

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

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2018/256 vom 20.3.2019).

RA Nr. 130/2018/5

Bern, 2. August 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und

C. _____
Beschwerdegegnerin

sowie

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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 12. Februar 2018 (Beschaffung von standardisiertem Büromobiliar, Los 4 Aktenschränke)

I. Sachverhalt

1. Am 31. August 2017 schrieb das AGG die Beschaffung von standardisiertem Büromobiliar über einen Zeitraum von sieben Jahren (feste Vertragslaufzeit von drei Jahren mit zwei Verlängerungsmöglichkeiten um je zwei weitere Jahre) im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Die Beschaffung wurde in sechs Lose aufgeteilt (Ti-

sche, Stühle, Licht, Aktenschränke, Module und Regale), wobei die Anbieterinnen für einzelne, aber auch für sämtliche Lose Angebote einreichen konnten. Bis zum Eingabetermin vom 20. Oktober 2017 gingen für das Los 4 (Aktenschränke) insgesamt neun Angebote und für das Los 6 (Regale) insgesamt fünf Angebote ein. Mit einzelnen Verfügungen vom 12. März 2018 erteilte das AGG sowohl für das Los 4 als auch für das Los 6 der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügungen vom 12. März 2018 reichte die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt Folgendes:

"1. Die Zuschlagsverfügungen des Amtes für Grundstücke und Gebäude vom 12. März 2018 betreffend das Los 4 (Aktenschränke) und das Los 6 (Regale) im Ausschreibungsverfahren über die Beschaffung von standardisiertem Büromobiliar seien aufzuheben, und der Zuschlag in diesen zwei Losen sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

Eventuell seien die Zuschlagsverfügungen betreffend die Lose 4 und 6 aufzuheben, und die Sache sei zur Neuurteilung an den Beschwerdegegner 1 [hier: die Vorinstanz] zurückzuweisen.

2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und dem Beschwerdegegner 1 [hier: der Vorinstanz] sei vorsorglich zu verbieten, bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Beschwerdesache einen Vertrag betreffend die Lose 4 und 6 abzuschliessen.

3. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Verfahrensakten (insbes. in den Evaluationsbericht und die zugehörigen Unterlagen) sowie in die (allenfalls anonymisierten) Angebote und Anbieterinformationen (Teil C-2 des Angebots) der Beschwerdegegnerin 2 [hier: der Beschwerdegegnerin] zu gewähren, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen dagegenstehen.

4. Nach erfolgter Akteneinsicht sei der Beschwerdeführerin die Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen."

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags, es sei der Vergabestelle vorsorglich der Vertragsabschluss zu verbieten, führte das Rechtsamt mit Verfügung vom 28. März 2018 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei es dem AGG untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

Mit Schreiben vom 11. April 2018 teilte die Beschwerdegegnerin mit, dass sie auf eine Stellungnahme und Anträge zur Beschwerde verzichte. Sie gehe davon aus, dass die Beschaffungsstelle korrekt vorgegangen sei und die angefochtenen Zuschläge rechtmässig seien. Sie nehme an, dass die Geschäftsgeheimnisse von Mitbewerbern auch im Rechtsmittelverfahren gewahrt würden und dementsprechend insbesondere ihre Offerten nicht gezeigt würden, auch nicht in anonymisierter Form. Das AGG stellt mit Stellungnahme vom 25. April 2018 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Beschwerde sei zudem keine aufschiebende Wirkung zuzusprechen.

4. Mit Zwischenverfügung vom 3. Mai 2018 erteilte das Rechtsamt der BVE der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Gleichzeitig hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin insofern gut, als dass es ihr Einsicht in die anonymisierten Auswertungsunterlagen der Vergabestelle zu den Losen 4 und 6 gewährte. Bezüglich der Offerte der Beschwerdegegnerin wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen. Mit Verfügung vom 16. Mai 2018 stellte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin die entsprechend anonymisierten Verfahrensakten zu und gab ihr Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen und zu den Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2018 und des AGG vom 25. April 2018 Stellung zu nehmen.

Am 13. Juni 2018 reichte die Beschwerdeführerin ihre Ergänzungen ein. Dabei hielt sie an den Anträgen gemäss Beschwerde fest, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen, eventuell die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Das AGG nahm hierzu mit Eingabe vom 25. Juni 2018 Stellung und hielt dabei an seinen Anträgen gemäss Stellungnahme vom 25. April 2018 fest. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme

5. Mit Verfügung vom 3. Juli 2018 trennte das Rechtsamt das für die Lose 4 und 6 bis dahin gemeinsam geführte Beschwerdeverfahren. Unter der vorliegenden RA Nr. 130/2018/5 wurde das Verfahren hinsichtlich des Loses 4 weitergeführt. Das Verfahren hinsichtlich des Loses 6 wurde neu unter der RA Nr. 130/2018/8 weitergeführt.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG² können Zuschlagsverfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Das AGG ist eine kantonale Verwaltungseinheit der BVE und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne des ÖBG. Die BVE ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Angebot beim Los 4 den zweiten Platz erreicht; gemäss Zuschlagsverfügung wurde ihr Angebot mit 363.5 Punkte bewertet, womit sie nur knapp hinter demjenigen der Beschwerdegegnerin lag, welches 377.4 Punkte erhielt. Die Beschwerdeführerin hat damit eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht und innert der vom Rechtsamt angesetzten Nachfrist verbessert worden.³ 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 damit 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, ein-

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

³ Mit ihrer Beschwerde hat die Beschwerdeführerin neben dem Zuschlag des Loses 4 und 6 gleichzeitig den Zuschlag eines weiteren Loses angefochten. Da es sich um unterschiedliche Beschaffungsgegenstände handelt und der Zuschlag zu diesen Losen verschiedenen Zuschlagsempfängerinnen erteilt wurde, reichte die Beschwerdeführerin auf Aufforderung des Rechtsamts innert der angesetzten Nachfrist getrennte Beschwerden ein.

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

schliesslich 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

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsverfügung sei ungenügend begründet und nicht nachvollziehbar. Der blosser Vermerk, wonach sich das ausgewählte Angebot als das wirtschaftlich günstigste erwiesen habe, stelle keine genügende Begründung dar. Ebenso wenig genüge es, die Noten der einzelnen Zuschlagskriterien bekannt zu machen, ohne diese zu kommentieren. Diese Gehörsverletzung könne zwar im Beschwerdeverfahren geheilt werden, sei jedoch im Kostenpunkt zu berücksichtigen.

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.⁵

c) In der Zuschlagsverfügung vom 12. März 2018 gab das AGG die von der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bei den drei Zuschlagskriterien (Preis, Produktequalität, Serviceleistungen) jeweils erreichten Punkte sowie das Total der Punkte beider Bewerberinnen bekannt. Dabei führte es aus, gestützt auf diese Bewertungsergebnisse stelle das Angebot der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ÖBV⁶ dar. Eine nähere Begründung zu den von den Bewerberinnen erreichten Punkten bei den Zuschlagskriterien "Produktequalität" und "Serviceleistungen" fehlt in der Zuschlagsverfügung gänzlich. Gestützt auf diese Verfügung war es für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wieso sie beim Zuschlagskriterium "Produktequalität" jeweils deutlich schlechter abschnitt als die Beschwerdegegnerin. Das AGG hat damit die Zuschlagsverfügung ungenügend begründet und dadurch den Anspruch auf rechtliches

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 mit Hinweisen.

⁶ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Die Beschwerdeführerin nahm nach Zustellung der Zuschlagsverfügung von der Gelegenheit eines mündlichen Debriefings Gebrauch. Erst anlässlich dieses Treffens mit Vertretern der Vergabestelle am 19. März 2018 erhielt sie nähere Informationen zur Bewertung. Eine nähere, schriftliche Begründung lieferte das AGG erst im Rechtsmittelverfahren (Stellungnahme vom 25. April 2018).

d) Aufgrund der näheren Ausführungen der Vergabestelle im mündlichen Debriefing war die Beschwerdeführerin ausreichend informiert, um Beschwerde erheben zu können. Das Rechtsamt der BVE hat sodann der Beschwerdeführerin die Stellungnahme des AGG vom 25. April 2018 zugestellt und einen weiteren Schriftenwechsel angeordnet. Der Verfahrensmangel wurde dadurch geheilt. Die Beschwerdeführerin hat ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können; ihr ist durch den Verfahrensmangel kein Nachteil entstanden.⁷

3. Transparenzgebot bei den Zuschlagskriterien: Vorbringen und Grundsätze

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen hätten keine näheren Angaben darüber enthalten, welche Einzelaspekte unter dem Zuschlagskriterium 2 "Produktequalität" beurteilt würden. Es sei insbesondere nicht erkennbar gewesen, dass die Farbgestaltung unter diesem Kriterium bewertet werde. Die Farbe gehöre üblicherweise nicht zu den Qualitätskriterien. Damit habe das AGG das Transparenzgebot und die Pflicht zur Offenlegung der einzelnen Subkriterien verletzt. Die Vergabestelle habe sodann das Transparenzgebot im Rahmen der Produktepräsentation verletzt. So sei es in keiner Weise ersichtlich gewesen, dass anlässlich dieser Präsentation die Farbkollektionen hätten aufgelegt werden müssen.

Das AGG entgegnet, sämtliche beim Zuschlagskriterium 2 bewerteten Unterkriterien seien inhärente Merkmale des Begriffs "Produktequalität". Aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen kommunizierten maximalen Punktzahl von 200 Punkten sei erkennbar gewesen, dass unter diesem Zuschlagskriterium mehrere Gesichtspunkte beurteilt würden. Aufgrund der Detailspezifikationen der Lose sei auch klar gewesen, dass die Farbkollektion für die Vergabestelle zentral gewesen sei und auch diese hinsichtlich der Produktequalität ge-

⁷ Vgl. dazu BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16.

prüft werde. Schliesslich sei aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen, dass die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums nur aufgrund der Produktepräsentation erfolge und die Farbkollektion daher nur bewertet werden konnte, wenn diese präsentiert worden sei. Rügen, welche sich gegen die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen richten würden, hätten schliesslich mittels Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen.

b) Dem Transparenzgebot kommt im öffentlichen Beschaffungswesen eine zentrale Funktion zu. Es soll einerseits einen echten Wettbewerb gewährleisten, damit die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden. Zum andern bezweckt das Transparenzprinzip, ein faires Beschaffungsverfahren zu gewährleisten und die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers zu verhindern.⁸ Die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes, der eine ständige und umfassende Information der Beteiligten in jedem Stadium des Beschaffungsverfahrens zum Ziel hat, garantiert zudem die Gleichbehandlung aller Teilnehmenden. Die Auftraggebenden haben die Pflicht, mit einer klaren, transparenten und inhaltlich vollständigen Ausschreibung die Grundlage für ein möglichst transparentes Verfahren zu schaffen.

Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Diese Bestimmung ist Ausfluss des Transparenzgebotes. Grundsätzlich gilt, dass "die Notwendigkeit der vorgängigen Bekanntgabe aller für die Zuschlagserteilung massgeblichen Gesichtspunkte, also der einzelnen Zuschlagskriterien, der allfälligen Subkriterien und der Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips zwingend ist und unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren besteht. [...] Die Anbieter haben sodann auch Anspruch darauf, dass die Vergabebehörde wichtige Einzelgesichtspunkte, die sie im Rahmen eines Zuschlagskriteriums zu berücksichtigen gedenkt, explizit in Form von Subkriterien definiert und bekannt gibt. [...] Die Regeln des Spiels müssen fairerweise zum Voraus bekannt gegeben werden, damit Missbrauch und Manipulation bei der Zuschlagserteilung so weit wie möglich ausgeschaltet werden können."⁹ Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern kann dem mit dem Transparenzprinzip angestrebten Schutz der Bewerbenden vor Missbrauch und Manipulation der Bewertung durch die Vergabebehörde nur dann entsprochen

⁸ BGE 125 II 86 S. 100 f., E. 7c, veröffentlicht in Pra 1999 S. 571, E. 7c.

⁹ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 956.

werden, wenn den Anbietenden im Rahmen der Ausschreibung nebst den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die für die Vergabe als massgeblich erachteten Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung offengelegt werden, soweit solche vorhanden sind.¹⁰

c) Das Transparenzgebot ist in der Regel formeller Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dessen Missachtung Konsequenzen haben und grundsätzlich zur Aufhebung des Zuschlages führen.¹¹ Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist die Aufhebung der Zuschlagsverfügung aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin war.¹² Im Falle der Aufhebung des Zuschlages kann die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst entscheiden oder diese mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vorinstanz zurückweisen (vgl. Art. 34 Abs. 1 ÖBV). Ersteres ist dann möglich, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlages als offenkundig spruchreif erscheint. Nicht spruchreif ist die Angelegenheit, wenn sich nicht eruieren lässt, wie die Offerte der Beschwerdeführerin ausgesehen hätte, wenn das Transparenzgebot bei der Vergabe eingehalten worden wäre.¹³

d) Erfolgt eine Verletzung des Transparenzprinzips bei der Ausschreibung, so wird kontrovers diskutiert, ob das Prinzip von Treu und Glauben gebietet, dass bereits die Ausschreibung angefochten werden muss. Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nicht selbständig, sondern in der Regel mit dem Zuschlag, anzufechten.¹⁴ Demgegenüber hat das Bundesgericht verschiedentlich festgehalten, dass allfällige Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen ohne Verzug zu erheben seien. Soweit sie mit der Ausschreibung zur Verfügung stünden, seien sie als integrierender Bestandteil derselben zu verstehen.¹⁵ Diese Rechtsprechung hat es allerdings dahingehend präzisiert, dass nur Mängel, die auf Anhub erkennbar seien, innert der für die Anfechtung der Ausschreibung festgelegten Frist

¹⁰ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 962 mit Verweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Kanton Bern vom 7. Februar 2004, E. 2.5 sowie BVR 2002, S. 453. E. 7c.

¹¹ Vgl. BGer 2P.299/2000 vom 24.08.2001, E. 4; so auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2015.00603 vom 4.02.2016, E. 4.5.1.

¹² Vgl. VGE 2016/35 vom 29. Februar 2016, E. 3.1; BVR 2004 S. 348 E. 3.2.

¹³ BVger B-364/2014 vom 16.01.2015, E. 9.

¹⁴ BVger B-3791/2015 vom 19.08.2016, E. 4.3.

¹⁵ BGE 129 I 313 S. 321, E. 6.2; BGE 125 I 203 S. 207 E. 3a.

gerügt werden müssten.¹⁶ Eine Verletzung des Transparenzgebotes in den Ausschreibungsunterlagen kann sich je nachdem über das ganze Verfahren hinaus auswirken. Die tatsächlichen Folgen sind zum Zeitpunkt der Ausschreibung häufig noch nicht bekannt. Daher müssen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nur dann gemeinsam mit der Ausschreibung angefochten werden, wenn deren Bedeutung und die Tragweite bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt sind.¹⁷

4. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien im vorliegenden Fall

a) Gemäss der Ausschreibung¹⁸ sind vorliegend drei Zuschlagskriterien vorgesehen, nämlich der Preis mit einer Gewichtung von 40 Prozent, die Produktequalität mit einer Gewichtung von ebenfalls 40 Prozent sowie die Serviceleistungen mit einer Gewichtung von 20 Prozent. Das hier umstrittene Zuschlagskriterium 2 "Produktequalität" wird in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 4.5.3) wie folgt umschrieben¹⁹: "Auf Basis der Produkteevaluation erfolgt eine Beurteilung der Produkte- und Ausführungsqualität der zur Verfügung gestellten standardisierten Büromöbel durch das Evaluationsteam". Aus Ziffer 4.5.5 der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich zudem, dass bei diesem Zuschlagskriterium eine Punktzahl von maximal 200 Punkten erreicht werden kann.²⁰ Gemäss Ziffer 4.5.1 der Ausschreibungsunterlagen²¹ werden Noten zwischen 5 und 0 vergeben, wobei 5 die beste und 0 die schlechteste Note ist; zwischen 1 und 5 erfolgt die Bewertung linear mit einer Kommastelle. In den Detailspezifikationen des Loses 4 "Aktenschränke"²² hat die Vergabestelle die detaillierten Anforderungen an die zu offerierenden Modelle (Rollladenschrank 160 cm, Rollladenschrank 80 cm, Unterstellkorpus, Caddy 80 cm, Caddy 42 cm und Hängeregistratur-Schrank) aufgeführt sowie die Materialisierung vorgegeben. Bei der Materialisierung wurde für jedes Element eine konkrete Farbauswahl vorgegeben, versehen mit der Bemerkung "nach Kollektion".

¹⁶ BGE 130 I 241 S. 246, E. 4.3.

¹⁷ BDE 130/2016/11 vom 17. März 2017, E. 3d; auch schon angedeutet in BDE 130/2012/7 vom 10. Januar 2013, E. 3c, vgl. auch Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons St Gallen, B2015/78 vom 17. Dezember 2015, E. 2.

¹⁸ Vorakten pag. 597 ff.

¹⁹ Vorakten pag. 618.

²⁰ Vorakten pag. 619.

²¹ Vorakten pag. 618.

²² Vorakten pag. 661 ff.

b) Beim umstrittenen Zuschlagskriterium 2 "Produktequalität" hat das AGG weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen allfällige Unterkriterien bekannt gegeben. Aus den Auswertungsunterlagen wird deutlich, dass die Vergabestelle bei diesem Zuschlagskriterium folgende Unterkriterien mit gleicher Gewichtung herangezogen hat²³:

Technische Qualität	Optische Qualität	Kollektion	Farb-Palette	Over-all
<ul style="list-style-type: none"> • Mechanik • Bedienung • Robustheit • Stabilität • Austauschbarkeit der Teile • Materialisierung 	<ul style="list-style-type: none"> • Verarbeitung • Detaillösungen • Design • Gesamteindruck 	<ul style="list-style-type: none"> • Vollständigkeit • Kompatibilität der Elemente 	<ul style="list-style-type: none"> • Vollständigkeit • Kompatibilität • Optionale Farben • Gesamteindruck 	<ul style="list-style-type: none"> • Präsentation • Ergänzung zu bestehendem Mobiliar • Gesamteindruck

Gemäss der Auswertungsübersicht²⁴ und den Ausführungen der Vergabestelle im Beschwerdeverfahren wurden diese Unterkriterien anlässlich der Produktepräsentation durch das Evaluationsteam auf sämtliche Modelle dieses Loses angewendet und jeweils einzeln bewertet.

c) Erst aus den Auswertungsunterlagen lässt sich damit entnehmen, dass das AGG beim umstrittenen Zuschlagskriterium "Produktequalität" diverse Unterkriterien verwendet hat, ohne diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Diese Unterkriterien mögen zwar Aspekte beinhalten, welche bei der Beurteilung der Produktequalität geprüft werden durften. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle mussten und konnten die Anbieterinnen jedoch die gewählte Gewichtung der einzelnen Unterkriterien so nicht erwarten. So musste insbesondere nicht damit gerechnet werden, dass neben dem Unterkriterium "optische Qualität" auch noch die "Farb-Palette" einzeln bewertet und dabei gleich stark gewichtet wird wie die anderen Kriterien. Damit wurden zwei rein optische Kriterien ("optische Qualität" und "Farb-Palette") insgesamt mit 40 Prozent gewichtet und fielen damit doppelt so stark ins Gewicht wie das Kriterium "technische Qualität". Beim Unterkriterium "Kollektion" überprüfte das AGG gemäss Übersicht die Vollständigkeit und die Kompatibilität der Elemente. Diese Anforderungen sind jedoch auch schon Teil des Eignungskriteriums

²³ Gemäss Übersicht "Bewertung der Qualität (pro Los), Vorakten pag. 507.

²⁴ Auswertungsübersicht Vorakten pag. 304 f. und vom AGG im Beschwerdeverfahren nachgelieferter Auszug aus dem "Decision Advisor", Los 4, ZK 2.

"Technische Spezifikationen", wo gemäss den Ausschreibungsunterlagen Ziff. 4.3²⁵ die Erfüllung der Anforderungen gemäss technischer Spezifikation verlangt wurde. Es kann offen bleiben, ob das Eignungskriterium "Technische Spezifikationen" und das Unterkriterium "Kollektion" bei den Zuschlagskriterien tatsächlich deckungsgleich sind. Da dieses Unterkriterium in den Ausschreibungsunterlagen nicht offen gelegt wurde, mussten die Anbieterinnen jedenfalls nicht damit rechnen, dass diese Aspekte (insb. die Vollständigkeit) auch bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Produktqualität" mit einer Gewichtung von 20 Prozent in die Bewertung einfließen wird. Ebenso wenig konnte erwartet werden, dass die Präsentation selber als Teil des Unterkriteriums "Over-all" in die Bewertung der Zuschlagskriterien einfließt. Die Bewertung einer Präsentation im Rahmen der Zuschlagskriterien ist zwar zulässig, dieses Kriterium muss jedoch in den Ausschreibungsunterlagen als Teil der Bewertung angekündigt werden.²⁶ Vorliegend hat das AGG in den Ausschreibungsunterlagen nicht angekündigt, dass die Produktepräsentation im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet wird.

d) Das AGG hätte damit beim Zuschlagskriterium "Produktequalität" die Unterkriterien sowie deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen aufführen müssen. Indem es dies unterlassen hat, versties sie gegen Art. 30 Abs. 2 ÖBV. Gleichzeitig verletzt dieses Vorgehen das Transparenzgebot sowie das Gebot der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und eröffnet Manipulationsmöglichkeiten. Es ist vergaberechtlich unzulässig.

Da diese Unterkriterien im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt gegeben wurden und deren Gewichtung so nicht erwartet werden konnte, musste die Beschwerdeführerin diesen Mängel nicht schon gegen die Ausschreibung vorbringen (vgl. E. 3d). Es ist daher zulässig, die fehlende Nachvollziehbarkeit und Transparenz dieses Zuschlagskriteriums noch gegen die Zuschlagsverfügung vorzubringen. Eine Wiederholung der Beschaffungsverfahren ist aber trotz dieses formellen Mangels nicht angezeigt. So ist nicht davon auszugehen, dass sich das Angebot der Beschwerdeführerin und die weiteren Angebote bezüglich der offerierten Aktenschranke und deren Qualität verändert hätten, wenn die Unterkriterien im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium Produktequalität vorgängig kommuniziert worden wären. Hierfür bestehen weder Anzeichen noch wird dies von der Beschwerdeführerin geltend gemacht. Ein faires Beschaffungsverfahren – was mit dem Grundsatz der Transparenz bezweckt wird – bleibt damit gewährleistet. Das von der

²⁵ Vorakten pag. 617.

²⁶ Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., N. 738 mit weiteren Hinweisen.

Vergabestelle gewählte Bewertungssystem ist zudem grundsätzlich geeignet, die Angebote sachlich zu bewerten. Die Sache erscheint daher als spruchreif (vgl. E. 3c), weshalb die BVE in der Sache selber entscheidet.

5. Bewertung des Subkriteriums "Farbpalette"

a) Die Beschwerdeführerin kritisiert die schlechtere Bewertung ihres Angebots beim Zuschlagskriterium "Produktequalität". Sie habe beim Los 4 die genau gleichen Produkte wie die Beschwerdegegnerin offeriert. Angesichts der Identität der offerierten Produkte sei es mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar, dass ihre Offerte bezüglich des Zuschlagskriteriums "Produktequalität" massiv schlechter bewertet worden sei als die Angebote der Beschwerdegegnerin. Die schlechtere Bewertung dieses Zuschlagskriteriums aufgrund des Umstandes, dass sie anlässlich der Produktepräsentation keine separaten Farbmuster aufgelegt habe, sei nicht zulässig. Die Vergabestelle habe die Anbietenden in keiner Weise darauf aufmerksam gemacht, dass sie für die Produktepräsentation separate Farbmuster aufzulegen habe. Die Farbmuster seien ihren Angebotsunterlagen beigelegt. Indem die Vergabestelle die von ihr eingereichten Farbmuster bei der Produktepräsentation unberücksichtigt liess, habe sie überspitzt formalistisch gehandelt und das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet. Zudem habe sie den ihr zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum verletzt.

Das AGG entgegnet in der Stellungnahme vom 25. April 2018, aus den Ausschreibungsunterlagen werde deutlich, dass für die Prüfung des Zuschlagskriteriums "Produktequalität" einzig das Produkteevaluationsverfahren / die Präsentation der Produkte am 25./26. Januar 2018 massgeblich sei und dass die Evaluation einzig gestützt auf die von den Anbieterinnen präsentierten Möbel und Kollektionen erfolgte. Daraus hätten die Anbieterinnen schliessen müssen, dass die Farbkollektion nur bewertet werde, wenn diese auch präsentiert worden sei. Es sei richtig, dass das Angebot der Beschwerdeführerin bei diesem Zuschlagskriterium nur in Bezug auf die Farbkollektion schlechter bewertet worden sei. Da das Evaluationsteam davon ausgehen musste, innerhalb eines Loses seien verschiedene Produkte zu bewerten, habe die Farbkollektion eine wichtige Rolle gespielt.

b) Das Subkriterium "Farbpalette" bildet gemäss den Auswertungsunterlagen der Vergabestelle eines von fünf Subkriterien des Zuschlagskriteriums "Produktequalität". Es

wurde mit 20 Prozent gewichtet. Gemäss der Auswertungsübersicht²⁷ erhielt die Beschwerdeführerin beim Subkriterium "Farbpalette" insgesamt 16 Punkte²⁸ von maximal möglichen 40 Punkten. Der Beschwerdegegnerin wurden total 36 Punkte²⁹ zugesprochen. Die übrigen Subkriterien bei diesem Zuschlagskriterium wurden identisch bewertet, zumal die beiden Anbieterinnen dieselben Produkte offeriert haben. In dem vom AGG im Beschwerdeverfahren nachgereichten Evaluationstool "Decision Advisor" finden sich zu diesem Subkriterium bei der Beschwerdeführerin die Bemerkung "nicht vorhanden" und bei der Beschwerdegegnerin die Bemerkung "vorhanden".

c) Den Vergabestellen kommt bei der Beurteilung und Bewertung der Angebote wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Unangemessenheit des Vergabeentscheides kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB³⁰). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.³¹ 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.³² Die Angebotsbewertung muss aber in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen.³³

d) Vorliegend ist unbestritten, dass das AGG die Anbieterinnen nicht auf die Notwendigkeit des Auflegens einer Farbpalette anlässlich der Produktepräsentation hinwies. Ebenso wenig kommunizierte es, dass als Subkriterium die Farbpalette bewertet und mit 20 % gewichtet wird sowie dass bei dieser Bewertung einzig auf die anlässlich der Produktepräsentation vorgelegte Farbpalette abgestellt wird. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle lässt

²⁷ Vorakten pag. 304 f.

²⁸ Jeweils 2.667 Punkte für den Rollladenschrank 160 cm, den Rollladenschrank 80 cm, den Unterstellkorpus, den Caddy 80 cm, den Caddy 42 cm und den Hängeregistratur-Schrank.

²⁹ Jeweils 6 Punkte für den Rollladenschrank 160 cm, den Rollladenschrank 80 cm, den Unterstellkorpus, den Caddy 80 cm, den Caddy 42 cm und den Hängeregistratur-Schrank.

³⁰ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, Anhang I zum ÖBG; BSG 731.2.

³¹ 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.

³² VGE 21040 vom 4.5.2001 i.S. M. AG, E. 4b.

³³ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1.

sich dies nicht den Ausschreibungsunterlagen unternehmen. Dort wird bezüglich des Zuschlagkriteriums "Produktequalität" einzig festgehalten, dass die Beurteilung der Produkte- und Ausführungsqualität auf Basis der Produkteevaluation durch das Evaluationsteam erfolge. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass eine der Offerte beigelegte Farbpalette bei der Bewertung unberücksichtigt bleibt und nur eine anlässlich der Produktepräsentation aufgelegte Farbpalette bewertet wird.

e) Aufgrund der im Evaluationstool "Decision Advisor" vorhandenen Bemerkungen wird deutlich, dass einzig das Fehlen der Farbpalette anlässlich der Präsentation, nicht aber etwa eine schlechtere Farbkollektion der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Beschwerdegegnerin zu den Abzügen bei diesem Kriterium führte. In keiner Weise macht die Vergabestelle geltend, die Farbkollektion der Beschwerdeführerin, welche diese der Offerte beilegte, sei schlechter als diejenige der Beschwerdegegnerin. Ein Blick in die Offerten beider Anbieterinnen macht denn auch deutlich, dass die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin beim Los 4 exakt dieselben Farbkollektionen offerierten. Die Beschwerdeführerin bei diesem Subkriterium aber einzig deswegen schlechter zu bewerten, weil sie die in der Offerte vorhandene Farbpalette an der Präsentation nicht auflegte, ist nicht haltbar. So beruht diese Schlechtbewertung nicht auf einem qualitativen Merkmal, was bei einem Subkriterium der "Produktequalität" vorausgesetzt ist, sondern auf einer Formalität, welche so von den Anbieterinnen mangels Bekanntgabe nicht erwartet werden konnte, zumal die Vergabestelle die Farbauswahl in den Detailspezifikationen – wie ausgeführt – schon stark eingeschränkt hat. Es ist zudem nicht zulässig, bei der Bewertung der Angebote die eigentlichen Offerten nicht zu berücksichtigen. Genau dies ist aber im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit dem Subkriterium "Farbpalette" passiert, indem die in den Offerten enthaltenen Farbpaletten nicht in die Beurteilung miteinbezogen wurden. Es durfte erwartet werden bzw. wäre angezeigt gewesen, dass die Vergabestelle die Offerten mitsamt den darin enthaltenen Farbpaletten auch anlässlich der Produktepräsentation aufgelegt hätte, so dass dem Evaluationsteam diese Unterlagen für die Bewertung der Qualität ebenfalls zur Verfügung gestanden wären. Jedenfalls hätte das AGG bzw. das Evaluationsteam die in der Offerte der Beschwerdeführerin enthaltene Farbpalette bei der Beurteilung miteinbeziehen müssen.

f) Insgesamt wurde das Angebot der Beschwerdeführerin im Vergleich zu denjenigen der Beschwerdegegnerin bei diesem Qualitätskriterium ohne sachlichen, in der Qualität liegenden Grund schlechter bewertet. Die schlechtere Bewertung einzig wegen des Umstan-

des, dass die in der Offerte vorhandene Farbpalette an der Präsentation der Produkte nicht aufgelegt wurde, ist nicht haltbar und willkürlich. Die Abzüge beim Angebot der Beschwerdeführerin sind nicht gerechtfertigt und die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin sind beim Subkriterium "Farbpalette" gleich zu bewerten.

Die Beschwerdeführerin erhält daher bei diesem Subkriterium ebenfalls 36 Punkte und damit 20 Punkte mehr als bisher. Damit überholt das Angebot der Beschwerdeführerin (neu 383.5 Punkte) das Angebot der Beschwerdegegnerin (377.4 Punkte) und ist neu auf dem ersten Rang. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist daher aufzuheben und der Zuschlag ist der Beschwerdeführerin zu erteilen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfüllt oder nicht; auf die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin muss daher nicht eingegangen werden.

6. Kosten

a) Die Kosten für das vorliegende Verfahren werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁴).

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG hat die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder besondere Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin hat keine Anträge gestellt. Ihr werden dementsprechend keine Kosten auferlegt. Der Vergabestelle könnten nur Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ein Zuschlag im öffentlichen Beschaffungsrecht. Dieses Verfahren zielt nicht auf das Feststellen oder Zusprechen einer bestimmten Geldsumme ab. Bei submissionsrechtlichen Streitigkeiten sind daher keine vermögensrechtlichen Interessen zu wahren.³⁵ Es wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet.

³⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³⁵ VGE 21741 vom 10. Juni 2005, E. 6.

b) 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). Die Beschwerdeführerin obsiegt vollumfänglich. Die Beschwerdegegnerin wird mangels Antragstellung nicht parteikostenpflichtig. Aus diesem Grund hat die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen.

Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Das AGG hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von Fr. 3'420.00 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Zuschlagsverfügung des Loses 4 vom 12. März 2018 wird aufgehoben. Der Zuschlag für das Los 4 wird der Beschwerdeführerin erteilt (Angebot vom 20. Oktober 2017).
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Das AGG hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'420.00 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- C._____, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), Zentrale Beschaffungsstelle, im Haus

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident