexität / Zusicherung für Termineinhaltung)			0.5

Zuschlagskriterium Lieferanten- und Angebotsbewertung	
Unterkriterien	Gewichtung
Lieferfristen	1.0
Preis / Bedingungen	1.0
Garantien	1.0
Offertqualität / Dokumente	1.0
Lieferanten / Unterlieferanten	1.0
Präsentationstermin	1.0

d) Aus diesen Auswertungsübersichten wird deutlich, dass die C._____ sowohl beim Zuschlagskriterium "Technische Lösung" als auch beim Zuschlagskriterium "Lieferanten- und Angebotsbewertung" zahlreiche Unterkriterien verwendet hat, ohne diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.

Beim Zuschlagskriterium "Technische Lösung" lassen sich die Unterkriterien zwar grösstenteils aus den Technischen Rahmenspezifikationen²³, welche Teil der Ausschreibungsunterlagen waren, ableiten. Damit konnten sich die Anbieterinnen ein ungefähres Bild der Beurteilungskriterien machen. Trotzdem wäre es im Sinne der Transparenz und Klarheit angezeigt gewesen, zumindest die Unterkriterien erster Stufe bei den Zuschlagskriterien ausdrücklich aufzuführen. Aus Sicht des Transparenzgrundsatzes stellt bei diesem Zuschlagskriterium jedoch insbesondere die vorgenommene, aber nicht bekannt gegebene Gewichtung der Unterkriterien ein Problem dar. Sowohl die Unterkriterien erster Stufe als auch diejenigen zweiter Stufe wurden gemäss den Auswertungstabellen unterschiedlich gewichtet. Diese Gewichtung lässt sich den Ausschreibungsunterlagen nicht entnehmen, was dem mit dem Transparenzprinzip

²³ Ausschreibungsunterlagen, Teil 2, Technische Rahmenspezifikationen vom 28. Mai 2016, Vorakten pag. 72 ff.

angestrebten Schutz der Bewerbenden vor Missbrauch und Manipulation der Bewertung durch die Vergabebehörde widerspricht.

Die Unterkriterien des Zuschlagskriteriums "Lieferanten- und Angebotsbewertung" hat die C._____ zwar alle gleich gewichtet, sie wurden jedoch in den Ausschreibungsunterlagen nicht bekannt gegeben. Im Unterschied zum Zuschlagskriterium "Technische Lösung" mussten die Anbietenden bei einigen der hier angewendeten Unterkriterien zudem ohne ausdrückliche Bekanntgabe nicht damit rechnen, dass sie zur Beurteilung dieses Zuschlagskriteriums in die Bewertung einfließen werden. Dies betrifft vorab das Unterkriterium "Präsentationstermin". Die Bewertung der mündlichen Präsentation im Rahmen der Zuschlagskriterien ist zwar zulässig, dieses Kriterium muss jedoch in den Ausschreibungsunterlagen als Teil der Bewertung angekündigt werden.²⁴ Vorliegend hat die C._____ in den Ausschreibungsunterlagen nicht darauf hingewiesen, dass die Präsentation im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet wird. Folglich mussten die Anbietenden damit auch nicht rechnen. Weiter hat die Vergabestelle diverse Unterkriterien beim Zuschlagskriterium "Lieferanten- und Angebotsbewertung" in die Bewertung miteinbezogen, welche sie in den Ausschreibungsunterlagen den Eignungskriterien²⁵ zugeordnet hatte: So wird bei den Eignungskriterien etwa die Einreichung von diversen Zertifikaten und von mindestens drei Referenzen verlangt; diese Anforderungen sind aber auch bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Lieferanten- und Angebotsbewertung" (bei den Unterkriterien "Offertqualität / Dokumente" und "Lieferant / Unterlieferanten") aufgeführt. Gleiches gilt für die bei den Eignungskriterien geforderte Bankgarantie sowie die im Rahmen der Selbstdeklaration geforderten Angaben hinsichtlich Steuern und Betreibungsregister, welche in die Bewertung des Unterkriteriums "Preis / Bedingungen" einfließen. Da dies in den Ausschreibungsunterlagen nicht offen gelegt wurde, mussten die Anbietenden nicht damit rechnen, dass diese Aspekte auch bei den Zuschlagskriterien in die Bewertung einfließen werden. Gleiches gilt im Übrigen für die im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Technische Lösung", Unterkriterium "Sonstiges" bewertete Zusicherung der Termineinhaltung, welche ebenfalls als Eignungskriterium aufgeführt wird.

²⁴ Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., N. 738 mit weiteren Hinweisen.

²⁵ Ausschreibungsunterlagen, Teil 1, Kommerzielle Rahmenspezifikationen vom 28. Mai 2016, Ziffer 1.2.7 und 1.2.8.

e) Die C._____ hätte damit bei den Zuschlagskriterien "Technische Lösung" und "Lieferanten- und Angebotsbewertung" die Unterkriterien sowie deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen aufführen müssen, insbesondere soweit sie sich nicht aus den technischen Rahmenspezifikationen ableiten liessen. Indem sie dies unterlassen hat, versties sie gegen Art. 30 Abs. 2 ÖBV. Gleichzeitig verletzt dieses Vorgehen das Transparenzgebot sowie das Gebot der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und eröffnet Manipulationsmöglichkeiten. Es ist vergaberechtlich unzulässig.

Da verschiedene Unterkriterien, welche in die Bewertung der Zuschlagskriterien einfließen, im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt gegeben wurden und zu diesem Zeitpunkt auch deren unterschiedliche Gewichtung (beim Zuschlagskriterium "Technische Lösung") nicht erkennbar war, konnten diese Mängel nicht schon gegen die Ausschreibung vorgebracht werden (vgl. E. 3d). Es ist daher zulässig, die fehlende Nachvollziehbarkeit und Transparenz dieser Zuschlagskriterien noch im Zusammenhang mit der Zuschlagsverfügung vorzubringen. Aufgrund des knappen Resultats (Gesamtnote Beschwerdegegnerin: 4.09, Gesamtnote Beschwerdeführerin: 3.95²⁶) hätten schliesslich nur kleinere Veränderungen bei den Unterkriterien und deren Gewichtung zum Zuschlag an die Beschwerdeführerin führen können. Die im Zeitpunkt der Ausschreibung fehlende Bekanntgabe der Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung gab der C._____ die Möglichkeit, Einfluss auf die Rangfolge zu nehmen. Ob sie davon Gebrauch gemacht hat, kann offen bleiben. Bereits die aufgrund der Verletzung des Transparenzgebots bestehende Möglichkeit der Einflussnahme muss in Anbetracht des knappen Resultats ausreichen, um die Kausalität zwischen diesem Verfahrensmangel und der Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin zu bejahen.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend hat die C._____ Art. 30 Abs. 2 ÖBV sowie das Transparenzgebot verletzt, indem sie es unterliess, bei den Zuschlagskriterien "Technische Lösung" und "Lieferanten- und Angebotsbewertung" die Unterkriterien sowie deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 erweist sich daher als rechtswidrig. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

²⁶ Auswertung Variante 2, Zutrittssystem zu elektrischen Anlagen, vom 28. Oktober 2016, Vorakten pag. 116.

Da der Vertrag mit der Beschwerdegegnerin bereits abgeschlossen ist, kann nur noch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden (Art. 34 Abs. 2 ÖBV). Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der Bewertung der einzelnen Unterkriterien, welche von der Beschwerdeführerin als falsch bzw. fragwürdig erachtet wird.

b) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁷).

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.²⁸ Der C. _____ 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.²⁹ Die Verfahrenskosten sind daher durch den Kanton zu tragen.

c) Parteikosten werden keine gesprochen, da die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten ist (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Es wird festgestellt, dass die Zuschlagsverfügung vom 9. November 2016 rechtswidrig ist. Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen.

²⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

²⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 3.

²⁹ VGE 21741 vom 10.05.2005, E. 6.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- B. _____, eingeschrieben
- C. _____, eingeschrieben

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

Hans-Jürg Käser
Regierungsrat