

BE_WEITERE 2018.GEF.1669 vom 4. Juli 2019

Be Weitere, 2019-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_2018.GEF.1669

FR: BE_WEITERE 2018.GEF.1669 du 4 juillet 2019

IT: BE_WEITERE 2018.GEF.1669 del 4 luglio 2019

Regeste

Beschaffungsverfahren: Beschwerde gegen Zuschlag

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen

E. 1.1

Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG³). Als „Trägerin kantonalen Aufgaben“ ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB⁴).⁵ Angefochten ist vorliegend die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 20. November 2018. Verfügungen betreffend den 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 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG⁶). Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Das Beschaffungsrecht sieht betreffend der Beschwerdeführungsbefugnis keine Besonderheiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG⁷ richtet.⁸ Die Beschwerdeführerin

E. 1.3

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert vom 20. November 2018 ist bei der Beschwerdeführerin am 29. November 2018 eingegangen.⁹ Die Beschwerdefrist hat somit am Montag,

E. 1.4

Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt.¹⁰

E. 1.5

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

2. Argumente der Verfahrensbeteiligten und Würdigung 2.1. Vorbemerkungen Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist vorliegend die Rechtmässigkeit der Bewertung der

Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin sowie der Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei von der Vorinstanz gleich wie die Beschwerdegegnerin bewertet worden, obschon sie ein Angebot eingereicht habe, welches insgesamt CHF 76'446.50 tiefer als jenes der Beschwerdegegnerin ausgefallen sei. Wäre der Preis korrekt bewertet worden, hätte die Beschwerdeführerin den Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot (CHF 3'178'813.90) erhalten müssen. Die Vorinstanz habe gegen die (zuvor festgelegten und nicht zu beanstandenden) Bewertungsgrundsätze verstossen, indem sie den Preis der Beschwerdeführerin von CHF 3'178'813.90 und jenen der Beschwerdegegnerin von CHF 3'255'260.40 trotz einer Differenz von CHF 76'446.50 (2,35 %) jeweils mit der Note 3,7 bewertet habe. Multipliziert mit der Gewichtung von 60 % habe dies bei beiden Unternehmern eine Punktzahl von 222 ergeben. Zusammen mit den übrigen Punktzahlen von jeweils 160 Punkten (abgesehen vom Zuschlagskriterium des Preises seien beide Unternehmer gleich

9 Beschwerdebeilage 4

E. 3

Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

E. 3.1

Verfahrenskosten 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 Art. 4 Abs. 2 GebV82). 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 Verfahrens-

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

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 26 von 28

kosten 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 unterliegt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen vollumfänglich. Somit wird sie grundsätzlich kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind pauschal festzulegen auf CHF 1'200.00. Die Gehörsverletzung (vgl. vorne E. 2.5.2) stellt vorliegend einen besonderen Umstand dar, der bei der Kostenliquidation zu berücksichtigen ist und zur Folge hat, dass der Beschwerdeführerin nur zwei Drittel der Verfahrenskosten, festzusetzen auf CHF 800.00, aufzuerlegen sind. Da die Gehörsverletzung von der Vorinstanz zu verantworten ist und ihr grundsätzlich Verfahrenskosten auferlegt werden können, da sie im vorliegenden Beschaffungsverfahren als Vergabestelle naturgemäss in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 VRPG), ist die Restanz von CHF 400.00 der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

E. 3.2

Parteikosten Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere

Tilgung oder die Wett- schlagung 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 Beschwerdever- fahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV83). Inner- halb 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 KAG84). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG). 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 (keine Parteientschä- digung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt wer- den können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in de-

83 Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) 84 Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 27 von 28

nen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliehenen Privaten aus unlauteren Gründen anfiicht (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).⁸⁵ Beim vorliegenden Ausgang gelten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin als obsie- gend. Die Vorinstanz hat als Private in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufga- ben grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser Regel abzuweichen. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat mit Eingabe vom 7. Juni 2019 ausdrücklich auf die Einreichung einer Kostennote verzichtet. Der Anspruch auf Parteikostenersatz steht der Partei und nicht etwa ihrer Rechtsvertretung zu. Es gilt als selbstverständlich und muss nicht eigens beantragt werden, dass eine berufsmässig vertrete- ne Partei den Ersatz ihrer Parteikosten beansprucht. Üblich ist der Zusatz zu den Rechtsbe- gehren «unter Kostenfolge», womit der Antrag auf Parteikostenersatz als gestellt gilt. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Die Behörde verfügt für die Festsetzung der Parteikosten über einen recht weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Zur Bemessung der Partei- kosten ist den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren. Das geschieht zumeist dadurch, dass ihnen Gelegenheit zum Einreichen eines Kostenverzeichnisses eingeräumt wird. Hin- sichtlich der Parteikosten braucht eine Verfügung oder ein Entscheid im Allgemeinen nicht eigens begründet zu werden.⁸⁶ Mit Beschwerdeantwort vom 13. Februar 2019 hat die Beschwerdegegnerin ein Rechtsbegeh- ren mit dem Zusatz "unter Kosten- und Entschädigungsfolge" gestellt und damit Parteikosten- ersatz beantragt. Der Aufwand der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren erscheint angesichts ihrer Eingaben, welche sehr kurz gehalten sind und kaum eigene Ausführungen zur Sache enthalten, als sehr gering. Gestützt auf Art. 104 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 PKV und Art. 41 Abs. 3 und 5 KAG sind die Parteikosten der Beschwerdegegnerin daher auf CHF 600.00 festzulegen.

⁸⁵ Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Änderung) vom 12. Dezember 2007, S. 18; vgl. auch Müller,

Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 240 86
Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 Nrn 3 f. und 7 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 28 von 28

III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 6. Dezember 2018 wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden zu zwei Drittel, ausmachend CHF 800.00, der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Die Restanz von CHF 400.00 wird der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Der Vorinstanz werden keine Parteikosten gesprochen. 4. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf pauschal CHF 600.00, zu ersetzen.

IV. Eröffnung - Beschwerdeführerin, per Einschreiben - Vorinstanz, per Einschreiben - Beschwerdegegnerin, per Einschreiben

DER GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTOR

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 3 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.

E. 3.7

222 Referenz Schlüsselpersonen 4 40 4 40 Organisation 4 40 4 40 Plausibilität und Qualität des Bau- programms 4 80 4 80 Total max. 500 Punkte 382 382

65 Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 21; Beschwerdebeilage 12, S. 9 Ziff. 3.2 66 Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 20; Beschwerdebeilage 12, S. 8 Ziff. 3.2 67 E. 2.2.3 und 2.3.2 68 Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 21; Beschwerdebeilage 12, S. 9 Ziff. 3.2 69 Beschwerdevernehmlassungsbeilage 7

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 20 von 28

Sie begründet ihre Bewertung der Beschwerdeführerin wie folgt: «Die Referenzen der Schlüsselpersonen wurden angegeben und entsprechen den Anforderungen, die Dokumentation ist durchschnittlich - Beurteilung gut. Das projektbezogene Organigramm wurde auf Anfrage nachgereicht und ist nachvollziehbar - Beurteilung gut. Ein Bauprogramm wurde nicht abgegeben, die Angaben bezüglich Arbeitsleistung sind jedoch nachvollziehbar dargestellt - Beurteilung gut.»⁷⁰ Die Begründung zur Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin lautet folgendermassen: «Die Referenzen der Schlüsselpersonen wurden angegeben und entsprechen den Anforderungen, die Dokumentation zu den Schlüsselpersonen ist ausführlich - Beurteilung gut. Das projektbezogene Organigramm ist nachvollziehbar - Beurteilung gut. Ein Bauprogramm wurde nicht abgegeben, die Angaben bezüglich Arbeitsleistung sind jedoch nachvollziehbar dargestellt - Beurteilung gut.»⁷¹ Demnach ist es in der Gesamtbewertung zu einem Punktegleichstand gekommen (382 Punkte). Wie bereits festgehalten, wurde der Preis

korrekt bewertet. Von der Beschwerdeführerin wurde weder vorgebracht noch gerügt, dass die Vorinstanz die weiteren Zuschlagskriterien falsch bewertet hätte; diese sind demnach nicht strittig. Bei einer vorfrageweisen Prüfung der Bewertung der Zuschlagskriterien konnte durch die GEF keine Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens gefunden werden. Daher liegen richtigerweise zwei gleichwertige Angebote vor. Die Beschwerde erweist sich demnach in diesen Punkten als unbegründet. 2.5.2. Fehlende Begründung im Zuschlagsentscheid a) Argumente der Verfahrensbeteiligten Die Beschwerdeführerin bringt in der Replik Folgendes vor: Wenn der Vorinstanz wider Erwarten ein freies Wahlrecht zwischen den beiden Angeboten zustehen würde, so müsse diese ihren Entscheid auch entsprechend begründen. Dies sei vorliegend nicht erfolgt, weshalb der Entscheid als willkürlich angesehen werden müsse. Die nachgeschobene Begründung in der Vernehmlassung vermöge diesen Mangel nicht mehr zu heilen.⁷²

70 Beschwerdevernehmlassungsbeilage 7 71 Beschwerdevernehmlassungsbeilage 7 72
Replik, S. 7 Ziff. 19

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 21 von 28

b) Würdigung Gemäss Art. 13 Bst. h IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen die Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlages zu gewährleisten. Weiter sieht Art. 13 Bst. g IVöB vor, dass die Ausführungsbestimmungen den Zuschlag durch Verfügung vorsehen. Im Kanton Bern werden keine speziellen Anforderungen an die Begründung von Vergabeverfügungen im Allgemeinen und an die Begründung des Zuschlages im Speziellen gestellt. Daher kommen die allgemeinen Regeln von Art. 52 VRPG zur Anwendung. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV73 sowie Art. 26 Abs. 2 KV74 haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine grundlegende Verfahrensgarantie und dient der Gewährleistung eines fairen Verfahrens. Im kantonalen Verwaltungsverfahren kommen diesbezüglich zudem die Normen des Art. 21 ff. VRPG zur Anwendung.⁷⁵ Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Ihren Umfang bestimmt in erster Linie das kantonale Recht. Nach bernischem Verfahrensrecht muss eine Verfügung dementsprechend ausdrücklich die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe, auf die sie sich stützt, enthalten (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung eines Verwaltungsakts muss nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass die Betroffenen ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Je komplexer oder umstrittener ein Sachverhalt ist, je stärker ein Verwaltungsakt in die individuellen Rechte eingreift und je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist, desto ausführlicher und differenzierter muss auch die Begründung ausfallen. Die Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und die Ermessensbetätigung müssen so erklärt werden, dass sie nachvollziehbar sind.⁷⁶ Ungenügend oder gar nicht begründete Verwaltungsakte sind nicht nichtig, sondern anfechtbar. Grundsätzlich führt eine Verletzung der Begründungspflicht, die zugleich einen Verstoss gegen den Gehörsanspruch bedeutet, zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Nach der bundesgerichtlichen und der verwaltungsgerichtlichen Praxis kann eine Gehörsverletzung

jedoch von der oberen Instanz geheilt werden, wenn dieser hinsichtlich der interessierenden Frage die gleiche Überprüfungsbefugnis zukommt. Für die Betroffenen darf daraus kein Nachteil resultieren. Werden die Entscheidungsgründe erst im Rechts-

73 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) 74 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) 75

Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 21 N. 1

76 Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 Nrn 6-8, mit Hinweisen

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 22 von 28

mittelverfahren ausführlich dargelegt, kann dies ein Recht auf Replik begründen. Eine mangelhafte Begründung kann ferner im Kostenpunkt berücksichtigt werden.⁷⁷ Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung vom 20. November 2018 enthält eine rudimentäre Sachverhaltsdarstellung und eine kurze, stichwortartige Begründung (vorne Sachverhalt Ziff. 2). Die Aufzählung der Gründe für die Zuschlagserteilung genügt den Anforderungen an eine genügende Begründung bei weitem nicht. Insbesondere bleibt unklar, weshalb der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin und nicht an die Beschwerdeführerin gegangen ist, denn beide Offerten sind gültig, erfüllen die Eignungskriterien und auch die Zuschlagskriterien gleichermaßen am besten. Damit konnte sich weder die Beschwerdeführerin noch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite der angefochtenen Verfügung ein Bild machen. Durch die ungenügende Begründung der angefochtenen Verfügung wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin erheblich verletzt, was in der Regel zur Aufhebung und Rückweisung der angefochtenen Verfügung führt. Vorliegend hat die Vorinstanz jedoch die angefochtene Zuschlagsverfügung im Beschwerdeverfahren nachträglich in der Beschwerdevernehmlassung vom 24. Januar 2019 hinreichend begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, mittels Replik umfassend zu dieser Begründung Stellung zu nehmen, was sie auch getan hat. Damit ist der Nachteil, der der Beschwerdeführerin aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, behoben und die Verletzung des Gehörsanspruchs konnte geheilt werden. Die Rüge, dass der Entscheid mangels Begründung willkürlich sei, erweist sich durch die Heilung der Gehörsverletzung als unbegründet. Die Verletzung des Gehörsanspruchs wird jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein. 2.5.3. Rüge der willkürlichen Erteilung des Zuschlags in einer Pattsituation a) Argumente der Verfahrensbeteiligten Die Vorinstanz bringt in der Beschwerdevernehmlassung vor, dass sie zur Auflösung der Pattsituation die folgenden Punkte berücksichtigt habe: - Die Beschwerdeführerin habe ein minimal preisgünstigeres Angebot abgegeben; - Die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin hätten die gestellten Anforderungen nur knapp erfüllt; - Die Referenzobjekte der Beschwerdegegnerin hätten die gestellten Anforderungen klar erfüllt;

⁷⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N.11, mit Hinweisen; 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

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 23 von 28

- Die Beschwerdegegnerin habe aufgrund ihrer geografischen Nähe einen Standortvorteil, was auch unter dem Titel der Ökologie des Bauvorhabens zu beachten sei; - Im Angebot der Beschwerdegegnerin fänden sich Lebensläufe zu den designierten Personen in den Schlüsselpositionen, was seitens der Vorinstanz als vertrauensbildend gewürdigt worden

sei. In der Summe habe das Angebot der Beschwerdegegnerin überzeugt, weshalb die Vorinstanz dieser den Zuschlag erteilt habe. Es sei nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz nach sachlicher Abwägung der Angebote für dasjenige der Beschwerdegegnerin entschieden habe. 78 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie ein lediglich minimal günstigeres Angebot als die Beschwerdegegnerin eingereicht habe. In Tat und Wahrheit sei ihr Angebot CHF 74'446.50 und somit 2.35 % günstiger als jenes der Beschwerdegegnerin. Eine Differenz von mehreren zehntausend Franken könne mit Bestimmtheit nicht mehr als minimal bezeichnet werden. Weiter bestreitet die Beschwerdeführerin, dass sie die an die Referenzobjekte gestellten Anforderungen im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin nur knapp erfüllt haben solle. Die Vorinstanz begründe diese haltlosen Ausführungen auch nicht weiter, weshalb diese als unsubstantiiert zu gelten hätten. Weiter bestreitet die Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin mit Sitz in U. (37,8 km zur Baustelle) im Vergleich zu ihr mit Sitz in H. (127 km zur Baustelle) einen massiven und damit ausschlaggebenden Standortvorteil in ökologischer Sicht haben solle. Die Beschwerdeführerin würde nicht jeden Tag zwischen H. und dem Arbeitsort hin und her pendeln. Vielmehr würden die Mitarbeiter samt Material zu Arbeitsbeginn am Arbeitsort deponiert und nach der Arbeitsvollendung wieder abgeholt. Insofern sei eine Wegdifferenz von lediglich 89,2 km für schweizerische Verhältnisse nicht zu beachten und könne somit nicht zum wirtschaftlich günstigsten Angebot führen. Zudem könne eine Wegdifferenz in dieser Grössenordnung nicht ernsthaft als ökologischer angesehen werden, zumal damit kein bemerkenswerter CO₂-Ausstoss verbunden ist. Weiter könne diese geringe Wegdifferenz nicht ernsthaft als gewichtiger erachtet werden als eine Preisdifferenz von CHF 76'446.50. Das ökologische Gleichgewicht stelle sodann offensichtlich kein Bewertungskriterium dar, welches die Vorinstanz gemäss Ausschreibung habe anwenden wollen. Dementsprechend dürfe sie auch beim Vorliegen einer Pattsituation nicht auf dieses Bewertungskriterium abstellen. Die Beschwerdeführerin bestreitet zudem, dass die Beschwerdegegnerin vertrauensbildende Lebensläufe von Schlüsselpersonen vorzuweisen hätte. Die Lebensläufe der Schlüsselpersonen bei der Beschwerdeführerin, welche ebenfalls vertrauensbildend sein können, seien von der Vorinstanz offensichtlich nicht berücksichtigt worden, was wiederum als

78 Beschwerdevernehmlassung, S. 8 f. Ziff. 19

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 24 von 28

willkürlich anzusehen sei, wenn diese zur Rechtfertigung eines Pattscheides herbeigezogen werden sollen. 79 b) Würdigung Wie bereits ausgeführt, steht der GEF keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheides zu (oben E. 2.5.1.b; Art. 14 Abs. 2 ÖBG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 IVöB). Eine gewisse Ungleichbehandlung der beiden Anbieter ist unumgänglich, wenn entschieden werden muss, welchem von zwei gleichwertigen Angeboten der Zuschlag erteilt wird. Im hier vorliegenden Fall haben sich beide Angebote aufgrund der Bewertung als wirtschaftlich günstig erwiesen und hätten damit den Zuschlag verdient. Allerdings kann nur ein Angebot berücksichtigt werden. Entscheidend ist daher lediglich, ob sich die Vorinstanz bei der Auswahl von sachfremden Motiven hat leiten lassen bzw. rechtsfehlerhaft entschieden hat. 80 Die Vorinstanz wägte insgesamt fünf Punkte ab, um zu klären, wem sie den Zuschlag erteilen möchte. Im Folgenden wird jeder Punkt kurz auf die Rechtmässigkeit hin geprüft: - Die Berücksichtigung der Preisdifferenz zwischen den Angeboten erscheint nicht sachfremd, da der Preis eines der Zuschlagskriterien darstellt und die Differenz nicht erheblich ist (lediglich 0.36 % bzw.

CHF 11'341.2281). Wäre der Preisunterschied nicht minimal, hätte sich dies auf die Note und damit auf die Gesamtpunktzahl ausgewirkt (bereits eine Angebotsdifferenz zur Beschwerdegegnerin von 0.48 % hätte zu einer Notenabweichung geführt). - Die erneute Berücksichtigung der Referenzobjekte ist ebenfalls nicht sachfremd, da diese ein weiteres Zuschlagskriterium darstellen. Es wurde bereits bei der Benotung angemerkt, dass die Referenzobjekte die Anforderungen knapp bzw. klar erfüllen, was allerdings zur selben Note führte. Ob und inwieweit diese Anforderungen erfüllt wurden und ob die Benotung angemessen ist, kann von der GEF nicht überprüft werden, da dies im Ermessen der Vorinstanz liegt und des Weiteren technische Kenntnisse verlangt. - Das Argument, wonach die geografische Nähe einen Standortvorteil darstelle, ist ebenfalls nicht vollkommen aus der Luft gegriffen. Es liegt auch hier im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz diese Beurteilung vorzunehmen. - Das letzte Element, welches berücksichtigt wurde, hängt mit dem Zuschlagskriterium «Referenzen Schlüsselpersonen» zusammen und ist daher ebenso wenig sachfremd wie die

79 Replik, S. 7 f. Ziff. 20 - 23 80 Vgl. E. 2.5.1.b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons H.____ VB.2007.00326 vom 5. Dezember 2007, E. 4.1 81 Angebot der Beschwerdeführerin: CHF 3'178'813.95; Angebot der Beschwerdegegnerin: CHF 3'190'155.17 (vgl. E. 2.4.3)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 25 von 28

vorhergehenden Punkte. Dem Angebot der Beschwerdegegnerin liegen effektiv Lebensläufe bei, die von der Vorinstanz als vertrauensbildend gewertet wurden. Die Bewertung dieser entzieht sich jedoch der Kognition der GEF. Alles in allem kann festgehalten werden, dass die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin ohne weiteres nachvollziehbar ist und auch kein Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens festgestellt werden konnte. Die Beschwerde erscheint damit auch in diesem Punkt als unbegründet. 2.6. Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durch die unzureichend begründete Zuschlagsverfügung das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs konnte jedoch im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt werden, indem die Vorinstanz eine hinreichende Begründung in der Beschwerdevernehmlassung nachgereicht und die Beschwerdeführerin dazu Stellung genommen hat. Entgegen den Rügen der Beschwerdeführerin durfte bzw. musste die Vorinstanz allfällige Skonti bei der Bewertung der Angebotspreise berücksichtigen. Des Weiteren hat die Vorinstanz die Notenskala korrekt angewandt und es kam rechtmässig zu einer Pattsituation. Nach Lehre und Rechtsprechung steht in einer solchen Situation die Wahl der Anbieterin bzw. die Erteilung des Zuschlags im Ermessen der Vergabestelle. Die Beschwerdeinstanz kann die angefochtene Verfügung lediglich auf Rechtsfehler, jedoch nicht auf Unangemessenheit überprüfen. Vorliegend sind keine Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens betreffend die Auswahl der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Pattsituation bzw. der Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin ersichtlich. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

3. Kosten

E. 4

Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

E. 5

Vgl. Gutachten Trüeb/Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdi- rektorinnen 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

E. 6

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

E. 7

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

E. 8

BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Jäger Christoph, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 5 von 28

hat am Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders be- rührt. Demzufolge ist sie gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 10

Beschwerdebeilage 1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 6 von 28

bewertet worden) ergebe dies eine Gesamtpunktzahl von jeweils 382 pro Unternehmer. Die Auffassung der Vorinstanz sei falsch und lasse sich nicht begründen.¹¹ Die Vorinstanz bringt vor, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin hätten je 382 Punkte erzielt, die E. ___ 360 Punkte und die F. ___ 296 Punkte. Die Vorinstanz habe sich da- raufhin aufgrund der besten Gesamtwirtschaftlichkeit für die Beschwerdegegnerin entschie- den.¹² Mit Beschwerdeantwort vom 13. Februar 2019 bestreitet die Beschwerdegegnerin sämtliche Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Submissionsbeschwerde vom 6. Dezember 2018 und schliesst sich vollumfänglich den Darstellungen der Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung vom 24. Januar 2019 an. Der Beschwerdegegnerin sei es ein Anliegen, ihr Interesse am erhaltenen Zuschlag zu bestätigen. In sachverhaltlicher sowie ar- gumentativer Hinsicht sei den Ausführungen der Vorinstanz in deren Beschwerdevernehmlassung indessen nichts beizufügen.¹³ 2.2. Skontoabzug 2.2.1. Argumente der Verfahrensbeteiligten Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise eine Bewertung der Nettopreise inkl. Skonto vorgenommen. Gemäss den Submissionsbestimmungen bestim- me sich der Preis (Z1) lediglich über den Nettopreis (inkl. Rabatt, Baunebenkosten von 1,5 % und MwSt. von 7,7 %), während ein Skontoabzug nicht als Teil des Nettopreises gelte. Auf eine andere Preisberechnung könne sich die Vorinstanz nicht berufen, zumal sie im Submis- sionsformular bei der Preiskalkulation keinen Abzug für Skonti vorgesehen habe. Vielmehr tauche ein möglicher Skontoabzug erst unter dem Nettopreis auf. Daher dürfe ein solcher Ab- zug auch nicht miteinberechnet werden. Indem die Vorinstanz dies gleichwohl getan habe, habe sie gegen die verbindlichen Submissionsbestimmungen verstossen.¹⁴ Die Vorinstanz hält dagegen, dass der Skontoabzug gemäss den Ausschreibungsunterlagen

einen Teil des massgebenden Nettopreises bilde. Die Herleitung des Betrags zum Vergabevergleich – durch die KBOB-Formulare vorgegeben und von der Vorinstanz folgerichtig und unverändert angewandt – Sorge dafür, dass die Angebote sämtlicher Anbieterinnen gleich bereinigt bzw. berücksichtigt würden und sei nicht zu beanstanden. Ein Skonto dürfe berücksichtigt werden, wenn die Vergabestelle in der Lage sei, die entsprechende Zahlungsfrist im konkreten Fall einzuhalten. Offensichtlich könne die Vorinstanz aufgrund ihrer finanziellen

E. 11

Beschwerde, S. 11 Ziff. 32 f.

E. 12

Beschwerdevernehmlassung, S. 4 Ziff. 6

E. 13

Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 13. Februar 2019

E. 14

Beschwerde, S. 11 Ziff. 33

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 7 von 28

Potenz die zum Skonto berechtigende Zahlungsfrist ohne Weiteres einhalten. Sie habe sich denn auch in den Bestimmungen zum Vergabeverfahren von Werkleitungen zur Zahlung fälliger Zahlungen innerhalb von 45 Tagen verpflichtet. Auch aus diesem Grund sei sie berechtigt gewesen, den Skonto bei der Beurteilung des Preises zu berücksichtigen. Da gemäss Art. 30 Abs. 1 ÖBV15 das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, sei sie sogar verpflichtet gewesen, den Skonto – vorliegend ausmachend CHF 61'371.10 – zu berücksichtigen.¹⁶ Mit Replik vom 5. April 2019 führt die Beschwerdeführerin schliesslich Folgendes aus: Der Vorinstanz sei zuzustimmen, dass sich der offerierte Nettowerkpreis (inkl. MwSt.) aus dem eingereichten Angebot und dem ausgefüllten Angebotsformular (KBOB-Dokument Nr. 13) ergebe. Gemäss diesen beiden Unterlagen werde der Werkpreis bzw. das Angebot ohne Berücksichtigung eines Skontoabzuges berechnet. Im Submissionsformular werde der ausschlaggebende Preis mit «ANGEBOT inkl. MWST» betitelt. Im KBOB-Formular werde vom «Angebot netto inkl. MWST» gesprochen. Beiden Formularen sei gemeinsam, dass ein möglicher Skontoabzug nicht zum relevanten Angebot gehöre: Erstens sei die Skontoposition unterhalb der Angebotssumme aufgeführt und habe somit nichts mehr mit dem Angebot und dem offerierten Werkpreis zu tun. Zweitens werde unter der Skontoposition keine abschliessende bzw. eine bereinigte Angebotssumme mehr aufgeführt. Drittens sei das Angebot auch ausdrücklich als solches bezeichnet. Dies sei absolut nachvollziehbar, da der Skonto nicht als Teil des Werkpreises angesehen werde, sondern lediglich ein Abzug des Werklohns oder ein Abzug des Vergütungsbetrags sei. Es handle sich mithin nicht um einen Bestandteil des Werkpreises, sondern vielmehr bzw. lediglich um eine fakultative vom Unternehmer eingeräumte Zahlungsmodalität, welche einen eigentlichen Bonus für umgehende Begleichung der Werklohnforderung darstelle. Im Vergabeverfahren sei grundsätzlich die Berücksichtigung eines Skontoabzuges zulässig. Allerdings sei es hierzu erforderlich, dass in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auf eine entsprechende Möglichkeit hingewiesen werde. Mangels einer Benennung des Skontoabzuges als Teil der anzuwendenden Zuschlagskriterien gelte der Skonto bei der Preisbewertung als nicht

zugelassen bzw. als ausgeschlossen. Daher dürfe die Vergabestelle entsprechende Abzüge auch nicht berücksichtigen. Den Ausschreibungsunterlagen sei unter Ziff. 3.2 bei der Beschreibung der Zuschlagskriterien kein entsprechender Hinweis zu entnehmen, wonach ein Skontoabzug bei der Preisbewertung zu berücksichtigen wäre. Dementsprechend sei ein möglicher Skontoabzug auch nicht Teil der Ausschreibungsbedingungen und der Bewertungskriterien geworden, sondern vielmehr aufgrund der unmissverständlichen Ausschreibungsunterlagen umfassend ausgeschlossen. Die Berücksichtigung des Skontos könne auch nicht indirekt über das Formular «Bereinigung und

E. 15

Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

E. 16

Beschwerdevernehmlassung, S. 6 Ziff. 10 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 8 von 28

Kosten» hergeleitet werden, da in der Ausschreibung nicht auf dieses Formular hingewiesen werde, weswegen es nicht anwendbar sei. Ebenfalls würden die anwendbaren Bedingungen für das Vergabeverfahren unter C.1 keinen Hinweis auf die Anwendbarkeit der KBOB-Bedingungen enthalten. Was nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen sei, könne auch bei der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht zur Anwendung kommen. Bei einem Submissionsverfahren seien nicht einfach alle Unterlagen der KBOB zu berücksichtigen. Würden diese in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich als anwendbar erklärt, komme ihnen im Verfahren auch keine Bedeutung zu. Bei der Bereinigung der Angebote komme gemäss den geltenden Ausschreibungsunterlagen einzig das KBOB-Dokument Nr. 13, Teil B zur Anwendung, welches aber keine Berücksichtigung von möglichen Skontoabzügen vorsehe. Die Tatsache, dass der Skontoabzug für die Vorinstanz im Zeitpunkt der Ausschreibung irrelevant gewesen und bei der Preisbewertung nicht berücksichtigt werden sollen, ergebe sich auch daraus, dass im Werkvertrag selber unter dem Titel der Vergütung nach Ziff. 3 kein Skontoabzug genannt sei. Mithin sollte der Skontoabzug nicht Teil des Werkpreises und somit auch nicht des Angebots bilden. Der Skontoabzug werde erst unter dem Titel der «Finanziellen Modalitäten» unter Ziff. 4.4 und somit an einer für das Angebot völlig unbedeutenden Stelle aufgeführt. Auch in der Ausschreibung und im Angebot Nr. 2810117 resultiere die Angebotssumme ohne den Miteinbezug eines möglichen Skontos. Die Nichtberücksichtigung des Skontoabzuges bei der Preisbewertung stelle keineswegs eine formaljuristische Auslegung der Ausschreibungsunterlagen dar, es handle sich somit auch nicht um einen überspitzten Formalismus. Vielmehr bestehe ein grosses Interesse an der Einhaltung der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit im Submissionsverfahren. Die Bewerber müssten sich auf eine klare und einheitliche Anwendung der Ausschreibungsunterlagen verlassen können. Würden die Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterium einen Preis definieren, bei welchem der Skonto neben dem Rabatt, den Nebenkosten und der Mehrwertsteuer keine Berücksichtigung finden sollte, dann dürften sich die Bewerber bei der Ausarbeitung auch auf die Vorgaben verlassen.¹⁸ Die Beschwerdeführerin bestreitet sodann, dass die Vorinstanz über eine derart starke finanzielle Potenz verfüge, welche es ihr erlauben würde, die Zahlungsfrist stets zu unterschreiten und damit den Anspruch auf einen Skontoabzug bzw. eben einen

Skonto-Bonus zu erheben. Die Vorinstanz belege ihre diesbezüglichen Ausführungen nicht. Ob die Vergabestelle ihre Rechnungen am Ende wirklich fristgerecht bezahle oder nicht, stehe in den Sternen. Gerade die grossen Auftraggeber könnten oder wollten ihren finanziellen Verpflichtungen aus mannigfaltigen Gründen nicht fristgerecht nachkommen, womit jeweils keine Berechtigung an einem Skonto bestehe. Auf der Basis dieser Hypothese dürfe dem Skonto bei der Bewertung

E. 17

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 164.

E. 18

Replik, S. 3 ff. Ziff. 4 - 12

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 9 von 28

der Angebote keine Bedeutung zukommen. Werde nicht fristgerecht bezahlt, falle der Skonto weg und das Angebot wäre nicht mehr das wirtschaftlich günstigste. Es könne nicht angehen, dass die Vergabestelle im Nachgang an ein Submissionsverfahren selber darüber entscheiden könne, ob Angebote infolge ihres Verhaltens immer noch den wirtschaftlich günstigsten Kriterien entsprächen. Die Tatsache, wonach in den Ausschreibungsunterlagen künftige Zahlungen innert 45 Tagen in Aussicht gestellt würden, ändere daran nichts. Indem in den Zuschlagskriterien lediglich die Berücksichtigung von Rabatten, Baunebenkosten und der Mehrwertsteuer, jedoch nicht eines Skonto-Bonus vorgesehen sei, könne sich die Vorinstanz nicht nachträglich auf den Standpunkt stellen, unter dem Strich könne ein Angebot mit einer Skontobelohnung allenfalls ein günstigeres Angebot im Sinne der optimierten Wirtschaftlichkeit nach Art. 30 Abs. 1 ÖBV darstellen. Dieses Grundprinzip sei leidlich im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen anwendbar und zu diesen gehöre der Skontoabzug offensichtlich nicht.¹⁹ 2.2.2. Streitgegenstand Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Skonto beim Vergleich der Angebote berücksichtigt werden darf oder nicht. 2.2.3. Würdigung Im Kanton Bern gibt es keine Gerichtspraxis zu den Voraussetzungen, unter welchen ein Skontoabzug berücksichtigt werden darf. Auch beantwortet die Rechtsprechung und Lehre diese Frage nicht immer einheitlich. In einem älteren Urteil hat das Kantonsgericht G.____ noch entschieden, dass die Berücksichtigung eines Skontos unzulässig sei, da dessen Realisierung von zahlreichen Unwägbarkeiten abhängen.²⁰ Dieser Entscheidung wurde in der Lehre dahingehend kritisiert, dass der Grundsatz der Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot geradezu verlange, dass auch Skontoangebote berücksichtigt werden müssten.²¹ Ein Teil der Lehre sieht vor, dass der Skonto nur dann berücksichtigt werden könne, wenn aus der Ausschreibung die Bedingungen für die Skontogewährung klar hervorgehen würden und davon auszugehen sei, dass der Auftraggeber die Skontobedingungen tatsächlich erfüllen könne.²² Eine strengere Lehrmeinung ist der Ansicht, dass der Skonto nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn die massgebliche Zahlungsfrist aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehe.²³ Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich folgt der in der Lehre vertretenen Auffassung, dass ein offerierter Skonto berücksichtigt werden dürfe und müsse, wenn die dafür massgebli-

E. 19

Replik, S. 5 ff. Ziff. 13 - 14

E. 20

RVJ/ZWR 2000, S. 50 f.; vgl. Baurecht 2001, S. 69, Nr. S22

E. 21

Peter Rechsteiner, Skontoangebote, Baurecht 2001, S. 59 f.; Denis Esseiva, Baurecht 2001, S. 69, Anm. zu Nr. S22

E. 22

Peter Rechsteiner, Ermittlung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 18; derselbe, Skontoangebote, a.a.O.; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1405 ff. (1414)

E. 23

Denis Esseiva, a.a.O.; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1414

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 10 von 28

che Zahlungsfrist in den Ausschreibungsunterlagen zum Voraus bekannt gegeben werde.²⁴ Ebenfalls sei ein Skonto für die (ungekürzte) Zahlungsfrist zu berücksichtigen, wenn bloss eine allgemeine Zahlungsfrist genannt sei und der Skonto nicht ausgeschlossen werde. Eine weitere Prüfung, ob der Auftraggeber die Skontofrist werde einhalten können, bedürfe es nicht, da sich die Anbieter auf die von der Auftraggeberin genannten Bedingungen verlassen könnten. Das Bundesverwaltungsgericht hält ebenso fest, dass der Skonto berücksichtigt werden müsse, wenn dieser vorgesehen bzw. nicht ausgeschlossen worden sei.²⁵ In einem neueren Entscheid ist das Kantonsgericht G.____ den vorgenannten Urteilen gefolgt, indem es davon ausgeht, dass ein Skonto nur dann nicht zu berücksichtigen sei, wenn ein solcher in den Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen worden sei.²⁶ Ebenfalls folgt es der Lehre²⁷ und Rechtsprechung, wonach die Nennung einer allgemeinen Zahlungsfrist ein Skonto zulasse. Vorliegend sieht die Ausschreibung²⁸ unter Ziff. 2.10 «Zuschlagskriterien» vor, dass der Zuschlag aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien erfolgt. Gemäss dem KBOB-Dokument Nr. 8 der Ausschreibungsunterlagen²⁹ wird der Angebotspreis (Z1.1), als Teil des Preises (Z1) der Zuschlagskriterien (Ziff. 3.2), mit 60 % gewichtet.³⁰ Der Preis (Z1) wird wie folgt umschrieben: «Offerierter Werkpreis netto inkl. MWST gemäss durch den Bauherren kontrollierter und bereinigter Angebotsübersicht (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 13).» Die erwähnte Angebotsübersicht enthält eine Tabelle, in der die Berechnung vom Brutto-Angebot zum Netto-Angebot inkl. MwSt. vorgenommen werden kann.³¹ Ein Skontoabzug wird in dieser Berechnung jedoch nicht berücksichtigt. Unter der Zeile «Angebot netto inkl. MWST» der Berechnungstabelle befindet sich schlussendlich folgender Text: «Skonto ... % für Zahlungen innert 45 Tagen.» Die Stelle mit den Punkten vor dem Prozentzeichen kann durch den Anbieter ausgefüllt werden. Eine beinahe identische Darstellung der Berechnung vom Brutto- zum Netto-Angebot findet sich ebenfalls auf dem Deckblatt des Angebots.³² Ebenfalls befindet sich auf dem Deckblatt der Hinweis auf einen möglichen Skontoabzug unterhalb des berechneten und doppeltunterstrichenen Netto-Angebots inkl. MwSt.³³ Es gibt jedoch weder in der Berechnungstabelle der Angebotsübersicht noch auf dem Deckblatt eine Zeile für das Angebot nach dem Skontoabzug.

E. 24

Hierzu und zum Folgenden: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons H.____ VB.2004.00477 vom 12. Januar.2005, E. 4.2

E. 25

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1383/2011 vom 23. Mai 2011, E. 5.2.5; vgl. Urteil B-3158/2011 vom 4. Oktober 2011, E. 4.3

E. 26

BR 2014, S. 38 f. Nr. 25; Urteil des Kantonsgerichts G.____ A1 13 264 vom 29.10.2013, E. 6.5

E. 27

Vgl. etwa Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 881 (mit Hinweisen)

E. 28

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 3 ff.

E. 29

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 13 ff.

E. 30

Hierzu und zum Folgenden: Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 20

E. 31

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 24

E. 32

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 9

E. 33

«Skonto : ____% (bei Zahlung innert 45 Tagen)»

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 11 von 28

Die Ausschreibung sieht unter Ziff. 3.3 «Zahlungsbedingungen»³⁴ eine Zahlungsfrist von 45 Tagen vor. Das KBOB-Dokument Nr. 8 in den Ausschreibungsunterlagen³⁵ verweist unter Punkt C.4 «Finanzielle Modalitäten» auf Ziff. 4 des vorgesehenen Werkvertrages³⁶. In diesem findet sich die Zahlungsfrist von 45 Tagen unter der Ziff. 4.3 «Prüf-/Zahlungsfristen» wieder. Eine weitere Erwähnung der 45-tägigen Zahlungsfrist findet sich in den «Besonderen Bestimmungen»³⁷ unter Ziff. 944.410.02. Dem Werkvertrag ist unter Ziff. 4.4 «Skonto» zu entnehmen, dass von jeder Zahlung, die der Bauherr innerhalb der Zahlungsfrist von 45 Tagen nach Eingang einer berechtigt und ordnungsgemäss gestellten Rechnung leistet, ein Skonto (von noch anzugebender Höhe) abgezogen werden kann.³⁸ Die Frist in dieser vertraglichen Klausel deckt sich nicht nur mit der oben erwähnten Zahlungsfrist, sondern auch mit der Skontofrist der Angebotsübersicht und des Deckblatts.³⁹ Wie von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung für die Zulässigkeit des Skontos gefordert, wurde demnach im hier vorliegenden Fall explizit auf einen Skonto hingewiesen und auch die Zahlungsfrist sowie die gleichlange Skontofrist wurden in den Ausschreibungsunterlagen im Voraus bekannt gegeben. Die Darstellung ist zugegebenermassen verwirrend, aber die Tatsache, dass die Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich einen Skonto vorsehen, muss zwingend zum Schluss führen, dass im Lichte des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ein Skonto berücksichtigt wird. Die Skontofrist ist für alle Bietenden gleich, weshalb ein Vergleich der Angebote ohne weiteres gemacht werden kann.⁴⁰ Die Berücksichtigung des Skontos ist demnach vorliegend nicht nur

zulässig, sondern Pflicht. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.
2.3. Fehlender Abzug der Baunebenkosten
2.3.1. Argumente der Verfahrensbeteiligten In der Replik bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Vorinstanz die Angebotspreise falsch berechnet habe, da sie einerseits unzulässigerweise Skontoabzüge berücksichtigt (vgl. oben E. 2.2) und andererseits keine Abzüge für die Baunebenkosten in der Höhe von 1.5 % vorgenommen habe. Die Berechnung erfolge somit doppelt fehlerhaft.⁴¹

E. 34

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 5

E. 35

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 13 ff.

E. 36

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 35 ff.

E. 37

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 47 ff.

E. 38

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 39 Ziff. 4.4

E. 39

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 24 bzw. 9

E. 40

Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2004.00477 vom 12. Januar.2005, E. 4.2

E. 41

Replik, S. 6 Ziff. 15

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 12 von 28

2.3.2. Würdigung Der Preis als Zuschlagskriterium wird in den Ausschreibungsunterlagen dahingehend definiert, dass für den Vergleich der Angebotspreis nach Abzug des Rabatts und der Baunebenkosten inkl. MwSt. massgebend sei.⁴² Der Tabelle «Bereinigung der Kosten»⁴³ der Vorinstanz kann entnommen werden, dass die Baunebenkosten beim Vergabevergleich nicht berücksichtigt wurden, da ein solcher Abzug in der Tabelle nicht vorgesehen ist. Die Beschwerdeführerin liegt daher richtig, dass die Vorinstanz mangels Berücksichtigung der Baunebenkosten die Angebotspreise falsch berechnet hat. Anders als ein Skonto, der je nach Offerte anders ausfällt, spielt es für die Benotung des Preises allerdings keine Rolle, ob die Baunebenkosten berücksichtigt werden oder nicht, da der prozentuale Abzug der Baunebenkosten vom 1.5 % bei sämtlichen Offertpreisen vorzunehmen ist, womit sich die Preisbewertung insgesamt nicht ändert. Das Argument, wonach die Bewertung des Preiskriteriums mangels Vornahme des Abzugs der Baunebenkosten von 1,5 % fehlerhaft erfolgt sei, ist demnach unbegründet.
2.4. Notenskala
2.4.1. Argumente der Verfahrensbeteiligten Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Preisbewertung nach dem von der Vorinstanz gewählten Modell der linearen Berechnung vorgenommen werden müssen. Danach sei das Angebot der E.____ über CHF 2'945'338.05 als preisgünstigstes Angebot mit der Note 5 zu bewerten und bilde damit das

obere Ende der Bewertungsskala (Preisspanne). Das Angebot, welches 40 % des preisgünstigsten Angebots übersteige, sei mit der Note 0 zu bewerten (d.h. CHF 4'123'473.27). Die vorgegebene Notenskala zwischen 5 und 0 sei zwischen diesen Summen nach dem linearen Modell zu berechnen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe die Notenskala fälschlicherweise und in Abweichung von den Submissionsbestimmungen zwischen dem preisgünstigsten Angebot und dem Angebot der F.____ festgelegt (CHF 2'930'387.04 und CHF 3'614'921.79). Dies sei erstens nicht korrekt, weil die Angebotspreise mit den Nettopreisen (inkl. dem, für die Preisbildung nicht relevanten Skontoabzug) eingesetzt worden seien. Und zweitens liege das Angebot der F.____ nicht wie vordefiniert bei 40 % oder mehr vom tiefsten Angebot entfernt und werde daher von der Vorinstanz nicht mit 0 Punkten, sondern mit 2,1 Punkten bewertet. Das Angebot der Beschwerdeführerin über CHF 3'178'813.90 weiche vom tiefsten Angebot um insgesamt CHF 233'475.85 ab. Damit ergebe sich gemessen auf der Berechnungsskala, welche bis zu 40 % reiche, eine Abweichung von 7,3447 %. Umgerechnet auf die Notenskala, bei welcher die Abweichung auf

E. 42

Siehe auch vorne E. 2.2.3

E. 43

Beschwerdevernehmlassungsbeilage 12

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 13 von 28

100 % aufgerechnet werde und damit 18,362 % von der Höchstnote 5 betrage, ergebe sich für die Beschwerdeführerin eine Punktzahl von 4,1 (auf eine Kommastelle gerundet), und nicht lediglich 3,7 Punkte, wie von der Vorinstanz angenommen. Multipliziert mit der Gewichtung von 60 % resultiere damit beim Preiskriterium eine Gesamtpunktzahl von 246 für die Beschwerdeführerin. Demgegenüber weiche das Angebot der Beschwerdegegnerin (CHF 3'255'260.40) vom tiefsten Angebot E.____ (CHF 2'945'338.05) um CHF 309'922.35 ab, womit sich gemessen auf der Berechnungsskala, welche bis zu 40 % reiche, eine Abweichung von 9,5206 % ergebe. Umgerechnet auf die Notenskala, bei welcher die Abweichung auf 100 % aufgerechnet werde und somit insgesamt 23,8016 % von der Höchstnote 5 betrage, hätte die Beschwerdegegnerin folglich eine Punktzahl von gerundet 3,8 (und nicht lediglich 3,7) erreicht. Multipliziert mit der Gewichtung von 60 % resultiere für die Beschwerdegegnerin beim Preiskriterium eine Gesamtpunktzahl von 228. In der Gesamtwertung liege die Beschwerdeführerin damit mit 406 Punkten auf dem ersten Rang bzw. 18 Punkte vor der Beschwerdegegnerin mit 388 Punkten. Selbst bei Verwendung der von der Vorinstanz zu Unrecht eingesetzten Nettopreise (inkl. Skontoabzug) käme die Beschwerdeführerin auf eine Note von (gerundet) 3,9 und die Beschwerdegegnerin auf eine Note von (gerundet) 3,8. Bei der Bewertung des Preises müsste daher für die Beschwerdeführerin 234 Punkte und für die Beschwerdegegnerin 228 Punkte resultieren. In der Endabrechnung ergäbe dies einen Punktestand von 394 zu 388 Punkten für die Beschwerdeführerin. Damit wäre die Beschwerdeführerin wiederum Erstplatzierte mit 6 Punkten Vorsprung. Die unterschiedlich hohen Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin könnten nicht mit derselben Punktzahl bewertet werden. Es ergebe sich bei der Beschwerdeführerin eine Note von 4,0 und bei der Beschwerdegegnerin eine solche von 3,7. Die Vorinstanz komme lediglich auf die von ihr errechneten 3,7 und 2,5 Punkte, weil sie erstens falsche Preise, mithin solche inklusive Skontoabzügen eingesetzt

habe. Zudem habe die Vorinstanz eine fehlerhafte Preisbewertungsskala bzw. eine andere Preisspanne angewandt, als sie dies ursprünglich in den Submissionsbestimmungen festgelegt habe. Dabei sei nicht das hypothetisch höchste Angebot berücksichtigt worden, welches 40 % über dem tiefsten Angebot gelegen habe, sondern vielmehr das effektiv höchste Angebot der F.____. Ein nachträgliches Abweichen von der vorgegebenen Preisspanne sei weder zulässig noch geboten. Der Entscheid erscheine somit willkürlich. Unterschiedlichen Preisen seien nicht dieselben Noten zu erteilen, und der Differenz zwischen den Angebotspreisen sei mit der linearen Bewertung Rechnung zu tragen. Das Ziel eines gewählten Preisbewertungsmodells müsse es sein, die Bewertung der Angebotspreise so zu bewerkstelligen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Bewertungskriteriums bei der Evaluation auch tatsächlich zum Tragen komme.⁴⁴

E. 44

Beschwerde, S. 12 Ziff. 34 - 40

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 14 von 28

Die Vorinstanz bringt in der Beschwerdevernehmlassung vor, dass ihre Bewertungsformel wie folgt laute: Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhalte die maximale Punktzahl 5, während 40 % oder mehr vom tiefsten Preis abweichende Angebote die Punktzahl 0 erhalten würden. Dazwischen würden die Punktzahlen (auf eine Kommastelle gerundet) linear vergeben und mit der Gewichtung multipliziert. Diese Bewertungsmethode werde von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht beanstandet. Die Beschwerdeführerin behaupte, die Vorinstanz sei fälschlicherweise und in Abweichung von den Submissionsbestimmungen davon ausgegangen, es sei eine Notenskala zwischen dem Angebot der E.____ und der F.____ anwendbar. Der angefochtenen Verfügung sei jedoch nichts Derartiges zu entnehmen. Vielmehr werde darin einzig festgehalten, dass die Kosten zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit zwischen CHF 2'930'387.04 und CHF 3'614'921.79 netto inkl. MwSt. lägen. Mitnichten werde damit ausgesagt, die Notenskala erstrecke sich zwischen diesen beiden Beträgen. Vielmehr liege die Notenskala – wie ausgeschrieben – zwischen dem günstigsten Angebot und einem hypothetischen, 40 % teureren Angebot.⁴⁵ Das günstigste bereinigte Angebot stamme von der E.____ und betrage CHF 2'930'387.04. Entsprechend habe die Vorinstanz die Noten der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin wie folgt berechnet: Beschwerdegegnerin

Abweichung vom tiefsten Preis in Fr.: 308 349.15 Abweichung vom tiefsten Preis in %: 10.5224 Abweichung gerechnet auf 100% (/40%): 26.3061 Note (5 ./ [26.3061/100]*5): 3.6846 bzw. 3.7 (gerundet) Beschwerdeführerin

Abweichung vom tiefsten Preis in Fr.: 296 835.20 Abweichung vom tiefsten Preis in %: 10.1295 Abweichung gerechnet auf 100% (/40%): 25.3238 Note (5 ./ [25.3238/100]*5): 3.7338 bzw. 3.7 (gerundet) Multipliziert mit der Gewichtung von 60 % hätten in beiden Fällen 222 Punkte resultiert.⁴⁶ Die Bewertungsmethode der Vorinstanz entspreche den Ausschreibungsunterlagen und sei nicht zu bemängeln. Die Vorinstanz habe die Zuschlagskriterien korrekt geprüft und zurecht

E. 45

Beschwerdevernehmlassung, S. 7 Ziff. 14 - 15

E. 46

Beschwerdevernehmlassung, S. 7 Ziff. 16

sowohl bei der Beschwerdeführerin wie auch der Beschwerdegegnerin eine Punktzahl von 382 errechnet.⁴⁷ 2.4.2. Streitgegenstand Strittig und zu prüfen ist somit, ob die effektiv angewandte Notenskala der Vorinstanz fehlerhaft ist und die Noten der Angebotspreise falsch berechnet worden sind. 2.4.3. Würdigung Falls der Preis ein Zuschlagskriterium ist, muss nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 ÖBG i.V.m. Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV zusätzlich die Regel, in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird. Damit erweisen sich die kantonalen Anforderungen an die Bekanntgabe der Preisbewertungsmethode strenger als die von Lehre und Rechtsprechung aus den allgemeinen Transparenzgebots abgeleiteten Vorgaben.⁴⁸ Die Ausschreibung⁴⁹ sieht unter Ziff. 2.10 «Zuschlagskriterien» vor, dass der Zuschlag aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien erfolgt. Gemäss Ziff. 3.2 des KBOB-Dokuments Nr. 8 der Ausschreibungsunterlagen⁵⁰ erfolgt die Bewertung wie folgt: «Jedes Kriterium wird mit einer Note (N) zwischen 0 - 5 in Schritten von ganzen Punkten bewertet. Anschliessend werden pro Kriterium die Wertungen mit den Gewichtungen (G) multipliziert. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl (P) erhält den Zuschlag. Bewertung Preis Die Bewertung des Preises erfolgt nach folgender Bewertungsmethode: Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhält die maximale Punktzahl 5. Angebote, die 40% oder mehr vom tiefsten Preis abweichen, erhalten die Punktzahl 0. Dazwischen werden die Punktzahlen (auf eine Kommastelle gerundet) linear vergeben und mit der Gewichtung multipliziert. [...]» Die Preisbewertung erfolgt demnach linear zwischen dem tiefsten Angebot inkl. des Skonto- und Baunebenkostenabzuges (CHF 2'886'431.23) und einem hypothetischen Angebot, das 40 % über dem tiefsten Angebot liegt (CHF 4'041'003.73). Die Skala an sich wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten und wurde von der Vorinstanz auch entsprechend den Ausschreibungsunterlagen angewandt.⁵¹ Eine lineare Benotung der Angebote kann mit einer Viel-

E. 47

Beschwerdevernehmlassung, S. 8 Ziff. 17

E. 48

BVR 2015, S. 564 E. 4.3 (mit Hinweisen); vgl. BVR 2019, S. 201 E. 3.1

E. 49

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 3 ff.

E. 50

Ordner «Ausschreibungsunterlagen», pag. 13 ff. 51 Beschwerde, S. 10 Ziff. 30, S. 12 Ziff. 34 Punkt 2 und S. 14 Ziff. 38; Beschwerdevernehmlassung, S. 7 Ziff. 15.

zahl von Formeln berechnet werden, die alle zum selben Resultat führen.⁵² In der Notenberechnung der Vorinstanz ist kein Fehler zu erkennen.⁵³ Die Bewertung der Angebotspreise inkl. Skonto- und Baunebenkostenabzug ergibt sowohl für die Beschwerdeführerin (CHF 3'178'813.95) als auch für die Beschwerdegegnerin (CHF 3'190'155.17) eine auf eine Kommastelle gerundete Note von 3.7. Der Notenberechnung der Beschwerdeführerin kann demgegenüber nicht gefolgt werden, da diese Berechnung nicht den Ausschreibungsunterlagen entspricht.⁵⁴ Die Bewertungsgrundlage der Zuschlagskriterien

wurde in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt und ist damit den Anforderungen des allgemeinen Transparenzgebots und von Art. 30 Abs. 2 ÖBV gerecht geworden. Es sind weder Fehler in der Anwendung der Notenskala noch in der Berechnung der Note bzw. Punkte ersichtlich, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

2.5. Pattsituation 2.5.1. Zustandekommen der Pattsituation und Wahlrecht der Vorinstanz a) Argumente der Verfahrensbeteiligten In der Beschwerde wird festgehalten, falls die GEF wider Erwarten nicht der Auffassung der Beschwerdeführerin folge, sondern an der Bewertung der Eignungskriterien der Vorinstanz festhalte, so bestehe bei der Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin eine Punktegleichheit, womit eine Pattsituation vorliege. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass im Kanton Bern keine Praxis existiere, wie in einer Pattsituation vorgegangen werden solle. Gesamtschweizerisch sei in solchen Fällen vorgesehen, dass die Lose über den Zuschlag entscheiden sollen. Dem angefochtenen Entscheid könne nicht entnommen werden, dass im vorliegenden Fall das Los entschieden habe. Die Vorinstanz stelle sich lediglich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht und daher die Zuschlagskriterien am besten erfüllt habe. Aufgrund der Punktegleichheit sei dies jedoch gerade nicht der Fall. Auch in diesem Zusammenhang sei der Entscheid der Vorinstanz willkürlich und aufzuheben. Sollte tatsächlich eine Punktegleich-

52 Vgl. Beschwerdevernehmlassung, S. 7 f. Ziff. 16; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons H.____ VB.2003.00469 vom 21. April 2004, E. 2.5; vgl. unten Fn. 53 53 Beschwerdevernehmlassung S. 7 Ziff. 16 (vgl. E. 2.4.1); zum gleichen Ergebnis gelangt man mit folgender alternativen Berechnungsmethode: $Note = M * P_{max} - P_{max} - P_{min}$ M = maximale Punktzahl (vorliegend: 5); P = Preis des zu bewertenden Angebots; P_{min} = Preis des tiefsten Angebots (vorliegend: 2'886'431.23); P_{max} = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet (P_{min} * F%; vorliegend: 4'041'003.73); F = Faktor zur Bestimmung des Nullpunktes (in Prozentpunkten; vorliegend: 40%) 54 Beschwerde, S. 12 Ziff. 34 Punkt 7 f. bzw. 10 f. und S. 14 Ziff. 36; korrekt hingegen die Berechnung in der Beschwerde auf S. 14 Ziff. 37 und der Beschwerdebeilage 14, wenn auch mit falschen Angebotspreisen (ohne Skonto).

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 17 von 28

heit vorliegen, so wäre der Entscheid aufzuheben und es wäre ein Losentscheid nachzuholen. Aus Sicht der Beschwerdeführerin könne dieser auch durch die GEF vorgenommen werden.⁵⁵ Die Vorinstanz ist in der Beschwerdevernehmlassung der Ansicht, dass, wenn zwei gleichwertige Angebote vorlägen, die Vergabestelle die freie Wahl zwischen diesen Angeboten habe.⁵⁶ Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Replik darauf hin, die Pattsituation deute darauf hin, dass die Vergabestelle trotz dem Vorliegen unterschiedlich hoher Eingabepreise eine untaugliche Preisbewertung vorgenommen habe. Es könne nicht angehen, dass ein günstigeres Angebot unter dem Strich gleich wie ein teureres bewertet werde, diese Bewertung punktemässig zu einer Pattsituation führe und der günstigere Anbieter wie vorliegend das Nachsehen haben solle.⁵⁷ b) Würdigung Der Beschwerdeinstanz steht keine Überprüfung der Angemessenheit der Bewertung zu (Art. 14 Abs. 2 ÖBG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 IVöB). Eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens ist hingegen zu prüfen (Art. 14 Abs. 2 Bst. a ÖBG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. a IVöB). Das bernische Verwaltungsgericht führte zur Beurteilung und Bewertung folgenden aus: «Den Vergabestellen kommt bei der Beurteilung und

Bewertung der Angebote wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift, es sei denn, dieser werden überschritten oder missbraucht.»⁵⁸ Die Angebote müssen in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise bewertet werden.⁵⁹ Besonders zurückhaltend muss die Beschwerdeinstanz bei der Beurteilung und Bewertung von Offerten sein, da der Vergleich der Offerten häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt und eine unvermeidbare subjektive Komponente enthalten.⁶⁰ Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann die Vergabestelle demnach zwischen zwei absolut gleichwertigen Angeboten nach ihrem pflichtgemässen Ermessen wählen, denn sie habe einen erheblichen Ermessensspielraum.⁶¹ Unter Ermessen versteht man einen Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt. Ermessen verschafft der Verwaltung die Möglichkeit, sich unter mehreren rechtlich zulässigen Handlungsalternativen für

55 Beschwerde, S. 15 f. Ziff. 42 - 46 56 Beschwerdevernehmlassung, S. 8 Ziff. 19 57 Replik, S. 7 Ziff. 18 58 BVR 2006, S. 327 E. 4.e; Vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1 59 BVR 2006, S. 327 E. 4.e 60 Trüeb, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, H. ___ 2015, Rz. 25.146 61 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 835 (mit Hinweisen); Trüeb, a.a.O., Rz. 25.104 (mit Hinweisen)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 18 von 28

jene zu entscheiden, die optimal auf den Einzelfall passt.⁶² Auch wo der Gesetzgeber Ermessen zugesteht, darf die Behörde damit nicht nach Belieben verfahren. Gegenteil ist Ermessen immer pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Willkürverbot, Gleichbehandlungsgebot und Verhältnismässigkeit sind selbstverständliche Begleiter der Ermessensbetätigung; darüber hinaus ist besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu richten. „Freies“ Ermessen gibt es nicht.⁶³ Wird das Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt, kann dies – je nach Schwere des Fehlers – blosser Unangemessenheit bedeuten oder aber Rechtswidrigkeit: - Bleibt eine Behörde innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums, übt sie ihr Ermessen jedoch in einer Weise aus, die den Umständen des Einzelfalls nicht optimal entspricht und deshalb unweckmässig ist, spricht man von Unangemessenheit. - Verkennt eine Behörde Vorliegen oder Bedeutung eines Ermessensspielraums, liegt eine Rechtsverletzung vor (d.h. eine Verletzung der Norm, auf welche sich die rechtsanwendende Behörde stützt). Qualifizierte Ermessensfehler dieser Art können typischerweise als Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung oder Ermessensmissbrauch zutage treten. o Bei einer Ermessensüberschreitung beansprucht die Behörde Ermessen, wo gar keines besteht, trifft eine im Gesetz nicht vorgesehene Anordnung oder sprengt einen Ermessensrahmen. o Bei einer Ermessensunterschreitung schöpft die Behörde einen Ermessensspielraum nicht aus oder handhabt ihn auf unnötig schematisierende Weise; sie verzichtet von vornherein auf die Ermessensausübung oder wähnt sich gebunden, obwohl ihr das Gesetz Ermessen einräumt. o Bei einem Ermessensmissbrauch hält sich die Behörde zwar formell an die gesetzlichen Schranken, übt das Ermessen aber in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht oder Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts verletzt. Sachfremde, unverhältnismässige, rechtungleiche, auch willkürliche oder

treuwidrige Handhabung des Ermessens gehören hierher.⁶⁴ Im hier vorliegenden Fall erfolgt die Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen vorgebrachten Bewertungsregeln:

62 Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 26 Rz. 3 ff. 63 Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 Rz. 11 64 Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 Rz. 13 ff.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 19 von 28

«Jedes Kriterium wird mit einer Note (N) zwischen 0 – 5 in Schritten von ganzen Punkten bewertet. Anschliessend werden pro Kriterium die Wertungen mit den Gewichtungen (G) multipliziert. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl (P) erhält den Zuschlag.»⁶⁵ Die Ausschreibungsunterlagen sehen folgende Zuschlagskriterien mit einer entsprechenden Gewichtung vor: Preis (60 %), Referenzen Schlüsselpersonen (10 %), Organisation (10 %) und Termine (20 %).⁶⁶ Der Preis ergibt sich nach den obenstehenden Ausführungen⁶⁷ (Offertierter Werkpreis brutto, abzüglich Rabatt und Baunebenkosten von 1.5 %, zuzüglich MwSt. von 7.7 % und abzüglich Skonto). Zur Preisbewertung kann auf das bereits ausgeführte verwiesen werden (E. 2.4.3). Die übrigen Kriterien bewerten sich nach der in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Bewertung:⁶⁸

Punkte	Bezogen auf die Erfüllung der Kriterien
5	Sehr gute Erfüllung
4	Qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung
3	Gute Erfüllung
2	Qualitativ gut
1	Genügende Erfüllung
0	Durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend
0	Ungenügende Erfüllung
0	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt
0	Sehr schlechte Erfüllung
0	Ungenügende, unvollständige Angaben
0	Nicht beurteilbar
0	Keine Angaben

Die Vorinstanz bewertete die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin wie folgt:⁶⁹

Anbieter	Beschwerdeführerin	Beschwerdegegnerin
Zuschlagskriterien	Note	Punkte
Preis	Note	Punkte

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