

Rathausgasse 1  
3011 Bern  
Telefon +41 (31) 633 79 20  
Telefax +41 (31) 633 79 09  
www.gef.be.ch

Referenz: sk  
RA Nr. **2013-1064 / 2013-1072**

## **B E S C H W E R D E E N T S C H E I D vom 26. September 2014**

in der Beschwerdesache zwischen

**W. AG**, handelnd durch ...

Beschwerdeführerin 1



**X. AG**, handelnd durch ihre statutarischen Organe, ...

Beschwerdeführerin 2

vertreten durch ...

gegen

**Y. AG**, handelnd durch ihre statutarischen Organe, ...

Beschwerdegegnerin

vertreten durch ...

sowie

**Z. AG**, ...

Vorinstanz

betreffend die Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2013 (Zuschlag Fachplanerleistungen für die Planung und Realisation der Heizzentrale)

## I. Sachverhalt

1. Am 13. August 2013 hat die Z. AG (nachfolgend: Vorinstanz) die Ausschreibung für Fachplanerleistungen für die Planung und Realisation der Heizzentrale publiziert. Unter anderen haben die W. AG (vormals A. AG; nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) sowie die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) fristgerecht ein Angebot eingereicht.
  
2. Mit Verfügung vom 21. November 2013 hat die Vorinstanz den Zuschlag der Y. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erteilt.
  
3. Mit Beschwerde vom 27. November 2013 gelangte die Beschwerdeführerin 1 an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF). Sie beantragt,
  1. Die Verfügung der Z. AG vom 21.11.2013 sei aufzuheben und sei der A. AG im Vergabeverfahren betr. Planung und Realisation der Heizzentrale der Zuschlag zu erteilen.
  2. Eventualiter sei die Verfügung der Z. AG vom 21.11.2013 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neu Beurteilung im Sinne dieser Beschwerde an die Z zurückzuweisen.
  3. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
  4. Der A. AG sei im vorliegend gemachten Beschwerdeverfahren Akteneinsicht zu gewähren und es sei ihr im Anschluss daran Gelegenheit zu geben, sich ergänzend in der Sache zu äussern.
  
4. Mit Beschwerde vom 2. Dezember 2013 gelangte die Beschwerdeführerin 2 an die GEF. Sie beantragt,
  1. Es sei die Vergabeverfügung der Beschwerdegegnerin [recte: Vorinstanz] vom 21. November 2013 aufzuheben und der Beschwerdeführerin den Zuschlag zu erteilen;
  2. Eventualiter sei die Vergabeverfügung der Beschwerdegegnerin [recte: Vorinstanz] vom 21. November 2013 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Leistungen aufgrund einer erneuten korrekten Bewertung der Angebote, unter Ausschluss der Variante der Zuschlagsempfängerin und unter Anwendung einer vergaberechtskonformen Bewertung, zu vergeben;
  3. Subeventualiter sei die Vergabeverfügung der Beschwerdegegnerin [recte: Vorinstanz] vom 21. November 2013 aufzuheben und das Vergabeverfahren neu durchzuführen;

4. Der vorliegenden Beschwerde sei zunächst superprovisorisch und danach definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
5. Es sei die Beschwerdegegnerin [recte: Vorinstanz] zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten zur Erarbeitung der Angebotsunterlagen sowie zum Ausschreibungsverfahren einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren;
6. Es seien das Angebot der Beschwerdeführerin inkl. Beilagen (Beilage 8) sowie die Präsentation (Beilage 10) gegenüber der Zuschlagsempfängerin vertraulich zu behandeln;
7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zu Beschwerdeantwort sowie zu den Akten Stellung zu nehmen;
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin [recte: Vorinstanz].

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,<sup>1</sup> holte die Vorakten ein und führte die Schriftenwechsel durch. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2013 ist den Beschwerden die aufschiebende Wirkung erteilt worden.

6. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantworten vom 14. Januar 2014, die Beschwerden seien abzuweisen. Eventuell seien die Offerten der Beschwerdeführerinnen und die Offerte der Beschwerdegegnerin basierend auf aufwandbestimmenden Baukosten von CHF 2.0 Mio aus dem Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei der Beschwerdegegnerin auf ihr Grundangebot, basierend auf aufwandbestimmenden Baukosten von CHF 2.5 Mio, zu erteilen. Subeventuell sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Akteneinsicht der Beschwerdeführerinnen sei auf die Dokumente gemäss separater Stellungnahme zu beschränken.

7. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2014, die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und die Zuschlagsverfügung sei zu bestätigen. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen und der Zuschlag der Beschwerdegegnerin zu erteilen. Mit Ausnahme der Einsicht in die Verfahrensakten und der Auswertung des eigenen Angebotes sei keine Akteneinsicht zu gewähren. Bezüglich der Beschwerdeführerin 2 beantragt die Vorinstanz mit Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2014, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen und die Vergabeverfügung sei zu bestätigen. Subeventualiter sei die Beschwerde abzuweisen und der Zuschlag der Beschwerdegegnerin zu erteilen. Das Ak-

---

<sup>1</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

teneinsichtsgesuch sei mit Ausnahme der Einsicht in die Verfahrensakten und der Auswertung der eigenen Offerte abzuweisen.

8. Mit Verfügungen vom 6. Februar, 4. März, 10. März 2014 sowie 1. April 2014 ist den Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt worden.

9. Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

### 1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Angefochten ist die Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2013. Diese Verfügung ist gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG<sup>2</sup> i.V.m. Art. 3 Bst. b ÖBG anfechtbar. Die GEF als in der Sache zuständige Direktion des Regierungsrates ist gemäss Art. 12 Abs. 1 ÖBG für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Das Vergaberecht sieht keine Besonderheiten betreffend der Beschwerdebefugnis vor; diese bestimmt sich daher nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. Die Beschwerdeführerinnen, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, sind gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG<sup>3</sup> zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Auf die gemäss Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB<sup>4</sup> form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist grundsätzlich einzutreten.

1.4 Die Beschwerdeinstanz überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hin; Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

---

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

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

<sup>4</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2 Anhang I)

## 2. Rechtliches Gehör

2.1 Die Beschwerdeführerin 2 rügt, der Vergabeentscheid sei nicht nachvollziehbar. Aufgrund der mangelhaften Begründung habe sie nach Eröffnung der angefochtenen Zuschlagsverfügung um Einsicht in gewisse Unterlagen der Vergabeakten ersucht. Die Ausführungen der Vorinstanz anlässlich dieses Gesprächs hätten jedoch zusätzliche Fragen aufgeworfen. Die Vorinstanz sei daher aufzufordern, sämtliche Akten vorzulegen, die das Zustandekommen des Vergabeentscheides sowie die Erarbeitung der Angebotsunterlagen dokumentierten.

2.2 Entscheide von Vergabebehörden sind nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts zu begründen.<sup>5</sup> Danach muss eine Verfügung dem Anspruch auf rechtliches Gehör entsprechend die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (sog. behördliche Begründungspflicht; vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Begründung eines Verwaltungsaktes so abgefasst sein, dass die Betroffenen ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt.<sup>6</sup> Grundsätzlich führt die Verletzung der Begründungspflicht zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Eine Gehörsverletzung kann aber nach der Rechtsprechung von der oberen Instanz geheilt werden, wenn dieser hinsichtlich der interessierenden Frage dieselbe Überprüfungsbefugnis zukommt. Für die Betroffenen darf daraus kein Nachteil resultieren. Eine mangelhafte Begründung kann im Kostenpunkt berücksichtigt werden.<sup>7</sup>

2.3 Unter dem Titel „Begründung“ hält die angefochtene Verfügung fest, dass entsprechend Art. 30 ÖBV<sup>8</sup> das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Als solches gelte dasjenige, das die Zuschlagskriterien am Besten erfülle. Die Verfügung enthält eine Tabelle mit einer zusammengefassten Bewertung der Angebote. Daraus ist ersichtlich, wer bei den einzelnen Zuschlagskriterien wie bewertet worden ist. Weshalb die Bewertung so ausgefallen ist resp. warum die Punkte konkret so vergeben worden sind, wird in der Verfügung nicht dargelegt.

2.3.1 Aus der Verfügung ist demnach zwar ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin resp. die Beschwerdegegnerin pro Zuschlagskriterium wie auch insgesamt bewertet worden ist. Die Bewertung an sich jedoch ist nicht nachvollziehbar. Weshalb Abzüge vorgenommen worden

---

<sup>5</sup> Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, in ZBI104/2003, S. 1, 19

<sup>6</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 f., mit Hinweisen

<sup>7</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 11

<sup>8</sup> Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

sind resp. weshalb die Beschwerdegegnerin im Vergleich zur Beschwerdeführerin teilweise besser (oder auch schlechter) bewertet worden ist, ist nicht ersichtlich. Die Verfügung legt weder Tatsachen noch Gründe dar, welche die erfolgte Bewertung nachvollziehbar machen.

2.3.2 Eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung lediglich aufgrund derselben wäre somit vorliegend nicht möglich gewesen. Die Vorinstanz hat ihre Begründungspflicht damit offensichtlich verletzt.

2.4 Diese Verletzung konnte im vorliegenden Verfahren geheilt werden. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, sich nach Einsicht in die Vergabeakten zur Bewertung der Angebote und den diesbezüglichen Vorbringen der Vorinstanz zu äussern. Zudem hat die Beschwerdeführerin die Verfügung sachgerecht angefochten, was unschwer an der eingereichten Beschwerde erkennbar ist; dies, nachdem sie bei der Vorinstanz im Anschluss an die Eröffnung der angefochtenen Verfügung teilweise Einsicht in Vergabeakten erhalten hatte. Durch die Heilung der besagten Gehörsverletzung im vorliegenden Verfahren erwächst der Beschwerdeführerin somit kein Nachteil.

### 3. Varianten

3.1 Die Beschwerdeführerin 2 bringt unter anderem vor, beim Angebot das den Zuschlag erhalten habe, handle es sich um eine Variante. Dies, da die Zuschlagsempfängerin entgegen den Ausschreibungsunterlagen von Baukosten lediglich in der Höhe von Fr. 2 Mio ausgegangen sei. Gemäss Ausschreibung vom 13. August 2013 seien Varianten jedoch nicht zugelassen. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte daher zwingend ausgeschlossen werden müssen. Durch ihr Verhalten habe die Vorinstanz zudem unter anderem auch das Veränderungsverbot, den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot verletzt.

3.1.1 Die Beschwerdegegnerin bringt in ihrer Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2014 diesbezüglich vor, sie habe übersehen, dass gemäss Ausschreibung Varianten ausgeschlossen waren. Richtigerweise hätte die Variante der Beschwerdegegnerin wie auch diejenige der Beschwerdeführerin 1 vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

3.1.2 Die Vorinstanz bringt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2014 vor, in den Ausschreibungsunterlagen seien Varianten nicht explizit ausgeschlossen worden. Der Hinweis in der Ausschreibung habe sich nur auf unzulässige Varianten bzw. auf solche, deren Ergebnis der Ausführung sich nicht mit dem geforderten Beschaffungsgegenstand decke, bezogen.

3.2 Mit der Ausschreibung definieren Vergabestellen die gewünschte Leistung definitiv und verbindlich. Von den festgelegten Parametern darf innerhalb des Vergabeverfahrens nicht mehr abgewichen werden (sogenannter Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung). Die Verbindlichkeit der Ausschreibung besteht für die Auftraggeberin darin, dass die Leistung nach geschehener Ausschreibung nicht mehr abgeändert werden darf, dass einmal publizierte Kriterien nicht ausser Acht gelassen oder verändert, und dass neue Kriterien nicht hinzu genommen werden dürfen.<sup>9</sup> Die in der Ausschreibung definierte Leistung bildet den sogenannten Amtsvorschlag, auf welchen die Anbieter die Angebote einzureichen haben. Unter Umständen haben die Anbieter die Möglichkeit, eine von der Amtslösung inhaltlich abweichende Unternehmervariante zu offerieren. Solche Unternehmervarianten sind trotz fehlender Regelung im ÖBG und der IVöB zulässig, sofern die Beschaffungsstelle diese Möglichkeit in der Ausschreibung nicht ausschliesst.<sup>10</sup>

3.3 Die Ausschreibung vom 13. August 2013 legt unter Ziffer 2.8 fest, dass Varianten nicht zum Vergabeverfahren zugelassen werden. Diese Beschränkung ist ausdrücklich und klar festgelegt worden: Die Ausschreibung beantwortet die im Titel gestellte Frage „Werden Varianten zugelassen?“ mit „Nein“. Diese Formulierung ist unmissverständlich, es besteht kein Auslegungsspielraum. Die Angabe kann nicht anders verstanden werden, als dass Varianten vorliegend grundsätzlich unzulässig sind. Zum Vergabeverfahren werden nur Amtsvarianten zugelassen.

3.3.1 Der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung gebietet, dass die Vorinstanz die für die ausgeschriebene Leistung definierten Bedingungen beachtet. Sie selber hat den Ausschluss von Varianten rechtsverbindlich festgesetzt. Davon darf im Vergabeverfahren nicht abgewichen werden.

3.3.2 In diesem Kontext ist unverständlich, was die Vorinstanz aus den Vorbringen in der Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2014 bezüglich der Begründetheit des Verbotes von Varianten zu ihren Gunsten ableiten will. Ob der Ausschluss von Varianten sachlich begründet ist, hatte die Vorinstanz vor Publikation der Ausschreibung zu überprüfen. Zweifelt sie im Beschwerdeverfahren die sachliche Begründetheit des von ihr festgelegten Ausschlusses von Varianten an, greift sie damit sich selber an. Sollte die Vorinstanz bei der Prüfung der Angebote zur Ansicht gelangt sein, der Ausschluss von Varianten entbehre einer sachlichen Grundlage, hätte sie dies mit vergaberechtlich zulässigen Instrumenten korrigieren müssen. Von verbindlich festgelegten Angebotsbedingungen abzuweichen ist jedenfalls auch unter

---

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen: Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004 (nachfolgend: Öffentliche Beschaffung), N. 298 ff.

<sup>10</sup> Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, N. 118 f., mit Hinweisen

diesen Voraussetzungen unzulässig. Die diesbezüglichen Vorbringen der Vorinstanz sind gänzlich unbehilflich.

3.4 Fraglich bleibt, ob der angefochtene Zuschlag wie vorgebracht einer Variante erteilt worden ist. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

3.4.1 Die Vorinstanz hat den Anbietern das Formular „Honorarangebot“ als Unterlage U3 zur Bearbeitung abgegebenen. Gemäss diesem Dokument ist für die Honorarberechnung des Anbierterteams von „aufwandbestimmenden Baukosten exkl. Mehrwertsteuer von geschätzt Fr. 2.5 Mio“ auszugehen. Damit ist ausdrücklich festgelegt worden, dass die Honorarberechnung der Angebote gestützt auf die Baukosten (und nicht beispielsweise nach Zeitaufwand) vorzunehmen ist; die honorarberechtigte Bausumme ist auf Fr. 2.5 Mio festgesetzt worden. An diesem Umstand ändert der Zusatz „geschätzt“ vor dem angegebenen Frankenbetrag nichts: Der Zusatz illustriert, dass die Bausumme zum Voraus und in Unkenntnis der effektiven Baukosten festgelegt worden ist. Er beschreibt, dass die Vorinstanz von dieser Bausumme ausgeht. Aufgrund von beispielsweise unvorhersehbaren Ereignissen oder allenfalls zum Voraus noch unbekanntem Rabatten können sich die effektiven Baukosten gegenüber den zum Voraus festgelegten verändern. Insofern ist die Bausumme, von der man zum Voraus ausgeht, „geschätzt“. Eine Wahlfreiheit bezüglich der honorarberechtigten Bausumme wird durch diese Formulierung jedoch keineswegs eingeräumt. Zudem bestünde andernfalls keine zweckmässige Vorgabe für die Berechnungsgrundlage mehr. Mit anderen Worten sind die aufwandbestimmenden Baukosten für die Honorarberechnung in den Ausschreibungsunterlagen verbindlich auf Fr. 2.5 Mio festgesetzt worden.

3.4.2 Das Angebot, das den Zuschlag erhalten hat, ist unbestrittenermassen gestützt auf Baukosten von Fr. 2 Mio eingegeben worden. Die Honorarberechnung ist demnach in Abweichung der Vorgaben der Vorinstanz, abgestützt auf eine um eine halbe Million Franken tiefere Bausumme, berechnet worden. Damit handelt es sich offenkundig um eine Variante. Dies anerkennt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2014 denn auch selber. Dort führt sie aus, sie habe übersehen, dass Varianten ausgeschlossen waren und die von ihr eingereichte Variante hätte dementsprechend – wie das Angebot der Beschwerdeführerin 1 auch – vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

3.5 Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle anzumerken bleibt, dass die Vorinstanz bei der – wie dargestellt unzulässigen – Bewertung dieser beiden Varianten zusätzlich das Gleichbehandlungsgebot verletzt hat: Das Beschaffungswesen hat namentlich auch zum Zweck, die Gleichbehandlung aller Anbietenden zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Bst. a IVöB). Der Grundsatz der Gleichbehandlung konkretisiert das allgemeine Rechtsgleich-

heitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV<sup>11</sup>) und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewebegenossen (Art. 27 BV). Die Pflicht zur Gleichbehandlung bedeutet, dass keinem der anbietenden Unternehmen Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und keinem Anbieter Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen verwehrt sind. Die Gleichbehandlung ist somit eine wichtige Voraussetzung für einen echten Bieterwettbewerb und ein faires Verfahren.<sup>12</sup>

Bei der einen bewerteten Variante hat die Vorinstanz das eingereichte Honorarangebot auf die vorgegebene Bausumme von Fr. 2.5 Mio aufgerechnet, während das Honorarangebot der anderen Variante aufgrund der zu tiefen Bausumme von Fr. 2 Mio bewertet worden ist. Damit hat die Vorinstanz die beiden Anbieter nicht rechtsgleich behandelt, sie hat das Gleichbehandlungsgebot verletzt.

Die vorgenommene Aufrechnung erscheint überdies auch im Lichte des Grundsatzes der Stabilität der Angebote höchst problematisch; angesichts des Verfahrensausgangs ist jedoch auf diese Frage hier nicht näher einzugehen.

3.6 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich beim Angebot, das den Zuschlag erhalten hat, wie auch beim Angebot der Beschwerdeführerin 1, welches von einer Bausumme von Fr. 1.7 Mio ausging, um Varianten handelt. Solche sind im vorliegenden Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die besagten Angebote sind damit nicht ausschreibungskonform und hätten vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Die Zuschlagsverfügung hält bereits aus diesem Grund einer Rechtskontrolle nicht stand.

#### 4. Preisbewertung

4.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen sinngemäss, die von der Vorinstanz vorgenommene Preisbewertung sei unzulässig. Sie begründen dies teilweise unterschiedlich. Die Beschwerdeführerin 1 bringt vor, mit der gewählten Punktierung werde die Gewichtung des Preises gemäss Ausschreibung nicht eingehalten. Die Angebote aller Anbieter seien im Bereich von 06. bis 1.5, also mit 0.9 Punkten Differenz von möglichen 5 Punkten bewertet worden. Dies ergebe eine Gewichtung von 18% anstatt der festgesetzten 30%. Die Beschwerdeführerin 2 macht geltend, das Preiskriterium sei durch eine zu tiefe Gewichtung und die grosse Preisspanne abgeschwächt und verwässert worden. Zudem sei es entgegen den gesetzlichen Bestimmun-

---

<sup>11</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen: Christoph Jäger, a.a.O., N 75 ff., mit Hinweisen

gen unterlassen worden, die Preisbewertungsregel vorgängig bekannt zu geben. Anlässlich des Gespräches vom 27. November 2013 habe die Vorinstanz ausgesagt, bei der Preisbewertung sei eine Skala von 1 bis 5 angewendet worden. Die verteilten Punkte seien dann mit der Gewichtung multipliziert worden. Vorliegend hätten drei Angebote mit unterschiedlichen Preisen dieselbe Bewertung von 2 Punkten erhalten, was nicht möglich wäre, wenn eine lineare und der festgelegten Gewichtung entsprechende Bewertung vorgenommen worden wäre. Folglich komme die bekannt gegebene Gewichtung von 30% mit der konkreten Benotung nicht effektiv zum tragen. Ohnehin sei fraglich, ob die relativ geringe Gewichtung des Preises mit 30% noch zulässig sei.

4.2 Vorab ist fraglich, ob die vorgenannten Rügen im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung noch vorgebracht werden können. Die Vorinstanz bringt vor, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen als Teil derselben seien selbständig anfechtbar. Auf diese dürfe daher im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden. In der Tat fehle in der Ausschreibung die Regel, wie das Zuschlagskriterium Preis bewertet werde. Diesbezüglich hätten jedoch die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen angefochten werden müssen. Diese Rüge könne daher nicht mehr gehört werden. Ebenso hätte die Rüge betreffend der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis von 30% mit Beschwerde gegen die Ausschreibung vorgebracht werden müssen.

4.2.1 Erachtet eine Anbieterin die aus der Ausschreibung ersichtlichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung als falsch oder unzulässig, hat sie dies bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut sie dies nicht, kann sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr auf die Ausschreibung zurückkommen. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn eine Anbieterin, die sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl sie die von ihr als ungenügend erachtete Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte.<sup>13</sup> Entsprechend ist denn auch vorgesehen, dass die Ausschreibung des Auftrages selbständig anfechtbar ist, soweit die Schwellenwerte erreicht werden (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. a IVöB resp. Art. 12 Abs. 2 Bst. a ÖBG).<sup>14</sup> Die gesetzliche Liste der anfechtbaren Verfügungen ist abschliessend; die Ausschreibungsunterlagen stellen demzufolge kein selbständiges Anfechtungsobjekt dar.<sup>15</sup> Das Verwaltungsgericht erachtet die Ausschreibungsunterlagen als mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, sprich der Zuschlagsverfügung, anfechtbar, soweit sie nicht bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung erhältlich waren.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl. Urteil Nr. 2P.222/1999 des Bundesgerichtes vom 2. März 2000, mit Hinweisen

<sup>14</sup> Vgl. zum Ganzen: Peter Galli/ André Moser/ Christoph Lang/ Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 1258

<sup>15</sup> Vgl. Christoph Jäger, a.a.O., N. 169

<sup>16</sup> BVR 2007/177, E. 2

4.2.2 Die Ausschreibung vom 13. August 2013 nennt keine Zuschlagskriterien. Unter den Titeln Eignungs- resp. Zuschlagskriterien findet sich lediglich der Verweis „aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien“. Entsprechend wird in der Ausschreibung daher auch weder eine Gewichtung einzelner Kriterien oder Unterkriterien noch die Preisbewertungsregel bekannt gegeben. Die Ausschreibungsunterlagen definieren unter dem Obertitel „Bestimmungen zur Angebotsstellung“ auf Seite 8 fünf verschiedene Zuschlagskriterien. Auf Seite 9 werden unter dem Titel „Beurteilung der Angebote“ sechs Zuschlagskriterien mit ihrer jeweiligen Gewichtung festgehalten. Das Zuschlagskriterium 5, Honorarangebot, wird mit 30% gewichtet. Eine Preisbewertungsregel findet sich in den Ausschreibungsunterlagen nirgends.

4.2.3 Da die Zuschlagskriterien vorliegend demnach nicht in der Ausschreibung sondern in den Ausschreibungsunterlagen definiert sind, ist hier fraglich, ob Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen mit Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung noch zulässig sind. Da die Ausschreibungsunterlagen bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung erhältlich waren, ist tendenziell davon auszugehen, dass Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen hier nicht mehr gehört werden können. Diese Frage kann jedoch angesichts des Verfahrensausgangs im Ergebnis ausnahmsweise offen gelassen werden und ist daher nicht näher zu überprüfen.

Massgebend ist hier, dass die Preisbewertungsregel im vorliegenden Beschwerdeverfahren noch einer Überprüfung zugeführt werden kann. Denn diese ist unbestrittenermassen vor der Zuschlagsverfügung weder publiziert noch anderweitig bekannt gegeben worden. Die Beschwerdeführerinnen hatten insofern bisher zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit, die Preisbewertungsregel inhaltlich zu überprüfen resp. diese mit einem Rechtsmittel einer Überprüfung zuzuführen. Die früheste Möglichkeit zur Prüfung durch eine Rechtsmittelinstanz besteht somit im vorliegenden Verfahren. Diese Überprüfung ist daher hier zu gewährleisten. Die Rüge betreffend die rechtswidrige Preisbewertung ist damit rechtzeitig erhoben worden.

4.3 Was das Kriterium "Preis" betrifft, kommt der Vergabestelle ein weites Ermessen nicht nur in Bezug auf die Gewichtung des Preises, sondern auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Bewertungsmodells zu. Notenunterschiede in der Bewertung müssen die tatsächlichen Preisdifferenzen aber möglichst wahrheitsgetreu abbilden.<sup>17</sup> Die Zielsetzung eines jeden Preisbewertungssystems muss es sein, dafür zu sorgen, dass die im Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen kommt. Dies ist der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt.<sup>18</sup> Das gewählte Benotungssystem darf nicht nachträglich zu einer erheblichen Abschwächung des dem Preis zukommenden Gewichts führen, jedenfalls nicht, wenn dieser bereits tief gewichtet wurde. Mit anderen Worten müssen sich Preisunterschiede zwischen den Offerten entsprechend der Gewichtung auf die Benotung

<sup>17</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes B-4717/2010 vom 1.4.2011, E. 6.5 mit weiteren Hinweisen

<sup>18</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 898

auswirken.<sup>19</sup> Bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen ist eine steile, bei komplexeren Werken dagegen eine flachere Preiskurve angezeigt.<sup>20</sup> Wird die Preiskurve durch die Vergabebehörde nicht im Voraus bekannt gegeben sondern erst nachträglich im Lichte der konkreten Angebote festgelegt, muss sich die Vergabebehörde grundsätzlich an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote halten. Damit wird erreicht, dass die festgelegte Preisgewichtung effektiv zum Tragen kommt. Dies ist – wie erwähnt – das Ziel der Preisbewertungsregeln.<sup>21</sup>

4.4 Regeln, die der Preisbewertung zugrunde liegen, finden sich in den Vergabeakten nicht. Namentlich enthalten die Akten keine Formel, aus der die Preiskurve abzuleiten wäre. Als Grundlage für die Bewertung finden sich in den Vergabeakten lediglich Adjektive, welche die einzelnen Noten beschreiben: Die Note 5 steht für sehr gut, 4 für gut, 3 für erfüllt, 2 für ungenügend und 1 für nicht vorhanden. Wie die Bewertung der Angebote aufgrund dieser Adjektive konkret vorgenommen wird, ist aus den Akten nicht erkennbar. Gemäss den Vorakten verläuft die Preiskurve als einfache Gerade linear, und zwar vom billigsten Angebot bei 5 Punkten ausgehend zum teuersten Angebot von Fr. 628'500, angesiedelt bei 2 Punkten. Als Endpunkt bei der Note 2 legt die Preiskurve gleichzeitig den Preis, der 170% des tiefsten Preises entspricht, fest; insoweit ist die Preiskurve widersprüchlich dargestellt, da das dort eingetragene Angebot von Fr. 628'500 229% des Billigsten entspricht.<sup>22</sup>

4.4.1 Die Vorinstanz bringt zur Preisbewertung in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2014 vor, sie habe eine Notenskala von 1 bis 5 vorgesehen. Sie erläutert die Bezeichnungen der Noten. Das billigste Angebot habe die Maximalpunktzahl von 5 erhalten, was der in der Lehre vertretenen These zur Preisbewertung entspreche. Aus der Notenskala ergebe sich auch, bei welchem Mehrpreis die schlechteste Punktezahl von 2 vergeben worden sei. Die Note 1 hätte nur erhalten, wer kein Honorarangebot eingereicht hätte. Demzufolge sei eine Notenskala von 2 bis 5 angewendet worden. Zudem hätte die Beschwerdeführerin 2 die beste Punktezahl auch erreicht, wenn die Preiskurve auf einen Punkt 0 erweitert worden wäre.

4.4.2 Konkret ist das Angebot der Beschwerdeführerin 2 beim Zuschlagskriterium 5 mit dem Honorar von Fr. 274'420 als billigstes Angebot mit 5 Punkten bewertet worden. 4.1 Punkte hat das durch die Vorinstanz auf eine Bausumme von Fr. 2.5 Mio aufgerechnete Angebot der Beschwerdeführerin 1 erhalten, welches sich nach der Aufrechnung auf Fr. 328'500 belief. 3.6 Punkte hat die bewertete Variante der Beschwerdegegnerin mit einem Honorar von Fr. 365'625 erhalten. Ein weiteres Angebot über Fr. 387'400 ist mit 3.2 Punkten bewertet wor-

---

<sup>19</sup> Christoph Jäger, a.a.O., N. 145

<sup>20</sup> BVR 2006/500, E. 4.5.2

<sup>21</sup> Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., N. 901, mit Hinweisen

<sup>22</sup> Vgl. zum Ganzen: unpaginierte Vorakten, Beilage 9 (Vergleich Honorarangebote)

den. Die drei übrigen Angebote sind je mit 2 Punkten bewertet worden; sie beliefen sich auf Fr. 473'190, Fr. 559'645 und Fr. 628'500.<sup>23</sup>

4.4.3 Aus dieser Aufzählung ergibt sich, dass das billigste Angebot mit der höchsten Punktezahl bewertet worden ist. Hingegen ist kein Angebot mit der tiefsten in der Bewertungsskala vorgesehenen Punktezahl von 1 bewertet worden. Unbestritten ist, dass die Vorinstanz die Preisbewertungsregel nicht zum Voraus bekannt gegeben hat. Es kann daher nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass die Preiskurve nachträglich festgelegt worden ist.<sup>24</sup> In diesem Fall hat sich die Vorinstanz gemäss den obigen Ausführungen an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote zu halten. Das heisst, das resp. die teuersten Angebote müssten mit der tiefsten Note bewertet werden. Dies ist vorliegend offenkundig nicht geschehen: Die drei teuersten Angebote wurden mit 2 Punkten und damit nicht mit der kleinsten festgesetzten Note von 1 bewertet. Die Vorinstanz hat die festgelegte Notenskala von 1 bis 5 unzulässigerweise nicht ausgeschöpft.

4.4.4 Durch die Ausschöpfung der festgelegten Notenskala jedoch könnte das Resultat der Ausschreibung massgeblich verändert werden. Denn auch wenn, wie die Vorinstanz richtigerweise vorbringt, die Beschwerdeführerin 2 in Ausschöpfung der Notenskala von 1 bis 5 nicht mehr als 5 Punkte erhalten hätte, hätte sich die Preiskurve zwingend verändert. Die Bewertung der übrigen Anbieter wäre dadurch nämlich – zumindest teilweise – anders ausgefallen. Schon eine leichte Änderung der Preiskurve vermag das Resultat einer Ausschreibung fundamental zu verändern.<sup>25</sup> Vorliegend ist daher denkbar, dass sich das Resultat der Ausschreibung bei richtiger Anwendung der festgelegten Punkteskala grundlegend anders dargestellt hätte.

4.4.5 Die angewandte Preiskurve verzerrt zudem die festgelegte Preisgewichtung. Denn erfolgt die Gewichtung der Zuschlagskriterien – wie vorliegend – in dem Sinne, als dass die erreichten Punkte mit einem Faktor entsprechend der Gewichtung des Kriteriums multipliziert werden, so ist darauf zu achten, dass bei allen Kriterien die gleiche harmonisierte Punkteskala verwendet wird. Ansonsten wird die durch die Faktoren ausgedrückte Gewichtung durch ein mathematisch nicht korrektes Verfahren unterlaufen.<sup>26</sup> Dieser Grundsatz wurde vorliegend missachtet. Dadurch kommt die festgesetzte Preisgewichtung von 30% vorliegend nicht effektiv zum tragen, womit das Ziel der Preisbewertungsregeln verfehlt wird.

4.4.6 An diesem Ergebnis ändert auch das Vorbringen, nur wer kein Honorarangebot eingereicht hätte, hätte mit der Note 1 bewertet werden können, nichts. Damit verkennt die Vo-

<sup>23</sup> Vgl. unpaginierte Vorakten, Beilage 10 (Vergleich Honorarangebote Fachplaner nach Eignungs- und Zuschlagskriterien)

<sup>24</sup> Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., N. 902

<sup>25</sup> Robert Wolf/ Peter Rechsteiner/ Beat Denzler/ Andreas Bass/ Werner Sitzler, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, in BR 2004 (Sonderheft), S. 22

<sup>26</sup> Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 12/2001, S. 1420

rinstanz, dass das Fehlen des Honorarangebotes zum Ausschluss führen müsste. Ohne Honorarangebot würde eine Offerte das entsprechende Zuschlagskriterium nicht schlecht sondern gar nicht erfüllen. Mangels Ausschreibungskonformität könnte ein solches Angebot zum vornherein nicht bewertet werden.

4.5 Insgesamt hält die von der Vorinstanz vorgenommene Preisbewertung damit einer Rechtskontrolle nicht stand. Sie ist unzulässig. Die angefochtene Verfügung ist auch aus diesem Grund rechtsfehlerhaft. Die Vorinstanz wird entsprechend dem Gesagten die Preisbewertungsregeln rechtskonform neu zu definieren und eine neue Preisbewertung vorzunehmen haben.

## 5. Transparenzgebot

5.1 Die Beschwerdeführerin 2 bringt vor, die Preisspanne sei sehr gross angelegt worden, wodurch das Preiskriterium an Gewicht verliere und das Bild verzerrt werde. Dies verletze das Transparenz- wie das Gleichbehandlungsgebot. Da die Preisbewertungsmethode nicht vorgängig bekannt gegeben worden sei, seien rechnerisch die Einzelheiten aufgrund der bekannten Angaben nicht nachvollziehbar.

5.2 Das Transparenzgebot soll einerseits einen echten Wettbewerb unter den Anbietern gewährleisten und folglich eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel ermöglichen. Zum andern verfolgt der Grundsatz der Transparenz aber auch das Ziel, ein faires Vergabeverfahren zu gewährleisten, und er soll namentlich die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers verhindern.<sup>27</sup> Diesem Grundsatz entsprechend muss die Prüfung der Offerten durch die Vergabestelle daher dokumentiert und nachvollziehbar sein.<sup>28</sup>

5.3 Wie bereits erwähnt hat die Vorinstanz weder im vorliegenden Beschwerdeverfahren eine Preisbewertungsregel vorgelegt, noch findet sich eine solche in den Vergabeakten. Aus dem Vergleich der Honorarangebote ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Bewertung – entgegen der in den Vorakten enthaltenen Darstellung der Preiskurve<sup>29</sup> und der Aussage in der Beschwerdevernehmlassung – nicht eine lineare Preiskurve angewendet hat. So macht beispielsweise ein Preisunterschied von Fr. 54'800 zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerinnen einen Punkteunterschied von 0.9 Noten aus; 0.1 Notenunterschied entspricht damit einem Wert von gerundet Fr. 6'008.90. Der Preisunterschied zwischen dem bewerteten

---

<sup>27</sup> BVR 2004/348, E. 2.2, mit Hinweisen

<sup>28</sup> Urteil B-6837/2010 vom 15. März 2011, E. 3.4 und 5.1.7, mit Hinweisen

<sup>29</sup> Vgl. unpaginierte Vorakten, Beilage 9 (Vergleich Honorarangebote)

Preis der Beschwerdeführerin 1 und demjenigen der Beschwerdegegnerin, ausmachend Fr. 37'125, ist mit einem Punkteunterschied von 0.5 bewertet worden; 0.1 Notenunterschied entspricht damit einem Wert von Fr. 7'425. Mit anderen Worten entspricht 0.1 Note nicht immer demselben Geldwert. Die Preiskurve ist damit offensichtlich nicht eine einfache Gerade. Damit weicht die tatsächlich vorgenommene Preisbewertung von den Angaben in den Vergabeakten wie auch denjenigen in der Beschwerdevernehmlassung ab. Worin diese Ungereimtheiten gründen, ist nicht ersichtlich. Offenbart wird damit aber, dass die Preisbewertung insgesamt nicht nachvollziehbar ist. Sie ist weder hinreichend noch verständlich dokumentiert. Die Vorinstanz hat damit das Transparenzgebot verletzt.

## 6. Kassation von Amtes wegen

6.1 Die angefochtene Verfügung hält nach dem Gesagten aus verschiedenen Gründen einer Rechtskontrolle nicht stand. Allerdings ist es mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht getan; ein dahingehender Entscheid würde zu unlösbaren Komplikationen führen, wie nachfolgend darzulegen ist.

6.2 Aufgrund der erörterten Mängel in der Preisbewertung hat die Vorinstanz die Ausschreibungsunterlagen zu überarbeiten:

6.2.1 Die Ausschreibungsunterlagen müssen die Zuschlagskriterien enthalten (Art. 11 Abs. 1 Bst. i ÖBV). Diese sind mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Ist der Preis ein Zuschlagskriterium, muss zusätzlich die Preisbewertungsregel bekannt gegeben werden (Art. 30 Abs. 2 ÖBV).<sup>30</sup> Diese gesetzlichen Normen sind Ausfluss des vergaberechtlichen Transparenzgebotes. Für die Anbieter muss erkennbar sein, welche Aspekte für die Bewertung wesentlich sind<sup>31</sup> resp. nach welchen Grundsätzen die Angebote bewertet werden. Zudem soll damit verhindert werden, dass die Preisbewertungsregeln im Laufe des Vergabeverfahrens zu Gunsten bzw. zu Ungunsten einzelner Bewerber abgeändert werden.<sup>32</sup>

6.2.2 Entgegen den zitierten Bestimmungen hat die Vorinstanz die Preisbewertungsregeln unbestrittenermassen nicht in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben. Insofern sind die Unterlagen nicht vergaberechtskonform. Wie dargelegt muss aufgrund des vorliegenden Entscheides die Preisbewertungsregel abgeändert resp. neu definiert werden. Damit das Vergabeverfahren nicht weiterhin mit Rechtsfehlern behaftet ist, ist die neue Preisbewertungs-

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu auch BRK 29.1.2003 (007/2003)

<sup>31</sup> Vgl. VGer ZH 18.12.2003, (BEZ 2003, Nr. 13, S. 37 ff.)

<sup>32</sup> Vgl. bspw. BVR 2002/453, E. 7. e)

regel gesetzeskonform vorgängig bekannt zu geben. Folgerichtig sind die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich zu ergänzen.

6.3 Die Ausschreibungsunterlagen sind zudem auch widersprüchlich; da sie wie dargelegt zu überarbeiten sind, sind sie insgesamt zu bereinigen. Ausschreibungsunterlagen sind nämlich so auszugestalten, dass die Anbieter ordnungsgemäss offerieren können. Bei klarer Formulierung der Vergabeunterlagen können die Anbieter sich an den Vorgaben der Auftraggeber ausrichten und dementsprechend bedarfsgerecht offerieren. Die Klarheit der Ausschreibung resp. der Ausschreibungsunterlagen dient dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>33</sup>

6.3.1 Widersprüchlich sind die Unterlagen bezüglich den massgebenden Zuschlagskriterien: gemäss Seite 8 der Ausschreibungsunterlagen werden die Angebote aufgrund von fünf Zuschlagskriterien beurteilt. Gemäss Seite 9 der Unterlagen werden die Angebote hingegen gestützt auf sechs Zuschlagskriterien bewertet. Aus den Unterlagen ist demnach nicht eindeutig erkennbar, gestützt auf welche Kriterien die Vorinstanz die Angebote bewertet. Dieser offenkundige Widerspruch verletzt das Transparenzgebot.

6.3.2 Auch die vorliegend strittige – und angesichts des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens nicht zu klärende – Frage, ob im Fachplanerteam ein Architekt vertreten sein muss, gründet in missverständlichen Angaben der Ausschreibungsunterlagen resp. der Ausschreibung. Die Ausschreibung hält klar fest, dass die Zusammenstellung des Teams im Ermessen des Anbieters liege. Dies wird in den Ausschreibungsunterlagen wiederholt. Letztere halten auf Seite 4 zusätzlich fest, es sei ein Fachplanerteam bestehend aus Heizungsingenieur, Architekt, Bauingenieur, Elektroingenieur, ev. ergänzt mit einem Landschaftsarchitekten zu ermitteln. Diese beiden Aussagen widersprechen sich. Denn inwiefern den Anbietern in der Zusammensetzung des Teams ein Ermessen eingeräumt werden soll, wenn gleichzeitig alle notwendigen Fachpersonen vorgeschrieben sind, ist nicht verständlich. Mit anderen Worten bleibt unklar, ob die vorgenannten Fachleute zwingend im Fachplanerteam vertreten sein müssen oder ob resp. inwiefern den Anbietern diesbezüglich ein Ermessen eingeräumt wird. Nicht weiterführend ist diesbezüglich das in der Beschwerdevernehmlassung von der Vorinstanz ins Feld geführte Argument, der Hinweis könne nur so verstanden werden, als dass der Heizungsingenieur seine Subplaner selber auswählen könne und ihm diese nicht von der Vergabestelle vorgegeben seien. Dieses Faktum ergibt sich nämlich primär und selbstredend aus dem Umstand, dass in der Ausschreibung keine Subplaner vorgegeben werden. Zudem wird gemäss Wortlaut der Ausschreibung nicht ein Ermessen bei der Auswahl der Subplaner eingeräumt, sondern bei der Zusammenstellung des Teams.

---

<sup>33</sup> Vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 247

6.4 Wie bereits erwähnt haben Angebote der Ausschreibung resp. den Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen (vgl. auch Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV).<sup>34</sup> Sachlogisch entsprechen die eingereichten Angebote veränderten Unterlagen zumindest teilweise nicht mehr. Das heisst, den Anbietern müsste Gelegenheit gegeben werden, ihre Angebote den neuen Unterlagen anzupassen. Die nachträgliche Änderung der Angebote ist nach dem Grundsatz der Stabilität der Angebote, welcher dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot dient, jedoch unzulässig. Ein solches Vorgehen würde auch gegen den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Verhandlungsverbotes (Art. 11 Bst. c IVöB) verstossen. Denn selbst wenn die Vorinstanz allen Anbietern in gleichbehandelnder und transparenter Weise die Möglichkeit zum Nachreichen von Angebotsänderungen einräumen würde, die über die blosser Bereinigung hinausgehen, verstösst dies gegen das Verhandlungsverbot. Denn auch hier ist nicht auszuschliessen, dass sie die neuen Vorgaben und Kriterien auf einzelne Anbieter zugeschnitten hätte, um diesen eine bessere Rangierung zu ermöglichen.<sup>35</sup>

6.5 Mit anderen Worten entstehen hier durch eine Rückweisung an die Vorinstanz unlösbare rechtliche Komplikationen. Es ist nicht ersichtlich, wie die vorliegende Streitigkeit nach einer Rückweisung der Sache rechtskonform erledigt werden könnte. Die von der Vorinstanz begangenen Verfahrensfehler verunmöglichen eine richtige Beurteilung der Sache. Die Beschwerdeinstanz ist daher gemäss Art. 40 Abs. 1 VRPG befugt, das gesamte Verfahren von Amtes wegen aufzuheben. Es ist demnach nicht nur die angefochtene Verfügung, sondern auch das dieser vorangegangene Vergabeverfahren, einschliesslich der Ausschreibung, aufzuheben. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als auch die Ausschreibung selber bereits rechtswidrig war. In Abweichung der klaren gesetzlichen Vorgaben enthält diese nämlich weder Eignungs- noch Zuschlagskriterien (vgl. Art. 10 Bst. f und g ÖBV). In einem solchen Fall ist eine Neuausschreibung auch ohne veränderte Leistung zulässig.<sup>36</sup>

Die Vorinstanz wird, gestützt auf eine neue Ausschreibung und klar formulierte Ausschreibungsunterlagen inkl. der Preisbewertungsregel, die Fachplanerleistungen für die Planung und Realisation der Heizzentrale neu zu vergeben haben.

---

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch: Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 1914 ff.

<sup>35</sup> Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 303

<sup>36</sup> Vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 301

## 7. Kosten

7.1 Bei einer Aufhebung von Amtes wegen gelten die allgemeinen Grundsätze der Kostenverlegung.<sup>37</sup> Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 VRPG) werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Der unterliegenden Vorinstanz können keine Kosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Angesichts der besonderen Umstände ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zulasten der teilweise unterliegenden Beschwerdegegnerin zu verzichten. Auch auf die Erhebung von Verfahrenskosten für die Akteneinsichtsgesuche wird verzichtet.

7.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten ans Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>38</sup>). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>39</sup>). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG).

7.2.1 Beim vorliegenden Ausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegend. Die Beschwerdeführerin 2 hat daher Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten; dieser beinhaltet auch den Ersatz für das Gesuch um aufschiebende Wirkung sowie das Akteneinsichtsgesuch. Angesichts der besonderen Umstände ist nicht die ebenfalls teilweise unterliegende Beschwerdegegnerin, sondern allein die Vorinstanz zum Parteikostenersatz zu verpflichten. Die Kostennote der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 2 vom 8. Mai 2014 beläuft sich auf Fr. 11'074.65, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer. Angesichts des in der Sache gebotenen Aufwandes und der Schwierigkeit des Verfahrens erscheint vorliegend eine Kürzung um einen Viertel des geltend gemachten Honorars als angemessen; der Parteikostenersatz ist auf Fr. 8'340.-, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer, festzusetzen.

---

<sup>37</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11

<sup>38</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

<sup>39</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

7.2.2 Die besonderen Umstände gebieten vorliegend, auch der teilweise als obsiegend geltenden Beschwerdegegnerin einen Parteikostenersatz zuzusprechen; dieser enthält auch den auf das Gesuch um Akteneinsicht entfallenden Ersatz. Die unterliegende und die besonderen Umstände verursachende Vorinstanz, in deren Fehlleistungen die Kassation gründet, hat der Beschwerdegegnerin Parteikosten zu ersetzen. Mit Kostennote vom 19. September 2014 hat der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin die Höhe des Parteikostenersatzes ins Ermessen der Beschwerdeinstanz gestellt. Der Parteikostenersatz der Beschwerdegegnerin zulasten der Vorinstanz ist auf Fr. 8'340.-, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer, festzusetzen.

### **III. Entscheid**

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2013 sowie das vorangegangene Vergabeverfahren, einschliesslich der Ausschreibung, werden von Amtes wegen aufgehoben.
2. Verfahrenskosten werden keine erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin 2 nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 8'340.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), zu ersetzen.
4. Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 8'340.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), zu ersetzen.

#### IV. Eröffnung

- Beschwerdeführerin 1, per GU
- RA ..., zuhanden der Beschwerdeführerin 2, per GU
- RA ..., zuhanden der Beschwerdegegnerin, per GU
- Vorinstanz, per GU

DER GESUNDHEITS- UND  
FÜRSORGEDIREKTOR

*sig. Perrenoud*

Philippe Perrenoud  
Regierungsrat

#### Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 4 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.