



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 130/2020/6

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

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

und

D._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), Reiterstrasse 11, 3013 Bern

betreffend die Verfügung des Amtes für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 24. August 2020
(Ni 001; A._____, BKP 558, Projektleitung / Projektbegleitung)

I. Sachverhalt

1. Für das Projekt "B._____ / Umbau und Gesamtinstandsetzung" schrieb das Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG) am 29. April 2020 die Gesamtprojektleitung im offenen Verfahren auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. Als Zuschlagskriterien wurden die Qualifikation der Schlüsselpersonen (40 %), die Auftragsanalyse (40 %) und der Preis (20 %) festgelegt. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin reichten bis zum Eingabetermin vom 10. Juni 2020 eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 17. August 2020 erteilte das AGG den Zuschlag zunächst einer anderen Anbieterin. Mit Verfügung vom 24. August 2020 nahm das AGG die Verfügung vom 17. August 2020 zurück und erteilte neu der Beschwerdegegnerin den Zuschlag.

2. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 24. August 2020 erhob die Beschwerdeführerin am 30. August 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Sie beantragt dabei eine Neuurteilung ihrer Auftragsanalyse und damit sinngemäss die Erteilung des Zuschlags an sich.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte einen Schriftwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Beschwerdeantwort vom 3. September 2020 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. In formeller Hinsicht beantragt sie, es sei ihr soweit zulässig Akteneinsicht zu gewähren und nach gewährter Akteneinsicht die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Das AGG beantragt mit Stellungnahme vom 28. September 2020 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, zu den Eingaben des AGG und der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin reichte keine Stellungnahme ein.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

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

b) Das Angebot der Beschwerdeführerin lag gemäss Zuschlagsverfügung mit 380 Punkten nur knapp hinter demjenigen der Beschwerdegegnerin mit 408 Punkten. Die Beschwerdeführerin hat damit eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zuge zu kommen, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zuschlagsverfügung. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist eingereicht 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 damit 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 Beschwerdeggrund der Unangemessenheit gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. c VRPG steht dagegen nicht offen.

2. Zuschlagskriterium 2 "Auftragsanalyse"

a) Das Zuschlagskriterium 2 "Auftragsanalyse" mit einer Gewichtung von 40 % ist in den Ausschreibungsunterlagen⁴ wie folgt umschrieben: "Vorgehenskonzept in Bezug auf den zu leistenden Auftrag (Situation erfassen, Chancen/Risiken, kritische Erfolgsfaktoren, Ablaufkoordination

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).

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 Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Dienstleistungen, Teil A, S. 7 Ziff. 3.2, Vorakten pag. 311.

und Termine). Gemäss Formular 5 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) einzureichen." Zudem wird in den Ausschreibungsunterlagen folgendes festgehalten: "Der Auftraggeber behält sich vor, im Rahmen der Ausschreibung zur Verifizierung der vorstehenden Zuschlagskriterien erläuternde Vorstellungsgespräche/Präsentationen mit max. 3 Anbietern durchzuführen. Das Auswahlgremium kann zur Überprüfung der Bewertung zu den einzelnen Zuschlagskriterien vertiefte Fragen stellen. Die Punktzahl kann dadurch pro Zuschlagskriterium um max. plus oder minus 0.5 Punkte korrigiert werden. Die Präsentation als solche wird nicht bewertet."

Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin bei diesem Zuschlagskriterium mit einer 4.0 benotet (gute Erfüllung, qualitativ gut), das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer 3.0 (genügende Erfüllung, durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend).

b) Bei der Festlegung und bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbieterinnen anhand der Zuschlagskriterien kommt der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Unangemessenheit kann mit Beschwerde nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG, Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB⁵). Sofern die Vergabestelle ihr Ermessen nicht geradezu willkürlich ausgeübt hat, hat sich die Beschwerdeinstanz daher bei der Prüfung der Bewertung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen.⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Zuschlagskriterium in Frage steht, das die Vergabestelle aufgrund ihrer Vertrautheit mit einer technischen Materie am ehesten zu beurteilen vermag.⁷ Die Angebotsbewertung muss aber in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen.⁸

c) Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde, bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums seien zwei Punkte in ihrer Analyse ungenügend berücksichtigt worden. Das von ihr unter Abschnitt 7 "Projektqualitätsmanagement PQM" eingefügte Ablaufmodell beinhalte drei Themenkreise in einer einzigen Darstellung. Die Bestellerkompetenz, die Ablaufkoordination und das PQM seien dabei in einer grafischen Zusammenfassung dargestellt. Für Fachpersonen gut lesbar sei die übergeordnete Aufgabentrennung Bauherr und Planungsteam aufgeführt. Sämtliche SIA Phasen seien im Ablauf enthalten und eine Projektdetaillierung auf der Seite Bauherr respektive Änderungen der Bestellung auf die Phasen 31 und 32 beschränkt. Weiter seien die PQM Prüfsteine in der Projektabfolge ersichtlich und benannt. Der Weg zur Projekttreue in Qualität, Kosten und Terminhaltung sei somit aufgezeigt. Als weitere Information seien die Pfade der Prüfungsgrundlagen festgelegt. Sie habe den Eindruck, dass die Darstellung lediglich im Abschnitt 7 "Projektqualitätsmanagement PQM" berücksichtigt, jedoch ohne Zusammenhang im Gesamtkontext betrachtet und bewertet worden sei. Als erweitertes Thema habe sie sodann im Abschnitt 1 "Ausgangslage" das meist vernachlässigte Thema Bestellerkompetenz eingebracht. Die grossen Problemstellungen in der weiterführenden Planung entstünden aus eben dieser Bestellungsphase und müssten möglichst im Vorfeld detailliert aufgearbeitet werden. Der Weg dazu inkl. der notwendigen Fragestellungen und Dokumente seien in der Abbildung aufgeführt worden und würden eine Zusatzinformation zum Abschnitt 4 "Ablaufkoordination" bilden. Auch diesbezüglich sehe sie den von ihr aufgeführten Zusatz in der erhaltenen Notengebung nicht enthalten.

⁵ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1).

⁶ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1; BGer. 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.4, BGer. 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2 mit Hinweisen.

⁷ VGE 21040 vom 4. Mai 2001, E. 4b.

⁸ VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 6.1.

d) Die Punktevergabe des Zuschlagskriteriums 2 "Auftragsanalyse" wurde von der Vergabestelle in der tabellarischen Auswertung der Zuschlagskriterien im Evaluationsbericht vom 21. August 2020⁹ für beide Anbieterinnen kurz begründet. Beim Angebot der Beschwerdeführerin führte das AGG zur Auftragsanalyse folgendes aus: "Situation erfassen: Situation erfasst; Chancen/Risiken: sehr allgemein; kritische Erfolgsfaktoren: Auflistung allgemein; Ablaufkoordination und Terminplanung: Ablauf: 2 Grafiken nicht verständlich." Bei der Beschwerdegegnerin ist folgendes festgehalten: "Situation erfassen: Situation erfasst; Chancen/Risiken: Auflistung aber keine Massnahmen dazu; kritische Erfolgsfaktoren: Auflistung, etwas allgemein; Ablaufkoordination und Terminplanung: Ablauf erfasst und kommentiert."

Die Stellungnahme des AGG vom 28. September 2020 enthält hierzu ergänzende Ausführungen, welche zur stichwortartigen Begründung in der tabellarischen Auswertung passen. Die Vergabestelle kam dabei zum Schluss, dass die Auftragsanalyse der Beschwerdeführerin sehr allgemein beschrieben sei und sich fast nur auf die Rolle und Aufgaben des Gesamtprojektleiters beschränke. Die Situation und die Aufgaben seien zwar soweit korrekt erfasst, aber auch nicht mehr. Die beiden erwähnten Grafiken würden einen Bau-Projekttablauf aus Managementsicht auf eine vielleicht neue und innovative Art darstellen, seien aber schwer lesbar, blieben im Rahmen der Prüfung der Auftragsanalyse nicht verständlich und seien vor allem in der Auftragsanalyse im Angebot selbst nicht näher erläutert worden. Auch die Grafiken gingen bei näherer Betrachtung nicht auf das Projekt ein. Im Gegensatz dazu seien andere Anbieterinnen, insbesondere auch die Beschwerdegegnerin, sehr detailliert auf das Projekt eingegangen und hätten dieses in Bezug auf den konkreten Auftrag erfasst. Es gebe jedoch noch bei allen Auftragsanalysen Luft nach oben, habe doch keine Anbieterin die Maximalnote 5 erhalten. Die Auftragsanalyse der Beschwerdeführerin sei somit von durchschnittlicher Qualität und habe den Anforderungen entsprochen, mehr nicht.

Gestützt auf diese Erklärungen und die bereits in der tabellarischen Auswertung enthaltene Kurzbegründung sind die Bewertungen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin beim Zuschlagskriterium Auftragsanalyse und insbesondere die um einen Notenpunkt schlechtere Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin im Vergleich zu demjenigen der Beschwerdegegnerin nachvollziehbar. Bei diesem Zuschlagskriterium war gemäss Ausschreibung das "Vorgehenskonzept in Bezug auf den zu leistenden Auftrag" zu bewerten. Bei einem Vergleich der beiden Auftragsanalysen¹⁰ wird deutlich, dass etwa die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zu den Chancen/Risiken sowie den kritischen Erfolgsfaktoren detaillierter sind und mehr Projektbezug enthalten, während dem die Beschwerdeführerin eher allgemein bleibt. Im Unterschied zur Auftragsanalyse der Beschwerdegegnerin lässt sich derjenigen der Beschwerdeführerin zudem keine Ausführungen zu den Chancen entnehmen. Weiter führt das AGG zu Recht aus, dass die beiden Grafiken unter Ziff. 1 und 7 der Auftragsanalyse der Beschwerdeführerin nur sehr schwer lesbar sind und im Rahmen dieser zwei A4-Seiten nicht näher erläutert werden. Die beiden Grafiken zeigen zudem Abläufe eines Bauprojekts in generell-abstrakter Weise auf. Ein konkreter Bezug zum vorliegend ausgeschriebenen Projekt fehlt dabei. Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Ablaufkoordination und den Terminen dagegen beziehen sich stärker auf das konkrete Projekt und enthalten eigene Einschätzungen und Kommentare zu den Vorgaben. Insgesamt ist die leicht bessere Bewertung der Auftragsanalyse der Beschwerdegegnerin damit verständlich. Die BVD sieht keinen Grund, wieso die Vergabestelle mit ihrer Bewertung dieses Zuschlagskriteriums ihren Ermessensspielraum überschritten haben soll. Die Bewertung ist nicht zu beanstanden und kann nicht als willkürlich bezeichnet werden.

⁹ Vorakten pag. 231.

¹⁰ Auftragsanalyse Beschwerdeführerin Vorakten pag. 27 f., Auftragsanalyse Beschwerdegegnerin Vorakten pag. 159 f.

e) Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde zudem aus, in der Präsentation habe sie auf weitere Punkte hingewiesen: Einerseits seien im Gegensatz zur Verantwortung des zu Beauftragenden im Projekt die tatsächlichen Entscheidungskompetenzen nicht transparent festgehalten und andererseits sei unklar, ob die Budget- und Baukostenbuchhaltung im AGG oder durch die beauftragte Firma erstellt werden müsse. Sie habe daher als Massnahme zusätzlich ein Organigramm mit entsprechender Personennennung für die Aufgabe Budget- und Baukostenbuchhaltung abgegeben. Sie vermisse in der Bewertung ein Eingehen auf diesen wichtigen Nachtrag.

Bereits die vom AGG in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Möglichkeit, zur Verifizierung der vorbestehenden Zuschlagskriterien mit maximal drei Anbieterinnen Präsentationen durchzuführen und dabei die Punktzahl um maximal plus oder minus 0.5 Punkte zu korrigieren, ist aus dem im Beschaffungsrecht wichtigen Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen heikel. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens muss vorliegend jedoch nicht beurteilt werden, zumal die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten wurden und weder bei der Beschwerdeführerin noch bei der Beschwerdegegnerin nach ihrer Präsentation eine Notenkorrektur vorgenommen wurde. Wie das AGG in seiner Stellungnahme vom 28. September 2020 aber zu Recht vorbringt, durfte für die Bewertung aus Gleichbehandlungsgründen einzig das Angebot, wie es innert Angebotsfrist eingereicht wurde, massgebend sein. Anlässlich der Präsentationen konnten keine Ergänzungen zum bereits eingereichten und geprüften Angebot mehr berücksichtigt werden. Eine Korrektur wäre damit höchstens dann möglich gewesen, wenn sich diese aufgrund von Erläuterungen anlässlich der Präsentation zu bereits mit der Offerte eingereichten / vorgetragenen Aspekten als angezeigt erwiesen hätte. Die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Präsentation vorgebrachten, zusätzlichen Hinweise zum Zuschlagskriterium 2 unter Abgabe eines zusätzlichen Organigramms konnten daher vom AGG nicht mehr berücksichtigt werden. Schliesslich ist festzuhalten, dass selbst bei einer Korrektur des Angebots der Beschwerdeführerin um plus 0.5 Notenpunkte das Angebot der Beschwerdegegnerin mehr Punkte erreicht hätte und damit weiterhin erstplatziert geblieben wäre.

3. Ergebnis, Gesuch um Akteneinsicht, Kosten

a) Insgesamt ist die Bewertung der Vergabestelle des Zuschlagskriteriums "Auftragsanalyse" sachlich begründet sowie nachvollziehbar. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Vergabestelle bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums ihren Ermessensspielraum missbraucht oder überschritten hätte. Damit ist der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, das von der Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort vom 3. September 2020 gestellte Akteneinsichtsgesuch zu behandeln.

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. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Zuschlagsverfügung des AGG vom 24. August 2020 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- C._____, eingeschrieben
- D._____, 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 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.