

**ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION**

RA Nr. 130/2018/2

Bern, 9. April 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

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



betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern vom 28. Februar 2018 (8800 / Materialuntersuchungen; Zustandsuntersuchung Kantonsstrassennetz 2018)

I. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 lud das Tiefbauamt des Kantons Bern (nachfolgend Vergabestelle) unter anderem die Beschwerdeführerin ein, für den Vergabegegenstand "Zustandsuntersuchung Kantonsstrassen 2018" bis am 31. Januar 2018 ein Angebot einzureichen.

Am 29. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Angebot ein. Anlässlich der Offertöffnung am 5. Februar 2018 und der formalen Prüfung stellte die Vergabestelle fest, dass sämtliche eingereichten Angebote wesentliche Formmängel aufwiesen. Daher gab die Vergabestelle allen Anbieterinnen mit Schreiben vom 7. Februar 2018 die Möglichkeit, ihre Angebote bis am 15. Februar 2018 zu verbessern. Im Anhang zu diesem Schreiben listete die Vergabestelle für jede einzelne Anbieterin die noch fehlenden Unterlagen auf. Gemäss dieser Liste fehlten beim Angebot der Beschwerdeführerin insbesonde-

re die Bestätigung der Revisionsstelle bezüglich der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen sowie eine Bestätigung des Konkursamtes.

Am 12. Februar 2018 reichte die Beschwerdeführerin unter anderem einen aktuelleren Betriebsregisterauszug, eine Bestätigung der Revisionsstelle aus dem Jahr 2016 sowie eine Bescheinigung über die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann aus dem Jahr 2017 ein. Zudem erklärte sie, eine neue Version der Bestätigung der Revisionsstelle werde derzeit erarbeitet und sei voraussichtlich Ende April verfügbar.

Am 28. Februar 2018 verfügte die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Beschaffungsverfahren. Zur Begründung fügte sie an, da der Auszug des Konkursamts sowie der Nachweis einer Revisionsstelle bezüglich der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen fehlten, entspreche das Angebot wesentlichen Formerfordernissen nicht (Art. 24 Abs. 1 ÖBV¹).

2. Gegen diese Ausschlussverfügung reichte die Beschwerdeführerin am 12. März 2018 Beschwerde bei der bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, die Verfügung vom 28. Februar 2018 sei aufzuheben und sie sei zum Beschaffungsverfahren zuzulassen.

3. Das Rechtsamt der BVE, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,² gab der Vergabestelle die Möglichkeit, sich zur Beschwerde zu äussern und holte die Vorakten ein. Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 26. März 2018, die Beschwerde sei abzuweisen. Der implizit gestellte Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen.

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

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

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 155.221.191).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG³ können Ausschlussverfügungen kantonalen Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrats angefochten werden. Die Vergabestelle ist ein Amt der BVE. Die BVE ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin gehört zu den von der Vergabestelle eingeladenen Anbieterinnen. Hätte die Vergabestelle sie nicht vom Verfahren ausgeschlossen, wäre sie am Verfahren beteiligt und hätte eine realistische Chance, für ihr Angebot den Zuschlag zu erhalten. Sie hat somit ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Ausschlussverfügung. 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. Die BVE tritt auf die Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVE 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). Die Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 14 Abs. 3 ÖBG).

2. Wesentliche Formerfordernisse

a) In der Ausschlussverfügung hielt die Vergabestelle fest, die Beschwerdeführerin sei vom Verfahren auszuschliessen, da einerseits der Auszug des Konkursamtes und andererseits der Nachweis einer Revisionsstelle bezüglich der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen fehlten. In ihrer Vernehmlassung vom 26. März 2018 erklärte sie, ein Ausschluss wegen dem fehlenden Nachweis des Konkursamtes wäre nicht

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).

gerechtfertigt, da aus einem Betreibungsregisterauszug auch Konkureröffnungen hervorgehen. Damit ist nur noch umstritten, ob die Vergabestelle die Beschwerdeführerin wegen dem Fehlen einer Bestätigung der Revisionsstelle zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen hat.

b) Gemäss der Einladung zur Angebotsabgabe vom 23. Oktober 2017 haben die Anbieterinnen die Richtigkeit ihrer Selbstdeklaration mit Nachweisen zu bestätigen. Dazu gehört unter anderem der Nachweis einer Revisionsstelle bezüglich der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Dieser darf nicht älter als ein Jahr sein. In ihrem Angebot hat die Beschwerdeführerin ein eigens unterzeichnetes Schreiben an alle Firmen im Baugewerbe eingereicht. In diesem bestätigt sie insbesondere, die orts- und branchenüblichen Lohnbedingungen sowie die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Am 7. Februar hat die Vergabestelle die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht, dass unter anderem der Nachweis der Revisionsstelle fehle. Daraufhin hat die Beschwerdeführerin am 12. Februar 2018 eine Bestätigung der Revisionsstelle aus dem Jahr 2016 eingereicht und ausgeführt, eine neue Version sei derzeit in Erarbeitung und sei voraussichtlich Ende April 2018 verfügbar. Gemeinsam mit ihrer Beschwerde vom 12. März 2018 hat die Beschwerdeführerin nun einen Bericht über tatsächliche Feststellungen zur Orts- und Branchenüblichkeit der Arbeitsbedingungen sowie zur Lohngleichheit von Mann und Frau der Solidis Revisions AG eingereicht.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Angabe vom 12. Februar 2018, wonach eine entsprechende Bestätigung erst Ende April verfügbar sei, beruhe auf einem Missverständnis mit der Revisionsstelle. Diese sei von einem ordentlichen Revisionsbericht zum Jahresabschluss ausgegangen. Trotzdem sei ein Ausschluss allein wegen des Fehlens dieser Bestätigung überspitzter Formalismus. Insbesondere sei sie seit Jahren für die Vergabestelle tätig und habe die Nachweise immer beigebracht.

c) Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber schliessen Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, welche ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Gegenüber unvollständigen Angeboten ist die Rechtspraxis im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes streng. Damit soll sichergestellt werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer bevorteilt wird; die Vergabebehörde soll über eine klare, übersichtliche

und zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage verfügen. Nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen der Anbieterin auszuschliessen ist oder dieses zumindest als entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne Weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb.⁵ Wenn lediglich Bescheinigungen fehlen, die sich nicht direkt auf die Offerte auswirken, ist der Anbieterin grundsätzlich die Möglichkeit zum Nachreichen einzuräumen. Ein direkter Ausschluss erscheint unverhältnismässig.⁶

d) Im vorliegenden Fall wies die Vergabestelle die Beschwerdeführerin nach der Offertöffnung und der formellen Prüfung auf das Fehlen von Unterlagen hin und räumte ihr die Möglichkeit ein, diese innert angesetzter Frist beizubringen. Innert dieser Nachfrist reichte die Beschwerdeführerin den geforderten aktuellen Nachweis der Revisionsstelle nicht ein. Zwar hat die Beschwerdeführerin der Vergabestelle erläutert, wieso der entsprechende Nachweis noch fehle. Wie die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren aber selber mitteilt, ist das Fehlen entgegen den damals geltend gemachten Gründen nicht auf äussere Umstände, sondern auf ein internes Missverständnis zurückzuführen. Dieser Nachweis ist nicht von untergeordneter Bedeutung. Insbesondere da die Vergabestelle bei der Einladung zur Offertstellung darauf hinwies, dass sie diesen Nachweis verlangt, hätte er mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot zum Zeitpunkt der Beurteilung der Angebote auch vorliegen müssen. Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz hat die Vergabestelle genüge getan, in dem sie der Beschwerdeführerin eine kurze Nachfrist für das Nachreichen von fehlenden Unterlagen setzte. Sie war nicht verpflichtet, die Beschwerdeführerin erneut auf den Formmangel aufmerksam zu machen. Da die Beschwerdeführerin zum damaligen Zeitpunkt zudem angab, sie könne diesen Nachweis erst Ende April 2018 erbringen, hätte der Mangel aus der damaligen Perspektive der Vergabestelle auch nicht innert einer weiteren kurzen Frist behoben werden können.

Zum Zeitpunkt der Beurteilung der Angebote durch die Vergabestelle entsprach das Angebot der Beschwerdeführerin somit nicht den kommunizierten Formerfordernissen. Da die Vergabestelle der Beschwerdeführerin bereits die Möglichkeit gegeben hatte, fehlende Un-

⁵ VGE 2012.28 vom 15. Juni 2012, E. 2.2; BDE 130/2003/9 vom 20. Oktober 2003.

⁶ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, N. 447.

terlagen nachzureichen, handelte sie mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht überspitzt formalistisch. Das Nachreichen der aktuellen Bescheinigung der Revisionsstelle im Beschwerdeverfahren ist für diese Beurteilung unerheblich.

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Es erübrigt sich, über einen allenfalls sinngemäss gestellten Antrag um aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu entscheiden.

3. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten 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 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 GebV⁷). Die Pauschalgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgelegt.

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG hat die unterliegende Partei grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Die Beschwerdeführerin, deren Beschwerde abgewiesen wird, gilt als unterliegende Partei. Sie hat daher die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'000.00 zu tragen.

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

⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung; GebV, BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Ausschlussverfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern wird bestätigt.
2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'000.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), im Haus

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

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 drei 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.