

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

RA Nr. 130/2018/9

Bern, 23. Januar 2019

in der Beschwerdesache zwischen

ARGE F. _____, bestehend aus:

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____



und

D. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

sowie

Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis III (TBA OIK III), Kontrollstrasse 20,
Postfach 701, 2501 Biel/Bienne

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern, Oberingenieurkreis III vom
14. September 2018 (20121; 10351; K. _____ L. _____, Aufhebung Anschluss + Bau
LSW)

I. Sachverhalt

1. Am 11. Juni 2018 schrieb das TBA OIK III (im Folgenden: Vergabestelle) die Baumeisterarbeiten für die Aufhebung des bestehenden Anschlusses der Kantonsstrasse Nr. K._____ in L._____ und für den Bau von Lärmschutzwänden im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Die Ausschreibung enthält gemäss den Ausschreibungsunterlagen¹ folgende Baumeisterarbeiten:

"Auf 650 m wird die bestehende Strasse mit Betonplatte saniert. Der bestehende Anschluss wird zurückgebaut. Im Bauperimeter befinden sich zwei Kunstbauten, die Unterführung G._____strasse und die H._____Brücke. Beide Objekte werden im Rahmen des Projektes totalsaniert. Die Entwässerung ist auf die neuen Vorschriften anzupassen. Es wird eine minimale Rohranlage erstellt und die Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen werden erneuert. Das Projekt beinhaltet auch die Erneuerung der Signalisation und Markierung. Die Leitsysteme werden auf die heute gültige Richtlinie angepasst. Auf 450 m werden auf beiden Seiten parallel zur Strasse neue Lärmschutzwände erstellt."

Es gingen insgesamt sechs Angebote ein. Sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Beschwerdegegnerin reichten innert Frist ihre Angebote ein, wobei die Beschwerdeführerinnen neben der Amtsvariante eine Unternehmervariante offerierten. Mit Zuschlagsverfügung vom 14. September 2018 erteilte die Vergabestelle der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Unter dem Titel "Begründung" führte sie aus, gemäss Art. 30 ÖBV² erhalte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Die Begründung könne den Beilagen entnommen werden. Diese Beilage bestand aus einer Vergleichstabelle mit den erhaltenen Punkten bei den Zuschlagskriterien des eigenen Angebots und den bereinigten Endsummen und Totalpunkten aller Angebote.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 14. September 2018 erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 27. September 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Dabei stellen sie folgende Anträge:

¹ Ausschreibungsunterlagen für Bauarbeiten, Dokument B "Besondere Bestimmungen", Ziff. 133.100, im Ordner "Verfahrensakten", pag 10.

² Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

- "1. Es sei die Zuschlagsverfügung vom 14. September 2018 über die Vergabe im Ausschreibungsverfahren "20121; 10351 / K._____ L._____, Aufhebung Anschluss + Bau LSW" aufzuheben.
2. Die Zuschlagsempfängerin [hier: Beschwerdegegnerin] sei vom Verfahren auszuschliessen.
3. Der Zuschlag sei an die Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerinnen] zu erteilen.
4. Eventualiter sei die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Die aufschiebende Wirkung sei superprovisorisch anzuordnen.
7. Der Beschwerdeführerin [hier: Den Beschwerdeführerinnen] seien sämtliche Grundlagen der Bewertung ihres Angebots und des Angebots der Zuschlagsempfängerin [hier: Beschwerdegegnerin] zuzustellen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Beschwerdegegners [hier: Vergabestelle] und/oder der Zuschlagsempfängerin [hier: Beschwerdegegnerin]."

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags, es sei die aufschiebende Wirkung superprovisorisch anzuordnen, führte das Rechtsamt mit Verfügung vom 28. September 2018 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei es der Vergabestelle untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen.

Nachdem ein Fristverlängerungsgesuch der Vergabestelle gutgeheissen wurde, beantragte die Beschwerdegegnerin mit Beschwerdeantwort vom 23. Oktober 2018 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Als Verfahrensantrag beantragt sie, es sei sicherzustellen, dass das Geschäftsgeheimnis der Beschwerdegegnerin vollumfänglich geschützt werde. Zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung stellte die Beschwerdegegnerin keinen Antrag, führte aber in den Erwägungen aus, dass ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht erfüllt seien. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2018 stellt die Vergabestelle den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Bezüglich des Gesuchs um aufschiebende Wirkung verzichtete die Vergabestelle ausdrücklich auf das Stellen eines Antrags.

³ 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).

4. Mit Zwischenverfügung vom 2. November 2018 erteilte das Rechtsamt der BVE der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen insofern gut, als dass ihnen Einsicht in die Tabelle "allgemeine Bewertungsgrundsätze Zuschlagskriterien"⁴, die Tabelle "Bewertung bereinigter Angebotspreis"⁵, die Tabelle "Evaluation Übersicht"⁶ und die detaillierten Bewertungstabellen der eigenen Angebote und des Angebots der Beschwerdegegnerin⁷ (in anonymisierter Form) gewährt wurde. Bezüglich der Offerte der Beschwerdegegnerin wies das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen ab. Mit Verfügung vom 14. November 2018 stellte das Rechtsamt den Beschwerdeführerinnen die entsprechend anonymisierten Verfahrensakten zu und gab ihnen Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen und zu den Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 23. Oktober 2018 und der Vergabestelle vom 26. Oktober 2018 Stellung zu nehmen.

Am 26. November 2018 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Beschwerdeergänzung/Stellungnahme ein. Dabei hielten sie an den Anträgen gemäss Beschwerde fest, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben, die Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag ihr zu erteilen, eventuell die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Die Vergabestelle nahm hierzu mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 Stellung. Die Beschwerdegegnerin hielt mit Stellungnahme vom 8. Dezember 2018 an ihren Anträgen fest. Mit Eingabe vom 9. Januar 2019 gingen die Beschwerdeführerinnen auf diese Schriften der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin ein und bestätigten ihre Anträge nochmals.

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

⁴ Ordner Verfahrensakten pag. 92.

⁵ Ordner Verfahrensakten pag. 95.

⁶ Ordner Verfahrensakten pag. 98.

⁷ Ordner Verfahrensakten 100, 102, 103 und 105.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 12 Abs. 1 ÖBG⁸ 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.

b) Die Beschwerdeführerinnen haben mit ihrer Unternehmervariante den zweiten Platz erreicht; gemäss Zuschlagsverfügung wurde ihr Angebot mit 449 Punkten bewertet, womit sie nur knapp hinter demjenigen der Beschwerdegegnerin lag, welches 464 Punkte erhielt. Die Beschwerdeführerinnen haben damit eine realistische Chance, mit ihrer Unternehmervariante zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegen. Sie haben 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. Der geschätzte Auftragswert liegt zudem über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVE tritt auf die Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG⁹, 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.

2. Begründung der Zuschlagsverfügung

⁸ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

a) Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Zuschlagsverfügung sei nicht begründet worden. Die der Zuschlagsverfügung beigelegte Evaluationsübersicht biete keinerlei Aufschluss über die Gründe, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin besser bewertet worden sei. Gerade wenn – wie hier – der Zuschlag nicht an das kostengünstigste Angebot erfolge, sei eine kurze Begründung geradezu zwingend. Vorliegend lasse sich jedoch nur aus der Gesamtpunktzahl ableiten, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin in den übrigen Kriterien insgesamt 18.5 Punkte besser bewertet worden sei. Es sei nicht einmal ersichtlich, wie die Beschwerdegegnerin in den einzelnen Zuschlagskriterien bewertet worden sei. Aufgrund der fehlenden Begründung sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur Verbesserung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt.¹⁰

Art. 13 IVöB¹¹ schreibt vor, welche Mindestanforderungen die kantonalen Ausführungsbestimmungen gewährleisten sollen. Dazu gehört u.a. die Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlags (Art. 13 Bst. h IVöB). Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a OÖBV¹² umfasst die Begründung der Zuschlagsverfügungen mindestens: Anbieterinnen und Anbieter, angebotene Preise und gegebenenfalls bereinigte Endsummen sowie Anzahl Punkte pro Kriterium gemäss Ausschreibung oder Einladung.

c) Der mit der Zuschlagsverfügung beigelegten Vergleichstabelle lassen sich zwar die bereinigten Angebotspreise mit erhaltener Punktzahl sowie die total erreichten Punkte sämtlicher Angebote entnehmen. Was die Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien (ZK 2: Technischer Bericht, ZK 3: Schlüsselpersonal) betrifft, so hatten die Anbieterinnen jeweils nur Einsicht in die von ihnen erreichten Punktzahlen bei diesen Kriterien und den dazugehörigen Subkriterien. Die von den anderen Anbieterinnen erreichten Punktzahlen bei

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 mit Hinweisen.

¹¹ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1).

¹² Verordnung vom 5. November 2014 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens (OÖBV, BSG. 731.22).

diesen Zuschlags- und Subkriterien wurden dagegen nicht bekannt gegeben. Gestützt auf diese Vergleichstabelle war es für die Beschwerdeführerinnen nicht erkennbar, bei welchen Subkriterien der Zuschlagskriterien 2 und 3 die Beschwerdegegnerin besser abschnitt. Da zudem auf eine kurze Begründung der Bewertungen verzichtet wurde, konnten die Beschwerdeführerinnen die schlechtere Bewertung ihrer Offerten bei diesen Zuschlagskriterien in diesem Zeitpunkt auch nicht nachvollziehen. Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 Bst. a OÖBV hätte die Vergabestelle zumindest die Anzahl Punkte pro Kriterium – und damit auch der Subkriterien – sämtlicher Anbieterinnen bekannt geben müssen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass gemäss den Ausführungen der Vergabestelle am 21. September 2018 eine Besprechung (sog. Debriefing) mit den Beschwerdeführerinnen stattfand. Abgesehen davon, dass die Begründung schriftlich zu ergehen hat, blieben den Beschwerdeführerinnen nach dem Debriefing nur noch 5 Werktage bis zum Ablauf der Beschwerdefrist. Die zehntägige Rechtsmittelfrist darf nicht verkürzt werden und beginnt ab Zustellung der Zuschlagsverfügung zu laufen. Deshalb ist für die Frage der genügenden Begründung auf den Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung abzustellen. Die Vergabestelle hat damit die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt.

d) Anlässlich des mündlichen Debriefings wurde den Beschwerdeführerinnen gemäss den Ausführungen der Vergabestelle näher erläutert, wie ihr Angebot bewertet wurde und weshalb. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens äusserte sich die Vergabestelle sodann im Detail zur Bewertung der einzelnen Kriterien. Die Beschwerdeführerinnen erhielten zudem Einsicht in die anonymisierten Auswertungsunterlagen und hatten Gelegenheit, sich im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels dazu zu äussern und ihre Beschwerde zu ergänzen. Der Verfahrensmangel konnte dadurch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen – geheilt werden. Die Beschwerdeführerinnen konnten ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen; ihnen ist durch den Verfahrensmangel kein Nachteil entstanden.¹³ Die im vorinstanzlichen Verfahren begangene Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁴

¹³ Vgl. dazu BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16.

¹⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16 mit Hinweisen.

3. Unterschriftenberechtigung

a) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass der Kreisoberingenieur über die nötige Kompetenz für die Unterzeichnung der Zuschlagsverfügung verfügt. Dessen Ausgabenbefugnis beschränke sich gemäss Art. 5 DelDV BVE¹⁵ auf maximal Fr. 500'000.00.

b) Dieser Einwand geht fehl. Wie die Vergabestelle richtig ausführt, stützt sich die umstrittene Vergabe auf zwei vom finanzkompetenten Organ verabschiedete Ausführungsbeschlüsse BVE (Lärmschutzmassnahmen K._____ alter Anschluss L._____, 10351; Instandsetzung K._____, Bereich alter Anschluss L._____, 20121)¹⁶, welche ihre Grundlage in den vom Regierungsrat des Kantons Bern verabschiedeten Rahmenkrediten haben. Die entsprechenden Vergaben¹⁷ wurden sodann vom Projektleiter, dem Kreisoberingenieur und dem Kantonsoberingenieur unterzeichnet. Der Kreisoberingenieur durfte damit die Zuschlagsverfügung unterzeichnen; seine Ausgabenbefugnis gemäss Art. 5 DelDV BVE ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, beruht doch der vorliegend umstrittene Zuschlag auf den Finanzbeschlüssen der finanzkompetenten Organe. Die Zuschlagsverfügung wurde sodann neben dem Kreisoberingenieur durch den Projektleiter unterzeichnet, womit die Vorgabe von Art. 11 Abs. 1 Bst. b OÖBV (Unterschrift durch zwei Personen) erfüllt ist. Die Zuschlagsverfügung ist rechtsgenüglich unterzeichnet.

4. Eignungskriterien, Grundsätze

a) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Beschwerdegegnerin habe die Eignungskriterien nicht erfüllt und sei deshalb vom Verfahren auszuschliessen. Damit sei der Zuschlag ihnen zu erteilen.

¹⁵ Direktionsverordnung vom 18. April 2007 über die Delegation von Befugnissen der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (DelDV BVE; BSG 152.221.191.1).

¹⁶ Ordner Verfahrensakten pag 164 ff.

¹⁷ Ordner Verfahrensakten pag. 145 und 148.

b) Für die vorliegende Ausschreibung wurden fünf Eignungskriterien definiert¹⁸: Technische Leistungsfähigkeit: Strassenbau (EK 1), technische Leistungsfähigkeit: Brückenbau (EK 2), technische Leistungsfähigkeit: Lärmschutzwände (EK 3), Technische Leistungsfähigkeit: Pfähle (EK 4) und Nachweis der QM Zertifizierung (EK 5). Zu den Eignungskriterien wurde zudem Folgendes ausgeführt:

"Die Eignungskriterien bilden die Basis für den Nachweis der fachlichen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit des Anbieters. Es wird die anbietende Unternehmung/ARGE und nicht die angebotene Leistung beurteilt. Eignungskriterien sind Muss-Kriterien. Werden nicht alle Kriterien erfüllt, scheidet der Anbieter aus dem Verfahren aus. Referenzen für Eignungskriterium 4 kann auch von Subunternehmen erbracht werden."

c) Bei der Festlegung und bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbieterinnen anhand der Eignungskriterien kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu.¹⁹ Die Vergabestelle kann dabei grundsätzlich auf die eingereichten Unterlagen abstellen. Sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Angaben nachzuprüfen. Ob sie dies tut, liegt in ihrem Ermessen, welches nicht überschritten ist, solange nicht konkrete Hinweise bestehen, dass die eingereichten Unterlagen nicht wahr sind.²⁰ Die Unangemessenheit kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.²¹ Dies gilt insbesondere dort, wo die Bewertung – wie im vorliegenden Fall – besondere technische Fachkenntnisse erfordert.

5. Eignungskriterium 2 "Technische Leistungsfähigkeit Brückenbau"

a) Beim Eignungskriterium 2 wurden in den Ausschreibungsunterlagen folgende Mindestanforderungen definiert:

¹⁸ Ausschreibungsunterlagen für Bauarbeiten, Dokument B "Besondere Bestimmungen", Ziff. 223, im Ordner Verfassensakten pag 13 f.

¹⁹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 564 f.; BGE 141 II 14, E. 7.1.

²⁰ BGE 141 II 14, E. 8.4.4 mit weiteren Hinweisen.

²¹ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1; BGer. 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 1.3.4, BGer. 2D_49/2011 vom 25.9.2012 E. 4.2 mit Hinweisen.

"Sanierung Brückenprojekt mit Bauen unter Betrieb, mit Abdichtungen und Gussasphaltbelag, und Betonsanierung, Bausumme min. CHF 0.75 Mio (abgeschlossen, Abnahme vor 31.12.2017), in den letzten 10 Jahren (Abnahme ab 01.01.2008)."

b) Die Beschwerdeführerinnen bringen in der Beschwerde vom 27. September 2018 vor, die Beschwerdegegnerin habe im Bereich Brückenbau keine wahrnehmbare Marktpräsenz. Es sei deshalb praktisch unmöglich, dass sie die unter dem Eignungskriterium 2 verlangte Referenz selber erbracht habe. Es sei denkbar, dass sie diese Arbeiten im Rahmen eines grösseren Projekts durch einen Subunternehmer habe ausführen lassen oder dass die Leistungen durch einen ARGE-Partner erbracht worden seien. Dies könne jedoch nicht genügen, um das Eignungskriterium 2 zu erfüllen, weil ein Rückschluss auf die technische Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin dadurch nicht möglich sei. In der Eingabe vom 26. November 2018 ergänzen die Beschwerdeführerinnen, bei dem von der Beschwerdegegnerin eingebrachten Referenzobjekt "O._____" sei diese nur als Mitglied einer ARGE beteiligt gewesen und mit den von ihr selbst erbrachten Leistungen habe sie die Anforderungen dieses Eignungskriteriums nicht erfüllt. Sie habe keine Arbeiten zur Brückensanierung ausgeführt.

c) Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin²² hat sie das angegebene Referenzobjekt "O._____" im Auftrag des P._____" im Rahmen einer ARGE mit drei anderen Firmen ausgeführt. Ihre eingebrachten Leistungen betrafen gemäss den Angaben in der Offerte die Abschnittsausführung über 2 x 2'500 m Autobahn inkl. Kunstbauten, Bauführung Logistik, Arbeitsvorbereitung und Stellvertretung. Die Gesamtsumme des Referenzobjekts betrug Fr. 100'000'000.00, davon Instandsetzung Kunstbauten Fr. 4'700'000.00. Die Bausumme des von der Beschwerdegegnerin bearbeiteten Teils betrug gemäss ihren Angaben Fr. 26'000'000.00.

Die Vergabestelle kam zum Schluss, dass das Referenzobjekt alle in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Mindestanforderungen erfüllt. Die von der Beschwerdegegnerin gemachten Angaben hätten keinen Anlass gegeben, an ihrer technischen Leistungsfähigkeit zu zweifeln. Gemäss Beschreibung habe die Beschwerdegegnerin einen wesentlichen Teil der Brückensanierungsarbeiten ausgeführt. Es sei weder üblich noch sachgerecht, von den Anbieterinnen, die ein Referenzobjekt im Rahmen einer ARGE ausgeführt hätten, einen

²² Angebotsordner Beschwerdegegnerin, Register C, Dokument C, S.9.

detaillierten Nachweis über die einzelnen Leistungen des jeweiligen Unternehmens einzuverlangen.

d) Es ist unbestritten, dass die einverlangten Referenzobjekte gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen (vgl. E. 4b) auch von einer ARGE ausgeführt werden durften. Den Beschwerdeführerinnen ist insofern beizupflichten, als dass bei dieser Konstellation jedoch zu verlangen ist, dass die eigenen Leistungen der Beschwerdegegnerin im Rahmen dieses Referenzobjekts auch die geforderten Arbeiten dieses Eignungskriteriums (hier also: Sanierung Brückenprojekt mit Bauen unter Betrieb, mit Abdichtungen und Gussasphaltbelag, und Betonsanierung) umfassten und diese nicht vollständig durch andere ARGE-Partner erbracht wurden. Nicht gefordert ist jedoch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen – dass die geforderte Bausumme für diese Arbeiten von Fr. 750'0000.00 alleine durch die Beschwerdegegnerin erreicht werden müsste. Dies lässt sich weder aus dem Wortlaut der Mindestanforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen ableiten, noch wäre dies zweckmässig. Vielmehr soll mit dieser Mindest-Bausumme sichergestellt werden, dass es sich hinsichtlich der geforderten Leistungen um ein Projekt von gewissem Umfang handelt. Wie die Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise ausführt, wäre ein solcher Nachweis im Rahmen eines ARGE-Projekts auch kaum zu erbringen und nur schwerlich kontrollierbar. Die Vergabestelle als Verfasserin der Ausschreibungsunterlagen schien also selber davon auszugehen, dass sich die geforderte Bausumme von Fr. 750'0000.00 zwar auf die hier zu prüfenden Leistungen und nicht auf die Gesamtbausumme bezieht, nicht aber der eigenen Leistung der Anbieterin für diese Arbeiten entsprechen muss. Diese Auslegung der Vergabestelle ist mit Blick auf ihren Ermessensspielraum nicht zu beanstanden.

Aufgrund der Angaben der Beschwerdegegnerin konnte die Vergabestelle davon ausgehen, dass sich die Beschwerdegegnerin in massgebender Weise an diesem Projekt beteiligte. So betrug der von der Beschwerdegegnerin bearbeitete Teil gemäss ihren Angaben Fr. 26'000'000.00 und damit rund einen Viertel der Gesamtbausumme (was im Übrigen auch dem Anteil der Beschwerdegegnerin an dieser ARGE von 25 Prozent entspricht²³). Ebenso wurde die geforderte Bausumme für die Sanierungsarbeiten an Brücken mit Fr. 4'700'000.00 klar übertroffen. Weiter bestand für die Vergabestelle kein Anlass zur Annahme, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht in genügender Weise bzw. gar nicht – wie dies die Beschwerdeführerinnen vorbringen – an den Brückensanierungsarbeiten dieses

²³ vgl. Auszug ARGE-Vertrag, Beilage 12 der Beschwerdeantwort vom 23. Oktober 2018.

Projekts beteiligt haben sollte. So umfasste das Vorhaben unbestrittenermassen auch die Sanierung verschiedener Brücken unter Betrieb. Mit der Umschreibung und insbesondere den darin angegebenen, involvierten Personen legte die Beschwerdegegnerin nachvollziehbar dar, dass sie bzw. die von ihr für das vorliegend umstrittene Projekt eingesetzten Personen auch bei den Brückensanierungen des Referenzprojekts in massgebender Weise beteiligt waren. Gemäss den nicht widerlegten Angaben der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort ist insbesondere der damalige Bauführer des Loses 3, welches die Brückensanierung umfasste, auch zuständiger Bauführer im hier umstrittenen Projekt. Nicht von Bedeutung ist dabei, dass dieser Bauführer beim Referenzobjekt noch bei einem ARGE-Partner der Beschwerdegegnerin angestellt war. Da er inzwischen bei der Beschwerdegegnerin angestellt ist, kann seine damals geleistete Arbeit – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen in den Eingaben vom 26. November 2018 und 9. Januar 2019 – im Rahmen der Eignung einer Anbieterin nun der Beschwerdegegnerin angerechnet werden.

Eine nähere Überprüfung durch die Vergabestelle wäre nur angezeigt gewesen, wenn konkrete Hinweise bestanden hätten, dass die von der Beschwerdegegnerin gemachten Angaben nicht wahr sind (vgl. E. 4c). Solche konkreten Hinweise bestanden vorliegend nicht. Den Beschwerdeführerinnen gelingt es auch im Beschwerdeverfahren nicht, solche konkreten Hinweise zu liefern. Sie behaupten in ihrer Eingabe vom 26. November 2018 zwar, die Beschwerdegegnerin habe keine Arbeiten zur Sanierung der Brücke T25 (Überführung zum Freibad Q._____) geleistet und es sei ebenso zweifelhaft, dass sie Brückensanierungsarbeiten an der Brücke T26 (Überführung der Kantonsstrasse R._____) geleistet habe. Diese Ausführungen kann sie jedoch in keiner Weise belegen und sie lassen sich auch nicht aus den ihrer Eingabe beigelegten Informationsschreiben der Beschwerdegegnerin und des ASTRA ableiten. In der Eingabe vom 9. Januar 2019 führen die Beschwerdeführerinnen sodann aus, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Organigramm über keine Abteilung für Sanierungsarbeiten oder Ortbetonbau verfügen würde. Auch daraus lässt sich jedoch nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten. So ist nicht erkennbar und wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht näher begründet, wieso die Brückensanierungsarbeiten nicht unter die Abteilung Tief- und Strassenbau fallen sollten, wie dies auf der Internetseite der Beschwerdegegnerin auch kommuniziert wird.²⁴

²⁴ Unter I.____ (zuletzt eingesehen am 10. Januar 2019) führt die Beschwerdegegnerin aus, dass sie Wege, Strassen, Autobahnen, Zufahrten, Plätze, Kreisel, Verkehrsinseln, Unterführungen, Brücken, Stützmauern, Gebäude, Lärmschutzwände und Spezialbauwerke baue und saniere.

Die von der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren eingereichten, weiteren Referenzobjekte (Beilagen 17 und 18 der Eingabe vom 8. Dezember 2018) – wovon beim einen das Tiefbauamt des Kantons Bern ebenfalls als Bauherr auftrat – sind zwar für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung, widerlegen jedoch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach die Beschwerdegegnerin im Bereich Brückenbau keine wahrnehmbare Marktpräsenz habe. Da das Tiefbauamt des Kantons Bern zudem Auftraggeberin des einen Projekts war und die Beschwerdegegnerin dieses als Referenzobjekt im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium 1 aufführte, hatte die Vergabestelle zudem Kenntnis von diesem Projekt. Dies macht deutlich, dass die Vergabestelle keinen Anlass hatte, die Angaben der Beschwerdegegnerin und deren Erfahrung im Bereich der Sanierung von Brücken anzuzweifeln.

Insgesamt gab es für die Vergabestelle keinen Grund, das Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin als ungenügend einzustufen. Es bestanden und bestehen keine konkreten Hinweise, welche zur Annahme hätten führen müssen, dass die Beschwerdegegnerin beim referenzierten Objekt keine Sanierungsarbeiten an Brücken erbracht hätte. Die Beschwerdegegnerin legt im Beschwerdeverfahren sodann glaubhaft dar, dass sie im Bereich der Brückensanierung über die geforderte Erfahrung verfügt und mit dem von ihr eingereichten Referenzobjekt die Vorgaben des Eignungskriteriums 2 erfüllt. Die Vergabestelle hat damit ihr Ermessen nicht willkürlich ausgeübt, indem sie gestützt auf die gemachten Angaben der Beschwerdegegnerin zum Schluss kam, dass diese das Eignungskriterium 2 erfüllt.

6. Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit Strassenbau"

a) Beim Eignungskriterium 1 wurden in den Ausschreibungsunterlagen folgende Mindestanforderungen definiert:

"1 Objekt Strassenbau einer Hauptstrasse oder Autobahn mit Bauen unter Betrieb mit Intensivbauphase, Bausumme min. CHF 2 Mio. inkl. MWst. (abgeschlossen, Abnahme vor 31.12.2017) in den letzten 10 Jahren (Abnahme ab 1.1.2008) und 1 Objekt Strassenbau mit Betonbelag. Zu beiden Belagsarten sind die Referenzen einzureichen."

b) Die Beschwerdeführerinnen bezweifeln, ob beim Objekt "Strassenbau einer Hauptstrasse oder Autobahn" der Beschwerdegegnerin auch eine Intensivbauphase ausgewiesen sei.

c) Die Beschwerdegegnerin hat für das Objekt "Strassenbau einer Hauptstrasse oder Autobahn" als Referenz den "Bypass S. _____" mit einer Gesamtbausumme von Fr. 28'000'000.00 und einer Bausumme des von ihr bearbeiteten Teiles von Fr. 11'520'000.00 angegeben. Dieses Projekt wurde im Auftrag des Tiefbauamtes des Kantons Bern (Oberingenieurkreis I) durch eine ARGE erbracht.

d) Die Vergabestelle kam auch hier zum Schluss, dass dieses Referenzobjekt alle in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Mindestanforderungen erfüllt. Auch für die BVE steht aufgrund der von der Beschwerdegegnerin gemachten Angaben kein Grund zur Annahme, dass diese Anforderungen durch die Beschwerdegegnerin mit dem gewählten Referenzobjekt nicht erfüllt worden wären und diese damit ihre technische Leistungsfähigkeit im Bereich des Strassenbaus nicht genügend erbracht hätte. Die Beschwerdegegnerin führt im Beschwerdeverfahren in nachvollziehbarer Weise aus, dass dieses Projekt mehrere Intensivbauphasen beinhaltete. Die Vergabestelle legt sodann glaubhaft dar, dass ihr der Umfang der Leistungen und die Tatsache, dass es sich um ein Objekt mit Intensivbauphasen handelte bestens bekannt war, da das Tiefbauamt des Kantons Bern selber Auftraggeber dieses Projekts war. Auch bezüglich dieses Eignungskriteriums ist keine Willkür zu erkennen, wenn die Vergabestelle gestützt auf die Angaben der Beschwerdegegnerin zum Schluss kam, dass die verlangten Anforderungen erfüllt wurden.

7. Eignungskriterium 3 "Technische Leistungsfähigkeit Lärmschutzwände"

a) Die Mindestanforderungen beim Eignungskriterium 3 lauteten gemäss den Ausschreibungsunterlagen wie folgt:

"Lärmschutzwand mit Betonrippenplatten, Bausumme min. CHF 0.5 Mio. (abgeschlossen, Abnahme vor 31.12.2017) in den letzten 10 Jahren (Abnahme ab 1.1.2008)."

b) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es sei zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Leistungen für die Erstellung der Lärmschutzwände die geforderte Bausumme von Fr. 500'000.00 erreiche. Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin hätten die Baukosten für die Erstellung der Lärmschutzwände Fr. 540'000.00 betragen. Da es sich um ein Projekt einer ARGE handle, sei die Voraussetzung nur erfüllt, wenn die Erstellung der Lärmschutzwände praktisch in den alleinigen Anwendungsbereich der Beschwerdegegnerin gefallen sei.

c) Mangels konkreter Hinweise auf Falschangaben bestand auch hier für die Vergabestelle kein Anlass, die Angaben der Beschwerdegegnerin näher zu überprüfen. Die geforderte Bausumme von Fr. 500'000.00 für die Lärmschutzwände wurden hier erreicht und musste – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – nicht durch die Beschwerdegegnerin alleine erbracht werden (vgl. E. 5d). Die Beschwerdegegnerin hat die angegebene Bausumme für die Lärmschutzwände im Beschwerdeverfahren mittels einer Abrechnung mit Einzelpositionen zusätzlich näher dargestellt²⁵. Damit besteht auch für die BVE kein Grund zur Annahme, dass die angegebenen Zahlen der Beschwerdegegnerin nicht stimmen sollten. Dass sich die Beschwerdegegnerin beim angegebenen Projekt nicht an den geforderten Leistungen (Lärmschutzwand mit Betonrippenplatten) beteiligt hätte, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet und lässt sich auch nicht aus der Umschreibung und den Angaben der Beschwerdegegnerin zu diesem Projekt schliessen. Vielmehr wird dort festgehalten, dass ihr die technische Leitung Lärmschutzwände und der Bau der Lärmschutzwände oblagen. Glaubhaft ist sodann die Aussage der Vergabestelle, wonach ihr auch dieses Projekt (und damit auch die geleistete Arbeit der Beschwerdegegnerin an den Lärmschutzwänden) bestens bekannt war, zumal als Auftraggeberin die BVE, Tiefbau/Abteilung Nationalstrassenbau, auftrat. Eine willkürliche Ermessensausübung durch die Vergabestelle liegt auch hier nicht vor.

8. Eignungskriterium 4 "Technische Leistungsfähigkeit Pfähle"

a) Beim Eignungskriterium 4 wurden in den Ausschreibungsunterlagen folgende Mindestanforderungen definiert:

"Ramm- und Bohrpfähle, Bausumme min. CHF 0.3 Mio. (abgeschlossen, Abnahme von 31.12.2017) in den letzten 10 Jahren (Abnahme vor 1.1.2008)".

In den einleitenden Ausführungen zu den Eignungskriterien hielt die Vergabestelle sodann in den Ausschreibungsunterlagen fest, dass die Referenzen für das Eignungskriterium 4 auch von Subunternehmen erbracht werden können.

b) Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Referenzobjekt der Beschwerdegegnerin weise eine Gesamtsumme von Fr. 500'000.00 auf, weshalb die geforderte Bausumme von Fr. 300'000.00 nur erreicht werde, wenn dieses Objekt fast ausschliesslich aus dem Einbau von Ramm- und Bohrpfählen bestanden habe. Falls die Referenz von einem Subunter-

²⁵ Beilage 19 der Eingabe vom 8. Dezember 2018.

nehmer sei, so müsse geprüft werden, ob dieses Unternehmen in der Liste der vorgesehenen Subunternehmer aufgeführt worden sei.

c) Die Beschwerdegegnerin wählte hier das Referenzobjekt "T. _____" aus. Dieses wurde durch ein Subunternehmen erbracht, was nach dem Gesagten zulässig ist. Dieses Unternehmen ist zudem in der von der Beschwerdegegnerin eingebrachten Liste der Subunternehmen aufgeführt und für die Verlegung von Rammpfählen vorgesehen.²⁶ Gemäss der Umschreibung der Beschwerdegegnerin umfassten die erbrachten Leistungen die Fundation der Talstation mit Pfählen. Dabei seien Verdrängungspfähle und gebohrte Pfähle mit einem Durchmesser von 219 mm und einer Länge von 15 m erstellt worden. Daraus durfte die Vergabestelle schliessen, dass die aufgeführte Bausumme von Fr. 500'000.00 vollständig für die massgebende Leistung (Ramm- und Bohrpfähle) eingesetzt wurde. Die genaue Bausumme von Fr. 516'636.95 belegt die Beschwerdegegnerin mit zwei Rechnungen der Subunternehmerin für das vorliegende Projekt²⁷. Auch hier sind keine konkreten Hinweise erkennbar, welche Anlass für eine nähere Überprüfung durch die Vergabestelle gegeben hätten. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle auch dieses Eignungskriterium bei der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtete.

9. Zuschlagskriterien, Grundsätze

a) Die Beschwerdeführerinnen erachten die Bewertungen bei den Zuschlagskriterien als falsch. Insgesamt müsse ihr Angebot um 17 Punkte besser bewertet werden, demgegenüber sei das Angebot der Beschwerdegegnerin um 8.5 Punkte abzuwerten. Mit den korrigierten Punktzahlen lägen sie vor der Beschwerdegegnerin. Soweit die Beschwerdegegnerin daher nicht vom Verfahren auszuschliessen sei, müsse der Zuschlag gleichwohl ihnen erteilt werden. Von der in der Beschwerde vom 27. September 2018 ursprünglich vorgebrachten Rüge, wonach für die Zuschlagskriterien nur ganze Noten hätten vergeben werden dürfen, nahmen die Beschwerdeführerinnen in der ergänzenden Eingabe vom 26. November 2018 wieder Abstand. Darauf muss daher nicht eingegangen werden.

²⁶ Vgl. Angebotsordner Beschwerdegegnerin, Register C, Dokument C, S.5.

²⁷ Beilage 20 zur Eingabe vom 8. Dezember 2018.

b) Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich Folgendes zu den Zuschlagskriterien²⁸:

"Die Zuschlagskriterien bilden die Basis für die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebotes. Jedes Kriterium wird mit 1 bis 5 Punkten bewertet. Die Punkte jedes Zuschlagskriteriums werden mit dem entsprechenden Gewicht multipliziert und addiert. Den Zuschlag erhält das Angebot mit der höchsten Bewertung (max. Punktzahl = 5).

Notenskala:

- 5 ausgezeichnet, innovativ, weit über den Anforderungen liegend
- 4 sehr gut, die Anforderungen teilweise übertroffen
- 3 gut, die Anforderungen erfüllt
- 2 ungenügend, die Anforderungen weitgehend nicht erfüllt
- 1 wertlos, ohne Aussagekraft"

Folgende Zuschlagskriterien und Subkriterien wurden festgelegt: ZK 1 Angebotspreis 50 %, ZK 2 Technischer Bericht 40 % (mit Subkriterien Risiken und Chancen 10 %, Bauablauf und -zeit 20 %, Beschriebe 10 %) und ZK 3 Schlüsselpersonal 10 % (mit Subkriterien Technischer Leiter 5 % und Baustellenchef 5 %). Diese Kriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen sodann näher umschrieben, wobei bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 zusätzlich jeweils die Anforderungen für die Note 3 näher festgelegt wurden (vgl. nachfolgende Erwägungen).²⁹ Als Bewertungssystem diente der Vergabestelle das Dokument "Bewertungsgrundsätze Zuschlagskriterien"³⁰ (im Folgenden: Bewertungsgrundsätze). Darin ist für jedes Kriterium umschrieben, welche Anforderungen für die Noten 1 bis 6 gelten. Wie die Vergabestelle richtig ausführt, handelt es sich dabei um eine Bewertungshilfe und nicht um eine exakte Bewertungsmatrix. Es durften mit anderen Worten auch andere, in diesen Bewertungsgrundsätzen nicht ausdrücklich aufgeführte Elemente bei den definierten Zuschlags- und Subkriterien in die Bewertung einfließen, solange diese in einem Zusammenhang mit dem betreffenden Kriterium stehen, auf objektiven Gründen beruhen und für alle Angebote gleich angewendet werden. Auch die Beschwerdeführerinnen führen aus, dass eine Abweichung von diesen Bewertungsgrundsätzen allenfalls zulässig sei, wenn sie auf objektiven Gründen beruhe.³¹

²⁸ Ausschreibungsunterlagen für Bauarbeiten, Dokument B "Besondere Bestimmungen", Ziff. 224, im Ordner Verfahrensakten pag. 14 f.

²⁹ Vgl. Tabelle zu den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen für Bauarbeiten, Dokument B "Besondere Bestimmungen", Ziff. 224, im Ordner Verfahrensakten pag. 14 f.

³⁰ Ordner Verfahrensakten pag. 92.

³¹ vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Januar 2019, Ziff. 2.2 und 2.3.

Insgesamt konnten maximal 500 Punkte erreicht werden (ZK 1: 250 Punkte, ZK 2: 200 Punkte, ZK 3: 50 Punkte). Gemäss der Evaluationsübersicht³² erreichte das Angebot der Beschwerdegegnerin ein Total von 464 Punkten, die Beschwerdeführerinnen erhielten für ihre Unternehmervariante 448.5.³³ Gemäss den Ausführungen der Vergabestelle erfolgte die Bewertung vorliegend durch qualifizierte Fachpersonen, welche jeweils eine unabhängige Bewertung vornahmen.

c) Wie bei den Eignungskriterien (vgl. E. 4c) kommt der Vergabestelle auch bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Besondere Zurückhaltung ist namentlich dann angezeigt, wenn ein Zuschlagskriterium in Frage steht, das die Vergabestelle aufgrund ihrer Vertrautheit mit einer technischen Materie am ehesten zu beurteilen vermag.³⁴ Die Angebotsbewertung muss aber in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen.³⁵

10. Zuschlagskriterium 2.1 "Technischer Bericht, Risiken und Chancen"

a) Das Subkriterium 2.1 "Risiken und Chancen" des Zuschlagskriteriums 2 "Technischer Bericht" ist in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben:

ZK 2.1 Risiken und Chancen	<ul style="list-style-type: none"> - Risikoanalyse: Risiken mit Beurteilung der Eintretenswahrscheinlichkeit und Tragweite im Eintretensfall sowie Bezeichnung der Massnahmen zur Reduktion der Risiken. - Welche Chancen sind zu erwarten? <p>Anforderungen für Note 3: Nachvollziehbare Risikobewertung mit Massnahmenplan und projektspezifische Aussagen</p>	10 %
----------------------------	--	------

³² Ordner Verfahrensakten pag. 98.

³³ Da die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen mit Rang 2 besser abschnitt als die Amtsvariante, ist bei der vorliegenden Beurteilung die Unternehmervariante massgebend.

³⁴ VGE 21040 vom 4.5.2001 i.S. M. AG, E. 4b.

³⁵ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1.

Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin bei diesem Subkriterium mit einer 4.5 (Risiken: 5; Chancen: 4) benotet, das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit einer 4 (Risiken 5, Chancen: 3).

b) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte bei den Risiken mit der Note 4 bewertet werden müssen, da in ihrem Bewertungsbogen³⁶ fast wörtlich der Text wiedergegeben werde, welche gemäss den Bewertungsgrundsätzen für eine Note 4 vorgesehen sei. Bei ihrem Angebot sei dagegen im Bewertungsbogen³⁷ exakt der Text aufgeführt, welcher gemäss Bewertungsgrundsätzen für die Note 5 massgebend ist. Die Benotung der Beschwerdegegnerin mit der Note 5 müsse folglich ein Versehen sein.

c) Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die Beschwerdegegnerin bei den "Risiken" mit einer Note 5 bewertet wurde. Die Vergabestelle begründet auch im Beschwerdeverfahren nicht, wieso die Beschwerdegegnerin die Note 5 erhielt, obwohl der Text im Bewertungsbogen exakt demjenigen einer Note 4 in den Bewertungsgrundsätzen entspricht. Die Vergabestelle führte in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2018 einzig aus, sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Beschwerdeführerinnen hätten für die Risiken die Note 5 erhalten, da diesbezüglich die Angebote gleichwertig gewesen seien, nämlich ausgezeichnet. Dies steht im Widerspruch zu den Texten in den Bewertungsbögen. Dort wurde das Angebot der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Risiken besser bewertet; der Bewertungstext entspricht bei deren Angebot der Definition einer Note 5 gemäss den Bewertungsgrundsätzen. Eine plausible und nachvollziehbare Begründung für die Abweichung von den Bewertungsgrundsätzen beim Angebot der Beschwerdegegnerin fehlt. Damit ist das Angebot der Beschwerdegegnerin beim Kriterium "Risiken" mit der Note 4 statt der Note 5 zu bewerten. Die Bewertung des Subkriteriums "Chancen" wird von den Beschwerdeführerinnen nicht kritisiert, wie sie dies in der Eingabe vom 9. Januar 2019 selber ausführen (Ziff. 3.2). Entgegen ihrer Vermutung hat die Vergabestelle bei diesem Kriterium keine Verbesserungen/Varianten am Projekt (Unternehmervarianten) verlangt, sondern vielmehr bloss die projektbezogenen Chancen bewertet.

³⁶ Ordner Verfahrensakten pag. 109.

³⁷ Ordner Verfahrensakten pag. 103, teilweise mit Verweis auf pag. 100.

Die schlechtere Bewertung der Risiken beim Angebot der Beschwerdegegnerin führt beim Subkriterium "Technischer Bericht, Risiken und Chancen" zu einer Korrektur der Note von einer 4.5 zu einer 4, was mit der Gewichtung einen Abzug von 5 Punkten ergibt.

11. Zuschlagskriterium 2.2 "Technischer Bericht, Bauablauf und -zeit (Bauprogramm)"

a) Das Subkriterium 2.2 "Bauablauf und -zeit (Bauprogramm)" des Zuschlagskriteriums 2 "Technischer Bericht" ist in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben:

ZK 2.2 Bauablauf und -zeit (Bauprogramm)	<ul style="list-style-type: none"> - Bauprogramm auf der Grundlage der in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Verkehrsphasen - Darstellung des kritischen Weges - Darstellen der Ressourcenplanung - Wo ergeben sich Optimierungen unter Berücksichtigung der unter ZK 2.1 erwähnten Risiken und Chancen. <p>Anforderungen für Note 3:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bauprogramm: plausibel - Kritischer Weg: aufgezeigt - Ressourcenplanung: nachvollziehbar 	20 %
--	---	------

Hier erhielt die Beschwerdegegnerin folgende Noten: Bauprogramm 4.5, Kritischer Weg 4.5, Ressourcenplanung 4.5. Die Beschwerdeführerinnen erreichten folgende Noten: Bauprogramm 4, Kritischer Weg 4, Ressourcenplanung 4.5.

b) Die Beschwerdeführerinnen kritisieren die schlechtere Bewertung ihres Angebots beim Subkriterium "Bauprogramm". Die unterschiedliche Bewertung gehe wohl auf die Annahme der Vergabestelle zurück, dass es bei ihnen im Dezember 2019 zu Verkehrseinschränkungen kommen würde, bei der Beschwerdegegnerin jedoch nicht. Wie die Vergabestelle zu dieser Auffassung gelange, sei nicht nachvollziehbar. Ihr Bauprogramm sehe keine Verkehrsbeschränkungen vor. Diese Abwertung sei deshalb unzulässig und ihr Angebot sei ebenfalls mit einer 4.5 zu bewerten.

c) Im Bewertungsbogen der Beschwerdeführerinnen findet sich beim "Bauprogramm" u.a. die Aussage, dass es im Dezember 2019 Verkehrseinschränkungen gebe. Dies im Unterschied zum Bewertungstext des Angebots der Beschwerdegegnerin, worin von keinen

Verkehrseinschränkungen im Dezember 2019 ausgegangen wird. Das Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen³⁸ sieht im Dezember 2019 und damit im Winterbetrieb eine Verkehrsumstellung vor. So soll am 21. Dezember 2019 – sofern die Witterung den Einbau der Deckbeläge im November 2019 noch erlaubt – von der Phase 3 auf den Normalbetrieb umgestellt werden.³⁹ Eine solche Verkehrsumstellung stellt eine Verkehrseinschränkung dar, welche nicht im Winter vorgenommen werden soll. So lässt sich den Ausschreibungsunterlagen entnehmen, dass Verkehrsumstellungen im Winterbetrieb untersagt sind.⁴⁰ Eine Verkehrsumstellung im Dezember 2019 sieht das Bauprogramm der Beschwerdegegnerin nicht vor. Die um eine halbe Note schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen ist schon aus diesem Grund und gestützt auf die Beurteilung der Angebote in den Bewertungsbögen nachvollziehbar und sachlich haltbar. Ob auch weitere Gründe die etwas schlechtere Bewertung zu rechtfertigen vermögen (wie etwa die von der Vergabestelle im Beschwerdeverfahren vorgebrachten fehlenden Pufferphasen), kann unter diesen Umständen offen bleiben.

d) Beim Subkriterium "kritischer Weg" haben sich gemäss den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bei der Bewertung nur Unterschiede bezüglich der Reserven ergeben. Andere Gründe würden sich aus den Bewertungsbögen nicht ergeben und könnten nicht mehr nachgeschoben werden. Aus den Bewertungsbögen ergebe sich, dass die Vergabestelle bei beiden Angeboten von einer genügenden Reserve von über 5 Tagen ausgegangen sei; bei beiden Angeboten habe sie sodann festgehalten, dass die genaue Anzahl nicht ausgewiesen sei. Trotzdem hätten sie einen Abzug von einer Note und die Beschwerdegegnerin nur ein Abzug einer halben Note hinnehmen müssen. Diese unterschiedliche Bewertung sei willkürlich und unzulässig.

e) Die Vergabestelle entgegnet in der Eingabe vom 10. Dezember 2018, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei hier überzeugender gewesen, da dieses für jede Bauphase Reservetage ausgewiesen und quantifiziert habe. Die Beschreibung der Reserven beim Angebot der Beschwerdeführerinnen sei diesbezüglich weniger klar gewesen. Diese Erklärung für die unterschiedliche Bewertung ist plausibel. So hat die Beschwerdegegnerin in

³⁸ Angebotsordner der Beschwerdeführerinnen, Beilage C2.A8.01 zum Technischen Bericht.

³⁹ Vgl. auch Angebot der Beschwerdeführerinnen, Anhang C2.A8, Technischer Bericht, S. 6, Ziff. 8.2 "Baubau und Bauzeit", Ziffer 8.2.1 "Übersicht".

⁴⁰ Ausschreibungsunterlagen für Bauarbeiten, Dokument B "Besondere Bestimmungen", Ziff. 621, im Ordner Verfahrensakten pag. 36.

ihrem Bauprogramm⁴¹ nach jeder Bauphase eine Reserve (Pufferzeit) ausgewiesen und diese in Tagen angegeben. Demgegenüber sind im Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen⁴² keine solchen Reserven erkennbar/ausgewiesen. Zwar erwähnen die Beschwerdeführerinnen im Technischen Bericht (Ziffern 8.2.2 und 8.2.3) gewisse Reserven in allgemeiner Weise, diese werden jedoch nicht genau quantifiziert und zugeordnet. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Vergabestelle beim Angebot der Beschwerdeführerinnen gemäss Bewertungsbogen zum Ergebnis kam, die Reserven würden zwar im Text ausgewiesen, seien jedoch nicht anzahlmässig ausgewiesen und daher unklar beschrieben. Der Teilsatz "gemäss Text keine ausgewiesen" im Bewertungsbogen der Beschwerdegegnerin ist dahingehend zu interpretieren, dass diese die Reservetage nicht textlich erwähnt hat. Dies ändert aber nichts daran, dass sie die Reservetage insgesamt (aufgrund des Bauprogramms) klarer ausgewiesen, quantifiziert und genauer zugeordnet hat. Die leicht bessere Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin bei diesem Subkriterium ist daher ebenfalls nicht zu beanstanden und kann nicht als willkürlich bezeichnet werden.

12. Zuschlagskriterium 2.3 "Technischer Bericht, Beschriebe"

a) Das Subkriterium 2.3 "Beschriebe" des Zuschlagskriteriums 2 "Technischer Bericht" ist in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben:

ZK 2.3 Beschriebe	<ul style="list-style-type: none"> - Pfählung: Beurteilung der vorgesehenen Amtsvariante, Beschreibung des Bauvorganges und der Leistungsannahmen. - Bei Pfahlvariante: Begründung der Variantenwahl (inkl. Aussagen zur Sicherstellung des Korrosionsschutzes gemäss Pos: 261.300 und Systemeignung im vorhandenen Baugrund und Grundwasser), Beschreibung des Bauvorganges und der Leistungsannahmen, - Baustelleneinrichtung u. Baulogistikkonzept mit Planskizze <p>Anforderungen für Note 3: klare und nachvollziehbare projektspezifische Aussagen zu den einzelnen Punkten</p>	10 %
-------------------	--	------

⁴¹ Angebot der Beschwerdegegnerin, Lasche C, Anhang C07.1 Bauprogramm.

⁴² Angebot der Beschwerdeführerinnen, Beilage C2.A8.01 zum Technischen Bericht.

Bei diesem Subkriterium erhielt das Angebot der Beschwerdegegnerin die Note 3.5 (Pfähle, Pfahlvariante: Note 2.5, Installations- und Baulogistikkonzept: Note 4.5). Auch das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde mit der Note 3.5 bewertet (Pfähle, Pfahlvariante: Note 3, Installations- und Baulogistikkonzept: Note 4).

b) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Bewertung ihres Angebots hinsichtlich der "Pfähle, Pfahlvariante" gemäss Auswertungsbogen entspreche den in den Bewertungsgrundsätzen umschriebenen Anforderungen für eine Note 4. So hätten sie gemäss Auswertungsbogen nicht nur klare, sondern auch umfassende Aussagen zur Pfählung und Pfahlvariante vorgenommen; weiter hätten sie nicht nur klare, sondern auch lösungsorientierte Aussagen zur Systemeignung und zum Korrosionsschutz geliefert. Sie hätten daher statt der Note 3 eine Note 4 erhalten müssen. Bei der Beurteilung des "Installations- und Baulogistikkonzepts" habe die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen zu überprüfen, ob die Bewertungen haltbar seien.

c) Was den Bereich "Pfähle, Pfahlvarianten" betrifft, so entspricht die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen dem Text für eine Note 4 gemäss den Bewertungsgrundsätzen. Die Vergabestelle hat auch im Beschwerdeverfahren nicht erklärt, wieso das Angebot der Beschwerdeführerinnen trotz dieses Umstandes mit einer 3 benotet wurde. Ohne eine solche zusätzliche Begründung kann die Abweichung von den Bewertungsgrundsätzen nicht nachvollzogen werden, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerinnen beim Subkriterium "Pfähle, Pfahlvarianten" um eine Note zu verbessern ist. Die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerinnen beim Bereich "Installations- und Baulogistikkonzept" begründet die Vergabestelle damit, dass das Konzept der Beschwerdegegnerin die Abhängigkeiten bezüglich Verkehr besser abgebildet habe und die Verkehrsphasen inkl. den Baustellenzufahrten und Wegfahrten genauer dargestellt habe. Demgegenüber seien die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen diesbezüglich oft allgemein gehalten gewesen. Diese Begründung ist nachvollziehbar und deckt sich mit den stichwortartigen Bewertungen in den Bewertungsbögen; auch die Beschwerdeführerinnen entgegneten in ihren Eingaben im Beschwerdeverfahren hierzu nichts. Diese unterschiedliche Bewertung ist damit sachlich begründet und nicht zu beanstanden.

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen erhält aufgrund der Korrektur beim Kriterium "Pfähle, Pfahlvarianten" um eine Note beim Zuschlagskriterium "Technischer Bericht, Be-

schriebe" statt einer Note 3.5 eine Note 4. Gewichtet ergibt dies beim Angebot der Beschwerdeführerinnen ein Plus von 5 Punkten.

13. Zuschlagskriterium 3 "Schlüsselpersonal"

a) Das Zuschlagskriterium 3 "Schlüsselpersonal" ist in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben:

ZK 3: Schlüsselpersonal	<p>Folgende Schlüsselpersonen sind anzugeben:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Technischer Leiter: Bauen unter Verkehr mit Intensivbauphase, Bausumme min. 1 Mio. inkl. MWSt. (abgeschlossen, Abnahme vor 31.12.2017) in den letzten 10 Jahren (Abnahme ab 1.1.2008), min. 3 Jahre Berufspraxis in dieser Funktion - Baustellenchef Bauen unter Verkehr mit Intensivbauphase, Bausumme min. 1 Mio. inkl. MWSt. (abgeschlossen, Abnahme vor 31.12.2017) in den letzten 10 Jahren (Abnahme ab 1.1.2008), min. 3 Jahre Berufspraxis in dieser Funktion <p>Anforderungen für Note 3:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Referenzen und Qualifikation gem. Beschrieb 	<p>10 %</p> <p>Davon 5 %</p> <p>Davon 5 %</p>
-------------------------	--	---

Die Beschwerdegegnerin erhielt für den technischen Leiter die Note 4.7 (Referenzen: 4, Bausumme: 5, Berufspraxis: 5) und für den Baustellenchef die Note 4.7 (Referenzen: 4, Bausumme: 5, Berufspraxis: 5). Beim Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde der technische Leiter mit der Note 4.5 bewertet (Referenzen: 4, Bausumme: 5, Berufspraxis: 4.5), der Baustellenchef mit der Note 3.7 (Referenzen: 3, Bausumme: 4, Berufspraxis: 4).

b) Beim technischen Leiter argumentieren die Beschwerdeführerinnen, bezüglich Berufspraxis sei in den Bewertungsgrundsätzen für die volle Punktzahl als einzige Anforderung eine Berufspraxis von über 10 Jahren angegeben. Dies habe ihr technischer Leiter bei Weitem erfüllt und trotzdem sei dieser bei der Berufspraxis nur mit einer 4.5 bewertet wor-

den. Im Bewertungsbogen sei bei ihm "Risiko Alter" vermerkt, vermutlich weil er 67 Jahre alt sei. In der Schweiz sei es jedoch nicht verboten, über das ordentliche Alter hinaus zu arbeiten. Beim Alter des Personals handle es sich um ein unzulässiges Kriterium zur Bewertung des Angebots. Das Kriterium sei zudem erst im Nachhinein kreiert worden. In den Bewertungsgrundsätzen und in der Ausschreibung seien keinerlei Anforderungen an das Alter des Schlüsselpersonals definiert worden. Die Berufspraxis ihres technischen Leiters müsse daher mit einer 5 bewertet werden.

Es ist zwar richtig, dass das Alter der Referenzperson in den Bewertungsgrundsätzen nicht als Kriterium aufgeführt wurde. Wie schon ausgeführt (E. 9b) dürfen auch andere, in diesen Bewertungsgrundsätzen nicht ausdrücklich aufgeführte Elemente bei den definierten Zuschlags- und Subkriterien in die Bewertung einfließen, solange diese in einem Zusammenhang mit dem betreffenden Kriterium stehen, auf objektiven Gründen beruhen und für alle Angebote gleich angewendet werden. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Dass ein über dem ordentlichen Pensionsalter liegendes Alter einer Referenzperson zu einer leicht schlechteren Bewertung führt, ist nachvollziehbar und weder sachfremd noch verboten. Dass die Vergabestelle die Gefahr eines Ausfalls bei einer 67-jährigen Person etwas grösser bewertet als bei einer 52-jährigen Person, was dem Alter des technischen Leiters der Beschwerdegegnerin entspricht, ist nicht zu beanstanden. Von einer Diskriminierung – wie dies die Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 9. Januar 2019 vorbringen – kann deswegen nicht gesprochen werden, wird doch die Mitarbeit des betreffenden technischen Leiters der Beschwerdeführerinnen aufgrund des Alters nicht verboten, sondern nur das vorliegende Zuschlagskriterium aufgrund des erhöhten Risikos eines ganzen oder teilweisen Ausfalls leicht schlechter bewertet. Die Bewertung ist sachlich haltbar.

Gemäss den Beschwerdeführerinnen ist ausdrücklich ein Referenzobjekt unter Verkehr mit Intensivbauphase verlangt. Bei der Beurteilung der Referenz der Beschwerdegegnerin stehe "Bauen unter Verkehr ok, aber keine Intensivbauphase namentlich erwähnt; Beschrieb der Intensivbauphase vorhanden. Annahme: ok". Demnach sei bei dieser Referenz offenbar keine Intensivbauphase ausgewiesen oder müsse zumindest als unklar gelten. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte daher beim Unterkriterium "Referenzen" mit einer 2 benotet werden müssen.

Auch diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. So enthält die Referenz der Beschwerdegegnerin gemäss den glaubhaften und nachvollziehbaren Aussagen der Vergabestelle

eine Intensivbauphase. Es handelt sich um das Projekt Bypass S._____, welches ebenfalls schon unter der Federführung des TBA stand. Die BVE hat daher keinen Anlass, diese Einschätzung anzuzweifeln (vgl. auch schon E. 6c). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 9. Januar 2019 bestätigte die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2018 keineswegs, dass das Vorhandensein von Intensivbauphasen nicht in den Offertunterlagen ausgewiesen war. Dies ist auch nicht der Fall, hat doch die Beschwerdegegnerin die Intensivbauphase in ihrer Offerte bei den Detailangaben zu diesem Referenzobjekt ausgeführt.⁴³ Die Vergabestelle hat damit nicht einzig auf ihr Vorwissen zu diesem Projekt abgestellt. Insofern erübrigt es sich, auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 9. Januar 2019 (Ziff. 7.2) im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung einzugehen.

c) Beim Baustellenchef bringen die Beschwerdeführerinnen vor, bei ihnen habe man offenbar eine Abwertung vorgenommen, weil die Referenz aus dem Bahnbau stamme und nicht primär aus dem Strassenbau. In der Ausschreibung sei aber mit keinem Wort erwähnt, dass es sich um ein Projekt aus dem Bereich des Strassenbaus handeln müsse. Die Befähigung des Baustellenchefs zum Bauen unter Verkehr und mit Intensivbauphase könne durch eine Referenz aus dem Bahnbau genauso gut nachgewiesen werden. Eine Abwertung wegen der Referenz aus dem Bahnbau sei nicht zulässig. Offenbar habe sodann auch die Beschwerdegegnerin eine Referenz aus dem Bereich des Bahnbaus abgeliefert, ohne dass dies zu einer Abwertung geführt hätte. Ihre Referenz hätte sodann gestützt auf die Bewertungsgrundsätze mit einer 4 benotet werden müssen, da die Anforderungen der Vollständigkeit (Bauen unter Verkehr und Intensivbauphase) erfüllt seien und daneben eine zusätzliche Projektanforderung (Lärmschutzwände) erfüllt worden sei.

Gemäss den Bewertungsbögen und den Ausführungen der Vergabestelle in der Eingabe vom 10. Dezember 2018 war für die schlechtere Bewertung der Referenz des Baustellenchefs der Beschwerdeführerinnen – wie diese richtig feststellen – in erster Linie ausschlaggebend, dass diese ein Referenzobjekt aus dem Bahnbau angaben, die Beschwerdegegnerin dagegen ein solches aus dem Strassenbau. Dass dies zu einer leicht schlechteren Bewertung der Referenz des Baustellenchefs der Beschwerdeführerinnen führte, ist plausibel und kann für die Offerierenden auch nicht unerwartet sein. So handelt es sich beim ausgeschriebenen Objekt um ein Vorhaben im Bereich des Strassenbaus und es ist nach-

⁴³ Vgl. Angebot der Beschwerdegegnerin, Dokument C "Angaben des Anbieters", Ziff. 3.5.1, S. 16, Rubrik "Kurzer Beschrieb der Intensivbauphase",

vollziehbar, dass mit einem Projekt hauptsächlich aus dem Bahnbau – wie dies die Vergabestelle argumentiert – die Projektanforderungen zwar im Bereich der Lärmschutzmassnahmen erfüllt werden, nicht oder weniger gut aber in den Bereichen Brückensanierung, Belagseinbau oder Betonbelag. Dass dieser Umstand zu einer schlechteren Bewertung führt und eine Note 3 für diese Referenz der Beschwerdeführerinnen sachgerecht ist, lässt sich auch aus den Bewertungsgrundsätzen ableiten ("einseitiger Bezug zu Fachgebieten").

Beim Subkriterium "Bausumme" verlangen die Beschwerdeführerinnen eine Anhebung ihrer Benotung von einer 4 auf eine 5. Gemäss Bewertungsgrundsätzen werde eine Bausumme von über Fr. 4'000'000.00 mit 5 Punkten bewertet. Die Bausumme ihres Referenzobjekts betrage Fr. 9'500'000.00.

Die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerinnen bei der Bausumme des Referenzobjekts des Baustellenchefs begründete die Vergabestelle im Auswertungsbogen sowie in der Eingabe vom 10. Dezember 2018 damit, dass die Beschwerdeführerinnen bei ihrem Referenzobjekt primär aus dem Bereich des Bahnbaus den Anteil Strassenbau nicht ausgewiesen habe, was die Vergabestelle bei einem zu realisierenden Vorhaben im Bereich des Strassenbaus als notwendig erachtet hätte. Dies ist nachvollziehbar. Diese Unklarheit aufgrund fehlender Angaben vermag eine schlechtere Bewertung zu legitimieren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 9. Januar 2019 (Ziff. 8.2) liegt keine Doppelbewertung vor. So wurde hier nicht nochmals die Wahl des Referenzobjekts bewertet; zur schlechteren Bewertung führte vielmehr die fehlende Aufteilung der Bausumme.

14. Zuschlagskriterien, Ergebnis

Damit ergibt sich, dass die Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin um 5 Punkte zu hoch ausgefallen ist, da dieses beim Zuschlagskriterium 2.1 "Technischer Bericht, Risiken und Chancen" statt einer 4.5 eine 4 hätte erhalten müssen. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen ist um 5 Punkte aufzuwerten (Note 4 statt 3.5 beim Zuschlagskriterium 2.3 "Technischer Bericht, Beschriebe"). Die weiteren, von den Beschwerdeführerinnen kritisierten Bewertungen zu weiteren Zuschlagskriterien erweisen sich dagegen als unbegründet; die Bewertung der Vergabestelle ist diesbezüglich nicht zu beanstanden. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen erreicht damit bei den Zuschlagskriterien ein Total von

453.5 Punkten, das Angebot der Beschwerdegegnerin steht mit einem Total von 459 Punkten zu Buche. Die Vergabestelle hat daher den Zuschlag zu Recht der Beschwerdegegnerin erteilt. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

15. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die Eignungskriterien bei der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet hat. Die Bewertung der Zuschlagskriterien ist in zwei Punkten zu korrigieren, was beim Angebot der Beschwerdegegnerin zu 5 Punkten Abzug führt und beim Angebot der Beschwerdeführerinnen 5 Punkte mehr ergibt. Ansonsten ist die Bewertung der Vergabestelle sachlich begründet sowie nachvollziehbar. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Vergabestelle bei der Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien ihren Ermessensspielraum missbraucht oder überschritten hätte. Die erwähnte Korrektur ändert nichts an der Rangfolge. Damit ist der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

b) 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 GebV⁴⁴). Die Pauschale wird vorliegend festgelegt auf Fr. 2'500.00.

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 unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Der angefochtene Entscheid verletzt aber das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen (E. 2). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.⁴⁵ Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführerinnen nur vier Fünftel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 2'000.00, zu übertragen. Die restlichen Verfahrens-

⁴⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

⁴⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.09.2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

kosten in der Höhe von Fr. 500.00 sind grundsätzlich durch die Vergabestelle zu tragen, da sie die Gehörsverletzung zu verantworten hat. Ihr können jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art 108 Abs. 2 VRPG), weshalb der Kanton diese Verfahrenskosten trägt.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wie bereits ausgeführt unterliegen die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs sind aber den Beschwerdeführerinnen nur vier Fünftel der Parteikosten der Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen. Einen Fünftel der Parteikosten der Beschwerdegegnerinnen hat die Vergabestelle zu tragen, welche für die Gehörsverletzung verantwortlich ist.⁴⁶ Wegen der Gehörsverletzung wird die Vergabestelle zudem verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen einen Fünftel der Parteikosten zu ersetzen.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁴⁷ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁴⁸). Art. 11 Abs. 2 PKV, wonach bei bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent auf dem Honorar gewährt wird, gelangt – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – nicht zur Anwendung. So ist Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ein Zuschlag im öffentlichen Beschaffungsrecht. Dieses Verfahren zielt nicht auf das Feststellen oder Zusprechen einer bestimmten Geldsumme ab. Bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten sind daher gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.⁴⁹

⁴⁶ Vgl. auch VGE 2014/198 vom 6. August 2015, E. 4.4.

⁴⁷ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

⁴⁸ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

⁴⁹ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 9.2.2.

Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdegegnerin beläuft sich auf Fr. 12'321.30 (Honorar Fr. 11'350.00, Auslagen Fr. 90.40, MWSt Fr. 880.90). Bei einem zu erwartenden Auftragsvolumen von knapp 10 Millionen Franken stuft die BVE die Bedeutung der Streitsache als überdurchschnittlich ein. Angesichts der Bedeutung der Streitsache, des knapp überdurchschnittlichen Zeitaufwandes und der durchschnittlichen Komplexität des Falles erachtet die BVE einen Parteikostenersatz von Fr. 8'500.00 als angemessen. Zu beachten ist sodann, dass die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig ist⁵⁰ und somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.⁵¹ Die massgebenden Parteikosten der Beschwerdegegnerin belaufen sich damit auf Fr. 8'590.40 (Honorar Fr. 8'500.00, Auslagen Fr. 90.40). Die Beschwerdeführerinnen haben daher der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Umfang von Fr. 6'872.30 zu ersetzen. Die Vergabestelle muss für die restlichen Parteikosten der Beschwerdegegnerin, ausmachend Fr. 1'718.10, aufkommen.

Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführerinnen beläuft sich auf Fr. 19'731.90 (Honorar Fr. 17'787.50, Auslagen Fr. 533.65, MSt Fr. 1'410.75). Nach dem oben Ausgeführten erachtet die BVE auch hier einen Parteikostenersatz von Fr. 8'500.00 als angemessen. Die Beschwerdeführerinnen machen als Auslagen sodann einen Pauschalbetrag von 3 % des Honorars geltend, was bei Fr. 8'500.00 noch Fr. 255.00 ausmacht. Auch die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich mehrwertsteuerpflichtig, so dass die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist. Damit belaufen sich die massgebenden Parteikosten der Beschwerdeführerinnen auf Fr. 8'755.00 (Honorar Fr. 8'500.00, Auslagen Fr. 255.00). Die Vergabestelle hat daher den Beschwerdeführerinnen Parteikosten im Betrag von Fr. 1'751.00 zu ersetzen.

⁵⁰ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>.

⁵¹ BVR 2014 S. 484 E. 6.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung des TBA OIK III vom 14. September 2018 wird bestätigt.
2. Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten von Fr. 2'000.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3.
 - a) Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin vier Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 6'872.30, zu ersetzen. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.
 - b) Der Kanton (TBA OIK III) hat der Beschwerdegegnerin einen Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'718.10, zu ersetzen.
 - c) Der Kanton (TBA OIK III) hat den Beschwerdeführerinnen einen Fünftel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'751.00, zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis III (TBA OIK III), A-Post
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Reiterstrasse 11, 3011 Bern, zur Kenntnis, im Haus

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident