



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 130/2020/1

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 23. April 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

E. _____
Beschwerdegegnerin

per Adresse F. _____

sowie

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

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 21. Januar 2020
(15.0503-01/2-231; Ins, G. _____, Instandsetzung, H. _____, Elektroinstallationen)

I. Sachverhalt

1. Im Rahmen der Instandsetzung der bestehenden Gebäude der G. _____ schrieb das AGG am 23. August 2019 die Elektroinstallationsarbeiten im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 11. Oktober 2019 eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 21. Januar 2020 erteilte das AGG der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 21. Januar 2020 erhob die Beschwerdeführerin am 31. Januar 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Sie stellt die folgenden Anträge:

"1. Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 21. Januar 2020 betreffend die Ausschreibung "Ins, G. _____, Instandsetzung, H. _____ Elektroinstallationen" sei aufzuheben.

2. Der Zuschlag betreffend die Ausschreibung "Ins, G. _____, Instandsetzung, H. _____ Elektroinstallationen" sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Es sei der vorliegenden Beschwerde, zunächst superprovisorisch und vorab per Fax, die aufschiebende Wirkung zu erteilen; in diesem Sinne sei es der Vergabestelle vorsorglich zu verbieten, über die Leistungen, das heisst die Instandsetzung der Elektroinstallationen im G. _____ in Ins, einen Vertrag abzuschliessen oder entstehen zu lassen."

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Hinsichtlich des Antrags der Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, führte das Rechtsamt mit Verfügung vom 4. Februar 2020 aus, aufgrund des eingereichten Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei es dem AGG zum jetzigen Zeitpunkt untersagt, einen Vertragsabschluss vorzunehmen. Eine superprovisorische Verfügung der aufschiebenden Wirkung ohne Anhörung der Parteien sei aus diesem Grund nicht angezeigt. Gestützt auf ein Gesuch des AGG verlängerte das Rechtsamt mit Verfügung vom 11. Februar 2020 die Frist zur Einreichung der Stellungnahmen bis 2. März 2020.

Mit Stellungnahme vom 27. Februar 2020 beantragt das AGG die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Beschwerde sei zudem die aufschiebende Wirkung nicht zuzusprechen. Von der Beschwerdegegnerin ging keine Stellungnahme ein.

4. Mit Eingabe vom 10. März 2020 beantragte die Beschwerdeführerin, es seien ihr die amtlichen Akten zur Einsichtnahme zuzustellen, unter Ansetzung einer angemessenen Frist für eine darauffolgende Stellungnahme. Mit Zwischenverfügung vom 13. März 2020 hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin insoweit gut, als ihr Einsicht in einzelne Verfahrensakten sowie in die E-Mail Korrespondenz zwischen dem AGG und der Beschwerdegegnerin (ohne Beilagen) gewährt wurde. Soweit weitergehend und insbesondere was die Konkurrenzofferten betrifft, wies das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin ab. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.

Die Beschwerdeführerin reichte eine Stellungnahme vom 23. März 2020 ein. Darin hält sie sowohl an der Beschwerde vom 31. Januar 2020 als auch am Akteneinsichtsgesuch vom 10. März 2020 fest, soweit letzteres nicht gewährt wurde. Das AGG hält mit Stellungnahme vom 1. April 2020 an den Ausführungen und an den Rechtsbegehren in der Eingabe vom 27. Februar 2020 fest.

Mit Zwischenverfügung vom 7. April 2020 trat das Rechtsamt auf das erneute Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein. Mit dieser Verfügung wurde zudem gestützt auf eine entsprechende Vollmacht der Beschwerdegegnerin die F. _____ als deren Zustelldomizil aufgenommen. Auf ein Fristerstreckungsgesuch dieser Rechtsschutzversicherung vom 7. April 2020 trat das Rechtsamt mit Zwischenverfügung vom 8. April 2020 nicht ein.

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

II. Erwägungen

¹ 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).

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 BVD und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne des ÖBG. Die BVD ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Angebot den zweiten Platz erreicht. Auch wenn ihr Angebotspreis deutlich über demjenigen der Beschwerdegegnerin liegt, hat sie als Zweitplatzierte eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. So bringt sie vor, dass die Beschwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen sei. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Sie enthält einen Antrag und eine Begründung. Der geschätzte Auftragswert liegt zudem über dem Schwellenwert anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ÖBG. Die BVD tritt auf die Beschwerde ein.

c) Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG³, 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. Zuschlagskriterium "Preis"

a) In der Ausschreibung vom 23. August 2019 gab das AGG bekannt, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist und entsprechend zu 100 % gewichtet wird (Ziff. 2.10).

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, angesichts der Komplexität der ausgeschriebenen Leistungen im sensiblen Kernbereich der öffentlichen Sicherheit sei es nicht zulässig, den Preis als einziges Zuschlagskriterium zu wählen. Bei nicht standardisierten Leistungen werde in der Lehre eine Obergrenze von 80 % Gewichtung diskutiert.

c) Die Ausschreibung gilt als selbständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG; Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. a IVöB⁴). Sie war dementsprechend mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (Ziff. 4.7). Allfällige Mängel der Ausschreibung müssen innert zehn Tagen seit der Publikation angefochten werden, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist.⁵ Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich demnach als verspätet, zumal sich die Wahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium eindeutig aus der Ausschreibung ergab und dieser (aus Sicht der Beschwerdeführerin vorhandene) Mangel in diesem Zeitpunkt offensichtlich erkennbar war. Bezüglich dieser Rüge kann damit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

3. Fehlerhafte Zuschlagsverfügung

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁴ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1).

⁵ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen.

a) Die Beschwerdeführerin rügt, aufgrund der massiven Differenz zwischen dem Angebot der Beschwerdegegnerin und ihrem Angebot müsse von einem simplen Rechnungsfehler seitens der Vergabestelle ausgegangen werden. Dies sei umso naheliegender, als die Zuschlagsverfügung an sich bereits fehlerhaft sei. So sei die Vergabestelle bei der Errechnung des für die Vergabe massgebenden Preises bei ihr fälschlicherweise von 55 Mitarbeitenden und 3 Lernenden ausgegangen, obwohl sie im massgebenden Formular 57 Mitarbeitende und 12 Lernende angegeben habe. Überdies sei die Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft, indem darin noch von der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion die Rede sei, obwohl diese per 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion heisse. Dass die knapp gehaltene Zuschlagsverfügung gleich zwei Fehler enthalte, deute auf eine fehlerhafte und unsorgfältige Arbeitsweise der Vergabestelle hin. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass beim Zuschlag weitere Fehler passiert seien. Da die Kontrollmechanismen offensichtlich versagt hätten, sei auch nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdegegnerin ihre Offerte fehlerhaft gerechnet habe und dies der Vergabestelle nicht aufgefallen sei.

In der Eingabe vom 23. März 2020 ergänzt die Beschwerdeführerin, dem Dokument "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2019" sei zu entnehmen, dass sie das Formular "Selbstdeklaration" nicht ausgefüllt und/oder unterzeichnet habe. Dies entspreche nicht den Tatsachen. Neben den bereits in der Beschwerde erwähnten Unzulänglichkeiten stelle diese ungenügende Angebotsprüfung durch die Vorinstanz einen weiteren Umstand dar, der die bereits geäusserten Zweifel an der sorgfältigen Durchführung des Vergabeverfahrens bekräftige.

b) Die Beschwerdeführerin begründet nicht näher, wie sie aus der grossen Preisdifferenz zwischen den beiden Angeboten auf einen Rechnungsfehler bei der Vergabestelle schliesst. Dieser Schluss lässt sich auch nicht daraus ziehen, dass der Vergabestelle – wie sie dies in der Stellungnahme vom 27. Februar 2020 selber eingesteht – zwei Fehler unterliefen, indem sie bei der Berechnung des Bonus für Lernende bei der Beschwerdeführerin von falschen Zahlen ausging (55 Mitarbeitende und 3 Lernende statt 57 Mitarbeitend und 12 Lernende) und bei der Rechtsmittelbelehrung noch den bis Ende 2019 geltenden Namen der BVD verwendete. Diese Fehler sind zudem nicht kausal für die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin; eine Korrektur des Bonus für Lernende bei der Beschwerdeführerin ändert nichts am deutlichen Resultat. Gleiches gilt für den nach Ansicht der Beschwerdeführerin falschen Schluss der Vergabestelle, wonach sie das Formular "Selbstdeklaration" nicht ausgefüllt oder unterzeichnet habe. Auch dies ändert – selbst wenn der Schluss tatsächlich falsch wäre – nichts am Ergebnis und der Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin. Dazu kommt, dass die Beschwerdeführerin gemäss den Ausführungen der Vergabestelle in der Stellungnahme vom 1. April 2020 zwar das unterzeichnete Selbstdeklarationsformular mit der Offerte eingereicht hat, nicht jedoch die in diesem Formular geforderten Beilagen. Die Beschwerdeführerin missachtete damit die Vorgabe von Art. 20 Abs. 1 ÖBV, wonach dem Angebot diese Nachweise beizulegen sind. In der publizierten Ausschreibung wurde unter den Teilnahmebedingungen (Ziff. 3.1) ausdrücklich erwähnt, dass dem Angebot die ausgefüllte Selbstdeklaration samt Nachweisen beizulegen ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle bei der formellen Angebotsprüfung dieses Kriterium bei der Beschwerdeführerin als nicht erfüllt betrachtete, auch wenn gemäss Wortlaut im Dokument "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2019" nur von "Formular 2 "Selbstdeklaration" ausgefüllt und unterzeichnet" die Rede ist.

Wer aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas für seinen Rechtsstandpunkt ableiten will, trägt die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit.⁶ Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren pauschalen Vermutungen nicht aufzuzeigen geschweige denn zu belegen,

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 19 N. 3.

dass der Vergabestelle bei der Auswertung und Kontrolle der Angebote ein relevanter, sich auf den Zuschlagsentscheid auswirkender Fehler unterliefe. Ein solcher ist auch nicht erkennbar. Trotz der zwei erwähnten, kleinen Fehler bestehen keine Indizien, dass die Vergabestelle – wie dies die Beschwerdeführerin behauptet – unseriös oder unsorgfältig gearbeitet bzw. ausgewertet hätte. Nicht ansatzweise nachvollziehbar ist schliesslich, wie die Beschwerdeführerin aus den angeblich fehlenden Kontrollmechanismen bei der Vergabestelle auf eine fehlerhaft errechnete Offerte seitens der Beschwerdegegnerin schliesst. Die Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich in diesen Punkten als unbegründet.

4. Nachreichen von Unterlagen

a) In ihrer Stellungnahme vom 23. März 2020 bringt die Beschwerdeführerin vor, aus den Unterlagen ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin ein unvollständiges Angebot eingereicht habe. Gemäss dem Dokument "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2019" habe sie keinen vollständig ausgefüllten Vorspann eingereicht. Der Offerte der Beschwerdegegnerin hätten zahlreiche Unterlagen gefehlt, welche zur korrekten Prüfung des Angebots notwendig gewesen wären. Diese Unterlagen seien von der Vergabestelle nach Eingang der Offerten noch eingefordert worden, wobei der zuständige Architekt nach Ablauf der Frist sogar nochmals nachfassen musste. Dieses Vorgehen sei angesichts der strengen Rechtspraxis, hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Angebote zum Zeitpunkt des Eingabetermins und des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig. Dies stelle eine Bevorzugung der Beschwerdegegnerin gegenüber anderen Mitbewerbern dar, welche sich an die Vorgaben gehalten hätten. Die Mängel seien keineswegs untergeordneter Natur gewesen, sondern immerhin so gravierend, dass sie eine genügende Prüfung der Offerte nicht erlaubt hätten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Unterlassung der Beschwerdegegnerin entschuldbar hätte sein sollen. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

Das AGG führt in der Stellungnahme vom 1. April 2020 aus, es treffe zu, dass beim Angebot der Beschwerdegegnerin der vollständig ausgefüllte Vorspann zuerst fehlte. Die Beschwerdegegnerin sei unter Ansetzung einer Nachfrist aufgefordert worden, diesen geringfügigen Mangel zu korrigieren, was diese auch gemacht habe. Gleiches gelte für gewisse Produkteinformationen. Es hätten damit lediglich gewisse Nachweise gefehlt, was sie als untergeordneten formellen Mangel beurteilt habe. Die Ansetzung der Nachfrist sei gestützt auf die einschlägige Rechtsprechung möglich und beeinträchtige den Grundsatz des fairen Wettbewerbs nicht. Auch bei der Beschwerdeführerin hätten die entsprechenden Nachweise auch noch eingeholt werden müssen, wenn sie reelle Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte. Im Rahmen der Nachreichung der angeforderten Unterlagen sei das Angebot der Beschwerdegegnerin sodann inhaltlich nicht verändert worden. Auch der angebotene Preis habe sich nicht verändert.

b) Gemäss Art. 19 und Art. 25 Abs. 2 ÖBV darf ein Angebot nach seiner Einreichung – vorbehaltlich der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern – nicht mehr geändert werden. Nach Art. 26 Abs. 1 ÖBV kann die Auftraggeberin von den Anbieterinnen jedoch Erläuterungen im Bezug auf ihre Eignung und ihr Angebot verlangen. Die Erläuterungen dürfen nicht dazu dienen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern. Aufgrund von Erläuterungsbegehren der Vergabestelle dürfen die betreffenden Anbieterinnen ihr Angebot

nicht abändern, sondern nur Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung liefern.⁷

Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber schliessen Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, welche ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Gegenüber unvollständigen Angeboten ist die Rechtspraxis im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz streng. Damit soll sichergestellt werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer bevorteilt wird; die Vergabebehörde soll über eine klare, übersichtliche und zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage verfügen. Zu berücksichtigen bleibt aber in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV⁸ sowie das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus. Daher soll vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird.⁹ Wenn lediglich Bescheinigungen fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken können, ist der Anbieterin grundsätzlich die Möglichkeit zum Nachreichen einzuräumen. Ein direkter Ausschluss erscheint unverhältnismässig.¹⁰

c) Vorliegend ist unbestritten, dass die Vergabestelle beim Angebot der Beschwerdegegnerin im Rahmen einer ersten Prüfung gewisse Mängel feststellte und dieser mittels E-Mail vom 20. November 2019 und 27. November 2019 die Möglichkeit zum Nachreichen von fehlenden Unterlagen gab¹¹. Im Rahmen der formellen Angebotsprüfung stellte die Vergabestelle fest, dass – entgegen den Vorgaben in der Ausschreibung¹² – der vollständig ausgefüllte Vorspann sowie die Datenblätter der einzelnen Apparate, Zentralen und Komponenten fehlten, weshalb sie im Formular "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2018" in der ersten Version¹³ diese Voraussetzungen (Ziffer 1.5 und 2.1) bei der Beschwerdegegnerin rot und damit als nicht erfüllt markierte. Diese Prüfung revidierte sie gemäss dem Formular "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2018" in der ersten Version¹⁴ nach dem erwähnten und aktenkundigen E-Mail-Verkehr mit der Beschwerdegegnerin. Diesem E-Mail-Verkehr lässt sich entnehmen, dass hinsichtlich des als Vorspann bezeichneten Dokuments¹⁵, in welchem die Anbieterinnen die gewählten Fabrikate sowie die Regiestundenansätze der verschiedenen Mitarbeiter auszufüllen hatten, einzig der Stundenansatz des Telematikers bei Nacharbeit¹⁶ fehlte und nachgefordert wurde. Als einziger Stundenansatz der Kategorie "Geltende Regie Stundenansätze Nacharbeitszeit inkl. Zuschlag" befindet sich dieser Stundenansatz nach dem Seitenumbruch zuoberst auf der nächsten Seite, weshalb die Vermutung nahe liegt, dass dieser von der Beschwerdegegnerin übersehen wurde. Diesen untergeordneten Fehler liess die Vergabestelle korrigieren, was bereits gestützt auf Art. 25 Abs. 2 ÖBV zulässig war, aber auch nach der aufgeführten Rechtsprechung zur Verbesserung von unvollständigen Angeboten angesichts der Geringfügigkeit dieses Mangels unproblematisch ist. Dem E-Mail-Verkehr lässt sich sodann entnehmen, dass die Vergabestelle

⁷ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. B. _____ und N. H. _____ ff. mit weiteren Hinweisen.

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁹ VGE 2012.28 vom 15. Juni 2012, E. 2.2; VGE 23028 vom 24. September 2007, in BVR 2008 352, E. 4.3.2; VGE 22652 vom 20. November 2006, E. 2.2/2.3, jeweils mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 447.

¹¹ Vgl. Angebot der Beschwerdegegnerin, Register 10, pag. 385 ff.

¹² Ordner Ausschreibungsunterlagen, pag. 3105.

¹³ Ordner "Allgemeine Verfahrensakten", pag. 4687.

¹⁴ Ordner "Allgemeine Verfahrensakten", pag. 4689.

¹⁵ Dokument "Instandsetzung von 10 Gebäuden und Sanierung LH 19 Arbeitsexternat" vom A. _____, Ordner Ausschreibungsunterlagen, pag. 3205 ff.

¹⁶ Angebot der Beschwerdegegnerin, Register 6, pag. 147.

neben den fehlenden Datenblättern der offerierten Geräte auch noch eine in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene "Mehr-/Minderpreisliste"¹⁷ von der Beschwerdegegnerin nachverlangte. Auch das Nachfordern dieser Unterlagen war im Lichte der aufgeführten Rechtsprechung zulässig. Bei den Datenblättern der einzelnen Apparate, Zentralen und Komponenten handelt es sich um nähere Erläuterungen zu den offerierten Geräten, mit welchen das Angebot in keiner Weise verändert wurde. Da bei der vorliegenden Ausschreibung der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, hatte das Nachfordern dieser Unterlagen auch keinen Einfluss auf die inhaltliche Bewertung der Angebote. Aus diesem Grund wäre es unverhältnismässig bzw. überspitzt formalistisch gewesen, wenn das Angebot der Beschwerdegegnerin wegen dieses Mangels ausgeschlossen worden wäre, zumal gemäss Formular "Formelle Angebotsprüfung, 28.10.2018" in der ersten Version sämtliche Anbieterinnen diese Datenblätter nicht einreichten. Gleiches gilt für die nicht ausgefüllte Mehr-/Minderpreisliste: Auch dieses Dokument war weder preis- noch bewertungsrelevant. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich sodann nicht entnehmen, dass diese Mehr-/Minderpreisliste zwingend auszufüllen war. So ist dieses Dokument in den an verschiedenen Stellen in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten, dem Angebot einzureichenden Unterlagen/Beilagen nicht enthalten.¹⁸ Im Vorspann wird einzig erwähnt, dass der Ausschreibung eine Auflistung für Mehr- und Minderpreise beigelegt ist, ohne dass die Anbieterinnen jedoch explizit aufgefordert würden, diese auszufüllen. Dies scheint neben der Beschwerdegegnerin im Übrigen auch die Beschwerdeführerin so verstanden zu haben, ist diese Liste doch auch in deren Angebot nicht enthalten.

Insgesamt handelt es sich bei den durch die Vergabestelle nachträglich eingeholten Unterlagen um untergeordnete Dokumente, so dass das ursprüngliche Fehlen dieser Unterlagen in der Offerte der Beschwerdegegnerin als geringfügiger Mangel zu bezeichnen ist. Das nachträgliche Einholen dieser Unterlagen hatte weder eine Änderung des Angebots zur Folge noch einen Einfluss auf die Bewertung. Da der Preis das einzige Zuschlagskriterium darstellte und die nachgeforderten Unterlagen keinen Einfluss auf den Preis hatten, blieb die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet, auch wenn die Vergabestelle die fehlenden Unterlagen einzig bei der Beschwerdegegnerin nachforderte. Ein Ausschluss der Beschwerdegegnerin aufgrund dieser geringfügigen Mängel wäre unverhältnismässig gewesen. Die Vergabestelle handelte daher rechtskonform, indem sie diese fehlenden Unterlagen von der Beschwerdegegnerin nachträglich noch einholte.

Dem E-Mail-Verkehr lässt sich schliesslich entnehmen, dass die Vergabestelle von der Beschwerdegegnerin präzisierende Angaben zu zwei Schlüsselpersonen verlangte. Dabei handelte es sich jedoch nicht um fehlende Angaben im Angebot. Vielmehr holte die Vergabestelle damit im Rahmen von Art. 28 ÖBV zusätzliche Erkundigungen ein, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist (vgl. E. 5).

5. Eignung der Beschwerdegegnerin, Unterangebot

a) Die Beschwerdeführerin erachtet die Beschwerdegegnerin aufgrund des massiv tieferen Angebots im Vergleich zu den übrigen Angeboten für die richtige Erfüllung des Auftrages als nicht geeignet und verlangt deren Ausschluss. Die Vergabebehörde habe in Fällen grosser Preisdifferenzen in zumutbarer Weise abzuklären, ob das besonders billige Angebot zum offerierten Preis realisierbar sei. Gestützt auf Art. 28 ÖBV habe die Vergabestelle bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten Erkundigungen betreffend die Erfüllung der Teilnahme- und

¹⁷ Ordner Ausschreibungsunterlagen, pag. 3289 ff.

¹⁸ Vgl. Ordner Ausschreibungsunterlagen, pag. 3095, 3105, 3223.

Auftragsbedingungen einzuholen. Aus den Akten werde ersichtlich, dass solche Abklärungen – wenn überhaupt – nur höchst oberflächlich durchgeführt worden seien. Es sei nicht vorstellbar, dass die Beschwerdegegnerin mit tieferen Materialkosten als sie rechne, da gemäss Ausschreibung technisch hochwertige Produkte verbaut werden müssten und sie selber über exzellente Einkaufsbedingungen verfüge. Bei einem arbeitsintensiven Gewerbe wie der Elektroinstallationen müsse dies zwangsläufig bedeuten, dass die Beschwerdegegnerin viel zu wenig Arbeitsstunden eingerechnet habe oder ihre Arbeitskräfte deutlich unter dem branchenüblichen Ansatz entlohnt würden. Mit dem von ihr offerierten Preis liessen sich die Auftragsmodalitäten jedenfalls nicht erfüllen. Das tiefe Angebot wecke ernsthafte Zweifel an der Leistungswilligkeit und Seriosität der Beschwerdegegnerin. Weiter könne die Beschwerdegegnerin mit ihrer Offerte das Eignungskriterium der Nachhaltigkeit nicht erfüllen. Ihr Verhalten würde zu ruinösen Preiskämpfen führen, was einer nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung diametral entgegenstehe. Gefährdet seien auch andere Faktoren der Nachhaltigkeit wie Umweltschutz, Arbeitssicherheit und -gesundheit, aber auch die Qualität der Arbeitsausführung. In der Eingabe vom 23. März 2020 bringt die Beschwerdeführerin zusätzlich vor, aus dem Dokument "Prüfung Eignungskriterium, 28.10.2019" gehe hervor, dass die Beschwerdegegnerin offensichtlich Produkte offeriert habe, welche technisch nicht gleichwertig seien wie die ausgeschriebenen Produkte. Ein zwingendes Eignungskriterium sei von der Vorinstanz bezüglich der Beschwerdegegnerin als nicht erfüllt beurteilt worden.

Das AGG entgegnet, gestützt auf die Offerte der Beschwerdegegnerin bestehe für sie kein Anhaltspunkt dafür, dass ein Ausschlussgrund vorliege. Soweit die Angebote vor den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts standhielten, könnten keine wirtschaftspolitischen Überlegungen berücksichtigt werden. Es sei beschaffungsrechtlich auch möglich, einen massiv tieferen Preis als die Konkurrenz anzubieten. Gemäss der einschlägigen Rechtsprechung sei es Sache der Unternehmer, wie und mit welchem Risiko sie ihre Preise kalkulierten. Lediglich die Tatsache, dass ein Angebot sehr niedrig sei, begründe für sich keinen Ausschlussgrund. Massgebend sei, ob die Teilnahme- und Auftragsbedingungen eingehalten seien und das Angebot nicht unlauter sei. Sie habe im Rahmen des Zumutbaren Erkundigungen eingeholt und zudem geprüft, ob in Bezug auf die Beschwerdegegnerin ein Ausschlussgrund vorliege. Die eingeholten Erkundigungen hätten im Wesentlichen die geforderten Nachweise betreffend Personal und Produkte betroffen und hätten ergeben, dass die Anforderungen erfüllt würden. Es seien keine Hinweise ersichtlich, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin ein unzulässiges Unterangebot darstellen würde. Die Beschwerdegegnerin habe sodann sämtliche Teilnahme- und Auftragsbedingungen erfüllt. Zudem führe diese zurzeit bereits einen Auftrag für sie durch. Gemäss Auskunft des zuständigen Projektleiters bestünden keine Einwände betreffend Gewähr für die Auftragserfüllung. Insgesamt sei sie gestützt auf die eingeholten Erkundigungen zum Schluss gekommen, dass alle Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt würden und somit kein Ausschlussgrund vorliege. Es sei daher nicht angezeigt gewesen, weitergehende Abklärungen einzuholen. Hinsichtlich des Eignungskriteriums "Produkte" bestreitet das AGG in der Stellungnahme vom 1. April 2020 nicht, dass dieses im Rahmen der Eignungsprüfung bei der Beschwerdegegnerin vorerst als nicht erfüllt betrachtet worden sei. Dies bedeute aber nicht, dass die Beschwerdegegnerin im Vergleich zu den angegebenen Produkten in ihrem Angebot technisch nicht gleichwertige Produkte angeboten habe; vielmehr seien einzig die entsprechenden Datenblätter noch ausstehend gewesen. Diese seien daher noch eingeholt worden. Die Prüfung der nachgereichten Unterlagen habe ergeben, dass die Anforderungen an die Produkte erfüllt würden.

b) Gemäss Art. 24 Abs. 1 ÖBV schliesst die Auftraggeberin eine Anbieterin u.a. dann von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn sie ein Angebot einreicht, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Bst. b), sie die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (Bst. c), sie dem Personal nicht

Arbeitsbedingungen bietet, die namentlich hinsichtlich Entlohnung sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung oder dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen (Bst. f), sie das Selbstdeklarationsblatt nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt hat (Bst. k) oder für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr bietet (Bst. l).

Erhält die Auftraggeberin ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, kann sie bei der Anbieterin nähere Erkundigungen betreffend die Erfüllung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen einholen (Art. 28 ÖBV).

Ein Unterangebot liegt nach traditioneller Umschreibung dann vor, wenn eine Anbieterin ihre Leistung zu einem Preis anbietet, der unter den Gestehungskosten liegt. Rein rechnerische Methoden können jedoch nicht den Nachweis eines Unterangebots erbringen. Die Vergabebehörden dürfen daher auch in Fällen grösserer Preisdifferenzen nicht ohne Weiteres ein "Dumping-Angebot" annehmen und dieses von der Vergabe ausschliessen, sondern sie haben in zumutbarem Masse abzuklären, ob das besonders billige Angebot zum offerierten Preis realisierbar ist. Es wird heute als weitestgehend zulässig erachtet, wenn eine Anbieterin mit einkalkuliertem Risiko ein bezüglich des Preises zu niedriges Angebot einreicht, solange die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllt sind. Ein Ausschluss von Unterangeboten ist in der Gesetzgebung nicht vorgesehen. Unterangebote werden in den Grenzen des lautereren Wettbewerbs toleriert.¹⁹ Unlauter ist ein Angebot, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen, Missachtung von Sicherheitsvorschriften und Ähnlichem resultieren.²⁰

Fehlen im konkreten Fall Anhaltspunkte dafür, dass die Anbieterin eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt, so ist die Auftraggeberin nicht zu entsprechenden Nachfragen verpflichtet. Der Vergabebehörde kommt beim Entscheid, ob sie nähere Abklärungen trifft, ein erheblicher Ermessensspielraum zu.²¹

c) Die Vergabestelle hat in der publizierte Ausschreibung verlangt, dass dem Angebot die ausgefüllte Selbstdeklaration mit den darin verlangten Nachweisen einzureichen ist (Ziff. 3.1). Zudem wurden folgende Eignungskriterien genannt (Ziff. 3.7): Erfahrung / Referenzen / Fähigkeiten, Kapazität, Normen, Materialqualität und Nachhaltigkeit. In den Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A (basierend auf der Vorlage der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren [KBOB]), findet sich zu den Eignungskriterien Folgendes²²:

"3.1 Eignungskriterien:

Vom Unternehmer mit Offerteingabe zu liefernde Nachweise:

Technische Leistungsfähigkeit:

Referenzen über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten (insbesondere bezüglich vergleichbaren technischen Anlagen) in den letzten 5 Jahren. Für die Angaben ist das Formular 3 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) zu verwenden.

[...]

Ausreichende personelle Ressourcen zur termingerechten Realisierung des Bauvorhabens. Der Nachweis ist auf dem Formular 1 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) zu erbringen.

[...]

¹⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1109 ff.

²⁰ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1126.

²¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1121 ff., u.a. mit Hinweis auf VGE 21294U vom 19.03.2002, E. 4c.

²² Ordner Ausschreibungsunterlagen, pag. 3097.

Weitere Nachweise:

- Erfahrung:
- Anlagen in gleicher Grösse, mit technisch ähnlichen Voraussetzungen.
- Qualität/Termine:
- Entsprechende Leistungsfähigkeit zur sach- und zeitgerechten Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art. Nachweis ist zwingend zu erbringen.
- Produkte:
- Technisch gleichwertig wie die angegebenen Produkte.
- Normen/Richtlinien/Klassifizierung:
- Einhaltung der geforderten Produktmerkmale
- Materialqualität:
- Wo es im Leistungsverzeichnis gefordert ist, muss das Material Strafvollzug geeignet sein (Vandalen- und sabotagesicher).

[...]

Der Bauherr behält sich vor, nach Offerteingabe weitere Nachweise einzuverlangen."

d) Der für die Vergabe massgebende Offertpreis der Beschwerdegegnerin beläuft sich auf Fr. 2'821'935. Unter Berücksichtigung des von der Vergabestelle falsch übertragenen Bonus für Lernende beträgt der für die Vergabe massgebende Offertpreis der zweitplatzierten Beschwerdeführerin Fr. 4'949'297. Der Offertpreis der Beschwerdeführerin liegt damit um 75.4 % über demjenigen der Beschwerdegegnerin. Die weiteren Angebote liegen 82.1 % bzw. 102.8 % über dem Angebotspreis der Beschwerdegegnerin.

e) Der von der Beschwerdegegnerin offerierte Preis ist deutlich unter demjenigen der weiteren Anbieterinnen. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass es sich dabei um ein Unterangebot, d.h. um ein Angebot mit einem Preis unter den Gestehungskosten, handelt. Ob dies der Fall ist, kann ohnehin offen bleiben, da Unterangebote nach dem Gesagten nicht verboten sind, solange es sich nicht um ein unlauteres Angebot handelt und die Teilnahme- und Auftragsbedingungen erfüllt sind.

Die Vergabestelle verlangte von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des E-Mail-Verkehrs vom 20. November 2019 und 27. November 2019 (vgl. E. 4c) sämtliche Datenblätter der offerierten Apparate, Zentralen und Komponenten, um die im Rahmen des Eignungskriteriums "Produkte" verlangte technische Gleichwertigkeit zu überprüfen. Nach Einreichung dieser Unterlagen beurteilte das AGG die Eignungskriterien als erfüllt. Der blosse Umstand, dass die Vergabestelle die technische Gleichwertigkeit der Produkte zuerst mangels Vorhandensein der für diese Überprüfung notwendigen Datenblätter verneinte, ändert daran nichts. So kam sie gemäss ihren Ausführungen nach einer Prüfung der nachträglich eingeholten Datenblätter zum Schluss, dass die Anforderungen an die Produkte erfüllt werden. Für die BVD besteht kein Anlass, diese Beurteilung in Zweifel zu ziehen, zumal der Vergabestelle bei der Beurteilung der Anbieterinnen anhand der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zukommt.²³ Die Rechtsmittelinstanz ist daher gehalten, bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat.²⁴ Dies gilt insbesondere dort, wo die Beurteilung – wie im vorliegenden Fall – besondere technische Fachkenntnisse erfordert. Es ist weder erkennbar noch geltend gemacht, dass die Vergabestelle bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit von der Beschwerdegegnerin offerierten Produkte ihr Ermessen willkürlich ausgeübt hätte.

²³ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 564 f.; BGE 141 II 14, E. 7.1.

²⁴ 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.

Die Vergabestelle hat bei der Auswertung der Angebote zwar ebenfalls festgestellt, dass es sich um ein ungewöhnlich niedriges Angebot handelt. Von der ihr nach Art. 28 ÖBV eingeräumten Möglichkeit des Einholens näherer Erkundigungen betreffend die Erfüllung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen machte sie aber einzig insofern Gebrauch, als sie im Rahmen des erwähnten E-Mail-Verkehrs präzisere Angaben zur Ausbildung der Schlüsselpersonen verlangte. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass das AGG bei der Beschwerdegegnerin nicht noch weitere Erkundigungen einholte. So kam die Vergabestelle nach Einholen der Datenblätter – wie erwähnt – zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium "Produkte" erfüllt. Auch sonst konnte das AGG beim Angebot der Beschwerdegegnerin keine Unregelmässigkeiten erkennen, aufgrund welcher sie auf ein unlauteres oder unzulässiges, gegen die Eignungskriterien verstossendes Angebot hätte schliessen müssen. Die Vergabestelle führt auch aus, dass die Beschwerdegegnerin das ausgefüllte Selbstdeklarationsformular sowie alle nötigen Nachweise einreichte. Es fehlen damit konkrete Hinweise oder Anhaltspunkte für ein rechtswidriges oder mangelhaftes Angebot. Solche vermag auch die Beschwerdeführerin nicht zu erbringen, deren Zweifel an der Eignung der Beschwerdegegnerin hauptsächlich darauf basieren, dass der Preis des Angebots aus ihrer Sicht zu tief ist. Ihr Vorbringen, die Beschwerdegegnerin könne den Auftrag zu diesem Preis nicht seriös und in der geforderten Qualität erfüllen und damit dem Kriterium der Nachhaltigkeit nicht genügen, basieren auf blossen Vermutungen und sind in keiner Weise belegt. Das genügt nicht, um die von der Vergabestelle vorgenommene Überprüfung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen in Frage zu stellen. Da konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung dieser Teilnahme- und Auftragsbedingungen fehlte, war die Vergabestelle weder zu weitergehenden Abklärungen im Sinne von Art. 28 ÖBV verpflichtet, noch waren solche angezeigt.

Insgesamt sieht die BVD mangels konkreter Anhaltspunkte keinen Grund, von den glaubhaften Ausführungen der Vergabestelle abzuweichen. Ein Ausschlussgrund liegt nicht vor.

6. Kompetenz der mit der Auswertung betroffenen Personen

a) Die Beschwerdeführerin bringt in der Eingabe vom 23. März 2020 vor, für das Einholen der Auskünfte scheine der zuständige Architekt federführend gewesen zu sein. Dessen Fachwissen liege indessen nicht im Bereich der Elektrotechnik. Es wäre deshalb notwendig gewesen, hierfür einen Fachplaner beizuziehen.

b) Wie das AGG richtig ausführt, lässt sich den Ausschreibungs- und Auswertungsunterlagen entnehmen, dass das A. _____ die Ausschreibung erstellt und im Auftrag der Vergabestelle auch die Prüfung der Angebote durchgeführt hat. Dieses Büro hat seinen Schwerpunkt u.a. im Bereich Gebäude-Elektroplanung, Sicherheitstechnik, Gebäudeautomation. Der Einwand der Beschwerdeführerin erweist sich damit als unbegründet, auch wenn die Kommunikation – wie dies üblich sein dürfte – über den federführenden Architekten lief.

7. Ergebnis, Gesuch um aufschiebende Wirkung, Kosten

a) Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann und die Zuschlagsverfügung des AGG vom 17. Januar 2020 ist zu bestätigen.

b) Mit dem vorliegenden Entscheid erübrigt es sich, über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dieses wird mit der Fällung des vorliegenden Entscheides gegenstandslos. Das diesbezügliche Verfahren ist abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

- c) 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. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁵).
- d) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung des AGG vom 21. Januar 2020 wird bestätigt.
2. Das Verfahren betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'600.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

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

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

²⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

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 vier 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.