

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2017/7

Bern, 11. August 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 20. Juni 2017 (Lüftungsanlage, C. _____ strasse)

I. Sachverhalt

1. Am 20. April 2017 schrieb das AGG die Installation von neuen Lüftungsanlagen im Gebäude an der C. _____ strasse 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 9 Angebote ein, darunter dasjenige der Beschwerdeführerin am 15. Mai 2017 und dasjenige der Beschwerdegegnerin am 18. Mai 2017. Mit Zuschlags- und Ausschlussverfügung vom 20. Juni 2017 erteilte das AGG der

Beschwerdegegnerin den Zuschlag und schloss gleichzeitig die Beschwerdeführerin vom Verfahren aus.

2. Gegen diese Zuschlags- und Ausschlussverfügung vom 20. Juni 2017 erhob die Beschwerdeführerin am 22. Juni 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE), bezeichnet als "Einsprachebeschwerde mit aufschiebender Wirkung". Dabei beantragt sie die Aufhebung dieser Verfügung, die Neubeurteilung der Sachlage sowie die Erteilung des Zuschlags an sie.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 6. Juli 2017 stellt das AGG den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Beschwerde sei zudem keine aufschiebende Wirkung zuzusprechen. Von der Beschwerdegegnerin ist keine Stellungnahme eingegangen.

4. Mit Zwischenverfügung vom 12. Juli 2017 wies das Rechtsamt der BVE das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Gleichzeitig erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, zur Eingabe des AGG vom 6. Juli 2017 Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin verzichtete auf die Einreichung einer Stellungnahme.

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

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).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG² können Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die Zuschlags- und Ausschlussverfügung wurde vom AGG erlassen, die BVE ist deshalb zur Behandlung dieser Beschwerde zuständig.

b) Nach Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG³ ist im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren zur Beschwerde befugt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern geht den unterlegenen Konkurrenten ein praktisches Interesse an der Beschwerdeführung ab, wenn keine reelle Aussicht besteht, dass sie selber den Zuschlag erhalten oder eine Wiederholung des Vergabeverfahrens erreichen können.⁴

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen. Gemäss den Auswertungsunterlagen⁵ hat die Beschwerdeführerin ein Angebot zu einem Preis von Fr. 326'419.00, die Beschwerdegegnerin ein solches zu einem Preis von Fr. 331'547.00 eingereicht. Das Angebot der Beschwerdeführerin war damit das preislich günstigere. Neben dem Zuschlagskriterium "Preis" (Gewichtung 60 %) gelangte jedoch noch ein zweites Zuschlagskriterium "Erfahrung der Unternehmung und der Schlüsselpersonen" (Gewichtung 40 %) zur Anwendung. Bei letzterem wurde das Angebot der Beschwerdeführerin schlechter bewertet (Beschwerdeführerin 3 Punkte, Beschwerdegegnerin 4 Punkte). Dies führte dazu, dass das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Gesamtbewertung der Zuschlagskriterien gemäss den Angaben des AGG hinter dem Angebot der Beschwerdegegnerin zu liegen gekommen wäre.⁶ Den Verfahrensakten der Vergabestelle kann jedoch keine Begründung zur

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

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

⁴ VGE 2016/36 vom 29. Februar 2016, E. 1.2, mit Verweis auf BGE 141 II 307 E. 6.3 und weiteren Verweisen; VGE 2016/48 vom 13. Mai 2016.

⁵ Dokument Übersicht Vergabe vom 9. Juni 2017, Ordner Verfahrensakten pag. 353.

⁶ Dokument Angebotsauswertung nach Arbeiten vom 9. Juni 2017, Ordner Verfahrensakten pag. 351.

Bewertung des zweiten Zuschlagskriteriums entnommen werden. Es kann daher nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde eine Chance gehabt hätte, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen⁷. Das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen.

Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthält einen Antrag und eine Begründung. Entgegen der Ansicht des AGG richtet sich die Beschwerde nicht nur gegen die Ausschlussverfügung. Da die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung vom 20. Juni 2017 und die Erteilung des Zuschlags an sie beantragt, richtet sich ihre Beschwerde auch gegen den Zuschlag. Die BVE tritt auf die 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.

2. Ausschluss

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe ein komplettes und gültiges Angebot innert Frist eingereicht. Sie habe dem Selbstdeklarationsformular alle verlangten Nachweise beigelegt. Mit dem Bestätigungsschreiben des Betreibungsamts vom 10. Februar 2017 sei der Beweis erbracht worden, dass kein Konkursverfahren gegen sie im Gange sei. Das unterschriebene Selbstdeklarationsformular sei nicht von ihr ausgefüllt worden; vielmehr seien die Ja/Nein-Antworten bereits ausgefüllt gewesen.

Das AGG entgegnet in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2017, gestützt auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin sei davon auszugehen, dass diese eine falsche Selbstdeklaration unterzeichnet habe. Bereits wegen dieser Falschdeklaration stehe fest, dass die Beschwerdeführerin zu Recht ausgeschlossen worden sei. In den zur Verfügung

⁷ beziehungsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung zu erreichen, sollte der Vertrag zwischen dem AGG und der Beschwerdegegnerin bereits abgeschlossen worden sein.

gestellten Ausschreibungsunterlagen sei sodann ein neutrales, nicht vorausgefülltes Selbstdeklarationsformular bereitgestellt worden. Dieses könne auch auf der Internetseite des AGG als unausgefülltes Dokument heruntergeladen werden. Es treffe somit nicht zu, dass den Anbieterinnen ein vorausgefülltes Formular zur Verfügung gestellt worden sei. Ohnehin müssten die Anbieterinnen die Selbstdeklaration so ausfüllen, wie sie es für richtig halten. Die Selbstdeklaration diene dazu, gewisse Erklärungen einzuholen, welche durch objektive Beweismittel nicht oder nur schwierig überprüft werden könnten. Selbst wenn aus dem Schreiben des Konkurs- und Betreibungsamtes vom 10. Februar 2017 hervorgehe, dass kein Konkursverfahren hängig sei und es keine Betreibungen gebe, könne dies ein halbes Jahr später bereits anders aussehen. Vor diesem Hintergrund könne und müsse die Vergabebehörde auf die Antworten in der Selbstdeklaration abstellen. Dies treffe insbesondere auch auf die nur schwer prüfbare Aussage betreffend Einhaltung der Umweltgesetzgebung zu. Der Ausschluss sei daher zu Recht erfolgt.

b) Nach Art. 24 Abs. 1 ÖBV⁸ wird eine Anbieterin von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (Bst. c), wenn sie die Einhaltung der schweizerischen oder bernischen Umweltgesetzgebung im Rahmen der Produktion nicht gewährleisten kann (Bst. h) oder wenn sie im Konkurs ist (Bst. i). Ein Ausschluss ist zudem zu verfügen, wenn ein Angebot der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Ein Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen namentlich nicht, wenn es nicht fristgerecht eingereicht worden ist, nicht vollständig ist oder das Selbstdeklarationsformular mit den verlangten Nachweisen fehlt (Art. 24 Abs. 2 ÖBV). Die Übereinstimmung der Offerte mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag; Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, müssen ausgeschlossen werden. Dabei ist die Offerte so zu beurteilen, wie sie eingereicht worden ist; eine nachträgliche Änderung des Angebots ist, abgesehen von der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern, unzulässig (Art. 19 i.V.m. Art. 25 Abs. 2 ÖBV). Damit gewährleistet ist, dass keine Anbieterin bevorteilt wird und die Vergabebehörde über eine möglichst klare, übersichtliche und vergleichbare Ausgangslage bei der Zuschlagserteilung verfügt, rechtfertigt es sich, an das Erfordernis der Ausschreibungskonformität einen relativ strengen Massstab anzulegen. Zu berücksichtigen bleibt aber in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5

⁸ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

Abs. 2 BV⁹ sowie das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus. Daher soll vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.¹⁰

c) Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung unter den Eignungskriterien ausdrücklich ausgeführt, mit dem Angebot müsse entweder ein Zertifikat der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern abgegeben werden oder alle zutreffenden Punkte in der Selbstdeklaration ausnahmslos mit "Ja" beantwortet sein.¹¹ Diese Voraussetzung hat die Beschwerdeführerin nicht erfüllt. So hat sie in dem von ihr unterzeichneten Selbstdeklarationsformular¹² die Frage 7 ("Halten Sie im Rahmen der Produktion die schweizerische und bernische Umweltgesetzgebung ein?") und die Frage 8 ("Können Sie bestätigen, dass gegen Sie kein Konkursverfahren läuft und dass bei Ihnen in den vergangenen zwölf Monaten keine Pfändung vollzogen worden ist?") mit "Nein" beantwortet. Damit hat die Beschwerdeführerin ein Eignungskriterium nicht erfüllt bzw. ein Angebot eingereicht, das nicht der Ausschreibung entspricht, was gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b und c ÖBV ein Ausschlussgrund darstellt.

Ihr Einwand, das Formular sei schon vorausgefüllt gewesen, ändert daran nichts. Weder das den Ausschreibungsunterlagen beigelegte Formular noch das auf der Internetseite des AGG herunterladbare Formular ist vorausgefüllt; vielmehr sind die Kästchen leer. Auf der Internetseite der Zentralen Koordinationsstelle für Beschaffung der Finanzdirektion¹³ findet sich zwar das identische Selbstdeklarationsformular mit vorausgefüllten "Nein"-Antworten. Bei beiden herunterladbaren Formularen muss damit die Anbieterin für die positive Beantwortung der entsprechenden Fragen das "Ja" aktiv anwählen. Die Beschwerdeführerin hätte wissen müssen, dass sie die Fragen selber zu beantworten und dass sie bei Bejahung der Fragen bei den entsprechenden Kästchen "Ja" anzuwählen hat. So handelt es sich beim Selbstdeklarationsformular um eine Standardunterlage, die grundsätzlich jeder Offerte beigelegt werden muss und deren Ausfüllen damit nicht eine

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁰ VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 352, E. 4.3.2; VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 2.2/2.3, jeweils mit weiteren Hinweisen.

¹¹ Ausschreibung, auf simap publiziert am 20. April 2017, Ziffer 3.7 Eignungskriterien, Ordner Verfahrensakten pag. 3.

¹² Ordner Verfahrensakten pag. 345.

¹³ <http://www.fin.be.ch/fin/de/index/beschaffung/beschaffung/zertifikat.html>, eingesehen am 27. Juli 2017.

besondere Schwierigkeit darstellt. Selbst wenn die Beschwerdeführerin die beiden Fragen versehentlich mit "Nein" beantwortete, hat sie dies selbst zu vertreten.¹⁴ Indem sie schliesslich das Selbstdeklarationsformular unterschrieben hat, bestätigte sie den auf diesem Formular ausgefüllten Inhalt; darauf ist sie zu behaften.

d) Die Einhaltung der Umweltgesetzgebung im Rahmen der Produktion sowie die finanzielle Situation (kein Konkursverfahren, keine Pfändung) sind offensichtlich wichtige bzw. unverzichtbare Angaben zur Beurteilung der Eignung einer Anbieterin. Dies zeigt sich auch darin, dass die Nichteinhaltung dieser Anforderungen gemäss ÖBV den Ausschluss der betreffenden Anbieterin zur Folge hat (Art. 24 Abs. 1 Bst. h und i ÖBV). Entsprechend kann nicht von einem geringfügigen Mangel gesprochen werden, wenn diese Eignungskriterien gemäss Selbstdeklarationsformular nicht eingehalten sind. Art. 24 Abs. 2 ÖBV hält zudem ausdrücklich fest, dass ein Angebot u.a. dann nicht den wesentlichen Formerfordernissen entspricht, wenn "das Selbstdeklarationsblatt mit den verlangten Nachweisen fehlt". Wenn das Selbstdeklarationsblatt nicht fehlt, sondern im Selbstdeklarationsformular die Nichteinhaltung der Vorgaben deklariert wird, stellt das umso mehr eine Verletzung von wesentlichen Formerfordernissen dar. Wie gezeigt (E. 2c), steht das Angebot auch im Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung. Der vom AGG verfügte Ausschluss ist daher verhältnismässig und hält vor dem Verbot des überspitzten Formalismus stand.

e) Es handelt sich dabei auch nicht um einen offensichtlichen Rechnungs- oder Schreibfehler im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ÖBV, welchen die Vergabestelle ohne weiteres hätte berichtigen können. So konnte diese ohne weitergehende Abklärungen nicht annehmen, dass es sich dabei um ein Versehen der Anbieterin gehandelt hat. Für die Frage der Einhaltung der Umweltgesetzgebung bei der Produktion standen dem AGG abgesehen von der Selbstdeklaration keine weiteren Informationen zur Verfügung. Aufgrund der zeitlichen Diskrepanz zwischen dem Nachweis des Betriebsamts (10. Februar 2017) und der Eingabe der Offerte (15. Mai 2017) liess sich auch nicht mit letzter Sicherheit und ohne nachzufragen feststellen, dass zwischenzeitlich keine finanziellen Probleme bestehen. Von offensichtlichen Schreibfehlern kann daher nicht gesprochen werden. Die Frage, ob die Vergabestelle nach Eingang der Offerte bei der Beschwerdeführerin über die Korrektheit dieser Antworten hätte nachfragen dürfen, kann

¹⁴ So auch VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 3.4.

offen bleiben. Jedenfalls war sie dazu nicht verpflichtet. Die Offerte ist – wie ausgeführt (E. 2b) – grundsätzlich so zu beurteilen, wie sie eingereicht wurde. Den Mitwirkungspflichten der Anbietenden kommt im Vergabeverfahren grosses Gewicht zu. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung der Anbieterinnen zu treffen bzw. allfälligen Ungereimtheiten von Amtes wegen nachzugehen.¹⁵

f) Zusammenfassend ist die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b und c ÖBV zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 700.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁶).

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat das Rechtsamt mit Zwischenverfügung vom 12. Juli 2017 abgewiesen. Dabei wurde festgehalten, dass die Gebühr für diese Zwischenverfügung zur Hauptsache geschlagen wird. Weil das Gesuch abgewiesen wurde, gilt die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich als unterliegend. Diese Verfahrenskosten sind ihr aufzuerlegen und werden festgelegt auf eine Pauschale von Fr. 300.00 (Art. 19 Abs. 2 GebV).

Insgesamt hat die Beschwerdeführerin damit Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 zu bezahlen.

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

¹⁵ VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 3.4.

¹⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlags- und Ausschlussverfügung des AGG vom 20. Juni 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- B. _____, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Haus

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin