

**ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION**

RA Nr. 130/2017/2

Bern, 19. Juni 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Bietergemeinschaft unter Führung der A. _____, bestehend aus:

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

C. _____
Beschwerdeführerin 3

D. _____
Beschwerdeführerin 4

E. _____
Beschwerdeführerin 5

alle vertreten durch F. _____

und

Bietergemeinschaft unter Führung der G. _____, bestehend aus

G. _____
Beschwerdegegnerin 1

H. _____
Beschwerdegegnerin 2

I. _____
Beschwerdegegnerin 3

alle per Adresse G. _____

sowie

O. _____ AG



vertreten durch Herrn Rechtsanwalt J. _____

betreffend die Verfügung der O. _____ AG vom 17. Februar 2017
(Bauplatzversicherung Ausbau Bahnhof P. _____)

I. Sachverhalt

1. Am 26. Juli 2016 schrieb die O. _____ AG die Beschaffung einer Bauplatzversicherung für den Ausbau Bahnhof P. _____ im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Der Auftrag umfasst als Grundlösung eine Bauplatz-Versicherungslösung mit folgenden Deckungen: Bauwesen/Montage, Bauherrenhaftpflicht, Ground-Up-Haftpflicht oder Haftpflicht Exzedent 1 und Besucherunfall. Dieses Gesamtpaket gilt als Basispolice. Dabei stand es der O. _____ AG gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 4.3) nach Vorliegen der Angebote frei, ob sie eine Ground-Up- oder eine Exzedentenlösung wählt. Weiter konnten gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 4.3 und 6.2) noch andere Bausteine an den Anbieter der Bauplatz-Versicherungslösung oder einen anderen Anbieter vergeben werden. Es sind dies die Folgenden: Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1, Bauherrenhaftpflicht Exzedent 2, Haftpflicht Exzedent 2, Haftpflicht Exzedent 3 und Werkgarantien auf Rechnung Dritter.

Für die Basispolice reichten einzig die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen eine Offerte ein. Beide Offerten gingen am 14. Oktober 2016 bei der Vergabestelle ein. Bei der Offerte der Beschwerdegegnerinnen war neben den Beschwerdegegnerinnen 1 bis 3 auch noch die K. _____ beteiligt.¹ Mit elektronischem Schreiben vom 14. Dezember 2016² informierte die Beschwerdegegnerin 1 die Vergabestelle über das Ausscheiden der K. _____ und die Neuaufteilung der Quoten unter den verbleibenden Gesellschaften³. Mit der Zuschlagsverfügung "Exzedentenlösung (nicht Ground-Up-Lösung)" vom 17. Februar 2017 erteilte die O. _____ AG den

¹ Versicherungsquoten: Beschwerdegegnerinnen 1 bis 3 jeweils 27 %, K. _____ 19 % (vgl. S. 5 der Offerte der Beschwerdegegnerinnen).

² Vorakten, Register 9 "Verfahrenskorrespondenz und Protokolle".

³ Beschwerdegegnerin 1 30 %, Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 jeweils 35 %.

Beschwerdegegnerinnen den Zuschlag, ohne die einzelnen Beteiligten dieser Bietergemeinschaft ausdrücklich aufzuführen. Als Begründung befindet sich in der Zuschlagsverfügung eine Tabelle mit den Zuschlagskriterien und deren Bewertung. Dabei wird ausgeführt, dass aufgrund dieser Bewertungsergebnisse das Angebot der Beschwerdegegnerinnen das wirtschaftlich günstigste Angebot darstelle. Weiter wird darin ausgeführt, welche Varianten die Vergabestelle ausgewählt hat und schliesslich festgehalten, die Beschwerdegegnerinnen erhielten den Zuschlag für die erwähnten Varianten zu einem Gesamtpreis von Fr. 5'231'794.00 (exkl. 5 % eidg. Stempel). Eine dritte Anbieterin (L. _____, im Folgenden: L. _____) offerierte einzig zusätzliche Bausteine (Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1, Haftpflicht Exzedent 2 und 3), nicht jedoch die Grundleistung. Mit separater Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 erhielt diese den Zuschlag für die Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1 und die Haftpflicht Exzedent 3. Diese Zuschlagsverfügung ist nicht Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung "Exzedentenlösung (nicht Ground-Up-Lösung)" vom 17. Februar 2017 erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 2. März 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"1. In der Sache:

Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der Zuschlag für die Bauplatzversicherung Ausbau Bahnhof P. _____ O. _____ sei den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

Eventuell: Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei zum neuen Entscheid in Sinn der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen.

2. Zum Verfahren:

1.1 Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle der Abschluss des Vertrags mit der Bietergemeinschaft unter Führung der G. _____ zu untersagen.

1.2 Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei superprovisorisch anzuordnen."

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags, es sei der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, führte das

⁴ 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).

Rechtsamt mit Verfügung vom 3. März 2017 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei es der O._____ AG nach wie vor untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen. Eine superprovisorische Verfügung der aufschiebenden Wirkung ohne Anhörung der Parteien sei aus diesem Grund nicht angezeigt.

Die Beschwerdegegnerinnen stellen in ihrer (innert Nachfrist rechtsgenügend unterzeichneten) Stellungnahme vom 16. März 2017 den Antrag, auf die Beschwerde vom 2. März 2017 sei nicht einzutreten. Als Eventualantrag 1 verlangen sie, die angefochtene Verfügung vom 17. Februar 2017 sei zu bestätigen. Gemäss Eventualantrag 2 ist die angefochtene Verfügung vom 17. Februar 2017 aufzuheben und die Sache zum neuen Entscheid zurückzuweisen. In der Stellungnahme führt sie sodann aus, aufgrund dieser Anträge erübrige sich die Behandlung der Frage der beantragten aufschiebenden Wirkung.

Mit Stellungnahme vom 20. März 2017 stellt die O._____ AG folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 sei aufzuheben und der Zuschlag für die Bauplatzversicherung Ausbau Bahnhof P._____ O._____ den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.
2. Eventualiter sei die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 aufzuheben und die Vergabestelle anzuweisen, im Rahmen einer neuen Verfügung den Ausschluss der Beschwerdegegnerinnen vom Verfahren anzuordnen und den Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen zu erteilen.
3. Über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei von Amtes wegen zu entscheiden.
4. Aufgrund vertraulicher Geschäftsgeheimnisse sei weder den Beschwerdeführerinnen noch den Beschwerdegegnerinnen Einblick in die jeweiligen Offerten der Gegenpartei wie auch in die Auswertungsanalyse der Vergabestelle zu geben."

4. Mit Zwischenverfügung vom 30. März 2017 erteilte das Rechtsamt der BVE der Beschwerde der Beschwerdeführerinnen vom 2. März 2017 die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig stellte das Rechtsamt fest, dass sich das Angebot der Beschwerdegegnerinnen hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse aufgrund des Wegfalls der K._____ verändert habe, indem die bisherige Quote dieser Gesellschaft auf die übrigen Beteiligten aufgeteilt worden sei. Inhaltlich habe sich das Angebot nicht verändert. Da die O._____ AG vor Zuschlagserteilung von dieser Änderung Kenntnis gehabt

habe, sei davon auszugehen, dass diese den Zuschlag an die Bietergemeinschaft unter Führung der G._____, bestehend aus den drei verbliebenen Beteiligten (Beschwerdegegnerinnen 1 bis 3), erteilt habe. Entsprechend strich das Rechtsamt die nicht mehr beteiligte K._____ (bis zu diesem Zeitpunkt als Beschwerdegegnerin 4 aufgeführt) aus dem Rubrum. Schliesslich erhielten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, zu den bisherigen Eingaben Stellung zu nehmen.

5. Gestützt auf ein Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen vom 3. April 2017 gewährte das Rechtsamt der BVE mit Verfügung vom 5. April 2017 sowohl den Beschwerdeführerinnen als auch den Beschwerdegegnerinnen Einsicht in die von der O._____ AG je für sie vorbereiteten Unterlagen. Am 7. April 2017 ging eine Stellungnahme der O._____ AG ein, mit welcher diese auf Aufforderung des Rechtsamts zudem zusätzliche, bisher fehlende Unterlagen der Ausschreibungsunterlagen nachreichte. Mit Stellungnahme vom 10. April 2017 hielten die Beschwerdegegnerinnen an ihren Rechtsbegehren gemäss Eingabe vom 16. März 2017 fest, ergänzten diese aber zusätzlich um einen Eventualantrag 3, wonach das Ausschreibungsverfahren abubrechen und die Vergabestelle anzuweisen sei, eine neue Ausschreibung mit korrekten Ausschreibungsunterlagen durchzuführen. Mit Schreiben vom 12 April 2017 stellten die Beschwerdegegnerinnen sodann ein weitergehendes Akteneinsichtsgesuch in die bisher nicht zur Verfügung gestellten Auswertungsunterlagen der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerinnen bestätigten ihre in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren mit Eingabe vom 12. April 2017.

Nach Gewährung der Akteneinsicht in die von der Vergabestelle anonymisierte Version der Auswertungsunterlagen gab das Rechtsamt der BVE sowohl den Beschwerdeführerinnen als auch den Beschwerdegegnerinnen mit Verfügung vom 27. April 2017 nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Beschwerdeführerinnen hielten mit Stellungnahme vom 9. Mai 2017 erneut an ihren Rechtsbegehren fest. Die Beschwerdegegnerinnen führten mit Eingabe vom 10. Mai 2017 aus, sie würden grundsätzlich an ihren Rechtsbegehren gemäss Stellungnahme vom 10. April 2017 festhalten. Nach Gewährung der Akteneinsicht würden sie jedoch die folgenden präzisierenden Rechtsbegehren stellen:

"I. Die Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 sei aufzuheben und der Zuschlag mit korrekter Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 dem Angebot der G._____ [sowie der Versicherer mit finanzieller Mitbeteiligung (H._____ und I._____)] zu erteilen.

- II. Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 aufzuheben und die Vergabestelle anzuweisen, den Zuschlag mit korrekter Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 dem Angebot der G._____ [sowie der Versicherer mit finanzieller Mitbeteiligung (H._____ und I._____)] zu erteilen.
- III. Subeventualiter sei die Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 aufzuheben und die Vergabestelle anzuweisen, das Ausschreibungsverfahren zu wiederholen."

6. Die Verfahrensbeteiligten erhielten danach Gelegenheit zur abschliessenden Stellungnahme. Dabei hielten die Vergabestelle mit Schreiben vom 18. Mai 2017, die Beschwerdegegnerinnen mit Eingabe vom 22. Mai 2017 und die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 29. Mai 2017 an ihren Anträgen fest.

7. 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 ÖBG⁵ 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 O._____ AG ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft. Die Aktien werden aber grösstenteils von öffentlich-rechtlichen Körperschaften gehalten. Der Kanton Bern hält die grösste Beteiligung an der O._____ AG. Sie 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 Beschwerdegegnerinnen beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

⁵ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

Sie seien im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu Unrecht als Beschwerdegegnerinnen qualifiziert worden. Es sei nicht zulässig, die Zuschlagsempfängerin von vornherein als Gegenpartei bzw. Beschwerdegegnerin zu qualifizieren. Vielmehr hätten sie eingeladen werden sollen, als Mitbeteiligte eine Stellungnahme einzureichen. Mit der Qualifikation als Beschwerdegegnerinnen seien sie in rechtswidriger Weise gezwungen worden, Anträge zu stellen und damit eine Parteistellung einzunehmen. Dies stelle einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar. Durch diese unkorrekte Qualifikation sei ihnen ein faires Verfahren verweigert worden.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts Kanton Bern ist die Zuschlagsempfängerin notwendige Partei und damit von Amtes wegen am Verfahren zu beteiligen.⁶ Die Behandlung der Zuschlagsempfängerinnen als Beschwerdegegnerinnen steht damit im Einklang mit der erwähnten kantonalen Praxis. Die BVE sieht keinen Grund, vorliegend davon abzuweichen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen waren diese trotz der Parteistellung nicht gezwungen, Anträge zu stellen. Zudem ist es weder erkennbar noch wird dies näher begründet, warum ihnen aufgrund der Qualifikation als Beschwerdegegnerinnen ein faires Verfahren verweigert worden sein soll.

c) Im vorliegend umstrittenen Ausschreibungsverfahren sind lediglich zwei Offerten eingegangen. Die Beschwerdeführerinnen haben damit als Zweitplatzierte eine realistische Chance mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegen. Sie haben 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 damit – in Abweisung des Hauptantrags der Beschwerdegegnerinnen – auf die Beschwerde ein.

d) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG⁷, 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

⁶ VGE 2008/23427 vom 5. November 2008, E. 1.

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

Abs. 2 ÖBG). Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

2. Unzulässige Variante

a) Das Grundpaket der ausgeschriebenen Bauplatz-Versicherungslösung umfasst gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Ziffer 4.3) folgende Deckungen, welche an eine Anbieterin zu vergeben waren: Bauwesen/Montage, Bauherrenhaftpflicht, Ground-Up-Haftpflicht oder Haftpflicht Exzedent 1 und Besucherunfall. Weiter hatte die O. _____ AG die Möglichkeit, zusätzlich noch andere Bausteine an die Anbieterin der Bauplatz-Versicherungslösung oder eine andere Anbieterin zu vergeben. Es sind dies die Folgenden: Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1, Bauherrenhaftpflicht Exzedent 2, Haftpflicht Exzedent 2, Haftpflicht Exzedent 3 und Werkgarantien auf Rechnung Dritter (Ziff. 4.3 und 6.2 der Ausschreibungsunterlagen).

b) Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Angebot der Beschwerdegegnerinnen stehe im Widerspruch zu den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. So hätten diese sowohl die Basispolice als auch den zusätzlichen Baustein Haftpflicht Exzedent 2 angeboten, indes die Prämie für diesen zusätzlichen Baustein nicht separat ausgewiesen, sondern als inklusive der Prämie für die Basispolice erklärt. Damit hätten sie diese beiden Bausteine untrennbar so aneinander gekoppelt, dass eine separate Vergabe verunmöglicht worden sei. Damit hätten die Beschwerdegegnerinnen eine unzulässige Variante geschaffen. Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen hätte daher nicht berücksichtigt werden dürfen und sei vom Verfahren auszuschliessen.

Die Beschwerdegegnerinnen bestreiten nicht, dass sie in ihrem Angebot den Haftpflicht Exzedent 1 aus dem Grundangebot mit dem Haftpflicht Exzedent 2 aus den zusätzlichen Bausteinen zusammen offeriert und diese nicht separat ausgewiesen haben.⁸ Sie sind jedoch der Ansicht, diese Zusammenfassung der Haftpflicht Exzedenten sei gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht verboten.

⁸ vgl. auch Vorakten, Register 3, Angebot der Beschwerdegegnerinnen, Anhang A2.3 (Haftpflicht-Exzedent 1) und Anhang A2.5 (Haftpflicht-Exzedent 2 und 3).

c) In den Ausschreibungsunterlagen finden sich – soweit hier von Interesse – folgende Passagen:

Ziffer 4.3 Versicherungsdeckung

Bauplatz-Versicherungslösung: Exzedent 1 und 2 oder Ground-Up

- Bei einem Anbieter werden in einer Bauplatz-Versicherungslösung folgende Deckungen etabliert: Bauwesen/Montage, Bauherrenhaftpflicht, Ground-Up-Haftpflicht oder Haftpflicht-Exzedent 1, Besucherunfall.
- Zusätzlich können noch folgende Bausteine an den Anbieter der Bauplatz-Versicherungslösung oder einen anderen Anbieter vergeben werden: Haftpflicht-Exzedent 2 und Werkgarantien auf Rechnung Dritter.
- Dem O. _____ steht nach Vorliegen der Angebote frei, ob er eine Ground-Up- oder Exzedentenlösung wählt.
- Zusätzlich zu diesem Konstrukt sind weitere Exzedenten möglich.

Ziffer 5.9 Teilangebote, Lose und Verfahren

Teilangebote im Rahmen der Basispolice (Bauplatzversicherung) sind nicht zugelassen. Offerten für die Exzedenten 2 und 3 und der Teil Werkgarantien auf Rechnung Dritter können separat angeboten werden. Die Ausschreibung erfolgt ohne Aufteilung in Fachlose. Es werden nur Varianten zugelassen, die im Anforderungsprofil ausdrücklich genannt werden (siehe Anforderungsprofil - Ziff. 6 ff.)

6.2 Deckungsumfang

Jeweils unter den Bausteinen B (Bauwesen/Montage), C (Bauherrenhaftpflicht), D (Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1), E (Bauherrenhaftpflicht), D (Bauherrenhaftpflicht Exzedent 2), F (Haftpflicht Exzedent 1), G (Haftpflicht Ground-Up), H (Haftpflicht Exzedent 2), I (Haftpflicht Exzedent 3):

Es müssen nicht sämtliche Varianten (Summen und/oder Selbstbehalte) angeboten werden. Ein Anbieter scheidet also nicht aus dem Verfahren aus, wenn nur ein Teil offeriert wird. Selbstverständlich sind aber so viele Varianten wie möglich erwünscht.

d) Bereits aus dem Wortlaut dieser Passagen in den Ausschreibungsunterlagen lässt sich eindeutig schliessen, dass die weiteren Bausteine (darunter der Baustein Haftpflicht Exzedent 2) zusätzlich zum Grundangebot (Basispolice) und separat anzubieten waren und damit eine Integration dieser Bausteine in das Grundangebot unzulässig war: Dies ergibt sich einerseits schon aus der Formulierung in Ziffer 4.3, wonach die Basispolice (Bauplatzversicherungslösung) unter Lemma 1 aufgeführt ist und gemäss Lemma 2 zusätzlich weitere Bausteine (u.a. der Baustein Haftpflicht Exzedent 2) vergeben werden konnten. Das Wort "zusätzlich" muss dahingehend verstanden werden, dass eine Vermischung von obligatorischem Basisangebot und freiwilligem Zusatzangebot nicht zulässig war. Auch die Formulierung in Ziffer 5.9 ("Offerten für die Exzedenten 2 und 3 und

der Teil Werkgarantien auf Rechnung Dritter können separat angeboten werden") ist so zu verstehen, dass es zwar in der freien Entscheidung der Anbieterinnen stand, ob sie einen oder mehrere dieser zusätzlichen Bausteine offerieren wollen, dies aber – sofern sie sich dafür entscheiden – separat und damit getrennt vom Angebot der Basispolice erfolgen muss. Der Wortlaut dieser Ziffer lässt insbesondere in Kombination mit Ziffer 4.3 keinen Raum für eine Auslegung im Sinne der Beschwerdegegnerinnen, wonach ein separates Anbieten der zusätzlichen Bausteine bloss freiwillig und entsprechend eine Integration dieser in die Basispolice möglich bzw. zulässig war.

Eine Auslegung im Sinne der Beschwerdegegnerinnen würde auch dem Sinn und Zweck der vorgenommenen Ausschreibung zuwiderlaufen. So lassen sich die Angebote von verschiedenen Anbieterinnen nur bei klarer Trennung von Basispolice und zusätzlichen Bausteinen vergleichen und damit – unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze – richtig auswerten. Eine untrennbare Integration von zusätzlichen Bausteinen in die Basispolice bei einem Angebot dagegen führt dazu, dass sich die Angebote unterscheiden und unter dem Zuschlagskriterium "Preis" nicht mehr vergleichbar sind. Dies ist vorliegend passiert, indem die Beschwerdegegnerinnen den Baustein Haftpflicht Exzedent 2 in den Baustein Haftpflicht Exzedent 1 des Basisangebots integriert haben, die Beschwerdeführerinnen dagegen keine Offerte für den freiwilligen Baustein Haftpflicht Exzedent 2 einreichten. Die Folge davon war, dass die Vergabestelle bzw. das von ihr mit der Auswertung beauftragte Unternehmen in unzulässigerweise Weise eine Aufrechnung beim offerierten Preis der Beschwerdeführerinnen um einen von einem Drittanbieter eingegebenen Preis für die Exzedenten 2-Lösung vornahm, um eine (fiktive) Vergleichbarkeit der Angebote zu erreichen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerinnen war damit ursächlich für die fehlende Vergleichbarkeit der Offerten. Die O._____ AG selber vertritt im Beschwerdeverfahren die Ansicht, dass diese von den Beschwerdegegnerinnen vorgenommene Kombination der Exzedenten 2-Lösung mit der Basispolice nicht zulässig war.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich damit, dass ein Angebot für die zusätzlichen, über die Basispolice hinausgehenden Bausteine zwar fakultativ war, im Falle eines entsprechenden Angebots jedoch – auch zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Basisofferten – separat ausgewiesen werden musste. Die Beschwerdegegnerinnen haben damit mit der Kombination des in der Basispolice enthaltenen Bausteins Haftpflicht

Exzedenten 1 mit dem Zusatz Haftpflicht Exzedent 2 eine nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässige Variante geschaffen.

e) Unbehilflich ist der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, wonach die Vergabestelle gemäss Ziffer 6.2 der Ausschreibungsunterlagen Varianten ausdrücklich zugelassen habe. Die von den Beschwerdegegnerinnen angesprochene Textpassage in Ziffer 6.2 (vgl. oben, E. 2c) ist bei den Tabellen der Bausteine B bis I enthalten. Dabei geht es einzig um die verschiedenen Varianten zu den Summen oder Selbstbehalten innerhalb der jeweiligen Bausteine. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen kann daraus nicht abgeleitet werden, dass als Variante die Vermischung/Kombination von Bausteinen der Basispolice mit solchen der zusätzlichen und freiwillig zu offerierenden Bausteine (wie der Zusatz Haftpflicht Exzedent 2) zulässig wären.

Die Beschwerdegegnerinnen bringen zudem vor, die Vergabestelle hätte – falls diese über die Zulässigkeit ihres Angebots unschlüssig gewesen sei – Erläuterungen verlangen müssen, so dass sie ihre Offerte hätte anders darstellen können. Auch dieser Einwand geht fehl: So kann die Vergabestelle gemäss Art. 26 Abs. 2 ÖBV⁹ von den Anbieterinnen Erläuterungen im Bezug auf ihr Eignung und ihr Angebot verlangen, sie ist dazu aber nicht verpflichtet. Weiter haben es die Beschwerdegegnerinnen selber zu verantworten, wenn sie – entgegen den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen – eine unzulässige Variante eingereicht haben. Eine allfällige Anpassung/Korrektur ihres Angebots nach Offerteingabe wäre sodann ohnehin nicht zulässig gewesen (vgl. Art. 20 Abs. 1 ÖBV). Schliesslich bestand aufgrund des unzulässigen Angebots der Beschwerdegegnerinnen und des Verzichts auf eine Berichtigung kein Grund für die Abbrechung und Wiederholung des gesamten Verfahrens, wie dies von den Beschwerdegegnerinnen ebenfalls vorgebracht wird. Es ist weder erkennbar noch wird dies näher begründet, welcher wichtige Grund für einen Verfahrens-abbruch im Sinne von Art. 29 ÖBV vorliegen sollte.

Die Beschwerdegegnerinnen bringen in der Eingabe vom 22. Mai 2017 (S. 5 oben) schliesslich vor, die Drittanbieterin L._____, welche mit separater Verfügung den Zuschlag für die Bausteine Bauherrenhaftpflicht Exzedent 1 und die Haftpflicht Exzedent 3 erhielt, habe diese Bausteine nur zusammen angeboten. Dies deute darauf hin, dass die Vergabestelle möglichst viele Angebote / Varianten gewünscht habe. Anders sei nicht zu

⁹ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

erklären, dass die Vergabestelle diese Anbieterin auch nicht vom Verfahren ausgeschlossen habe, bloss weil diese eine angeblich nicht gefragte Variante – zwei Bausteine zusammen – angeboten habe. Es ist unklar, was die Beschwerdegegnerinnen mit diesem Einwand bezwecken. Jedenfalls ist die Konstellation nicht vergleichbar mit der Vorliegenden, hat doch L._____ mit ihrem Angebot keine untrennbare Vermischung von zwei Bausteinen vorgenommen, sondern diese separat ausgeschieden. Zudem hat sie kein Angebot für die Basispolice eingereicht, sondern nur zusätzliche Bausteine offeriert.

f) Zusammenfassend haben die Beschwerdegegnerinnen mit ihrem Angebot und der darin enthaltenen, untrennbaren Kombination des Bausteins Haftpflicht Exzedenten 1 der Basispolice mit dem Zusatz-Baustein Haftpflicht Exzedent 2 eine gemäss Ausschreibungsunterlagen unzulässige Variante geschaffen. Sie haben damit ein Angebot eingereicht, welches den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, weshalb der Ausschlussgrund von Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV erfüllt ist.

3. Änderung des Angebots

a) Am Angebot der Beschwerdegegnerinnen waren gemäss Offerte vom 13. Oktober 2016 (eingegangen bei der Vergabestelle am 14. Oktober 2016) vier Gesellschaften mit folgenden Versicherungsquoten beteiligt: G._____ mit 27 %, H._____ mit 27 %, I._____ mit 27 %, K._____ mit 19 %.¹⁰ Mit elektronischem Schreiben vom 14. Dezember 2016 informierte ein Vertreter der Beschwerdegegnerin 1 die O._____ AG über das Ausscheiden der K._____ und die Neuaufteilung der Quoten unter den verbleibenden Gesellschaften (G._____ neu 30 %, H._____ neu 35 %, I._____ neu 35 %).¹¹ Mit Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 erteilte die O._____ AG den Zuschlag der Bietergemeinschaft unter Führung der G._____, ohne die einzelnen Beteiligten dieser Bietergemeinschaft ausdrücklich aufzuführen.

b) Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Ansicht, das Ausscheiden eines Mitglieds der Bietergemeinschaft nach Einreichung der Offerte stelle eine unzulässige Änderung des Angebots dar. Die anbietenden Gesellschaften würden zum wesentlichen Inhalt der Offerte gehören. Das Vergaberecht verbiete es, eine Anbietergemeinschaft nachträglich in _____

¹⁰ Vorakten, Register 3, Angebot der Beschwerdegegnerinnen, S. 5, Ziffer 6.1.

¹¹ Vorakten, Register 9, E-mail vom 14. Dezember 2016.

irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Austausch einzelner Mitglieder. Auch die O._____ AG führt im Beschwerdeverfahren aus, sie habe nun erkannt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen aufgrund der nachträglichen Veränderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Beschwerdegegnerinnen bringen vor, das Angebot habe sich trotz des Ausscheidens der K._____ inhaltlich nicht verändert. Die Eignung werde dadurch in keiner Weise tangiert. Es handle sich nur um eine unwesentliche Änderung der Mitbeteiligungsverhältnisse. Da sich die Offerte nicht geändert habe, komme ein Ausschluss nicht in Frage. Weiter handle es sich gar nicht um eine Bietergemeinschaft, sondern um eine Mitversicherungslösung. Die Beteiligten hätten sich nicht zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen und es sei auch keine gesamtschuldnerische Haftung vereinbart worden. Aus der Offerte gehe klar hervor, dass es sich um eine Mitversicherungslösung handle. Der Zuschlag sei nicht einem gemeinsamen Angebot erteilt worden, sondern dem Angebot der G._____. Es handle sich um eine Offerte der G._____ mit finanzieller Mitbeteiligung der anderen Teilnehmenden. Eine Nichtberücksichtigung wäre schliesslich unverhältnismässig und überspitzt formalistisch.

c) Die Bietergemeinschaft ist ein nicht selber rechtsfähiger Zusammenschluss mehrerer natürlicher oder juristischer Personen, die alle zusammen ein einziges, gemeinsames Angebot abgegeben haben, das sie alle zusammen solidarisch auf die verfahrensgegenständliche und offerierte Leistung verpflichtet. Vergaberechtlich gilt sie als eine einzige Anbieterin.¹²

Diese Umschreibung der Bietergemeinschaft trifft auf die vorliegenden Angebote der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerinnen zu. So handelt es sich um einen Zusammenschluss von Versicherungsgesellschaften, welche zusammen ein einziges, gemeinsames Angebot für eine Bauplatzversicherung abgegeben haben. Indem die angebotene Versicherungsleistung in Quoten von den einzelnen Anbieterinnen dieser einfachen Gesellschaft übernommen wird, haben sie sich zusammen und solidarisch auf die offerierte Leistung verpflichtet. Damit handelt es sich bei diesem Zusammenschluss – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen – in vergaberechtlicher Hinsicht um

¹² Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1464.

eine Bietergemeinschaft. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beschwerdegegnerin 1 die Federführung innehat und das Angebot etwa auf ihrem Briefpapier eingereicht wurde. Der von den Beschwerdegegnerinnen ins Feld geführte Begriff der Mitversicherungslösung existiert im Beschaffungsrecht nicht bzw. stellt ebenfalls eine Bietergemeinschaft dar.

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist letztlich unabhängig von der Qualifikation des Zusammenschlusses von einer unzulässigen Veränderung des Angebots nach Offerteinreichung auszugehen.

d) Nach Art. 19 ÖBV darf ein Angebot nach seiner Einreichung, unter Vorbehalt von Art. 25 Abs. 2 ÖBV (Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern), nicht mehr geändert werden.

Die Bietergemeinschaft reicht – wie ausgeführt (E. 3c) – ein einziges, solidarisch verpflichtendes Angebot ein. Sobald eine Bietergemeinschaft eine Offerte abgegeben hat, so ist diese Offerte grundsätzlich verbindlich und kann nicht mehr zurückgezogen werden. Das Änderungsverbot von Art. 19 ÖBV betrifft das ganze Angebot. Ein solches umfasst nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem bestimmten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei.¹³ Eine Veränderung der Zusammensetzung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft stellt daher eine Veränderung des Angebots dar, auch wenn die Leistung und der Preis unverändert bleiben. So müssen die verbleibenden Mitglieder die Leistungsanteile eines wegfallenden Mitglieds übernehmen, was ursprünglich nicht vorgesehen war. Das heisst, dass die Gemeinschaft ihre Zusammensetzung nach Ablauf der Eingabefrist grundsätzlich nicht mehr verändern darf. Sie muss ihre Zusammensetzung beibehalten, wenn sie den Zuschlag erhalten will.¹⁴ Das nachträgliche Ausscheiden eines Konsortianten einer Arbeitsgemeinschaft stellt daher eine wesentliche Änderung des Angebots dar, welche nach Einreichung der Offerte vergaberechtlich unzulässig ist.¹⁵ Der öffentliche Auftraggeber darf den Antrag einer Bietergemeinschaft, die bereits eine Offerte eingereicht hat, ein Mitglied auszutauschen, ausnahmsweise genehmigen und insofern eine neue Offerte ins

¹³ Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. April 2015, in VPB 69.80, E. 3b.

¹⁴ Beyeler, a.a.O., N. 1487 ff. und N. 1562.

¹⁵ Vgl. BGE 131 I 153, E. 5.7; Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. April 2015, in VPB 69.80, E. 3b.

Verfahren aufnehmen. Dieser Austausch-Antrag steht unter der dreifachen Voraussetzung, dass der Austausch erstens umgehend erfolgt, dem auszutauschenden Mitglied zweitens gemäss der ursprünglichen Offerte lediglich eine untergeordnete Funktion zukommen sollte und es drittens unter allen relevanten Aspekten mindestens gleichwertig ersetzt wird, die Gemeinschaft also nach dem Austausch ebenso geeignet ist wie vorher.¹⁶

e) Vorliegend hat die Bietergemeinschaft der Beschwerdegegnerinnen ihr am 13. Oktober 2016 eingereichtes Angebot zwei Monate nach Ablauf der Eingabefrist (am 14. Dezember 2016) abgeändert, indem sie den Rückzug der K._____ und die Neuaufteilung deren bisherigen Quote unter den verbleibenden Gesellschaften bekannt gab. Mit diesem nachträglichen Ausscheiden der K._____ hat sich zwar die angebotene Leistung und der Preis nicht verändert. Wie ausgeführt (E. 3d) umfasst das Angebot neben der Leistung und dem Preis auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. So wird vorliegend ein allfälliger Schaden nicht mehr von vier, sondern nur noch von drei Versicherungsgesellschaften getragen. Das nachträgliche Ausscheiden der K._____ stellt daher eine wesentliche Änderung des Angebots dar, welche nach Einreichung der Offerte vergaberechtlich unzulässig ist und entsprechend zum Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerinnen führen muss. Ein solcher Ausschluss könnte höchstens ausnahmsweise unterbleiben, wenn der wegfallenden Gesellschaft lediglich eine untergeordnete Rolle zukam, diese gleichwertig ersetzt wurde und die Änderung umgehend erfolgt (vgl. E. 3d). Die Voraussetzung der Gleichwertigkeit dürfte zwar erfüllt sein, nicht aber die beiden anderen Voraussetzungen: So hätte die K._____ gemäss eingereichter Offerte eine Versicherungsquote von 19 % übernommen. Bei einer Übernahme der Versicherung zu fast einem Fünftel bei vier beteiligten Gesellschaften kann nicht von einer untergeordneten Beteiligung gesprochen werden.¹⁷ Weiter hat die Beschwerdegegnerin 1 die nachträgliche Änderung erst zwei Monate nach Ablauf der Eingabefrist bekannt gegeben. Für die Aufnahme einer (sinngemäss) eingereichten, neuen Offerte war es damit viel zu spät.

Insgesamt stellt damit die Veränderung der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdegegnerinnen (unabhängig von deren Qualifikation) nach Einreichung der

¹⁶ Beyeler, a.a.O., N. 1502 f., BGE 131 I 153, E. 5.7.

¹⁷ Bei einem offerierten Zusatz-Baustein (Werkgarantie) wäre die K._____ nicht beteiligt gewesen; für diesen Baustein erhielten die Beschwerdegegnerinnen allerdings den Zuschlag nicht; vgl. Ziffer 10 der Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017.

Offerte eine wesentliche Änderung des Angebots dar. Die Beschwerdegegnerinnen verstiessen daher gegen Art. 19 ÖBV und hätten bereits im Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Ein Ausschluss wegen unzulässiger Veränderung des Angebots nach Einreichung der Offerte ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen – weder unverhältnismässig noch überspitzt formalistisch, zumal es wie ausgeführt einen Unterschied macht, ob die Versicherungsdeckung von drei oder vier Gesellschaften getragen wird.¹⁸

4. Rechtsfolgen

a) Zusammenfassend liegen beim Angebot der Beschwerdegegnerinnen zwei Ausschlussgründe vor. Einerseits widerspricht das Angebot den Ausschreibungsunterlagen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV), andererseits haben die Beschwerdegegnerinnen ihr Angebot nach dessen Einreichung in unzulässiger Weise wesentlich verändert (Art. 19 ÖBV). Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen hätte daher bereits im Vergabeverfahren durch die O._____ AG ausgeschlossen werden müssen.

b) Die Beschwerdeinstanz darf einen Ausschlussgrund, der nicht zwingend einen Ausschluss erfordert, sondern einen Ausschluss nach Ermessen der Vergabestelle ermöglichen würde, aufgrund des ihr auferlegten Verbots der Ermessensprüfung nicht berücksichtigen, auch wenn sie den Ausschlussgrund als realisiert erachtet.¹⁹

Vorliegend lag der Ausschluss jedoch nicht im Ermessen der Vergabestelle. Vielmehr hätte das Angebot der Beschwerdegegnerinnen aufgrund der Schaffung einer nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässigen Variante sowie einer wesentlichen Veränderung nach Einreichung der Offerte zwingend ausgeschlossen werden müssen. Es bestand damit kein Ermessensspielraum und die O._____ AG hätte die Beschwerdegegnerinnen vom Verfahren ausschliessen müssen. Die Ausschlussgründe sind daher auch von der BVE als Beschwerdeinstanz noch zu berücksichtigen, ohne dass dabei das ihr auferlegte Verbot der Ermessensprüfung verletzt wird.

Die Beschwerdegegnerinnen stören sich am Vorgehen der Vergabestelle, welche die Ausschlussgründe erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geltend machte, jedoch

¹⁸ vgl. für eine ähnliche Konstellation auch BGer. 2P.47/2003 vom 9. September 2003, E. 3.2.

¹⁹ Martin Beyeler, Anmerkungen zu BGer 2D_18/2011, in BR 2011 S. 264.

den Ausschluss nicht selber verfügte. Dieses Vorgehen sei widersprüchlich, stelle eine gravierende Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar, sei willkürlich und rechtsmissbräuchlich. Da es sich jedoch um zwingende Ausschlussgründe handelt, durfte die Vergabestelle diesen im Beschwerdeverfahren auch noch vorbringen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen, auch wenn sie den Ausschluss fälschlicherweise nicht selber verfügt hat.²⁰ Dazu kommt, dass die BVE die Frage des Ausschlusses bzw. das Vorliegen von zwingenden Ausschlussgründen ohnehin auch von Amtes wegen prüfen könnte.

c) Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und die Beschwerdegegnerinnen sind vom Verfahren auszuschliessen. Die O. _____ AG hat den Zuschlag zu Unrecht den auszuschliessenden Beschwerdegegnerinnen erteilt; der Zuschlag ist entsprechend aufzuheben. Da einzig die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen ein Angebot eingereicht haben, kommt nach dem Ausschluss der Beschwerdegegnerinnen für den Zuschlag nur noch das Angebot der Beschwerdeführerinnen in Frage. Der Zuschlag wird daher direkt den Beschwerdeführerinnen zugesprochen (reformatorsche Wirkung). Eine Rückweisung an die Vorinstanz (Kassation) macht unter diesen Umständen keinen Sinn.

Der Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen umfasst folgende Bausteine / Varianten:

Baustein	Variante	Preis
B: Bauwesen / Montage	Selbstbehalt Fr. 20'000 Versicherungssumme 5 Mio. / Jahr	Fr. 1'870'000
C: Bauherrenhaftpflicht	Selbstbehalt Fr. 50'000 Versicherungssumme 100 Mio. 1 x über Bauzeit	Fr. 1'500'000
F: Haftpflicht Exzedent 1	- Planer Grunddeckung 40 Mio. xs 10 Mio. 1 x über Bauzeit	Fr. 300'000
	- Planer Bauten-, Anlage- und Vermögensschäden 1 x über Bauzeit 48 Mio xs. 2 Mio.	Fr. 1'280'000
	- Bauunternehmer / Bauhandwerker 40 Mio. xs 10 Mio 1 x über Bauzeit	Fr. 1'200'000
J: Besucher-Unfall		Fr. 14'000
Total		Fr. 6'164'000

²⁰ So auch Martin Beyeler, Anmerkungen zu BGer 2D_18/2011, in BR 2011 S. 264.

d) Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind neben dem Hauptantrag (Nichteintreten auf die Beschwerde, vgl. E. 2) auch alle weiteren Eventualanträge der Beschwerdegegnerinnen gemäss der Eingabe vom 16. März 2017 (Eventualantrag 1 und 2), gemäss Eingabe vom 10. April 2017 (Eventualantrag 3) und gemäss Eingabe vom 9. Mai 2017 (präzisierende Rechtsbegehren 1 bis 3) abzuweisen.

Auch auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen muss nicht näher eingegangen werden, zumal diese entweder verspätet sind und schon gegen die Ausschreibung hätten vorgebracht werden müssen (Durchführung eines öffentlichen Beschaffungsverfahrens für die Mandatierung des Versicherungsverbands N._____ und der M._____ AG) oder aufgrund dieser Rügen (etwa zu den weiteren Zuschlagskriterien) keine Verfehlungen erkennbar sind, welche auf schwere Fehler formeller Natur schliessen lassen oder welche eine Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens notwendig machen würden. Entsprechend ist auch der Antrag der Beschwerdegegnerinnen abzuweisen, die Vergabestelle sei zu verpflichten, sich in weitergehendem Umfang zur Bewertung der Zuschlagskriterien Z1 (Deckung) und Z2 (Dienstleistungen) zu äussern.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.00 bis Fr. 4'000.00 je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV²¹). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf Fr. 2'000.00. Für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.00 erhoben (Art. 19 Abs. 2 GebV). Damit betragen die Verfahrenskosten insgesamt Fr. 2'400.00.

Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdegegnerinnen mit ihren Anträgen vollumfänglich. Sie haben damit die Verfahrenskosten von Fr. 2'400.00 zu tragen.

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 Beschwerdeführerinnen obsiegen vollumfänglich, die Beschwerdegegnerinnen dagegen unterliegen vollständig. Entgegen dem Antrag der Beschwerdegegnerinnen wird die Vergabestelle nicht kostenpflichtig. Diese hätte zwar den Ausschluss der Beschwerdegegnerinnen bereits im Vergabeverfahren verfügen müssen. Allein diese Verfehlung stellt allerdings noch keinen besonderen Umstand dar, welcher eine Kostentragung durch die Vergabestelle rechtfertigen könnte.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²² beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs 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 KAG²³).

Die Kostennote der Anwälte der Beschwerdeführerinnen beläuft sich auf Fr. 12'036.00 (Honorar 11'800.00, Auslagen Fr. 236.00). Bei einem zu erwartenden Auftragsvolumen von rund 6 Millionen Franken stuft die BVE die Bedeutung der Streitsache als überdurchschnittlich ein. Angesichts der Bedeutung der Streitsache, des knapp überdurchschnittlichen Zeitaufwandes und der durchschnittlichen Komplexität des Falles erachtet die BVE einen Parteikostenersatz von Fr. 8'500.00 als angemessen. Die Beschwerdegegnerinnen haben damit den Beschwerdeführerinnen Parteikosten im Umfang von Fr. 8'736.00 (Honorar 8'500.00, Auslagen Fr. 236.00) zu ersetzen. Als

²² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

²³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

unterliegende Partei haben die Beschwerdegegnerinnen – entgegen ihrem Antrag in der Eingabe vom 22. Mai 2017 – keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Beschwerdegegnerinnen werden vom Verfahren ausgeschlossen und die Zuschlagsverfügung vom 17. Februar 2017 wird aufgehoben. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen vom 13. Oktober 2016 (Gesamtpreis von Fr. 6'164'000) erhält den Zuschlag.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'400.00 werden den Beschwerdegegnerinnen zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdegegnerinnen haben den Beschwerdeführerinnen Parteikosten in der Höhe von Fr. 8'736.00 zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- F._____, eingeschrieben
- G._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt J._____, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin