

Kramgasse 20
3011 Bern
Telefon 031 633 47 22
Telefax 031 633 54 60

2016.POM.393 Ch 

Entscheid vom 22. September 2016



In der Beschwerdesache

, handelnd durch ihre gesetzlichen und statutarischen Organe


Beschwerdeführerin

gegen

Kantonspolizei Bern (Kapo)

Postfach 7571, 3001 Bern

betreffend Ausschreibung Projektnr. 139649: „Korpsübergreifende Erneuerung der Polizeiuniform (KEP)“ (Verfügung vom 12. Juli 2016; 118'267/pkdd)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Am 29. April 2016 schrieb die Kantonspolizei Bern auf dem Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz („simap“) das Beschaffungsprojekt „Korpsübergreifende Erneuerung der Polizeiuniform (KEP)“ (Projekt-ID 139649) im selektiven Verfahren aus. Fristgerecht reichte die [REDACTED] am 3. Juni 2016 Teilnahmeanträge für die Lose 2, 3 und 4 ein. Am 12. Juli 2016 verfügte die Kapo, dass die [REDACTED] im vorliegenden Beschaffungsverfahren nicht berücksichtigt werde. Als Begründung führte sie aus, dass die Anzahl der zum Angebot eingeladenen Bewerber auf maximal fünf Anbieter pro Los beschränkt worden sei und die Bewertung der Unterlagen Folgendes ergeben habe: Für alle Lose würden einerseits Zertifikate bei den vorgesehenen Lieferanten fehlen (Eignungskriterium 13, nachfolgend „EK“). Andererseits seien die Referenzen (EK 10) für das Los 2 tiefer bewertet worden, da sie nur teilweise von vergleichbaren Organisationen stammten. Für das Los 3 habe sich gezeigt, dass die angegebenen Umsätze (EK 11) für die Uniformteile des Loses 3 tiefer seien als bei anderen Anbietern.
2. Gegen diese Verfügung erhob die [REDACTED] am 22. Juli 2016 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM) und stellte die folgenden Begehren:

„Wir beantragen den Entscheid vom 12. Juli 2016 wie folgt zu revidieren:

 1. *Der Firma [REDACTED] wird ein Debriefing gewährt um detaillierten Einblick in die Bewertung und der daraus erfolgten Begründungen zu bekommen und diese für sie Nachvollziehbar sind.*
 2. *Die von der Firma [REDACTED] angegebenen Referenzen werden neu bewertet.*
 3. *Neubeurteilung des Teilnahmeantrages der Firma [REDACTED]*
3. Mit Vernehmlassung vom 5. August 2016 beantragte die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei unter Kostenfolge nicht einzutreten. Zur Begründung ihres Begehrens führte sie aus, dass die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf Präqualifikation gestellt habe und es ihr damit an einem aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse fehle. Zudem rüge sie lediglich Angemessenheit, was vorliegend jedoch nicht zu lässig sei, und allfällige Einwände gegen die Eignungskriterien hätten bereits nach der Ausschreibung geltend gemacht werden müssen.

Auf die inhaltlichen Ausführungen und auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. a. Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002 (ÖBG; BSG 731.2) und Art. 60 Abs. 1 lit. a sowie Art. 62 Abs. 1 lit. a des

Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) können Verfügungen von kantonalen Auftraggeberinnen oder Auftraggebern nach Art. 2 Abs. 1 lit. a ÖBG bei der zuständigen Direktion angefochten werden. Da es sich bei der Vorinstanz um eine Organisationseinheit der POM handelt, ist die POM zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Polizei- und Militärdirektion vom 18. Oktober 1995 [OrV POM, BSG 152.221.141]). Gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; BSG 731.2-1) können Entscheide über die Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer im selektiven Verfahren selbständig angefochten werden, womit es sich vorliegend um ein taugliches Anfechtungsobjekt handelt.

b. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung – die Beschwerdeführerin wird nicht zur Offertstellung eingeladen – besonders berührt (Art. 65 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss, sie sei zur Präqualifikation zuzulassen (vgl. E. 1c nachstehend). Für eine Präqualifikation müsste sie bei den einzelnen Losen jeweils mindestens den fünften Platz erreichen. Bei den hier interessierenden Losen 2, 3 und 4 erreichte die Beschwerdeführerin beim Los 2 den 7 von 8 und bei den Losen 3 und 4 den 8 von insgesamt 9 Plätzen mit einem relativ grossen Punktabstand zum Fünftplatzierten. Jedoch geht aus der Begründung ihrer Beschwerde hervor, dass sie nicht lediglich die Referenzen neu beurteilt haben will, sondern auch mit der Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (EK 11) sowie der ökologischen Anforderungen (EK 13) nicht einverstanden ist (vgl. auch E. 1c nachstehend). Vor diesem Hintergrund kann nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass auch bei einem Obsiegen der Beschwerdeführerin eine reele Chance auf eine Neuplatzierung auf den fünften oder einen besseren Platz und damit auf eine Präqualifikation von vornherein ausgeschlossen wäre und auf die Beschwerde mangels aktuellem und praktischen Interesses offensichtlich nicht eingetreten werden kann (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 4.4).

c. Die Vorinstanz führt zur Begründung ihres Antrags auf Nichteintreten unter anderem aus, die Beschwerdeführerin beantrage nicht explizit, sie sei für das weitere Verfahren zu präqualifizieren. Auch aus der Begründung gehe dies nicht hervor. Es werde lediglich eine Neubeurteilung des Teilnahmeantrages beantragt, womit es ihr letztlich an einem aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse fehle.

Gemäss Art. 67 Abs. 1 i.V.m. 32 Abs. 2 VRPG müssen Parteieingaben einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen. Antrag und Begründung müssen sich auf den Streitgegenstand beziehen. Dem Antragserfordernis ist bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinnge-

mässig ergibt, was angebeht wird (vgl. BVR 1993 S. 394 E. 1b; Merkli/Aeschli-mann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 13).

Diesen Erfordernissen genügt die Rechtsschrift der nicht anwaltlich vertreten Beschwerdeführerin. Aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sowie des Antrags 3 („Neubeurteilung des Teilnahmeantrages der Firma ██████████) ergibt sich der sinngemässe Antrag, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Beschwerdeführerin entsprechend zur Offertstellung einzuladen ist. Ihre Ausführungen machen deutlich, dass die Beschwerdeführerin mit der durch die Vorinstanz vorgenommenen Bewertung nicht einverstanden ist, eine neue Prüfung der Unterlagen und damit im Ergebnis die Präqualifikation beantragt. Unter Berücksichtigung der herabgesetzten Anforderungen an eine Laieneingabe ist damit ein den Vorgaben von Art. 32 Abs. 2 VRPG genügender Antrag gestellt. Mit diesem sinngemässen Antrag kann der Beschwerdeführerin ein aktuelles und praktisches Interesse nicht abgesprochen werden (vgl. E. 1b vorstehend).

d. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vorbringt, aus ihrer Sicht sei es nicht als zwingend zu erachten, dass nur vergleichbare Organisationen als beste Referenzen bewertet werden müssten (EK 10) und Umsatzzahlen während zwei Jahren nicht sehr aussagekräftig seien (EK 11), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Eignungskriterien und die beizubringenden Eignungsnachweise bereits in der Ausschreibung vom 29. April 2016 bekannt gegeben worden sind. Insbesondere verlangte die Vorinstanz für den Nachweis des Eignungskriteriums 10 (Referenzen) mindestens drei und maximal sechs Referenzen von vergleichbaren Projekten. Für das Eignungskriterium 11 (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) sollten die Anbieter ihren realisierten Umsatz in den Jahren 2014 und 2015 im Bereich der anzubietenden Lose aufzeigen.

Erachtet eine Anbieterin die in der Ausschreibung insoweit klar formulierten Eignungskriterien als unzulässig, hat sie diese bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut sie dies nicht, kann sie die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr rügen (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen). Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich nicht nur aufgrund von Art. 11 Abs. 2 ÖBG, sondern auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch als Richtschnur für das Verhalten der Anbietenden gilt.

Im vorliegenden Fall war für die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres erkennbar, welche Nachweise für die Erfüllung der einzelnen Eignungskriterien verlangt werden. Sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, die verlangten Nachweise für die einzelnen Eignungskriterien seien rechtlich nicht haltbar, hätte sie diese

nach der Veröffentlichung der Ausschreibung anfechten müssen. Es widerspricht demnach dem Grundsatz von Treu und Glauben, eine als rechtswidrig erachtete Ausschreibung vorläufig unangefochten zu lassen, ein entsprechendes Angebot bzw. einen Teilnahmeantrag einzureichen und die Ausschreibung erst dann als rechtswidrig zu rügen, wenn der Zuschlag einer anderen Unternehmung vergeben bzw. der Anbieter nicht zur Offertstellung eingeladen wurde. Sofern demnach die Rügen, die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise seien rechtswidrig – was die Beschwerdeführerin letztlich auch im Rahmen der vorliegend zu behandelnden Beschwerde nicht vorbringt (vgl. 1e nachstehend) –, erst zum Zeitpunkt des Präqualifikationsentscheids geltend gemacht werden, haben diese so oder anders als verwirkt zu gelten (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Insofern ist darauf nicht einzutreten.

e. Die Vorinstanz macht weiter geltend, mit der Beschwerde gemäss Art. 16 Abs. 1 IVöB könnten nur Rechtsverletzungen, nicht aber Unangemessenheit geltend gemacht werden. Vorliegend werde jedoch lediglich die Unangemessenheit der Bewertung des Präqualifikationsentscheides gerügt, weshalb es an einem zulässigen Beschwerdegrund fehle und auch deshalb nicht auf die Beschwerde eingetreten werden könne.

Gemäss Art. 14 Abs. 2 ÖBG können lediglich Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (vgl. auch Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). So steht der Vergabebehörde beim Entscheid darüber, welche Anbieter anhand der gewichteten Eignungskriterien 10 – 13 zur Offertstellung eingeladen werden sollen (vgl. Ausschreibungsunterlagen Ziffer 2.11.2), ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welcher die POM, der keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (vgl. Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreifen darf. Zu prüfen sind lediglich Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB). Trotz ihres grossen Beurteilungsspielraums hat die Vergabebehörde bei der Beurteilung der Teilnahmeanträge die im Submissionsrecht fundamentalen Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbietenden zu beachten (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 955 f.).

Eine Korrektur der Punktegebung kommt daher von Vornherein nur bei einer rechtswidrigen Ausübung des Ermessens durch die Vergabebehörde in Betracht, nicht aber bei blosser Unangemessenheit der Bewertung. Die Beschwerdeführerin macht jedoch nicht geltend, dass die Vergabebehörde das ihr bei der Bewertung der Teilnahmeanträge zukommende Ermessen überschritten oder sogar missbraucht bzw. die Anbietenden rechtswidrig behandelt hätte. Umstritten sind vorliegend auch nicht etwa Bewertungssysteme (wie bspw. die Möglichkeit der Bewertung mit Minuspunkten [vgl. VGE 2015/142 vom 14. August 2015 E. 1.3]) oder die diskriminierende Anwendung von Eig-

nungskriterien (vgl. BGE 125 I 203 E. 3a). Soweit die Beschwerdeführerin die Neubeurteilung der eingereichten Referenzen beantragt, verlangt sie einen unzulässigen Eingriff in das Ermessen der Vergabestelle. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der Vergabestelle auch bei der Formulierung, Anwendung und Bewertung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zusteht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 557). Dass gegebenenfalls das Transparenzgebot verletzt worden wäre, welches ein faires Vergabeverfahren sicherstellen und Manipulationen von Seiten der Vergabebehörde verhindern soll, wird durch die Beschwerdeführerin weder geltend gemacht, noch ist dies ersichtlich. Da sich die Rügen der Beschwerdeführerin – soweit sie überhaupt rechtzeitig eingereicht worden sind (vgl. E. 1d vorstehend) – allesamt auf Unangemessenheit beschränken, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

f. Zu prüfen bleibt jedoch, ob die angefochtene Verfügung gegebenenfalls aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist (vgl. E. 2 nachstehend).

2. a. In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da die angefochtene Verfügung zu wenig detailliert und aussagekräftig sei.

b. Aus dem sich aus Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) ergebenden Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich auch die Pflicht der Behörden, ihre Entscheide zu begründen. Dementsprechend hält Art. 52 Abs. 1 lit. b VRPG fest, eine Verfügung müsse die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe, auf die sie sich stütze, enthalten. Um den Ansprüchen an Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 26 Abs. 2 KV zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen die Möglichkeit geben, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1705 f.)

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Folge dieser Prüfungspflicht und zugleich Bedingung einer wirksamen Selbstkontrolle ist die erwähnte behördliche Begründungspflicht. Die Begründung eines Verwaltungsaktes muss nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass die Betroffenen ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. An die Begründung von Verfügungen sind im Allgemeinen jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. zum Ganzen: Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 5 ff. mit Hinweisen).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die vorliegend angefochtene Verfügung rechtsgenüßlich begründet: So geht aus ihr hervor, gestützt auf welche Überlegungen und Grundlagen die Vorinstanz zum Ergebnis kam, die Beschwerdeführerin nicht zu präqualifizieren. Sie führte dabei aus, für welches Los welcher Nachweis nicht als erbracht erachtet werden konnte und weshalb die Beschwerdeführerin nicht zur Offertstellung eingeladen wurde. Selbst wenn aus der angefochtenen Verfügung die erreichten Punktzahlen nicht hervorgehen, gilt es zu berücksichtigen, dass an die Begründung von Verfügungen keine hohen Anforderungen gestellt werden und eine sachgerechte Anfechtung grundsätzlich möglich gewesen wäre. Die sinngemässe Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach zurückzuweisen.

3. Abschliessend ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass weder das Verwaltungs- noch das Submissionsverfahren ein Debriefing kennen und es sich bei der Rechtsmittelfrist um eine gesetzliche Frist handelt, die nicht erstreckt werden kann (vgl. Art. 43 Abs. 1 VRPG). Die entsprechende Beschwerde ist demnach zwingend – auch ohne Debriefing – innerhalb von zehn Tagen mit einer rechtsgenüßlichen Begründung und einem Antrag bei der Rechtsmittelbehörde einzureichen (vgl. E. 1a f. vorstehend).
4. Bei diesem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen und es besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG e contrario).

Dispositiv siehe nächste Seite

Demnach entscheidet die Polizei- und Militärdirektion:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 500.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine Rechnung folgt mit separater Post.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - [REDACTED]
 - Kantonspolizei Bern, Stab, Rechtsdienst, Postfach 7571, 3001 Bern und mitzuteilen:
 - Finanzen GS POM (1. Seite und Dispositiv)

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann binnen 10 Tagen seit Eröffnung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine Beschwerde muss in drei Exemplaren eingereicht werden und einen Antrag, eine Begründung und die Unterschrift enthalten. Der angefochtene Entscheid und die greifbaren Beweismittel sind beizulegen.

**DER POLIZEI- UND
MILITÄRDIREKTOR**



**Hans-Jürg Käser
Regierungsrat**