

BE_DIREKTIONEN 2020.GSI.3530 vom 8. September 2021

Be Direktionen, 2021-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_direktionen_2020.GSI.3530

FR: BE_DIREKTIONEN 2020.GSI.3530 du 8 septembre 2021

IT: BE_DIREKTIONEN 2020.GSI.3530 del 8 settembre 2021

Volltext

1/40 Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion Rathausgasse 1 Postfach 3000 Bern 8 +41 31 633 79 20 (Telefon) +41 31 633 79 09 (Fax) info.gsi@be.ch www.be.ch/gsi
Referenz: 2020.GSI.3530 / kr, fgi, stm Beschwerdeentscheid vom 8. September 2021 in der Beschwerdesache A.____ AG Beschwerdeführerin 1 B.____ AG Beschwerdeführerin 2 beide vertreten durch Rechtsanwalt C.____ gegen D.____ AG Beschwerdegegnerin vertreten durch Rechtsanwalt E.____ und F.____ Vorinstanz

betreffend Instandsetzung [Gebäude] (SKP 244.0 Lüftungs- und Klimaanlage)
(Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 17. Dezember 2020)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

2/40 I. Sachverhalt 1. Am [...] 2020 hat F.____ (fortan: Vorinstanz) im Zusammenhang mit dem Projekt Instandsetzung [Gebäude] die Leistungen gemäss SKP 244 Lüftungs- und Klimaanlage (Projekt- Nr. [...]) im offenen Verfahren gemäss Art. 3 ÖBG1 i.V.m. Art. 4 ÖBV2 auf der Webseite www.simap.ch öffentlich ausgeschrieben. Gemäss Ziff. 3.7 mussten folgende Eignungskriterien erfüllt sein: 3 - Drei Referenzen über die Ausführung in den letzten 5 Jahren, mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten. Davon ist eine Referenz bezüglich Spital-, Labor- oder Forschungserfahrung und zwei Referenzen vergleichbarer Projekte mit einer Luftmenge >50'000m³/h. - Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in den der Ausschreibung im vorangegangenen Jahr. Der gemittelte Jahresumsatz muss mindestens 2-fach so gross sein, wie die Angebotssumme für die vorgesehene Aufgabe. 2. Fünf Anbieter haben innert der Eingabefrist Offerten eingereicht. Die Angebote wurden am 3. August 2020 durch die Vorinstanz geöffnet. Mit E-Mail vom 10. September 2020 hat die Vorinstanz die «D.____AG» (fortan: Beschwerdegegnerin) um Nachreichung resp. Präzisierung der Unterlagen, wie sie in der Ausschreibung KBOB Teil A, Kapitel 3.1 Eignungskriterien aufgeführt seien. Mit E-Mail vom 17. September 2020 kam die Beschwerdegegnerin dieser Bitte nach. 3. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2020 hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin den Zuschlag zum Preis von CHF 6'069'634.92 erteilt. 4. Gegen diese Verfügung haben die A.____ AG Zweigniederlassung Bern und die B.____ AG (fortan: Beschwerdeführerinnen) am 28. Dezember 2020 bei der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) Beschwerde erhoben. Sie beantragen was folgt: 1. Die Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020 in der Ausschreibung der F.____ „SKP 244 / Projekt Nummer [...] Instandstellung [Gebäude] in Bern“ sei aufzuheben und es sei die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag für die Arbeiten des SKP 244 Lüftungs- und Klimaanlage den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

1 Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) 2 Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) 3 Vgl. Publikation der Ausschreibung auf Simap vom [...] (Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 2) 4 Vgl. Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 10 5 Vgl. Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 10

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

3/40 Eventualiter zu Ziff. 1: 2. Es sei die Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020 in der Ausschreibung der F.____ „SKP 244 / Projekt- nummer [...] Instandstellung [GAuebäude]" vollumfänglich aufzuheben, und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. 3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung sicherzustellen, dass bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens jegliche Vollzugsvorkehrungen unterbleiben, insbesondere ein Vertragsabschluss der Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin. 4. Den Beschwerdeführerinnen sei vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Nach gewährter Akteneinsicht sei ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu den Unterlagen zu äussern und die Beschwerde zu ergänzen. Subeventualiter 5. Es sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020 festzustellen. 6. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten der Vergabestelle, eventualiter – soweit sich diese als Partei im Verfahren beteiligt – zulasten der Zuschlagsempfängerin. 5. Mit Verfügung vom 31. Dezember 2020 ist das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GSI leitete,⁶ nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, es sei superprovisorisch sicherzustellen, dass bis zum Abschluss des Verfahrens jegliche Vollzugsvorkehrungen zu unterbleiben hätten, eingetreten.⁷ Überdies hat das Rechtsamt festgehalten, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin von Gesetzes wegen bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung nicht abgeschlossen werden dürfe. 6. Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz beantragten in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2021 bzw. Beschwerdevernehmlassung vom 14. Januar 2021 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Mit Verfügung vom 15. Januar 2021 hiess das Rechtsamt das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen teilweise gut und stellte ihnen das Vernehmlassungsbeilagenverzeichnis sowie das Dokument «Angaben zum Anbieter» der Beschwerdegegnerin (Formular 1, KBOB-Dokument Nr. 13 der Vernehmlassungsbeilage 10) zur Einsicht zu. 7. Mit Replik vom 25. Januar 2021 bestätigten die Beschwerdeführerinnen die mit Beschwerde vom 28. Dezember 2020 gestellten Rechtsbegehren. Zusätzlich beantragten sie, es sei ihnen ergänzend Akteneinsicht mit anschliessender Äusserungsmöglichkeit zu gewähren.

6 Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft bis 31. Juli 2021) 7 vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

4/40 8. Mit Dupliken vom 4. und 5. Februar 2021 besstätigten die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz ihre bisherigen Anträge. 9. Mit Verfügung vom 12. Februar 2021 hiess das Rechtsamt das ergänzende Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen teilweise gut und stellte ihnen die Vernehmlassungsbeilage 10 (mit Ausnahme des Dokuments «F.3

Fabrikate Definition») sowie die Vernehmlassungs- beilage 11 (mit Ausnahme des Kapitels «Bereinigung der Kosten») zur Einsicht zu. 10. Mit «Stellungnahme zur gewährten Akteneinsicht» vom 5. März 2021 bestätigten die Be- schwerdeführerinnen die mit Beschwerde vom 28. Dezember 2020 bzw. Replik vom 25. Ja- nuar 2021 gestellten Rechtsbegehren, insbesondere den Antrag auf Einsicht in den Evaluations- bericht des Fachplaners 'Lüftung'. 11. Mit der Reorganisation der GSI per 1. August 2021 wurde das Rechtsamt in das Gene- ralsekretariat überführt. Die Instruktion der Beschwerdeverfahren und die Erarbeitung von Be- schwerdeentscheiden erfolgt daher neu durch die Rechtsabteilung des Generalsekretariats (Art. 7 Abs. 1 Bst. m OrV GSI8 i.V.m. Art. 14a DelDV GSI9). Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

8 Verordnung vom 30 Juni 2021 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdi- rektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121) 9 Direktionsverordnung vom 17 Januar 2001 über die Delegation von Befugnissen der Gesundheits-, Sozial- und Integ- rationsdirektion (DelDV GSI; BSG 152.221.121).

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

5/40 II. Erwägungen 1. Sachurteilsvoraussetzungen 1.1. Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversiche- rung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG10). Als «Trägerin kantonalen Aufgaben» ist die Vorinstanz so- mit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB11).12 1.2. Angefochten ist vorliegend der Zuschlag im offenen Vergabeverfahren. Verfügungen betref- fend Zuschlag sind bei Erreichung der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder der tieferen kommunalen Schwellenwerte bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. b und e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG13). Diese Schwellen- werte sind vorliegend unbestrittenermassen erreicht (vgl. Anhang 2 der IVöB). Die GSI ist damit als die in der Sache zuständige Direktion zur Beurteilung der Beschwerde vom 28. Dezember 2020 zu- ständig (Art. 62 Abs. 1 Bst. d VRPG14 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). 1.3. Die GSI wendet das Recht von Amtes wegen an und entscheidet in der Sache, wenn die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 20a VRPG). 1.4. Betreffend die Beschwerdeführungsbefugnis sieht das Beschaffungsrecht keine Besonder- heiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG richtet.15 Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz als Anbieterinnen teilgenommen und sind durch die angefochtene Ver- fügung, mit welcher der Zuschlag an eine andere Anbieterin vergeben wurde, formell beschwert. 1.5. Damit auf die Beschwerde vom 28. Dezember 2020 eingetreten werden kann, müssen die Beschwerdeführerinnen von der angefochtenen Verfügung aber auch materiell beschwert, d.h. beson- ders berührt sein (Art. 65 Abs. 1 Bst. b VRPG). Eine materielle Beschwerde (bzw. besondere Berühmt- heit) ist in Vergaberechtsangelegenheiten nur zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerinnen «bei Gut- heissung der Beschwerde eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu

10 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) 11 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2) 12 Vgl. Gutachten Trüb/Zimmerli, Neue

Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) unter <https://www.gdk-cds.ch>; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 140 13 Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) 14 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 15 BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

6/40 kommen»¹⁶. Gefordert ist mit anderen Worten eine «reelle Chance auf den Zuschlag» im strittigen Beschaffungsverfahren. Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung, den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Verfahren und die Erteilung des Zuschlags an sich selbst sowie eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz.¹⁷ Zur Begründung führen sie im Wesentlichen auf, die Beschwerdegegnerin erfülle die Einigungskriterien nicht und habe kein spezifisches Logistikkonzept eingereicht, weswegen ihre Ausschreibungsunterlagen unvollständig seien. Zudem verletze das Vorgehen der Vorinstanz den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Rechtsgleichheitsgebot.¹⁸ Die Vorinstanz wendet ein, auch bei Ausschluss der Beschwerdegegnerin, Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung würden drei je 200 Punkte bewertete Angebote verbleiben. Zwischen mehreren gleichwertigen Angeboten könne die Vergabestelle nach pflichtgemässen Ermessen wählen. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen durch die Beschwerdeinstanz sei sehr unwahrscheinlich bzw. würde in unzulässiger Weise das Ermessen der Vergabestelle beschneiden. Daher wären die Chancen der Beschwerdeführerinnen auf den Zuschlag selbst bei Gutheissung des Eventualantrags keineswegs sehr hoch.¹⁹ Dazu ist Folgendes festzuhalten: Zur Begründung der Beschwerdelegitimation reicht es aus, wenn die Beschwerdeführerinnen substantiiert darlegen, dass sie bei einer Gutheissung der Beschwerde eine reelle Chance auf den Zuschlag hätten. Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde vom 28. Dezember 2020. Bei einem Ausschluss des (mit 360 Punkten bewerteten) Angebots der Beschwerdegegnerin wären die drei verbleibenden gleichwertigen Angebote neu zu bewerten.²⁰ Angesichts des Umstands, dass die Beschwerdeführerinnen vorliegend die gleich Anzahl Punkte erhalten haben wie die anderen beiden Anbieterinnen, hätten sie im Falle einer Neubewertung eine reelle Chance auf den Zuschlag. Demzufolge sind die Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung gegen die Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020 legitimiert. 1.6. Die Beschwerdeführerinnen führen gemeinsam Beschwerde, d.h. sie treten als Streitgenossinnen (aktive Streitgenossenschaft) auf. Die Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft ist als Verfahrens- oder Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 20a VRPG). Die Befugnis oder die Pflicht mehrerer Personen, in einem Verfahren Rechte gemeinsam geltend zu machen oder zu verteidigen, richtet sich sinngemäss nach den Vorschriften der ZPO²¹ (Art. 3 Abs. 1 VRPG). Die ZPO lässt die Streitgenossenschaft zur Erleichterung der Prozessführung recht weitgehend zu (einfache oder freiwillige bzw. nicht notwendige Streitgenossenschaft). Eine einfache Streitgenossenschaft

16 Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., S. 646 17 Beschwerde vom 28. Dezember 2020, Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 18 Beschwerde vom 28. Dezember 2020, Rz. 37 f. und 40 19 Beschwerdevernehmlassung vom S. 6 Ziff. 28 f. 20 Vgl. für die Bewertung der einzelnen Angebote: Vergabeantrag letzte Seite (Gesamtbewertung), Vorakten, Reg. 11, 21 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

7/40 kommt in Betracht, wenn die Rechte und Pflichten mehrere Personen auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Die Streitgenossenschaft ist eine notwendige, wenn mehrere Personen am Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann. In diesem Fall müssen sie ihre Rechte gemeinsam geltend machen bzw. gemeinsam belangt werden (Art. 70 Abs. 1 ZPO). Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht.²² Die Mitglieder eines übergangenen Konsortiums können solange nur gemeinschaftlich gegen den Vergabeentscheid Beschwerde führen, als dass der Vertrag zwischen der Vergabebehörde und dem berücksichtigten Anbieter nicht abgeschlossen ist, weil sie nur ein unteilbares Recht der Gesellschaft geltend machen können, d.h. dasjenige, den Zuschlag für die Beschaffung zu erhalten.²³ Vorliegend haben sich die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerin 2 als Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammengeschlossen, um gemeinsam zu offerieren.²⁴ Da der Vertrag zwischen der Vergabebehörde und der Beschwerdegegnerin noch nicht abgeschlossen worden ist, können die Beschwerdeführerinnen nach dem Geschriebenen nur gemeinschaftlich Beschwerde führen.

1.7. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert vom 17. Dezember 2020 und wurde am 18. Dezember 2020 eröffnet. Die Beschwerdefrist hat somit am Montag, 28. Dezember 2020 geendet (Art. 41 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 28. Dezember 2020 ist somit einzutreten.

1.8. Die GSI prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens), während die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung nicht überprüft wird (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Der GSI steht somit keine volle Kognition zu.

2. Streitgegenstand Beschwerden sind nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig. Dieser braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht darüber hinausgehen. Streitgegenstand ist, was die beschwerdeführende Partei anbegehrt und die Behörde nicht zugestehen will. Zur Bestimmung des Streitgegenstandes ist das Rügeprinzip massgebend. Konkret bezeichnen die Parteien den Streitgegenstand durch ihre Eingaben. Ausserhalb des Streitgegenstandes liegende Rügen sind unzulässig, auf sie ist nicht einzutreten.²⁵

²² Vgl. zum Ganzen: Daum, in: Herzog/Daum (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Auflage Bern 2020, Art. 13 Nrn 1 ff. und 10 ff. ²³ BGE 131 I 153 E. 5 ²⁴ Vgl. Beschwerde Ziff. II.3 ²⁵ vgl. zum Ganzen: Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 72 N. 12 ff. und Art. 25 N. 16

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

8/40 Vorliegend ist strittig, ob die Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfüllt und ob ihr Angebot vollständig ist. Die Beschwerdeführerinnen

verlangen den Ausschluss der Be- schwerdegegnerin vom Verfahren sowie die Erteilung des Zuschlags an sich selbst. Wie die Be- schwerdeführerinnen richtigerweise vorbringen,²⁶ hätte der Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Verfahren zur Folge, als dass diesfalls auch der Zuschlag aufgehoben werden und eine Neubewertung der Angebote durchgeführt werden müsste. Streitgegenstand und zu prüfen ist damit, ob die Be- schwerdegegnerin vom Verfahren auszuschliessen und, bei Bejahung dieser Frage, ob der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen ist. 3. Rüge der fehlenden Eignung der Beschwerdegegnerin 3.1. Argumentation 3.1.1 Mit Beschwerde vom 28. Dezember 2020 machen die Beschwerdeführerinnen geltend, ge- mäss Ausschreibung müsse der Gesamtumsatz der Unternehmung gemittelt mindestens 2-fach so gross sein wie die Angebotssumme für die vorgesehene Aufgabe. Die Angaben müssten sich aus- drücklich auf die Ressourcen in der anbietenden Geschäftseinheit / Filiale und dem Gewerk Lüftungs- anlagenbau beziehen. Dies gehe aus dem Formular 1 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13, S. 5) explizit hervor. Die Beschwerdegegnerin müsste damit bezogen auf den Fachbereich Lüftungsanlagenbau, welcher Gegenstand der Vergabe sei, mindestens einen gemittelten Jahresumsatz von CHF 12,2 Mio. aufweisen. Die Beschwerdegegnerin biete auch Dienstleistungen in den Fachbereichen Heizung & Kälte an, diese seien hier jedoch nicht relevant. Die Beschwerdegegnerin vermöge die erforderlichen personellen Ressourcen im Fachbereich Lüftungsanlagenbau mit der anbietenden Geschäftsein- heit / Filiale nicht aufzubringen. Sie könne das Projekt kaum «stemmen». Die Beschwerdegegnerin erfülle weder die Umsatzvorgaben noch sei sie mit der anbietenden Geschäftseinheit (Zweignieder- lassung Bern) grundsätzlich zur Ausführung des Auftrags geeignet. Die Beschwerdegegnerin erfülle demnach die Eignungskriterien nicht und hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Vorinstanz habe jedoch entgegen der Ausschreibungsvorgaben nicht (nur) die anbietende Geschäfts- einheit / Filiale Bern im Fachbereich Lüftungsanlagenbau als massgebend bewertet.²⁷ 3.1.2 Mit Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2021 erwidert die Beschwerdegegnerin, Zuschlags- empfängerin, Anbieterin und Partei sei die «D. ___AG,». Die Simap-Publikation vom [...] 2020 gehe vom „Gesamtumsatz der Unternehmung" aus. Folgerichtig sprächen die Bestimmungen zum Verga- beverfahren in Teil A, Seite 7 zum Thema der technischen Leistungsfähigkeit von der „Unterneh- mung". Erst die Ausführungen von Teil B, wo von der „anbietenden Geschäftseinheit/Filiale" die Rede

²⁶ Vgl. dazu auch Beschwerde vom 28. Dezember 2020 sowie Replik vom 25. Januar 2021, S. 3 Rz. 4 f. ²⁷ Beschwerde vom 28. Dezember 2020, S. 10 Rz. 37

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

9/40 sei, seien auf den ersten Blick widersprüchlich. Auch hier sei aber eine Einheit gefordert, die anbieten könne. Das könne nur eine rechtsfähige Person und nicht eine Zweigniederlassung sein. Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die Zweigniederlassung könne daher nicht gehört werden. Er müsse im Übrigen auch nicht gehört werden, weil die Zweigniederlassung auch für sich allein den nötigen Umsatz nachgewiesen habe. Sodann sei in der Tat bedauerlich, dass das Logistikkonzept keine Punkte erreicht habe. Offensichtlich sei es als Bestandteil der Zertifizierung im Rahmen von IMS / ISO 9001 für die Technische Bearbeitung sowie die Montage nicht beachtet worden. Dieser Punktierung sei allerdings nicht angefochten worden und demnach zu akzeptieren. Am Resultat ändere sich ohne- hin nichts.²⁸ 3.1.3 Mit Beschwerdevernehmlassung vom 14. Januar 2021 führt die Vorinstanz aus, anlässlich der

Öffnung der Angebote am 3. August 2020 seien in einem ersten Schritt die Angebote bereinigt worden. Soweit Dokumente gefehlt oder die Angebote offensichtliche Unstimmigkeiten enthalten hätten, sei den Anbietenden eine kurze Frist zur Nachreichung der fehlenden Dokumente bzw. zur Präzisierung der Unterlagen gewährt worden. Die Beschwerdegegnerin habe initial in Bezug auf den Nachweis des Jahresumsatzes widersprüchliche Angaben gemacht: Auf dem Formular 1 (KBOB-Dokument Nr. 13, S. 5) habe sie für das Jahr 2019 einen Umsatz von CHF 8 Mio. angegeben, wogegen in den Begleitdokumenten für die «D. ___AG» ein Umsatz von CHF 15 Mio. aufgeführt worden sei. Dementsprechend sei die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 10. September 2020 auf diesen Widerspruch hingewiesen und um Präzisierung der Unterlagen innert fünf Arbeitstagen aufgefordert worden. Am 17. September 2020 habe die Beschwerdegegnerin die geforderten Präzisierungen fristgerecht nachgeliefert. Aus dem präzisierten Formular 1 (KBOB-Dokument Nr. 13) sei nunmehr hervorgegangen, dass der im Jahr 2019 erwirtschaftete Jahresumsatz der Niederlassung Bern CHF 16 Mio. und derjenige der «D. Group» CHF 300 Mio. betrage. Als Eignungskriterium sei eine Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in dem der Ausschreibung vorangegangenen Jahr gefordert worden. Explizit seien Angaben zum Gesamtumsatz und nicht lediglich zum Umsatz bezogen auf den Fachbereich Lüftungsanlagenbau verlangt worden. Die «D. ___AG» habe dieses Eignungskriterium erfüllt.²⁹

3.1.4 Die Beschwerdeführerinnen entgegnen in ihrer Replik vom 25. Januar 2021, angesichts der wirtschaftlichen und geschäftlichen Selbständigkeit einer Zweigniederlassung könne mit dem für die Beurteilung des Angebots relevanten Umsatz nur derjenige Umsatz gemeint sein, welcher von der den Auftrag ausführenden Geschäftseinheit/Filiale erwirtschaftet werde. So laute das entscheidende Formular 1 «Angaben zum Anbieter» wie folgt:

28 Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2021, S. 7 Rz. 19 und S. 8 f. Rz. 23
Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz vom 14. Januar 2021, S. 6 Rz. 24

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

10/40 «Die Unternehmung hat im letzten Jahr folgenden Umsatz in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale erwirtschaftet: Jahr: ... Umsatz Total in CHF: ... Anzahl Projekte: ...» Gestützt auf diese klaren Vorgaben habe die Beschwerdegegnerin in ihrem per 29. Juli 2020 eingereichten Angebot korrekterweise den in der Zweigniederlassung Bern in der Geschäftseinheit 'Lüftung' erwirtschafteten Umsatz von CHF 8 Mio. angegeben. Damit sei die Beschwerdegegnerin völlig zu Recht davon ausgegangen, dass bei der vorliegenden Ausschreibung der in der anbietenden Filiale (Zweigniederlassung Bern) in der fraglichen Geschäftseinheit (Fachbereich Lüftung) erwirtschaftete Umsatz massgebend sei. Wenn die Beschwerdegegnerin nun im Nachhinein zu erklären versuche, es sei nun doch – entgegen den von ihr im Angebot gemachten Angaben – nicht die Geschäftseinheit/Filiale, sondern die juristische Person bzw. der Gesamtumsatz der «D. Group» massgebend, dann sei dies weder glaubhaft noch plausibel, sondern der unbehelfliche Versuch, nachträglich eine Eignung gemäss den vorgegebenen Eignungskriterien herbeizureden. Ebenfalls könne der Beschwerdegegnerin nicht gefolgt werden, wenn sie sich auf den Standpunkt stelle, mit 'Geschäftseinheit' könne nur eine rechtsfähige Person und nicht eine Zweigniederlassung gemeint sein. Für die Erfüllung des Auftrags sei die Rechtsform der Anbieterin unerheblich; andernfalls könnten letztlich nicht rechtsfähige Einzelunternehmen oder Kollektivgesellschaften gar nie anbieten und keinerlei öffentliche Aufträge ausführen. Zudem verhalte sich die Beschwerdegegnerin widersprüchlich: Im

gleichen Formular 1 «Angaben zum Anbieter» werde nämlich auch gefragt, über welche Ressourcen der Anbieter in der anbietenden Geschäftseinheit/Filiale verfüge. Hierzu habe die Beschwerdegegnerin eine Anzahl von 32 angegeben und zudem erwähnt, dass 2-8 Mitarbeiter (je nach Notwendigkeit) für diesen Auftrag freigestellt werden könnten. Die Beschwerdegegnerin werde kaum ernsthaft behaupten wollen, dass sich diese Angaben ebenfalls nur auf die (rechtsfähige) juristische Person und damit die «D. Group» als Ganzes beziehen würden. Tatsachenwidrig sei sodann die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Zweigniederlassung habe für sich allein den nötigen Umsatz nachgewiesen. Gemäss den von der Beschwerdegegnerin selber gemachten Angaben weise sie in der massgebenden Geschäftseinheit im relevanten Jahr lediglich einen Umsatz von CHF 8 Mio. (anstatt der erforderlichen CHF 12,2 Mio.) aus. Soweit die Beschwerdegegnerin einen Widerspruch in den Ausschreibungsunterlagen zwischen den Vorgaben in Teil A und Teil B geltend mache, sei sie nicht zu hören. Zum einen habe auch die Beschwerdegegnerin sehr wohl richtig erkannt, welche Umsatzangaben gefragt seien und diesbezüglich zutreffende Angaben gemacht (nämlich CHF 8 Mio. in der ZN Bern für den Fachbereich Lüftung), zum anderen wäre sie verpflichtet gewesen, einen allfälligen Widerspruch vor Ablauf der Einreichungsfrist durch eine Rückfrage bei der Vergabestelle zu klären, was sie offensichtlich nicht getan habe. Die von der Beschwerdegegnerin offenbar nachträglich gemachten Umsatzangaben würden nichts an der Notwendigkeit ihres Ausschlusses vom Verfahren ändern.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

11/40 Die Behauptung der Vorinstanz, der nachgefragte Umsatz habe sich nicht auf den Fachbereich zu beziehen, sei nicht plausibel: Mit der Angabe betreffend Umsatz und Ressourcen habe die Vergabestelle offensichtlich sicherstellen wollen, dass eine Anbieterin über die nötige Erfahrung und das nötige technische und wirtschaftliche Knowhow für die spezifische Aufgabe verfüge. Die Berücksichtigung sämtlicher Geschäftseinheiten oder Filialen einer Holding/Gruppe oder sämtlicher fachfremd erzielten Umsätze und Referenzen im Rahmen der Eignungsprüfung wäre nicht im Sinne der abzuklärenden Eignung für den Auftrag und würde durch die Bevorteilung grösserer Gruppenunternehmen zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung führen. Auch sei die Änderung eines Angebotes nach dessen Einreichung grundsätzlich unzulässig; lediglich offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler dürften gemäss Art. 25 Abs. 2 ÖBV berichtigt werden. Die im Angebot gemachten Umsatzangaben hätten aber weder Rechnungs- noch Schreibfehler enthalten. Die Vergabestelle überschreite ihr Ermessen, wenn sie ein Angebot im Rahmen einer 'Bereinigung' durch entsprechende Rückfragen vergleichbar mache, statt es von der Vergabe auszuschliessen. Die Aufforderung einzelner Anbieter, nach Ablauf der Frist Angebotsanpassungen vorzunehmen, um damit einen zwingend vorzunehmenden Ausschluss zu vermeiden, sei weder Aufgabe der Vergabestelle noch mit dem Transparenzgebot vereinbar. Aufgrund der Nichterfüllung zentraler Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen und damit aufgrund fehlender Eignung hätte die Beschwerdegegnerin vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV).³⁰ 3.1.5 Mit Duplik vom 4. Februar 2021 führt die Beschwerdegegnerin aus, sie habe nicht den Umsatz der gesamten Holdingstruktur angegeben – was unbestrittenermassen nicht angebracht wäre – sondern der Umsatz einer einzigen Aktiengesellschaft. Die dezentrale Organisation in verschiedene Zweigniederlassungen dürfe ihr nicht zum Nachteil ausgelegt werden. Die

Zweigniederlassung sei – anders als die Tochtergesellschaft in einer Holding Struktur – personell und funktionell eng verbunden mit der Aktiengesellschaft und könne somit auf ein umfassendes Know-How und Ressourcen zugreifen. Die wirtschaftliche Realität einer Zweigniederlassung, wie sie die Beschwerdegegnerin unter anderem in Bern habe, könne in keiner Weise mit einer einzelnen Kleinunternehmung der gleichen Grösse verglichen werden könne. Das der Zweigniederlassung zur Verfügung stehende Know-How müsse in die Eignungsbewertung einfließen. Angaben betreffend Eignung seien sodann nicht Bestandteil des konkreten Angebots. Vielmehr stelle das Umsatzvolumen eines Kandidaten ein objektives Kriterium dar, welches von einem Kandidaten ohnehin nicht nachträglich abgeändert werden könne. Umgekehrt wäre es überspitzt formalistisch, wenn eine Vergabebehörde Unklarheiten der Angebotsunterlagen nicht bereinigen würde.³¹

30 Replik vom 25. Januar 2021, S. 7 ff. Rz. 20 ff. 31 Duplik der Beschwerdegegnerin vom 4. Februar 2021, S. 4 Rz. 34 f.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

12/40 3.1.6 Mit Duplik vom 5. Februar 2021 erwidert die Vorinstanz, es handle sich nicht um eine nachträgliche Änderung des Angebots, sondern um eine aufgrund widersprüchlicher Angaben im Angebot erfolgte Bereinigung. Wegen unbedeutender Mängel einer Offerte dürfe ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Das Verbot des überspitzten Formalismus untersage eine rigorose Anwendung von Formvorschriften ohne sachliche Rechtfertigung. Daher sei den Anbietern vorab Gelegenheit zu geben, den ihnen vorgehaltenen Formmangel zu beheben. Ein Ausschluss erscheine etwa unverhältnismässig beim Fehlen von Bescheinigungen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-Leistungsverhältnis der Offerte auswirke. So empfehle auch der Leitfaden für Beschaffungsstellen des Kantons Bern vom 5. August 2015³² die Ansetzung einer kurzen Nachfrist (wenige Tage) zur Nachbesserung geringfügiger Mängeln, die sich nicht auf die Bewertung oder den Inhalt des Angebots (Preis-/Leistungs-/Risikogleichgewicht) auswirken würden, z.B. bei fehlenden Nachweisen oder Unterschriften. Bei unklaren Stellen im Angebot seien beim Anbieter Erläuterungen einzuholen (vgl. Ziff. 5.7.2 Leitfaden für Beschaffungsstellen). Sie sei entsprechend den Empfehlungen dieses Leitfadens vorgegangen und habe die Zuschlagsempfängerin aufgrund unklarer Angaben in der Offerte dazu aufgefordert, innert Frist von fünf Arbeitstagen mitzuteilen, welcher der beiden aufgeführten Gesamtumsätze nun korrekt sei. Dieser Aufforderung sei die Zuschlagsempfängerin fristgerecht nachgekommen und habe bestätigt, dass der Umsatz im Jahr 2019 für die massgebende Geschäftseinheit/Filiale in der Niederlassung Bern CHF 16 Mio. betragen habe. Im Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13 werde entgegen der Interpretation durch die Beschwerdeführerinnen gerade nicht der Umsatz spezifischer Fachbereiche der Anbieter nachgefragt. Explizit seien Angaben zum Jahresumsatz der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale gefordert worden und nicht eines einzelnen Fachbereichs. Ob diese Angaben aus Sicht der Beschwerdeführerinnen nun Sinn machen würden oder nicht, sei irrelevant. Es liege im Ermessen der Vergabestelle zu entscheiden, welche Angaben sie fordere und für die Beurteilung der Anbieter und der Angebote als geeignet erachte. Die Zuschlagsempfängerin habe das geforderte Eignungskriterium eines Jahresumsatzes von mind. CHF 12,2 Mio. der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale erfüllt.³³

3.1.7 Mit Stellungnahme vom 5. März 2021 zur gewährten Akteneinsicht führen die Beschwerdeführerinnen ergänzend aus, der Gesamtumsatz im Gewerk Lüftung (wie von der Beschwerdegegnerin in deren per Mail vom 17. September 2020 nachgereichten

Dokumentation verbrieft deklariert) sei mit CHF 8 Mio. zu gering. Diese Angabe stimme jedoch mit der Mannstärke der Lüftungsabteilung der «D. ___AG ZN Bern» gut überein. Das Nachfragen nach dem Umsatz entspreche offensichtlich keiner technischen Klärung, sondern sei lediglich erfolgt, um das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht

32 Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern, Leitfaden des Amtes für Informatik und Organisation der Finanzdirektion für Beschaffungsstellen (fortan: Leitfaden für Beschaffungsstellen), einsehbar unter Öffentliches Beschaffungswesen (Beschaffung) Finanzdirektion - Kanton Bern 33 Duplik der Vorinstanz vom 5. Februar 2021, S. 4 Rz. 10 Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

13/40 ausschliessen zu müssen. Die nachgereichten Angaben seien keine technischen Bereinigungen, sondern ein nachträgliches Anpassen der Offerte von der «D. ___ Zweigniederlassung Bern» auf die «D. ___AG Schweiz». Sie dürften somit nicht bewertet werden. Die Vorinstanz habe klare und strenge Vorgaben zur Kompetenz, Erfahrung und 'Schlagkraft' des zu berücksichtigenden Anbieters gemacht, welche dann aber in der Bewertung wegen dem tieferen Angebotspreis der «D. ___AG» bewusst – und vergaberechtswidrig – nicht in die Bewertung aufgenommen worden seien. Weiter entsprächen die innert der Offerteingabefrist bis Ende Juli 2020 von der Beschwerdegegnerin angegebenen Unternehmerreferenzen nicht in allen Teilen den Ausschreibungsvorgaben. Auch diesbezüglich habe die Vorinstanz im Rahmen der E-Mail vom 10. September 2020 offenbar um weitere Angaben ersucht. Im Rahmen der Eignungsprüfung (Bemerkungen zur Bewertung) werde erwähnt, dass im Submissionsdokument nur zwei vergleichbare Unternehmerreferenzen abgebildet seien; erst im nachgereichten Dokument H4 seien drei vergleichbare Unternehmerreferenzen aufgeführt. Die Nachreichung bzw. Berücksichtigung dieser verspätet eingereichten Angaben sei vergaberechtswidrig; das Angebot der Beschwerdegegnerin (auch) aus diesem Grund unvollständig und auszuschliessen.³⁴

3.2 Eignung und Eignungskriterien 3.2.1 Bei der Eignung stellt sich die Frage nach der Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass das konkrete Unternehmen, der konkrete Anbietende, den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmungen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erbringen. Bei der Wahl der Eignungskriterien hat die Vergabestelle der Art und dem Umfang des Auftrags Rechnung zu tragen. Die Eignungskriterien müssen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein.³⁵ Es dürfen nur objektive Kriterien zur Anwendung gelangen, welche insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden betreffen. Die Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden. Der Nachweis ist auf diejenigen Eignungskriterien zu beschränken, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter die geforderte Leistung erbringen kann. Aus Gleichbehandlungsgründen sind an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen. Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, ortsfremde Bewerberinnen und Bewerber von vornherein auszuschliessen oder zu benachteiligen, weshalb das Kriterium der Ortsansässigkeit als Eignungskriterium grundsätzlich unzulässig ist.³⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es grundsätzlich zulässig, zur Eig-

nungsprüfung den Nachweis von Referenzprojekten zu verlangen. Der Auftrags- und Leistungsbezug

34 Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zur gewährten Akteneinsicht vom 5. März 2021, S. 5 f. Rz. 9 ff. 35 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555., mit Hinweisen 36 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 588, mit weiteren Hinweisen

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

14/40 sei gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar seien. Je anspruchsvoller bzw. komplexer eine Leistung sei, desto höher dürften auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein.³⁷ 3.2.2 Der Vergabebehörde kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosser Ermessensspielraum zu.³⁸ Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. In Bezug auf die Formulierung der Eignungskriterien dürfen die Anbieter grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht, andernfalls muss sie das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschreiben, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie genügen müssen.³⁹ 3.2.3 Ein grosses Ermessen kommt der Vergabestelle nicht nur bei der Festlegung, sondern auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien zu, d.h. bei der konkreten Prüfung, ob die Eignung eines Anbieters gegeben ist. Dies gilt beispielsweise in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich steht etwa die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabebehörde.⁴⁰ 3.2.4 Im offenen Verfahren hat die Vergabebehörde (und auch die Beschwerdeinstanz) die Eignung und damit auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Anbieters grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingelegten Unterlagen zu prüfen. Es ist nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung eines Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen. Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Die Vergabebehörde bzw. die Beschwerdeinstanz hat entsprechende Hinweise zu überprüfen, aufgrund deren die ursprünglich angenommene Leistungsfähigkeit eines Anbieters nicht mehr bestehen könnte. Letztere muss nicht nur bei Einreichung der Offerte gegeben sein, sondern weiter bestehen bis zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. darüber hinaus bis zur vorgesehenen Ausführung des Auftrags. Die Vergabebehörde hat jederzeit die Möglichkeit, zusätzliche Abklärungen zu treffen und gegenüber einem Anbieter, der den Eignungskriterien

37 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 559 ff. 38 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 39 Vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 566, mit Hinweisen, BGE 141 II 14 E.

7.1, mit Hinweisen, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3596/2015 vom 3.

September 2015, Erwägung 4.3.6 40 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 564 f. sowie Rz. 608 und 611

15/40 nicht mehr genügt, den Ausschluss vom Verfahren oder den Widerruf des Zuschlags zu verfügen. Ist z.B. die Gültigkeit gewisser Bescheinigungen, die der Anbieter eingereicht hat, abgelaufen und bejaht die Vergabebehörde dessen ungeachtet und ohne diesbezüglich weitere Erkundigungen einzuholen, die Eignung, so stellt sie den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig fest. Auch aus dem Verhältnis- mässigkeitsprinzip kann sich eine Rückfragepflicht ergeben. So muss es mit Blick auf das Wirtschaft- lichkeitsgebot wohl zulässig sein, eine zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gegebene Eignung durch das nachträgliche Einreichen von Nachweisen zu belegen. Entsprechend hat die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter man- gels Eignung ausschliesst.⁴¹

3.3 Ausschluss vom Submissionsverfahren

3.3.1 Der Ausschluss von Anbietenden bzw. ihren Angeboten vom Submissionsverfahren ist für die Kantone in § 27 VRöB⁴² bzw. in den einzelnen kantonalen Submissionserlassen geregelt.⁴³ Eine Anbieterin oder ein Anbieter wird von der Teilnahme insbesondere dann ausgeschlossen, wenn sie oder er die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (§ 27 Bst. a VRöB) oder we- sentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, feh- lende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 27 Bst. h VRöB). Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber schliessen Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn diese ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV) oder wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV). Das Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen namentlich nicht, wenn es nicht fristge- recht eingereicht worden ist, nicht vollständig ist oder das Selbstdeklarationsblatt mit den verlangten Nachweisen fehlt (Art. 24 Abs. 2 ÖBV). Vergabebehörden sind grundsätzlich nicht nur berechtigt, son- dern verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submis- sionsverfahren auszuschliessen.⁴⁴

3.3.2 Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten (Min- dest-)Anforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden. Eine Kompensation durch eine Mehreignung bei einem anderen Eignungskriterium ist nicht möglich.⁴⁵ Festzuhalten ist,

⁴¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 573 ff., mit weiteren Hinweisen ⁴²

Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. No- vember 1994/15. März 2001 ⁴³

Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 433, mit Hinweisen ⁴⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner,

a.a.O., Rz. 435 ⁴⁵ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580 und 603, mit weiteren Hinweisen

16/40 dass formale Kriterien wie die Vollständigkeit oder die rechtsgültige Unterzeichnung des Angebots, zwingend einzuhaltende technische oder kommerzielle Bedingungen der Vergabestelle oder zwin- gende gesetzliche Grundvoraussetzungen bei richtiger Betrachtungsweise nicht die Eignung des An- bieters betreffen, obschon sie in der Praxis häufig ebenfalls unter diesem Titel geprüft werden. Nichts- destotrotz kann ihre

Missachtung ebenfalls zum Ausschluss führen.⁴⁶ 3.3.3 Der Verfahrensausschluss eines Anbieters, der einzelne Eignungskriterien nicht erfüllt bzw. den geforderten Eignungsnachweis nicht vollständig erbracht hat, ist gerechtfertigt: In einem vom Zürcher Verwaltungsgericht beurteilten Fall hatte die Vergabebehörde unterschieden zwischen Eignungskriterien administrativer, rechtlicher und technischer Natur. In administrativer Hinsicht wurde verlangt, dass das Angebot vollständig und korrekt sei und den in einem Anhang der Submissionsunterlagen separat umschriebenen Offertanforderungen entspreche. Bei den Eignungskriterien technischer Natur wurden u.a. geeignete Referenzen verlangt. Der Beschwerdeführer erfüllte diese Anforderungen nur ungenügend.⁴⁷ Das Verwaltungsgericht des Kantons Tessin beurteilte demgegenüber die Auftragsvergabe an einen Anbieter, der die in den Ausschreibungsunterlagen definierten Eignungskriterien (verlangt war die Eintragung in der Liste der für die Herstellung der geforderten Elektroinstallationen zugelassenen Unternehmen) nicht erfüllte, als rechtswidrig.⁴⁸ 3.4 Ergänzungen und Änderungen des Angebotes 3.4.1 Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es, dass die Vergabebehörde oder ein Submittent im Rahmen der Offertbereinigung ein Angebot ergänzt oder ändert. Vorbehalten bleibt die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern, wie Rechen- oder Schreibfehler, soweit darin nicht eine Benachteiligung der Mitbewerber liegt. Bei der Frage, ob ein bestimmter Anbieter geeignet ist, dürfen (für diesen positive) Tatsachen, die sich nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.⁴⁹ Auch sind Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes unzulässig. Aus dem Verhandlungsverbot ergibt sich das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde. Zulässig bleibt im Konkordatsbereich auf jeden Fall die Möglichkeit der Berichtigung nach § 28 Abs. 2 VRöB sowie der Einholung von Erläuterungen nach § 29 VRöB zur Eignung bzw. zu den Offerten. Auch aufgrund von Erläuterungsbegehren der Vergabestelle dürfen die betreffenden Anbietenden ihr Angebot nicht abändern, sondern nur Klärstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung liefern. Selbstverständlich darf die Offerte eines Anbieters nach Ablauf des Eingabetermins aufgrund

46 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 607, mit weiteren Hinweisen 47

Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 605, mit weiteren Hinweisen 48

Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 606, mit weiteren Hinweisen 49 Vgl.

Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 684 und 688

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

17/40 des Gleichbehandlungsgebots auch nicht mit Zustimmung der Vergabebehörde abgeändert werden.⁵⁰ Art. 25 Abs. 2 ÖBV sieht vor, dass nach Prüfung der Angebote lediglich offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler berichtigt werden dürfen. 3.4.2 Angebote, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind – wie hievordargelegt – grundsätzlich vom Verfahren auszuschliessen. Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen geringfügig sind oder der Ausschluss auf einen überspitzten Formalismus hinausläufe. Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss mithin eine gewisse Schwere aufweisen. Verhalten mit Bagatelldarakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss. Unter Umständen ist die

Vergabebehörde verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, da sich ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln des Angebotes rechtfertigt, und damit ein Ausschluss nicht überspitzt formalistisch ist.⁵¹ Nach der Praxis der BRK⁵² sowie des Bundesverwaltungsgerichts kann sich eine Vergabestelle u.U. einer Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Verbots des überspitzten Formalismus schuldig machen, wenn sie einen Anbietenden ohne vorgängige Rücksprache ausschliesst, weil sie der Auffassung ist, dessen Angebot leide an einem Formmangel. Der Ausschluss kann danach namentlich als unverhältnismässig bzw. überspitzt formalistisch erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt. Die Rücksprache darf aber nicht zur nachträglichen Änderung der Offerte führen.⁵³ 3.4.3 Das aus Art. 29 BV⁵⁴ abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der

50 Vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 707 sowie 710 ff., mit Hinweisen 51 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 446 f., mit Hinweisen 52 Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen 53 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 438 ff., mit Hinweisen 54 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

18/40 Offerte auswirkt. Demgegenüber ist der Ausschluss wegen nicht fristgerechter Einreichung von Eignungsnachweisen nicht zu beanstanden.⁵⁵ 3.4.4 Oft sind viele oder alle Angebote mehr oder weniger formell mangelhaft (z. B. fehlt eine Unterschrift oder ein Nachweis). Daraus ergibt sich ein Dilemma: Wegen dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Verhandlungsverbot (das auch Änderungen der Offerte ausschliesst) ist das Beschaffungsrecht grundsätzlich formstrenge. Angebote, die der Ausschreibung oder wesentlichen Formfordernissen nicht entsprechen, sind auszuschliessen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Oft wäre es jedoch unverhältnismässig, viele Angebote wegen kleiner Fehler auszuschliessen. Dies würde nicht nur zu einem unwirtschaftlichen Beschaffungsergebnis führen, sondern könnte auch «überspitzten Formalismus» und damit verfassungswidrige Willkür darstellen. Der Leitfaden für Beschaffungsstellen empfiehlt folgendes Vorgehen:⁵⁶

- Bei geringfügigen Mängeln, die sich nicht auf die Bewertung oder den Inhalt des Angebots (Preis-/Leistungs-/Risikogleichgewicht) auswirken, z. B. bei fehlenden Nachweisen oder Unterschriften, ist dem Anbieter eine kurze Nachfrist (wenige Tage) zur Nachbesserung anzusetzen.
- Bei schwereren oder inhaltlich relevanten Mängeln (z. B.

Nichtausfüllen einzelner verlangter Offertpositionen im Preisformular, Vorbehalte gegen eine in den Unterlagen vorgegebene Vertragsbestimmung) ist das Angebot vom Verfahren auszuschliessen. ■ Inhaltlichen Mängel, wie eindeutige Schreib- oder Rechnungsfehler, korrigiert die Vergabestelle selbst – eine Rückfrage beim Anbieter zur Absicherung ist aber sinnvoll. Zu Fehlern, die berichtigt werden können, gehören die falsche Addition der Einheitspreise oder falsche Multiplikation der Einheitspreise mit der Menge sowie widersprüchliche Angaben zu Einheitspreisen, wenn sich aus der Preisart oder der Ausschreibung klar ergibt, welcher Preis verbindlich sein soll. ■ Falls Stellen im Angebot unklar sind, holt die Vergabestelle beim Anbieter Erläuterungen ein. Inhaltliche Änderungen am Angebot dürfen aber nach der Offerteingabe nicht mehr vorgenommen werden, auch nicht auf dem Wege der Erläuterung. Bei kleinen formellen Fehlern ist eine kurze Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Bewertungsrelevante Mängel oder Lücken dürfen aber nicht mehr korrigiert werden.⁵⁷ 3.4.5 Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, handelt es sich beim Leitfaden für Beschaffungsstellen um eine Verwaltungsverordnung: Verwaltungsverordnungen richten sich an die mit dem Vollzug einer bestimmten öffentlichen Aufgabe betrauten Organe, insbesondere also an die Verwaltungsstellen.⁵⁵ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444, mit Hinweisen 56 Leitfaden für Beschaffungsstellen, S. 11 und 34 57 Leitfaden für Beschaffungsstellen, Ziff. 5.7.2, S. 34 f. Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

19/40 tungsbehörden. Sie statuieren keine neuen Rechte und Pflichten für Private, sondern bezwecken, Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Auslegung und Anwendung der Gesetze und Verordnungen durch die Verwaltung zu bieten. In Nachachtung dieses Zwecks berücksichtigen auch die Gerichte Verwaltungsverordnungen bei der Auslegung des inländischen Rechts, obschon Verwaltungsverordnungen für die Gerichte an sich nicht verbindlich sind. Vorausgesetzt wird dabei immerhin, dass die betroffene Verwaltungsverordnung eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt. Die Gerichte weichen nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen.⁵⁸ Der Leitfaden für Beschaffungsstellen vermittelt das für die Durchführung von öffentlichen Beschaffungen in Kantonen und Gemeinden notwendige Grundwissen. Er richtet sich an Einkäuferinnen und Einkäufer und an Personen, die beratend, unterstützend oder bewertend an öffentlichen Beschaffungen teilnehmen.⁵⁹ Der Leitfaden für Beschaffungsstellen statuiert somit keine neuen Rechte und Pflichten für Private, sondern bezweckt eine einheitliche und rechtsgleiche Auslegung und Anwendung der massgebenden rechtlichen Grundlagen. Zudem ist vorliegend kein triftiger Grund ersichtlich, welcher ein Abweichen von der im Leitfaden umrissenen Praxis bezüglich mangelhaften Angeboten rechtfertigen würde. Daher ist der Leitfaden für Beschaffungsstellen vorliegend in die Prüfung miteinzubeziehen. 3.5 Widerruf des Zuschlags Ausschlussgründe betreffen die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Verfahren. Diese Gründe sind nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabestelle zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten, oder wenn sich nachträglich etwa herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht

entspricht. Für den Widerruf des Zuschlags müssen aus Gründen der Rechtssicherheit strengere Voraussetzungen gelten als für den Abbruch des Verfahrens.⁶⁰

58 BGE 146 I 105 E. 4.1 59 Leitfaden für Beschaffungsstellen, Einleitung, S.6 60 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 548 ff., mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3596/2015 vom 3. September 2015, Erwägung 4.3.1 f.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

20/40 3.6 Würdigung 3.6.1 Die Vergabestelle hat vorliegend die Eignungskriterien in Ziff. 3.7 der Ausschreibung vom [...] 202061 wie folgt festgelegt: 3.7 Eignungskriterien aufgrund der nachstehenden Kriterien: Drei Referenzen über die Ausführung in den letzten 5 Jahren, mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten. Davon ist eine Referenz bezüglich Spital-, Labor- oder Forschungserfahrung und zwei Referenzen vergleichbarer Projekte mit einer Luftmenge >50'000m³/h. Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in den der Ausschreibung im vorangegangenen Jahr. Der gemittelte Jahresumsatz muss mindestens 2-fach so gross sein, wie die Angebotssumme für die vorgesehene Aufgabe. Diese Eignungskriterien gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibung vom [...] waren gemäss Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil A, Ziff. 3.162 wie folgt nachzuweisen: - Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in dem der Ausschreibung im vorangegangenen Jahr. - Drei Referenzen über die Ausführung in den letzten 5 Jahren, mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten. Davon ist eine Referenz bezüglich Spital-, Labor- oder Forschungserfahrung und zwei Referenzen vergleichbarer Projekte mit einer Luftmenge >50'000m³/h. - Aktuelle Auszüge aus dem Handelsregister und Betreibungsregister, gültige Versicherungsnachweise sowie Bestätigung des Sicherheitsgebers (Bank, Versicherung) über die Stellung einer Sicherheitsleistung. Dem Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B63 lässt sich diesbezüglich Folgendes entnehmen: Die Unternehmung hat im letzten Jahr folgenden Umsatz in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale erwirtschaftet: Jahr: Umsatz Total in CHF: Anzahl Projekte: 3.6.2 Betreffend die Frage, ob gemäss den Ausschreibungsunterlagen der «Gesamtumsatz der Unternehmung» oder der «Umsatz in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale» anzugeben war, ist Folgendes festzuhalten: - Eine Unternehmung / ein Unternehmen kann als «wirtschaftlich-rechtlich organisiertes Gebilde, in dem nachhaltig Ertrag bringende Leistungen erzielt werden» oder noch kürzer als «die durch

61 vgl. Publikation Ausschreibung SIMAP vom 12. Juni 2020, Vernehmlassungsbeilage/Vorakte Reg. 2, 62 vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil A, Beschwerdebeilage 10, S. 7 63 vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, Beschwerdebeilage 11, S. 5

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

21/40 wirtschaftliche Einheit gekennzeichnete Zusammenfassung von Arbeit und Kapital» definiert werden. Dem Unternehmen fehlt (wie auch dem Betrieb) die Rechtspersönlichkeit. Trägerin des Unternehmens ist (mit Ausnahme des Einzelunternehmens) eine Personen- oder Handelsgesellschaft.⁶⁴ - Eine Zweigniederlassung ist ein kaufmännischer Betrieb, der rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, und der in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt, wobei er über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt.⁶⁵ Eine Zweigniederlassung bildet zusammen mit dem Hauptsitz eine rechtliche Einheit und ist

selbst weder partei- noch prozessfähig.⁶⁶ Das Bundesgericht hat bereits mehrfach ausgeführt, dass daher bei Aufführung der Zweigniederlassung im Rubrum keine Zweifel über die Identität der Partei (Hauptunternehmung) bestehen könnten.⁶⁷ - Anstelle des Ausdrucks Zweigniederlassung wird in der Deutschschweiz oft auch der Begriff Filiale verwendet. In der welschen Schweiz bedeutet «filiale» aber „Tochtergesellschaft“.⁶⁸ Vorliegend ist der im KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B69 verwendete Begriff «Filiale» eher im Sinn von «Zweigniederlassung» als im Sinn von «Tochtergesellschaft» zu verstehen, da es sich um ein deutschsprachiges Dokument und ein in der Deutschschweiz durchgeführtes Verfahren handelt. Der Zuschlag wurde an die «D. ___AG» mit Adresse in Bern vergeben.⁷⁰ «D. ___AG» hat ihren Hauptsitz in St. Gallen und verfügt über zehn Zweigniederlassungen.⁷¹ Die «D. ___AG» ist eine Unternehmung im oben umschriebenen Sinn, nicht jedoch ihre Zweigniederlassungen/Filialen. Der Zuschlag wurde jedoch nicht an eine der Filialen/Zweigniederlassungen, sondern an die «D. ___AG» erteilt. Wie erwähnt, bestehen jedoch selbst bei Angabe einer Zweigniederlassung im Rubrum keine Zweifel über die Identität der Partei (Hauptunternehmung). Daher führt die Angabe der Adresse der Zweigniederlassung Bern nicht zur Ungültigkeit der Zuschlagsverfügung, sondern ist dahingehend zu verstehend, dass der Zuschlag der «D. ___AG», handelnd durch ihre Zweigniederlassung in Bern, erteilt wird. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Beschwerdegegnerin müsse bezogen auf den Fachbereich Lüftungsanlagenbau mindestens einen gemittelten Jahresumsatz von CHF 12,2 Mio. aufweisen. Diese Argumentation findet indessen keine Grundlage in den Ausschreibungsunterlagen: So wird in Ziff. 3.7 der am [...] 2020 publizierte Ausschreibung⁷² wie auch in Ziff. 3.1 des KBOB-Dokuments

64 Hubert Gmünder, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, in SSZR 2018 Bd. 29, Kap. 1, Rz. 16 f. und 26 65 BGE 117 II 85 E. 3 S. 87, mit Hinweisen 66 BGE 120 III 11 E. 1a S. 13 mit Hinweisen; Urteile 2C_642/2014 vom 22. November 2015 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 142 II 9; 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014 E. 2.5; 4A_27/2013 vom 6. Mai 2013 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 139 III 278; 4A_422/2011 vom 3. Januar 2012 E. 2.3.1 67 Urteile 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014 E. 2.5; 4A_27/2013 vom 6. Mai 2013 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 139 III 278; 4C.270/2003 vom 28. November 2003 E. 1.1 68 Vgl. Begriff » Zweigniederlassung 69 Vgl. Beschwerdebeilage 11, S. 5 70 Vgl. Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020, Beschwerdebeilage 1 71 Vgl. Handelsregisterauszug, einsehbar unter : [...], zuletzt eingesehen am 17. August 2021 72 vgl. Publikation Ausschreibung SIMAP vom 12. Juni 2020, Vernehmlassungsbeilage/Vorakte Reg. 2,

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

22/40 Nr. 13, Teil A73 eine «Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in den der Ausschreibung im vorangegangenen Jahr» verlangt, während im Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B74 vom «Umsatz in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale» die Rede ist. Zwar besteht auf den ersten Blick ein gewisser Widerspruch zwischen Ziff. 3.7 der Ausschreibung bzw. Ziff. 3.1 des KBOB-Dokuments Nr. 13, Teil A75 und dem Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B76, dieser Widerspruch bezieht sich jedoch auf die Frage, ob der «Gesamtumsatz der Unternehmung» oder der «Umsatz in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale» gefordert ist, und nicht auf die Frage, ob sich der anzugebende Umsatz auf einen bestimmten Fachbereich beschränken muss. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keine Vorgaben, wonach der Umsatz spezifischer Fachbereiche anzugeben wäre. Diese Auslegung entspricht im Übrigen auch der Auffassung der Vorinstanz, versteht sie doch das von ihr formulierte

Eignungskriterium ausdrücklich wie folgt: «Zu beachten ist, dass als Eignungskriterium eine Erklärung über den Gesamtumsatz der Unternehmung in dem der Ausschreibung vorangegangenen Jahr gefordert wurde. Es wurden explizit Angaben zum Gesamtumsatz verlangt, und nicht lediglich zum Umsatz bezogen auf den Fachbereich Lüftungsanlagenbau, wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet.»⁷⁷ «Auch wurde im Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13 eben gerade nicht der Umsatz spezifischer Fachbereiche der Anbieter nachgefragt, wie die Beschwerdeführerinnen die Ausschreibungsunterlagen fälschlicherweise interpretieren. Explizit wurden Angaben zum Jahresumsatz der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale gefordert, und nicht eines einzelnen Fachbereichs. Ob diese Angaben aus Sicht der Beschwerdeführerinnen nun Sinn machen oder nicht, ist für das vorliegende Verfahren irrelevant. Es obliegt allein der Vergabestelle und liegt in ihrem Ermessen zu entscheiden, welche Angaben sie fordert und für die Beurteilung der Anbieter und der Angebote als geeignet erachtet. Das geforderte Eignungskriterium eines Jahresumsatzes von mind. 12,2 Millionen der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale hat die Zuschlagsempfängerin erfüllt.»⁷⁸ Die Beschwerdeführerinnen setzen die «massgebliche Geschäftseinheit» mit dem «Fachbereich Lüftungsanlagenbau» gleich, wenn sie argumentieren, massgebend sei «der in der anbietenden Filiale (Zweigniederlassung Bern) in der fraglichen Geschäftseinheit (Fachbereich Lüftung) erwirtschaftete Umsatz.»⁷⁹ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, wird doch entweder der Gesamtumsatz der Unternehmung⁸⁰ oder der im letzten Jahr «in der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale» erwirtschaftete Umsatz⁸¹ nachgefragt: Auch bei letzterem wird jedoch die massgebende Geschäftseinheit mit einer Filiale und nicht mit einem speziellen Fachbereich gleichgesetzt, d.h. auch hier wird nicht der auf einen speziellen Fachbereich beschränkten Umsatz verlangt. Ohnehin würde eine Beschränkung des Eignungskriteriums «Gesamtumsatz» auf den Fachbereich Lüftungsanlagenbau wenig Sinn machen,

73 Vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil A, Beschwerdebeilage 10, S. 7 74 Vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, Beschwerdebeilage 11, S. 5 75 Vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil A, Beschwerdebeilage 10, S. 7 76 Vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, Beschwerdebeilage 11, S. 5 77 Beschwerdevernehmlassung vom 14. Januar 2021, Rz. 24 78 So ausdrücklich auch die Vorinstanz in ihrer Duplik vom 5. Februar 2021 S. 4 Rz. 10 79 Vgl. Replik vom 25. Januar 2021, S. 7 f Rz. 22 80 vgl. Publikation Ausschreibung SIMAP vom [...], Vernehmlassungsbeilage/Vorakte Reg. 2, KBOB-Dokument Nr. 13, Teil A, Beschwerdebeilage 10, S. 7 81 Vgl. KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, Beschwerdebeilage 11, S. 5

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

23/40 soll doch das Erfordernis eines Mindestumsatzes hauptsächlich sicherstellen, dass eine Unternehmung (als Ganzes) die notwendige finanzielle und kommerzielle Leistungsfähigkeit mitbringt.⁸² Die «D. ___AG» (Beschwerdegegnerin) hat zunächst auf dem Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 1383 für das Jahr 2019 einen Umsatz von CHF 8 Mio. angegeben. Hierbei handelt es sich offenbar um den auf den Fachbereich Lüftung entfallenden Umsatz der Zweigniederlassung in Bern.⁸⁴ Demgegenüber hatte die Beschwerdegegnerin in den Begleitdokumenten für die «D. ___AG Standort Bern» einen Gesamtumsatz von CHF 15 Mio. aufgeführt.⁸⁵ Auf dem am 17. September 2020 präzisierten Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 1386 hat die Beschwerdegegnerin schliesslich folgende Umsatzzahlen für das Jahr 2019 angegeben: - Lüftung Umsatz Total:

CHF: 8 Mio. - Niederlassung Bern Umsatz Total: CHF 16 Mio. - D. Group⁸⁷ Umsatz Total: CHF 300 Mio. Da nicht der auf den Fachbereich «Lüftung» entfallende Umsatz, sondern der Gesamtumsatz der Unternehmung (D. ___AG) bzw. der massgebenden Geschäftseinheit/Filiale gefordert war und bereits die Zweigniederlassung der «D. ___AG» in Bern mit einem Gesamtumsatz von CHF 15 Mio. (ursprüngliche Angabe) bzw. CHF 16 Mio. (Präzisierung) das betreffende Eignungskriterium Ziff. 3.7 Abs. 2 der Ausschreibung vom [...] 2020 erfüllt, erübrigen sich weitere Ausführungen zur Frage, ob der Umsatz der «D. ___AG» (Hauptunternehmung) oder lediglich der Umsatz der Zweigniederlassung Bern nachgefragt war. In Anbetracht dessen, dass eine Zweigniederlassung nicht partei- und prozessfähig, sondern rechtlich Teil der Hauptunternehmung ist, und das fragliche Eignungskriterium die notwendige finanzielle und kommerzielle Leistungsfähigkeit der Hauptunternehmung gewährleisten soll, erscheint es jedoch naheliegend, dass nicht der Umsatz der Zweigniederlassung Bern, sondern der Umsatz der Hauptunternehmung, d.h. der «D. ___AG» massgebend ist. Nichtsdestotrotz sind die Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt unklar. Jedoch muss im Fall widersprüchlicher Formulierungen den in der Ausschreibung vom [...] 2020 formulierten Eignungskriterien (Gesamtumsatz der Unternehmung) erhöhtes Gewicht zukommen gegenüber den in Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13 Teil B verlangten Nachweisen. Die Beschwerdeführerinnen bringen in diesem Zusammenhang auch vor, mit der Zweigniederlassung Bern vermöge die Beschwerdegegnerin die erforderlichen personellen Ressourcen im Fachbereich

82 vgl. BVGer B-2576/2017 vom 15. Dezember 2017 83 Vgl. Vorakten, Angebot der Beschwerdegegnerin 84 Vgl. auch E-Mail vom 17. September 2020, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 10 85 Vgl. Vorakten, Angebot der Beschwerdegegnerin, Dokument «D. Group vom 06.05.2020» S. 22 86 Vgl. auch E-Mail vom 17. September 2020, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 10 87 Gemäss Handelsregisterauszug handelt es sich bei der «D. Group» um die «D. ___ Holding AG» mit Hauptsitz [Adresse]

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

24/40 Lüftungsanlagenbau mit der anbietenden Geschäftseinheit / Filiale nicht aufzubringen und könne somit das Projekt nicht «stemmen».88 Sinngemäss machen die Beschwerdeführerinnen damit geltend, die anbietende Geschäftseinheit bzw. Filiale müsse selbst die Anforderungen an die personellen Ressourcen erfüllen. Diese Frage könnte sich dann stellen, wenn eine anbietende Filiale ein juristisch selbständiges Unternehmen ist, welches Ressourcen einer Konzernschwester oder -mutter einsetzen will, obwohl in den Ausschreibungsbestimmungen vorgesehen ist, dass unternehmensfremde personelle Ressourcen nicht oder nur in bestimmtem Umfang und nach offizieller Deklaration eingesetzt werden dürfen.89 Vorliegend ist diese Konstellation offensichtlich nicht gegeben: Bei der Beschwerdegegnerin («D. ___AG Standort Bern») handelt es sich nicht um ein rechtlich selbständiges Unternehmen, welches Ressourcen einer Konzernschwester oder der Konzernmutter einsetzen will, sondern um eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung mit Standort Bern. 3.6.3 Betreffend die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin habe unzulässigerweise nach Einreichung des Angebots ihre Umsatzzahlen abgeändert und ihre Unternehmerreferenzen ergänzt, ist Folgendes festzuhalten: Die Beschwerdegegnerin hatte zunächst auf dem Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 1390 für die «D. ___AG in Bern» einen Umsatz von CHF 8 Mio. angegeben, jedoch in den Begleitdokumenten für die «D. ___AG Standort Bern»

einen Gesamtumsatz von CHF 15 Mio. aufgeführt.⁹¹ Damit widersprechen sich die Umsatzangaben der Beschwerdegegnerin offensichtlich. Namentlich war nicht klar, ob die «D.____AG Standort Bern» nun einen Umsatz von CHF 8 Mio. oder CHF 15 Mio. aufwies. Daher hatte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 10. September 2020⁹² richtigerweise um Präzisierung der entsprechenden Angaben innert fünf Arbeitstagen ersucht. Auf dem am 17. September 2020 ergänzten Formular 1 KBOB-Dokument Nr. 13 hat die Beschwerdegegnerin die verlangte Klarstellung erbracht und für das Jahr 2019 für den Bereich «Lüftung» einen Gesamtumsatz von CHF 8 Mio., für die Zweigniederlassung Bern einen Gesamtumsatz von CHF 16 Mio. und für die «D. Group» einen Gesamtumsatz von CHF 300 Mio. angegeben. Wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführt, stellt das Umsatzvolumen eines Kandidaten ein objektives Kriterium dar, welches von einem Kandidaten nicht nachträglich abgeändert werden kann.⁹³ Auch vorliegend handelt es sich nicht um eine nachträgliche Änderung von Umsatzzahlen, sondern vielmehr um eine Klarstellung von Tatsachen, die bei Eingabeschluss bereits feststanden und nicht erst nach Ablauf des Eingabetermins entstanden sind. Die Klärung der widersprüchlichen Angaben hatte damit keinen Einfluss auf den Inhalt des Angebots der Beschwerdegegnerin oder dessen Bewertung.

88 Beschwerde vom 28. Dezember 2020, S. 10 Rz. 33, Replik vom 25. Januar 2021, S. 9 Rz. 28 89 vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4 90 Vgl. Vorakten, Angebot der Beschwerdegegnerin 91 Vgl. Vorakten, Angebot der Beschwerdegegnerin, Dokument «H.____ vom 06.05.2020» S. 22 92 Vgl. Vernehmlassungsbeilage 10 93 Vgl. Duplik vom 4. Februar 2021, S. 4 f. Rz. 36

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

25/40 Betreffend die nachträglich ergänzten Unternehmerreferenzen gilt grundsätzlich dasselbe: Die Beschwerdegegnerin hatte ursprünglich auf dem Formular 3 (KBOB-Dokument Nr. 13 Teil B) folgende Referenzen angegeben: Referenz 1 [...] 2018 Auftragssumme: 1'950'000.00 Referenz 2 [...] 2012/2013 Auftragssumme: 750'000.00 Referenz 3 [...] 2018 Die Nachweise zweier Referenzen vergleichbarer Projekte mit einer Luftmenge > 50'000m³/h fehlten jedoch. Mit E-Mail vom 10. September 2020⁹⁴ forderte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin auf, die Angaben betreffend Referenzen in Formular 3 mit Referenzblatt oder den geforderten Angaben zu ergänzen. Mit E-Mail vom 17. September 2020 lieferte die Beschwerdegegnerin die fehlenden Angaben und ergänzte die Dokumente; insbesondere ergänzte sie den Beschrieb der drei Referenzen und gab bei Referenzobjekt Nrn 1 und 2 die Luftmenge an.⁹⁵ Auch hier handelt es sich lediglich um eine Präzisierung bzw. Ergänzung bereits bestehender Tatsachen ohne inhaltliche Auswirkungen auf das Angebot: Die angegebenen Referenzobjekte bestanden bereits bei Einreichung der Offerte, jedoch fehlten einzelne Angaben. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich weder die nachträgliche Klärung der widersprüchlichen Umsatzzahlen noch die nachträglich ergänzten Unternehmerreferenzen auf die Bewertung oder den Inhalt des Angebots (Preis-/Leistungs-/Risikogleichgewicht) ausgewirkt haben. Klargestellt bzw. ergänzt wurden vielmehr Tatsachen, die bei Eingabeschluss bereits feststanden und nicht erst nach Ablauf des Eingabetermins entstanden sind. Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung sind nicht nur zulässig, sondern geboten. Die Vorinstanz war daher nicht nur berechtigt, sondern gehalten, die Beschwerdegegnerin um Klarstellung der widersprüchlichen Umsatzangaben sowie Ergänzung der fehlenden Angaben zu ersuchen. 3.6.4 Nach dem

Geschriebenen erweisen sich die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Die Beschwerdegegnerin ist somit nicht wegen fehlender Eignung bzw. unzulässiger nachträglicher Änderung ihres Angebotes aus dem Verfahren auszuschliessen.

94 Vgl. Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin, Vernehmlassungsbeilage/Vorakte Reg. 10, S. 1 f. 95 Vgl. Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin, Vernehmlassungsbeilage/Vorakte Reg. 10, S. 7

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

26/40 4. Rüge der Einreichung eines unvollständigen Angebotes 4.1. Argumentation 4.1.1 Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Beschwerdegegnerin habe für das spezifische Logistikkonzept (Material und Personenfluss zu und innerhalb der Baustelle) die Bewertung '0' erhalten. Dieses Kriterium sei gemäss Bewertungsskala demnach nicht beurteilbar gewesen, was nichts anders bedeuten könne, als dass die Beschwerdegegnerin kein spezifisches Logistikkonzept eingereicht habe. Damit habe sie offensichtlich nicht alle Kriterien erfüllt, was zum Ausschluss vom Verfahren führen müsse: Art. 24 Abs. 1 Bst. b OBV sehe zwingend vor, dass der Auftraggeber diejenigen Anbieter von der Teilnahme am Verfahren ausschliesse, deren Angebot den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspreche. Wesentlichen Formerfordernissen entspreche ein Angebot u.a. dann nicht, wenn es unvollständig sei oder verlangte Nachweise fehlen würden (Art. 24 Abs. 2 ÖBV).⁹⁶ 4.1.2 Die Beschwerdegegnerin erwidert, es sei in der Tat bedauerlich, dass ihr Logistikkonzept keine Punkte erreicht habe. Offensichtlich sei es als Bestandteil der Zertifizierung im Rahmen von IMS / ISO 9001 für die Technische Bearbeitung sowie die Montage nicht beachtet worden.⁹⁷ 4.1.3 Die Vorinstanz bringt vor, die Zuschlagsempfängerin habe beim Zuschlagskriterium «Referenz/Schlüsselpersonen» die Note 2 (ungenügende Erfüllung) und bei dem zum Zuschlagskriterium Organisation gehörenden Subkriterium «spezifisches Logistikkonzept Material- und Personenfluss zur und innerhalb der Baustelle» die Note 0 (Nicht beurteilbar) erhalten. Bei diesem Kriterium handle es sich jedoch nicht um Eignungs- sondern um Zuschlagskriterien, was aus der Ausschreibung Simap, Ziff. 2.10 hervorgehe. Die Nicht- oder Schlechterfüllung von Zuschlagskriterien habe im Unterschied zur Nichterfüllung von Eignungskriterien nicht den Ausschluss, sondern eine schlechtere Bewertung des Angebots zur Folge. Der Ausschluss eines Anbieters wegen nicht erfüllter Zuschlagskriterien wäre vergaberechtswidrig und daher nicht zulässig.⁹⁸ 4.1.4 Die Beschwerdeführerinnen erachten diese Argumentation als unzutreffend: Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe hervor, dass zwingend mit der Offerteingabe ein Logistikkonzept einzureichen sei (Teil A, KBOB-Dokument Nr. 8, S. 8 f., Beilage 10). Da die Zuschlagsempfängerin kein spezifisches Logistikkonzept eingereicht habe, habe sie offensichtlich nicht alle notwendigen Unterlagen eingereicht, was zum Ausschluss vom Verfahren führen müsse. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz unterscheide das bernische Beschaffungsrecht nicht zwischen fehlenden Nachweisen/Unterlagen, welche Eignungskriterien, und solchen, welche Zuschlagskriterien betreffen. Es gehe denn auch nicht primär um eine Nichterfüllung oder Schlechterfüllung eines Zuschlagskriteriums, sondern

⁹⁶ Beschwerde vom 28. Dezember 2020, S. 11 Rz. 38 f. ⁹⁷ Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2021, S. 9 Rz. 24 ⁹⁸ Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz vom 14. Januar 2021, S. 6 Rz. 26

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

27/40 um einen fehlenden, ausdrücklich nachgefragten Nachweis. Solche unvollständigen Angebote seien auszuschliessen und könnten auch nicht im Rahmen einer Offertbereinigung nachträglich vervollständigt werden. Das Vorgehen der Vorinstanz widerspreche klar den gesetzlichen Vorgaben und sei vergaberechtswidrig.⁹⁹ 4.1.5 Die Beschwerdegegnerin führt auf, ob ein fehlendes Logistikkonzept zum Ausschluss oder lediglich zu einer schlechten Bewertung führe, liege im Ermessen der Behörden. So habe es das Verwaltungsgericht Zürich als zulässig erachtet, bei einem Anbieter, welcher infolge Nichteinreichung der in der Ausschreibung verlangten Referenzliste aus dem Verfahren hätte ausgeschlossen werden können, auf den Anschluss zu verzichten und sein Angebot stattdessen unter dem Kriterium «Erfahrung» mit null Punkten zu bewerten. Zudem sei vorliegend das Logistikkonzept keine Unterlage, die zentrale Leistungen der Auftragserfüllung beschlagen würde. Anders wäre es, wenn es beispielsweise um eine Vergabe von Transporten gehen würde. Hier sei die Umsetzung des Auftrags aber nicht entscheidend vom Konzept der Logistik abhängig, und dass die Beschwerdegegnerin ihre Logistik auf einer Baustelle natürlich organisieren könne, würden die Beschwerdeführerinnen genauso wie die Fachleute der Vorinstanz wissen. Somit sei ein Ausschluss nicht zwingend, sondern liege im Ermessen der Vorinstanz. Dabei sei stets das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Verbot des überspritzten Formalismus zu beachten.¹⁰⁰ 4.1.6 Die Vorinstanz bringt vor, das Logistikkonzept sei als Subkriterium des Zuschlagskriteriums «Z4 Organisation» als Bestandteil des technischen Berichts einzureichen und sollte maximal eine A4-Seite umfassen.¹⁰¹ Bereits daraus sei ersichtlich, dass ein Fehlen dieses Konzepts kaum einen derart schwerwiegenden formellen Mangel darstelle, der einen seriösen Vergleich mit den übrigen Offerten verunmögliche und zwingend zum Ausschluss des Anbieters führen müsste. Das Logistikkonzept sei nicht Bestandteil der zu erbringenden ausgeschriebenen Leistungen, sondern diene der Vergabestelle lediglich zur Planung des voraussichtlichen Platzbedarfs für Materiallagerungen auf der Baustelle. Den Anbietern werde damit bereits im Vergabeverfahren die Gelegenheit eingeräumt, den geschätzten Flächenbedarf frühzeitig zu kommunizieren. Fehlende Angaben zur Logistik hätten somit keinen Einfluss auf die zu erbringenden Leistungen. Ein durchdachtes Logistikkonzept, welches einen optimalen Baufortschritt unterstütze, führe zu einer besseren Bewertung des Zuschlagskriteriums «Z4 Organisation». Die Unvollständigkeit des Angebots könne folglich schon deshalb nicht wesentlich sein, weil die Baustellenlogistik nicht vertragliche Leistung werde, sondern nur aus Plausibilisierungsgründen habe mitgeteilt werden müssen.¹⁰²

⁹⁹ Replik vom 25. Januar 2021, S. 10 Rz. 36; Vgl. Beschwerdebeilage 10, Teil A, KBOB-Dokument Nr. 8, S. 8 f., ¹⁰⁰ Duplik der Beschwerdegegnerin vom 4. Februar 2021, S. 5 Rz. 37 ¹⁰¹ Vgl. Beschwerdebeilage 11, Teil B, Formular 6, KBOB-Dokument Nr. 13, S. 14 ¹⁰² Duplik der Vorinstanz vom 5. Februar 2021, S. 4 Rz. 12 ff.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

28/40 4.1.7 Mit Stellungnahme vom 5. März 2021 führen die Beschwerdeführerinnen ergänzend aus, das zwingend einzureichende Logistikkonzept entspreche in der Ausschreibung einer Minimalanforderung an die Anbieter. Zudem sei aus dem Vergabeantrag vom 16. Dezember 2020 ersichtlich, dass auch das Vorgehenskonzept, die Fabrikate-Definition sowie die Angaben zu den Montagezeiten fehlen würden. Statt ein «Ja» müsse zwingend ein «Nein» eingesetzt werden. Alles andere sei tatsachen- und damit wahrheitswidrig; ein «Nein» in dieser Matrix müsse zwingend zum Ausschluss der Be-

schwerdegegnerin führen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV).¹⁰³ 4.2. Würdigung 4.2.1 In der Ausschreibung vom [...] 2020104 werden die Zuschlagskriterien unter Ziffer 2.10 wie folgt definiert: 2.10 Zuschlagskriterien Z1.1 Angebotspreis Gewichtung 60% Z2 Referenzen Schlüsselpersonen Gewichtung 20% Z4 Organisation Gewichtung 20% Die Nachweise der Zuschlagskriterien sind gemäss KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A: «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen» Ziffer 3.2105 wie folgt zu erbringen: Z2 Referenzen Schlüsselpersonen: Drei Referenzen der Schlüsselperson über die Ausführung in den letzten 10 Jahren, mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten (insbesondere bezüglich Spital-, Labor- oder Forschungser- fahrung). Es können auch Referenzobjekte angegeben werden, welche durch die Schlüsselperson bei einem früheren Arbeit- geber massgebend bearbeitet wurden oder aber bereits in den Referenzen der Unternehmung aufgeführt sind. Für die Anga- ben ist das Formular 4 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) zu verwenden. Als Schlüsselpersonen gelten Personen, welche bei der Vertragsabwicklung folgende Funktionen ausüben sollen: 1. Projektleiter 2. Chefmonteur / Leitender Monteur Z4 Organisation: Vertragsbezogenes Organigramm des Unternehmers mit Nennung der für die Vertragserfüllung vorgesehe- nen Personen und deren Funktion. Der Fokus der Funktion liegt in der technischen Projektbearbeitung und Realisierung in Bezug auf das Bauprogramm (Anzahl (Ressourcenausweisung), Führung und Kommunikation) Vorgehenskonzept Spezifisches Logistikkonzept Material- und Personenfluss zu und innerhalb der Bauteile. Als Beilagen gemäss Formular 6 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) einzureichen. Im KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A, wird unter Ziff. 2.1 «Nachweise»¹⁰⁶ Folgendes festgehalten: Die folgenden Nachweise werden nicht Vertragsbestandteile, sondern dienen lediglich dem Vergabeverfahren (ausgenommen die unten unter Ziffer 2.2 angekreuzten Dokumente). Es sind die vorgegebenen Formulare im Teil B (KBOB-Dokument Nr. 13) zu verwenden und einzureichen:

103 Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zur gewährten Akteneinsicht vom 5. März 2021, S. 4 Rz. 6 104 Publikation Simap vom 12. Juni 2020, Vorakten/Vernehmlassungsbeilagen 2 105 Beschwerdebeilage 10, KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A, S. 8 f. 106 KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A, S. 6 ff., Beschwerdebeilage 10

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

29/40 ■ Angaben zum Anbieter (Formular 1) ■ Selbstdeklaration (Formular 2) ■ Referenzen des Anbieters (Formular 3) ■ Referenzen Schlüsselperson(en) (Formular 4) ■ Technischer Bericht (Formular 6) - Vertragsbezogenes Organigramm des Unternehmers mit Nennung der für die Vertragserfüllung vorgesehenen Personen und deren Funktion - Vorgehenskonzept ■ Weitere Nachweise: - Spezifisches Logistikkonzept Material- und Personenfluss zu und innerhalb der Bauteile Unter Ziff. 2.2 «Unterlagen»¹⁰⁷ sind u.a. das Organigramm des Unternehmers und das spezifische Logistikkonzept angekreuzt. Sie werden daher zu Bestandteilen des vorgesehenen Werkvertrags und müssen als Bestandteile des Angebots (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13) zusammen mit dem Werk- vertrag und den Beilagen der Bauerschaft eingereicht werden. Aus dem KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B: «Angabe und Nachweise für Vergabeverfahren für Wer- kleistungen¹⁰⁸ geht hervor, dass zu den «Einzureichenden Unterlagen des Anbieters» ein «Spezifi- sches Logistikkonzept Material- und Personenfluss zu und innerhalb der Bauteile» gehört. Das spe- zifische Logistikkonzept ist wie das «vertragsbezogene Organigramm des Unternehmers» und das «Vorgehenskonzept» Bestandteil des «Technischen Berichts». Beide Konzepte dürfen höchstens je 1 A4-Seite umfassen.¹⁰⁹ Das Vorgehenskonzept sowie das spezifische

Logistikkonzept sind somit als «Beilagen» im Sinne von KBOB-Dokument Nr. 13 Teil B Formular 6110 wie auch als «Nachweise» im Sinne von Ziff. 2.1 des Kapitels 2 «Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung» einzureichen. Die Nachweise gemäss Ziff. 2.1 werden nicht Vertragsbestandteile, sondern dienen lediglich dem Vergabeverfahren. Demgegenüber werden die unter Ziff. 2.2 angekreuzten Unterlagen wie das «Spezifische Logistikkonzept Material- und Personenfluss zu und innerhalb der Baustelle» zu Bestandteilen des Werkvertrages. Insofern ist die Argumentation der Vorinstanz falsch, wonach die Baustellenlogistik nicht vertragliche Leistung werde. Für die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdegegnerin aufgrund des Fehlens des Logistikkonzeptes vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, ist dies jedoch unbeachtlich, da ein allfälliges Fehlen des Logistikkonzeptes erst bei Vertragsabschluss und nicht schon im Zeitpunkt des Zuschlags Bedeutung erlangt (d.h. erst ab dem Zeitpunkt, wenn ein solches Konzept gebraucht wird).

107 KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A, S. 6 ff., Beschwerdebeilage 10
108 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, S. 3, Beschwerdebeilage 11
109 KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B, Formular 6, S. 14, Beschwerdebeilage 11
110 KBOB-Dokument Nr. 8, Teil A, Kapitel 3.2 «Zuschlagskriterien», Unterkapitel «Nachweise Zuschlagskriterien» S. 8 f. Beschwerdebeilage 10

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

30/40 Aus dem Vergabeantrag vom 16. Dezember 2020/11 bzw. den darin enthaltenen «Bemerkungen zur Bewertung» geht hervor, wie die eingereichten Nachweise in die Bewertung eingeflossen sind: Beschwerdeführerinnen Bemerkungen zur Bewertung Nachweisdokumente alle vollständig eingereicht

Alle Eignungskriterien erfüllt Prüfung der Zuschlagskriterien:

Erfahrene Projektleiter und Chefmonteur

Organigramm umfassend und logisch Vorgehenskonzept auf das Projekt spezifisch ausgerichtet Beschwerdegegnerin Bemerkungen zur Bewertung Vorgehenskonzept fehlt Spezifisches Logistikkonzept fehlt

Fabrikatedefinition nicht ausgefüllt, Montagezeit nicht ausgefüllt

Alle Eignungskriterien erfüllt Im Submissionsdokument sind nur zwei vergleichbare Untermehrerreferenzen abgebildet, hingegen im nachgereichten Dokument H4 sind drei vergleichbare Untermehrerreferenzen aufgeführt. Prüfung der Zuschlagskriterien: Referenzprojekte der Schlüsselpersonen > eher kleinere Umbauten im Spitalbereich. Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt. Vorgehenskonzept fehlt > somit nicht beurteilbar 4.2.2 Zu prüfen ist, ob die fehlende Einreichung eines Logistik- und Vorgehenskonzeptes sowie der Umstand, dass die Fabrikatedefinition und Montagezeiten nicht ausgefüllt wurden, zum Ausschluss der Beschwerdegegnerin hätten führen müssen. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber schliessen Anbieterinnen oder Anbieter u.a. dann von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn diese ein Angebot einreichen, das wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Das Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen u.a. dann nicht, wenn es nicht vollständig ist (Art. 24 Abs. 2 ÖBV). Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Der Ausschluss kann als unverhältnismässig bzw.

überspitzt formalistisch erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt. Die Rücksprache darf aber nicht zur nachträglichen Änderung der Offerte führen.¹¹² Der Leitfaden für Beschaffungsstellen sieht vor, dass bei schwereren oder

¹¹¹ Vgl. Vorakten/Vernehmlassungsbeilage 11 ¹¹² Vgl. vorne Erwägungen 3.3. und 3.4 Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

31/40 inhaltlich relevanten Mängeln (z.B. Nichtausfüllen einzelner verlangter Offertpositionen im Preisformular, Vorbehalte gegen eine in den Unterlagen vorgegebene Vertragsbestimmung) das Angebot vom Verfahren auszuschliessen ist.¹¹³ Aus den Ausschreibungsunterlagen wie auch den Ausführungen der Vorinstanz¹¹⁴ geht hervor, dass sowohl die «Referenzen Schlüsselpersonen» (Z2) wie auch die «Organisation» (Z4) zu den Zuschlagskriterien zählen, wobei das Vorgehens- und spezifische Logistikkonzept (als Bestandteile des technischen Berichts) zum Zuschlagskriterium Z4 «Organisation» gehören,¹¹⁵ jedoch nicht die Eignung der Anbietenden betreffen. Die Stellung dieser Vorgaben unter dem Kapitel «Zuschlagskriterien» spricht ohne Zweifel dafür, dass diese Inhalte bei der Prüfung der Zuschlagskriterien beigezogen werden müssen. Ob beim Fehlen dieser Nachweise/Unterlagen ein wesentlicher Mangel vorliegt, welcher zum Ausschluss hätte führen müssen, bleibt zu prüfen. Der Vergabestelle steht jedoch ein erhebliches Ermessen zu bei der Bewertung der Zuschlagskriterien wie auch hinsichtlich des Entscheids, welche Nachweise wesentlich sind und welche nicht. Die Vorgehens- und Logistikkonzepte dienen weder dem Nachweis eines Eignungskriteriums noch beschlagen sie in irgendeiner Weise den Inhalt der Offerte. Vielmehr dienen diese Konzepte lediglich der Darstellung, wie die offerierte Leistung bzw. das Projekt konkret umgesetzt werden soll. Auch ist die Wichtigkeit dieser Konzepte bereits aufgrund ihres maximalen Umfangs von je einer A4-Seite als zweitrangig zu werten. Aus diesen Gründen stellt das Fehlen eines Vorgehenskonzeptes und eines spezifischen Logistikkonzeptes keinen derart schweren Mangel dar, der zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren führen müsste; insbesondere, da es sich nicht um einen inhaltlich relevanten Mangel wie etwa das Nichtausfüllen einzelner verlangter Offertpositionen im Preisformular handelt. Die Fabrikate-Definition sowie die Angaben zu den Montagezeiten wurden im Rahmen der formellen Prüfung bei den «Bemerkungen zur Bewertung» mit «nicht ausgefüllt» bezeichnet, obschon die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 17. September 2020 die Fabrikatliste auf Nachfrage der Vorinstanz ergänzt hatte.¹¹⁶ Diese Punkte betreffen ebenfalls weder die Eignung der Beschwerdegegnerin noch handelt es sich um einen inhaltlich relevanten Mangel. Aufgrund ihrer untergeordneten Wichtigkeit führen sie daher ebenfalls nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. In Würdigung aller Umstände und in Anbetracht des erheblichen Ermessensspielraums der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote stellen das fehlende Vorgehens- und Logistikkonzept wie auch die fehlenden Angaben zu den Montagezeiten keine derart schweren Mängel dar, welche zwingend den Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren zur Folge

¹¹³ vgl. vorne Erwägung 3.4.4 ¹¹⁴ Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz vom 14. Januar 2021, S. 6 Rz. 26; Duplik der Vorinstanz vom 5. Februar 2021, S. 4 Rz. 12 f. ¹¹⁵ vgl. Erwägung 4.2.1 hievore ¹¹⁶ Vgl. Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 10, F3 S. 9 ff.

32/40 haben müssten. Die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich daher als unbegründet. 5. Rechtsgleichheitsgebot 5.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vergabestelle verhalte sie sich nicht nur rechtswidrig, sondern verletze auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden sowie das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV), indem sie keinen Ausschluss der Zuschlagsempfängerin verfügt habe, während die «G.____» vom Verfahren ausgeschlossen worden sei und zwar mit folgender Begründung: «Muss wegen nicht vollständig ausgefülltem Angebot und nicht Erfüllen der Eignungskriterien ausgeschlossen werden».117 Die «G.____» habe wie die Beschwerdegegnerin diverse nachgefragte Dokumente – insbesondere das spezifische Logistik- und Vorgehenskonzept – nicht eingereicht. Völlig zu Recht habe die Vorinstanz bei der «G.____» den Ausschluss explizit (auch) aufgrund des nicht vollständig ausgefüllten Angebots verfügt. Der fehlende Ausschluss der Beschwerdegegnerin sei damit nicht nur vergabewidrig, sondern verstosse auch gegen das Rechtsgleichheitsgebot.118 Die Vorinstanz hält entgegen, es wäre an der «G.____» gelegen, den Ausschluss anzufechten, was sie nicht getan habe. Die Beschwerdeführerinnen seien von diesem impliziten Ausschluss jedoch nicht berührt, insofern fehle es an einem schutzwürdigen Interesse und somit an der Beschwerdelegitimation zur diesbezüglichen Rüge. Der Ausschluss der «G.____» könne somit nicht Streitgegenstandesvorliegendes Beschwerdeverfahrens sein.119 5.2. Der von den Beschwerdeführerinnen angerufene Rechtsgleichheitsgrundsatz nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen.120 Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots hat die Überprüfung von Eignungskriterien bei allen Anbietern nach den gleichen Massstäben zu erfolgen. Das Gleichbehandlungsgebot im Rahmen der Eignungsprüfung ist namentlich dann verletzt, wenn die Vergabestelle einen Anbieter deswegen nicht berücksichtigt, weil er ein bestimmtes Eignungskriterium nicht erfüllt, sie aber bei einem anderen Anbieter, der sich nicht in erheblicher Weise vom ausgeschlossenen An-

117 vgl. Beschwerde vom 28. Dezember 2020, S. 11 Rz. 40 118 vgl. Stellungnahme zur gewährten Akteneinsicht vom 5. März 2021, S. 5 Rz. 8 119 Beschwerdevernehmlassung vom 14. Januar 2021, Rz. 27 120 Statt vieler: BGE 136 I 17 E. 5.3

33/40 bieter unterscheidet, über diese Nichterfüllung hinwegsieht. Auch ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung bei einem oder mehreren als geeignet bezeichneten Anbietern bedeutet einen Verstoss gegen die Gleichbehandlungspflicht.121 5.3. Aus dem Vergabeantrag vom 16. Dezember 2020122 bzw. den darin enthaltenen «Bemerkungen zur Bewertung» lässt sich betreffend die Beschwerdegegnerin sowie die «G.____» Folgendes entnehmen: Beschwerdegegnerin Bemerkungen zur Bewertung

Vorgehenskonzept fehlt Spezifisches Logistikkonzept fehlt

Fabrikatedefinition nicht ausgefüllt, Montagezeit nicht ausgefüllt

Alle Eignungskriterien erfüllt Im Submissionsdokument sind nur zwei vergleichbare Untemehrerreferenzen abgebildet, hingegen im nachgereichten Dokument H4 sind drei vergleichbare Untemehrerreferenzen aufgeführt. Prüfung der Zuschlagskriterien: Referenzprojekte der Schlüsselpersonen > eher kleinere Umbauten im Spitalbereich. Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt. Vorgehenskonzept fehlt> somit nicht beurteilbar G.____ Bemerkungen zur Bewertung

Nachweise Referenzen Schlüsselpersonen fehlen

Vertragsbezogenes Organigramm fehlt

Vorgehenskonzept fehlt, spezifisches Logistikkonzept fehlt, Fabrikate sind nicht alle ausgefüllt Angebot: 5.699.593,20, Umsatz 7.7 Mio. CHF Minimal geforderter Umsatz: 2 x 5.699.593,20 = ca. 11 Mio.

Minimalanforderungen sind nicht erfüllt ->nicht geeignet Referenzen erfüllen die minimalen Anforderungen nicht (zu klein oder nicht vergleichbar in der Aufgabenstellung) Eignungskriterien nicht erfüllt, keine Prüfung der Zuschlagskriterien 5.4. Somit hat die Beschwerdegegnerin gemäss Vergabeantrag zwar kein Vorgehens- und Logistikkonzept eingereicht und die Fabrikatedefinition sowie die Angabe der Montagezeiten nicht ausgefüllt, erfüllt aber alle Eignungskriterien. Demgegenüber fehlen bei der «G.____» zusätzlich die «Nachweise Referenzen Schlüsselpersonen». Insbesondere aber erreicht die «G.____» lediglich einen Umsatz von CHF 7.7 Mio. statt der erforderlichen CHF 11 Mio. Sie erfüllt damit – im Gegensatz zu der Beschwerdegegnerin – ein Eignungskriterium nicht. Zudem erfüllen die Referenzen der «G.____» die

121 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 568, mit weiteren Hinweisen 122 Vgl. Vergabeantrag, Vernehmlassungsbeilage/Vorakten Reg. 11

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

34/40 minimalen Anforderungen nicht. Die Angebote der «G.____» und der Beschwerdegegnerin unterscheiden sich somit in wesentlichen Punkten. Nach dem Geschriebenen war die Vorinstanz nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Angebote der Beschwerdegegnerin und der «G.____» differenziert zu bewerten. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet. 6. Rechtliches Gehör 6.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts dürfe nicht dazu führen, dass es faktisch verunmöglicht werde, einen Zuschlag mangels relevanter Informationen sachgerecht anzufechten. Die Vergabestelle müsse den Zuschlag mit einer ausreichenden Begründung versehen, aus der nachvollziehbar hervorgehe, weshalb die von ihr berücksichtigte Unternehmung den Zuschlag erhalten habe. Stütze sich die Vergabestelle auf ein Bewertungsschema, so habe sie dieses sämtlichen Verfahrensbeteiligten zusammen mit dem Zuschlag zu eröffnen. Aus der Bewertung müsse sich schlüssig ergeben, aus welchen Gründen die nicht berücksichtigte Anbieterin bei einzelnen Kriterien schlechter abgeschnitten habe als der Zuschlagsempfänger. Ebenso sei die Prüfung der Eignungskriterien nachvollziehbar und transparent zu machen. Dies sei vorliegend nicht erfolgt. Angesichts der mangelhaften Begründung der angefochtenen Verfügung sowie der weitestgehend verweigerten Akteneinsicht sei es nicht möglich, die Plausibilität und damit die Rechtmässigkeit der Bewertung der anderen Anbieter abschliessend zu überprüfen. Dies betreffe nicht nur die Bewertung der Zuschlagskriterien, sondern insbesondere auch

die Beurteilung der Eignungskriterien.¹²³ Die Vorinstanz erwidert, im kantonal bernischen Vergabeverfahren sei es zulässig und üblich, die Zuschlagsverfügung nur kurz zu begründen. Die kurze Begründung der Verfügung könne schriftlich oder mündlich auf Antrag der Anbieterin im nachfolgenden Debriefing oder durch eine eingehendere Begründung im Beschwerdeverfahren ergänzt werden. Ein solches mündliches Debriefing habe am 23. Dezember 2020 zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin stattgefunden, wie auch die Beschwerdeführerinnen bestätigen würden. Dabei seien ihnen die Gründe für den Zuschlag an die berücksichtigte Anbieterin eingehend erläutert worden, womit die Beschwerdeführerinnen über eine vollständige Kenntnis der Sachlage verfügt hätten.¹²⁴ 6.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet die Begründung staatlicher Entscheide. Dem entsprechend muss eine Verfügung ausdrücklich die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe, auf die sie sich stützt, enthalten (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung soll der oder dem Betroffenen einerseits die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, welche für die entscheidende Behörde massgeblich waren. Andererseits soll die oder der Betroffene in die Lage versetzt werden, den

123 Beschwerde vom 28. Dezember 2020, S. 8 Rz. 28 und S. 12 Rz. 44 124

Beschwerdevernehmlassung vom 14. Januar 2021, S. 6 Rz. 16 und 17

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

35/40 Entscheid «sachgerecht» anzufechten. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sie ihren Entscheid stützt.¹²⁵ Grundsätzlich führt eine Verletzung der Begründungspflicht, die zugleich einen Verstoß gegen den Gehörsanspruch bedeutet, zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Jedoch kann eine Gehörsverletzung von der oberen Instanz geheilt werden, wenn dieser hinsichtlich der interessierenden Frage die gleiche Überprüfungsbefugnis zukommt. Für die Betroffenen darf daraus kein Nachteil resultieren.¹²⁶ In den Kantonen werden unterschiedliche Anforderungen an die Begründung von Vergabeverfügungen im Allgemeinen und an die Begründung des Zuschlags im Speziellen gestellt. Nach Art. 13 Bst. h IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen die (Mitteilung und) kurze Begründung des Zuschlages zu gewährleisten.¹²⁷ 6.3. Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2020 enthält zusammen mit dem Begleitschreiben vom 17. Dezember 2020 zwar lediglich eine rudimentäre, kurze und stichwortartige Begründung der Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin, jedoch hat gemäss unwidersprochenen Angaben der Vorinstanz am 23. Dezember 2020 ein Debriefing mit eingehender mündlicher Begründung der Zuschlagsverfügung stattgefunden, was gegen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs spricht. Zudem hat sich die Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren in der Beschwerdevernehmlassung und der Duplik mehrfach eingehend zu den Gründen des Zuschlages geäußert. Den Beschwerdeführerinnen wurde Akteneinsicht gewährt und sie haben jeweils Gelegenheit erhalten, zu den Ausführungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin wie auch der gewährten Akteneinsicht umfassend Stellung zu nehmen, was sie auch getan haben. Der Beschwerdeinstanz steht hinsichtlich der vorliegend hauptsächlich zu prüfenden Frage – Rechtmässigkeit des fehlenden Ausschlusses der Beschwerdegegnerin – die volle Kognition zu.¹²⁸ Eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen wäre somit im

vorliegenden Beschwerdeverfahren ohne- hin geheilt worden. 7. Wiederholtes Gesuch um Akteneinsicht in Evaluationsbericht 7.1. Mit Replik vom 25. Januar 2021 haben die Beschwerdeführerinnen die Beschwerdeinstanz um ergänzende Akteneinsicht ersucht. Sie verlangten Einsicht in die Evaluationsberichte, und zwar

125 BGer, Urteil 6P.55/2001/6S.267/2001 vom 26.6.2001 E. 1a mit Hinweisen; BGE 133 I 270 E. 3.1; 129 I 232 E. 3.2 126 Daum, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 52 N. 9 127 Vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 1247 ff. 128 Das Vorliegen der geforderten Eignungskriterien führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren, insoweit handelt es sich um eine Rechtsfrage und hat die Vergabestelle kein Ermessen, vgl. auch Erwägung 1.8 hievor

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

36/40 sowohl in denjenigen des Fachplaners 'Lüftung' wie auch - soweit ein solcher vorhanden sei - in den- jenigen des Gesamtprojektleiters. Diese würden Aufschluss über die Bewertung der von den Be- schwerdeführerinnen als nicht erfüllt gerügten Eignungs- sowie Zuschlagskriterien geben. Dass Ein- sicht in die Evaluationsberichte zu gewähren sei, entspreche ständiger Praxis der angerufenen Be- schwerdeinstanz.129 7.2. Mit Verfügung vom 12. Februar 2021 hat das Rechtsamt festgehalten, dass zu diesem Punkt keine Akteneinsicht gewährt werden könne, weil es für die Vorinstanz wie auch für das Rechtsamt nicht ersichtlich sei, auf welches Dokument die Beschwerdeführerinnen Bezug neh- men bzw. welche Unterlagen genau eingesehen werden möchten. 7.3. Mit Stellungnahme zur gewährten Akteneinsicht vom 5. März 2021 haben die Beschwerdeführerinnen ihren Antrag auf Einsicht in den Evaluationsbericht des Fachplaners 'Lüftung' aus- drücklich bestätigt. Es erstaune sie, dass unklar sein soll, in welchen Evaluationsbericht des Fach- planers 'Lüftung' die Beschwerdeführerinnen Einsicht verlangen. Es sei notorisch, dass bei Pro- jekten in der Grössenordnung wie dem vorliegenden die Offerten jeweils durch die jeweiligen Fachplaner, vorliegend den Fachplaner 'Lüftung', evaluiert und sodann zuhanden der Gesamtpro- jektleitung ein Bericht erstellt und sowie Antrag gestellt werde. Es liege auf der Hand, dass dieser Bericht im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen entscheiderelevant sei und die Beschwerdeführerinnen entsprechend Anspruch auf Einsicht hätten. Der entspre- chende Antrag auf Einsicht in diesen Bericht/Antrag des Fachplaners 'Lüftung' werde daher hiermit ausdrücklich aufrechterhalten.130 7.4. Ein «Evaluationsbericht des Fachplaners Lüftung» oder ähnliches Dokument findet sich, wie bereits in der Verfügung vom 12. Februar 2021 Erw. 10 erwähnt, nicht in den Vorakten. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass die Vorakten unvollständig sind, dies auch vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz ausdrücklich gehalten war, die vollständigen Vorakten einzureichen, das Vorhanden- sein eines solchen Berichts jedoch ebenfalls bestreitet. Auf den bereits beurteilten und erneut gestell- ten Antrag auf Akteneinsicht in den «Evaluationsbericht des Fachplaners Lüftung» ist daher mangels Vorhandenseins eines solchen Berichts und mangels schutzwürdigen Interesses nicht einzutreten. 8. Aufschiebende Wirkung und Verbot des Vertragsschlusses 8.1. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei (superprovisorisch) sicherzustellen, dass bis zum Abschluss des vorliegenden Ver- fahrens jegliche Vollzugsvorkehrungen unterbleiben würden, insbesondere ein Vertragsabschluss der

129 Replik vom 25. Januar 2021, S. 2 Rechtsbegehren Nr. 2 und S. 5 f. Rz. 12 130 Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zur gewährten Akteneinsicht vom 5. März

2021, S. 2 Rechtsbegehren Nr. 1 und S. 3 Rz. 4

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

37/40 Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin.¹³¹ Mit prozessleitender Verfügung vom 31. Dezember 2020 hat das Rechtsamt festgehalten, dass bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin von Gesetzes wegen nicht abgeschlossen werden dürfe (vgl. Dispositiv-Ziffer 3 sowie Art. 14 Abs. 1 IVÖB i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst. c ÖBV). 8.2. Die instruierende Behörde kann auf Antrag oder von Amtes wegen vor dem Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides vorsorgliche Massnahmen anordnen (vgl. Art. 27 VRPG). Vorsorgliche Massnahmen bezwecken, einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie sollen eigenmächtige Veränderungen der Sach- und Rechtslage – das Schaffen vollendeter Tatsachen – verhindern und so die angestrebte tatsächliche Überprüfung von Rechtsverhältnissen sicherstellen (sog. einstweiliger Rechtsschutz). Mit vorsorglichen Massnahmen wird vermieden, dass Rechtsschutz nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile erlangt werden kann oder gar illusorisch wird. Die Anordnungen gelten damit nur vorläufig, bis die Rechtslage mit dem späteren Hauptsachentscheid, allenfalls abweichend vom einstweiligen Rechtsschutz, definitiv geregelt wird.¹³² Die Suspensivwirkung ist eine Form des einstweiligen Rechtsschutzes. Die aufschiebende Wirkung und die übrigen Formen des einstweiligen Rechtsschutzes können einander ersetzen oder ergänzen.¹³³ Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels hält das streitige Rechtsverhältnis in der Schwebe. Sie verhindert, dass von einem begünstigenden Verwaltungsakt (z.B. einer Bewilligung) Gebrauch gemacht werden kann, bevor er in (formelle) Rechtskraft erwachsen ist.¹³⁴ 8.3. Sowohl die aufschiebende Wirkung als auch die vorsorgliche Massnahme (Verbot des Vertragsschlusses) regeln als Formen des einstweiligen Rechtsschutzes nur den vorläufigen Zustand während der Rechtshängigkeit des Verfahrens. Sie können daher nur für die Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens angeordnet werden. Da vorliegend ein das Beschwerdeverfahren abschliessender Entscheid in der Sache ergeht, sind sowohl das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme als auch die Frage der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 28. Dezember 2020 (Rechtsbegehren Ziff. 3) um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie der einstweiligen Unterbindung von Vollzugsvorkehrungen ist daher als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG). 9. Kosten 9.1 Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und

¹³¹ Beschwerde vom 28. Dezember 2020, Rechtsbegehren Ziff. 3 ¹³² Daum/Rechsteiner, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 27 N. 1 ¹³³ Daum/Rechsteiner, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 68 N. 6 ¹³⁴ Daum/Rechsteiner, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 27 N. 11

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

38/40 Art. 4 Abs. 2 GebV¹³⁵). Die Verfahrenskosten 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). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine

Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Vorliegend unterliegen die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich. Aus diesem Grund sind ihnen die gesamten Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 1'500.00 (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GebV), aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). 9.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das 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 PKV136). 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 KAG137). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV). Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliehenden

135 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21) 136 Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) 137 Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

39/40 Privaten aus unlauteren Gründen anfight (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).138 Beim vorliegenden Ausgang gelten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin als obsiegend. Die Vorinstanz hat als Private in Erfüllung ihrer übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser Regel abzuweichen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht mit Kostennote vom 28. April 2021 eine Parteientschädigung von CHF 7'639.45 geltend (Honorar: CHF 6'886.65, Auslagen: CHF 206.60; 7.7 % MwSt: 546.20). Ein Zuschlag für die Wahrung bedeutender vermögensrechtlicher Interessen, wie ihn Art. 11 Abs. 2 PKV vorsieht, kommt vorliegend nicht in Frage, weil es in submissionsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nicht unmittelbar um vermögensrechtliche Interessen geht, zumal nicht das Zusprechen einer bestimmten Geldsumme verlangt wird.139 Die Beschwerdegegnerin ist

mehrwertsteuerpflichtig¹⁴⁰ und kann deshalb die von ihren Rechtsvertretern auf sie überwältigte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen.¹⁴¹ Die Schwierigkeit des vorliegenden Prozesses wie auch der gebotene Aufwand sind als durchschnittlich zu werten. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostenersatz von insgesamt CHF 6'206.60 (Honorar: CHF 6'000.00 zuzüglich von Auslagen: CHF 206.60) als angemessen. Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin den Parteikostenersatz nach Rechtskraft dieses Entscheides zu entschädigen. 9.3 Art. 106 VRPG bestimmt, dass Streitgenossinnen und -genossen für ihnen gemeinsam auferlegte Kosten solidarisch haften. Der in Art. 106 VRPG verwendete Begriff der Kosten erfasst sowohl Verfahrens- als auch Parteikosten.¹⁴² Somit tragen vorliegend die Beschwerdeführerinnen die ihnen gemeinsam auferlegten Kosten unter Solidarhaft zu gleichen Teilen.

138 Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Änderung) vom 12. Dezember 2007, S. 18 139 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.291 vom 3. April 2017, E. 9.2.2 unter anderen mit Hinweis auf BVR 2005 S. 565 140 Vgl.

Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>) 141 Vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6 142 Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, a.a.O., Art. 106 Nrn 1 ff.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2020.GSI.3530

40/40 III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 28. Dezember 2020 wird abgewiesen. 2. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 28. Dezember 2020 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme werden als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben. 3. Auf den Antrag auf erneute Akteneinsicht wird nicht eingetreten. 4. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'500.00, werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides. 5. Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin nach Rechtskraft dieses Entscheides unter solidarischer Haftbarkeit Parteikosten in der Höhe von CHF 6'206.60 (inkl. Auslagen) zu ersetzen. IV. Eröffnung ■ «RA C.____», z. Hd. der Beschwerdeführerinnen, per Einschreiben ■ Vorinstanz, per Einschreiben ■ «RA E.____», z. Hd. der Beschwerdegegnerin, per Einschreiben

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion Pierre Alain Schnegg 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.