

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 333 vom 30. März 2022**

BE Verwaltungsgericht, 2022-03-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2021\\_333](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2021_333)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 333 du 30 mars 2022

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 333 del 30 marzo 2022

## **Regeste**

Submission; Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine; superprovisorische Massnahmen gegen die Zuschlagserteilung (Verfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Thun vom 12. November 2021; vbv 48/2021) | Submission

## **Erwägungen**

### **E. 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 der der Regierungsstatthalter auf die Begehren der Beschwerdeführerin um (superprovisorische) Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht eingetreten ist (vgl. Art. 61 Abs. 1 Bst. g VRPG; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum ber-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 5 nischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 3, 31). Diese Verfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber (Art. 29 VRPG; Daum/Rechsteiner, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 29 N. 8). In der Hauptsache ist die Zuschlagsverfügung der EG Thun strittig (vgl. vorne Bst. B, C). Solche Verfügungen unterliegen in zweiter Instanz der Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BAG 02-092], in Kraft bis 31.1.2022 [vgl. BAG 21-109]; vgl. zum anwendbaren Recht hinten E. 2.1). Somit steht auch gegen die angefochtene Zwischenverfügung des Regierungsstatthalters grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen.

### **E. 1.2**

Zwischenverfügungen und Zwischenentscheide, die – wie hier – weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachen den 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). Ein nicht wiedergutzumachender Nachteil wird praxisgemäss bejaht, wenn die anfechtende Person ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung des Zwischenentscheids hat, wobei kein irreparabler Schaden erforderlich ist. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung des Zwischenentscheids ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger

End-entscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die betroffene Person nicht nur darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss in jedem Fall dargetan sein, wobei das Glaubhaftmachen genügt (zum Ganzen BVR 2017 S. 205 E. 1.3, 2016 S. 237 E. 5.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 61 N. 39). Der Begriff des nicht wiedergutzumachenden Nachteils nach Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG deckt sich nicht mit demjenigen gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110). Im bundesgerichtlichen Verfahren ist grundsätzlich ein rechtlicher Nachteil mit der Möglichkeit eines

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 6 irreparablen Schadens vorausgesetzt (BGE 137 V 314 E. 2.2.1, 135 I 261 E. 1.2, 134 III 188 E. 2.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 61 N. 39). Wie die Materialien zeigen, hat der kantonale Gesetzgeber in Kenntnis dieser Rechtslage für das VRPG am weiteren Begriffsverständnis festgehalten (vgl. BVR 2016 S. 237 E. 5.1, 2011 S. 508 E. 1.3; Vortrag des Regierungsrats betreffend das VRPG [Änderung], in Tagblatt des Grossen Rates 2008, Beilage 11, S. 2 ff., 11 f.; Michel Daum, a.a.O., Art. 61 N. 39).

#### **E. 1.2.1**

Im Bereich von Vergabestreitigkeiten ist grundsätzlich ohne weiteres vom Drohen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils auszugehen, wenn der Beschwerde gegen einen Zuschlag die aufschiebende Wirkung verweigert wird, da diesfalls der Vertrag über den Gegenstand der Ausschreibung mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden kann (vgl. Art. 14 Abs. 1 der alten interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [aIVöB; BAG 02-092]; VGE 2013/250 vom 3.9.2013 E. 1.2; vgl. auch BVR 2011 S. 508 E. 1.3 (betreffend Sozialhilfe), 2009 S. 189 E. 1.2.1 (betreffend Personalrecht); BGer 2C\_438/2021 vom 16.11.2021 E. 1.1, 2C\_951/2019 vom 16.7.2020 E. 1.2, 2C\_611/2011 vom 16.12.2011 E. 2.1). Allerdings hat hier die Vergabebehörde mit der Beschwerdegegnerin 1 bereits am 2. November 2021 den Vertrag über die zu beschaffende Elektro-Strassenreinigungsmaschine abgeschlossen. Daher stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführerin noch ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht, der mit einer vorsorglichen Massnahme verhindert werden könnte.

#### **E. 1.2.2**

Sobald ein Vergabevertrag geschlossen wurde, entfällt grundsätzlich das Interesse der übergangenen Anbieterin an einer Beschwerde gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung, da das unerwünschte Resultat, das mit dem Antrag auf aufschiebende Wirkung hätte vermieden werden sollen (d.h. der Vertragsschluss), eingetreten ist. Das Bundesgericht tritt daher nicht ein auf die Beschwerde einer übergangenen Anbieterin gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen worden ist. Hingegen behält die übergangene Anbieterin unter Umständen ein Interesse an vorsorglichen Massnahmen, sofern sie ein Verbot der Vertragserfüllung verlangt, zumal die Rechtsfolgen eines im Widerspruch zu den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts geschlosse-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 7 nen Vertrags noch ungeklärt sind (vgl. E. 1.2.3 hiernach). Das Bundesgericht beschränkt die Annahme eines fortdauernden Beschwerdeinteresses auf Fälle, in denen der Vertrag abgeschlossen, aber noch nicht vollständig erfüllt worden ist und in verschiedene Teile aufgeteilt werden kann. In solchen Situationen besteht der nicht wiedergutzumachende Nachteil in der Gefahr, dass die übergangene Anbieterin nicht mehr die Möglichkeit hat, den Zuschlag für einen Teil der offerierten Leistung doch noch zu erhalten (vgl. BGer 2C\_438/2021 vom 16.11.2021 E. 1.1, 2C\_535/2013 vom 3.9.2013 E. 1.3, 2C\_811/2011 vom 5.1.2012 E. 1.3, 2C\_611/2011 vom 16.12.2011 E. 2.1 f.).

### **E. 1.2.3**

Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG kann die Verweigerung vorsorglicher Massnahmen nach Vertragsabschluss auch die (weniger strengen) Anforderungen an einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG erfüllen. Die vom Bundesgericht insofern aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen (E. 1.2.2 hiervor) sind für das kantonale Recht nicht zwingend zu übernehmen. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Rechtslage bei einem in Verletzung von Vergaberecht abgeschlossenen Vertrag nicht geklärt ist: Das Bundesgericht musste diese Frage bis anhin nicht beantworten (vgl. BGer 2D\_26/2012 vom 7.8.2012 E. 2.2, 2C\_339/2010 und 2C\_434/2010 vom 11.6.2010 E. 2.3.4.2). In der Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Lösungsvorschläge diskutiert. Mehrere kantonale Gerichte sind einem in der Lehre vorgeschlagenen Ansatz gefolgt, wonach das Gericht die Vergabebehörde verbindlich anweisen kann, den vorzeitig abgeschlossenen Vertrag – soweit vertragsrechtlich möglich – unverzüglich aufzulösen bzw. rückabzuwickeln (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 2649 ff.; vgl. auch Thomas P. Müller, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 42 N. 38 mit Hinweisen). Gemäss einem anderen Ansatz bedeutet die Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag, dass die Vergabebehörde den Vertragsschluss ohne vergaberechtliche Ermächtigung vorgenommen hat. Der Vergabevertrag wäre zwar abgeschlossen, aber ein einem Schwebezustand; erweist sich die Beschwerde gegen den Zuschlag als begründet, gilt er als nicht genehmigt und die Zuschlagsverfugung ist aufzuheben (Primärrechtsschutz; Thomas P. Müller, a.a.O., Art. 42

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 8 N. 26 ff.; für eine Übersicht über die verschiedenen Lösungsansätze vgl. etwa Thomas P. Müller, a.a.O., Art. 42 N. 24 ff.; Martin Beyeler, a.a.O., N. 2632 ff.; Cléa Bouchat, L'effet suspensif en procédure administrative, Diss. Lausanne 2014, N. 953 ff.). Das Verwaltungsgericht hat sich bislang nicht zu den verschiedenen Lösungsvorschlägen geäußert und sich insofern nicht festgelegt. Demnach ist nicht ausgeschlossen, dass auch nach Abschluss des Vertrags Primärrechtsschutz (Aufhebung des Zuschlags) weiterhin möglich ist. Im vorliegenden Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ist nicht über die Rechtsfolgen eines verfrüht abgeschlossenen Vergabevertrags zu befinden; dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die in einem ordentlichen Verfahren umfassend geprüft werden muss (BGer 2D\_26/2012 vom 7.8.2012 E. 2.2, 2C\_339/2010 und 2C\_434/2010 vom 11.6.2010 E. 2.3.4.2).

### **E. 1.2.4**

Die Beschwerdeführerin beantragte vor dem Regierungsstatthalteramt, ihrer Beschwerde gegen den Zuschlag sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, obwohl der Vergabevertrag bereits abgeschlossen worden war (vgl. Rechtsbegehren 6, Beschwerde vom 11.11.2021, in Vorakten RSA [act. 6A], auch zum Folgenden). Aus einem weiteren Rechtsbegehren sowie der Begründung der Beschwerde geht klar hervor, dass sie insbesondere ein Verbot von Erfüllungshandlungen in Bezug auf den abgeschlossenen Vertrag anstrebte (vgl. Rechtsbegehren 7). Sie stellte damit einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend die Vertragserfüllung. – Die Vergabebehörde macht geltend, die Erfüllung des rechtmässig und rechtsgültig abgeschlossenen Vergabevertrags sei eine rein privatrechtliche Angelegenheit. Sie habe am 17. November 2021 einen Grossteil der Kaufpreisforderung an die Zuschlagsempfängerin überwiesen. Hingegen habe die Übergabe des Fahrzeugs wegen der superprovisorischen Anordnung des Verwaltungsgerichts vom 19. November 2021 nicht vollzogen werden können (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 26 f.). Ob unter diesen Umständen ein nicht wiedergutzumachender Nachteil unter den restriktiveren Voraussetzungen des Bundesgerichts anzunehmen wäre, ist unklar, kann mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen aber offenbleiben: Inwieweit der Vergabevertrag tatsächlich bereits erfüllt ist und welche Erfüllungshandlungen verbleiben, ist nicht belegt. Insbesondere ist der Vertrag nicht aktenkundig. Jedenfalls sind die vertraglichen Pflichten noch nicht vollständig erfüllt, sieht sich

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 9 die EG Thun aufgrund der superprovisorischen Anordnung des Abteilungspräsidenten doch gehindert, die Elektro-Strassenkehrmaschine zu übernehmen. Damit geht sie übereinstimmend mit der Beschwerdeführerin davon aus, dass die vollständige Vertragserfüllung durch die beantragte vorsorgliche Massnahme aufgeschoben werden kann. Angesichts der offenen Rechtslage in Bezug auf verfrüht abgeschlossene Vergabeverträge ist unklar, wie sich allfällige (weitere) Erfüllungshandlungen auf die Rechtsposition der Beschwerdeführerin auswirken würden. Die verschiedenen Lösungsansätze sehen unterschiedliche Eingriffsmöglichkeiten in den rechtswidrig abgeschlossenen Vergabevertrag vor. Je früher die Vertragserfüllung einstweilen untersagt wird, desto mehr Handlungsoptionen dürften offenbleiben für den Fall der Gutheissung der Beschwerde gegen den Zuschlag. Entsprechend hat der Abteilungspräsident mit Verfügungen vom 19. November 2021 und 14. Dezember 2021 (Verfahren 100.2021.357) der EG Thun und der Beschwerdegegnerin 1 superprovisorisch die Vertragsabwicklung untersagt bzw. dieses Verbot aufrechterhalten. Vor diesem Hintergrund kann die hier angefochtene Zwischenverfügung selbst bei bereits erfolgter teilweiser Vertragserfüllung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG bewirken (vgl. auch Martin Beyeler, a.a.O., N. 2689, wonach die Tatsache des bereits erfolgten Vertragsschlusses keinen Grund dafür abgibt, dass die Beschwerdeinstanz sich in Bezug auf die anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen in irgendeiner Weise eingeschränkt fühlen dürfe). Die Zwischenverfügung vom 12. November 2021 ist somit selbständig anfechtbar.

### **E. 1.3**

Der Regierungsstatthalter ist auf das Ersuchen der Beschwerdeführerin um (superprovisorische) Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht eingetreten, weshalb sich ihre Beschwerdebefugnis für das verwaltungsgerichtliche Verfahren unmittelbar aus

diesem negativen Prozessentscheid ergibt (vgl. BVR 2017 S. 418 E. 1.1 mit Hinweisen; Michael Pflüger, in Her- zog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 N. 2 i.V.m. Art. 65 N. 23). Wie ausgeführt ist der Eintritt eines nicht wieder- gutzumachenden Nachteils möglich, wenn die Vertragserfüllung nicht unter- sagt wird (E. 1.2.3 f. hiervor), weshalb die Beschwerdeführerin trotz Ab- schluss des Vergabevertrags weiterhin ein aktuelles und praktisches Inte-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 10 resse an der Behandlung ihrer Beschwerde betreffend vorsorgliche Mass- nahmen hat.

#### **E. 1.4**

Die EG Thun macht geltend, die angefochtene Zwischenverfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen regle ausschliesslich den Rechtszu- stand während der Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens vor dem Regie- rungsstatthalter. Mit dem Entscheid vom 3. Dezember 2021 in der Hauptsache seien Anordnungen bezüglich vorsorglicher Massnahmen hinfällig und damit das vorliegende Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden (vgl. Duplik S. 1 f.). Gemäss Art. 28 Abs. 2 VRPG fällt durch den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache von Gesetzes wegen die vor- sorgliche Massnahme dahin. Dies gilt jedoch erst, wenn der Entscheid in der Hauptsache in (formelle) Rechtskraft erwachsen ist (Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 28 N. 5). Wird eine Verfügung über vorsorgliche Massnahmen angefochten und fällt die Behörde während der Rechtshängigkeit dieses Ver- fahrens den Entscheid in der Hauptsache, so wird das Beschwerdeverfahren betreffend die vorsorgliche Massnahme spätestens mit unbenützlichem Ablauf der Rechtsmittelfrist in der Hauptsache gegenstandslos und ist abzuschrei- ben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG; Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 29 N. 11). Die Beschwerdeführerin hat gegen den Entscheid des Regierungstatthalter- Stellvertreters vom 3. Dezember 2021 betreffend Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Der Entscheid in der Hauptsache ist da- mit noch nicht rechtskräftig. Das Verwaltungsgericht kommt im Urteil betref- fend das Hauptverfahren zudem zum Schluss, dass der Regierungstatthalter-Stellvertreter auf die Beschwerde gegen den Zuschlag hätte eintreten müssen; es hebt den Entscheid auf und weist die Angelegenheit zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an das Regierungstatthalteramt zurück (vgl. VGE 2021/357 vom 30.3.2022). Das Interesse an einer Beurteilung der sich im vorliegenden Verfahren stellenden Rechtsfragen besteht somit auch nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts in der Hauptsache weiter, weshalb das Verfahren nicht als gegenstandslos abzuschreiben ist.

#### **E. 1.5**

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist auf den Streitgegen- stand beschränkt. Ausgangspunkt für dessen Bestimmung bildet die ange- fochtene Verfügung bzw. der angefochtene Entscheid als Anfechtungsob-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 11 jekt. Dieses gibt insoweit den Rahmen des Streitgegenstands vor, als Letz- terer nicht über das hinausgehen kann, was die Vorinstanz geregelt hat (vgl. BVR 2020 S. 59 E. 2.2, 2017 S. 514 E. 1.2, 2011 S. 391 E. 2.1). Angefoch- ten ist der Nichteintretensentscheid des Regierungstatthalters vom 12. No- vember 2021. Im Beschwerdeverfahren um einen Prozessentscheid wird die umstrittene formelle Frage (die Eintretensfrage) zur materiellen

Frage und zum Streitgegenstand dieses Verfahrens (vgl. BVR 2012 S. 225 E. 1.2 und 2; Michael Pflüger, a.a.O., Art. 65 N. 23). Es ist somit nur zu prüfen, ob das Nichteintreten des Regierungsstatthalters rechtmässig ist. Das Verwaltungsgericht hat sich demgegenüber grundsätzlich nicht mit der materiellrechtlichen Streitigkeit zu befassen (vgl. etwa BVR 2017 S. 418 E. 5.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 20a N. 45). Die Beschwerdeführerin beantragt vor dem Verwaltungsgericht auch, der Zuschlagsbeschwerde beim Regierungsstatthalter sei «superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen». Insbesondere seien die Beschwerdegegnerinnen superprovisorisch anzuweisen, alle Vollziehungsvorkehrungen im Zusammenhang mit dem betroffenen Submissionsverfahren zu unterlassen (vgl. vorne Bst. C). Aus dem Zusammenhang und dem Verweis auf das vor der Vorinstanz gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (vgl. Beschwerde vom 11.11.2021, in Vorakten RSA [act. 6A]) ergibt sich unmissverständlich, dass die Beschwerdeführerin auch um provisorische und nicht bloss superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend die Vertragserfüllung ersucht. Die Beschwerdeführerin verlangt somit neben der Prüfung des Prozessentscheids auch die inhaltliche Behandlung ihres Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen. Obwohl Streitgegenstand grundsätzlich nur die formelle Frage ist, gebieten es hier die speziellen Umstände, die materielle Beurteilung dennoch vorzunehmen (vgl. hinten E. 3 f.). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG; Art. 14 Abs. 1 ÖBG; Art. 15 Abs. 2 aIVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 1.6**

Beschwerden gegen Zwischenverfügungen bzw. -entscheide sowie gegen Nichteintretensverfügungen bzw. -entscheide sind grundsätzlich ein- zelrichterlich zu beurteilen (Art. 57 Abs. 2 Bst. b und c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Die rechtlichen Verhältnisse rechtferti-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 12 gen indes eine Beurteilung in Dreierbesetzung (vgl. Art. 57 Abs. 6 i.V.m. 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 aIVöB).

#### **E. 2**

Streitig ist, ob der Regierungsstatthalter zu Recht auf die Begehren der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen, insbesondere ein Verbot der Vertragserfüllung, nicht eingetreten ist.

#### **E. 2.1**

Zunächst ist das anwendbare Recht zu klären: Am 1. Februar 2022 ist die revidierte interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1) für den Kanton Bern gestützt auf Art. 3 und 4 des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2) mit gewissen Vorbehalten jedenfalls «sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht» in Kraft getreten, soweit sie nicht direkt zur

Anwendung gelangt infolge einer zulässigerweise bedingt abgegebenen, einseitig den Beitritt herbeiführenden Erklärung des Kantons Bern (vgl. Art. 63 IVöB; zur Zulässigkeit eines Beitritts unter Vorbehalt vgl. die zweite Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Sommersession, S. 55 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520]). Die Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB sieht jedoch vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkraft- treten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Auf das vorliegende, mit Ausschreibung vom 14. Mai 2021 eingeleitete Vergabeverfahren (vgl. dazu Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungs- recht, 2020, Art. 64 IVöB/Art. 62 BöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Be- schaffungswesen, in BBl 2017 S. 1851 ff., S. 1192 [richtig S. 1992]) ist daher das bisherige Recht anwendbar.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 13

## **E. 2.2**

Der Regierungsstatthalter ist auf das mit der Beschwerde gegen den Zuschlag gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht eingetreten, da die Beschwerdeführerin mangels Anbieterstellung im Zeitpunkt des Zu- schlags nicht zur Anfechtung der Zuschlagsverfügung berechtigt sei. Die Frage der Beschwerdebefugnis gegen den Zuschlag ist Gegenstand des Verwaltungsgerichtsverfahrens 100.2021.357. Mit Urteil vom 30. März 2022 hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass die Verweigerung der auf- schiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss zwar zur Folge hatte, dass die Vergabebehörde das Vergabeverfahren unter Aus- schluss der Beschwerdeführerin weiterführen und insbesondere den Zu- schlag erteilen durfte, dies jedoch nur unter Vorbehalt des späteren Ent- scheidts über den Ausschluss. Da die Beschwerdeführerin nicht rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen ist, hat sie ungeachtet der nicht erteilten aufschiebenden Wirkung das Recht, den später erteilten Zuschlag anzufechten (vgl. VGE 2021/357 vom 30.3.2022 E. 2.3 ff.). Sie ist demnach zur Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung befugt. Der Regierungsstatt- halter ist nach dem Gesagten zu Unrecht wegen angeblich fehlender Legiti- mation der Beschwerdeführerin auf das Gesuch um vorsorgliche Massnah- men nicht eingetreten. Die Beschwerde erweist sich insofern als begründet.

## **E. 3.1**

Hat die Vorinstanz fälschlicherweise einen Nichteintretensentscheid gefällt und keine materielle Beurteilung der Beschwerde vorgenommen, weist das Verwaltungsgericht die Sache in der Regel an diese zurück (vgl. etwa BVR 2015 S. 301 E. 3.5). Allerdings kann es sich im Einzelfall mit Rück- sicht auf die verschiedenen fallrelevanten Verfassungsanliegen als gerecht- fertigt erweisen, dass das Verwaltungsgericht die (grundsätzlich nicht Streit- gegenstand bildenden) materiellen Fragen (gegebenenfalls unter Aus- dehnung seiner Kognition) gleichwohl unmittelbar selber beurteilt. So kann namentlich der Grundsatz der Prozessökonomie einen Verzicht auf eine Rückweisung rechtfertigen, wenn dies das Interesse der Beteiligten an ei- nem raschen Verfahrensabschluss gebietet und sich mit den Interessen an einem korrekten Verfahren vereinbaren lässt (vgl. etwa BVR 2017 S. 459 E. 5.4, 2017 S. 437 E. 2.4, 2016 S. 65 E. 2.8.3, 2012 S. 481 E. 2.5; Ruth

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 14 Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 84 N. 8, 13 mit weiteren Hinweisen; Christoph Bürki, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Diss. Bern 2010, S. 87 f., 313 ff.).

### **E. 3.2**

Der Regierungsstatthalter ist auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht eingetreten und hat es inhaltlich nicht geprüft. Dennoch ist hier insbesondere aus Gründen der Prozessökonomie von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen: Bei der materiellen Beurteilung des Gesuchs ist namentlich zu prüfen, ob die Beschwerde gegen den Zuschlag ausreichend begründet erscheint (vgl. hinten E. 4.2). Die Antwort auf diese Frage hängt ihrerseits vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens betreffend die Ausschreibung und den Ausschluss ab, das vor dem Verwaltungsgericht hängig ist (Verfahren 100.2021.339). Der Regierungsstatthalter hat im dort angefochtenen Entscheid die Ausschreibung und den Ausschluss bestätigt. Vor diesem Hintergrund dürfte das Regierungsstatthalteramt auch die Beschwerde gegen den Zuschlag nicht für erfolgsversprechend halten und dementsprechend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abweisen. Diesen Entscheid könnte die Beschwerdeführerin wiederum mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechten, das darauf über die vorsorglichen Massnahmen zu befinden hätte. Einen solchen unnötigen Beschwerdegang gilt es insbesondere aus Kostengründen und mit Blick auf das im Submissionsverfahren geltende erhöhte Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 14 ÖBG; Art. 15 ff. aIVöB) zu vermeiden, weshalb das Verwaltungsgericht ausnahmsweise direkt selber materiell entscheidet. Den Parteien erwächst hieraus kein Nachteil, haben sie sich doch bereits vor dem Regierungsstatthalteramt zum Erlass vorsorglicher Massnahmen äussern können (vgl. Beschwerde vom 11.11.2021 S. 8 ff., Stellungnahme EG Thun vom 22.11.2021 S. 1 ff., beides in Vorakten RSA [act. 6A]). Im Übrigen ersucht die Beschwerdeführerin ausdrücklich um materielle Behandlung ihres Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Zuschlagsverfahren (vgl. vorne E. 1.5), und verzichtet damit auf eine Beurteilung durch die Vorinstanz.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 15

### **E. 4**

In der Folge ist über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung vor dem Regierungsstatthalteramt zu befinden.

#### **E. 4.1**

Im Vergabeverfahren steht als vorsorgliche Massnahme die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Vordergrund, mit der die Wirkung der angefochtenen Verfügung vorsorglich gehemmt wird. Beschwerden in Submissionsverfahren kommt von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 ÖBG; Art. 17 Abs. 1 aIVöB). Jedoch kann die Beschwerdeinstanz diese gestützt auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 ÖBG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 aIVöB und Art. 33 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BAG 02-072, 14-068; in Kraft bis 31.1.2022) auf Gesuch hin oder von Amtes wegen erteilen. Wird der Zuschlag angefochten, hat die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zur Folge, dass die Vergabebehörde nicht

berechtigt ist, den Vergabevertrag mit der bezeichneten Anbieterin abzuschliessen (vgl. vorne E. 1.2.1; Martin Zobl, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 54 N. 4 f.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 871 ff., 945 f. N. 258 f.). Wenn der Vertrag – wie hier – bereits abgeschlossen worden ist, ist die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde gegen den Zuschlag nicht zielführend. Es können jedoch andere vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, insbesondere um die Erfüllung des Vergabevertrags zu verhindern und damit die Chancen der beschwerdeführenden Anbieterin auf Primärrechtsschutz soweit möglich zu erhalten. Bei der Beurteilung entsprechender Gesuche wenden die Gerichte im Wesentlichen dieselben Grundsätze an wie bei der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 27 VRPG; Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 9; Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 27 N. 1 ff., insb. 5, 10 ff., 18 ff.; Weissenberger/Hirzel, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 61 ff., 81).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeinstanz kann die aufschiebende Wirkung gestützt auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 ÖBG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 aIVöB und Art. 33 Abs. 1 ÖBV erteilen, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 16 keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. auch Art. 54 Abs. 2 IVöB). Das Vergaberecht kennt keine speziellen Bestimmungen zu weiteren vorsorglichen Massnahmen. Gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. a VRPG kann die instruierende Behörde auf Antrag oder von Amtes wegen vor dem Erlass eines Urteils vorsorgliche Massnahmen anordnen zum Schutz erheblicher öffentlicher oder privater Interessen. Über einstweiligen Rechtsschutz ist in der Regel nach einem einfachen Schriftenwechsel und ohne weitere Beweiserhebung im Rahmen einer summarischen Prüfung aufgrund der Akten zu entscheiden (vgl. BVR 2011 S. 508 E. 2.3, 2008 S. 433 E. 2.3; Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 27 N. 6; für das Submissionsrecht vgl. etwa Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 19, 29 ff.). Dabei ist eine Abwägung aller in Betracht fallender Interessen vorzunehmen. In dieser Interessenabwägung können auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beleuchtet werden. Diese fallen praxismässig allerdings nur ins Gewicht, wenn der Prozessausgang – positiv oder negativ – als eindeutig erscheint (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; BVR 2012 S. 145 E. 3.1, 2008 S. 433 E. 2.1, 2000 S. 385 E. 2; Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 27 N. 18; Weissenberger/Hirzel, a.a.O., S. 73 ff.; für das Submissionsrecht vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 1357; Adrian Hungerbühler, Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabebeschwerden, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 343 ff., N. 48). Nach einer differenzierenden Lehrmeinung zur aufschiebenden Wirkung im Submissionsrecht spielt die Hauptsachenprognose nicht nur dann eine Rolle, wenn sie eindeutig ist. Vielmehr sind die Erfolgsaussichten der Beschwerde im Rahmen der Interessenabwägung mitzubeherrschenden (Denzler/Hempel, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 313 ff., N. 26; vgl. auch Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 18; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1342). Es ginge jedoch zu weit, die Gewährung der vorsorglichen Massnahmen stets davon abhängig machen zu wollen, dass überwiegende Erfolgsaussichten bestehen (Denzler/Hempel, a.a.O., N. 27; vgl. VGE

2013/250 vom 3.9.2013 E. 2.1, 23301 vom 8.7.2008 E. 2). Eine Interessenabwägung bleibt jedenfalls vorzunehmen, wenn die Beschwerde nicht aussichtslos erscheint oder Zweifel darüber bestehen (vgl. Christoph Jäger, a.a.O., S. 946 N. 262; Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 18, je mit Hinweisen). Dabei sind die Interessen der beschwerdeführenden Partei, im Fall der er-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 17 folgreichen Beschwerde den Zuschlag erhalten und damit effektiven Rechtsschutz geniessen zu können, gegen die Interessen der Vergabebehörde (und jener der Zuschlagsempfängerin) an einer möglichst raschen Beendigung des Beschaffungsverfahrens und Umsetzung des Vergabeentscheids abzuwägen; die Dringlichkeit soll dabei tendenziell umso weniger eine Rolle spielen, je mehr sie auf eine ungenügende Zeitplanung der Vergabebehörde zurückzuführen ist (statt vieler Christoph Jäger, a.a.O., S. 946 f. N. 262; Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 17 ff.).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit guten Erfolgchancen ihrer Beschwerde: Die ausgeschriebenen Eignungskriterien und ihr Ausschluss aus dem Vergabeverfahren seien rechtswidrig. Zudem habe die Vergabebehörde es unterlassen, ihr die Zuschlagsverfügung zu eröffnen, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig ausgeschlossen gewesen sei und zuvor ausdrücklich und mehrmals erklärt habe, dass sie den Zuschlag anfechten werde. Mangels Eröffnung sei die Beschwerdefrist ihr gegenüber bei Vertragsabschluss der EG Thun mit der Beschwerdegegnerin 1 noch nicht abgelaufen gewesen. Der Vertrag sei verfrüht abgeschlossen worden und daher ungültig (vgl. Beschwerde vom 11.11.2021 S. 8 ff., in Vorakten RSA [act. 6A]). Die Vergabebehörde macht demgegenüber geltend, die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt des Zuschlags als ausgeschlossen gegolten, weshalb ihr die Verfügung nicht habe eröffnet werden müssen. Mit unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist sei die Zuschlagsverfügung vom 20. Oktober 2021 am 1. November 2021 in Rechtskraft erwachsen. Der Vertrag vom 2. November 2021 sei damit rechtmässig und rechtsgültig abgeschlossen worden. Es bestehe kein Raum, mit vorsorglichen Massnahmen den Abschluss des Vertrags oder dessen Erfüllung zu verhindern. Ein provisorisches Verbot vertraglicher Erfüllungshandlungen käme zudem einem Benützungsverbot der erworbenen Strassenreinigungsmaschine gleich, da deren Übernahme unmittelbar bevorstehe. Mit Blick darauf sprächen erhebliche und klar überwiegende öffentliche Interessen gegen eine solche Anordnung (vgl. Stellungnahme vom 22.11.2021 S. 1 ff., in Vorakten RSA [act. 6A]).

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin erhebt Rügen gegen die Ausschreibung, insbesondere gegen drei der Eignungskriterien, und gegen ihren Ausschluss

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 18 aus dem Vergabeverfahren, die die Rechtmässigkeit der Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde infrage stellen und das Beschwerdeverfahren gegen diese Verfügung direkt beeinflussen. Umstritten ist namentlich das in den Eignungskriterien für die Elektro-Strassenreinigungsmaschine verlangte Mindestgewicht des Fahrgestells von 18 Tonnen. Die Beschwerdeführerin kritisiert zudem ganz grundsätzlich das Vorgehen der Vergabebehörde im strittigen Vergabeverfahren. Dieses widerspreche den Grundsätzen der

Wirtschaftlichkeit, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, namentlich in dem die EG Thun die Anforderungen an das zu beschaffende Fahrzeug ohne sachliche Begründung auf die technischen Möglichkeiten der Beschwerdegegnerin 1 zugeschnitten habe und damit einen technischen und kommerziellen Vergleich der Elektromaschine mit Maschinen anderer Anbieterinnen zu verhindern suche (vgl. z.B. Beschwerde vom 25.5.2021 S. 10 ff. und Beschwerde vom 15.9.2021 S. 6 f., in Beschwerdebeilage [act. 1D] Register 5 und 7). – Wie es sich mit der Zulässigkeit der Eignungskriterien und der Rechtmässigkeit des Ausschlusses genau verhält, lässt sich erst nach einlässlicher Prüfung der Streitsache, allenfalls nach Vornahme weiterer Instruktions- und Beweismassnahmen, beurteilen, so dass keine Prognose über den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens gemacht werden kann. Nach einem ersten groben Studium der Rechtsschriften und Akten können die Erfolgsaussichten der Beschwerde gegen die Ausschreibung und den Ausschluss und damit auch der Beschwerde gegen den Zuschlag jedenfalls nicht als eindeutig gering bezeichnet werden, weshalb diese als ausreichend begründet erscheinen.

#### **E. 4.5**

Es bleibt somit zu prüfen, ob dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen namhafte öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Die Vergabebehörde macht geltend, dass bei der zurzeit im Einsatz stehenden Strassenreinigungsmaschine altersbedingt (Jahrgang 2009) mit Ausfällen zu rechnen sei (vgl. Beschwerdeantwort vom 29.9.2021 S. 11 f. betreffend aufschiebende Wirkung im Verfahren gegen den Ausschluss, in Vorakten RSA [act. 4C] im Verfahren 100.2021.339). – Es besteht ein öffentliches Interesse, dass die EG Thun über die notwendigen Maschinen verfügt, um eine ausreichende Reinigung der Strassen gewährleisten zu können. Die Vergabebehörde führt jedoch nicht konkret aus, weshalb gerade jetzt von einem erhöhten Ausfallrisiko auszugehen ist und inwiefern sie nicht in der Lage sein

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 19 sollte, allfällige Ausfälle zu kompensieren. Die Argumentation der Vergabebehörde bleibt auch insofern sehr vage, als diese weder auf konkrete Probleme mit dem bestehenden Fahrzeug verweist noch solche belegt. Die EG Thun bringt weiter vor, sie befinde sich gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 in Annahmeverzug. Letztere sei daher berechtigt, die Elektro-Strassenreinigungsmaschine auf Gefahr und Kosten der Gemeinde zu hinterlegen. Somit trage die EG Thun das Risiko für die erworbene Maschine, ohne einen Gegenwert zu haben (vgl. Beschwerdeantwort S. 7, 11). Wird den Beschwerdegegnerinnen die Erfüllung des Vertrags provisorisch untersagt, dürfen sie die Elektro-Strassenreinigungsmaschine weiterhin einstweilen nicht übergeben. Ob unter diesen Umständen der Gläubigerverzug bereits eingetreten ist bzw. überhaupt eintreten kann, kann im vorliegenden summarischen, verwaltungsrechtlichen Verfahren offenbleiben. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass für die Dauer einer vorsorglichen Anordnung die Maschine nicht so aufbewahrt werden könnte, dass die Risiken eines Gläubigerverzugs für die Vergabebehörde überschaubar wären, verweist diese im vorliegenden Zusammenhang doch bloss auf den fehlenden Gegenwert für die von ihr geleistete Zahlung. Nach dem Gesagten besteht für die Vertragserfüllung keine besondere Dringlichkeit, die über das allgemeine öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens hinausgeht. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass sich die Vergabebehörde eine gewisse Verzögerung bei der Beschaffung selber zuschreiben hat, zumal sie den Auftrag für die Elektro-Strassenreinigungsmaschine

zunächst unzulässigerweise freihändig vergeben hat. Besondere private Interessen der Zuschlagsempfängerin sind weder vorgebracht noch ersichtlich (vgl. dazu etwa Martin Zobl, a.a.O., Art. 54 N. 22 mit Hinweisen). Demgegenüber ist das Interesse der Beschwerdeführerin an einem wirk- samen Rechtsschutz von einigem Gewicht. Ihre Chancen, bei Gutheissung ihrer Beschwerden Primärrechtsschutz zu erhalten, hängen dabei von der Möglichkeit einer Rückabwicklung des Vergabevertrags ab. Um diese nicht zu schmälern, ist die Vertragserfüllung weiterhin zu untersagen. Nach dem Gesagten sind keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen dargetan, die dem Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend die Ver- tragserfüllung entgegenstehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 20

#### **E. 4.6**

Demnach erweist sich das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnah- men vor dem Regierungsstatthalteramt als begründet und ist gutzuheissen. Der EG Thun und der Beschwerdegegnerin 1 ist im Beschwerdeverfahren vbv 48/2021 vor dem Regierungsstatthalteramt die Abwicklung des Vertrags vom 2. November 2021 zu untersagen. Auf eine Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) im Widerhandlungsfall – wie sie die Beschwerdeführerin verlangt – ist zu ver- zichten, da das Verwaltungsgericht davon ausgehen darf, dass sich die Vergabebehörde und die Beschwerdegegnerin 1 an das Verbot der Ver- tragserfüllung halten werden (vgl. Martin Beyeler, a.a.O., N. 2721 mit Hin- weis auf KGer BL 810 10 545 vom 19.1.2011 E. 5.2).

#### **E. 5.1**

Zusammenfassend sind sowohl die Beschwerde gegen das Nichtein- treten auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen als auch das Gesuch in der Sache selber als begründet gutzuheissen. Ziff. 2 der Zwi- schenverfügung vom 12. November 2021 (Nichteintreten auf Anträge betref- fend [superprovisorische] Anordnung von Massnahmen) ist aufzuheben. Den Beschwerdegegnerinnen ist die Abwicklung des am 2. November 2021 abgeschlossenen Vertrags während Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag zu untersagen.

#### **E. 5.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Unterliegenden Gemeinden werden Verfahrenskosten nur aufer- legt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (vgl. Art. 108 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). In Submissionsverfahren ist dies nach Praxis des Verwaltungsgerichts nicht der Fall (vgl. hierzu ausführ- lich BVR 2021 S. 285 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Der Gemeinde sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Grundsätzlich hätte somit die notwendig am Verfahren beteiligte, unterliegende Beschwerdegegnerin 1 die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Praxisfestle- gung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 24.3.2015). Verzichtet eine Partei im Fall notwendiger Verfahrensbeteiligung darauf, in der Passivrolle Anträge zur Sache zu stellen, kann es sich je nach Prozesslage ausnahms-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 21 weise rechtfertigen, von der Auferlegung von Kosten abzusehen. Dies fällt in

Betracht, wenn ein von ihr nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler zur Beschwerdegutheissung führte oder wenn nicht deren materielle Rechte, sondern ausschliesslich Verfahrensfragen Gegenstand waren (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 5, 23 mit Hinweis auf Peter Ludwig, in BVR 2015 S. 554 ff., 556; vgl. auch BGer 2C\_434/2013 vom 18.10.2013 E. 2.4 f.). Die Beschwerdegegnerin 1 hat sowohl vor der Vorinstanz als auch vor dem Verwaltungsgericht auf Anträge verzichtet. Im vorliegenden Verfahren geht es vorab um die Beurteilung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids und damit allein um Verfahrensfragen. Auch in Anbetracht der besonderen Prozesslage sind somit der Beschwerdegegnerin 1 insoweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausnahmsweise keine Kosten aufzuerlegen. Soweit die Behandlung des Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend (vgl. vorne E. 3 f.), wird sie – dem vorgenannten Grundsatz entsprechend – jedoch kostenpflichtig. Sie hat somit die Hälfte der Verfahrenskosten vor dem Verwaltungsgericht zu tragen.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin hat zudem Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich aus den bereits genannten Überlegungen (vgl. E. 5.2 hiervor) grundsätzlich nur an den hälftigen Parteikosten zu beteiligen. Davon ist ihr die Hälfte (d.h. ein Viertel der Gesamtkosten) aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin 2 hat die verbleibenden drei Viertel der Parteikosten zu tragen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Mehrwertsteuer (MWSt) ist nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6). Im Übrigen gibt die Kostennote zu keinen Bemerkungen Anlass.

### **E. 5.4**

Die Kosten vor der Vorinstanz sind entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens zu verlegen. Der Regierungstatthalter hat sie in der angefochtenen Zwischenverfügung vom 12. November 2021 zur Hauptsache geschlagen (vgl. Ziff. 9). Die Hauptsache geht mit Urteil des Verwaltungsgerichts VGE 2021/357 vom 30. März 2022 zurück an das Regierungstatthalteramt zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen. In diesem Rahmen werden auch die Kosten der Vorinstanz für das Gesuchsverfahren um vorsorgliche Massnahmen entsprechend dem vorliegenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.03.2022, Nr. 100.2021.333U, Seite 22 Ausgang und unter Berücksichtigung der voranstehenden Erwägungen zu verlegen sein.

### **E. 6**

Gemäss SIMAP-Publikation vom 18. November 2021 erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 1'051'389.-- (inkl. MWSt; in Vorakten RSA [act. 6A]). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags – laut SIMAP ein Lieferauftrag im Staatsvertragsbereich – den massgeblichen Schwellenwert (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Zwischenentscheid (vgl. Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 Bst. g VRPG), für dessen Anfechtung überdies die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sein müssen, wie die Hauptsache (Zuschlagsanfechtung) mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden (vgl. Art. 83

Bst. f Ziff. 1 und 2 und Art. 113 BGG; vgl. BGer 2C\_355/2021 vom 19.10.2021 E. 1.2). 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; vgl. zum Ganzen BVR 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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