

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 40 vom 10. Juni 2020

BE Verwaltungsgericht, 2020-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_40

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 40 du 10 juin 2020

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 40 del 10 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]).

E. 1.2

Da die GSI auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist, ergibt sich deren Beschwerdebefugnis für das verwaltungsgerichtliche Verfahren grundsätzlich unmittelbar aus dem negativen Prozessentscheid (vgl. etwa BVR 2017 S. 459 E. 1.2; Merkli/Aeschli-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 4 mann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 79 N. 3, Art. 65 N. 6). Die Beschwerdegegnerin macht jedoch geltend, es fehle der Beschwerdeführerin hier an einem aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse, weil der Zuschlag bereits ergangen sei (vgl. vorne Bst. B). – Die Ausschreibung des Auftrags ist selbständig anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG; Art. 15 Abs. 1 bis Bst. a der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]). Die Beschwerdelegitimation beurteilt sich danach, ob die beschwerdeführende Partei als potentielle Anbieterin des nachgefragten Beschaffungsgegenstands in Frage kommt und die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bzw. die Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit beantragt (BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 E. 1.3.2, 1P.338/2004 vom 11.8.2004; vgl. auch BR 2002 S. 167 E. 2.2; Martin Beyeler, in BR 2017 S. 263 ff., S. 265; zum aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse allgemein Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 25 f.). Bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde gegen die Anfechtung ist im Primärrechtsschutz das Verfahren regelmässig von Anfang an zu wiederholen, da zufolge einer möglichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen allenfalls weitere Angebote neuer Interessentinnen und Interessenten hinzukommen und den nicht beschwerdeführenden Anbietenden aus Gründen der Gleichbehandlung Gelegenheit zu geben ist, eine Offerte unter den neuen Bedingungen zu erarbeiten (vgl. Martin Beyeler, in BR 2018 S. 61 ff., 65 ff.; vgl. auch Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Zürich 2009, Rz. 794). Ob die gegen eine Ausschreibung beschwerdeführende Partei eine Offerte eingereicht bzw. Aussicht auf Erhalt des Zuschlags hat, spielt im Verfahren gegen die Ausschreibung unter dem Gesichtspunkt der Beschwerdelegitimation somit keine Rolle (BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 E. 1.3.2, 1P.338/2004 vom 11.8.2004, in BR 2002 S.

167 E. 2.2, 2P.157/2001 vom 8.9.2001, in R DAT 2002 I 44 E. 1b; Martin Beyeler, in BR 2017 S. 263 ff., S. 265; vgl. auch BGE 141 II 14 E. 4.6 a.E.). Selbst wenn der Vertrag zwischen der Vergabebehörde und einer Zuschlagsempfängerin bereits geschlossen worden wäre, würde das Interesse an der gerichtlichen Überprüfung der Ausschreibungsverfügung nicht entfallen (BGer 1P.338/2004 vom 11.8.2004, in BR 2002 S. 167 E. 2.3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 5 Die Beschwerdeführerin ist somit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt.

E. 1.3

Die GSI ist im angefochtenen Entscheid auch auf das von der Beschwerdeführerin am 9. Januar 2020 gestellte Begehren nicht eingetreten, ihr seien die durch die «nicht zielführende Verfahrensführung» entstandenen unnötigen Kosten zu ersetzen (vgl. angefochtener Entscheid E. 1.5, Dispositiv Ziff. 1). Obschon die Beschwerdeführerin die Aufhebung des gesamten angefochtenen Entscheids beantragt (vorne Bst. C), setzt sie sich mit dem Nichteintreten auf ihr Entschädigungsbegehren mit keinem Wort auseinander, so dass es ihrer Beschwerde diesbezüglich an einer rechtsgenügenden Begründung fehlt. Auf die Beschwerde ist daher insoweit nicht einzutreten, als sie sich gegen Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids richtet (vgl. Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 3 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 14).

E. 1.4

Im Übrigen sind die Bestimmungen über Form und Frist eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 1.3 hiervor einzutreten.

E. 1.5

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis ein Entscheid der GSI im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlagsentscheid vom 10. Dezember 2019 vorliegt. Mit dem Entscheid der GSI vom 3. Februar 2020, der ebenfalls vor Verwaltungsgericht angefochtenen ist (Verfahren 100.2020.54), ist dieses Begehren gegenstandslos geworden.

E. 1.6

Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide sind einzelrichterlich zu beurteilen (Art. 57 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Die rechtlichen Verhältnisse rechtfertigen indes die Beurteilung in Dreierbesetzung (Art. 57 Abs. 6 und Art. 56 Abs. 1 GSOG).

E. 1.7

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 6

E. 2

In der Sache ist strittig, ob die Vorinstanz auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu Recht wegen Verspätung nicht eingetreten ist.

E. 2.1

Die Ausschreibung ist selbständig anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG; Art. 15 Abs. 1 bis Bst. a IVöB). Nach Ablauf der zehntägigen Rechtsmittelfrist (Art. 14 Abs. 1 ÖBG; Art. 15 Abs. 2 IVöB) kann sie grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden (BGE 130 I 241 E. 4.2 [Pra 94/2005 Nr. 59], 129 I 313 E. 6.2 [Pra 93/2004 Nr. 64]; BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 E. 1.3.2; BVR 2007 S. 177 E. 2.2, 2006 S. 500 E. 4.3). Als integrierender Bestandteil der Ausschreibung gelten nach ständiger Rechtsprechung auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben oder veröffentlicht werden. Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind, wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst, ebenfalls innert der Beschwerdefrist von zehn Tagen zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt (BGE 130 I 241 E. 4.2 [Pra 94/2005 Nr. 59]; 129 I 313 E. 6.2 [Pra 93/2004 Nr. 64]; BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 E. 1.3.2 a.E.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff. Rz. 171 ff.). Eine Rügeobliegenheit besteht insoweit, als Mängel in Frage stehen, die von den Parteien tatsächlich erkannt wurden oder bei gebotener Sorgfalt hätten erkannt werden müssen (zum Ganzen BGE 130 I 241 E. 4.3 [Pra 94/2005 Nr. 59]; BGer 2C_409/2015 vom 28.9.2015 E. 4.2; VGE 2019/369 vom 24.3.2020 E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1258).

E. 2.2

Unstrittig ist, dass die Ausschreibung am 9. August 2019 auf der elektronischen Beschaffungsplattform SIMAP publiziert worden ist und die Beschwerdeführerin die zehntägige Beschwerdefrist zur Anfechtung der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen mit der am 23. September 2019 der Post übergebenen Beschwerde nicht eingehalten hat. Die Beschwerdeführerin ist indes der Auffassung, die von ihr gerügten Mängel der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen seien erst an der zweiten Fragerunde zu Tage getreten, womit die Frist zur Anfechtung ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe. Ihre Beschwerde sei demnach

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 7 nicht verspätet erfolgt und die Vorinstanz sei somit zu Unrecht nicht darauf eingetreten. – Eine Ausschreibung kann Vorgaben enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar sind und sich für die Interessentinnen erst im weiteren Verlauf bzw. nach der Durchführung des Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben. In solchen Fällen, in denen die zu rügenden Mängel erst nach Ablauf der für die Anfechtung der Ausschreibung laufenden Beschwerdefrist erkennbar sind, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit erhalten: So können nicht offenkundige Mängel der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die nächstfolgende Verfügung (vgl. Art. 11 Abs. 2 ÖBG bzw. Art. 15 Abs. 1 bis IVöB), d.h. allenfalls im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag noch vorgebracht werden (vgl. BVR 2005 S. 561 E. 4.4).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabebehörde eine «krasse Bevorzugung» der Zuschlagsempfängerin bei «klarer Benachteiligung» der anderen Anbieterinnen vor. Einige

möglicherweise diskriminierende «Kriterien, Anforderungen und Nachweise» habe sie bereits in der Ausschreibung erkannt, sei jedoch davon ausgegangen, dass keine Diskriminierungsabsicht dahinterstehe. Entgegen ihrer Erwartungen hätten die Erläuterungen der Vergabebehörde im Rahmen der beiden Fragerunden jedoch ergeben, dass diese nicht gewillt sei, die «potentiell diskriminierenden» Kriterien, wie insbesondere die geforderten Referenzen und die Anforderungen an den Entwicklungsstand eines Referenzsystems, diskriminierungsfrei auszulegen oder zu präzisieren. Erst aus den Antworten der Vergabebehörde sei klar geworden, dass die Ausschreibung darauf abziele, sie selbst und wohl auch alle anderen Anbieterinnen ausser der Zuschlagsempfängerin in einer Weise zu diskriminieren, dass nur letztere eine realistische Chance auf den Zuschlag habe, womit nicht (mehr) von einem wirksamen Wettbewerb gesprochen werden könne (vgl. Beschwerde insb. Rz. 17 f., 22). Gemäss der Rechtsprechung im Vergaberecht, wonach Mängel der Ausschreibung nach Treu und Glauben unverzüglich gerügt werden müssten, sobald sie als solche erkannt werden, sei sie somit gehalten (und berechtigt) gewesen, die diskriminierende Ausschreibung nach der zweiten Fragerunde anzufechten (vgl. Beschwerde Rz. 11 ff.). – Die angeblich diskriminierenden Vorgaben der Vergabebehörde betreffen die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 8 Festlegung des Beschaffungsgegenstands, der Eignungskriterien und -nachweise sowie der Gewichtung der Zuschlagskriterien (insb. des Preises mit 20 %). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergeben sich sämtliche für die Frage der Teilnahme erforderlichen Informationen bereits aus der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen (vgl. auch VGE 2020/54 vom 10.6.2020 E. 3.5). Ein möglicher Interpretationsspielraum für eine diskriminierende bzw. diskriminierungsfreie Handhabung bzw. Präzisierung lässt sich – auch in Bezug auf die geforderten Referenzen – nicht erkennen.

E. 2.4

Soweit sich ein diskriminierender Charakter einzelner Eignungskriterien dennoch erst später gezeigt haben sollte oder aus gewissen Antworten der Vergabebehörde hätte geschlossen werden müssen, dass diese gedenkt, in diskriminierender Weise zugunsten einer Anbieterin von den klaren Vorgaben abzuweichen, wäre der Beschwerdeführerin die Möglichkeit offengestanden, die Vergabebehörde auf diese Mängel aufmerksam zu machen und eine diskriminierungsfreie Behandlung bzw. allenfalls eine Gleichbehandlung im Unrecht zu fordern. Mit ihren Ausführungen zu einer sofortigen Rügeobliegenheit von nachträglich entdeckten Mängeln der Ausschreibung (vgl. E. 2.3 hiervor; Frage nach dem Bestehen einer Rügepflicht offengelassen in BVR 2007 S. 177 E. 2.3) scheint die Beschwerdeführerin zu verkennen, dass damit weder ein neues Anfechtungsobjekt noch ein neues Rechtsmittel ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelf Verfahren geschaffen werden soll. Nachträglich erkannte (Verfahrens-) Mängel sind nicht der Beschwerdeinstanz, sondern der Vergabebehörde (formlos) zur Kenntnis zu bringen, damit diese die Möglichkeit erhält, allfällige Massnahmen zu ergreifen (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3; BVR 2005 S. 561 E. 4.4; Christoph Jäger, a.a.O., Rz. 173; Stefan Scherler, in *Aktuelles Vergaberecht 2012, Die Verfügungen im Vergabeverfahren*, S. 359 ff. Rz. 62; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 667 ff.; Robert Wolf, *Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide*, in ZBI 2003 S. 1 ff., S. 10). Wäre die Beschwerdeführerin mit ihrer Kritik nicht erfolgreich gewesen, hätte sie ihre Rügen mit Beschwerde gegen das nächstmögliche gesetzlich vorgesehene Anfechtungsobjekt vorbringen müssen (vgl. vorne

E. 2.2). Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es könne nicht verlangt werden, dass sie sich mit einer Offerte an einem Vergabeverfahren beteilige, ob-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 9 wohl von vornherein – mangels Erfüllung der Eignungskriterien – mit dem Ausschluss ihres Angebots habe gerechnet werden müssen. Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig: War die Diskriminierung nicht aus der Ausschreibung selbst erkennbar, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, hätte sie auf einer diskriminierungsfreien Behandlung bestehen und sich weiterhin am Vergabeverfahren beteiligen müssen. Nur so wäre eine Beschwerdeinstanz in der Lage gewesen zu prüfen, ob der Vorwurf der unzulässigen Privilegierung der Zuschlagsempfängerin zutrifft.

E. 2.5

Anders als die Beschwerdeführerin meint, wären ihr somit je nach Zeitpunkt der tatsächlichen Erkennbarkeit der angeblich diskriminierenden Ausschreibung geeignete Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden, um sich dagegen zur Wehr zu setzen. Dass sie davon keinen Gebrauch gemacht hat, ist ihr allein zuzuschreiben und kann weder mit dem Verhalten der Vergabebehörde noch der Verfahrensführung durch die Vorinstanz entschuldigt werden. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereichte Beschwerde gegen die Ausschreibung als verspätet erachtet hat. Der angefochtene Nichteintretensentscheid hält der Rechtskontrolle stand.

E. 3

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Sie hat die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 4 VRPG).

E. 4.1

Gemäss Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entschiede auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung, wenn der geschätzte

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10.06.2020, Nr. 100.2020.40U, Seite 10 Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und Ziff. 2 BGG gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kumulativ. Damit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, darf keines der beiden Ausschlusskriterien erfüllt sein (vgl. BGE 133 II 396 E. 2.1). Andernfalls kann der vorliegende Entscheid einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden.

E. 4.2

Gemäss Publikation vom 11. Dezember 2019 erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 28'969'778.-- (vgl. SIMAP Publikation, Vorakten GSI im Verfahren 100.2020.54, Beschwerdebeilage 1) womit der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags die massgeblichen Schwellenwerte überschreitet (vgl. Art. 6 Abs. 1 BöB). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden. Das vorliegende Urteil ist daher mit dem Hinweis auf diese beiden Rechtsmittel zu versehen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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