



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 130/2019/8

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 14. Januar 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

und

D. _____
Beschwerdegegnerin

sowie

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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude vom 12. November 2019
(Geschäftsnummer 14.0457; Fassadensanierung)

I. Sachverhalt

1. Beim Hauptgebäude der Universität an der E. _____ strasse soll eine Fassadensanierung vorgenommen werden. Für die Spenglerarbeiten führte das AGG ein Einladungsverfahren nach Art. 4 ÖBG¹ durch. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 4. Oktober 2019 eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 12. November 2019 erteilte das AGG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 12. November 2019 erhob die Beschwerdeführerin am 18. November 2019 Beschwerde bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE), seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Dabei beantragt sie den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Ausschreibungsverfahren und damit sinngemäss auch die Aufhebung der Zuschlagsverfügung an diese und die Erteilung des Zuschlags an sich.

¹ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 3. Dezember 2019 beantragt das AGG die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Denselben Antrag stellt die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 4. Dezember 2019. Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 erhielten die Beteiligten Gelegenheit, zu den Eingaben Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2019 teilte das AGG gestützt auf Art. 32 Abs. 2 ÖBV³ mit, dass der Werkvertrag mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen worden sei. Weitere Eingaben gingen innert Frist nicht ein.

4. 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 können Zuschlagsverfügungen kantonalen Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Das AGG ist eine kantonale Verwaltungseinheit der BVD und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne des ÖBG. Die BVD ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

b) Gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG ist eine Zuschlagsverfügung nur anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht werden. Kantonale Aufträge werden im Einladungsverfahren vergeben, wenn deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 150'000 Franken (bei Baunebengewerbe) bzw. 300'000 Franken (bei Bauhauptgewerbe) erreicht. Massgebend für die Anfechtbarkeit der Zuschlagsverfügung ist der von der Vergabestelle im Voraus geschätzte Auftragswert.⁴

Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Die übrigen Arbeiten – etwa für die mit dem Bauwerk fest verbundene Ausstattung und Ausrüstung des Bauwerks sowie die technischen Installationen – gehören zum Baunebengewerbe.⁵ Die vorliegend ausgeschriebenen Spenglerarbeiten betreffen kein tragendes Element der Gebäude und sind daher dem Baunebengewerbe zuzuordnen. Der Kostenvoranschlag für die zu beschaffenden Spenglerarbeiten schätzte die Vergabestelle auf 208'914 Franken (ohne Mehrwertsteuer).⁶ Auch die eingegangenen Offerten sind allesamt höher als der massgebende Schwellenwert von 150'000 Franken. Die Zuschlagsverfügung ist damit anfechtbar.

c) Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin zur Angebotsabgabe eingeladen. Die Beschwerdeführerin hat als Zweitplatzierte eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

³ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

⁴ So auch Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Nr. 275 S. 591.

⁵ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 217.

⁶ Dokument "Anbieterliste", Vorakten pag. 1.

Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthält einen Antrag und eine Begründung. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

3. Unternehmen mit staatlichem Hintergrund im Vergabeverfahren

a) Die Beschwerdeführerin bringt mit Verweis auf einen Bericht der Wettbewerbskommission "A. _____" aus dem Jahr 2014 vor, die Beschwerdegegnerin erfülle den Unternehmensbegriff im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG⁸ nicht, da sie von der B. _____ kontrolliert werde. Sie sei daher nicht in der Lage, sich vom Mutterhaus B. _____ unabhängig zu verhalten.

b) Sofern die Beschwerdeführerin damit sinngemäss vorbringen will, dass die Beschwerdegegnerin vom AGG nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren hätte eingeladen werden dürfen bzw. dass sie am Vergabeverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen, so kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist zwar unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin ein Tochterunternehmen der B. _____ ist und diese wiederum im Eigentum der Stadt Bern ist. Wie das AGG aber zu Recht vorbringt, ist es Unternehmen mit staatlichem Hintergrund nicht untersagt, an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilzunehmen.⁹ Dass solche Unternehmen auf dem Markt tätig sein und damit als Bieter an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen dürfen, lässt sich auch aus der von der Beschwerdeführerin erwähnten Bestimmung von Art. 90 Abs. 1 GV¹⁰ schliessen, welche die Leistungen der Gemeinde (und damit auch von Unternehmen in der Hand der Gemeinden) in Konkurrenz zu den Privaten regelt. Die Beschwerdeführerin durfte damit im vorliegenden Vergabeverfahren ein Angebot einreichen.

4. Ausschluss vom Vergabeverfahren, fehlende Kostendeckung

a) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Beschwerdegegnerin aus dem Verfahren auszuschliessen. Gemäss Art. 90 Abs. 1 GV seien Leistungen der Gemeinde, welche diese in Konkurrenz zu Privaten erbringe, mindestens zu kostendeckenden Preisen zu erbringen. Die Beschwerdegegnerin als 100-prozentige Tochter der B. _____ dürfe daher gestützt auf diese Bestimmung keinen Auftrag offerieren, welcher ihre Kosten nicht zu decken vermöge. Da die Beschwerdegegnerin seit drei Jahren enorme Verluste schreibe, sei davon auszugehen, dass mit ihrer Offerte keine Kostendeckung erreicht werden könne. Der von der Beschwerdeführerin offerierte Preis von 192'591 Franken stelle zudem im Vergleich zu ihrem Angebot (225'487 Franken) ein Unterangebot von 17.08 Prozent dar. Damit habe die Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht kostendeckend offeriert. Es sei unmöglich, den Auftrag mit 17 Prozent

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

⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251).

⁹ Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1382 ff.

¹⁰ Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 (GV; BSG 170.111).

weniger Umsatz kostendeckend und den sicherheitstechnischen und normativen Vorgaben entsprechend umzusetzen.

b) Art. 24 Abs. 1 ÖBV enthält eine abschliessende Liste von Ausschlussgründen. Danach schliesst die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, welche:

- a an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können,
- b ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht,
- c die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen,
- d der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt haben,
- e Steuern und Sozialabgaben nicht bezahlt haben,
- f dem Personal nicht Arbeitsbedingungen bieten, die namentlich hinsichtlich Entlohnung, Lohngleichheit für Mann und Frau sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung oder dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen,
- g Abreden getroffen haben, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen,
- h die Einhaltung der schweizerischen und bernischen Umweltgesetzgebung im Rahmen der Produktion nicht gewährleisten können,
- i im Konkurs sind,
- k das Selbstdeklarationsblatt nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt haben,
- l für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr bieten.

Unterangebote (Angebote unter den Gestehungskosten) sind nach Lehre und Rechtsprechung aus beschaffungsrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig, solange die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt werden. Es ist etwa denkbar, dass eine Anbieterin mit Hilfe eines günstigen, die Selbstkosten möglicherweise nicht deckenden Angebots versucht, in einem neuen Geschäftsbereich oder Markt Fuss zu fassen. Unterangebote sind heute daher kaum verpönt, sondern werden in den Grenzen des lauterer Wettbewerbs toleriert. Unlauter ist ein Angebot, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwas durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen, Missachtung von Sicherheitsvorschriften oder Ähnlichem resultieren.¹¹ Bestehen Zweifel an der Einhaltung der Eignungs- und Zuschlagsbedingungen, etwa weil das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann die Vergabestelle ergänzende Erkundigungen einholen. Zeigt sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, wird es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht wegen des niedrigen Preises.¹²

c) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Sie legt jedoch nicht dar, welcher Ausschlussgrund der abschliessenden Liste von Art. 24 Abs. 1 ÖBV erfüllt sein sollte. Es liegen weder Anhaltspunkte für ein unlauteres Angebot noch solche für einen anderen Ausschlussgrund im Sinne dieser Bestimmung vor. Das Einreichen eines Angebots unter den Gestehungskosten stellt nach dem Gesagten kein Ausschlussgrund dar. Der Angebotspreis der Beschwerdegegnerin (192'591 Franken) weicht auch nicht derart stark vom Kostenvoranschlag der Vergabestelle (225'000 Franken) ab, dass von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot gesprochen werden müsste bzw. allein aus diesem Umstand der Verdacht auf ein unlauteres Angebot hätte bestehen müssen.

¹¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1115 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹² BGE 143 II 553, E. 7 mit weiteren Hinweisen.

Die Beschwerdeführerin bringt zwar vor, die Beschwerdegegnerin schreibe seit drei Jahren enorme Verluste. Sie unterlässt es jedoch, das angebliche Verlustgeschäft der Beschwerdegegnerin in den letzten drei Jahren näher zu belegen. Die Beschwerdegegnerin bestreitet dies in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2019. Wer aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas für seinen Rechtsstandpunkt ableiten will, trägt die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit.¹³ Diesen Beweis erbringt die Beschwerdeführerin nicht. Aus ihrer pauschalen, nicht näher belegten Behauptung lässt sich daher nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin in den letzten Jahren Verluste geschrieben haben sollte, würde dies sodann weder zu einem Verbot einer Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung führen noch einen Ausschlussgrund darstellen. Die abschliessende Liste der Ausschlussgründe nach Art. 24 ÖBV¹⁴ sieht keinen entsprechenden Tatbestand vor, sondern kennt in diesem Zusammenhang einzig den Ausschlussgrund des Konkurses.

Vorliegend bestand und besteht damit kein Anlass, das Angebot der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 24 Abs. 1 ÖBV vom Verfahren auszuschliessen.

d) Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte fehlende Kostendeckung beim Angebot der Beschwerdegegnerin kann – wie bereits ausgeführt (E. 4c) – beschaffungsrechtlich nicht zum Ausschluss dieses Angebots führen. Die diesbezüglichen Vorbringen würden daher – selbst wenn diese berechtigt wären – nichts an der Rechtmässigkeit des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin ändern. Das AGG als Vergabestelle war daher auch nicht gehalten, dies im Rahmen des Beschaffungsverfahrens näher zu überprüfen. Eine solche Überprüfung wäre im Vergabeverfahren gestützt auf die dort vorhandenen Informationen auch kaum möglich. Ob sich aus anderen Grundlagen (hier konkret Art. 90 Abs. 1 GV) eine Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Kostendeckung ergibt und ob diese Vorgabe eingehalten wird, ist nicht im Rahmen des Beschaffungsverfahrens zu untersuchen.

Selbst wenn die Frage der Kostendeckung – entgegen diesen Ausführungen – im Rahmen des Beschaffungsverfahrens zu überprüfen wäre, so unterlässt es die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich, ihren Verdacht näher zu belegen. Die angeblich fehlende Kostendeckung beim Angebotspreis der Beschwerdegegnerin leitet sie einzig aus den behaupteten Verlusten in den letzten drei Jahren und aus dem Vergleich zu ihrem Angebot ab. Sie bleibt aber zum einen die Erklärung schuldig, wie vom behaupteten schlechten Geschäftsgang in den letzten drei Jahren auf ein nicht kostendeckendes Angebot im vorliegenden Ausschreibungsverfahren geschlossen werden kann. Ein entsprechender Zusammenhang ist für die BVD nicht erkennbar. Zum anderen können auch aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin um 17 Prozent billiger offerierte, keine Schlüsse zur Frage der Kostendeckung beim Angebot der Beschwerdegegnerin gezogen werden. Ein konkreter Grund oder Nachweis für die fehlende Kostendeckung – welche von der Beschwerdegegnerin ebenfalls bestritten wird – bringt die beweisbedürftige Beschwerdeführerin auch hier nicht bei. Solche sind auch nicht erkennbar und lassen sich auch nicht aus dem blossen Umstand ableiten, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin mit 192'591 Franken unter dem Kostenvoranschlag der Vergabestelle (225'000 Franken) liegt.

e) Insgesamt versties die Vergabestelle nicht gegen das Beschaffungsrecht, wenn sie das Angebot der Beschwerdegegnerin zuliess und diesem den Zuschlag erteilte. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Damit wird der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin bestätigt.

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., 1997, Art. 19 N. 3.

¹⁴ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

4. 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. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵).
- b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung des AGG vom 12. November 2019 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

- C._____, eingeschrieben
- D._____, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Haus

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.