



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 130/2021/3

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 26. Mai 2021

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde
abgewiesen (VGE 2021/169 vom 31. August 2021).

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

E. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt A. _____

sowie

B. _____ **AG**

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt H. _____

betreffend die Verfügung der B. _____ AG vom 28. Januar 2021 (Nummer 1148743;
Sicherungsanlagenersatz F. _____)

I. Sachverhalt

1. Am 7. September 2020 schrieb die B. _____ AG den Ersatz des Stellwerks der Sicherungsanlage F. _____ im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Gemäss Aufgabenbeschrieb soll das neue Stellwerk als Spurplanstellwerk Domino 67 inkl. Rangierfahrstrassen mit neuem und aufgearbeitetem Material aufgebaut und parallel zur laufenden Anlage erstellt und die Fernsteuerung aufgeschaltet werden. Innert Frist reichten einzig die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin ein Angebot ein. Mit Zuschlagsverfügung vom 28. Januar 2021 erteilte die B. _____ AG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Als

Begründung führte die Vergabestelle aus, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei aufgrund der Bewertung aller in der Evaluation einbezogener Angebote mit 393 Nutzwertpunkten das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis. Die Differenz zum nächstplatzierten Angebot betrage 91 Nutzwertpunkte. Die Zuschlagsverfügung enthielt als Beilage das Ergebnis der Nutzwertanalyse.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 28. Januar 2021 erhob die Beschwerdeführerin am 9. Februar 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD). Sie beantragt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sich. In formeller Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In den Erwägungen verlangt sie, es seien ihr die gesamten Verfahrensakten zur Einsichtnahme und allfälligen ergänzenden Stellungnahme zukommen zu lassen. Zudem sei die Liste der von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Subunternehmen offen zu legen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Gleichzeitig wurde die B._____AG mit Verfügung vom 11. Februar 2021 darauf hingewiesen, dass es ihr aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung und gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. c ÖBV² derzeit untersagt sei, einen Vertragsabschluss vorzunehmen.

Mit Stellungnahme vom 2. März 2021 beantragt die B._____AG, die Beschwerde und der prozessuale Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen. Zudem stellt sie den Antrag, aufgrund des auf das Eignungskriterium 1 beschränkten Streitgegenstandes sei weder der Beschwerdeführerin noch der Beschwerdegegnerin Einblick in die jeweiligen Offerten der Gegenpartei zu gewähren. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 4. März 2021, die Beschwerde sei abzuweisen. Zudem sei der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen und es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

4. Mit Zwischenverfügung vom 11. März 2021 hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin insofern gut, als ihr Einsicht in diverse Verfahrensakten in teilweise noch zu anonymisierender Form in Aussicht gestellt wurde. Die B._____AG wurde gebeten, die entsprechenden Unterlagen zu anonymisieren. Soweit die Beschwerdeführerin Einsicht in die Offerte der Konkurrentin und weitere Verfahrensakten verlangte, wurde das Gesuch abgewiesen. Der Beschwerdegegnerin teilte das Rechtsamt mit dieser Zwischenverfügung zudem mit, dass es der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht superprovisorisch erteilt habe. Vielmehr dürfe der Vertrag gestützt auf Art. 32 Abs. 1 ÖBV erst abgeschlossen werden, wenn im Falle einer Beschwerde mit Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung feststehe, dass die aufschiebende Wirkung nicht erteilt werde. Über das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung werde zu einem späteren Zeitpunkt befunden.

Mit Eingabe vom 18. März 2021 gingen die von der B._____AG anonymisierten Akten ein. Mit Verfügung vom 23. März 2021 stellte das Rechtsamt fest, dass die B._____AG bei den Auswertungsunterlagen zu viel anonymisiert hat. Es forderte die B._____AG nochmals auf, diese Akten nur insoweit zu anonymisieren, als Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin oder anderer Unternehmen betroffen sind. Diese Akten reichte die B._____AG mit Eingabe vom 24. März 2021 ein. Mit Verfügung vom 25. März 2021 stellte das Rechtsamt die der Beschwerdeführerin in Aussicht gestellten Akten in teilweise anonymisierter Form zu und gab ihr

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).

² Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen und zu den Eingaben der B. _____ AG und der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen.

Nach Gewährung einer Fristerstreckung reichte die Beschwerdeführerin am 8. April 2021 eine Stellungnahme ein und hielt dabei an ihren Anträgen gemäss Beschwerde vom 9. Februar 2021 fest. Die B. _____ AG nahm hierzu mit Eingabe vom 22. April 2021 Stellung. Dabei hielt sie an ihrem Hauptantrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Eventualiter beantragt die B. _____ AG neu, die Beschwerde sei gutzuheissen, die Beschwerdegegnerin sei vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen. Der Verfahrensausgang sei von den Äusserungen der Beschwerdegegnerin in der zweiten Stellungnahme abhängig. Die Beschwerdegegnerin hielt mit Stellungnahme vom 26. April 2021 an ihren Anträgen gemäss Beschwerdeantwort vom 4. März 2021 fest.

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 ÖBG³ 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 Regierungsrats angefochten werden. Die B. _____ AG ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft. Die Aktien werden aber grösstenteils von öffentlich-rechtlichen Körperschaften gehalten. Der Kanton Bern ist mit X % und der Bund mit Y % daran beteiligt. Das übrige Aktienkapital fällt auf andere Kantone, Gemeinden sowie Private. Der Kanton Bern hält die grösste Beteiligung an der B. _____ AG. Sie stellt damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c ÖBG dar. Die BVD ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

b) Im vorliegenden Beschaffungsverfahren reichten bloss die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin ein Angebot ein. Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen. 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.

c) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG⁴, 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 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).

2. Eignungskriterium 1 «Lizenznehmer Domino» und Standpunkte

a) Mit dem Eignungskriterium 1 «Lizenznehmer Domino» verlangte die B._____AG gemäss Ausschreibungsunterlagen von den Anbieterinnen Folgendes⁵:

«Der Anbieter bestätigt durch entsprechende Nachweise das Vorhandensein einer gültigen, sich über den Ausführungszeitraum erstreckenden Lizenzvereinbarung Domino mit der Firma G._____AG. Das beinhaltet u.a., dass Projektierungs- und Zeichnungsleistungen von Domino-Anlagen ausschliesslich durch Lizenznehmer Domino zu erbringen sind.»

Es ist unbestritten, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin über den entsprechenden Lizenzvertrag «Lebenszyklus Domino» verfügen.⁶ In Ziffer 6 dieser Lizenzverträge ist Folgendes festgehalten:

«Der Lizenznehmer ist nicht berechtigt, Unterlizenzen zu verteilen. Der Beizug von Dritten zur Ausführung von Aufträgen im Bereich von Domino-Systemen ist nur zulässig, sofern diese über einen gültigen Lizenzvertrag mit G._____AG verfügen.»

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die jeweiligen Eigentümer von Domino-Systemen seien verpflichtet, Arbeiten an diesen Systemen nur an Anbieter zu vergeben, welche über eine entsprechende Lizenz verfügen. Gemäss Anhang des Lizenzvertrags müssten für Montagen und Werkprüfungen von Domino-Technologien Lizenzverträge abgeschlossen werden. Die Beschwerdegegnerin verfüge über keine Montageabteilung, weshalb sie auf den Beizug von Subunternehmen angewiesen sei. Diese Subunternehmen, welche für die Montage und Werkprüfung zuständig seien, müssten im Zeitpunkt der Vergabe über eine Domino-Lizenz verfügen. Dies scheine aber nicht der Fall zu sein. Die Beschwerdegegnerin scheine mit der I._____GmbH und der J._____GmbH zusammenzuarbeiten. Diese Unternehmen würden aber nicht über eine Domino-Lizenz verfügen, weshalb die Beschwerdegegnerin von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die B._____AG entgegnet in ihrer Stellungnahme vom 2. März 2021, die Beschwerdeführerin bringe eine Argumentation vor, welche den Aussagen der Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte widerspreche. Darin habe diese ausgeführt, dass die beteiligten Unternehmen über Lizenzen verfügen würden, die sie legitimieren am PV Domino zu partizipieren. Entscheidend für den Verfahrensausgang sei nun, ob die Beschwerdegegnerin ihre im Rahmen der Offertstellung gemachten Angaben gegenüber der Rechtsmittelinstanz bestätige. Aus ihrer Sicht sei von einer wahrheitsgemässen Angabe in der Offertstellung auszugehen.

Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Beschwerdeantwort vom 4. März 2021 aus, sie erfülle das Eignungskriterium 1, da sie mit der G._____AG eine Lizenzvereinbarung «Domino» abgeschlossen habe. Für die Montagearbeiten werde sie über Personalverleihverträge Personal der Unternehmung I._____GmbH beiziehen. Auch für die Werkprüfung werde sie mittels Personalverleihverträgen Personal der J._____GmbH sowie der K._____GmbH beiziehen. Beim Personalverleih unterstehe der verliehene Arbeitnehmer gemäss AVV⁷

⁵ Dokument A: Submissionsdokumentation vom 5. August 2020, Ziffer 4.3.1, Vorakten pag. 8.

⁶ Vorakten pag. 131 ff. und Beilage 4 zur Beschwerde vom 9. Februar 2021.

⁷ Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111).

hinsichtlich der Arbeitsleistung dem Weisungsrecht des Einsatzbetriebes. Der verliehene Arbeitnehmer werde in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden. Der verliehene Arbeitnehmer arbeite damit im Einsatzbetrieb, wie wenn er ein eigener Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes wäre. Während der Dauer des Einsatzes der von der I. _____ GmbH, der J. _____ GmbH sowie der K. _____ GmbH an die sie verliehenen Arbeitnehmer gelte die bei ihr vorhandene «Domino» Lizenzierung somit auch für die verliehenen Arbeitnehmer, welche wie eigene Arbeitnehmer zu behandeln seien. Sie ziehe die betreffenden Unternehmen nicht als Subunternehmer bei, sondern leihe deren Personal im Rahmen der Personalverleihverträge aus. Als Beilage reichte die Beschwerdegegnerin drei Entwürfe von Personalleihverträgen vom 11. September 2020 mit der I. _____ GmbH, der J. _____ GmbH sowie der K. _____ GmbH ein.

Die Beschwerdeführerin ergänzt in ihrer Eingabe vom 8. April 2021, die Unterlagen würden deutlich machen, dass die Beschwerdegegnerin Subunternehmen beiziehe und nicht Personal ausleihen wolle. Diese Subunternehmen würden nicht über die nötigen Lizenzen verfügen, weshalb das Angebot von der Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen sei. Sie vermutet sodann, dass die von der Beschwerdegegnerin eingereichten, bloss vier Tage nach der öffentlichen Ausschreibung datierten Personalleihverträge nach Einreichen der Beschwerdeschrift ausgestellt und zurückdatiert worden seien.

Die B. _____ AG führt in der Stellungnahme vom 22. April 2021 aus, sie sei aufgrund der Angaben der Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot davon ausgegangen, dass die beteiligten Unternehmen als Subunternehmen agieren und über die notwendigen Lizenzrechte verfügen würden. Die Aussagen der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 4. März 2021 stünden im Widerspruch zu den Angaben in ihrem Angebot, wo sich keinerlei Hinweise auf einen Personalverleih fänden. Falls die Beschwerdegegnerin ihre Aussagen betreffend Personalverleih bestätige, so stelle dies eine wesentliche Änderung hinsichtlich ihrer Projektorganisation und damit ihres Angebots dar. Eine solche Änderung sei nach Einreichung des Angebots nicht mehr zulässig. Halte die Beschwerdegegnerin an dieser Aussage fest, so habe sie ihr falsche Auskünfte erteilt und sei deswegen vom Verfahren auszuschliessen. In diesem Fall sei der Zuschlag – in Gutheissung der Beschwerde – der Beschwerdeführerin zu erteilen. Könne sie dagegen rechtskonform darlegen, dass die Firmen L. _____, I. _____ GmbH und J. _____ GmbH im Einklang mit ihrem Angebot als Subunternehmen agieren wie auch über die erforderlichen Lizenzrechte verfügen, so sei der Zuschlag zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin hält in der Stellungnahme vom 26. April 2021 fest, sie habe die I. _____ GmbH, der J. _____ GmbH sowie der K. _____ GmbH in ihrer Offerte irrtümlicherweise als Subunternehmen bezeichnet. Dies ändere aber nichts an der Tatsache, dass sie das Personal der betreffenden Unternehmen im Rahmen von Personalleihverträgen ausleihe. Die Bezeichnung in der Offerte als Subunternehmen sei nicht von Relevanz. Massgebend sei einzig der tatsächliche diesbezügliche Wille, welcher stets darin bestanden habe, dieses Personal auszuleihen. Die entsprechenden Unternehmen müssten daher auch nicht über die geforderten Lizenzrechte verfügen. Die Beschwerdegegnerin weist sodann die Vorwürfe der Beschwerdeführerin, die Personalleihverträge seien rückdatiert worden, zurück. Sie arbeite regelmässig mit den besagten Unternehmen zusammen und es seien keine langwierigen Vertragsverhandlungen nötig gewesen. Vielmehr hätten bereits vorformulierte Standardrahmenpersonalverleihverträge verwendet werden können. Sie sei mit diesen Unternehmen am 11. September 2020 mündlich übereingekommen, die im Entwurf eingereichten Personalverleihverträge abzuschliessen.

3. Falsche Auskünfte, Änderung des Angebots

a) Gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. d ÖBV schliesst die Auftraggeberin Anbieterinnen von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn diese ihr falsche Auskünfte erteilt haben. Gemäss Art. 19 und Art. 25 Abs. 2 ÖBV darf ein Angebot zudem nach seiner Einreichung – vorbehaltlich der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern – nicht mehr geändert werden.

b) Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte unter Ziffer 4.1 «Unsere Subunternehmer»⁸ die Firma L._____ für die «Schaltungsprojektierung Innen- und Aussenanlage», die Firma I._____ GmbH für die «Montage Innenanlage» und die Firma J._____ GmbH für die «Werkprüfung» aufgeführt. Bei der Rollenverteilung und dem Schlüsselpersonal⁹ ist als stellvertretender Werkprüfer zusätzlich eine Person der Firma K._____ GmbH aufgeführt. Im folgenden Abschnitt der Offerte (Ziffer 5 «Qualifikation der Schlüsselpersonen») ist bei den betreffenden Personen der ersten drei Unternehmen von Schlüsselpersonen im Subplaner-Verhältnis die Rede.¹⁰ Im Projektorganigramm unter Ziffer 8.3¹¹ sind die drei Firmen L._____, I._____ GmbH und J._____ GmbH direkt unter der Projektleitung (Beschwerdegegnerin) aufgeführt. In Ziffer 9.2 «Qualitätssicherung und Projektverlauf»¹² und im Ausführungspflichtenheft S. 15¹³ ist jeweils ausdrücklich von «Subunternehmen» die Rede.

Unter Ziffer 6 «Lizenznehmer Domino»¹⁴ führt die Beschwerdegegnerin sodann Folgendes aus: «Die beteiligten Unternehmen verfügen über Lizenzen, die sie legitimieren am PV Domino zu partizipieren. Alle bisherigen Lizenzen werden während der gesamten Projektzeit bezogen und entsprechend den vertraglichen Bedingungen entgolten».

c) Entgegen den Ausführungen unter Ziffer 6 des Angebots der Beschwerdegegnerin verfügt von den beigezogenen Unternehmen einzig die Firma L._____ über die nötige Lizenz, nicht jedoch die Firmen I._____ GmbH, J._____ GmbH sowie K._____ GmbH (vgl. die von der Beschwerdeführerin eingereichte Liste der Lizenznehmer gemäss Jahresbericht Domino, Stand per 31.12.2020¹⁵). Dies wird von der Beschwerdegegnerin im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens auch nicht bestritten. Indem die Beschwerdegegnerin in Ziffer 6 ihrer Offerte ausführte, die beteiligten Unternehmen würden über Lizenzen verfügen, die sie legitimieren am PV Domino zu partizipieren, hat sie damit der B._____ AG als Auftraggeberin in einem zentralen Punkt eine falsche Auskunft erteilt. Bereits aus diesem Grund hätte die Beschwerdegegnerin im Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden müssen.

d) Weiter erwähnt die Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte mit keinem Wort, dass sie das Personal dieser beteiligten Unternehmen mittels Personalverleihverträgen ausleihen will. Diese Absicht äussert sie erstmals in der Beschwerdeantwort vom 4. März 2021. In der Offerte dagegen brachte sie mehrfach und klar zum Ausdruck, dass es sich bei diesen Unternehmen um Subunternehmen handeln soll (vgl. E. 3b). Auch das Projektorganigramm unter Ziffer 8.3 der Offerte lässt keinen anderen Schluss zu. Für die B._____ AG bestand kein Anlass, diese Informationen zur Projektorganisation in Frage zu stellen. Vielmehr konnte und musste sie gestützt auf die Angaben in der Offerte davon ausgehen, dass die erwähnten Unternehmen als Subunternehmen der Beschwerdegegnerin auftreten. In keiner Weise liess sich aus der Offerte schliessen, dass sie von diesen Unternehmen nur Personal auszuleihen beabsichtigt. Auch in

⁸ Vorakten pag. 83.

⁹ Vorakten pag. 82.

¹⁰ Vorakten pag. 86, 88 und 90.

¹¹ Vorakten pag. 93.

¹² Vorakten pag. 96 erster Abschnitt.

¹³ Vorakten pag. 109, erster Abschnitt.

¹⁴ Vorakten pag. 92.

¹⁵ Beilage 5 zur Beschwerde.

diesem wesentlichen Punkt ihrer Projektorganisation hat damit die Beschwerdegegnerin der B._____AG im Rahmen ihrer Offerte eine falsche Auskunft erteilt.

e) Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Beschwerdegegnerin mit dieser Änderung vom Einbezug der erwähnten Unternehmen als Subunternehmen gemäss Offerte hin zur Ausleihung deren Personals mittels Personalleihverträgen ohne direkte Beteiligung der Drittunternehmen eine komplett andere Projektorganisation vorsieht. Dies stellt – wie dies die B._____AG in ihrer Eingabe vom 22. April 2021 richtig ausführt – eine wesentliche Änderung ihres Angebots dar. Ein solche Änderung nach Einreichung der Offerte widerspricht dem Änderungsverbot von Art. 19 ÖBV und ist damit vergaberechtlich unzulässig.

4. Rechtsfolgen

a) Insgesamt liegen beim Angebot der Beschwerdegegnerin zwei Ausschlussgründe vor. Einerseits hat die Beschwerdegegnerin der B._____AG in der Offerte falsche Auskünfte erteilt (Art. 24 Abs. 1 Bst. d ÖBV) und andererseits hat die Beschwerdegegnerin ihr Angebot nach dessen Einreichung in unzulässiger Weise wesentlich verändert (Art. 19 ÖBV). Hätte die B._____AG im Vergabeverfahren von diesen Verstössen gewusst, hätte sie das Angebot der Beschwerdegegnerin bereits zu diesem Zeitpunkt ausschliessen müssen.

b) Die Beschwerdeinstanz darf einen Ausschlussgrund, der nicht zwingend einen Ausschluss erfordert, sondern einen Ausschluss nach Ermessen der Vergabestelle ermöglichen würde, aufgrund des ihr auferlegten Verbots der Ermessensprüfung nicht berücksichtigen, auch wenn sie den Ausschlussgrund als realisiert erachtet.¹⁶

Vorliegend lag der Ausschluss jedoch nicht im Ermessen der Vergabestelle. Vielmehr hätte sie das Angebot der Beschwerdegegnerin aufgrund der Falschangaben sowie einer wesentlichen Veränderung nach Einreichung der Offerte zwingend ausschliessen müssen, wenn sie von diesen Verstössen bereits im Vergabeverfahren gewusst hätte. Dass sie dies nicht gemacht hat, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, da für sie kein Anlass bestand, die Angaben der Beschwerdegegnerin in Frage zu stellen. Sie durfte mit anderen Worten davon ausgehen, dass die Angaben der Beschwerdegegnerin in der Offerte richtig sind. Die Ausschlussgründe sind daher auch von der BVD als Beschwerdeinstanz noch zu berücksichtigen, ohne dass dabei das ihr auferlegte Verbot der Ermessensprüfung verletzt wird.

c) Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin mit der von ihr im Beschwerdeverfahren erstmals vorgebrachten Projektorganisation mittels Personalleihe die Voraussetzungen des Eignungskriteriums 1 «Lizenznehmer Domino» erfüllen würde. Trotzdem ist hier festzuhalten, dass dies zumindest fraglich ist. So scheint vorab zweifelhaft, ob das Instrument des Personalverleihs nach Art. 12 ff. AVG¹⁷ vorliegend überhaupt zur Anwendung gelangen kann. Die in der Offerte der Beschwerdegegnerin aufgeführten Personen der Unternehmen I._____GmbH, J._____GmbH und K._____GmbH sind Schlüsselpersonen dieser Unternehmen (Teilhaber oder Inhaber/einziger Gesellschafter). Es handelt sich zudem um Kleinunternehmen, wobei es sich bei der J._____GmbH und K._____GmbH sogar um Einmannbetriebe zu handeln scheint. Ein Personalverleih solcher Personen kommt damit einer Beschäftigung des ganzen Unternehmens gleich, was einem Subunternehmer-Verhältnis gleichzusetzen ist. Würde man in solchen Konstellationen das Instrument des Personalverleihs

¹⁶ Martin Beyeler, Anmerkungen zu BGer 2D_18/2011, in BR 2011 S. 264.

¹⁷ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11).

akzeptieren, könnte auch ein allfälliges Verbot des Beizugs von Subunternehmen (was die Vergabestelle vorschreiben kann, hier jedoch nicht der Fall ist) umgangen werden. Vorliegend könnte damit die Forderung der B. _____ AG und die Vorgabe des Lizenzgebers umgangen werden, wonach Leistungen ausschliesslich durch Lizenznehmer zu erbringen sind, indem die betreffenden Kleinunternehmen ihren einzigen Arbeiter und zugleich Inhaber ausleihen. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass damit die Grenze des Rechtsmissbrauchs überschritten wird. Letztlich kann dies jedoch – wie ausgeführt – offen bleiben, da das Angebot der Beschwerdegegnerin ohnehin auszuschliessen ist.

d) Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin ist vom Verfahren auszuschliessen. Die B. _____ AG hat den Zuschlag zu Unrecht der Beschwerdegegnerin erteilt; der Zuschlag ist entsprechend aufzuheben. Da einzig die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin ein Angebot eingereicht haben, kommt nach dem Ausschluss der Beschwerdegegnerin für den Zuschlag nur noch das Angebot der Beschwerdeführerin in Frage. Der Zuschlag wird daher – entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin und dem Eventualantrag der B. _____ AG – direkt der Beschwerdeführerin zugesprochen (reformatorische Wirkung). Eine Rückweisung an die Vorinstanz (Kassation) macht unter diesen Umständen keinen Sinn.

5. Gesuch um aufschiebende Wirkung, Beweismittel, Kosten

a) 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).

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die von der Beschwerdegegnerin beantragten Zeugeneinvernahmen konnte daher verzichtet werden, da von diesen keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.¹⁸

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁹).

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). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend.

Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig²⁰ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG

¹⁸ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen.

¹⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

²⁰ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>.

unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.²¹ Ansonsten gibt die Kostennote zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat somit der Beschwerdeführerin Parteikosten von CHF 1889.75 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Beschwerdegegnerin wird vom Verfahren ausgeschlossen und die Zuschlagsverfügung vom 28. Januar 2021 wird aufgehoben. Das Angebot der Beschwerdeführerin vom 12. November 2020 erhält den Zuschlag.
2. Das Verfahren betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.00 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von CHF 1889.75 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- E._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt H._____, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

²¹ BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6.

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.