



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 130/2019/6

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 22. April 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin 1

vertreten durch D. _____

E. _____
Beschwerdeführerin 2

vertreten durch F. _____

und

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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 17. September 2019 (Neubau Campus Biel /Bienne; Abbruch Vergabeverfahren)

I. Sachverhalt

1. Am 5. April 2019 schrieb das AGG den Auftrag zur Realisierung des Neubaus Campus Biel/Bienne der Berner Fachhochschule als Totalunternehmer (TU) im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Die Ausschreibung umfasste drei Lose: Los 1 als Hauptlos betrifft die Planung und Ausführung der Bauarbeiten für Gebäude und Umgebung, Los 2 die nutzerspezifische Ausstattung der Fachhochschule und Los 3 die Umgebungsarbeiten ausserhalb der Bauparzelle. Bauherrschaft von Los 1 und Veranstalterin der TU-Submission ist die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE), seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion (BVD), vertreten durch das AGG. Bei Los 2 tritt die Berner Fachhochschule (BFH) als Bauherrschaft auf, bei Los 3 die Stadt Biel/Bienne. Für die TU-Submission ist ausschliesslich das AGG zuständig; es vertritt die BFH und die Stadt Biel/Bienne im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens.¹

¹ Dokument "TU-Submission – Bestimmungen zur Ausschreibung" vom 15. Februar 2019, Kap. A.2.1 und A.2.2.

Bis zum Eingabetermin vom 9. August 2019 gingen fünf Angebote ein, darunter diejenigen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2. Die Offertöffnung erfolgte am 14. August 2019, am 20. August 2019 fanden die Angebotspräsentationen statt. Mit Verfügung vom 17. September 2019 brach das AGG das Verfahren in Anwendung von Art. 29 ÖBV² ab und stellte gleichzeitig in Aussicht, dass der Auftrag nach der Projektanalyse und der Anpassung der Ausschreibung neu ausgeschrieben werde.

2. Gegen diese Abbruchverfügung vom 17. September 2019 gingen zwei Beschwerden ein. Die Beschwerdeführerin 1 stellt mit Beschwerde vom 30. September 2019 folgende Anträge:

- "1. Die Verfügung der Vergabestelle vom 17. September 2019 betreffend Abbruch des Vergabeverfahrens sei aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Vergabestelle vom 17. September 2019 betreffend Abbruch des Vergabeverfahrens aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen.
4. Der Baubeschwerde sei – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle seien die Wiederholung und die Neuausschreibung des Vergabeverfahrens betreffend den Neubau Campus Biel / Bienne (Berner Fachhochschule) zu verbieten.
5. Für den Fall, dass die Vergabestelle eine Stellungnahme zur Beschwerde einreicht, sei der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] noch vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.
6. Der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] sei vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren (unter Abdeckung von allfälligen Geschäftsgeheimnissen der anderen Anbieter) und Gelegenheit einzuräumen, sich dazu zu äussern. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Vergabestelle."

Die Beschwerdeführerin 2 wehrt sich mit Beschwerde vom 30. September 2019 ebenfalls gegen die Abbruchverfügung vom 17. September 2019. Sie stellt folgende Anträge:

- "1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 17. September 2019 betreffend Abbruch Vergabeverfahren Neubau Campus Biel / Bienne (Berner Fachhochschule) aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Vergabeverfahren wieder aufzunehmen bzw. durchzuführen.
3. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 17. September 2019 betreffend Abbruch Vergabeverfahren Neubau Campus Biel / Bienne (Berner Fachhochschule) festzustellen.
4. Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 2] Akteneinsicht zu gewähren;
5. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 2] Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Vorinstanz Stellung zu nehmen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. des Gemeinwesen."

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. In Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdeführerin 1 um superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung

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

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

untersagte das Rechtsamt der Vergabestelle mit Verfügung vom 2. Oktober 2019 die Wiederholung und Neuausschreibung des Verfahrens.

Nach gewährter Fristerstreckung beantragt das AGG mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2019 die Abweisung beider Beschwerden, soweit auf diese eingetreten werden kann. Weiter beantragt die Vergabestelle, den beiden Beschwerden sei die aufschiebende Wirkung nicht zuzusprechen. Die Anträge auf Akteneinsicht seien sodann abzuweisen und es sei den Beschwerdeführerinnen unter Wahrung des Vertraulichkeitsgrundsatzes und der Geschäftsgeheimnisse der jeweils anderen Anbieter sowie aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen der Vergabebehörde lediglich beschränkte Akteneinsicht zu gewähren.

4. Mit Zwischenverfügung vom 7. November 2020 hiess das Rechtsamt die Akteneinsichtsgesuche der Beschwerdeführerinnen insofern gut, als ihnen Einsicht in einzelne Verfahrensakten gewährt wurde. Bezüglich der Konkurrenzofferten, dem detaillierten Kostenvoranschlag der Vergabestelle und der provisorischen Analyse und Auswertung der eingegangenen Offerten wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen abgewiesen. Auf eine gegen diese teilweise Abweisung des Akteneinsichtsgesuchs erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 trat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 23. Dezember 2019 nicht ein (VGE 2019/380).

Die Beschwerdeführerinnen erhielten Gelegenheit, ihre Beschwerden zu ergänzen und zur Stellungnahme des AGG vom 29. Oktober 2019 Stellung zu nehmen. Von der Beschwerdeführerin 2 ging am 21. Januar 2020 eine Beschwerdeergänzung/Stellungnahme ein. Die Beschwerdeergänzung der Beschwerdeführerin 1 ging nach gewährter Fristerstreckung am 7. Februar 2020 ein. Auch sie hielt an ihren Anträgen gemäss Beschwerde vom 30. September 2019 fest, ergänzte/präzisierte aber den Antrag gemäss Ziffer 6 wie folgt:

"6. Der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] sei der wesentliche Inhalt aus dem Kostenvoranschlag (Ziff. 1.3 der Verfahrensakten der Vergabestelle) bekanntzugeben, namentlich folgende Angaben:

- die Kosten für den Holzbau, einschliesslich der detaillierten Angaben zu den Positionen Holzpreis, Holzverarbeitung und Montage;
- die Kosten für die Haus- bzw. Gebäudetechnik (Heizung, Lüftung, Kälte, Klima, Sanitär, Elektroanlagen und Gebäudeautomation);
- die Positionen, bei denen eine Abweichung von mindestens 20 % vom Angebot der Beschwerdeführerin [hier: Beschwerdeführerin 1] vorliegt;
- den Zeitpunkt des Kostenvoranschlags;
- die Grundlagen und die Vergleichsobjekte, auf welchen der Kostenvoranschlag basierte."

5. Nach gewährter Fristerstreckung reichte das AGG eine Stellungnahme vom 6. März 2020 ein. Darin beantragt die Vergabestelle weiterhin die Abweisung beider Beschwerden, soweit auf diese eingetreten werden kann. Auch an ihren Prozessanträgen gemäss Eingabe vom 29. Oktober 2019 hält sie fest.

6. Mit Zwischenverfügung vom 10 März 2020 trat das Rechtsamt auf die erneuerten Akteneinsichtsgesuche der Beschwerdeführerinnen nicht ein. Die Beschwerdeführerin 2 nahm mit Eingabe vom 23. März 2020 nochmals Stellung, die Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 9. April 2020.

7. 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. c i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG⁴ können Abbruchverfügungen 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 BVD und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne des ÖBG. Die BVD ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdebefugnis richtet sich nach Art. 65 VRPG⁵, da das Vergaberecht hierzu keine Besonderheiten vorsieht. Nach dieser Bestimmung ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Im Rahmen der Beschwerdelegitimation ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin bei der Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.⁶

Die Beschwerdeführerin 1 verlangt neben der Aufhebung der Abbruchverfügung die Zuschlagserteilung an sich bzw. eventualiter die Rückweisung an die Vergabestelle zur Erteilung des Zuschlags an sich. Die Beschwerdeführerin 2 verlangt die Aufhebung der Abbruchverfügung und die Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Vergabestelle. Beide haben innert Frist ein Angebot eingereicht. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerden und damit der Weiterführung des abgebrochenen Verfahrens wahren sich die Beschwerdeführerinnen damit die Chance, mit ihrem eingereichten Angebot berücksichtigt zu werden. Trotz des im Vergleich zum billigsten Angebot klar höheren Offertpreises haben die Beschwerdeführerinnen damit ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Abbruchverfügung. Die Beschwerden sind innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthalten einen Antrag und eine Begründung. Der geschätzte Auftragswert liegt zudem über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVD tritt damit auf die Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG, 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. Verfahrensabbruch, Rechtliches

a) Gemäss Art. 29 Abs. 2 ÖBV kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen werden. Absatz 2 dieser Bestimmung enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von wichtigen Gründen in diesem Sinne. Solche liegen namentlich vor, wenn kein Angebot eingereicht worden ist, das die in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (a), auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind (b), eine wesentliche

⁴ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁶ Vgl. etwa Entscheid BVGer B-6295/2017 vom 18. Juni 2018, E. 2.3.2 mit Verweis auf BGE 141 II 14 vom 15. September 2014.

Änderung des Auftrags erforderlich geworden ist (c), die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (d). Das Verfahren kann in diesen Fällen wiederholt werden (Art. 29 Abs. 3 ÖBV).

Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwischen einem definitiven und einem provisorischen Abbruch: Definitiv ist ein Abbruch dann, wenn auf das Beschaffungsgeschäft endgültig verzichtet wird. Provisorisch ist der Abbruch, wenn das Verfahren – wie vorliegend – im Hinblick auf eine Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen wird. Anders als beim Verfahrensabbruch im Hinblick auf den endgültigen Verzicht auf das Beschaffungsgeschäft kann die Vergabebehörde bei einem provisorischen Abbruch von einem betroffenen Anbieter gezwungen werden, das laufende Verfahren weiterzuführen und es durch Zuschlagserteilung abzuschliessen, sofern sich die Abbruchverfügung als widerrechtlich erweist.⁷

b) Bei der Frage, ob ein Vergabeverfahren abgebrochen oder fortgesetzt werden soll, kommt der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Es ist vorab Sache der Vergabebehörde, darüber zu befinden, ob sachliche Gründe bestehen, um das Verfahren im öffentlichen Interesse abubrechen. Dabei steht ihr ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu. Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde zurückhaltend. Sie kann nur die Überschreitung und den Missbrauch dieses Entschliessungsermessens überprüfen, nicht jedoch die Angemessenheit des Entscheids.⁸

Das Vorliegen eines wichtigen bzw. sachlichen Grundes für den Verfahrensabbruch darf nicht leichthin angenommen werden. Der Verfahrensabbruch ist immer ultima ratio.⁹ Ein Abbruch ist vergaberechtswidrig, wenn er von der Vergabestelle als Instrument zur gezielten Diskriminierung von Bieterinnen missbraucht wird und dazu eingesetzt wird, um einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden. Ein sachlicher Grund liegt aber nicht erst dann vor, wenn eine Weiterführung des Verfahrens geradezu unzumutbar wäre. Soweit jedoch die Aufrechterhaltung des konkreten Verfahrens zu einer Beschaffung führen würde, die dem tatsächlichen Bedarf der Vergabestelle nicht (mehr) entspricht, die unmöglich, wirtschaftlich, sachlich oder technisch nachteilig wäre, liegt ein sachlicher Grund vor, dessen Berücksichtigung im öffentlichen Interesse liegt. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabebehörde hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen.¹⁰

c) Als zulässiger Abbruchgrund werden auch erheblich über den Annahmen liegende Kosten anerkannt.¹¹ Zeigt sich aufgrund der eingegangenen Offerten, dass die vorgesehene Vergabe unerwartet hohe Kosten verursacht, kann dies ein Grund für den Abbruch des Verfahrens sein. Dies trifft allerdings nur zu, wenn die Kosten erheblich über den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten Kosten liegen; geringfügige Überschreitungen rechtfertigen keinen

⁷ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 792 ff.

⁸ VGE 2007/23279 vom 8. Juli 2008, in BVR 2008 S. 442 ff, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen.

⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 799.

¹⁰ BGE 134 II 192 vom 29. April 2008, E. 2.3; VGE Kanton Bern 2007/23279 vom 8. Juli 2008, in BVR 2008 S. 442 ff., E. 2.2 ff. mit Hinweis auf BVGer B-6137/2007 vom 30. Januar 2008, E. 9 sowie Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in AJP 2005 S. 784 ff. Ziff. 38; Christoph Jäger, in Markus Müller/Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 857.; Martin Beyeler, Anmerkung zu BGer. 2P.34/2007 in BR 2007 S. 209 f.; anderer (nach vorliegender Ansicht falscher) Meinung ist etwa Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 821.

¹¹ Jäger, a.a.O., S. 857 unten.

Verfahrensabbruch.¹² Das Kantonsgericht Wallis hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 Folgendes fest¹³: "Aus der Praxis ergibt sich, dass erhebliche Kostenüberschreitungen auf alle Fälle ein ausreichendes öffentliches Interesse darstellen, das im Vergabeverfahren zum Abbruch des Verfahrens und zu dessen Wiederholung berechtigt [...]. Dass die Behörden nicht um jeden Preis zur Auftragsvergabe verpflichtet sein können, folgt schon aus Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB, wonach u.a. ein Zweck des Gesetzes ist, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Die Behörden sind in der Verwendung der öffentlichen Mittel nicht frei, sondern an Budgetvorgaben gebunden; dieser Bindung müssen sie auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Rechnung tragen." Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern schloss im bereits zitierten Entscheid aus dem Jahr 2008, dass bei einem Angebotspreis des erfolgreichen Beschwerdeführers, welcher über 40 % über demjenigen des ursprünglichen Zuschlagempfängers lag, ein sachlicher Grund für einen Verfahrensabbruch vorliegt.¹⁴ Das Zürcher Verwaltungsgericht ging in einem älteren Entscheid davon aus, dass bei einer Überschreitung der Kostenschätzung um 25 % ein sachlicher Grund für den Abbruch eines Vergabeverfahrens vorliegt.¹⁵ Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden bejahte den sachlichen Grund in zwei Fällen, in welchen das preisgünstigste Angebot die Kostenschätzung der Vergabebehörde um ca. 30 %¹⁶ bzw. um mehr als 25 %¹⁷ überstieg. Im Kanton St. Gallen bejahte das Gericht diesen in einem Entscheid aus dem Jahr 2007, da die Angebote für einen Totalunternehmerauftrag den bewilligten Kostenvoranschlag um über 10 % und in einzelnen Kostenpositionen um rund 23 bzw. 68 % überstiegen.¹⁸ Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 keine klare Grenze festgelegt.¹⁹ *Beyeler* hält dafür, dass ein Abbruch ab einer Divergenz von ungefähr 25 - 30 % zulässig sein dürfte.²⁰ Nach *Beyeler* stellt sodann die Überschreitung des zur Verfügung stehenden Kreditrahmens dann ein zulässiger Abbruchgrund dar, wenn die Vergabestelle die erforderliche Aufstockung des Kredits aus rechtlichen, politischen oder zeitlichen Gründen nicht wird erreichen können.²¹

d) Nicht gefolgt werden kann der von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach auch von Bedeutung ist, ob die Kostenerwartungen der Vergabestelle auf seriösen Abklärungen beruhen und als realistisch zu qualifizieren sind.²² Besteht ein sachlicher Grund für den Abbruch – und ein solcher kann bei erheblicher Überschreitung der von der Vergabestelle zum Voraus ermittelten Kosten vorliegen – so kann die Frage der Seriosität und Plausibilität des von der Vergabestelle zu tief eingeschätzten Kostenvoranschlags grundsätzlich keine Rolle spielen. Würde man der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts folgen, hätte dies zur Folge, dass die Frage der Verantwortlichkeit bzw. des Verschuldens der Vergabestelle für die Beurteilung der Zulässigkeit des Verfahrensabbruchs von Bedeutung wäre. Dies kann nicht sein und widerspräche der aufgeführten Lehrmeinung und den Ausführungen des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, wonach es für die vergaberechtliche Beurteilung der Zulässigkeit eines Abbruchs gerade unerheblich ist, ob die Vergabebehörde die Gründe für den Abbruch bei einer pflichtgemässen Beurteilung hätte voraussehen können bzw. ob sie dafür eine

¹² VGE 2007/23279 vom 8. Juli 2008, in BVR 2008 S. 442 ff., E. 4.2.2., so auch VGer ZH VB.2018.00455 vom 31. Januar 2019, E. 5.7.1.

¹³ KGer VS A1 09 163 vom 3. Dezember 2009, E. 3.3, in Aktuelles Vergaberecht 2012, N. 44.

¹⁴ VGE 2007/23279 vom 8. Juli 2008, in BVR 2008 S. 442 ff, E. 4.2.4.

¹⁵ VGer ZH VB.2000.00403 vom 31.1.2002, E. 4.

¹⁶ VGer GR U 01 70, in Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 823.

¹⁷ VGer GR U 01 71, in Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 823.

¹⁸ VGer SG, Entscheid vom 18. Dezember 2007, in GVP 2007 Nr. 44.

¹⁹ BGer 2P.34/2007 vom 8.5.2007, E. 6.3.

²⁰ Martin Beyeler, Anmerkung zu BGer. 2P.34/2007 in BR 2007 S. 209.

²¹ Martin Beyeler, Anmerkung zu BGer. 2P.34/2007 in BR 2007 S. 210.

²² VGer ZH VB.2018.00455 vom 31. Januar 2019, E. 5.7.1.

Verantwortlichkeit trifft (vgl. E. 2b letzter Satz und Fussnote Nr. 10). So wird – insbesondere bei grösseren Vorhaben – der vom finanzkompetenten Organ gesprochene Kredit in aller Regel auf der Kostenschätzung der Vergabestelle basieren. Dürfte ein Abbruch nicht erfolgen, wenn diese Kostenschätzung unseriös vorgenommen wurde und damit der Vergabestelle ein Verschulden anzulasten wäre, so hätte dies zur Folge, dass das Vergabeverfahren weitergeführt und trotz allenfalls erheblicher Überschreitung des vorhandenen Budgets ein Zuschlag erteilt werden müsste. Es könnte so nicht ausgeschlossen werden, dass ein Vergabeverfahren trotz Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses (Einsparung von Steuergeldern) bzw. trotz fehlenden finanziellen Mitteln nicht abgebrochen werden könnte. Aus diesem Grund kann – wie ausgeführt und der erwähnten Lehre und Rechtsprechung folgend²³ – die Frage des Verschuldens / der Verantwortlichkeit bei der Erarbeitung eines zu tiefen Kostenvoranschlags nur für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen.

3. Verfahrensabbruch, Standpunkte

a) Das AGG begründete den Verfahrensabbruch in der angefochtenen Verfügung vom 17. September 2019 wie folgt:

"Nach der Offertöffnung und gestützt auf die durchgeführten Angebotspräsentationen musste festgestellt werden, dass die finanziellen Zielvorgaben des Grossen Rates des Kantons Bern für das Neubauprojekt Campus Biel/Bienne bei weitem nicht haben erreicht werden können. Selbst das preislich günstigste Angebot hat die Zielvorgaben massiv überschritten. Offensichtlich bestanden gestützt auf die aktuellen Rahmen- und Randbedingungen in der Ausschreibung auch erhebliche Projektunsicherheiten, welche massiv kostentreibend wirkten.

Es werden nunmehr detaillierte Abklärungen getroffen werden, weshalb die Zielvorgaben in diesem Umfang nicht haben erreicht werden können. Die Abklärungsergebnisse werden in die Neuausschreibung einfließen. Es werden grundlegende Änderungen des Auftrags und der Rahmen- und Randbedingungen erfolgen müssen.

Zusammengefasst bestehen mithin wichtige Gründe, welche zu einem Abbruch des Verfahrens führen. Das Verfahren wird deshalb in Anwendung von Art. 29 ÖBV abgebrochen. Der Auftrag wird nach der Projektanalyse und der Anpassung der Ausschreibung neu ausgeschrieben werden."

Im Beschwerdeverfahren ergänzte das AGG, sämtliche fünf Angebote seien massiv über den Zielkosten gewesen. Bei diesen Zielkosten sei nicht von dem vom Grossen Rat des Kantons Bern beschlossenen Realisierungskredit von 233.5 Millionen Franken auszugehen. Dieser entspreche nicht den für das TU-Angebot massgeblichen finanziellen Rahmenbedingungen. Unter Berücksichtigung der notwendigen Abzüge seien für die ausgeschriebenen TU-Leistungen 207 Millionen Franken vorgesehen. Die Angebote seien im Vergleich zu diesem Kredit für die TU-Leistungen zwischen ca. 22 % bis 65 % höher gewesen. Der Abbruch sei bei dieser Ausgangslage gerechtfertigt. Als Alternative sei eine allfällige Projektänderung im laufenden Verfahren geprüft worden. Dies sei jedoch nur bei unwesentlichen Änderungen zulässig. Bei wesentlichen Projektänderung müsse das Verfahren auch abgebrochen werden (Art. 29 Abs. 1 Bst. c ÖBV). Vorliegend hätten Änderungen von über 20 % der Angebotskosten vorgenommen werden müssen, was eine wesentliche Projektänderung nötig gemacht hätte. Dies sei daher nicht zulässig gewesen. Auch seien Projektoptimierungen mit der Zuschlagsempfängerin nach einem Zuschlag geprüft worden. Auch dies sei jedoch höchstens bei unerheblichen Änderungen zulässig. Hier hätten massive Anpassungen nach dem Zuschlag vorgenommen werden müssen,

²³ Vgl. FN 10, insb. die expliziten Ausführungen von Martin Beyeler, Anmerkung zu BGer. 2P.34/2007 in BR 2007 S. 209 f.

was submissionsrechtlich nicht zulässig sei; es wäre insbesondere denkbar, dass andere Anbieter bei dieser Ausgangslage ebenfalls preislich günstigere Angebote eingereicht hätten, weshalb eine solche Projektoptimierung nach dem Zuschlag rechtlich nicht zulässig sei. Mangels Alternativen sei einzig ein Verfahrensabbruch in Frage gekommen; dieser sei daher zwingend gewesen.

b) Beide Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass eine massive Kostenüberschreitung vorliegt, welche einen Verfahrensabbruch rechtfertigt.

Die Beschwerdeführerin 1 bringt in ihrer Beschwerde und den weiteren Eingaben im Rechtsmittelverfahren zusammengefasst vor, sie habe ein Angebot eingereicht, mit welchem die finanziellen Ziele des Kantons erreicht werden könnten. Die Vergabestelle verkenne, dass Projektoptimierungen Teil der von ihr ausgeschriebenen Leistungen seien. So seien die Anbieterinnen im Vergabeverfahren ausdrücklich aufgefordert worden, eigene Einsparmöglichkeiten und Optimierungsvorschläge aufzuzeigen. Es sei ihr bewusst gewesen, dass ihre Eingabesumme über dem vom Grossen Rat beschlossenen Verpflichtungskredit liege. Sie habe daher in ihrem Angebot verschiedene Optimierungsmassnahmen vorgesehen. Neben konkret bezifferten Vorschlägen mit Einsparungen von über 11 Millionen Franken habe sie als weitere Option ein "Design to Cost"-Verfahren angeboten. Diese Option sehe eine Optimierungsphase vor Abschluss des Werkvertrags vor. In der vorgeschalteten Optimierungsphase würden Lösungen entwickelt, so dass der Werkpreis reduziert, das Projekt optimiert und die Budgetvorgaben der Bauherrschaft erreicht werden könnten. Nur wenn die Kosten auf das vereinbarte Ziel reduziert werden könnten, werde der Werkvertrag für die Realisierung abgeschlossen. Aufgrund der von ihr im Angebot aufgeführten, beispielhaften Projekten könne erkannt werden, dass die durchschnittliche Einsparung mit dieser Methode 23 % betragen habe. Zusammen mit den erwähnten 11 Millionen liege damit ihr Angebot bei Inanspruchnahme dieser Option unter dem bewilligten Kreditrahmen. Sie habe auch aufgezeigt, dass das ausgeschriebene Projekt ein hohes Potential an Optimierungs- und Einsparungsmöglichkeiten aufweise. Zu einer zeitlichen Verzögerung wäre es bei Wahl dieser Option schliesslich nicht gekommen. Mit dem Abbruch der Ausschreibung wolle nun der Kanton genau das Verfahren verfolgen, welches sie vorgeschlagen habe: Eine Kostenreduktion über spezifisch zu definierende Massnahmen. Mit den von ihr angebotenen Optionen könne das mit dem Abbruch verfolgte Ziel erreicht werden. Bei ihren Optionen mittels "Design to Cost"-Verfahren handle es sich um ausschreibungskonforme Projektoptimierungsmöglichkeiten, welche stets zulässig seien. Es liege daher kein wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch vor. Ein Abbruch sei zudem nicht zulässig, wenn dieser auf einer unseriösen Kostenschätzung beruhe. Sie bestreite, dass die Kostenschätzung vorliegend sorgfältig erfolgt sei. Die von der Vergabestelle erwähnten Gründe für die Überschreitung der Zielkosten (zu hohe Kosten beim Holzbau und bei der Gebäudetechnik sowie die Rahmenbedingungen und die Einzigartigkeit des Projekts) seien für diese voraussehbar gewesen. Der Abbruch verletze schliesslich die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln. Mit dem Abbruch und der Wiederholung des Verfahrens verliere die Vergabestelle viel Zeit und Geld. Insgesamt hätten nicht die angeblich zu hohen Angebotspreise Grund für den Abbruch dargestellt, sondern die fehlerhafte Projektvorbereitung und Kostenschätzung.

Die Beschwerdeführerin 2 rügt in ihrer Beschwerde und den weiteren Eingaben, es sei davon auszugehen, dass die Kostenerwartungen der Vorinstanz nicht auf seriösen Abklärungen beruhen würden und auch nicht als realistisch zu qualifizieren seien. Würde die Kostenerwartung auf seriösen Abklärungen beruhen, wäre keine nachträgliche Expertise notwendig. Auch eine Medienmitteilung von Entwicklung Schweiz vom 11. September 2019, wonach die hohen Kosten in der Natur der gewählten Verfahrensart liegen, mache dies deutlich. Die von der Vergabestelle angegebenen Gründe für die Überschreitung der Zielkosten seien

vorhersehbar gewesen und durch die engen Vorgaben in der Ausschreibung verursacht. Das Überschreiten der finanziellen Zielvorgaben sei lediglich ein nachgeschobenes Schutzargument. Die Angebotspreise seien schon bei Angebotsöffnung am 14. August 2019 bekannt gewesen, man hätte daher für einen Verfahrensabbruch nicht die weiteren Schritte – insbesondere die Anbieterpräsentation – durchführen müssen. Bei einem provisorischen Abbruch sei nur zurückhaltend von einem sachlichen Grund auszugehen. Sie bestreite sodann, dass die eingereichten Offerten zwischen 22 % und 65 % höher lagen.

4. Verfahrensabbruch, massgebende Vergleichswerte im vorliegenden Fall

a) Für die Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Abbruchgrund wegen erheblich über den Annahmen liegenden Kosten vorliegt, ist vorab zu klären, auf welche Werte abzustellen ist. Dabei geht es einerseits um den massgebenden Betrag der eingereichten Offerten (E. 4b/c) und andererseits um den massgebenden Betrag der durch die Vergabestelle vorgenommenen Kostenschätzung (E. 4d). Schliesslich sind diese Zahlen einander gegenüberzustellen (E. 4e).

b) Was die Offertpreise betrifft, so ist Folgendes zu beachten: Die Anbieterinnen wurden in den Ausschreibungsunterlagen²⁴ einerseits verpflichtet, vom AGG vorgegebene Mehr- und Minderkostenoptionen gemäss einem vorbereiteten Formular (ANG 2-1 Optionen) auszufüllen. Andererseits wurden sie aufgefordert, eigene Varianten und Optimierungsvorschläge als TU-Optionen zu erarbeiten, die gemäss Einschätzung der jeweiligen Anbieterin Vorteile für die Bauherrschaft hinsichtlich Kosten, Termine und/oder Qualität bringen. Diese freiwilligen TU-Optionen mussten in einem separaten, offen gehaltenen Leistungsbeschrieb (ANG 2-2 TU-Optionen) erfasst werden. Dabei wurde vorgegeben, dass die TU-Optionen nicht vermischt und in übersichtliche einzelne Optionen gegliedert werden sowie mit verbindlichen pauschalen Preisen mit allen Kostenfaktoren, die mit dem Auslösen dieser Option in Verbindung stehen, anzugeben sind.

Bei der Beurteilung des genügenden Abbruchgrunds ist auf Angebotsseite von den aus Sicht der Vergabestelle tiefst möglichen Angebotspreisen auszugehen. Deshalb sind die angebotenen Minderkosten, welche die Anbieterinnen gestützt auf das vom AGG vorbereitete Formular auszufüllen hatten (ANG 2-1 Optionen), in Abzug zu bringen. Nicht zu berücksichtigen sind dagegen die eigenen Optimierungsvorschläge der Anbieterinnen (ANG 2-2 TU-Optionen), steht bei diesen Vorschlägen doch nicht fest, dass sie auch aus Sicht der Vergabestelle mögliche Optionen sind. Es sind daher vorliegend für den massgebenden Wert grundsätzlich nur die von den Anbieterinnen jeweils erfassten Minderkosten gemäss den vorgegebenen Optionen (ANG 2-1 Optionen) in Abzug zu bringen. Selbst wenn – entgegen dieser Ansicht – auch die von den Anbieterinnen eingebrachten eigenen Optimierungsvorschläge (ANG 2-2 TU-Optionen) zu berücksichtigen wären, würde dies nichts am Ergebnis ändern, zumal dies beim billigsten Angebot nur einen unwesentlichen Unterschied ausmacht. Nachfolgend wird daher nicht nur der aus Sicht der BVD massgebende Wert (Angebotspreis minus ANG 2-1 Optionen) ausgewiesen, sondern auch der Wert, welcher sämtliche Minderpreis-Optionen umfasst (Angebotspreis minus ANG 2-1 Optionen und ANG 2-2 TU-Optionen).

Nicht miteinzubeziehen sind dagegen die Kosten für die Wartungsverträge in den ersten 5 bzw. 10 Jahren, welche von den Anbieterinnen in einer separaten Leistungstabelle (ANG 1-5 Wartungsverträge) zu erfassen waren und nicht Bestandteil des Hauptangebots respektive des

²⁴ Vgl. Dokument SUB 1, TU-Submission – Bestimmungen zur Ausschreibung, Ziffer A.8, Ziffer A.22.3 und Ziffer C.7.3 und Dokument Werkvertrag WV 1, Ziffer 2.5.

Werkpreises sind²⁵, sind diese doch auch nicht Bestandteil des massgebenden Kostenvoranschlags. Schliesslich ist einzig der Offertpreis für das TU-Angebot zu Los 1 (Gebäude, Bauherrschaft AGG) relevant, nicht jedoch die ebenfalls offerierten, separat ausgewiesenen Offertpreise für das Los 2 (Teile der Erstausrüstung, Bauherrschaft BFH) und das Los 3 (Teile der Umgebung ausserhalb der Parzelle, Bauherrschaft Stadt Biel/Bienne). So bestehen die Lose 2 und 3 lediglich aus Optionen, bei welchen die Entscheide über eine optionale Beauftragung von der jeweiligen Bauherrschaft unabhängig zur Ausführung des Los 1 erfolgen.²⁶

Bei den massgebenden Preisen der jeweiligen Offerten ist auf die von den Anbieterinnen ausgefüllte Kostenzusammenstellung "TU-Angebot, Los 1 (AGG)"²⁷ abzustellen. Dies ergibt die folgenden, massgebenden Offertpreise:

- Anbieterin 1: 245'718'820 Franken (243'507'320 Franken*)
- Anbieterin 2: 306'340'920 Franken (295'225'920 Franken*)
- Anbieterin 3: 320'314'320 Franken (283'273'420 Franken*)
- Anbieterin 4: 335'391'000 Franken (329'896'000 Franken*)
- Anbieterin 5: 337'055'800 Franken (266'577'200 Franken*)

* wenn nicht nur die ANG 2-1 Optionen, sondern auch die ANG 2-2 TU-Optionen abgezogen werden.

c) Das von der Beschwerdeführerin 1 angebotene "Design to Cost"-Verfahren kann beim massgebenden Betrag der eingereichten Offerte nicht berücksichtigt werden. Bei diesem Optimierungsprozess nach der Zuschlagserteilung wäre nach Ansicht der Beschwerdeführerin 1 gestützt auf Erfahrungswerte Einsparungen um bis zu 23 % möglich. Wie das AGG richtig vorbringt, handelt es sich bei dieser Option jedoch nicht um eine TU-Option im oben erwähnten Sinne, erfüllt diese doch die verbindlichen Vorgaben in der Ausschreibung hierzu nicht. So wurden in den Ausschreibungsunterlagen konkrete, einzeln gegliederte TU-Optionen mit Angabe von verbindlichen Pauschalpreisen verlangt (vgl. oben, E, 4b). Das von der Beschwerdeführerin angebotene "Design to Cost"-Verfahren war jedoch in der Offerte weder mit konkreten Einsparmöglichkeiten verbunden noch in einzelne Optionen unter Angabe von verbindlichen Pauschalpreisen aufgeteilt. Vielmehr hätten mögliche Einsparungen erst im Rahmen einer Optimierungsphase nach der Zuschlagserteilung eruiert werden sollen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 handelt es sich damit nicht um ausschreibungskonforme bzw. ausgeschriebene Änderungsmöglichkeiten. Mangels konkreter, in der Offerte vorhandener Minderkosten war diese "Design to Cost"-Option weder bewertbar noch mit den Angeboten der anderen Anbieterinnen vergleichbar. Bereits aus diesem Grund hat diese Option unberücksichtigt zu bleiben. Dazu kommt, dass eine Berücksichtigung des "Design to Cost"-Verfahrens aus beschaffungsrechtlicher Sicht nicht zulässig ist. Wie das AGG richtig vorbringt, würde es sich dabei angesichts der notwendigen Einsparungen und auch dem von der Beschwerdeführerin 1 erwähnten Einsparpotenzial um eine massgebliche, nicht in der Ausschreibung vorgesehene Projektänderung handeln, was einen Verstoß gegen das aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot abgeleiteten Abänderungsverbot darstellt.²⁸ Ebenso verstösst diese Methode gegen das Verbot von Abgebotsrunden, wonach Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und der Anbieterin über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts unzulässig sind (Art. 27 Abs. 1 ÖBV).

²⁵ Vgl. Dokument SUB 1, TU-Submission – Bestimmungen zur Ausschreibung, Ziffer A.22.3 und Ziffer C.7.4.

²⁶ Vgl. Dokument SUB 1, TU-Submission – Bestimmungen zur Ausschreibung, Ziffer A.2.1.

²⁷ Dokument ANG 1 TU-Angebot, S. 6.

²⁸ Vgl. etwa Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 826 mit weiteren Hinweisen.

d) Die Offertpreise gemäss E. 4b/c sind den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten Kosten gegenüberzustellen. Relevant sind dabei einzig die vom AGG ermittelten Kosten für den ausgeschriebenen, vorliegend umstrittenen Auftrag, nämlich den TU-Auftrag für das Los 1. Dieser massgebende Wert beträgt Fr. 207'000'000 und lässt sich – gestützt auf den detaillierten Kostenvoranschlag der Vergabestelle²⁹ und deren Ausführungen und Übersicht in der Stellungnahme vom 6. März 2020 (Rz. 45 f.) – wie folgt herleiten: Gemäss dem erwähnten Kostenvoranschlag schätzte die Vergabestelle Kosten für den TU-Auftrag zu Los 1 auf Fr. 218'300'000. In dieser Kostenschätzung sah das AGG aufgrund von Projektunsicherheiten noch eine grössere Autoeinstellhalle, eine eigene Energiezentrale sowie weitere Optionen vor. Weil zum Zeitpunkt der Ausschreibung nach wie vor die Möglichkeit für die kleinere Autoeinstellhalle und die Seewassernutzung bestand, wurden diese Optionen als Minderkostenoptionen (ANG 2-1 Optionen) ausgeschrieben, welche von den Anbieterinnen zwingend offeriert werden mussten. Gleiches gilt für diverse weitere Minderkosten-Optionen (ebenfalls ANG 2-1 Optionen). Diese im Gesamttotal des Kostenvoranschlags (Fr. 218'300'000) enthaltenen Mehrkosten im Umfang von Fr. 11'300'000 waren jedoch nicht Bestandteil des genehmigten Ausführungskredits und sollten daher im Bedarfsfall aus der im Kredit enthaltenen Bauherren-Reserve finanziert werden. Sie sind daher vom erwähnten Gesamtbetrag des Kostenvoranschlags in Abzug zu bringen, was zum erwähnten, für den Vergleich massgebenden Betrag von Fr. 207'000'000 führt. Damit werden diese optionalen Mehrkosten weder auf der Seite des massgebenden Offertpreises (vgl. E. 4b) noch auf der Seite des massgebenden, vom AGG geschätzten Betrag berücksichtigt, was die Vergleichbarkeit dieser Zahlen gewährleistet.

Das AGG zeigt im Übrigen auch auf, wie sich der massgebende Wert der zum Voraus geschätzten Kosten von Fr. 207'000'000 aus dem bewilligten Ausgabenkredit von insgesamt Fr. 255'000'000 (Ausführungskredit Fr. 233'500'000, Projektierungskredit Fr. 21'500'000)³⁰ ableiten lässt (vgl. Übersicht in der Stellungnahme vom 6. März 2020, Rz. 45). So sind von diesem Betrag einerseits Kosten abzuziehen, die nicht Teil dieser Ausschreibung sind (bereits ausgeführte Arbeiten [Baugrube, Pfählung], Honorare und Bauherrenleistungen seitens des AGG sowie die Bauherren-Reserve). Andererseits sind die Mehrkosten der Campus-Hall aufzurechnen, da diese fremdfinanziert wird.³¹ Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist aus diesen Gründen für den massgebenden Vergleich zwischen den vom Voraus ermittelten Kosten und den eingegangenen Offertpreisen auch nicht auf den genehmigten Kredit von Fr. 233'500'000 abzustellen.

e) Die Gegenüberstellung der Offerpreise gemäss E. 4 b/c und den vom Voraus geschätzten Kosten der Vergabestelle gemäss E. 4d ergibt hier die folgenden prozentualen und absoluten Überschreitungen der Angebote im Vergleich zum Kostenvoranschlag:

	Offertpreis (gerundet)	Kostenschätzung AGG	Absolute Überschreitung	Prozentuale Überschreitung
Anbieterin 1	245.72 Mio 243.51 Mio*	207 Mio	38.72 Mio 36.51 Mio*	18.7 % 17.6 %*
Anbieterin 2	306.34 Mio 295.23 Mio*		99.34 Mio 88.23 Mio*	48.0 % 42.6 %*
Anbieterin 3	320.31 Mio 283.27 Mio*		113.31 Mio 76.27 Mio*	54.7 % 36.8 %*
Anbieterin 4	335.39 Mio		128.39 Mio	62.0 %

²⁹ Verfahrensakten, Dokument 1.3 "Kostenvoranschlag KV_Grundlage TU-Ausschreibung".

³⁰ GRB 2017.RRGR.143 vom 8. Juni 2017.

³¹ Vgl. Vortrag zum Antrag des Regierungsrats "Neubau Campus Biel/Bienne, Verpflichtungskredit für die Ausführung und das Baurecht", beschlossen mit RRB 262/2017 vom 15. März 2017, Ziff. 3.4.4.

	329.90 Mio*		122.9 Mio*	59.4 %*
Anbieterin 5	337.06 Mio 266.58 Mio*		130.06 Mio 59.58 Mio	62.8 % 28.8 %

* wenn nicht nur die ANG 2-1 Optionen, sondern auch die ANG 2-2 TU-Optionen abgezogen werden.

5. Verfahrensabbruch, Beurteilung der Zulässigkeit im vorliegenden Fall

a) Bei der Beurteilung der Frage, ob vorliegend von einer erheblichen Abweichung der offerierten Preise im Vergleich zu den von der Vergabestelle vom Voraus geschätzten Kosten ausgegangen werden muss, ist in erster Linie auf das billigste Angebot abzustellen. Zu beachten ist dabei, dass der Vergabestelle bei dieser Beurteilung ein weiter Ermessensspielraum zukommt und die BVD als Rechtsmittelbehörde nur die Überschreitung und den Missbrauch dieses Entschliessungsermessens, nicht aber die Angemessenheit des Entscheid überprüfen kann (vgl. E. 2b).

b) Die Kostenüberschreitung des billigsten Angebots beträgt vorliegend knapp 19 %. Zwar lag die Kostenüberschreitung bei den in E. 2d aufgeführten Entscheiden, bei welchen der wichtige Grund wegen Kostenüberschreitung bejaht wurde, über diesem Wert. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass bei prozentual tieferen Werten per se nicht von einer wesentlichen Kostenüberschreitung zu sprechen ist, zumal gemäss Bundesgericht keine klare Grenze besteht.³² Es ist stets eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, wobei die jeweils konkreten Umstände zu berücksichtigen sind. Neben der deutlichen prozentualen Abweichung, welche zum billigsten Angebot immerhin knapp 19 % ausmacht, fällt vorliegend zusätzlich ins Gewicht, dass es sich um einen Auftrag mit einem ausserordentlich hohen Auftragsvolumen handelt. Es geht um Beträge von deutlich über 200 Millionen Franken und damit um ein Volumen, welches in den in E. 2d aufgeführten Fällen nicht ansatzweise erreicht wurde. Die Kostenüberschreitung des billigsten Angebots beträgt hier absolut gesehen 38.7 Millionen Franken. Damit handelt es sich um eine massive Überschreitung. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die Kostenüberschreitung bei den weiteren Angeboten noch deutlich höher ausfällt. Schliesslich ist hier zu beachten, dass nicht nur die von der Vergabestelle vom Voraus geschätzten Kosten in diesem Umfang überschritten werden, sondern auch und im selben Umfang der vom Grosse Rat für diesen TU-Auftrag gesprochene Kredit. Ob ein Zusatzkredit in diesem Umfang möglich gewesen wäre, muss zumindest angezweifelt werden. Unter diesen Umständen muss vorliegend auch bei einer prozentualen Abweichung von knapp 19 % von einer erheblichen Abweichung gesprochen werden. Die erwähnte Lehrmeinung von *Beyeler*, wonach ein Abbruch ab einer Divergenz von ungefähr 25 - 30 % zulässig sein dürfte (vgl. E. 2d), kann nicht pauschal gelten und greift aus den besagten Gründen vorliegend zu kurz.

c) Die Vergabestelle hat damit ihr Ermessen nicht überschritten oder missbraucht, wenn sie bei einer Kostenüberschreitung des billigsten Angebots von knapp 19 % bzw. 38.7 Millionen Franken im Vergleich zu den zum Voraus geschätzten Kosten sowie im Vergleich zum gesprochenen Kredit von einer erheblichen Abweichung ausging. Gleiches lässt sich sagen, wenn – entgegen der Ansicht der BVD – auf die Werte abzustellen wäre, bei welchen für die massgebenden Offertpreise neben den ANG 2-1 Optionen auch die ANG 2-2 TU-Optionen abgezogen wurden. Auch in diesem Fall liegt beim billigsten Angebot noch immer eine Abweichung von knapp 18 % bzw. 36.5 Millionen vor.

Unter diesen Umständen wäre eine Weiterführung des Verfahrens nicht gerechtfertigt gewesen. Diese Abweichung ist hinreichend, um das öffentliche Interesse am Abbruch als genügend gewichtig zu betrachten. Ob der Vergabestelle bei der Erstellung des Kostenvoranschlags ein Verschulden anzulasten ist bzw. ob die Kostenerwartungen der Vergabestelle auf seriösen Abklärungen beruhen und als realistisch zu qualifizieren sind, spielt nach dem Gesagten (E. 2d) und entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit des Abbruchs keine Rolle. Selbst wenn dies – entgegen der hier vertretenen Ansicht – zu

³² Vgl. E. 2d mit Hinweis auf BGer 2P.34/2007 vom 8.5.2007.

beachten wäre, so bestehen gestützt auf die Ausführungen der Vergabestelle im Rechtsmittelverfahren keine Anhaltspunkte, welche auf unseriöse Abklärungen im Zusammenhang mit der Erarbeitung des Kostenvoranschlags durch eine externe Generalplanerin deuten würden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 verletzt der Abbruch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln schliesslich nicht. Vielmehr erfolgte dieser mit dem Zweck, unter Anpassung des Projekts und der Rahmenbedingungen im Rahmen einer neuen Ausschreibung erhebliche Kosteneinsparungen realisieren zu können. Diesen Grundsätzen wird daher entsprochen.

d) Zusammenfassend handelt es sich um eine erhebliche Kostenüberschreitung. Das AGG ging daher zu Recht von einem wichtigen Grund für einen Verfahrensabbruch im Sinne von Art. 29 Abs. 2 ÖBV aus.

6. Verfahrensabbruch, Verschulden

a) Für den Fall, dass der Abbruch auf wichtigen Gründen beruht und damit geschützt wird, verlangt sowohl die Beschwerdeführerin 1 mit ihrem Subeventualantrag als auch die Beschwerdeführerin 2 mit ihrem Eventualantrag die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung. Von einem rechtswidrigen Verfahrensabbruch sei auszugehen, weil die von der Vergabestelle angeführten Umstände vorhersehbar gewesen bzw. durch unsorgfältige Planung von ihr selber herbeigeführt worden seien. Sofern der Abbruch geschützt werde, sei in Anlehnung an die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich dessen Rechtswidrigkeit festzustellen, um ihr eine Schadenersatzklage zu ermöglichen.

b) Die von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Rechtsprechung³³ verlangt, dass auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für den Abbruch zu prüfen bleibt, ob die dafür angeführten Umstände vorhersehbar bzw. durch unsorgfältige Planung von der Vergabestelle selber herbeigeführt wurden. Bei solchermassen von der vergebenden Behörde zu verantwortenden Umständen sei daher die Rechtswidrigkeit des Abbruchentscheids festzustellen, selbst wenn der Behörde keine Handlungsalternative zur Verfügung stand. Bei diesen Fällen handelte es sich jedoch um definitive Verfahrensabbrüche. Vorab ist es daher fraglich, ob diese Rechtsprechung überhaupt auf provisorische Verfahrensabbrüche wie den vorliegenden anwendbar ist.

Dies kann jedoch offen bleiben, da dieser Rechtsprechung ohnehin nicht gefolgt werden kann. So ist vielmehr der Ansicht von *Beyeler* zu folgen, welcher in Abweichung zu dieser Meinung zu folgendem Schluss kam³⁴:

"Die Aussage, bei Vorliegen eines sachlichen Grundes, der den Abbruch zwar als zulässig erscheinen lässt, jedoch von der Vergabestelle zu verantworten ist, könne der Abbruch nicht aufgehoben, wohl aber seine Rechtswidrigkeit festgestellt werden, vermengt die Frage nach der Vergaberechtskonformität des Abbruchs, welche bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ohne Weiteres gegeben ist, mit der Frage nach einer allfälligen Haftung der Auftraggeberin für anlässlich der Verfahreseinleitung begangene Treuwidrigkeiten. Diese Fragen haben miteinander nichts zu tun: Ein Abbruch ist nur dann rechtswidrig, wenn das Verfahren mangels sachlichen Grundes oder aufgrund eines Missbrauchssachverhalts weiterzuführen ist bzw. wäre, und die Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt nur dann in Frage, wenn die an sich vorzunehmende Anordnung der Verfahrensfortsetzung am bereits erfolgten Vertragsschluss

³³ VGE ZH VB.2015.00568 vom 12. Mai 2016; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 793 mit Verweis auf Entscheid BRK 5/01.

³⁴ Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in AJP 2005 S. 784 ff. Ziff. 39 ff.; auch in diesem Sinne: Martin Beyeler, Anmerkung zu BGer. 2P.34/2007 in BR 2007 S. 209 ff.

scheitert [...]. Daher können Fehler der Verfahrenseinleitung keine Rechtswidrigkeit des Abbruchs implizieren. Damit ist indes noch nichts über die Haftung der Auftraggeberin in solchen Fällen gesagt [...]: Die Sanktionierung dieser Fehler ist allerdings nicht im Vergaberecht, sondern in der zivilrechtlichen Culpa-Haftung zu suchen. Das heisst zum Beispiel: Hat die Vergabestelle die Beschaffungskosten wesentlich tiefer eingeschätzt als das günstigste Angebot, ist dies ein sachlicher Grund, und ein Abbruch ist vergaberechtlich zulässig. Geht die Fehleinschätzung auf treuwidrige Unsorgfalt zurück, kommt eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht.

[...]

Erweist sich ein Verfahrensabbruch in dem gegen die Abbruchverfügung gerichteten Beschwerdeverfahren als rechtmässig - weil kein Missbrauch, dafür aber ein sachlicher Grund vorliegt -, so ist zufolge Rechtmässigkeit der Verfügung ausgeschlossen, dass der in der Sache unterliegende Beschwerdeführer vergaberechtlichen Schadenersatz fordern kann [...]. Denn der vergaberechtliche Schadenersatzanspruch ist nur einschlägig, wo eine rechtswidrige Verfügung vorliegt, die wegen des bereits erfolgten Vertragsschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann [...]. Gleichwohl bedeutet die Rechtmässigkeit des Abbruchs längst nicht in jedem Fall auch eine Freiheit der Auftraggeberin von jeder Haftung bzw. ein Fehlen jeglichen Rechtsschutzes für die Anbieter. Allein, Letztere haben ihr Recht diesfalls anderswo als im Vergaberecht zu suchen: Insbesondere die zivilrechtliche culpa in contrahendo, die rücksichtlich dessen Besonderheiten auch im öffentlichen Vergabeverfahren greift, bietet den Anbietern bei vergaberechtskonformen Abbrüchen einen angemessenen Haftungsschutz."

Diese Ansicht überzeugt. Ein allfälliges unsorgfältiges Handeln bzw. eine allfällige Vorhersehbarkeit im Zusammenhang mit einem Abbruch ist im Abbruchbeschwerdeverfahren nicht relevant (vgl. E. 2). Für die Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit des Abbruchs ist nur erheblich, ob dieser auf einem wichtigen Grund beruht und damit im öffentlichen Interesse erfolgt. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt (vgl. E. 5). Selbst wenn die Vergabestelle den Abbruchgrund pflichtwidrig übersehen, in Kauf genommen oder gar herbeigeführt haben sollte, ändert dies daher nichts an der vergaberechtlichen Rechtmässigkeit des Abbruchs. Ein rechtmässiger Verfahrensabbruch kann im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren nicht als rechtswidrig bezeichnet werden. Ob eine zivilrechtliche Haftung greift, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern ist durch die zuständigen Zivilgerichte zu beurteilen. Es steht den Beschwerdeführerinnen offen, ihre Vorbringen in diesem Zusammenhang auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Vorliegend ist auf diese Rügen nicht einzutreten.

7. Zusammenfassung, Gesuche um aufschiebende Wirkung, Beweismittel und Kosten

a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die eingegangenen Angebote preislich erheblich über den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten Kosten liegen und damit ein wichtiger Grund für den provisorischen Abbruch des Vergabeverfahrens vorlag. Die angefochtene Abbruchverfügung erweist sich daher als rechtmässig. Die Frage des Verschuldens bzw. der Vorhersehbarkeit spielt für die Beurteilung dieser Frage keine Rolle; allfällige zivilrechtliche Haftungsfragen sind nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren durch die BVD zu beurteilen. Damit ist die Abbruchverfügung des AGG zu bestätigen und die beiden Beschwerden abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann.

b) Mit dem vorliegenden Entscheid erübrigt es sich, über die Gesuche der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Diese werden mit der Fällung des vorliegenden Entscheides gegenstandslos. Das diesbezügliche Verfahren ist abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG). Was die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung in der ersten Verfügung vom 2. Oktober 2019 betrifft, so werden

aufgrund des geringen Aufwands weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.

c) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die von der Beschwerdeführerin 1 beantragten Beweismittel (Parteibefragung, Zeugeneinvernahmen) konnte daher verzichtet werden, da von diesen keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.³⁵

d) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (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 GebV³⁶). Vorliegend wurden zwei Beschwerden eingereicht. In Anwendung der erwähnten Bestimmungen werden die Pauschalen für die beiden Beschwerden auf je Fr. 3'000.00 festgelegt. Werden in einem einzigen Entscheid mehrere Beschwerden beurteilt, so kann die Pauschalgebühr für die einzelnen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer angemessen reduziert werden (Art. 21 Abs. 3 GebV). Dementsprechend werden die Pauschalen auf je zwei Drittel, d.h. Fr. 2'000.00 reduziert. Damit betragen die Verfahrenskosten Fr. 4'000.00.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten sowohl die Beschwerdeführerin 1 als auch die Beschwerdeführerin 2 als unterliegend. Sie haben die Verfahrenskosten zu gleichen Teilen zu tragen, weshalb ihnen Verfahrenskosten von je Fr. 2'000.00 aufzuerlegen sind.

e) Da die Beschwerdeführerinnen unterliegen, haben sie keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Abbruchverfügung des AGG vom 17. September 2019 wird bestätigt.
2. Das Verfahren betreffend die Gesuche der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf Fr. 4'000.00 festgelegt. Davon werden der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 je Fr. 2'000.00 zur Bezahlung auferlegt. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

³⁵ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen.

³⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- D. _____ eingeschrieben
- F. _____, eingeschrieben
- Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), per E-mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.