



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 130/2019/9

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 23. April 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

vertreten durch D._____

und

E._____
Beschwerdegegnerin

sowie

H._____,

vertreten durch G._____

betreffend die Verfügung der H._____ vom 5. Dezember 2019 (Projekt 192228; WKW
A._____, Fischlift)

I. Sachverhalt

1. Am 20. August 2019 schrieb die H._____ für das Projekt "Wasserkraftwerk A._____ Fischlift, Stahlwasserbau" die Fabrikation, Lieferung, Montage, Inbetriebsetzung und Dokumentation eines Fischliftes mit Anschlusskomponenten im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 7. Oktober 2019 eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2019 erteilte die H._____ der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. Dezember 2019 erhob die Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2019 Beschwerde bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE), seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Sie stellt die folgenden Anträge:

- "1. Der Beschwerde sei zuerst superprovisorisch und danach definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
2. Es sei die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 5. Dezember 2019 aufzuheben, das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuschliessen und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen;
3. Eventualiter sei die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 5. Dezember 2019 aufzuheben und der Beschwerdeführerin der Zuschlag zu erteilen;
4. Subeventualiter sei die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 5. Dezember 2019 aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Leistungen aufgrund einer erneuten korrekten Bewertung der Angebot zu vergeben;
5. Subsubeventualiter sei die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 5. Dezember 2019 aufzuheben und das Vergabeverfahren sei neu durchzuführen;
6. Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren;
7. Es seien das Angebot der Beschwerdeführerin (Beilage 9) sowie alle von der Vorinstanz zu edierenden Unterlagen und Informationen, welche auf das Angebot der Beschwerdeführerin Bezug nehmen, gegenüber der Zuschlagsempfängerin vertraulich zu behandeln;
8. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Vorinstanz Stellung zu nehmen;
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags der Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei zuerst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, führte das Rechtsamt mit Verfügung vom 17. Dezember 2019 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei es der H. _____ untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen. Eine superprovisorische Verfügung der aufschiebenden Wirkung ohne Anhörung der Parteien sei aus diesem Grund nicht angezeigt. Gestützt auf ein Gesuch der H. _____ verlängerte das Rechtsamt mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 die Frist zur Einreichung der Stellungnahmen bis 31. Januar 2020.

Mit Stellungnahme vom 30. Januar 2020 beantragt die H. _____ folgendes:

"Zur Sache:

1. Die Beschwerde vom 16. Dezember 2019 sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Zum Verfahren:

2. Der Verfahrensantrag 1 der Beschwerdeführerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Soweit die Beschwerdeführerin superprovisorische Massnahmen verlangt, sei auf ihren Verfahrensantrag nicht einzutreten.
3. Der Verfahrensantrag 2 der Beschwerdeführerin auf vollumfängliche Akteneinsicht sei abzuweisen und es sei der Beschwerdeführerin unter Wahrung des Vertraulichkeitsgrundsatzes und der Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin lediglich beschränkt Akteneinsicht im Umfang des zu diesem Zweck von der Vergabestelle eingereichten Akteneinsichtsexemplars mit Weglassungen zu gewähren.
4. Für den Fall, dass im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens auch die Zuschlagsempfängerin um Akteneinsicht ersuchten sollte, wird beantragt, der Vergabestelle vorgängig die Gelegenheit zu geben, zum Akteneinsichtsgesuch der Zuschlagsempfängerin Stellung zu nehmen und zu Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin eine weitere Kopie des Aktendossiers mit entsprechenden Weglassungen und Abdeckungen einzureichen.

¹ 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).

Unter Kostenfolgen."

Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen.

4. Mit Zwischenverfügung vom 11. Februar 2020 hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin insofern gut, als ihr Einsicht in einzelne, teilweise anonymisierte Verfahrensakte gewährt wurde. Soweit weitergehend und insbesondere was die Konkurrenzofferten betrifft, wies das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin ab.

Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen und zur Stellungnahme der H._____ vom 30. Januar 2020 Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeergänzung/Stellungnahme der Beschwerdeführerin ging nach erstreckter Frist am 17. März 2020 ein. Dabei hielt die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Anträgen gemäss Beschwerde vom 16. Dezember 2019 fest. Mit Stellungnahme vom 30. März 2020 bestätigte die H._____ die in der Eingabe vom 30. Januar 2020 gestellten Rechtsbegehren, soweit diese noch nicht behandelt worden sind.

5. 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 ÖBG² 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 H._____ ist ein vom Kanton Bern mehrheitlich beherrschtes Sektorunternehmen und stellt damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG dar. Die BVD (damals noch BVE) war im Zeitpunkt der angefochtenen Zuschlagsverfügung noch die für den Bereich Energie zuständige Direktion. Erst ab dem 1. Januar 2020 wechselte dieser Bereich zur Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU). Aufgrund des Zeitpunkts der Verfügung ist die BVD zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung der H._____ zuständig. Es kann damit offen bleiben, ob sie als die für die Wasserkraft zuständige Direktion für das Beschwerdeverfahren betreffend das vorliegende Beschaffungsobjekt auch weiterhin zuständig wäre.

b) Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Angebot den zweiten Platz erreicht; gemäss Zuschlagsverfügung wurde ihr Angebot mit 79.68 Punkten bewertet, womit sie nur knapp hinter demjenigen der Beschwerdegegnerin lag, welches 81.68 Punkte erhielt. Die Beschwerdeführerin hat damit eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat 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 BVD tritt damit auf die Beschwerde ein.

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

c) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG³, 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. Begründung der Zuschlagsverfügung, Erläuterungen

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsverfügung sei ungenügend begründet und nicht nachvollziehbar. Darin seien nur die von den Anbieterinnen bei den jeweiligen Zuschlagskriterien erreichten Punkte angegeben. Eine Begründung, wie die Punkte erteilt würden, fehle gänzlich. Nachdem sie Erläuterungen verlangt habe, sei ihr einzig die in der Verfügung enthaltene Tabelle mit den in den verschiedenen Kategorien erreichten Punkten vorgelegt und sie sei darauf hingewiesen worden, dass in ihrem Angebot bei der technischen Lösung offenbar Punkte gefehlt hätten. Detailliertere Angaben, so insbesondere dazu, welche Punkte gefehlt haben sollten, seien ihr nicht mitgeteilt worden. Damit sei die Vorinstanz auch ihrer Verpflichtung zur Erläuterung im Sinne von Art. 26 ÖBV⁴ nicht nachgekommen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei daher verletzt worden.

b) Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt.⁵ Bei der Begründung einer Zuschlagsverfügung muss neben dem rechtlichen Gehör auch der Grundsatz der Vertraulichkeit berücksichtigt werden (Art. 11 Bst. g IVöB⁶). 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 vom 5. Dezember 2019 gab die H._____ bekannt, zu welchem Betrag sie den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin vergeben hat. Sie führte sodann aus, die Vergabe sei aufgrund der besten Erfüllung der nachgefragten Zuschlagskriterien erfolgt. Ausschlaggebend sei insbesondere die angebotene technische und konstruktive Lösung gewesen. Mittels einer Tabelle gab sie sodann für sämtliche Anbieterinnen die bei den Zuschlagskriterien sowie den dazugehörigen Unterkriterien jeweils erreichten Punkte sowie das Total der Punkte, die daraus folgende Note und die Rangfolge bekannt. Eine nähere Begründung zu den jeweils erreichten Punkten bei den Zuschlagskriterien fehlt in der Zuschlagsverfügung gänzlich. Es trifft zwar zu – wie dies die H._____ vorbringt – dass der Vertraulichkeitsgrundsatz der Begründungspflicht in Vergabeverfahren Grenzen setzt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auf eine kurze Begründung der vorgenommenen Bewertung verzichtet werden kann. Gestützt auf die angefochtene Verfügung war es für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wieso sie bei den Zuschlagskriterien ZK2 "Technische Lösung", ZK3 "Erfahrung und Referenzen" und ZK4 "Bewertung des Anbieters"

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

⁴ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 mit Hinweisen.

⁶ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

schlechter abschnitt als die Beschwerdegegnerin. Die H._____ hat damit die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin dagegen aus Art. 26 Abs. 1 ÖBV ableiten, bezieht sich diese Norm doch auf Erläuterungen seitens der Anbieterin, welche von der Auftraggeberin verlangt werden können.

d) Allerdings hat die H._____ die Begründung für die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin bei den erwähnten Zuschlagskriterien mit der Stellungnahme vom 30. Januar 2020 nachgeliefert. Das Rechtsamt der BVD hat den Verfahrensmangel der ungenügenden Begründung dadurch geheilt, dass es der Beschwerdeführerin diese Stellungnahme der H._____ zustellte, ihr Akteneinsicht in die von der Vergabestelle vorbereiteten Unterlagen gewährte und diese schliesslich Gelegenheit hatte, hierzu Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin konnten daher ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen; ihr ist durch die Heilung des Verfahrensmangels kein Nachteil entstanden. Die Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.⁷

3. Bereinigungsgespräch, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen

a) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, es sei ihr ein Gespräch zur technischen Erläuterung ihres Angebots in Aussicht gestellt worden. Trotzdem sei kein solches Gespräch durchgeführt worden. Vielmehr sei die direkte Mitteilung erfolgt, dass eine andere Anbieterin den Zuschlag erhalten habe. Sie könne nicht nachvollziehen, ob bzw. in welcher Form ein solches Gespräch mit der Beschwerdegegnerin durchgeführt worden sei und ob damit die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen eingehalten worden seien.

Die H._____ entgegnet, sämtliche Anbieterinnen seien mit den Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig und transparent darüber informiert worden, dass Angebote – sofern erforderlich – technisch bereinigt werden könnten. Nach der abschliessenden Auswertung und Bewertung der Angebote habe sie von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und mit der Beschwerdegegnerin ein Gespräch zur technischen Bereinigung des Angebots durchgeführt. Ihre Fragen, die Antworten der Beschwerdegegnerin sowie das Gespräch habe sie schriftlich dokumentiert. Der Zweck des Bereinigungsgesprächs sei es gewesen, die technischen Lösungen auf die weitere Entwicklungsfähigkeit hin zu prüfen. Es sei nur darum gegangen, sich hinsichtlich der technischen Qualität und der Erfüllung der gestellten Anforderungen abschliessend zu vergewissern. Dies habe in keiner Weise Einfluss auf die Auswertung oder Bewertung des Angebots gehabt. So seien die gemäss dem Unternehmergespräch weiterentwickelten technischen Lösungen in der technischen Bewertung der Angebotsauswertung nicht berücksichtigt worden. Die Beschwerdeführerin könne in diesem Zusammenhang somit auch nicht vorbringen, es sei gegen das Verbot der Nachverhandlung verstossen worden.

b) Nach Art. 26 Abs. 1 ÖBV kann die Auftraggeberin von den Anbieterinnen Erläuterungen im Bezug auf ihre Eignung und ihr Angebot verlangen. Mündliche Erläuterungen sind dabei schriftlich festzuhalten (Art. 26 Abs. 2 ÖBV). Die Erläuterungen dürfen nicht dazu dienen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern. Aufgrund von Erläuterungsbegehren der Vergabestelle dürfen die betreffenden Anbieterinnen ihr Angebot nicht abändern, sondern nur Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16 mit Hinweisen.

Offertbereinigung liefern.⁸ Gemäss Art. 19 und Art. 25 Abs. 2 ÖBV darf ein Angebot nach seiner Einreichung – vorbehältlich der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern – nicht mehr geändert werden. Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und den Anbieterinnen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts sind unzulässig (Art. 27 Abs. 2 ÖBV).

c) Vorliegend hat die H._____ die Anbieterinnen bereits in der auf SIMAP publizierten Ausschreibung darauf hingewiesen, dass die Angebote – sofern erforderlich – technisch und kommerziell bereinigt werden.⁹ Die Vergabestelle wies damit auf die ihr zustehende Möglichkeit gemäss Art. 26 Abs. 1 ÖBV hin, von den Anbieterinnen Erläuterungen im Bezug auf ihre Eignung und ihr Angebot und damit Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung zu verlangen. Dabei handelt es sich – wie sich sowohl aus dieser Bestimmung als auch aus der Formulierung in der Ausschreibung eindeutig ergibt – um eine Möglichkeit und nicht um eine Verpflichtung. Die H._____ war damit nicht verpflichtet, mit sämtlichen Anbieterinnen ein Gespräch zur technischen Erläuterung durchzuführen. Wenn sie ein solches Gespräch vorliegend nur mit der Beschwerdegegnerin, nicht aber mit der Beschwerdeführerin durchgeführt hat, so war dies zulässig und die Vergabestelle hat damit nicht gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen verstossen. Die H._____ hat dieses Unternehmengespräch sodann protokolliert¹⁰ und somit die Vorgabe von Art. 26 Abs. 2 ÖBV eingehalten.

Die Beschwerdeführerin vertritt in der Eingabe vom 16. März 2020 die Ansicht, aufgrund der Dokumentation der Fragen dieses Gesprächs sei davon auszugehen, dass auch unzulässige Projekt- und Preisanpassungen Thema gewesen seien. Entgegen dieser Vermutung lässt sich dem protokollierten Unternehmengespräch keine unzulässige Änderung des Angebots der Beschwerdegegnerin entnehmen. Das betreffende Dokument in den Verfahrensakten¹¹ enthält auf den ersten drei Seiten die protokollierten Fragen der Unternehmer sowie die Antworten der Vergabestelle (Fragen 1 bis 12), welche sämtlichen Anbieterinnen vor Offerteinreichung zugestellt wurde. Das protokollierte Unternehmengespräch mit der Beschwerdegegnerin findet sich auf den folgenden Seiten (Fragen 13 bis 31) und fand in der ersten Hälfte des Novembers 2019 statt¹². Die der Beschwerdegegnerin gestellten Fragen betreffen Erläuterungen / Klarstellungen oder Präzisierungen des vorhandenen Angebots. Teilweise stellt die Beschwerdegegnerin Abklärungen zu Detailausführungen in Aussicht. Die Antworten enthalten jedoch keine Änderungen der Offerte bzw. Projektanpassungen. Entgegen der nicht näher begründeten Annahme der Beschwerdeführerin enthält auch die Frage/Antwort 24 keine Änderung/Anpassung des eingereichten Angebots. Frage/Antwort 26 führte zu einer Korrektur einer von der Beschwerdegegnerin versehentlich gemachten, falschen Angabe bei einer Detailausführung, was im Rahmen der Korrektur von offensichtlichen Schreibfehlern gestützt auf Art. 25 Abs. 2 ÖPV zulässig ist. Insgesamt kann den Ausführungen der H._____ gefolgt werden, wonach es beim Unternehmengespräch lediglich darum ging, die erfolgte Beurteilung bzw. das Bewertungsergebnis, d.h. die Qualität und Entwicklungsfähigkeit der technischen Lösung nochmals zu verifizieren/zu erhärten. Ausgeschlossen werden kann schliesslich, dass das Unternehmengespräch einen Einfluss auf die Bewertung des Angebots hatte, war die Auswertung doch im Zeitpunkt des Gesprächs bereits abgeschlossen. Das Vorgehen der Vergabestelle im Rahmen des Unternehmengesprächs mit der Beschwerdegegnerin war insgesamt rechtmässig.

⁸ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 684 und N. 707 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁹ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 5, Verfahrensakten pag. 5.

¹⁰ Verfahrensakten pag. 126 ff.

¹¹ Verfahrensakten pag. 122 ff.

¹² Vgl. Frontseite, Verfahrensakten pag. 122.

4. Eignungskriterien, Grundsätze

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe die Eignungskriterien nicht vollständig erfüllt und sei deshalb vom Verfahren auszuschliessen. Damit sei der Zuschlag ihr zu erteilen.

b) Für die vorliegende Ausschreibung wurden fünf Eignungskriterien definiert¹³: Rechts- und / oder Zustelldomizil, Selbsterklärung und Vollständigkeit der Offerte, Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anbieters und organisatorische Leistungsfähigkeit des Anbieters / QM-Zertifizierung.

c) Bei der Festlegung und bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbieterinnen anhand der Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu.¹⁴ Die Vergabestelle kann dabei grundsätzlich auf die eingereichten Unterlagen abstellen. Sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Angaben nachzuprüfen. Ob sie dies tut, liegt in ihrem Ermessen, welches nicht überschritten ist, solange nicht konkrete Hinweise bestehen, dass die eingereichten Unterlagen nicht wahr sind.¹⁵ Die Unangemessenheit kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.¹⁶ Dies gilt insbesondere dort, wo die Bewertung – wie im vorliegenden Fall – besondere technische Fachkenntnisse erfordert.

5. Eignungskriterium "Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters"

a) Das Eignungskriterium "Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters" ist in den Ausschreibungsunterlagen¹⁷ wie folgt definiert:

"Erfahrung in der Herstellung, Lieferung und Montage vergleichbarer Hebeanlagen von vergleichbarer Grösse. Nachweis: Angabe zu mindestens einer ausgeführten vergleichbaren Hebeanlage in den letzten 15 Jahren mit dem Ausführungsjahr und den technischen Hauptdaten sowie einer Auskunftsperson bestellerseitig."

Unter dem Titel "4.4 Sonstige Angaben"¹⁸ wird sodann u.a. verlangt, dass das Angebot "eine aktuelle Referenzliste für ähnlich ausgeführte Arbeiten im Stahlwasserbau" beinhaltet.

b) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vom 16. Dezember 2019 vor, die Beschwerdegegnerin erfülle dieses Eignungskriterium sowie ihr Angebot die entsprechenden Muss-Kriterien nicht und sei daher vom Verfahren auszuschliessen. Es sei ihr nicht bekannt, dass die Beschwerdegegnerin über genügend Erfahrung im Stahlwasserbau verfüge. Es seien bis heute in Mitteleuropa erst wenige Fischlifte umgesetzt worden und die Beschwerdegegnerin sei an keinem dieser Projekte in einer mit dem vorliegenden Projekt vergleichbaren Weise beteiligt gewesen. Auch auf ihrer Website würden sich keine Hinweise finden, dass sie entsprechende Erfahrung und Referenzen vorweisen könne. Vielmehr präsentiere sie sich als Spezialistin für die Bereiche Stahlbau, Fassaden, Krananlagen und anspruchsvolle

¹³ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 4, Verfahrensakten pag. 4.

¹⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 564 f.; BGE 141 II 14, E. 7.1.

¹⁵ BGE 141 II 14, E. 8.4.4 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶ 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.

¹⁷ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 4, Verfahrensakten pag. 4.

¹⁸ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 6, Verfahrensakten pag. 5.

Schweissskonstruktionen. In der Stellungnahme vom 16. März 2020 ergänzt sie, den Ausführungen der Vergabestelle lasse sich entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin zwei Fischlifte angefertigt habe, einen für das Kraftwerke B._____ in F._____ und einen für die I._____ in J._____. Nach ihrer Kenntnis seien diese beiden Fischlifte nicht – wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert – von vergleichbarer Grösse. Der ausgeschriebene Lift betrage 21 m und sei damit deutlich grösser als viele bereits erstellte Fischlifte. Die von der Beschwerdegegnerin als Referenz aufgeführten Lifte würden eine Höhenüberbrückung von gerade mal 5 m bzw. 16 m aufweisen. Damit könnten diese beiden Lifte schon unter diesem Aspekt nicht als genügende Referenzen gelten. Soweit ihr bekannt sei, sei die Planung bzw. das Detailengineering dieser beiden Fischlifte gerade nicht von der Beschwerdegegnerin gemacht worden, was aber für ein genügendes Referenzobjekt erforderlich gewesen wäre.

c) Vorab ist festzuhalten, dass die unter Ziffer 4.4 "Sonstige Angaben" der Ausschreibung verlangte Referenzliste für ähnlich ausgeführte Arbeiten im Stahlwasserbau nicht mit den unter Ziffer 3.7 aufgeführten Eignungskriterien in Verbindung gebracht werden kann. Indem die Vergabestelle die verlangte Referenzliste nicht bei den Eignungskriterien, sondern bei den "sonstigen Angaben" aufführte, hat sie erkennbar gemacht, dass die Stahlbaureferenzen bewusst nicht als Eignungskriterium ausgestaltet sind. Die H._____ begründet dies damit, dass viele klassische Stahlwasserbaukompetenzen (etwa die Erstellung von Rechen oder Wehrverschlüssen) bei der vorliegenden Ausschreibung nicht oder nur von untergeordneter Bedeutung sind. Angesichts dieser plausiblen Erklärung ist nachvollziehbar, dass eine entsprechende Referenzliste von Arbeiten im Stahlwasserbau zwar von Interesse ist, aber kein Zulassungskriterium darstellen soll. Vorliegend ist daher einzig zu prüfen, ob die Vergabestelle das umstrittene Eignungskriterium "Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters" bei der Beschwerdegegnerin zu Recht als erfüllt betrachtet hat.

Die Offerte enthält als Referenzen zwei Fischliftanlagen, einerseits den Fischlift O._____ für die Kraftwerke B._____ in F._____ und andererseits den Fischlift K._____ für die I._____ in J._____. In der Stellungnahme vom 30. März 2020 führt die H._____ aus, wieso sie diese beiden Referenzanlagen als valable Referenzen und damit als vergleichbare Hebeanlagen im Sinne dieses Eignungskriteriums betrachtete. Der Fischlift K._____ mit einer Hubhöhe von 17 m weise eine grosse Vergleichbarkeit mit der angefragten Anlage in A._____ auf. Beim Fischlift O._____ handle es sich zwar um eine Anlage mit einer etwas geringeren Hubhöhe von 7 m. Da die besonderen technischen Anforderungen bei einem Fischlift jedoch nicht die Hubhöhe, sondern die Komplexität der hydraulischen Anforderungen und die fischbiologischen Anforderungen an die mechanischen Funktionsweisen ausmachten, sei auch diese Referenzanlage ein tauglicher Eignungsnachweis. Die technische Herausforderung liege dabei insbesondere in der zu befördernden Wassermenge sowie den hydraulischen und mechanischen Anforderungen beim Befüllen des Korbes an der unteren Haltestelle sowie beim Entleeren bzw. Abschwemmen der Fische an der oberen Haltestelle. Die alleinige Betrachtung der Hubhöhe lasse dagegen lediglich Rückschlüsse auf die je nach Niveauunterschied grösser zu dimensionierende Seiltrommel zu, was sich auf die Prüfung der Komplexität und Vergleichbarkeit der Gesamtanlagen jedoch nicht bzw. nur marginal auswirke.

Diese Ausführungen sind für die BVD nachvollziehbar. Es ist plausibel, dass die beiden Referenzobjekte trotz geringerer Hubhöhe im Vergleich zum ausgeschriebenen Projekt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – als vergleichbare Hebeanlagen eingestuft wurden. Anzumerken ist, dass die Hubhöhe des Fischlifts K._____ mit 17 m die Hubhöhe des ausgeschriebenen Lifts von ca. 21 m nur relativ wenig unterschreitet. Woraus die Beschwerdeführerin schliesst, die Planung bzw. das Detailengineering dieser beiden Fischlifte sei nicht von der Beschwerdegegnerin gemacht worden, ist nicht erkennbar. Die Behauptung wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher ausgeführt oder dargelegt. Vielmehr lässt

sich der Offerte der Beschwerdegegnerin entnehmen, dass die bei der vorliegenden Beschaffung aufgeführte Schlüsselperson bei den beiden genannten Fischliften nicht nur als Projektleiter tätig, sondern auch für die Entwicklung des Systems zuständig war. Ebenfalls wird dort festgehalten, dass der Umfang des Projekts bei diesen Referenzen die Erstellung, Lieferung und Montage umfasste.¹⁹ Auf diese Angaben durfte die Vergabestelle abstellen. Eine nähere Überprüfung durch die Vergabestelle wäre nur angezeigt gewesen, wenn konkrete Hinweise bestanden hätten, dass die von der Beschwerdegegnerin gemachten Angaben nicht wahr sind (vgl. E. 4c). Solche konkreten Hinweise bestanden vorliegend nicht. Der Beschwerdeführerin gelingt es im Beschwerdeverfahren auch nicht, solche konkreten Hinweise zu liefern. Es ist daher mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle insgesamt nicht zu beanstanden, dass sie diese beiden Fischlifte als genügende Referenzen beurteilt hat.

Wie die H._____ zudem richtig ausführt, war bei diesem Eignungskriterium eine "vergleichbare Hebeanlage" gefordert. Als Referenz im Rahmen dieses Eignungskriteriums musste damit nicht zwingend eine Fischanlage ausgewiesen werden. Massgebend waren nach Ansicht der Vergabestelle alle Hebeanlagen, bei welchen bezüglich Engineering und Projektmanagement (Sicherheitsanforderungen, Qualitätsmanagement oder Anforderungen an die Dokumentation etc.) die verlangten Standards einzuhalten waren. Das Angebot der Beschwerdegegnerin enthält zwei weitere Referenzen für Hebeanlagen, nämlich die L._____ in M._____ und A._____. Auch diese erweisen sich nach Ansicht der Vergabestelle als geeignete Referenzen von Hebeanlagen und würden damit die Eignung unter diesem Kriterium belegen. Auch diesbezüglich sieht die BVD keinen Anlass, die Einschätzung der Vergabestelle anzuzweifeln.

Insgesamt gab es für die Vergabestelle keinen Grund, die Referenzobjekte der Beschwerdegegnerin als ungenügend einzustufen. Im Rahmen des umstrittenen Eignungskriteriums war mindestens eine vergleichbare Hebeanlage gefordert. Es ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die Eignung der Beschwerdegegnerin im Bereich von Hebeanlagen aller Grössen bejaht hat. Ebenfalls erfüllt sind die weiteren Voraussetzungen dieses Eignungskriteriums, wonach die vergleichbare Hebeanlage in den letzten 15 Jahren erstellt wurde²⁰ und jeweils eine Auskunftsperson bestellerseitig anzugeben ist. Die Vergabestelle hat damit ihr Ermessen nicht willkürlich ausgeübt, indem sie gestützt auf die gemachten Angaben der Beschwerdegegnerin zum Schluss kam, dass diese das Eignungskriterium "Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters" erfüllt.

6. Zuschlagskriterien, Grundsätze

a) Die Beschwerdeführerin hat das billigste Angebot eingereicht und damit beim Zuschlagskriterium "Preis" die maximale Punktzahl erreicht. Allerdings erachtet sie die Bewertungen bei den weiteren Zuschlagskriterien als falsch. Eine korrekte Bewertung der beiden Angebote aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien müsse zur Folge haben, dass ihr Angebot die höhere Punktzahl erziele. Damit komme ihr Angebot auf dem ersten Rang zu stehen und der Zuschlag sei ihr zu erteilen.

b) Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien und Subkriterien festgelegt²¹: ZK 1 "Preis, Wirtschaftlichkeit des Angebots" 40 %, ZK 2 "Technische

¹⁹ Angebot der Beschwerdegegnerin, Register Beilagen, Blatt "Referenz Schlüsselperson".

²⁰ Trifft knapp auch auf den Fischlift K._____ zu, welcher bis 2004 erstellt wurde, was im Zeitpunkt der Offerteinreichung im Jahr 2019 genau 15 Jahre ausmacht.

²¹ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 4 f, Verfahrensakten pag. 4 f.

Lösung" 50 % (mit Subkriterien "Technischer Bericht" 15 % und "Konstruktive Lösung" 35 %), ZK 3 "Erfahrung / Referenzen" 5 % (mit Subkriterien "Erfahrung und Referenzen der Schlüsselpersonen" 2.5 % und "Erfahrung und Referenzen der Unternehmung" 2.5 %) und ZK 4 "Bewertung des Anbieters" 5 %. Weiter wird festgehalten, dass diese Kriterien mit Noten von 0 bis 5 (0 = tiefster Wert, 5 = höchster Wert, Skalierung 0.1) beurteilt und mit der zugehörigen Gewichtung multipliziert werden und anschliessend die Summe gebildet wird. Das Angebot mit der höchsten Gesamtsumme erhalte den Zuschlag. Die tabellarische Auswertung dieser Zuschlagskriterien durch die Vergabestelle findet sich in den Akten²², wobei darin für das Zuschlagskriterium 2 und dessen Subkriterien sowie für das Zuschlagskriterium 4 allgemeine Bewertungsanforderungen für die Benotung aufgeführt sind (vgl. nachfolgende Erwägungen).

Gemäss der Auswertungsübersicht²³ erreichte das Angebot der Beschwerdegegnerin eine Gesamtnote von 4.09 und jenes der Beschwerdeführerin eine Gesamtnote von 3.93.

c) Wie bei den Eignungskriterien (vgl. E. 4c) kommt der Vergabestelle auch bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu. 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.²⁴ Die Angebotsbewertung muss aber in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen.²⁵

7. Zuschlagskriterium 2 "Technische Lösung"

a) Das Subkriterium 2.1 "Technischer Bericht" des Zuschlagskriteriums "Technische Lösung" mit einer Gewichtung von 15 % ist bei der Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen nicht näher umschrieben. In Ziffer 4.4 "sonstige Angaben"²⁶ wird aber festgehalten, dass das Angebot u.a. einen technischen Bericht beinhalten muss, welcher Folgendes umfasst: Technische Beschreibung mit Angaben der Werkstoffqualitäten, Fabrikation, Vorbemessung; generelle Übersichten (Zeichnungen) mit den Hauptabmessungen; Installationen, Platzbedarf für Lager-, Montage- Materiallager bzw. Personalcontainer etc.; Montagebeschrieb, inkl. Ablauf der Arbeiten und erforderliche Hilfskonstruktionen bzw. Montagegerüste und Krane; Angaben zur Qualitätssicherung. Für die technischen Spezifikationen findet sich in den Ausschreibungsunterlagen sodann ein eigenes Dossier.²⁷ In der Auswertungstabelle der Vergabestelle²⁸ finden sich zu diesem Subkriterium die folgenden Bewertungsanforderungen: "nicht beschrieben 2 Pt, beschrieben, 3 Pt, detailliert beschrieben 4 Pt, hohe Detaillierung 5 Pt, jede Bewertung gleichwertig". Dabei bewertete und benotete die Vergabestelle die folgenden Teilaspekte: Liftturm, Liftkorb / Spritzschutz, Fassaden, Abschwemmrinne, Hubwerk / Überwachung (Schlaffseil, Überlast), Winterbetrieb, Generelle Übersichten (Zeichnungen, Hauptabmessungen), Installationen Platzbedarf, Montagebeschrieb und Angabe zur Qualitätssicherung. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin bei diesem Subkriterium mit einer 4.0 benotet, das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer 3.2.

²² Verfahrensakten pag. 117 bis 121.

²³ Verfahrensakten pag. 117.

²⁴ VGE 21040 vom 4.5.2001, E. 4b.

²⁵ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1.

²⁶ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 6, Verfahrensakten pag. 6.

²⁷ C350 Technische Spezifikationen, Verfahrensakten pag. 41. ff.

²⁸ Verfahrensakten pag. 119.

Das Subkriterium 2.2 "Konstruktive Lösung" des Zuschlagskriteriums "Technische Lösung" mit einer Gewichtung von 35 % ist bei der Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls nicht näher umschrieben. Für die technischen Spezifikationen findet sich in den Ausschreibungsunterlagen ein eigenes Dossier.²⁹ In der Auswertungstabelle der Vergabestelle³⁰ finden sich zu diesem Subkriterium die folgenden Bewertungsanforderungen: Amtslösung 3 Pt, projektspezifische Optimierung 4 Pt, projektspezifische Pläne 5 Pt, jede Bewertung gleichwertig". Dabei bewertete und benotete die Vergabestelle die folgenden Teilaspekte: "Konstruktion Liftturm, Konstruktion Liftkorb / Spritzschutz, Fassadenkonstruktion, Beschrieb Abschwemmrinne, Hubwerk / Überwachung (Schlaffseil, Überlast), Winterbetrieb und Montage. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin bei diesem Subkriterium mit einer 3.6 benotet, das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer 3.1.

b) Die Beschwerdeführerin rügt, sie könne diese Bewertungen nicht nachvollziehen. Sie habe ein vollständiges Angebot eingereicht und eine hochwertige technische Lösung unterbreitet. Die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Hauptelemente des technischen Berichts seien in ihrem Bericht alle enthalten. Es sei darauf hinzuweisen, dass sie den ersten Fischlift in Österreich gebaute habe und dieser Fischlift nahezu dem entspreche, was vorliegend gefordert werde. Da es keine technischen Abweichungen gebe, sei nicht nachvollziehbar, dass sie bei diesen beiden Subkriterien nicht die maximale Punktzahl oder zumindest die gleiche Punktzahl wie die Beschwerdegegnerin erreicht habe.

c) Die Vergabestelle hat – wie oben ausgeführt (E. 7a) – sowohl das Subkriterium "Technischer Bericht" als auch das Subkriterium "Konstruktive Lösung" anhand diverser Teilaspekte bewertet. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, was auch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet. So ist es im Rahmen der Auswertung üblich und auch notwendig, die Angebote anhand von detaillierten Bewertungssystemen zu beurteilen. Mit solchen Bewertungsrastern wird der Erfüllungsgrad der kommunizierten Zuschlags- und Subkriterien anhand von weiteren Sub-Subkriterien oder – wie hier – mittels Aufteilung auf verschiedene Teilaspekte beurteilt. Abgesehen von den Zuschlags- und Subkriterien verlangt das bernische Beschaffungsrecht die Bekanntgabe dieser weiteren Bewertungskriterien nicht (vgl. Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht keine Pflicht, diese internen Raster zum Voraus bekannt zu geben.³¹

d) Die Punktevergabe der erwähnten Teilaspekte der beiden Subkriterien "Technischer Bericht" und "Konstruktive Lösung" wurden von der Vergabestelle in der Auswertungstabelle³² jeweils kurz begründet. Die Stellungnahme der H. _____ vom 30. Januar 2020 enthält hierzu ergänzende Ausführungen, welche mit den kurzen Begründungen in der Auswertungstabelle übereinstimmen. Die H. _____ führt dabei im Detail aus, wieso die Beschwerdeführerin bei den meisten Teilaspekten schlechter bewertet wurde als die Beschwerdegegnerin bzw. wieso die Beschwerdegegnerin nicht die maximale Punktzahl erhielt. Zusammenfassend kam sie zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin die jeweiligen Komponenten oder Teilaspekte beider Subkriterien in ihrer Offerte projektspezifisch im Bezug auf das hier ausgeschriebene Vorhaben und mit hohem technischem Detaillierungsgrad inkl. konkreten Plänen und Ansichten ausführte, beim Angebot der Beschwerdeführerin dagegen diese projektspezifische auf die hier zu beschaffende Anlage zugeschnittene Beschreibung der technischen Lösung mit detaillierten

²⁹ C350 Technische Spezifikationen, Verfahrensakten pag. 41. ff.

³⁰ Verfahrensakten pag. 119.

³¹ Regula Steiner, das Transparenzgebot im öffentlichen Beschaffungsverfahren insbesondere in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen, in KPG-Bulletin 1/2019, S. 31 f. mit Verweis auf BGE 130 I 241 E. 5.1 und BGE 2C_549/2011 vom 27. März 2012, E. 2.4.

³² Verfahrensakten pag. 119.

Ausführungen oft fehlte. Vielmehr habe sich die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot grösstenteils auf einen Verweis oder allgemeine Angaben zu der von ihr erstellten Anlage N._____ beschränkt.

Gestützt auf diese Erklärungen und die bereits in der Auswertungstabelle enthaltenen Kurzbegründungen sind die Bewertungen bei diesen Subkriterien und insbesondere die schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin bei der Mehrzahl der aufgeführten Teilaspekte nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin setzt sich nach gewährter Akteneinsicht in die Auswertungstabelle sowie Zustellen der erwähnten Stellungnahme der H._____ vom 30. Januar 2020 mit der ausführlichen Begründung der Vergabestelle zur vorgenommenen Benotung nicht auseinander und geht nicht auf die einzelnen Teilaspekte ein. In pauschaler Weise hält sie einzig fest, sie habe aufgezeigt, dass sie die Planung des Fischlifts und dessen Herstellung problemlos erbringen könne, alle nötigen Dokumente eingereicht habe und die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Hauptelemente des technischen Berichts in ihrem Bericht enthalten seien. Mit diesen Vorbringen vermag sie die detaillierten Ausführungen der Vergabestelle zur Benotung der verschiedenen Teilaspekte des technischen Berichts und der konstruktiven Lösung nicht in Frage zu stellen. Es ist nicht bestritten, dass auch die Beschwerdeführerin ein vollständiges Angebot eingereicht hat und sie in der Lage wäre, den geforderten Fischlift zu realisieren. Die schlechtere Bewertung resultiert jedoch daraus, dass ihr technischer Bericht und ihre konstruktiven Lösungen nicht einen gleich hohen Detaillierungsgrad wie diejenigen der Beschwerdegegnerin aufweisen und sich weniger mit den projektspezifischen Anforderungen der hier zu beschaffenden Anlage auseinandersetzen. Die Bewertung der beiden Angebote ist bei diesen Subkriterien insgesamt nicht zu beanstanden und kann nicht als willkürlich bezeichnet werden.

8. Zuschlagskriterium 3 "Erfahrung / Referenzen"

a) Zum Subkriterium 3.1 "Erfahrung und Referenzen der Schlüsselpersonen" des Zuschlagskriteriums "Erfahrung / Referenzen" mit einer Gewichtung von 2.5 % finden sich bei der Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen folgende Informationen³³: "Als Schlüsselpersonen gelten der Statiker, der Konstruktionsleiter, der Montageleiter und der Chefmonteur (der permanent auf der Baustelle anwesend sein muss)". Das Subkriterium 3.2 "Erfahrung und Referenzen der Unternehmung" des Zuschlagskriteriums "Erfahrung / Referenzen" mit einer Gewichtung von 2.5 % ist nicht näher umschrieben. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin beim Subkriterium 3.1 mit einer 5.0 und beim Subkriterium 3.2 mit einer 4.5 benotet, das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer 4.5 sowie einer 4.³⁴

b) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, sie habe vollständige und in jeder Hinsicht zulängliche Referenzen angegeben. Es sei nicht ersichtlich, wieso die Referenzen nicht zur Maximalpunktezahle oder zumindest zur gleichen Punktezahle wie bei der Beschwerdegegnerin geführt hätten. In der Eingabe vom 16. März 2020 ergänzt sie, aufgrund der Ausführungen der Vergabestelle werde ersichtlich, dass diese die Bewertung dieses Referenzkriteriums nicht gemäss ihren eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen habe. Die Vergabestelle habe bei den Referenzen Schlüsselpersonen nicht die Referenzen der gemäss den Ausschreibungsunterlagen explizit definierten Schlüsselpersonen – d.h. des Statikers, Konstruktionsleiters, Montageleiters und Chefmonteurs – geprüft und

³³ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 5, Verfahrensakten pag. 5.

³⁴ Verfahrensakten pag. 120.

beurteilt. Vielmehr habe sie offenbar Referenzen der Projektleiter beurteilt. Damit habe sie den ihr zustehenden Ermessensspielraum klar überschritten und damit rechtswidrig gehandelt.

c) Bei beiden Subkriterien des Zuschlagskriteriums "Erfahrung / Referenzen" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin im Vergleich zu demjenigen der Beschwerdegegnerin um 0.5 Punkte und damit nur marginal schlechter benotet. Begründet wird dies in der Auswertungstabelle³⁵ insbesondere damit, dass die Beschwerdegegnerin über Erfahrung beim Bau von zwei Fischliften verfügt und ihre Schlüsselperson bei beiden Projekten als Projektleiter eingesetzt war, die Beschwerdeführerin dagegen als Referenz und Erfahrung "nur" einen Fischlift aufweisen kann und ihr Schlüsselpersonal entsprechend auch nur Erfahrung mit einem Fischlift aufweisen kann. Bereits aufgrund dieser Mehrerfahrung der Beschwerdegegnerin beim Bau von Fischliften ist nachvollziehbar, wieso sowohl das Schlüsselpersonal der Beschwerdegegnerin als auch sie selber als Unternehmung bei diesen Subkriterien leicht schlechter bewertet wurde. Sofern die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde von der Annahme ausgehen sollte, dass bereits die Vollständigkeit ihres Angebots im Bezug auf die Referenzen zur Maximalpunktzahl bzw. zur gleichen Bewertung wie das Angebot der Beschwerdegegnerin führen sollte, so kann ihr nicht gefolgt werden. Wie bei allen Zuschlagskriterien geht es auch hier um eine qualitative Bewertung, so dass die blosser Vollständigkeit des Angebots im Bezug auf die geforderten Angaben selbsterklärend nicht massgebend sein kann.

In der Stellungnahme vom 30. Januar 2020 ergänzt die Vergabestelle Folgendes: Die Beschwerdegegnerin verfüge mit zwei selber hergestellten, gelieferten und montierten Fischliftanlagen über die grösste Erfahrung. Sie könne als einzige zwei spezifische Firmenreferenzen für solche Anlagen aufweisen. Der Fischlift K._____ sei sodann gleich wie die angefragte Anlage in A._____ mittels Sanierung und Umbau in einem bestehenden und historischen Zentralengebäude eines Wasserkraftwerks an- und eingebaut. Die einzige Fischliftanlage der Beschwerdeführerin (N._____) sei dagegen mehr oder weniger freistehend auf eine Wehranlage ohne vergleichbare Schnittstellen zu einem Zentralengebäude gebaut. Die Qualität der nachgewiesenen Erfahrung der Beschwerdegegnerin sei mit dem vergleichbaren Fischlifteinbau in das Zentralgebäude K._____ daher besser bewertet worden. Da die Beschwerdeführerin weiter lediglich einen Fischlift erstellt habe, könne sie folglich weniger Erfahrung und einschlägige Referenzen nachweisen als die Beschwerdegegnerin. Die zuständige Schlüsselperson der Beschwerdegegnerin habe bei beiden referenzierten Fischliftanlagen als Projektleiter fungiert und sich auch an der Systementwicklung beteiligt. Die Schlüsselperson der Beschwerdeführerin habe dagegen nur bei einem Fischlift als Projektleiter gearbeitet. Weitere Schlüsselpersonen mit einschlägiger Erfahrung als Projektleiter vermöge die Beschwerdeführerin nicht vorzuweisen.

Diese Ausführungen überzeugen und vermögen aus Sicht der BVD die knapp schlechtere (aber immer noch gute) Bewertung der Beschwerdeführerin sowie deren Benotung zu legitimieren. Die BVD sieht keinen Grund, wieso die Vergabestelle mit dieser Bewertung ihren Ermessensspielraum überschritten haben soll, zumal sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels mit dieser ausführlichen Begründung der Vergabestelle nicht auseinandersetze. Ihr einziger Einwand, wonach entgegen den Vorgaben in der Ausschreibung nicht die Referenzen der dort explizit definierten Schlüsselpersonen – d.h. des Statikers, Konstruktionsleiters, Montageleiters und Chefmonteurs – geprüft und beurteilt wurden, ist zwar insofern berechtigt, als einzelne Schlüsselpersonen in der Bewertung nicht explizit aufgeführt wurden. Die massgebende Begründung für die leicht schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerin – nämlich die Erfahrung bloss eines bisher erbauten Fischliftes – dürfte

³⁵ Verfahrensakten pag. 120.

jedoch nicht nur auf den Projektleiter, sondern auch auf die weiteren Schlüsselpersonen zutreffen. So lässt sich der Auswertungstabelle der Vergabestelle bei der Erfahrung und den Referenzen der Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerin immerhin entnehmen, dass die Schlüsselpersonen (Mehrzahl) über Erfahrung bei einem Fischlift verfügen. Der Einwand der Beschwerdegegnerin vermag damit nichts an der vorgenommenen Bewertung zu ändern. Insgesamt ist es sachlich haltbar und nachvollziehbar, wenn die Vergabestelle sowohl die "Erfahrung und Referenzen der Schlüsselpersonen" als auch die "Erfahrung und Referenzen der Unternehmung" bei der Beschwerdegegnerin aufgrund der Realisierung von zwei Fischliften sowie der gegenüber dem Referenzobjekt der Beschwerdeführerin grösseren Vergleichbarkeit des einen Fischlifts zum hier ausgeschriebenen Vorhaben leicht besser bewertete. Ebenso wenig ist es im Rahmen ihres Ermessensspielraums zu beanstanden, wenn sie der Beschwerdeführerin aus den dargelegten Gründen nicht die Maximalpunktzahl erteilte, sondern ihr Angebot mit einer 4.5 (Subkriterium 3.1) bzw. einer 4 (Subkriterium 3.2) benotete.

Selbst wenn man – entgegen diesen Ausführungen – den Vorbringen der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Subkriterium 3.1 "Erfahrung und Referenzen der Schlüsselpersonen" folgen und diese dort ihrer Forderung entsprechend ebenfalls mit der Note 5 bewerten würde, hätte dies keine Auswirkungen auf die Rangfolge.³⁶

9. Zuschlagskriterium 4 "Bewertung des Anbieters"

a) Beim Zuschlagskriterium 4 "Bewertung des Anbieters" mit einer Gewichtung von 5 % sind gemäss Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen folgende Aspekte relevant³⁷: Ausgefüllte Datenblätter, Bestätigung der Ecktermine, QM-System / Herstellerqualifikation, Kapazität / personelle Ressourcen, Vertragsbedingungen (Abweichungen / Vorbehalte). In der Auswertungstabelle der Vergabestelle³⁸ finden sich zu diesen Punkten nähere Bewertungsanforderungen. Neben den erwähnten Aspekten wurde zusätzlich der Aspekt "Verfügbarkeit Service, Erfahrung mit Unternehmer" bewertet, wobei dies das einzige Kriterium ist, bei welchem die Beschwerdeführerin im Vergleich zur Beschwerdegegnerin schlechter abschnitt (3 im Vergleich zu 5 Punkten). Insgesamt bewertete die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdegegnerin bei diesem Zuschlagskriterium mit der Note 3.5 und das Angebot der Beschwerdeführerin mit der Note 3.33.

b) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, sie könne nicht nachvollziehen, wieso sie nicht die Maximalpunktzahl oder zumindest die gleiche Punktzahl wie die Beschwerdegegnerin erhalten habe. Sie habe die geforderten Unterlagen eingereicht und die geforderten Angaben gemacht. In der Eingabe vom 16. März 2020 bringt sie zudem vor, die zu bewertenden Unterkriterien dieses Zuschlagskriteriums seien im Rahmen der Ausschreibung explizit aufgelistet worden. Bei der Beurteilung sei jedoch ein zusätzliches Unterkriterium bewertet worden, nämlich "Verfügbarkeit Service, Erfahrung mit Unternehmer", worunter insbesondere die Nähe zur Baustelle beurteilt worden sei. Dies sei nicht zulässig und das Vorgehen der Vergabestelle damit rechtswidrig.

c) Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Diese Bestimmung ist Ausfluss des Transparenzgebotes. Grundsätzlich gilt, dass die Bekanntgabe aller für die Zuschlagserteilung

³⁶ Unter Berücksichtigung der Korrektur beim Zuschlagskriterium 4 (vgl. E. 9) hätte diese zusätzliche Korrektur bei der Beschwerdeführerin eine Gesamtnote von 3.96 und bei der Beschwerdegegnerin eine Gesamtnote von 4.08 zur Folge.

³⁷ Ausschreibung Teil 0 "Instruktion an Offertsteller", S. 5, Verfahrensakt pag. 5.

³⁸ Verfahrensakt pag. 121.

massgeblichen Gesichtspunkte, also die einzelnen Zuschlagskriterien, allfällige Subkriterien und die Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips zwingend ist. Die Regeln der Beschaffung müssen fairerweise zum Voraus bekannt gegeben werden, damit Missbrauch und Manipulation bei der Zuschlagserteilung so weit wie möglich ausgeschaltet werden können.³⁹ Das Transparenzgebot ist in der Regel formeller Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dessen Missachtung Konsequenzen haben und grundsätzlich auch zur Aufhebung des Zuschlages führen.⁴⁰ Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist die Aufhebung der Zuschlagsverfügung aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin war.⁴¹

d) Die Vergabestelle bringt in ihrer Stellungnahme vom 30. März 2020 vor, bei der Beurteilung des Subkriteriums "Verfügbarkeit Service, Erfahrung mit Unternehmer" handle es sich um eine übliche, vernünftigerweise zu erwartende Anforderung an Betreiber mechanischer Anlagen. Eine solche Beurteilung sei dem Zuschlagskriterium 4 geradezu inhärent. Insbesondere bei Liftanlagen seien rasche und zuverlässige Serviceleistungen entscheidend für einen reibungslosen Ablauf und eine kontinuierliche Instandhaltung.

Diese Ausführungen mögen zwar zutreffen. Auch wenn jedoch das Subkriterium "Verfügbarkeit Service, Erfahrung mit Unternehmer" ein zulässiges und inhärentes Subkriterium des Zuschlagskriteriums "Bewertung der Anbieter" darstellt, hätte dieses von der Vergabestelle gestützt auf Art. 30 Abs. 2 ÖBV im Rahmen der Ausschreibung bekannt gegeben werden müssen. Da die H. _____ dies – im Unterschied zu den übrigen Subkriterien – unterlassen hat, mussten die Anbieterinnen nicht damit rechnen, dass dieses Subkriterium in die Bewertung einfließe. Dies stellt einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar.

Dieser Verstoß rechtfertigt jedoch, entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin, die Aufhebung der Zuschlagsverfügung nicht. Streicht man nämlich als Konsequenz der fehlenden Bekanntgabe dieses Subkriteriums und die hierzu verteilten Punkte, so ändert dies nichts an der Rangfolge. Die Beschwerdeführerin erhält demnach beim Zuschlagskriterium "Bewertung der Anbieter" bei einer Gewichtung von 5 % eine gewichtete Punktzahl von 0.17 (ungewichtet 3.4), die Beschwerdegegnerin eine solche von 0.16 (ungewichtet 3.2). Die Gesamtnote der Beschwerdeführerin beträgt damit 3.94 und diejenige der Beschwerdegegnerin 4.08. Das Angebot der Beschwerdegegnerin bleibt erstplatziert. Damit war der Verfahrensmangel für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin nicht kausal. Die Verletzung des Transparenzgebots ist jedoch – wie die Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. E. 2) – bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

e) Was die Bewertung der übrigen Subkriterien des Zuschlagskriteriums 4 "Bewertung des Anbieters" betrifft, so hat die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin nicht schlechter bewertet als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, sie könne nicht nachvollziehen, wieso sie nicht die Maximalpunktzahl erhalten habe, so begründet sie diesen Standpunkt in der Beschwerde und in der Eingabe vom 16. März 2020 (nach gewährter Akteneinsicht und Zustellen der Eingabe der H. _____ vom 30. Januar 2020) mit keinem Wort. Trotzdem kann festgehalten werden, dass die Vergabestelle in der Auswertungstabelle dieses Zuschlagskriteriums für jedes Subkriterium ein genaueres Bewertungsraster für die Punkteverteilung angegeben hat (zweite Spalte der Tabelle) und die

³⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 956.

⁴⁰ Vgl. BGer 2P.299/2000 vom 24.08.2001, E. 4; so auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2015.00603 vom 4.02.2016, E. 4.5.1.

⁴¹ Vgl. VGE 2016/35 vom 29. Februar 2016, E. 3.1; BVR 2004 S. 348 E. 3.2.

Punktevergaben an die Beschwerdeführerin angesichts dieses Rasters und der aufgeführten Kurzkomentare bei deren Angebot als nachvollziehbar bezeichnet werden kann. Wie die Vergabestelle richtig ausführt, führte auch bei diesen Kriterien das blosser Einreichen der verlangten Unterlagen nicht automatisch zur maximalen Punktzahl. Vielmehr war für die Bewertung auch die Qualität und der Inhalt der Angaben mitentscheidend (vgl. auch E. 8c, erster Abschnitt).

10. Zusammenfassung, Gesuche um aufschiebende Wirkung und Kosten

a) Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle das Eignungskriterium "Technische Leistungsfähigkeit des Anbieters" bei der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet hat. Die Bewertung der Zuschlagskriterien ist einzig insofern zu korrigieren, als das nicht in der Ausschreibung bekannt gegebene Subkriterium "Verfügbarkeit Service, Erfahrung mit Unternehmer" des Zuschlagskriteriums 4 "Bewertung des Anbieters" aus der Bewertung gestrichen wird. Ansonsten ist die Bewertung der Vergabestelle sachlich begründet sowie nachvollziehbar. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Vergabestelle bei der Bewertung der Zuschlagskriterien ihren Ermessensspielraum missbraucht oder überschritten hätte. Die erwähnte Korrektur ändert nichts an der Rangfolge, weshalb die Verletzung des Transparenzgebots nicht zur Aufhebung des Zuschlags führt. Vielmehr ist der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

b) Mit dem vorliegenden Entscheid erübrigt es sich, über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dieses wird mit der Fällung des vorliegenden Entscheides gegenstandslos. Das diesbezügliche Verfahren ist abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

c) 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 GebV⁴²). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf Fr. 2'000.00.

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 unterliegt die Beschwerdeführerin. Der angefochtene Entscheid verletzt aber deren rechtliches Gehör (E. 2) und die fehlende Bekanntgabe eines Subkriteriums stellt eine Verletzung des Transparenzgebots dar (E. 9). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.⁴³ Es rechtfertigt sich daher, der Beschwerdeführerin nur drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'500.00, zu übertragen. Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 wären grundsätzlich durch die H. _____ AG zu tragen, da sie die Gehörsverletzung zu verantworten hat. Der H. _____ 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 Zuspochen einer bestimmten Geldsumme ab. Bei

⁴² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

⁴³ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.09.2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

submissionsrechtlichen Streitigkeiten sind daher keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.⁴⁴ Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 trägt daher der Kanton.

d) 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 Beschwerdegegnerin hat sich nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt und keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Wie bereits ausgeführt unterliegt die Beschwerdeführerin grundsätzlich. Die Vergabestelle hat jedoch eine Gehörsverletzung sowie eine Verletzung des Transparenzgebots zu verantworten. Sie wird daher verpflichtet, einen Viertel der Parteikosten der Beschwerdeführerin zu tragen.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁴⁵ 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 KAG⁴⁶). Art. 11 Abs. 2 PKV, wonach bei bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent auf dem Honorar gewährt wird, gelangt nicht zur Anwendung. So sind bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten – wie ausgeführt (E. 10c) – keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.

Die Kostennote der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 11'965.05 (Honorar Fr. 11'738.10, Auslagen Fr. 226.25). Bei einem gemäss Kostenvoranschlag zu erwartenden Auftragsvolumen von rund 640'000 Franken stuft die BVD die Bedeutung der Streitsache als knapp durchschnittlich ein. Angesichts der Bedeutung der Streitsache, des knapp überdurchschnittlichen Zeitaufwandes und der durchschnittlichen Komplexität des Falles erachtet die BVD einen Parteikostenersatz von Fr. 6'500.00 als angemessen. Die massgebenden Parteikosten der Beschwerdeführerin belaufen sich damit auf Fr. 6'726.25 (Honorar Fr. 6'500.00, Auslagen Fr. 226.25). Davon hat die H. _____ AG nach dem Gesagten einen Viertel, ausmachend Fr. 1'681.55, zu tragen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung der H. _____ vom 5. Dezember 2019 wird bestätigt.
2. Das Verfahren betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'500.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

⁴⁴ VGE 21741 vom 10.05.2005, E. 6.

⁴⁵ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

⁴⁶ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

4. Die H. _____ hat der Beschwerdeführerin einen Viertel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'681.55, zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- D. _____, eingeschrieben
- E. _____, eingeschrieben
- G. _____, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

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 vier 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.