

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2018/4

Bern, 17. Mai 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Bietergemeinschaft E._____, bestehend aus:

A._____
Beschwerdeführerin 1

B._____
Beschwerdeführerin 2

C._____
Beschwerdeführerin 3

alle per Adresse A._____



_____ und

D._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), Dunantstrasse 13,
3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV vom
12. März 2018 (01007; Verkehrssanierung Aarwangen – Langenthal Nord, UVB und
Umweltexpertise)

I. Sachverhalt

1. Am 29. November 2017 schrieb das TBA OIK IV (im Folgenden: Vergabestelle) das Dienstleistungsmandat "UVB und Umweltexpertise" im Zusammenhang mit dem Projekt "Verkehrssanierung Aarwangen – Langenthal Nord" 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 die Durchführung der Hauptuntersuchung UVB und von Expertisen in verschiedenen Umweltbereichen. Es gingen insgesamt zehn Angebote ein, sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Beschwerdegegnerin reichten innert Frist ein Angebot ein. Mit Zuschlagsverfügung vom 12. März 2018 erteilte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Unter dem Titel "Begründung" führte sie aus, gemäss Art. 30 ÖBV¹ erhalte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Die Begründung könne den Beilagen entnommen werden. Diese Beilagen bestanden aus einer Vergleichstabelle mit den erhaltenen Punkten bei den Zuschlagskriterien und den bereinigten Endsummen aller Angebote sowie einer Bewertungsübersicht des jeweils eigenen Angebots.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 12. März 2018 erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 22. März 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie beantragen eine Neubewertung und Überprüfung des Vergabeentscheids und damit auch sinngemäss eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. Dabei machen sie insbesondere geltend, ihr Angebot sei bei der Bewertung der Teamorganisation zu schlecht bewertet worden.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Nach Aufforderung des Rechtsamts reichten die Beschwerdeführerinnen die mangelhaft unterzeichnete Beschwerde innert der angesetzten Nachfrist am 4. April 2018 in verbesserter Form ein. Die Vergabestelle

¹ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

² 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).

beantragt mit Stellungnahme vom 6. April 2018 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

Mit Verfügung vom 16. April 2018 gab das Rechtsamt den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, zur Eingabe der Vergabestelle vom 6. April 2018 Stellung zu nehmen. Von den Beschwerdeführerinnen ging keine Stellungnahme ein.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG³ können Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die Zuschlagsverfügung wurde vom TBA erlassen, die BVE ist deshalb zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen ist beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden. Als Zweitplatzierte haben die Beschwerdeführerinnen im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Sie haben somit 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 formelle Mangel (mangelhafte Unterschrift) wurde innert der angesetzten Nachfrist behoben (Art. 33 Abs. 1 VRPG⁴). Der geschätzte Auftragswert liegt zudem über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVE tritt auf die Beschwerde ein.

b) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG, soweit das ÖBG nichts anderes bestimmt. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen,

³ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

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

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. Bewertung der Teamorganisation

a) Das umstrittene Kriterium "Teamorganisation" stellt gemäss den Ausschreibungsunterlagen⁵ ein Subkriterium des Zuschlagskriteriums "Fachkompetenz, Schlüsselpersonal und Projektorganisation" dar und wird insgesamt mit 25 Prozent gewichtet. Umschrieben ist dieses Kriterium wie folgt: "Bewertung der anbieterseitig dargestellten Organisation und Sicherstellung der erforderlichen Ressourcen und Kompetenzen". Im Formular C wird sodann wie folgt präzisiert: "Beschreiben und begründen Sie die vorgesehene Organisation des Projektteams mit der zugehörigen Aufgaben- und Kompetenzverteilung. Zeigen Sie dabei, wie die erforderlichen Fachbereiche personell abgedeckt werden (Name der Mitarbeiter und Firmenzugehörigkeit) und wie Sie die Koordination zwischen den einzelnen Fachbereichen wahrnehmen."⁶ Die qualitativen Zuschlagskriterien bzw. deren Subkriterien wurden gemäss den Ausschreibungsunterlagen nach folgender Notenskala bewertet, wobei in Dezimalen abgestuft werden kann: Note 1 (wertlos, ohne Aussagekraft, nicht beurteilbar), Note 2 (ungenügend, die Anforderungen nicht erfüllt), Note 3 (genügend, die Anforderungen erfüllt), Note 4 (gut, die Anforderungen teilweise übertroffen), Note 5 (ausgezeichnet, innovativ, weit über den Anforderungen liegend). Die Beschwerdeführerinnen erhielten bei diesem Subkriterium die Note 3, die Beschwerdegegnerin wurde mit der Note 4 beurteilt.

b) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Zuschlagskriterium "Teamorganisation" sei bei ihrem Angebot zu schlecht bewertet worden. Es werde statt der Note 3 mindestens eine Note 3.5 beantragt. Sie hätten die zu erbringenden Querschnittsleistungen in drei Fachbereiche gegliedert. Für jeden Fachbereich sei ein Teilprojektleiter aus den drei Firmen ihrer Bietergemeinschaft genannt. Zudem hätten sie im Organigramm die Verantwortlichen und Hauptsachbearbeiter angegeben. In den Personallisten seien zudem die Fachkompetenzen der Bietergemeinschaft und deren Mitarbeitenden mit ihrer

⁵ Ausschreibungsunterlagen vom 29. November 2017, B5.3 Zuschlagskriterien, Vorakten pag. 159.

⁶ C3.1.2, Darstellung der Teamorganisation, Vorakten pag. 145.

bisherigen Praxis ausgewiesen. Man habe zudem explizit erwähnt, dass die eingesetzten Mitarbeiter ausgewiesene Fachexperten ihrer jeweiligen Fachgebiete seien. Sie hätten sodann die Wichtigkeit des Bereichs "Flora/Fauna/Lebensräume" hervorgehoben und in diesem Fachbereich neben dem Teilprojektleiter eine weitere Person aufgeführt. Aus den Personallisten ergäben sich sodann weitere Spezialistinnen für diesen Fachbereich.

c) Im Bewertungsraster des Angebots der Beschwerdeführerinnen⁷ hat die Vergabestelle zum Kriterium "Teamorganisation" folgende Bemerkungen festgehalten: "Beschreibung der internen und externen Koordination; Beziehung zu anderen Projektbeteiligten dargestellt; Kompetenzen, Verantwortlichkeiten und Stellvertretung nur teilweise in Darstellung abgebildet; Begründung für die personelle Besetzung fehlt."

Die Vergabestelle führt in der Stellungnahme vom 6. April 2018 zudem aus, man habe bei der Bewertung des Subkriteriums "Teamorganisation" nur ganze Noten vergeben. Die Note 3 bedeute, dass sie in diesem Punkt genügend seien und die Anforderungen erfüllten. Die von ihnen dargestellte Organisation entspreche den Anforderungen, die erforderlichen Ressourcen und Kompetenzen seien sichergestellt. Die höhere Note 4 sei an Anbieterinnen vergeben worden, die zusätzlich die Koordinationsaufgaben dargestellt hätten und deren Ressourcen- bzw. Kompetenzverteilung zielführend gewesen sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten die Note 4 nicht erreicht, weil in ihrer Darstellung die Kompetenzen, Verantwortlichkeiten und Stellvertretungen nur teilweise abgebildet worden seien. Die einzelnen Umweltbereiche seien zwar personell vollständig besetzt, jedoch fehle (auch mit Bezug auf den Projektleiter und den Projektleiter Stv.) eine Begründung für die personelle Besetzung. Aus den Ausführungen der Beschwerde gehe nicht hervor, wieso die Beschwerdeführerinnen die Anforderungen in Bezug auf dieses Subkriterium übertroffen haben sollten. Es sei sodann in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass zur Beurteilung dieses Kriteriums die entsprechende Beilage C5 einzureichen sei. Die von den Beschwerdeführerinnen genannten Personallisten seien daher nicht Gegenstand der Bewertung dieses Subkriteriums gewesen. Die Note 3 rechtfertige sich auch, weil die Beschwerdeführerinnen in verschiedenen Umweltbereichen und insbesondere im sehr relevanten Bereich "Flora/Fauna/Lebensräume" keine personellen Redundanzen dargestellt habe. Nur drei Anbieterinnen hätten schliesslich bei diesem Subkriterium die Note 4 erhalten. Diese

⁷ Vorakten pag. 185.

hätten eine detailliertere Organisationsstruktur aufgezeigt und die personellen Besetzungen besser begründet.

d) Den Vergabestellen kommt bei der Beurteilung und Bewertung der Angebote wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Unangemessenheit des Vergabeentscheides kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB⁸). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.⁹ Besondere Zurückhaltung ist namentlich dann angezeigt, wenn ein Zuschlagskriterium in Frage steht, das die Vergabestelle aufgrund ihrer Vertrautheit mit einer technischen Materie am ehesten zu beurteilen vermag.¹⁰

e) Die den Beschwerdeführerinnen für das Subkriterium "Teamorganisation" vergebene Note 3 bedeutet, dass deren Angebot in diesem Bereich genügend ist und die Anforderungen grundsätzlich erfüllt. Es ist nachvollziehbar, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen diesbezüglich nicht besser benotet wurde. So fehlt im Organigramm der Beschwerdeführerinnen – im Unterschied etwa zu demjenigen der Beschwerdegegnerin – in gewissen Umweltbereichen eine Stellvertretung. Die in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Sicherstellung der erforderlichen Ressourcen ist damit nicht im gleichen Umfang gewährleistet wie bei den drei Offerten, die bei diesem Subkriterium um eine Note besser bewertet wurden. Die Begründung für die personelle Besetzung und die gewählte Organisation mit den drei Fachbereichen fehlt in der Beschreibung der Teamorganisation (Beilage C5) weitgehend. Einzig für den Projektleiter und seinen Stellvertreter wird kurz ausgeführt, dass diese auf langjährige Erfahrungen in der Bearbeitung von diversen UVB für Strassenprojekte zurückgreifen könnten und der Stellvertreter ausserdem im Lärmschutz tätig sei. Weiter haben die Beschwerdeführerinnen in dieser Beilage nur sehr kurz und eher oberflächlich begründet, wie sie die Koordination zwischen den einzelnen Fachbereichen wahrnehmen werden. So wird einzig festgehalten, dass die Koordination innerhalb des Teams durch die Projektleitung sichergestellt werde,

⁸ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, Anhang I zum ÖBG; BSG 731.2.

⁹ 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.

¹⁰ VGE 21040 vom 4.5.2001 i.S. M. AG, E. 4b.

wobei die Teilprojektleiter der drei Fachbereiche laufend und vollumfänglich über den Projektstand informiert würden. Eine etwas vertiefte Auseinandersetzung mit den Kommunikationswegen und der Koordination zwischen Projektleitung und Fachbereichen sowie zwischen den einzelnen Fachbereichen im Falle einer überschneidenden Aufgabenwahrung wäre angezeigt gewesen, zumal die Beschwerdeführerinnen als Bietergemeinschaft auftreten und jeder der drei Fachbereiche von jeweils einer Unternehmung der Bietergemeinschaft geleitet werden soll.

Insgesamt ist die von der Vergabestelle vorgenommene Bewertung des Subkriteriums "Teamorganisation" beim Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht zu beanstanden. So hat die Vergabestelle nachvollziehbar begründet, wieso die Beschwerdeführerinnen bei diesem Kriterium die Note 3 erhalten haben und damit die Anforderungen zwar erfüllt, nicht aber teilweise übertroffen haben. Ebenso nachvollziehbar ist, dass die Beschwerdeführerinnen hier um eine Note schlechter abschnitten als die Beschwerdegegnerin (und zwei weitere Anbieterinnen), lässt sich diese Differenz doch bereits aufgrund der teilweise fehlenden Stellvertretung beim Organigramm der Beschwerdeführerinnen rechtfertigen. Die Beschwerdeführerinnen erhielten die Gelegenheit, zur Eingabe der Vergabestelle im Beschwerdeverfahren und der darin enthaltenen, näheren Begründung für die schlechtere Benotung bei diesem Zuschlagskriterium Stellung zu nehmen. Davon machten sie jedoch nicht Gebrauch; sie unterliessen es damit näher aufzuzeigen, inwiefern die Ausführungen der Vergabestelle falsch sein sollten. Dies ist nach dem Gesagten auch nicht erkennbar. Von einer willkürlichen Ermessensausübung durch die Vergabestelle kann nicht gesprochen werden. Die Rüge erweist sich damit als unbegründet.

3. Berechnung der Noten

a) Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter eine falsche Berechnung ihres Angebots beim Subkriterium "Projektleiter". Statt dem Wert von 1.11 der Bewertungsübersicht ihres Angebots¹¹ hätte ein Wert von 1.125 resultieren müssen. Ihre Berechnungen würden sodann eine Gesamtpunktzahl von 4.327 ergeben und damit gerundet einen Zehntel mehr als in der Bewertungsübersicht angegeben (4.32). Beim Zuschlagskriterium "Preis" seien

¹¹ Vorakten pag. 218.

sie schliesslich gegenüber der Beschwerdegegnerin durch Rundungen um 0.006 Punkte benachteiligt worden, was zusammen zu einer Abrundung von total 0.013 Punkten führe.

b) Insgesamt machen die Beschwerdeführerinnen geltend, ihr Angebot sei aufgrund der Falschberechnung beim Subkriterium "Projektleiter" und den rundungsbedingten Verlusten um 0.028 Punkte zu schlecht bewertet worden (0.015 beim Kriterium "Projektleiter", 0.013 beim Kriterium "Preis" und bei der Gesamtpunktzahl). Ob dies zu Recht vorgebracht wird, kann aufgrund der nicht zu beanstandenden Benotung des Kriteriums "Teamorganisation" (E. 2) offen bleiben, da das Angebot der Beschwerdeführerinnen selbst bei Berücksichtigung dieser 0.028 Punkte noch schlechter bewertet wäre als das Angebot der Beschwerdegegnerin (4.37 im Vergleich zu 4.348). Trotzdem kann festgehalten werden, dass die Vergabestelle die Berechnung des Subkriteriums "Projektleiter" in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2018 nachvollziehbar darlegt und gestützt auf diese Berechnungen zu Recht auf die Punktezahl von 1.11 kam. Auch die Beschwerdeführerinnen reagierten auf diese Ausführungen – trotz der Gelegenheit zur Stellungnahme – nicht und legten damit nicht dar, was daran falsch sein sollte. Die Bewertungsübersicht ist einzig insofern missverständlich, als dass bei der Gesamtnote dieses Subkriteriums der gerundete Wert (4.5) anstatt des tatsächlich errechneten, ungerundeten Wertes (4.457) eingesetzt wurde, die gewichtete Wertung (1.11) aber auf dem letzteren Wert beruht. Dass schliesslich die massgebenden Werte der einzelnen Zuschlagskriterien (rechte Spalte der Bewertungsübersichten) und damit auch der Gesamtwert auf zwei Dezimalstellen gerundet wurden, ist nicht zu beanstanden. Im Ergebnis erweisen sich auch diese Einwände der Beschwerdeführerinnen als unbegründet.

4. Zusammenfassung und Kosten

a) Insgesamt ist die Bewertung der Vergabestelle sachlich begründet sowie nachvollziehbar. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Vergabestelle bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Teamorganisation" ihren Ermessensspielraum missbraucht oder überschritten hätte. Die Berechnungen der Noten erweisen sich sodann als richtig, würden aber – selbst wenn den Beschwerdeführerinnen diesbezüglich Recht zu geben wäre – nichts an der Rangfolge ändern. Damit ist der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

- b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹²).
- c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung des TBA OIK IV vom 12. März 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- D._____, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), A-Post
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Reiterstrasse 11, 3011 Bern, zur Kenntnis, im Haus

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

¹² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin