

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 130/2015/5

Bern, 5. Januar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Y. _____
Beschwerdeführerin

und

Z. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Nationalstrassenbau, Reiterstrasse 11, 3011
Bern

vertreten durch Herrn Fürsprecher X. _____

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern (TBA) vom 15. Oktober 2015
(N5 Umfahrung Biel Ostast, Löschwasserversorgung)

I. Sachverhalt

1. Im Rahmen des Projekts "N5, Umfahrung Biel, Ostast" schrieb das TBA, Abteilung Nationalstrassenbau am 29. Juli 2015 das Montieren einer Löschwasserleitung in den Tunneln Büttenberg und Längholz sowie deren Portalbereichen im offenen Verfahren auf www.simap.ch aus. Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin reichten beide am 7. September 2015 jeweils ein Angebot ein. Mit Zuschlagsverfügung vom 15. Oktober 2015 erteilte das TBA der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Für die Begründung wurde auf eine beigelegte Vergleichstabelle aller Angebote in anonymisierter Form verwiesen.

2. Gegen diese Zuschlagsverfügung vom 15. Oktober 2015 erhob die Beschwerdeführerin am 20. Oktober 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE). Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 15. Oktober 2015. Die Beschwerdegegnerin sei wegen Nichteinhaltens der Vorgaben auszuschliessen und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Dabei macht sie geltend, auf dem der Zuschlagsverfügung beigelegten Vergleich sei ihr Netto-Offertpreis nicht richtig eingetragen worden. Zudem habe sich die Beschwerdegegnerin beim offerierten Rohr nicht an die Vorgaben der Ausschreibung gehalten.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 9. November 2015 beantragt das TBA die Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellt die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 9. November 2015.

4. Das TBA teilte dem Rechtsamt mit Brief vom 16. November 2015 mit, dass es mit der Beschwerdegegnerin den Vertragsabschluss getätigt habe.

5. Mit Verfügung vom 17. November 2015 gab das Rechtsamt der BVE der Beschwerdeführerin Gelegenheit, zu den Eingaben der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Von der Beschwerdeführerin ging keine Stellungnahme ein.

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

II. Erwägungen

¹ 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).

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG² können Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die Zuschlagsverfügung wurde vom TBA erlassen, die BVE ist deshalb zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden. Wäre der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht schon unterzeichnet worden, hätte die Beschwerdeführerin im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Sie hat somit 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 BVE tritt auf die Beschwerde ein.

b) Das Verfahren vor der BVE 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.

c) Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG). Die Beschwerdeführerin hat kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Das TBA durfte deshalb den Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abschliessen (Art. 32 Abs. 1 ÖBV⁴). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann im Falle der Gutheissung der Beschwerde nur noch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden (Art. 34 Abs. 2 ÖBV).

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

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

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

2. Gleichwertigkeit des Rohrs

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegnerin habe sich nicht an die Vorgaben der Ausschreibung gehalten. So verlange die Ausschreibung klar ein Rohr, das mindestens gleichwertig mit Buderus TMH Rohren sei. Verlangt sei konkret ein Rohr mit einer Zementmörtelauskleidung. Das von der Beschwerdegegnerin offerierte Rohr (vonRoll Ducpur) entspreche diesen Vorgaben nicht, da es lediglich eine PUR-Innenbeschichtung aufweise. Ihr offeriertes Rohr (WILD Natural HOZ NAT) entspreche diesen Vorgaben dagegen zu 100%. Das Angebot der Beschwerdegegnerin sei daher wegen Nichteinhalten der Vorgaben auszuschliessen.

b) Es ist unbestritten, dass in den Ausschreibungsunterlagen ein Gussrohr aufgeführt ist, welches innen über eine Zementmörtelauskleidung verfügt. Gleichzeitig findet sich unter der genauen Beschreibung des verlangten Rohrtyps die Ergänzung "oder gleichwertig" (vgl. Ziffer 212 des Leistungsbeschriebs). Ebenfalls unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin ein solches Rohr mit Zementmörtelauskleidung offeriert hat, die Beschwerdegegnerin dagegen ein Rohr mit Polyurethan-Beschichtung (PUR). Umstritten ist, ob das von der Beschwerdegegnerin offerierte Rohr als gleichwertig gelten kann oder nicht.

c) Wie die Vorinstanz in der Stellungnahme vom 9. November 2015 richtig ausführt, bedeutet die Gleichwertigkeit eines Produkts nicht, dass dieses genau gleich sein muss wie das im Leistungsbeschrieb verlangte Produkt. Vielmehr ist bei einem gleichwertigen Produkt zu verlangen, dass es die gleichen Funktionen in vergleichbarer bzw. gleich guter Weise zu erfüllen vermag und dabei die einschlägigen Normen einhält. Um die Frage der Gleichwertigkeit zu beurteilen, sind – wie das TBA weiter richtig ausführt – die Richtlinien und Empfehlungen der Fachbehörden und -verbände zu konsultieren.

Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdegegnerin reichen zahlreiche Dokumente ein, mit welchen sie die Gleichwertigkeit eines Löschwasserrohrs mit Polyurethan-Beschichtung (PUR) im Vergleich zu einem Löschwasserrohr mit Zementmörtelauskleidung belegen. So ist das von der Beschwerdegegnerin offerierte Gussrohr vonRoll DUCPUR mit Polyurethan Auskleidung gemäss dem Prüf- & Zertifizierungsreglement der Technischen Prüfstelle Wasser des Schweizerischen Vereins des Gas- und Wasserfachs SVGW zertifiziert und für den uneingeschränkten Einsatz für Wasserleitungen zugelassen. Der SVGW führt in seinem Regelwerk W4 "Richtlinie für Wasserverteilung" im Teil 3 "Bau

und Prüfung" unter Ziffer 7.6 "Innenbeschichtung von Trinkwasserleitungen" Folgendes aus: "Die Wasserleitungen müssen den korrosionstechnischen Beanspruchungen standhalten. Rohre aus duktilem Gusseisen erhalten auf den Innenflächen eine Polyurethan-(PUR) Auskleidung nach SN EN 15655 oder eine Zementmörtelauskleidung auf der Basis von Hochofenzement nach DIN 2880." Weiter findet sich im Fachhandbuch "Tunnel/Geotechnik" des Schweizerischen Bundesamts für Strassen im Merkblatt 24 001-10701 "Löschwasserversorgung" betreffend Löschwasserleitung im Tunnel folgende Empfehlung: "Bewährt haben sich stabile, flexible Druckrohre aus Duktillguss mit einer glatten Innenauskleidung (z.B. Polyurethan PUR) und einer beständigen Aussenbeschichtung (z.B. mit Zink/Bitumen)."

Diese Dokumente belegen, dass auch Rohre mit einer PUR-Innenbeschichtung für den vorgesehenen Zweck geeignet sind und den gängigen Richtlinien und Normen entsprechen. Ebenso wird daraus deutlich, dass ein Löschwasserrohr mit Polyurethan-Beschichtung (PUR) im Vergleich zu einem Löschwasserrohr mit Zementmörtelauskleidung als gleichwertig eingestuft werden kann. Die Beschwerdeführerin bemängelt einzig, dass die Beschwerdegegnerin kein Rohr mit Zementmörtelauskleidung offeriert hat. Auf die ihr ausdrücklich eingeräumte Gelegenheit, zu den Eingaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren (und damit zu den erwähnten Dokumenten) Stellung zu nehmen, hat sie verzichtet. Die Beschwerdeführerin begründet damit nicht, wieso das von der Beschwerdegegnerin offerierte Rohr nicht gleichwertig sein sollte. Davon ist nach dem Gesagten auch nicht auszugehen. Die Rüge erweist sich als unbegründet, weshalb die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde. Andere Gründe für einen Verfahrensausschluss der Beschwerdegegnerin werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht erkennbar.

3. Falsche Preisangabe in Bewertungstabelle

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, auf dem der Zuschlagsverfügung beigelegten Vergleich sei ihr Netto-Offertpreis nicht richtig eingetragen worden. Rabatt und Skonto seien nicht berücksichtigt worden. Auf dem ihr zugestellten Offertöffnungsprotokoll sei der Offertpreis noch korrekt aufgelistet gewesen.

b) Das TBA gibt in seiner Stellungnahme vom 9. November 2015 zu, dass der Nettopreis der Beschwerdeführerin bei der Bewertung irrtümlich falsch erfasst worden sei. Im Offertöffnungsprotokoll sei der Preis dagegen richtig ausgewiesen. Die falsche Erfassung des Nettopreises der Beschwerdeführerin habe jedoch keinen Einfluss auf die Rangierung, weshalb sich die Rüge als unbehelflich erweise.

c) Die Angebotssumme netto inkl. Mehrwertsteuer der Beschwerdeführerin wurde im Offertöffnungsprotokoll vom 7. September 2015 mit Fr. A. _____ ausgewiesen und entspricht den Angaben in der Offerte der Beschwerdeführerin. In der Vergleichstabelle vom 6. Oktober 2015 (Vorakten, Lasche 6) dagegen wurde die Angebotssumme netto inkl. Mehrwertsteuer der Beschwerdeführerin mit Fr. B. _____ verzeichnet. Es ist unbestritten, dass die Angebotssumme in der Vergleichstabelle irrtümlich falsch erfasst wurde und eigentlich diejenige des Offertöffnungsprotokolls hätte aufgenommen (und verglichen) werden müssen. Insofern hat die Beschwerdeführerin diese Rüge zu Recht vorgebracht.

Auch mit korrektem Angebotspreis beim Angebot der Beschwerdeführerin bleibt das Angebot der Beschwerdegegnerin das billigste Angebot. Letzteres erhält daher für das Zuschlagskriterium "Preis" 5 Punkte und dient für die lineare Punktevergabe gemäss Ausschreibungsunterlagen (Ziffer 1.6.2 oben) als Ausgangslage. Mit dem korrekten Angebotspreis hätte die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Preis statt der vom TBA errechneten 3.15 Punkte richtigerweise 4.02 Punkte erhalten müssen. Unter Berücksichtigung der Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums von 70% hätte bei der Beschwerdeführerin so eine Gesamtpunktzahl von 3.7 (und nicht von 3.1) resultieren müssen. Damit zeigt sich, dass die Beschwerdeführerin auch bei Berücksichtigung des richtigen Nettopreises deutlich hinter der Beschwerdegegnerin zu liegen kommt (3.7 gegen 4.7 Punkte) und die Beschwerdegegnerin nach wie vor erstplatziert ist. Der Zuschlag wurde damit zu Recht der Beschwerdegegnerin erteilt.

4. Kosten des Beschwerdeverfahrens

a) 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 GebV⁵). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf insgesamt Fr. 1'000.00.

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. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Beschwerdeführerin zu Recht vorgebracht hat, bei der Bewertung habe die Vergabestelle den Netto-Offertpreis ihres Angebots nicht richtig eingetragen. Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken⁶. Es rechtfertigt sich vorliegend, die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 500.00, dem Kanton zu übertragen. Die Beschwerdeführerin hat damit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.00 zu tragen.

b) Parteikosten werden keine gesprochen. Die Vorinstanz hat als Organ des Kantons keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des TBA vom 15. Oktober 2015 wird bestätigt.
2. Die Hälfte der Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00, ausmachend Fr. 500.00, trägt der Kanton. Die Beschwerdeführerin hat die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 500.00 zu bezahlen. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.09.2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

IV. Eröffnung

- Y._____, eingeschrieben
- Z._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher X._____, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin