

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

RA Nr. 130/2019/1

Bern, 27. Mai 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 2. April 2019 (Geschäfts-Nr. 15.0462; Burgdorf, C. _____, D. _____ strasse 11+13, Gesamtsanierung)

I. Sachverhalt

1. Bei den Gebäuden des C. _____ an der D. _____ strasse 11 und 13 in Burgdorf soll eine Gesamtsanierung der Gebäudehüllen, der Nasszonen und der Haustechnik vorgenommen werden. Für die Bedachungsarbeiten führte das AGG ein Einladungsverfahren nach Art. 4 ÖBG¹ durch. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Das AGG lud sieben Unternehmen zur Offerteinreichung ein. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 22. Februar 2019 eine Offerte

¹ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

ein. Mit Verfügung vom 2. April 2019 erteilte das AGG der Beschwerdegegner-in den Zuschlag. Der dem Zuschlag beigelegten Übersicht lässt sich entnehmen, dass der für die Vergabe massgebende Preis der Beschwerdegegnerin (191'559 Franken) etwas tiefer war als derjenige der Beschwerdeführerin (193'558 Franken), wobei bei der Beschwerdegegnerin für die Errechnung dieses Preises ein Bonusbeitrag für Lernende von 6'948 Franken und bei der Beschwerdeführerin ein solcher von 2'565 Franken abgezogen wurde.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 2. April 2019 erhob die Beschwerdeführerin am 11. April 2019 Beschwerde bei der kantonalen Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE). Dabei beanstandet sie die Berechnung des Bonus für Lernende bei der Beschwerdegegnerin und verlangt eine Überprüfung der diesbezüglichen Angaben der Beschwerdegegnerin, welche für die Erteilung des Zuschlags massgebend waren. Sie beantragt damit sinngemäss die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sich.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte einen Schriftwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 30. April 2019 beantragt das AGG die Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellt die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 29. April 2019. Mit Verfügung vom 1. Mai 2019 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, zu diesen Eingaben des AGG und der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen. Von der Beschwerdeführerin ging keine Stellungnahme ein.

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

² 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).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG 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) Gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG ist eine Zuschlagsverfügung nur anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht werden. Kantonale Aufträge werden im Einladungsverfahren vergeben, wenn deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 150'000 Franken (bei Baunebengewerbe) bzw. 300'000 Franken (bei Bauhauptgewerbe) erreicht. Massgebend für die Anfechtbarkeit der Zuschlagsverfügung ist der von der Vergabestelle im Voraus geschätzte Auftragswert.³

Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Die übrigen Arbeiten – etwa für die mit dem Bauwerk fest verbundene Ausstattung und Ausrüstung des Bauwerks sowie die technischen Installationen – gehören zum Baunebengewerbe.⁴ Die vorliegend ausgeschriebenen Bedachungsarbeiten betreffen kein tragendes Element der Gebäude und sind daher dem Baunebengewerbe zuzuordnen. Dass das AGG diese Arbeiten auf der Zuschlagsverfügung fälschlicherweise als Bauhauptgewerbe bezeichnete, ändert daran nichts. Dabei dürfte es sich denn auch um ein Versehen handeln, hat doch die Vergabestelle die Bedachungsarbeiten in den Ausschreibungsunterlagen mehrfach als Baunebengewerbe bezeichnet.⁵ Der Kostenvoranschlag für die zu beschaffenden Bedachungsarbeiten schätzte die Vergabestelle auf 201'486 Franken (ohne Mehrwertsteuer)⁶. Auch die eingegangenen Offerten sind allesamt höher als der massgebende Schwellenwert von 150'000 Franken. Die Zuschlagsverfügung ist damit anfechtbar.

³ So auch Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Nr. 275 S. 591.

⁴ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 217.

⁵ vgl. etwa Vorakten pag. 25, 33, 53, 109.

⁶ Dokument "Anbieterliste", Vorakten pag. 109.

c) Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin zur Angebotsabgabe eingeladen. Die Beschwerdeführerin hat als Zweitplatzierte eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt, zumal der umstrittene Bonus für Lernende für die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin entscheidend war. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthält einen sinngemässen Antrag und eine Begründung. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

d) Das Verfahren vor der BVE richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG⁷, 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. Bonus für Lernende

a) Teil der Ausschreibungsunterlagen war das Berechnungsformular "Bonus für Lernende bei Bauaufträgen".⁸ Die Anbieterinnen mussten in diesem Berechnungsformular die Anzahl "Lernende im Betrieb" und die Anzahl "Mitarbeitende im Betrieb (ohne Lernende)" angeben. Das Berechnungsformular enthält sodann die Hinweise, dass die Lernenden und Mitarbeitenden Arbeitnehmer des Auftragnehmers sind, dass die Anzahl der Lernenden und Mitarbeitenden nur für die zu offerierende BKP-Nr. (Arbeitsgattung) anzugeben ist und dass die Anzahl der Lernenden und Mitarbeitenden auf dem aktuellen Stand bei Angebotserstellung basieren.

Die Beschwerdegegnerin gab in diesem Formular 14 Lernende im Betrieb und 32 Mitarbeitende im Betrieb (ohne Lernende) an und errechnete daraus einen Bonus von 6'839 Franken und daraus resultierend einen für die Vergabe massgebenden Preis von 189'683 Franken.⁹ Die Vergabestelle korrigierte den offerierten Nettopreis leicht nach oben und kam so

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁸ Vorakten pag. 47.

⁹ Vorakten pag. 249 und 571.

auf einen Bonus von 6'948 Franken und einen für die Vergabe massgebenden Preis von 191'559 Franken.¹⁰ Die Beschwerdeführerin wies im Formular 9 Lernende im Betrieb und 55 Mitarbeitende im Betrieb (ohne Lernende) aus und kam so zu einem Bonus von 2'565.30 Franken und einem für die Vergabe massgebenden Preis von 193'557.60 Franken.¹¹ Diese Angaben der Beschwerdeführerin übernahm die Vergabestelle.¹²

b) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, das AGG habe den Beweis nicht erbringen können, dass die Beschwerdegegnerin wirklich nur 32 Mitarbeitende auf 13 Lernende beschäftigt. Laut ihrer Internetseite beschäftige die Firma ca. 100 Mitarbeiter. Diese für den Zuschlag wesentlichen Angaben zum Bonus für Lernende seien zu überprüfen.

c) Gemäss dem sämtlichen Anbieterinnen zugestellten Berechnungsformular "Bonus für Lernende bei Bauaufträgen" ist für die Berechnung des Bonus einzig die Anzahl der Lernenden und Mitarbeitenden für die zu offerierende BKP-Nummer relevant (vgl. E. 2a). Hier handelt es sich um Bedachungsarbeiten an Flachdächern, weshalb für die Berechnung einzig auf die Anzahl Lernenden und Mitarbeitenden dieser Arbeitsgattung – zugeteilt der BKP-Nummer 224.1 – abzustellen ist. Es wird nicht bestritten, dass die Beschwerdegegnerin auch noch in anderen Arbeitsgattungen tätig ist. Die rund 100 Mitarbeiter, welche auf der Internetseite der Beschwerdegegnerin erwähnt sind, beziehen sich auf das gesamte Unternehmen und sind daher für die vorliegend umstrittene Berechnung nicht von Bedeutung. Daraus lässt sich nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

Die Beschwerdegegnerin reichte im Beschwerdeverfahren die Mitarbeiterliste sowie die Kopien der Lehrverträge ihrer Lernenden der massgebenden Arbeitsgattung Flachdacharbeiten ein. Mit diesen Dokumenten belegt sie, dass sie in diesem Bereich 31 Mitarbeiter und 14 Lernende beschäftigt. Diese Angaben wurden bereits von der Vergabestelle überprüft und als richtig befunden.¹³ Dazu kommt, dass die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren Gelegenheit erhielt, zu den ihr zugestellten Eingaben des AGG und der Beschwerdegegnerin (inkl. der erwähnten Mitarbeiterliste sowie die Kopien der Lehrverträge) Stellung zu nehmen. Sie verzichtete darauf und unterliess es damit auch, ihre Vorbringen

¹⁰ Vorakten pag. 163 und 565.

¹¹ Vorakten pag. 405 und 579.

¹² Vorakten pag. 565.

¹³ Vorakten pag. 611 ff.

in der Beschwerde, mit welchen sie die Angaben der Beschwerdegegnerin anzweifelte, näher zu begründen. Aus diesen Gründen hat die BVE keinen Anlass, an den Angaben der Beschwerdegegnerin zu zweifeln. Die von der Beschwerdegegnerin nachgewiesene Anzahl der Mitarbeiter und der Lernenden weicht einzig bezüglich der Anzahl Mitarbeiter leicht von den Angaben auf dem Berechnungsformular "Bonus für Lernende bei Bauaufträgen" ab (31 statt 32 Mitarbeiter). Diese marginale Abweichung wirkt sich aber sogar zugunsten der Beschwerdegegnerin aus, da sich der Bonus für Lernende dadurch leicht erhöht (7'170 Franken statt 6'948 Franken). Die Beschwerdegegnerin hat damit das günstigste Angebot eingereicht und die Beschwerdeführerin bleibt auf dem zweiten Platz.

d) Die Rangfolge des AGG ist damit nicht zu beanstanden. An dieser Rangfolge würde sich selbst dann nichts ändern, wenn bei der Beschwerdeführerin – entgegen ihren eigenen Angaben im Berechnungsformular (55 Mitarbeitende und 9 Lernende) und gestützt auf die Ausführungen in einer E-Mail vom 5. April 2019 an die Vergabestelle¹⁴ – von 36 Mitarbeitenden und 7 Lernenden auszugehen wäre. Der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin ist in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵).

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

¹⁴ Vorakten pag. 635.

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung des AGG vom 2. April 2019 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- B. _____, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), im Haus

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion
Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident