

100.2019.380U
STN/SES/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 23. Dezember 2019

Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____ AG
handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwältin ...
Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Bern
handelnd durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion,
Reiterstrasse 11, 3011 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Submission; Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren (Zwischen-
verfügung der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
vom 7. November 2019; RA Nr. 130/2019/6)



Sachverhalt:

A.

Das Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG) der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) schrieb den Neubau des Campus Biel/Bienne (Berner Fachhochschule) öffentlich aus. Mit Verfügung vom 17. September 2019 brach es das Vergabeverfahren ab, weil die finanziellen Zielvorgaben des Grossen Rates des Kantons Bern um über 20 % überschritten worden seien.

B.

Gegen die Abbruchverfügung führte die A._____ AG neben einer anderen Anbieterin am 30. September 2019 Beschwerde bei der BVE. Neben Begehren in der Sache verlangte sie u.a. Einsicht in die Vergabeakten. Mit Verfügung vom 7. November 2019 gewährte die BVE beschränkt Akteneinsicht, verweigerte sie aber insbesondere in Bezug auf den detaillierten Kostenvoranschlag der Vergabestelle (Ziff. 3 der Verfügung vom 7.11.2019).

C.

Dagegen hat die A._____ AG am 18. November 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt Einsicht in den Kostenvoranschlag (Ziff. 1.3 der Verfahrensakten der Vergabestelle). Eventualiter sei ihr der wesentliche Inhalt aus dem Kostenvoranschlag mitzuteilen.

Mit Vernehmlassung vom 3. Dezember 2019 beantragt die BVE Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt als letzte kantonale Instanz Beschwerden unter anderem gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen (Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Angefochten ist eine Zwischenverfügung, mit welcher die BVE u.a. das Begehren der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht abgewiesen hat (vgl. Art. 61 Abs. 1 Bst. e VPRG). Diese Verfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber (Art. 75 Bst. a VRPG im Umkehrschluss). In der Hauptsache ist strittig, ob das AGG das Vergabeverfahren für den Neubau des Campus Biel/Bienne abbrechen durfte (vgl. vorne Bst. A). Solche Verfügungen unterliegen in zweiter Instanz der Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]). Somit steht auch gegen die angefochtene Zwischenverfügung der BVE grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen.

1.2 Zwischenverfügungen und Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder aber die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG).

1.2.1 In der Sache hat die Beschwerdeführerin vor der BVE gerügt, der Abbruch des Vergabeverfahrens sei unzulässig. Werde ihr die Einsicht in den Kostenvoranschlag integral verweigert, könne sie sich nicht substantiiert zur Beschwerdeantwort des AGG äussern, das u.a. behauptete, den Kostenvoranschlag seriös ausgearbeitet zu haben. Zwar könne die Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem späteren Verfahrensabschnitt allenfalls geheilt werden. Es sei aber mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren nicht vereinbar, wenn sie auf die oberflächlichen Ausführungen der Vergabestelle replizieren müsse (Beschwerde Ziff. 1.5 f.).

1.2.2 Unter einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG wird ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung verstanden. Ein irreparabler Schaden wird nicht verlangt. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung ist vielmehr bereits gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt ein tatsächliches Interesse, soweit es der beschwerdeführenden Partei nicht bloss darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Bei der Gewichtung des Rechtsschutzinteresses können auch prozessökonomische Überlegungen eine wesentliche Rolle spielen, zumal die Rechtsmittelinstanzen in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befasst werden sollen (vgl. BVR 2016 S. 237 E. 5.1, 2011 S. 508 E. 1.3, 2001 S. 137 E. 1b, je mit weiteren Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 61 N. 5). Bei der Verweigerung der Akteneinsicht ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil in der Regel zu verneinen (BVR 2001 S. 137 E. 1b; VGE 2010/222 vom 20.7.2010 E. 1.2.1; BGer 2C_887/2019 vom 22.10.2019 E. 2.2, 1C_331/2019 vom 23.9.2019 E. 2.2, 8C_1071/2009 vom 9.4.2010 E. 3.2, je zu Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]; BVGer B-3638/2017 vom 19.9.2017 E. 4.2 zu Art. 46 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021]; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 23 N. 14; vgl. auch Martin Bertschi, in Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 19a N. 48; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 506; Kayser/Papadopoulos/Altmann, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 46 N. 32, vgl. aber auch N. 20; s. zum Ganzen VGE 2018/203 vom 9.11.2018 E. 1.2.1). Anders verhält es sich im umgekehrten Fall der Gewährung der Akteneinsicht, weil eine bereits gewährte Akteneinsicht nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (BGer 2C_887/2019 vom 22.10.2019 E. 2.2, 1C_331/2019 vom 23.9.2019 E. 2.2).

1.2.3 Entscheidet die BVE in der Hauptsache zu Gunsten der Beschwerdeführerin, so erleidet diese durch die Verweigerung der Akteneinsicht keinen Nachteil. Fällt der Entscheid in der Hauptsache zu Ungunsten der Beschwerdeführerin aus, so entsteht ihr zwar ein Nachteil. Sie kann diesen Entscheid jedoch ans Verwaltungsgericht weiterziehen und dabei die verweigerte Akteneinsicht, wie die Ablehnung eines Beweisantrags oder jede andere Verweigerung des rechtlichen Gehörs, voll wirksam rügen. Dadurch kann der Nachteil wieder gutgemacht werden (BGer 2C_887/2019 vom 22.10.2019 E. 2.2, 1C_331/2019 vom 23.9.2019 E. 2.4, 8C_1071/2009 vom 9.4.2010 E. 3.4 f.; vgl. auch BGE 134 III 188 E. 2.3). Auch darüber hinaus ist kein nicht wieder gutzumachender Nachteil ersichtlich; insbesondere genügt die blossе Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens nicht, um einen sofortigen Entscheid durch das Verwaltungsgericht zu erwirken (BGE 136 II 165 E. 1.2.1; BVR 2016 S. 237 E. 5.1, 2011 S. 508 E. 1.3).

1.2.4 Die Gutheissung der Beschwerde würde auch nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen. Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Die Voraussetzungen gemäss Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG für die selbständige Anfechtung der Zwischenverfügung vom 7. November 2019 sind mithin nicht erfüllt. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

1.3 Gemäss Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) fällt die Beurteilung von Beschwerden gegen Zwischenverfügungen in die einzelrichterliche Zuständigkeit.

2.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig und hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 1 und 3 VPRG).

3.

Gegen diesen Entscheid kann, sofern die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG erfüllt sind, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, falls der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich gleichzeitig eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Andernfalls ist der vorliegende Entscheid mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbar (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 93 und 116 BGG). In der Rechtsmittelbelehrung ist daher auf beide Rechtsmittel hinzuweisen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin
 - Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f BGG erfüllt sind. Andernfalls kann gegen dieses Urteil subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. BGG geführt werden.