



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 130/2024/1

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 14. Mai 2024

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

und

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

betreffend die Verfügung des Amts für Grundstücke und Gebäude (AGG) vom 27. Februar 2024 (Angebot BKP 233; Gymnasium Thun, Neubau Doppelturnhalle mit Schulräumen, Leuchten und Lampen, Ausschlussverfügung)

I. Sachverhalt

1. Für das Gymnasium Thun soll eine neue Doppelturnhalle mit Schulräumen gebaut werden. Für diesen Neubau schrieb das Amt für Grundstücke und Gebäude AGG (im Folgenden: Vergabestelle) diverse Aufträge im offenen Verfahren auf der Webseite des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) aus. In der vorliegenden Ausschreibung wurden die Leistungen in Bezug auf die Arbeitsgattung «BKP 233 Leuchten und Lampen» ausgeschrieben. Einziges Zuschlagskriterium ist der Gesamtpreis. Innert Frist reichten fünf Anbieterinnen ein Angebot ein, darunter auch die Beschwerdeführerin. Mit Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 schloss die Vergabestelle die Beschwerdeführerin vom Verfahren aus. Als Begründung führte die Vergabestelle aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die erforderlichen technischen Spezifikationen gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht erfülle, weil die im Gang im Obergeschoss angebotenen Leuchten gemäss Datenblatt nicht versenkbar seien.

2. Gegen diese Ausschlussverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 22. März 2024 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion (BVD). Sie stellt sinngemäss den Antrag, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben. Sie macht dabei geltend, sie halte alle technischen Spezifikationen ein, die angebotene LED Decken-Halbeinbauleuchte könne komplett in die Decke zurückversetzt werden.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Das AGG beantragt mit Stellungnahme vom 15. April 2024 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

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

II. Erwägungen

1. Anwendbares Recht, Sachurteilsvoraussetzungen

a) Der Kanton Bern ist per 1. Februar 2022 der revidierten IVöB² mit einseitiger Erklärung beigetreten, unter dem Vorbehalt, den in Art. 52 Abs. 1 IVöB vorgesehenen einstufigen Instanzenzug in Beschaffungstreitigkeiten nicht zu übernehmen und den zweistufigen Instanzenzug beizubehalten. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts³ ist der Vertragsbeitritt unter Vorbehalt zulässig und rechtmässig, womit die IVöB im Kanton Bern gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB als interkantonales Recht auf alle Vergabeverfahren direkt anwendbar ist, die nach dem Beitritt des Kantons Bern am 1. Februar 2022 eingeleitet wurden. Auch wenn man zum Schluss kommen sollte, dass die IVöB aufgrund des erwähnten Vorbehaltes im Kanton Bern nicht als interkantonales Recht zur Anwendung gelangt, so ist diese dennoch gestützt auf Art. 4 Abs. 2 IVöBG⁴ und Art. 21a IVöBV⁵ als kantonales Gesetzesrecht anwendbar. Die vorliegende öffentliche Beschaffung wurde am 18. September 2023 ausgeschrieben, weshalb das neue Recht gestützt auf Art. 64 Abs. 1 IVöB so oder anders zur Anwendung kommt.

b) Nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 IVöBG können Verfügungen kantonaler Auftraggeber ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates angefochten werden. Die vorliegend ausgeschriebene Beschaffung von Leuchten und Lampen gehört zum Baunebengewerbe⁶, womit ein geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer von CHF 150 000.00 erreicht werden muss (Art. 15 Abs. 3 IVöB, Anhang 2 zur IVöB). Massgebend für die Anfechtbarkeit ist der von der Vergabestelle im Voraus geschätzte Auftragswert.⁷ Der auf dem Öffnungsprotokoll⁸ festgehaltene Kostenvoranschlag der Vergabestelle ohne Mehrwertsteuer überschreitet den Betrag von CHF 150 000.00. Die Ausschlussverfügung ist damit anfechtbar. Das AGG ist eine kantonale Verwaltungseinheit der BVD und daher eine kantonale Auftraggeberin im Sinne der IVöB. Die BVD ist dementsprechend zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

c) Im vorliegenden Verfahren sind fünf Angebote eingegangen, wobei die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Die Beschwerdeführerin hat ihre Leistung zum günstigsten Preis angeboten. Sie hätte somit eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kom-

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 Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1)

³ VGE 2023/75 vom 12. Juli 2023, E. 2

⁴ Gesetz vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2)

⁵ Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV; BSG 731.21)

⁶ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 217

⁷ So auch Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Nr. 275 S. 591

⁸ Vorakten der Vergabestelle, pag. 7

men, wenn sie mit ihrer Beschwerde obsiegt. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Ausschlussverfügung.

d) Die Vergabestelle bezweifelt in ihrer Stellungnahme vom 15. April 2024 die Rechtzeitigkeit der Beschwerde der Beschwerdeführerin. Die Beschwerde muss innert der 20-tägigen Rechtsmittelfrist eingereicht werden. Die Ausschlussverfügung wurde gemäss Sendungsverfolgung am 28. Februar 2024 der Post übergeben. Die Sendung wurde von der Beschwerdeführerin am 4. März 2024 am Postschalter abgeholt. Die Frist beginnt gemäss Art. 41 Abs. 1 VRPG⁹ an dem auf die Mitteilung folgenden Tag zu laufen. Mit der Postaufgabe der Beschwerde am 22. März 2024 wurde die Beschwerdefrist eingehalten. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht.

e) Die Vergabestelle bringt in ihrer Stellungnahme vom 15. April 2024 weiter vor, die Beschwerde genüge den Formanforderungen nicht. Sie enthalte kein konkretes Rechtsbegehren. Es werde lediglich beantragt, den Sachbestand nochmals zu prüfen. Es bleibe aber unklar, wie die Rechtsmittelbehörde danach aus Sicht der Beschwerdeführerin entscheiden sollte. Auch die Begründung genüge den formellen Anforderungen nicht.

Das Verfahren vor der BVD richtet sich nach den Bestimmungen des VRPG, soweit die IVöB oder das IVöBG nichts anderes bestimmen. Beschwerden haben die Formvorschriften von Art. 32 VRPG zu beachten. Sie müssen unter anderem einen Antrag und eine Begründung enthalten. Dabei handelt es sich um eigentliche Gültigkeits- und Prozessvoraussetzungen. Fehlen sie, kann nicht auf das Rechtsmittel eingetreten werden.¹⁰ Unter dem Antrag wird das Rechtsbegehren verstanden. Dieses muss so präzise gestellt werden, dass die Behörde ohne Weiteres erkennt, was angebeht wird. Die Praxis ist hinsichtlich Antrag und Begründung vorab bei Laieneingaben nicht streng: Dem Antragserfordernis ist bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergibt, was angebeht wird. Als Begründung reicht aus, wenn aus dem Rechtsmittel ersichtlich ist, inwiefern und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Die Begründung braucht nicht zuzutreffen, sie muss aber sachbezogen sein; es genügt nicht, bloss zu behaupten, der angefochtene Entscheid sei falsch. Die Begründung muss sich wenigstens in minimaler Form mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und sinngemäss darauf schliessen lassen, inwiefern dieser unrichtig sein soll.¹¹ An Laieneingaben sind allgemein keine hohen Anforderungen zu stellen.¹²

Die Beschwerdeführerin bezeichnete Ihre Eingabe als «Antrag zur Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung vom 27.02.2024 (...)». Bereits daraus ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Verfügung nicht einverstanden ist. Der Begründung ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin entgegen der in der Ausschlussverfügung enthaltenen Begründung der Meinung ist, die technischen Spezifikationen gemäss Submissionsunterlagen eingehalten zu haben. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Ausschlussverfügung habe sie umso mehr überrascht, als sie gemäss Offertöffnungsprotokoll im Gegensatz zu den Mitbietenden auf dem ersten Platz sei. Daraus geht hervor, dass die Beschwerdeführerin davon ausgeht, den Zuschlag erhalten zu können, wenn sie nicht vom Verfahren ausgeschlossen wird. Die Begründung erweist sich als ausreichend. Die Beschwerdeführerin gibt mit ihrer Begründung zudem implizit zum Ausdruck, mit dem Ausschluss nicht einverstanden zu sein und beantragt damit sinngemäss die Aufhebung dieser Verfügung, damit der Zuschlag in der Folge an sie erteilt werden kann. Insgesamt

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁰ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 32 N. 17

¹¹ Michel Daum, a.a.O., Art. 32 N. 22

¹² Michel Daum, a.a.O., Art. 32 N. 13

kann nach dem Gesagten der Beschwerde vom 22. März 2024 der Beschwerdewille und sinn-
gemäss der Antrag auf Aufhebung der Ausschlussverfügung entnommen werden.

f) Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Ausschluss

a) Mit Ausschreibung vom 18. September 2023 publizierte die Vergabestelle den Auftrag «DST – Neubau Doppelturnhalle mit Schulräumen GYMNASIUM THUN BKP 233 Leuchten». Sie umschrieb den Gegenstand und Umfang des Auftrags mit «Lieferung von Leuchten für Sporthalle, Garderoben und Schulräume». Die Submissionsunterlagen enthalten im Anhang A das Leistungsverzeichnis. Die darin enthaltenen Bedingungen und Bestimmungen bilden gemäss Ziffer 1 des Leistungsverzeichnisses integrierender Bestandteil der Offerte des Unternehmers und bei deren Annahme auch des daraus resultierenden Vertrages.¹³ In Ziffer 1.3, unter dem Titel «Ergänzende Bestimmungen Beleuchtungstechnik» wird verlangt, dass der Submission Prospekte und beleuchtungstechnische Angaben sämtlicher Leuchten sowie Minergie-Zertifikate der Minergieleuchten beizulegen seien. Das Fehlen dieser Unterlagen führe zum Ausschluss aus dem Submissionsverfahren.¹⁴ Unter Ziffer 2 des Leistungsverzeichnisses werden in den Positionen 1 bis 8 die verschiedenen Arten von Leuchten resp. Lampen aufgeführt. Position 8¹⁵ beschreibt eine Decken-Halbeinbauleuchte LED für die Anwendung im Gang. Die Leuchte soll unter anderem aus Aluminium hergestellt sein, in weisser Farbe und mindestens mit der Schutzart IP20 ausgerüstet sein. Als Montage-Art wird «Deckeneinbau» verlangt. Als Referenzprodukt wird vom Hersteller XAL der Typ «Move IN Flex round» angegeben. In den Ausschreibungsunterlagen sind auch die Produktdatenblätter der Referenzobjekte enthalten.¹⁶ Die Leuchte «Move IN Flex round» wird gemäss Produktdatenblatt wie folgt umschrieben:

«rundes Strahlerelement aus Aluminium; Oberfläche Weiss pulverbeschichtet; werkzeuglose Montage im Montageset durch patentiertes Kugelschnappsystem; Einbauleuchte mit umlaufenden Rand; geeignet für Deckenstärken von 2-25 mm; Strahlerelement werkzeuglos höhenverstellbar; deckenbündig; 25 mm oder 35 mm herausragend; 360° dreh- und 90° schwenkbar; passive Kühlung der LEDs durch optimierte Kühlkörpergeometrie; mit COB (Chip on Board) Technologie für höchste Effizienz; keine Bildung von Mehrfachschatten; Lichtfarbe 3000 K; Binning initial MacAdam ≥ 90; min. 80 % des Lichtstromes nach 50000 Betriebsstunden; energieeffiziente LEDs mit hoher Farbwiedergabe; hochwertiger, aluminiumbedampfter Reflektor mit Facettenoptik; präzise Abstrahlcharakteristik mit 39° Ausstrahlwinkel; gute Entblendung durch zurückversetzte Lichtpunktebene; optischer Aufsatz ist als Zubehör erhältlich; Zubehör wird separat angeführt; Schutzart IP20; SK2 220-240V; inkl. DALI-2 Konverter; Konverter sekundärseitig verdrahtet; Lichtquelle durch autorisierte Fachleute austauschbar; Betriebsgerät durch autorisierte Fachleute austauschbar»

Ausserdem sind auf dem Produktdatenblatt folgende Angaben aufgeführt:

«Allgemein

Decke, Halbeinbau

Schwenkbar max 90°

Rotierbar 360°

Weiss, RAL 9016

Mountin set Verkehrsweiss

¹³ Vorakten der Vergabestelle, pag. 525

¹⁴ Vorakten der Vergabestelle, pag. 529

¹⁵ Vorakten der Vergabestelle, pag. 547

¹⁶ Vorakten der Vergabestelle, pag. 685 ff.

IP20
1280 lm»(...)

Abmessungen

Durchmesser 65 mm
Min. Deckenstärke 2 mm
Max. Deckenstärke 25 mm
Einbautiefe 230 mm

(...)

Die Beschwerdeführerin reichte gemäss Offertöffnungsprotokoll fristgerecht ihr Angebot bei der Vergabestelle ein (Poststempel vom 29. Oktober 2023). Im Leistungsverzeichnis gab die Beschwerdeführerin für die Leuchte gemäss Position 8 bei den Anbieterangaben an, dass sie nicht die Leuchte gemäss Referenz anbiete, sondern ein Eigenprodukt. Dem Angebot lag die Beschreibung der angebotenen Leuchten bei. Zur Position 8 wird das angebotene Produkt wie folgt beschrieben:

«LED Decken-Halbeinbauleuchte
Fa. Elite Light

Material: Aluminium
Farbe: weiss

Spezifikationen

Leistung: 7W
Lichtstrom: 1044 lm
Lichtverteilung: direkt
Farbtemperatur: 3000K oder 4000K
Farbwiedergabe: CR180
Blendenwert: UGR < 19
Schutzgrad: IP20
Dimmung: DALI2

Dimensionen

Länge: 100 mm
Durchmesser: 40 mm»

Mit E-Mail vom 15. Dezember 2023¹⁷ gelangte die Vergabestelle an die Beschwerdeführerin, da noch technische Unklarheiten zu den angebotenen Produkten bestehen würden. Die Vergabestelle führte in der Mail eine Tabelle mit Fragen zu verschiedenen Positionen aus dem Leistungsverzeichnis auf und bat um das Ausfüllen der Tabelle und um die Rücksendung bis zum 19. Dezember 2023. Zur Position 8 «Decken-Halbeinbauleuchte LED» wurde die Frage gestellt, ob die Leuchte deckeneben versenkt und bei Bedarf ausgefahren werden kann. Weiter wurde ein Beispielbild beigefügt, bei welchem die Leuchte ganz in die Decke versenkt, halb in die Decke versenkt und nicht in die Decke versenkt gezeigt wurde.

Die Beschwerdeführerin beantwortete die gestellten Fragen mit E-Mail vom 19. Dezember 2023¹⁸. Zur Position 8 gab die Beschwerdeführerin in der Tabelle die Antwort: «Ja, die

¹⁷ Vorakten der Vergabestelle, pag. 845 f.

¹⁸ Vorakten der Vergabestelle, pag. 839

Leuchte wird gem. beiliegendem Datenblatt als Sonderleuchte ausgeführt bzw. produziert». Der E-Mail lagen Datenblätter zu den verschiedenen Positionen bei. Auf dem Datenblatt zur Position 8¹⁹ wird das angebotene Produkt wie folgt beschrieben:

«Recessed Downlight
Custommade Version
With hide function
(...)»

Weiter wurde «Mounting Recessed» aufgeführt, was übersetzt «Montage vertieft» bedeutet.

Mit E-Mail vom 8. Februar 2024²⁰ wendete sich die Beschwerdeführerin an die Vergabestelle und erkundigte sich nach dem aktuellen Stand des Verfahrens. Mit Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 führte die Vergabestelle Folgendes aus:

«(...)

4. Auftraggeber schliessen Anbietende von der Teilnahme am Verfahren aus, die ein Angebot einreichen, das wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweicht (Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB 2019). Das Angebot des Unternehmens erfüllt die erforderlichen technischen Spezifikationen gemäss den Ausschreibungsunterlagen in folgendem Punkt nicht: Die im Gang im Obergeschoss angebotenen Leuchten (Pos. 8) sind gemäss Datenblatt nicht versenkbar.

5. Das Unternehmen ist daher vom Vergabeverfahren auszuschliessen.»

Die Vergabestelle verfügte den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren.

Mit E-Mail vom 4. März 2024²¹ wandte sich die Beschwerdeführerin an die Vergabestelle und gab ihrem Erstaunen über die Ausschlussverfügung Ausdruck. Sie brachte vor, die Anforderung, dass die Leuchte versenkbar sein müsse, hätte sie gemäss E-Mail vom 19. Dezember 2023 und dem beigefügten Datenblatt innert der per Mail vom 15. Dezember 2023 gesetzten Frist bestätigt. Auch auf dem dieser Mail beigefügten Datenblatt sei im Beschrieb die Bezeichnung «recessed Downlight, Custommade Version with hide function» vermerkt. Sie bitte um nochmalige Überprüfung und behalte sich das Recht vor, eine Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung einzureichen.

In der Folge fanden telefonische Kontakte zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin statt, nach welchen die Beschwerdeführerin der Vergabestelle am 19. März 2024 per Mail²² ein Schreiben²³ sowie eine Konstruktionszeichnung²⁴ der fraglichen Leuchte zustellte. Im Schreiben führte die Beschwerdeführerin Folgendes aus:

«Wie Heute telefonisch und aufgrund des technischen Bereinigungsgesprächs vom 14.03.2024 besprochen, senden wir Ihnen als Beilage die Konstruktionszeichnung zur Pos. 8 LED Decken-Halbeinbauleuchte, deckenbündig versenkbar.

¹⁹ Vorakten der Vergabestelle, pag. 843

²⁰ Vorakten der Vergabestelle, pag. 879

²¹ Vorakten der Vergabestelle, pag. 879

²² Vorakten der Vergabestelle, pag. 921

²³ Vorakten der Vergabestelle, pag. 925

²⁴ Vorakten der Vergabestelle, pag. 927

Mit der Konstruktionszeichnung bestätigen wir als C._____, dass die offerierte Decken-halbeinbauleuchte vom 30.10.2023 gem. eingereichten Submissionsunterlagen komplett in die Decke zurückversetzt werden kann.

Die oben genannte technische Eigenschaft wurde ebenfalls bereits mit der ersten technischen Bereinigung per Mail am 19.12.2023 durch uns bestätigt.

Wir halten uns aber das Recht vor, aufgrund der zielorientierten Lösungsfindung, das ausgeschriebene XAL-Referenzprodukt zum selben Einheitspreis gem. Offerte EL-02310343 als Kompromiss einzusetzen. Was aber nach wie vor nicht heissen soll, dass unsere Leuchte nicht den geforderten Spezifikationen entsprechen würde.»

b) Am 22. März 2024 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung. Sie bringt vor, sie habe ihr Angebot per 29. Oktober 2023 fristgerecht eingereicht. Zudem habe sie mit den eingereichten Unterlagen zur technischen Bereinigung vom 19. Dezember 2023 sowie mit der anschliessenden Zustellung der Konstruktionszeichnung vom 19. März 2023 [recte: 2024] nochmals eindeutig belegt, dass alle technischen Spezifikationen zur LED Decken-Halbeinbauleuchte gemäss Position 8 der Submissionsunterlagen eingehalten seien.

c) Die Vergabestelle führte in ihrer Stellungnahme aus, die Beschwerdeführerin habe in ihrer Offerte nicht das Referenzprodukt angeboten, sondern lediglich ihr eigenes Produkt. Für das Referenzobjekt sei klar, dass dieses versenkt und bei Bedarf ausgefahren werden können müsse. Die Beschwerdeführerin habe für ihre angebotenen, eigenen Produkte im Register 12 im Angebotsordner ergänzende Hinweise eingereicht. Es seien dort aber nur einige technische Hinweise erfolgt und es sei eine Abbildung der Leuchte ersichtlich. Ein eigentliches Produkteblatt mit Produkteskizze und Beschreibung der Funktion fehle aber.

Der Fachplaner der Vergabestelle habe bei der Beschwerdeführerin diverse Erläuterungen zu ihrem Angebot verlangt, da noch technische Unklarheiten bestanden hätten. Der Beschwerdeführerin sei eine Frist gesetzt worden, die zur Verfügung gestellte Tabelle mit Fragen auszufüllen und bis zum 19. Dezember 2023 an die Vergabestelle zu retournieren. Zur Frage, ob die Leuchte gemäss Position 8 deckeneben versenkt und bei Bedarf ausgefahren werden könne, habe die Beschwerdeführerin mit «Ja, die Leuchte wird gem. beiliegendem Datenblatt als Sonderleuchte ausgeführt und produziert» geantwortet und zudem ein neues Datenblatt eingereicht. Mit dieser Antwort und dem neuen Datenblatt sei jedoch die technische Spezifikation durch die Beschwerdeführerin nicht weitergehend und in genügender Klarheit erläutert worden. Konkret sei nicht beantwortet worden, ob die Leuchte deckeneben versenkt und bei Bedarf ausgefahren werden könne. Das Datenblatt enthalte lediglich eine Skizze, welcher diese Spezifikationen auch nicht entnommen werden könne. Der englische Hinweis auf dem eingereichten Datenblatt «Custommade Version with hide function» erläutere die verlangte technische Spezifikation der deckenebenen Versenkung und des Ausfahrens bei Bedarf nicht. Es sei einzig eine Abbildung der Leuchte zur Verfügung gestellt worden, aus welcher nicht hervorgehe, ob diese versenkbar und bei Bedarf ausfahrbar sei. Die offene Frage betreffend Position 8 sei innert der gewährten Erläuterungsfrist ungeklärt geblieben. Erst im Rahmen des Debriefings nach Erlass der Ausschlussverfügung habe die Beschwerdeführerin weitergehende Informationen zur Verfügung gestellt, aus welchen allenfalls hervorgehen können, dass die technischen Spezifikationen eingehalten sei könnten. Dies sei aber in diesem Zeitpunkt nicht mehr zu berücksichtigen gewesen, da diese Informationen ausserhalb der gewährten Erläuterungsfrist und nach Erlass der Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 erfolgt seien. Die Beschwerdeführerin könne weder aus der verstrichenen Zeit zwischen Angebotseinreichung, den Erläuterungen und bis zum Ausschluss, noch aus der Tatsache, dass die Vergabestelle keine weiteren Erläuterungen eingeholt habe, etwas für sich ableiten. Zwar treffe zu, dass die Beschwerdeführerin gemäss Offertöffnungsprotokoll das

Angebot mit dem tiefsten Preis eingereicht habe. Das Offertöffnungsprotokoll gebe aber weder eine Rangreihenfolge vor, noch könne daraus abgeleitet werden, ob neben der Eingabefrist die weiteren formellen Anforderungen und die technischen Spezifikationen eingehalten worden seien.

d) Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB kann eine Anbieterin von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen werden, wenn ihr Angebot der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht. Die Übereinstimmung der Offerte mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag; Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, müssen ausgeschlossen werden. Dabei ist die Offerte so zu beurteilen, wie sie eingereicht worden ist; eine nachträgliche Änderung des Angebots ist, abgesehen von der Berichtigung von offensichtlichen Rechnungs- und Schreibfehlern, unzulässig (Art. 38 Abs. 1 IVöB). Damit gewährleistet ist, dass keine Anbieterin bevorteilt wird und die Vergabebehörde über eine möglichst klare, übersichtliche und vergleichbare Ausgangslage bei der Zuschlagserteilung verfügt, rechtfertigt es sich, an das Erfordernis der Ausschreibungskonformität einen relativ strengen Massstab anzulegen. Zu berücksichtigen bleibt aber in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV²⁵ 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.²⁶

Die Bestimmungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen geben vor, ob ein Angebot vollständig ist oder nicht. Bei schweren Mängeln und wenn eine Nachreichung von fehlenden Unterlagen Auswirkungen auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte hat, ist die Nachreichung unzulässig und das Angebot ist vom Verfahren auszuschliessen. Liegt jedoch kein schwerer Mangel vor und hat die Nachreichung von Unterlagen keinen Einfluss auf den Preis der Offerte, kann eine Frist für die Nachreichung fehlender Unterlagen gewährt werden.²⁷ Damit ein Angebot gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB ausgeschlossen werden kann, ist die sichere Kenntnis der Auftraggeberin über den Sachverhalt, welcher zum Ausschluss führt, notwendig. Eine Vermutung genügt in der Regel nicht. Der Ausschlussgrund muss spätestens bei der Verfügung des Ausschlusses nachgewiesen und belegt sein.²⁸

e) Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen die technischen Spezifikationen gemäss Art. 30 IVöB festgelegt. Umstritten ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin aufgrund Nichterfüllens der technischen Spezifikationen in Bezug auf Position 8, Decken-Halbeinbauleuchte LED, vom Verfahren ausgeschlossen werden kann. Das Nichterfüllen technischer Spezifikation fällt grundsätzlich unter die in Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB genannten wesentlichen Abweichungen von verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung. Es bleibt nun zu prüfen, ob – unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips – der Ausschluss rechtmässig erfolgt ist.

Zur Position 8 ist im Leistungsverzeichnis eine Abbildung des Referenzprodukts «XAL, Move IN flex round» enthalten, bei welchem eine runde, flache Deckenhalterung mit einer runden Aussparung zu sehen ist, aus welcher eine zylinderförmige Lampe herausragt. Der Titel zur Position 8 lautet «Decken-Halbeinbauleuchte LED» und bei der Beschreibung der Montage ist «Deckeneinbau» vermerkt. Weiter enthält das Datenblatt eine Skizze der Lampe sowie der Halterung, wobei die Abmessung der Einzelteile (Länge der Leuchte, Durchmesser der Halterung) angegeben sind. In den Ausschreibungsunterlagen ist zudem das Produktdatenblatt der Referenzleuchte des Her-

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²⁶ 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

²⁷ Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 44 N. 18

²⁸ Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 44 N. 10

stellers «XAL» enthalten. Auch auf diesem ist dasselbe Bild der Leuchte und dieselbe Produktskizze enthalten. Dem Produktdatenblatt von «XAL» kann entnommen werden, dass es sich um eine Einbauleuchte mit umlaufendem Rand handelt, wobei das Strahlerelement werkzeuglos höhenverstellbar (deckenbündig, 25 mm oder 35 mm herausragend) ist. Skizzen oder Bilder der verschiedenen Zustände der Lampe (komplett versenkt, halb ausgefahren, komplett ausgefahren) sind in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Dass die geforderte Lampe diese drei Funktionen erfüllen muss, lässt sich den Ausschreibungsunterlagen nicht entnehmen.

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht sodann hervor, dass die 46 Stück der Leuchte gemäss Position 8 entweder von der «XAL» bezogen werden müssen oder dass ein gleichwertiges Produkt eingesetzt werden muss.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe zu Position 8 bei der Frage «Leuchte gemäss Referenz» die Antwort «Nein» angekreuzt. In den Ausschreibungsunterlagen ist hinter dem anzukreuzenden Kästchen «Nein» der Zusatz «Falls nein Datenblatt beilegen» enthalten. Im Register 12 des Angebots reichte die Beschwerdeführerin ein mit «Lightingbook» bezeichnetes Dokument ein, in welchem Informationen zu den angebotenen Produkten zu den Positionen 1 bis 8 enthalten sind. Die Leuchte gemäss Position 8 wird als «LED Decken-Halbeinbauleuchte» bezeichnet. Weiter werden Angaben zu Material, Farbe, Leistung, Lichtstrom, Lichtverteilung, Farbtemperatur, Farbwiedergabe, Blendenwert, Schutzgrad, Dimmung, Länge und Durchmesser gemacht. Zudem enthält die Beschreibung ein Bild, auf welchem eine zylinderförmige Leuchte, welche an einer runden Deckenhalterung festgemacht ist, zu sehen ist. Auf dem Bild ist nicht ersichtlich, dass die Lampe in der Decke versenkt werden könnte.

Die Vergabestelle hat von der Möglichkeit gemäss Art. 38 Abs. 2 IVöB Gebrauch gemacht und die Beschwerdeführerin gebeten, gewisse Positionen ihres Angebots zu erläutern. Die Vergabestelle fügte zur Position 8 ein Bild ein, auf welchem die Leuchte in drei verschiedenen Zuständen abgebildet wurde: komplett in die Decke eingelassen, der zylinderförmige Teil aus der Decke hervorstehend und der zylinderförmige Teil komplett aus der Decke hervorgetreten und abgeschrägt von der Halterung in der Decke abstehend. Weiter stellte sie die Frage, ob die angebotene Leuchte deckeneben versenkt werden könne und bei Bedarf ausgefahren werden könne. Die Beschwerdeführerin beantwortete die von der Vergabestelle gestellten Fragen innert der gesetzten Frist mit E-Mail vom 19. Dezember 2023. Die Frage zur Position 8 beantwortete die Beschwerdeführerin mit «Ja, die Leuchte wird gem. beiliegendem Datenblatt als Sonderleuchte ausgeführt bzw. produziert». Sie fügte der E-Mail ein Datenblatt bei, auf welchem dasselbe Bild der Leuchte wie auf dem Datenblatt gemäss Offerte abgebildet ist. Zusätzlich zu den technischen Angaben enthält das Datenblatt die Angabe «recessed Downlight, Custommade Version with hide function». Die auf dem Datenblatt ebenfalls enthaltene Skizze zeigt die abgebildete Leuchte mit Massen, jedoch keine Details zur Versenkbarkeit.

Die Beschwerdeführerin hat die von der Vergabestelle gestellte Frage mit einem klaren «Ja» beantwortet und damit bestätigt, dass die Leuchte deckeneben versenkt werden und bei Bedarf ausgefahren werden kann. Zwar legte sie keine detaillierte Produktskizze der Lampe in den verschiedenen Zuständen (komplett versenkt, halb ausgefahren, komplett ausgefahren) bei, auf dem Datenblatt ist jedoch die Angabe «Custommade Version with hide function» – übersetzt «massgeschneiderte Version mit Versteck-Funktion» – enthalten. Daraus konnte – entgegen der Ansicht der Vergabestelle – eindeutig geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin die geforderte Anzahl der von ihr angebotenen Leuchte speziell herstellen lassen wollte, damit sie den Anforderungen der Ausschreibung entspricht und dass sich die offerierte Leuchte in der Decke verstecken lässt.

Zusätzlich ist zu beachten, dass aus den Ausschreibungsunterlagen zur Position 8 nicht hervor geht, dass die Leuchte deckeneben versenkt, halb versenkt oder ganz ausgefahren werden können muss (vgl. oben). Erst in der Nachfrage per E-Mail vom 15. Dezember 2023 fügte die Vergabestelle ein Bild hinzu, auf welchem die drei verschiedenen Zustände der gewünschten Leuchte explizit ersichtlich sind. Zwar ist es korrekt, dass im Angebot der Beschwerdeführerin aus den vorhandenen Unterlagen nicht hervorging, ob die Leuchte gemäss Position 8 versenkbar ist oder nicht. Da sich diese Vorgabe jedoch – wie ausgeführt – nicht aus den Textstellen in den Ausschreibungsunterlagen ergab und darin auch keine Skizzen oder Bilder mit den drei geforderten Zuständen vorhanden waren, kann der Beschwerdeführerin auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie in ihrem Angebot nicht explizit angab, dass die Leuchte versenkbar ist. Zudem hat sich die Vergabestelle entschieden, die Beschwerdeführerin zur Erläuterung ihres Angebots in verschiedenen Punkten aufzufordern. Nach der Erläuterung des Angebots durch die Beschwerdeführerin lag zwar immer noch keine Produktskizze der Leuchte in verschiedenen Zuständen vor. Dies ist aber auch in Bezug auf das Referenzprodukt nicht der Fall: in den Ausschreibungsunterlagen findet sich keine detaillierte Skizze der Leuchte «XAL, Move IN flex round» in den verlangten Zuständen. Die Beschwerdeführerin musste auch im Rahmen der Fragenbeantwortung nicht davon ausgehen, dass sie eine detaillierte Produktskizze einreichen muss, wurde doch dies nicht explizit gefordert.

Insgesamt kann der Beschwerdeführerin mangels entsprechender Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgeworfen werden, dass sie die Versenkbarkeit der offerierten Leuchte in der Offerte nicht deklarierte. Nach der klaren und fristgemässen Beantwortung der von der Vergabestelle gestellten Frage mit einem «Ja» und unter Verweis auf die «hide function» ihrer Leuchte hätte der Vergabestelle klar sein müssen, dass die von der Beschwerdeführerin offerierte Leuchte die strittigen technischen Spezifikationen – entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Ausschlussverfügung – erfüllt. Die Vergabestelle ist daher zu Unrecht von einem Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB ausgegangen. Die Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 ist daher aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerin ist im weiteren Verlauf des Ausschreibungsverfahrens «BKP 233; Gymnasium Thun, Neubau Doppelturnhalle mit Schulräumen, Leuchten und Lampen» zu berücksichtigen.

3. Zusammenfassung, Kosten

a) Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren rechtfertigt sich nicht, die Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 ist aufzuheben und die Beschwerdeführerin ist am weiteren Ausschreibungsverfahren zu beteiligen.

b) Die Kosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 2200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV).

Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrem Antrag durch. Die Vergabestelle ist eine Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, der keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt deshalb der Kanton.

c) Die Beschwerdeführerin ist nicht anwaltlich vertreten. Parteikosten werden daher keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Ausschlussverfügung vom 27. Februar 2024 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

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

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 20 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.