

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2016/1

Bern, 8. März 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____ AG
Beschwerdeführerin

und

B. _____ GmbH
Beschwerdegegnerin

sowie



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

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 27. Januar 2016 (Geschäfts-Nr. C. _____; Maschinenhaus, Gerüste)

I. Sachverhalt

1. Die bestehende Kraftzentrale auf dem D. _____-Areal an der E. _____ Strasse in Bern soll zu einem Musikhaus umgebaut werden. Dabei wird das Gebäude teilweise unterkellert und die Bodenplatte sowie die Decke über dem Erdgeschoss grösstenteils ersetzt. Weitere Decken werden zudem verstärkt; neue Innenwände werden mit Zementsteinmauerwerk ausgebildet. Die bestehende Tragstruktur des Daches soll erhalten bleiben und durch Stahlträger in der Ebene der neuen wärme gedämmten hölzernen Dachelemente teilweise verstärkt werden. Für das dazu notwendige Gerüst führte das AGG ein Einla-

dungsverfahren nach Art. 4 ÖBG¹ durch. Dabei lud es sechs Unternehmen ein. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.² Nach Versand der Submissionsunterlagen stellte ein Unternehmen fest, dass sich bei der Position 412.503 des Leistungsverzeichnisses (Mietdauer/Vorhaltezeit) ein Fehler eingeschlichen hat, indem eine Leistungseinheit von 112608 statt einer solchen von 11260.8 aufgeführt wurde. Mit elektronischem Schreiben vom 8. Oktober 2015³ wurde dieser Fehler sämtlichen eingeladenen Unternehmen mitgeteilt.

Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 20. Oktober 2015 eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 27. Januar 2016 erteilte das AGG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. Januar 2016 erhob die Beschwerdeführerin bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) am 28. Januar 2016 Beschwerde. Am 29. Januar 2016 reichte sie einen Nachtrag zur Beschwerde ein. Dabei beantragt sie eine Sistierung der Vergabe und eine Neuausschreibung. Sie macht vorab geltend, der Fehler bei der Offertposition 412.503 habe die ganze Offerte verfälscht, in ihrem Fall ergäbe sich eine Differenz von 76'010 Franken. Zudem sei bei ihrem Angebot kein Lehrlingsbonus berücksichtigt worden. Weiter sei zu vermuten, dass die Zuschlagsempfängerin als vorbefasst gelte und ihr Angebot aufgrund der grossen Differenz zur zweitklassierten Offerte als Unterangebot zu gelten habe. Das Angebot der Beschwerdegegnerin sei daher auszuschliessen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, gab dem AGG und der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 1. Februar 2016 Gelegenheit, sich zur Beschwerde zu äussern. Gleichzeitig führte das Rechtsamt aus, dass eine Zuschlagsverfügung nur anfechtbar sei, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht würden. Diese Schwellenwerte würden 150'000 Franken (bei Baunebengewerbe) bzw. 300'000 Franken (bei Bauhauptgewerbe) betragen. Aufgrund der fehlenden Akten sei noch

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

² Dokument „Submissionsbedingungen“, Vorakten pag. 312.

³ Vorakten pag. 478.

⁴ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

unklar, welche Umbauarbeiten beim umstrittenen Gebäude vorgesehen sind bzw. für welche Arbeiten das Gerüst benötigt wird. Dies sei aufgrund einer summarischen Prüfung relevant, um die Frage zu beurteilen, ob es sich bei der vorliegenden Vergabe (Gerüstbau) um Bauhaupt- oder Baunebengewerbe handle. Sämtliche Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

Mit Stellungnahme vom 12. Februar 2016 beantragte das AGG die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerde sei zudem die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin stellte mit Beschwerdeantwort vom 11. Februar 2016 ebenfalls den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtete sie auf einen Antrag.

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

II. Erwägungen

1. Nichteintreten

a) Gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG ist eine Zuschlagsverfügung nur anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht werden. **Art. 12 Abs. 3 ÖBG hält für kantonale Aufträge fest, dass Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens nicht anfechtbar sind.** Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist zudem für die Anfechtbarkeit der Schwellenwert massgebend, nicht ob tatsächlich ein Einladungsverfahren durchgeführt worden ist.⁵

Das Verwaltungsgericht kam in einem vergleichbaren Fall im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle zum Ergebnis, dass die bernische Regelung (Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG

⁵ VGE 21948 vom 7. Juni 2004, in BVR 2005 350, E. 2; VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 355, E. 2.4.

und Art. 12 Abs. 3 ÖBG) mit dem BGBM⁶ und damit mit übergeordnetem Recht vereinbar ist.⁷ Dies wurde vom Bundesgericht bestätigt.⁸

Kantonale Aufträge werden im Einladungsverfahren vergeben, wenn deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 150'000 Franken (bei Baunebengewerbe) bzw. 300'000 Franken (bei Bauhauptgewerbe) erreicht.

b) **Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Die übrigen Arbeiten – etwa für die mit dem Bauwerk fest verbundene Ausstattung und Ausrüstung des Bauwerks sowie die technischen Installationen – gehören zum Baunebengewerbe.⁹ Im Einzelfall ist stets zu prüfen, ob die konkreten Bauarbeiten ein tragendes Element betreffen.**

Vorliegend dient das **Gerüst** dem Umbau eines bestehenden Hauses, wobei die Eingriffe nicht nur die Gebäudehülle betreffen. **Vielmehr werden tragende Konstruktionen teilweise ersetzt oder verstärkt sowie Teilabbruch- und Neubauarbeiten vorgenommen. Der umstrittene Gerüstbau ist daher dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen.**

Damit sind kantonale Auftragsvergaben unterhalb des Schwellenwerts des Einladungsverfahrens von 300'000 Franken nicht anfechtbar.

c) **Massgebend für die Anfechtbarkeit der Zuschlagsverfügung ist der von der Vergabestelle im Voraus geschätzte Auftragswert.¹⁰** Der Kostenvoranschlag für die zu beschaffenden Gerüstleistungen schätzte die Vergabestelle auf 138'735 Franken (ohne Mehrwertsteuer)¹¹, was deutlich unter dem massgebenden Schwellenwert von 300'000 Franken liegt. Zudem wurde der streitige Auftrag der Beschwerdegegnerin für 130'000 Franken

⁶ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02).

⁷ VGE 21948 vom 7. Juni 2004, in BVR 2005 350, E. 3-5; VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 355, E. 2.4.

⁸ BGE 131 I 137.

⁹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 217.

¹⁰ So auch Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Nr. 275 S. 591.

¹¹ Dokument „Liste Anbieter“, Vorakten pag. 294.

(Brutto, ohne Mehrwertsteuer) vergeben. Auch sämtliche weitere Angebote lagen deutlich unter dem Schwellenwert von 300'000 Franken.¹²

Damit kann der streitige Zuschlag nicht angefochten werden. Dass das AGG ein Einladungsverfahren durchgeführt hat, obschon der Auftrag hätte freihändig vergeben werden können, ändert nach dem Gesagten (E. 1a) an der Nichtanfechtbarkeit des Zuschlags nichts. Auf die Beschwerde ist entsprechend nicht einzutreten.

d) Selbst wenn der umstrittene Gerüstbau – entgegen dem Ausgeführten – dem Baunebengewerbe zuzuordnen wäre, würde dies nichts am Ergebnis ändern. So unterschreitet der Kostenvoranschlag der Vergabestelle auch den für das Baunebengewerbe massgebenden Schwellenwert von 150'000 Franken. Auch lagen die Angebote (brutto, ohne Mehrwertsteuer) der Zuschlagsempfängerin (130'000 Franken) und der Beschwerdeführerin (149'991 Franken, nach Bereinigung des Fehlers bei der Offertposition 412.503) unter diesem Wert.

2. Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache 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 VRPG¹³).

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴).

¹² Vgl. Angebotsübersicht, Vorakten pag. 488-492.

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

b) Die Beschwerdegegnerin war nicht anwaltlich vertreten. Parteikosten werden daher keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde vom 28. Januar 2016 mit Ergänzung vom 29. Januar 2016 wird nicht eingetreten.
2. Das Verfahren betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____ AG, eingeschrieben
- B. _____ GmbH, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Haus

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

