



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 130/2022/2

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 19. Mai 2022

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

und

D._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), Reiterstrasse 11, 3013 Bern

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude vom 7. März 2022
(Geschäfts-Nr. Q21.0278; Flachdachsanieierung E._____strasse 5 Bern)

I. Sachverhalt

1. Beim Gebäude A._____ an der F._____strasse 5 in Bern soll das bestehende Flachdach erneuert werden. Für diese Flachdachsanieierung schrieb das AGG die Leistungen im offenen Verfahren nach Art. 4 ÖBV¹ auf der Webseite des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Innert Frist reichten sechs Anbieterinnen ein Angebot ein, darunter auch die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin. Mit Zuschlagsverfügung vom 7. März 2022 erteilte das AGG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag und schloss die Beschwerdeführerin vom Verfahren aus, da ihr Angebot nicht den Ausschreibungsunterlagen entspreche.

2. Gegen diese Zuschlags- und Ausschlussverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 15. März 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Sie beantragt die Überprüfung des Ausschlusses aufgrund einer nicht nachvollziehbaren Begründung und damit sinngemäss auch die Aufhebung der Zuschlagsverfügung an die Beschwerdegegnerin und die Erteilung des Zuschlags an sich.

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

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme. Mit Stellungnahme vom 24. März 2022 beantragt das AGG die Abweisung der Beschwerde. Mit Verfügung vom 13. April 2022 erhielten die Parteien Gelegenheit, sich zum Beweisverfahren zu äussern. Es gingen keine weiteren Stellungnahmen ein.

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

II. Erwägungen

1. Anwendbares Recht, Sachurteilsvoraussetzungen

a) Seit dem 1. Februar 2022 gelangt im Kanton Bern die totalrevidierte IVöB 2019³ als kantonales Gesetzesrecht zur Anwendung. Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019 werden jedoch Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die vorliegende öffentliche Beschaffung wurde am 24. November 2021 ausgeschrieben, so dass noch das alte Recht (ÖBG⁴, ÖBV) zur Anwendung kommt.

b) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG können Zuschlagsverfügungen kantonaler 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.

c) Im vorliegenden Ausschreibungsverfahren sind sechs Angebote eingegangen, wobei zwei Anbietende – darunter die Beschwerdeführende – vom Verfahren ausgeschlossen wurden. Die Beschwerdegegnerin hat ihre Leistungen zu einem Preis von CHF 328 454.00 angeboten. Die Beschwerdeführerin bot die Leistungen gemäss Angebot vom 20. Januar 2021 zu einem Preis von CHF 325 786.75 an. Die Beschwerdeführerin hätte somit 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. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

d) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG⁵, 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. 1 ÖBG). Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

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 Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019; BSG 731.2-1)

⁴ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.21)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Ausschluss

a) Mit Verfügung vom 7. März 2022 teilte das AGG der Beschwerdeführerin mit, sie werde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Zur Begründung führte das AGG aus, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen des Angebots auf das Teuerungsrisiko aufmerksam gemacht und sich explizit vorbehalten, bei Vertragsabschluss einen Teuerungsausgleich aufgrund einer Teuerungsabrechnung im Sinne der SIA⁶-Norm 118 Art. 64-68 zu vereinbaren. Die Ausschreibung habe aber vorgegeben, dass die angebotenen Werkpreise nicht teuerungsberechtigt seien. Der Vorbehalt betreffend die Teuerung widerspreche somit den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. Das Angebot sei nicht mit den anderen eingegangenen Angeboten vergleichbar und müsse in Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom Verfahren ausgeschlossen werden.

b) In der Beschwerde vom 14. März 2022 bringt die Beschwerdeführerin vor, ihr Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. In ihrer Offerte sei eine standardisierte Bedingung enthalten, welche aufgrund der Coronakrise formuliert worden sei. Diese dürfe nicht über die Werkvertragsbedingung gestellt werden. Es hätte davon ausgegangen werden können, dass die Beschwerdeführerin aufgrund eines Standardtextes wohl kaum einen Auftrag gefährden würde. Mit der Unterzeichnung der Offerte seien die Beilagen und gemäss Ausschreibung verbindlichen Bedingungen zur Kenntnis genommen und akzeptiert worden. Damit sei das Inkrafttreten eines Standardtextes seitens Unternehmer wegbedungen. Zudem sei in der Ausschreibung bei den Eignungskriterien vermerkt, der Bauherr behalte sich vor, nach Offerteneingang weitere Nachweise einzuverlangen. Es wäre daher möglich gewesen, den Standardtext in der Offerte als ungültigen Nachweis zu verlangen.

c) Die Vergabestelle gab in ihrer Stellungnahme vom 24. März 2022 an, in den Ausschreibungsunterlagen sei klar vorgegeben worden, dass die angebotenen Werkpreise nicht teuerungsberechtigt seien. Trotzdem habe die Beschwerdeführerin ihr Angebot unter dem Vorbehalt unterbreitet, dass eine allfällige Teuerung geltend gemacht werden kann. Dieser Vorbehalt habe den Vorgaben der Ausschreibung widersprochen.

Weiter führt die Vergabestelle aus, die Formulierung des Vorbehalts der Beschwerdeführerin sei unmissverständlich und sie könne nicht als «Standardtext» aufgefasst werden, welcher für das Ausschreibungsverfahren keine Gültigkeit haben würde. Der entsprechende Text sei in das Angebot integriert und auch unterzeichnet worden. Es handle sich nicht um ein versehentlich eingeschobenes Dokument. Die Teuerung sei in den Ausschreibungsunterlagen denn auch mehrfach thematisiert worden und sei ein zentrales Kriterium für die Preisgestaltung. Die Teuerung werde in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren, im Werkvertragsentwurf, auf dem Deckblatt des Werkvertrages und auf dem Angebotsdeckblatt erwähnt. Die Ausschreibung sei von den Parteien nicht angefochten worden und daher rechtskräftig geworden. Im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote müssten Angebote, welche einen Vorbehalt bezüglich der Teuerung vorbringen, vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Die Vergabestelle bringt weiter vor, dass sie der Beschwerdeführerin nicht hätte die Möglichkeit bieten müssen, den Vorbehalt zurückzunehmen. Der Vorbehalt habe sich auf den Angebotspreis bezogen, andere Anbieter hätten das Risiko von Preisänderungen im Angebotspreis einkalkulieren müssen. Wäre der Beschwerdeführerin die Möglichkeit geboten worden, den Vorbehalt zurückzunehmen, wäre dies einer «Abgebotsrunde» gleichgekommen, welche nicht zulässig sei. Es handle sich auch nicht um einen offensichtlichen Rechnungs- oder Schreibfehler, welcher im Sinne von Art. 25 ÖBV hätte berichtigt werden können.

⁶ Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein

d) Nach Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV wird eine Anbieterin von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn ihr Angebot der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht. Die Übereinstimmung der Offerte mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag; Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, müssen ausgeschlossen werden. Dabei ist die Offerte so zu beurteilen, wie sie eingereicht worden ist; eine nachträgliche Änderung des Angebots ist, abgesehen von der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern, unzulässig (Art. 19 i.V.m. Art. 25 Abs. 2 ÖBV). Damit gewährleistet ist, dass keine Anbieterin bevorteilt wird und die Vergabebehörde über eine möglichst klare, übersichtliche und vergleichbare Ausgangslage bei der Zuschlagserteilung verfügt, rechtfertigt es sich, an das Erfordernis der Ausschreibungskonformität einen relativ strengen Massstab anzulegen. Zu berücksichtigen bleibt aber in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV⁷ sowie das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus. Daher soll vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.⁸

e) Die Ausschreibungsunterlagen enthalten ein Angebotsformular. Auf diesem ist bei «Teuerung» ein «-» angebracht.⁹ Das Formular der KBOB¹⁰ «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A» behandelt in Ziffer C.4 die Preisänderung infolge Teuerung. Dort hat die Vergabestelle «Im Vergabeverfahren keine.» vermerkt.¹¹ In den Ausschreibungsunterlagen ist auch der Entwurf des Werkvertrags enthalten, welcher nach dem Zuschlag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden soll. Auf der ersten Seite des Vertragsentwurfes ist vermerkt «Teuerungsberechtigt: Nein».¹² Unter Ziffer 3.5 des Vertragsentwurfes wird die «Preisänderung infolge Teuerung» geregelt. Aus den Wahlmöglichkeiten hat die Vergabestelle die Regelung «Preisänderungen infolge Teuerung sind inbegriffen.» angekreuzt.¹³

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht damit mehrfach deutlich hervor, dass die Vergabestelle keine Preisanpassungen infolge Teuerung zulässt. Das entsprechende Risiko musste folglich von den Anbietenden bei der Preiskalkulation berücksichtigt werden.

In ihrem Angebot vom 20. Januar 2022 führt die Beschwerdeführerin die gemäss Leistungsverzeichnis gebotenen Positionen auf. Auf der letzten Seite des Angebots hat die Beschwerdeführerin neben anderen Hinweisen wie beispielsweise zu Lieferfristen und zur neuen Bauarbeitenverordnung per 1. Januar 2022 folgende Anmerkung gemacht:

«Material Teuerungsrisiko: Die Preissituation auf den Materialmärkten ist im Moment instabil. Dies widerspiegelt sich in massiven Materialpreisteigerungen.

Wir behalten uns deshalb vor, bei Vertragsabschluss einen Teuerungsausgleich aufgrund einer Teuerungsabrechnung im Sinne der SIA 118 Art. 64-68 zu vereinbaren.»

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁸ VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 352, E. 4.3.2; VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 2.2/2.3, jeweils mit weiteren Hinweisen

⁹ pag. 019 der Vorakten

¹⁰ Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren

¹¹ pag. 027 der Vorakten

¹² pag. 213 der Vorakten

¹³ pag. 221 der Vorakten

Bei Durchsicht der Angebotsunterlagen ist offensichtlich, dass eine teuerungsbedingte Preisanpassung von der Vergabestelle nicht akzeptiert wird. Mit dem Zusatz zur Offerte macht die Beschwerdeführerin deutlich, dass sie das Risiko von Preissteigerungen durch die Vereinbarung eines Teuerungsausgleiches bei Vertragsabschluss auszugleichen gedenkt. Um die Vorgaben der Ausschreibung einzuhalten, hätte die Beschwerdeführerin diesen Zusatz aus der Offerte entfernen müssen und das Risiko der Materialpreissteigerung in ihre Offertkalkulation miteinbeziehen müssen. Dass es sich bei dem Zusatz um einen Standardtext handeln soll, welcher aufgrund der Coronakrise formuliert worden sei, mag zwar stimmen. Nichtsdestotrotz hätte in der vorliegenden Offerte dieser Textbaustein entfernt werden sollen. Die Vergabestelle musste davon ausgehen, dass der von der Beschwerdeführerin angegebene Angebotspreis durch diese bei der Vertragsverhandlung in Frage gestellt werden könnte.

Die Beschwerdeführerin gibt an, sie hätte durch die Unterzeichnung der Bedingungen der Vergabestelle die Beilagen und Bedingungen anerkannt, womit das Inkrafttreten des Standardtextes in ihrer Offerte wegbedungen sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Ist eine Anbieterin mit einer Bedingung der Vergabestelle nicht einverstanden, tut sie dies üblicherweise durch das Anbringen eines Vorbehalts in ihrer Offerte, wie dies die Beschwerdeführerin vorliegend auch getan hat. Die Vergabestelle konnte und musste davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin mit dem Zusatz zur Offerte einen Vorbehalt anbringen wollte.

Um die Gleichbehandlung der Anbietenden sicherzustellen, müssen die eingereichten Angebote vergleichbar sein. In der vorliegenden öffentlichen Ausschreibung war als einziges Zuschlagskriterium der Preis genannt. Es ist davon auszugehen, dass die Anbieterinnen, welche keinen Vorbehalt bezüglich der Teuerung angebracht haben, diese bereits in ihrem Angebotspreis einkalkuliert haben. Die Beschwerdeführerin und auch eine andere Anbieterin, welche ebenfalls vom Verfahren ausgeschlossen wurde, haben sich vorbehalten, bei Materialpreissteigerungen eine Preisanpassung infolge Teuerung geltend zu machen. Dies würde eine Veränderung des angebotenen Werkpreises bedeuten. Somit sind die Angebote nicht mehr vergleichbar. Da die Vergabestelle mehrfach und unmissverständlich in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen hat, dass keine Teuerungsanpassung akzeptiert wird, musste die Beschwerdeführerin auch davon ausgehen, dass dieser Vorbehalt zu einem Ausschluss vom Verfahren führen kann.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vergabestelle hätte den Nachweis verlangen können, dass der Zusatz in der Offerte ungültig sei. Wie die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 24. März 2022 zutreffend ausführte, hätte dieses Vorgehen zu einer unerlaubten Besserstellung der Beschwerdeführerin gegenüber anderen Anbietenden geführt. Der Teuerungsvorbehalt hat einen Einfluss auf den angebotenen Werkpreis. Der nachträgliche Verzicht auf den Vorbehalt hätte eine Änderung des Angebots zur Folge, welche von der Vergabestelle nicht initiiert werden darf.

Aufgrund der Tatsache, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen mehrfach und unmissverständlich darauf hingewiesen hat, dass kein Teuerungsausgleich in Frage kommt, ist der Mangel im Angebot der Beschwerdeführerin durch das Anbringen des Teuerungsvorbehalts auch kein geringfügiger. Der Ausschluss widerspricht somit weder dem Verbot des überspitzten Formalismus noch dem Verhältnismässigkeitsgebot.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, der Ausschluss sei aufgrund einer nicht nachvollziehbaren Begründung erfolgt. Sie rügt damit sinngemäss die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁴

c) Mit der Zuschlags- und Ausschlussverfügung vom 7. März 2022 wurde der Beschwerdeführerin in der Beilage eine Begründung des Ausschlusses zugestellt. In dieser Begründung gibt die Vergabestelle detailliert und nachvollziehbar an, aus welchen Gründen der Ausschluss erfolgte. Das rechtliche Gehör wurde nicht verletzt.

4. Zusammenfassung, Kosten

a) Zusammenfassend ging die Vergabestelle zu Recht davon aus, dass es sich beim Zusatz zur Offerte der Beschwerdeführerin um einen unzulässigen Vorbehalt handelte. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren ist rechtmässig erfolgt. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

b) 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 CHF 1500.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵).

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlags- und Ausschlussverfügung des AGG vom 7. März 2022 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1500.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁴ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

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

IV. Eröffnung

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

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.