ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2017/6 Bern, 11. August 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A._____ (Bietergemeinschaft), bestehend aus:

F._____
Beschwerdeführerin 1

G._____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B._____

und

H._____ (Bietergemeinschaft), bestehend aus:

C._____
Beschwerdegegnerin 1

D._____
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt I._____

sowie

R._____ AG

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

betreffend die Verfügung der R._____ AG vom 22. Mai 2017 (Ausbau Bahnhof S._____, Teilprojekt 1, Rohbau Abschnitt 1 bis 9, Los 12.2 - Überwachung, Vermessung)

I. Sachverhalt

1. Am 3. März 2017 schrieb die R._____ AG Überwachungs- und Vermessungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Ausbau Bahnhof S._____ (Teilprojekt 1, Rohbau Abschnitt 1 bis 9, Los 12.2) als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Sowohl die Beschwerdegegnerinnen als auch die Beschwerdeführerinnen reichten innert Frist ein Angebot ein, wobei die Beschwerdeführerinnen zusätzlich zum Grundangebot noch eine Unternehmervariante einreichten. Mit Zuschlagsverfügung vom 22. Mai 2017 erteilte die R._____ AG den Beschwerdegegnerinnen den Zuschlag. Als Begründung führte die Vergabestelle aus, die Beschwerdegegnerinnen hätten nach Auswertung der gewichteten Zuschlagskriterien die höchste Zahl an Nutzwertpunkten erreicht und damit das beste Angebot eingereicht. Die Verfügung enthielt als Beilage eine anonymisierte Übersicht der bewerteten Zuschlagskriterien für alle eingegangenen Angebote.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 22. Mai 2017 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 2. Juni 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Der Zuschlag sei ihnen zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung und -eröffnung im Sinne ihrer Begründung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen sie, es sei ihnen nach Edition der Unterlagen betreffend die Offertbewertung die Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Der Beschwerde sei zudem sofort die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dementsprechend sei es der Vergabestelle und seinen hierfür zuständigen Organen zu untersagen, den Vertrag mit den Beschwerdegegnerinnen abzuschliessen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet[1], führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags, es sei der Beschwerde sofort die aufschiebende Wirkung zu erteilen, führte das Rechtsamt mit Verfügung vom 7. Juni 2017 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende

[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).

Wirkung der Beschwerde sei es der R._____ AG nach wie vor untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen. Eine superprovisorische Verfügung der aufschiebenden Wirkung ohne Anhörung der Parteien sei aus diesem Grund nicht angezeigt.

Mit Stellungnahme vom 20. Juni 2017 beantragt die R._____ AG die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Der prozessuale Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Aufgrund vertraulicher Geschäftsgeheimnisse sei sodann weder den Beschwerdeführerinnen noch den Beschwerdegegnerinnen Einblick in die jeweiligen Offerten der Gegenpartei zu geben. Die Beschwerdegegnerinnen stellen mit Beschwerdeantwort vom 20. Juni 2017 ebenfalls den Antrag, die Beschwerde sowie das Gesuch um Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Sie beantragen zudem, ihnen sei, soweit zulässig, Akteneinsicht zu gewähren und nach erfolgter Akteneinsicht die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.

4. Mit Verfügung vom 22. Juni 2017 gewährte das Rechtsamt der BVE den Beschwerdeführerinnen und den Beschwerdegegnerinnen Einsicht in die von der R._____ AG vorbereiteten Unterlagen sowie – aufgrund des beidseitigen Einverständnisses – in den Teil der Konkurrenzofferte, der das Zuschlagskriterium 2 "Kompetenz der Schlüsselpersonen" betrifft. Die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen erhielten zudem Gelegenheit, in Kenntnisnahme der zugestellten Eingaben und Akten eine Stellungnahme einzureichen. Diese Gelegenheit nahmen sowohl die Beschwerdegegnerinnen mit Eingabe vom 4. Juli 2017 als auch die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 5. Juli 2017 wahr. Dabei hielten sie beide an ihren Anträgen fest.

5. Mit Zwischenverfügung vom 12. Juli 2017 wies das Rechtsamt der BVE das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

6. 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 ÖBG[2] 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 R._____ 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 R._____ 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 Beschwerdeführerinnen haben mit ihrer Unternehmervariante den zweiten Platz erreicht; mit 879 Punkten liegt ihr Angebot knapp hinter demjenigen der Beschwerdegegnerinnen, welches 894 Punkte erreicht hat. Die Beschwerdeführerinnen haben damit eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen[3], 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 auf die Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG[4], 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.

---

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

[3] beziehungsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung zu erreichen, sollte der Vertrag zwischen der R____ AG und den Beschwerdegegnerinnen bereits abgeschlossen worden sein.

[4] Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

2. Begründung der Zuschlagsverfügung

a) Die Beschwerdeführerinnen rügen in ihrer Beschwerde vom 2. Juni 2017, beim Zuschlagskriterium 2 "Kompetenz der Schlüsselpersonen" habe das Angebot der Beschwerdegegnerinnen das Maximum der möglichen Punktzahl erhalten, ihre Unternehmervariante dagegen 30 Punkt weniger. In der Zuschlagsverfügung fehle jegliche Erklärung für die Bewertungsdifferenz beim Zuschlagskriterium 2. Die angefochtene Verfügung leide deshalb bereits an einem formellen Mangel, da sie ungenügend begründet worden sei. Die Verfügung sei von vorneweg aufzuheben.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt grundsätzlich, dass Entscheide ausreichend begründet sind. Umfang und Dichte der Begründung muss dergestalt sein, dass die Adressaten eine allfällige Beschwerde sachgerecht begründen können. Bei der Begründung einer Zuschlagsverfügung muss neben dem rechtlichen Gehör auch der Grundsatz der Vertraulichkeit berücksichtigt werden (Art. 11 Bst. g IVöB[5]). Die Begründung darf insbesondere keine Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Konkurrenten enthalten. Eine kurze Begründung des Zuschlags ist daher ausreichend (Art. 13 Bst. h IVöB).

c) In der Zuschlagsverfügung wird für die Begründung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerinnen einzig festgehalten, es handle sich um "das beste Angebot nach Auswertung der gewichteten Zuschlagskriterien, d.h. die höchste Zahl an Nutzwertpunkten". In der anonymisierten Übersicht der bewerteten Zuschlagskriterien, welche der Zuschlagsverfügung beigelegt wurde, sind für alle Angebote die bei jedem der fünf Zuschlagskriterien zugesprochenen Punkte sowie ein Punktetotal ersichtlich. Eine Begründung der Punktebewertung – so auch für das umstrittene Zuschlagskriterium 2 – lässt sich dem Dokument nicht entnehmen. Für die Beschwerdeführerinnen war nicht erkennbar, wieso sie beim Zuschlagskriterium 2 30 Punkte weniger erhalten haben als die Beschwerdegegnerinnen. Entsprechend vage bleiben ihre diesbezüglichen Vorbringen in der Beschwerde. Die Zuschlagsverfügung vermag daher den Anforderungen an eine ausreichende Begründung nicht zu genügen.

---

[5] Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

d) Allerdings hat die R._____ AG die Begründung für die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen beim Zuschlagskriterium 2 mit der Stellungnahme vom 20. Juni 2017 nachgeliefert. Das Rechtsamt der BVE hat den Verfahrensmangel der ungenügenden Begründung dadurch geheilt, dass es den Verfahrensbeteiligten die Stellungnahme der R._____ AG vom 20. Juni 2017 zustellte, ihnen Akteneinsicht in die von der Vergabestelle vorbereiteten Unterlagen sowie in den Teil der Konkurrenzofferte zum Zuschlagskriterium 2 gewährte und diese schliesslich Gelegenheit hatten, hierzu Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerinnen konnten daher ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen; ihnen ist durch den Verfahrensmangel kein Nachteil entstanden. Die Aufhebung des Entscheids mit Rückweisung an die Vorinstanz würde somit lediglich zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen. Die Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.[6]

3. Massgebender Inhalt des Zuschlagskriteriums 2

a) Die Beschwerdeführerinnen stellen in Frage, ob das Zuschlagskriterium 2 bei der Bewertung durch die Vergabestelle richtig angewendet worden ist. So sei dieses Zuschlagskriterium in der anonymisierten Bewertungstabelle in willkürlicher Weise abgeändert worden, indem es dort unter dem Titel "Organisation, Ressourcen und Verantwortlichkeiten" erfasst worden sei. Gemäss Ausschreibung gehe es aber beim Zuschlagskriterium 2 einzig um das Kriterium "Kompetenz der Schlüsselpersonen". Bei den Kompetenzen der Schlüsselpersonen gehe es keinesfalls um eine qualitative Bewertung der "Organisation", zumal diese beim Zuschlagskriterium 5 "Qualitätsmanagement" als eigenes Subkriterium bewertet worden sei. Es könne nicht angehen, dass die Bewertungsdifferenz auf eine zusätzliche Bewertung von Faktoren zurückgehe, welche gar nicht Bestandteil des entsprechenden Zuschlagskriteriums seien.

b) Die R._____ AG gesteht zwar ein, dass das Zuschlagskriterium 2 in der anonymisierten Übersicht der bewerteten Zuschlagskriterien tatsächlich anders bezeichnet wurde ("Organisation, Ressourcen und Verantwortlichkeiten") als in der Ausschreibung ("Kompetenz der Schlüsselpersonen"). Die Vergabestelle bringt aber vor, es handle sich dabei um einen Verschreiber. Die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums habe exakt nach

---

[6] Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16 mit Hinweisen.

den Kriterien stattgefunden, wie es in der Ausschreibung vorgegeben worden sei. Dabei stützt sie sich auf Anhang 8 des Evaluationsberichts, in welchem erkennbar sei, dass die Bewertung einzig aufgrund der in der Ausschreibung aufgeführten Sub- und Bewertungskriterien erfolgt sei.

c) Das Zuschlagskriterium 2 ist in der Ausschreibung wie folgt umschrieben[7]:

Kompetenz der Schlüsselpersonen (Gewichtung 20)
a) Ausbildung, Erfahrung der folgenden Schlüsselpersonen gemäss zwei Referenzen über Einsatz in gleicher Funktion für vergleichbare Aufgaben, Vermessungs- und Überwachungsarbeiten mit vergleichbaren Anforderungen, Komplexität und Leistungsumfang
I Projektleiter Gewichtung 10
II Projektleiter Stellvertreter Gewichtung 10

Aufgrund der Umschreibung des Zuschlagskriteriums 2 in der Detailauswertung des Evaluationsberichts[8] zeigt sich, dass dieses Zuschlagskriterium trotz der falschen Bezeichnung in der anonymisierten Übersicht für die Bewertung nicht abgeändert wurde, sondern nach den in der Ausschreibung aufgeführten Kriterien bewertet wurde. Einzig die Verfügbarkeit dieser Personen wurde in der sonst identischen Umschreibung in der Detailauswertung zusätzlich aufgeführt, was aber bei keinem der eingegangenen Angebote zu einem Punkteabzug führte. Dass die Verfügbarkeit der ausgewählten Schlüsselpersonen für das ausgeschriebene Projekt gewährleistet werden muss, erklärt sich zudem von selber, würde doch sonst die Bewertung dieser Personen keinen Sinn machen. Kommt dazu, dass die Offerierenden davon wussten bzw. hätten wissen müssen, war doch die Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen im vorgegebenen Formular zu diesem Zuschlagskriterium[9], welches Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war, für jedes Jahr von 2017 bis 2023 anzugeben. Auch wenn die Verfügbarkeit in der Umschreibung des Zuschlagskriteriums 2 in der Ausschreibung nicht ausdrücklich erwähnt wurde, so musste deren (allfällige) Relevanz bei der Bewertung daher auch aufgrund des erwähnten Formulars in den Ausschreibungsunterlagen erwartet werden. Die Anbietenden mussten mit anderen Worten wissen, dass die Verfügbarkeit als Bestandteil des entsprechenden Zuschlagskriteriums berücksichtigt wird. Entsprechend bemängeln die Beschwerdeführerinnen diese marginale Abweichung zwischen dem Text in der

---

[7] Vorakten, Register 1, Ausschreibung Simap vom 3. März 2017, Ziff. 2.10 Zuschlagskriterien.

[8] Vorakten, Register 6, Evaluationsbericht vom 22. Mai 2017, Anhang 8 Bewertung Zuschlagskriterien, Bewertungskatalog.

[9] Vorakten, Register 1, Ausschreibungsunterlagen Teil F "Formulare, Beilagen des Anbieters", Ziffer 3.2.

Ausschreibung und demjenigen in der Detailauswertung auch nicht. Was das von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Kriterium der "qualitativen Bewertung der Organisation" betrifft, so ist aus dem Inhalt der Detailauswertung nicht erkennbar, dass dieses – trotz des fehlerhaften Titels in der Übersicht – ein Kriterium zur Bewertung dieses Zuschlagskriteriums dargestellt hätte. Auch die Beschwerdeführerinnen leiten dies einzig aus dem falschen Titel dieses Zuschlagskriteriums in der ihnen zugestellten Übersicht der bewerteten Zuschlagskriterien ab, ohne dies aber näher zu begründen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen erweist sich insgesamt als unbegründet.

Selbst wenn der Vergabestelle das Aufführen der Grundvoraussetzung der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen in der Auswertungstabelle ohne deren ausdrückliche Nennung in der Ausschreibung auf simap – entgegen dem Gesagten – als Verfahrensmangel anzulasten wäre, könnten die Beschwerdeführerinnen daraus nichts zu Ihren Gunsten ableiten. So ist gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern die Aufhebung des Verfahrens bzw. die Feststellung der Rechtswidrigkeit nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin war.[10] Vorliegend wurde – wie ausgeführt – weder das Angebot der Beschwerdeführerinnen noch das Angebot der Beschwerdegegnerinnen (wie auch kein anderes der eingegangenen Angebote) mit einem Punktabzug wegen fehlender Verfügbarkeit bestraft, so dass diese Kausalität zu verneinen wäre.

4. Bewertung des Zuschlagskriteriums 2

a) Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich vor, es sei willkürlich, dass ihnen – im Unterschied zu den Beschwerdegegnerinnen – bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 "Kompetenz der Schlüsselpersonen" 3 Punkte (bzw. 30 Nutzwertpunkte) abgezogen worden seien. Dabei machen sie geltend, aufgrund eines Additionsfehlers sei den Beschwerdegegnerinnen ein Punkt (bzw. 10 Nutzwertpunkte) zu viel zugesprochen worden. Die schlechtere Bewertung ihrer Schlüsselpersonen bzw. derer Referenzobjekte halte sodann auch bei Beachtung des Ermessensspielraums der Vergabestelle einer Überprüfung nicht stand. Das Ermessen sei vorliegend nicht pflichtgemäss ausgeübt worden. Die Vermessungs- und Überwachungsarbeiten ihrer

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

Referenzobjekte seien bezüglich Anforderungen, Komplexität und Leistungsumfang denjenigen der Beschwerdegegnerinnen klar überlegen. Bei ihren Referenzobjekten handle es sich zudem um aktuelle, noch laufende Monitoring-Projekte, was bei den Beschwerdegegnerinnen nicht bei allen Referenzobjekten der Fall sei. Dass der von ihr aufgeführte Projektleiter beim einen Referenzobjekt nur Projektleiter Stellvertreter gewesen sei, schmälere seine Qualitäten und Kenntnisse in keiner Weise. Die Kritik, dass der von ihr aufgeführte Projektleiter Stellvertreter keine Erfahrung in Grossprojekten habe, treffe ebenfalls nicht zu. Anhand des finanziellen Volumens könne nicht auf die Grösse des Projekts geschlossen werden. Bei den beiden Referenzobjekten des Projektleiter Stellvertreters der Beschwerdegegnerinnen habe schliesslich die Beschwerdeführerin 1 einen Grossteil der Messungen vorgenommen, so dass dieses Know-how nicht den Beschwerdegegnerinnen zugerechnet werden könne. Insgesamt sei es nicht haltbar, dass die Schlüsselpersonen bzw. die Referenzobjekte der Beschwerdegegnerinnen das Punktemaximum erhalten hätten und deren Angebot bei diesem Zuschlagskriterium besser beurteilt worden sei als ihr Angebot.

b) Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Ermittlung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG). Unangemessenheit kann dagegen nicht gerügt werden. Der Vergabestelle kommt bei der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien ein grosses Ermessen zu. Sofern die Vergabestelle dieses Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.[11] Dies gilt insbesondere dort, wo die Bewertung – wie im vorliegenden Fall – besondere technische Fachkenntnisse erfordert.

c) Es ist zwar richtig, dass in der Detailauswertung des Evaluationsberichts[12] beim Projektleiter der Beschwerdegegnerinnen eine Diskrepanz zwischen den Punkten in der Spalte "Kommentare Bewertung" (insgesamt 9 Punkte) und der Spalte "Bewertung (Punkte)" (10 Punkte) besteht. Die R._____ AG begründet dies damit, dass die Bewertung durch ein Bewertungsteam von zwei Mitarbeitern vorgenommen worden sei und

---

[11] VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1; BGer. 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 1.3.4, BGer. 2D_49/2011 vom 25.9.2012 E. 4.2 mit Hinweisen.

[12] Vorakten, Register 6, Evaluationsbericht vom 22. Mai 2017, Anhang 8 Bewertung Zuschlagskriterien, Bewertungskatalog.

die Spalte "Kommentare Bewertung" nur die Bewertung des ersten Mitglieds wiedergebe. Das zweite Bewertungsmitglied habe eigenständig bewertet und das konsolidierte Ergebnis beider Mitglieder sei in die Spalte "Bewertung (Punkte)" eingetragen worden. Deshalb seien diese Zahlen nicht immer deckungsgleich. Auch wenn sich die komplette Begründung der Bewertung erst in Kombination der Detailauswertung des Evaluationsberichts mit der im Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahme vom 20. Juni 2017 ergibt, sieht die BVE keinen Anlass, den umschriebenen Bewertungsvorgang der Vergabestelle zu bezweifeln. Da auch an verschiedenen weiteren Stellen der Detailauswertung (bei anderen Anbieterinnen) eine Diskrepanz zwischen den Punktzahlen der Spalte "Kommentare Bewertung" und der Spalte "Bewertung (Punkte)" besteht, ist nicht von einem Additionsfehler auszugehen, wie dies die Beschwerdeführerinnen geltend machen.

d) Bei der Bewertung des Projektleiters und dessen Referenzobjekten wurde das Angebot der Beschwerdeführerinnen von der R._____ AG mit 9 Punkten bewertet und damit um einen Punkt schlechter als dasjenige der Beschwerdegegnerinnen, welches das Punktemaximum von 10 Punkten erhielt. Bei der Bewertung des stellvertretenden Projektleiters erhielten die Beschwerdeführerinnen 8 Punkte, während dem die Beschwerdegegnerinnen auch hier das Punktemaximum von 10 Punkten zugesprochen bekamen.

Die marginal schlechtere Bewertung Angebots der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Schlüsselperson "Projektleiter" ist unter Berücksichtigung des Ermessens der Vergabestelle nicht zu beanstanden. Der Punktabzug beim Projektleiter der Beschwerdeführerinnen lässt sich schon dadurch rechtfertigen, dass dieser im Referenzobjekt 1.2 (K._____) unbestrittenermassen nur die Funktion des stellvertretenden Projektleiters einnahm. Dies stellt ein sachlicher Unterschied zum Projektleiter der Beschwerdegegnerinnen dar, welcher bei beiden Referenzobjekten als Projektleiter fungierte. Die Vergabestelle begründet das leicht schlechtere Abschneiden des Projektleiters der Beschwerdeführerinnen (9 statt 10 Punkte) weiter mit den aufgeführten Referenzobjekten. Beim Referenzobjekt 1.1 der Beschwerdeführerinnen (Neubau J._____) handle es sich um ein Hochbauprojekt, bei welchem die Auswirkungen aus dem oberirdischen Baugrubenabschluss auf die Umgebung zu überwachen seien. Der vorliegende Ausbau weise aber neben den mehrfach unterirdischen Bauwerken drei komplexe Baugruben in geologisch ungünstiger Lage auf.

Das von den Beschwerdegegnerinnen gewählte Referenzobjekt 1.1 (Bau L._____) wiederspiegle diese Komplexität bzw. die Gegebenheiten des Bahnhofs besser. Das Projekt der Beschwerdeführerinnen weise sodann eine grosse Anzahl an Überwachungseinrichtungen in den Piezometern und Messankern auf, diese seien nicht Bestandteil der ausgeschriebenen Überwachungs- und Vermessungsarbeiten. Beim Referenzobjekt 1.2 des Projektleiters der Beschwerdeführerinnen (Neubau K._____) kritisiert die Vergabestelle den geringen Anteil an Monitoring. Die Überwachung mittels der grossen Schlauchwaagen sei weniger ressourcenintensiv als die Vielfalt an Überwachungen beim vorliegenden Projekt. Die Meteostationen und Bauwerkstemperatursensoren seien zudem nicht Bestandteil des ausgeschriebenen Loses. Das Referenzobjekt 1.2 der Beschwerdegegnerinnen (M._____) unterquere ein ganzes Quartier, was eine ausserordentliche Kompetenz erfordere. Dieses Projekt weise alle wesentlichen Tätigkeiten auf, welche beim vorliegenden Projekt gefragt seien. Diese Ausführungen der R._____ AG zu den Referenzobjekten der Projektleiter sind nachvollziehbar; selbst ungeachtet des Umstandes, dass der von den Beschwerdeführerinnen ausgewählte Projektleiter im einen Referenzobjekt nur die Funktion des stellvertretenden Projektleiters einnahm, vermögen diese Ausführungen zu den Referenzobjekten das um einen Punkt schlechtere Abschneiden der Beschwerdeführerinnen zu rechtfertigen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, dass es sich bei ihren Projekten im Unterschied zu denjenigen der Beschwerdegegnerinnen um aktuelle, noch laufende Monitoring-Projekte handelt, ist nicht relevant, da es bei diesem Zuschlagskriterium um die Kompetenz und Erfahrung der Schlüsselpersonen geht, worauf die Aktualität der Referenzobjekte keinen Einfluss hat. Ebenso wenig verfängt der Einwand, wonach die ausführenden Ingenieure und Monitoring-Spezialisten der Beschwerdegegnerinnen erst nach Fertigstellung der beiden Referenzobjekte eingestellt worden seien. Selbst wenn dieser Einwand stimmen sollte, was offen bleiben kann, geht es hier nicht um die Bewertung dieser Personen, sondern um die Bewertung des Projektleiters und dessen Stellvertreters. Schliesslich bringen die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich ihres Referenzobjektes 1.2 vor, es handle sich sehr wohl um ein komplexes und umfangreiches Monitoring-Projekt. Dass der Anteil an Schlauchwaagen jedoch gross ist, wie dies die Vergabestelle argumentiert, und dass auch Meteostationen und Bauwerkstemperatursensoren eingesetzt werden, welche gemäss R._____ AG hier nicht gefordert sind, ist anhand der Angaben der Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte zum Referenzobjekt 1.2 nachvollziehbar ("Automatische Messungen mit 4 Tachymetern, 74 Schlauchwaagen, 3 Meteostationen und 2 Bauwerkstemperatursensoren").

Die um zwei Punkte schlechtere Bewertung des stellvertretenden Projektleiters der Beschwerdeführerinnen im Vergleich zum Angebot der Beschwerdegegnerinnen begründet die R._____ AG einerseits mit der mangelnden Erfahrung des stellvertretenden Projektleiters bei Grossprojekten. So lasse das finanzielle Volumen der Überwachungskosten der angegebenen Referenzobjekte Zweifel daran aufkommen, ob es sich um Grossprojekte handle. Die Beschwerdeführerinnen kritisieren den Zusammenhang zwischen dem Auftragsvolumen und der Grösse des Projekts. Ob es sich bei den Referenzobjekten des stellvertretenden Projektleiters der Beschwerdeführerinnen insgesamt um Grossprojekte handelt, kann offen bleiben. Tatsache jedoch ist, dass die aufgeführten Kosten für den Überwachungsauftrag bei ihren Objekten (Referenzobjekt 2.1: 200'000 Franken, Referenzobjekt 2.2: 220'000 Franken) kleiner sind als bei denjenigen des stellvertretenden Projektleiters der Beschwerdegegnerinnen (Referenzobjekt 2.1: 800'000 Franken, Referenzobjekt 2.2: 580'000 Franken). Dass damit die Referenzobjekte des Projektleiters Stellvertreters hinsichtlich der Grösse des Überwachungsauftrags im Vergleich zum hier zu erfüllenden Auftrag mit rund 4 Millionen Franken bei den Beschwerdeführerinnen etwas schlechter abschneiden als diejenigen der Beschwerdegegnerinnen, erscheint plausibel. Die schlechtere Bewertung des stellvertretenden Projektleiters der Beschwerdeführerinnen begründet die Vergabestelle weiter u.a. damit, dass es sich auch bei diesen Referenzobjekten der Beschwerdeführerinnen um den Neubau von Gebäuden handle (Hochbauarbeiten), weshalb die Überwachungsarbeiten anders seien als beim Tiefbau. Zwar verfügt das Referenzobjekt 2.2 der Beschwerdeführerinnen (N._____) auch über ein Unterquerungsbauwerk, beim Referenzobjekt 2.1 (O._____) sind die zu erstellenden Bauwerke dagegen ausschliesslich Hochbauten. Dagegen weisen die Referenzobjekte der Beschwerdegegnerinnen (Referenzobjekt 2.1: P._____, Referenzobjekt 2.2: Q._____) beide Tiefbauarbeiten auf. Insofern ist auch diesbezüglich das leicht schlechtere Abschneiden nachvollziehbar, zumal die Umbauarbeiten bei beiden Referenzobjekten der Beschwerdegegnerinnen auch die Bahnlinien selber betreffen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach die Beschwerdeführerin 1 bei beiden Referenzobjekten der Beschwerdegegnerinnen massgebend beteiligt gewesen sei und das Know-how bei wichtigen Messungen bei diesen Projekten ihnen und nicht den Beschwerdegegnerinnen zuzurechnen sei, vermag nicht zu überzeugen. So bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht, dass der stellvertretende Projektleiter der Beschwerdegegnerinnen bei diesen Projekten die Funktion eines Projektleiters

(Referenzobjekt 2.1) bzw. sogar eines Gesamtprojektleiters (Referenzobjekt 2.2) eingenommen hat. Für die Beurteilung dessen Kompetenz als verantwortliche Person können diese Referenzobjekte daher sehr wohl berücksichtigt werden. Falls sich die Beschwerdeführerin 1 ebenfalls in massgebender Rolle an diesen Projekten beteiligt haben sollte, wäre es den Beschwerdeführerinnen offen gestanden, diese ebenfalls als Referenzobjekte auszuwählen. Auch bezüglich des stellvertretenden Projektleiters erweist sich die Begründung der Vergabestelle für die leicht schlechtere Bewertung insgesamt als nachvollziehbar; von einer willkürlichen Ausübung des Ermessens kann nicht gesprochen werden.

e) Insgesamt hat die R._____ AG nachvollziehbar begründet, wieso die beim Projektleiter und Projektleiter Stellvertreter angegebenen Referenzobjekte der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich Leistungsumfang, Komplexität und Anforderungsgrad etwas schlechter abschneiden als diejenigen der Beschwerdegegnerinnen. Die Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 "Kompetenz der Schlüsselpersonen " ist korrekt erfolgt. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerinnen weder willkürlich bewertet noch den ihr zustehenden Ermessensspielraum willkürlich ausgeübt.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen zu Recht vorbrachten, die angefochtene Zuschlagsverfügung sei ungenügend begründet. Dieser Verfahrensmangel konnte aber im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Ansonsten erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

b) 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 GebV[13]). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf Fr. 2'000.00. Für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung (Zwischenverfügung vom

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

12. Juli 2017) wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 500.00 erhoben (Art. 19 Abs. 2 GebV). Damit betragen die Verfahrenskosten insgesamt Fr. 2'500.00.
Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Hier unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Der angefochtene Entscheid verletzt aber das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen (E. 2). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.[14] Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführerinnen nur vier Fünftel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 2'000.00, zu übertragen. Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 wären grundsätzlich durch die R._____ AG zu tragen, da sie die Gehörsverletzung zu verantworten hat. Der R._____ AG könnten aber 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.[15] Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 trägt daher der Kanton.

c) 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). Wie bereits ausgeführt unterliegen die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs sind aber den Beschwerdeführerinnen nur vier Fünftel der Parteikosten der Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen. Den Rest der Parteikosten der Beschwerdegegnerinnen hat die R._____ AG zu tragen, welche für die Gehörsverletzung verantwortlich ist.[16]

---

[14] Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.09.2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

[15] VGE 21741 vom 10.05.2005, E. 6.

[16] Vgl. auch VGE 2014/198 vom 6. August 2015. E. 4.4.

Die Beschwerdegegnerinnen sind mehrwertsteuerpflichtig[17] und können somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihnen fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerinnen aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.[18] Ansonsten gibt die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdegegnerinnen zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerinnen haben somit den Beschwerdegegnerinnen Parteikosten im Betrag von Fr. 3'353.40 zu ersetzen. Die R._____ AG muss für die restlichen Parteikosten der Beschwerdegegnerinnen, ausmachend Fr. 838.35, aufkommen.

Wegen der Gehörsverletzung wird die R._____ AG zudem verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen einen Fünftel der Parteikosten zu ersetzen. Auch die Beschwerdeführerinnen sind mehrwertsteuerpflichtig, so dass die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist. Ansonsten gibt die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführerinnen zu keinen Bemerkungen Anlass. Die R._____ AG hat damit den Beschwerdeführerinnen Parteikosten im Betrag von Fr. 1'184.50 zu ersetzen.

Der Rechtsvertreter der R._____ AG hat ebenfalls eine Kostennote eingereicht und damit einen Parteikostenersatz beantragt. Die R._____ AG hat als Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Eine Abweichung von diesem Grundsatz wäre etwa denkbar, wenn die R._____ AG nicht in erster Linie hoheitliche Interessen wahrt, sondern wie eine Privatperson betroffen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, wo die R._____ AG in Erfüllung von ihr übertragenen, öffentlich-rechtlichen Aufgaben für einen öffentlichen Auftrag eine Ausschreibung durchführt. Auch sonst sind keine besonderen Gründe erkennbar, welche eine Abweichung von diesem Grundsatz erlauben würden; solche werden von der R._____ AG auch nicht geltend gemacht. Der R._____ AG wird daher kein Parteikostenersatz zugesprochen.

---

[17] Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>.

[18] BVR 2014 S. 484 E. 6

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung der R._____ AG vom 22. Mai 2017 wird bestätigt.

2. Vier Fünftel der Verfahrenskosten von 2'500.00, ausmachend Fr. 2'000.00, werden den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 trägt der Kanton.

3. a) Die Beschwerdeführerinnen haben den Beschwerdegegnerinnen vier Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 3'353.40, zu ersetzen. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.

   b) Die R._____ AG hat den Beschwerdegegnerinnen einen Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 838.35, zu ersetzen.

   c) Die R._____ AG hat den Beschwerdeführerinnen einen Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'184.50, zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt I._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin