

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 92 vom 4. Mai 2023

BE Verwaltungsgericht, 2023-05-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2023_92

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 92 du 4 mai 2023

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 92 del 4 maggio 2023

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht beurteilt als letzte kantonale Instanz Beschwerden 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 die stellvertretende Regierun- gungsstatthalterin das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung abgewiesen hat (vgl. Art. 61 Abs. 1 Bst. g VRPG; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 3, 31). Diese Verfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber (Art. 29 VRPG). In der Hauptsache strittig ist die Zuschlags- verfügung (vgl. vorne Bst. A), die als solche in zweiter Instanz mit Be- schwerde an das Verwaltungsgericht anfechtbar ist (vgl. Art. 6 Abs. 3 Bst. a des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Verein- barung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöBG; BSG 731.2]; zum anwendbaren Recht hinten E. 2). Somit steht auch gegen die angefochtene

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 4 Zwischenverfügung der stellvertretenden Regierungstatthalterin grundsätz- lich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen.

E. 1.2

Zwischenverfügungen und Zwischenentscheide, die – wie hier – we- der Zuständigkeit noch Ausstand oder Ablehnung betreffen, sind nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nach- teil bewirken können oder aber die Gutheissung der Beschwerde sofort ei- nen 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 wiedergutzumachen- der Nachteil wird praxismässig bejaht, wenn die Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin nicht jeden Nachteil zu beseitigen ver- mag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die Beschwerdeführerin 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). Im Bereich von Vergabestreitigkeiten ist grundsätzlich ohne weiteres vom Drohen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils auszu- gehen, wenn der Beschwerde gegen einen Zuschlag die aufschiebende Wir- kung verweigert wird, da

diesfalls der Vertrag über den Gegenstand der Ausschreibung mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden kann (vgl. Art. 42 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]; BVR 2011 S. 508 E. 1.3 [betreffend Sozialhilfe]; vgl. auch BGer 2C_809/2022 vom 11.10.2022 E. 2.1, 2C_438/2021 vom 16.11.2021 E. 1.1, je mit Hinweisen). Die Zwischenverfügung vom 17. Februar 2023 ist somit selbständig anfechtbar.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit ihren Anträgen betreffend vorsorgliche Massnahmen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 5 nicht durchgedrungen, womit sie formell legitimiert ist (Art. 79 Abs. 1 Bst. a VRPG). Bei Gutheissung der Beschwerde in der Hauptsache besteht die reale Chance, dass es zu einer (gänzlichen oder teilweisen) Wiederholung des Vergabeverfahrens kommt oder die Beschwerdeführerin unmittelbar den Zuschlag erhält, zumal sie – nachdem die ... AG ihr Angebot offenbar zurückgezogen hat – unter Ausklammerung der beanstandeten Anpassung der Angebote (vgl. vorne Bst. A) die preisgünstigste Anbieterin wäre. Sie ist demnach durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges aktuelles und praktisches Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 Bst. b und c VRPG; vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3.1, 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.1 ff.). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG und Art. 56 Abs. 1 IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.4

Der vorliegende Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 1.5

Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 56 Abs. 3 und 4 IVöB).

E. 2

Im Zuge der Umsetzung des auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzten revidierten Übereinkommens vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) ist am 1. Februar 2022 die IVöB für den Kanton Bern gestützt auf Art. 3 und 4 IVöBG 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 Abs. 1 IVöB; BVR 2022 S. 565 E. 2.1 mit Hinweisen). Das hier strittige Vergabeverfahren wurde mit Ausschreibung vom 30. August 2022 eingeleitet, womit das neue Recht zur Anwendung gelangt (Art. 22a der Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffent-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 6 liche Beschaffungswesen [IVöBV; BSG 731.21] i.V.m. Art. 64 Abs. 1 IVöB; vgl. Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 62 BöB/Art. 64 IVöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des

Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in BBl 2017 S. 1851 ff., S. 1192 [richtig S. 1992]).

E. 3

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör: Die Vorinstanz habe ihr die Eingaben vom 20. Januar 2023, mit denen Vergabebehörde und Zuschlagsempfängerin zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung nahmen, gleichzeitig mit der abschlägigen Zwischenverfügung vom 17. Februar 2023 eröffnet (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Damit sei ihr verwehrt geblieben, vor der Beurteilung ihres Gesuchs zu den Ausführungen der Gegenseite Stellung zu nehmen (Beschwerde Rz. 20 ff.). – Die Beschwerdegegnerinnen verneinen eine Gehörsverletzung unter Hinweis auf die Regelung des Verfahrens betreffend aufschiebende Wirkung in der IVöB.

E. 3.1

Gemäss Art. 54 IVöB hat eine Beschwerde im Submissionsverfahren keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1), ausser die Beschwerdeinstanz erteilt ihr diese auf Gesuch hin (Abs. 2 Satz 1); vor dem Entscheid über die Gewährung von aufschiebender Wirkung findet «in der Regel» nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (Abs. 2 Satz 2). Art. 54 IVöB schränkt so den Anspruch auf rechtliches Gehör zugunsten der Verfahrensbeschleunigung ein. Die beschwerdeführende Anbieterin hat deshalb ihr Gesuch um aufschiebende Wirkung bereits in der Beschwerdeschrift möglichst substantiiert zu begründen, da sie nicht auf eine Gelegenheit zur Replik bezüglich der aufschiebenden Wirkung zählen kann. Es bleibt indes Raum, ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, namentlich zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, wenn die Vernehmlassung der Vergabestelle neue entscheidungswesentliche Vorbringen enthält und das Beschleunigungsinteresse

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 7 nicht überwiegt (Martin Zobl, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 54 N. 30).

E. 3.2

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) garantiert ein Recht auf Replik, gemäss dem Eingaben der Verfahrensbeteiligten wechselseitig zuzustellen sind, damit diese entscheiden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGE 146 III 97 E. 3.4.1, 139 I 189 E. 3.2). Es obliegt der Rechtsmittelinstanz, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht zu gewähren. Hiefür kann den Parteien eine Frist gesetzt oder ihnen die Eingabe auch lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt werden, wenn – namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen – erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen (BGE 142 III 48 E. 4.1.1, 138 I 484 E. 2.4). Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze gelten jedenfalls innerkantonal uneingeschränkt und damit nicht nur im gerichtlichen Rechtsmittelverfahren, sondern auch in Verfahren vor anderen Verwaltungsjustizbehörden (BVR 2010 S. 512 [VGE 2009/143 vom 28.4.2010] nicht publ. E. 2.3.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 24). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts zu Art. 21 VRPG haben Parteien generell das Recht, sich vorgängig zu jedem Aktenstück und jeder eingereichten Stellungnahme zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten. Das gilt unabhängig davon, ob eine Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie den Entscheid tatsächlich zu beeinflussen

vermag (BVR 2009 S. 328 E. 2.4; VGE 2016/346 vom 31.7.2017 E. 2.2; vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 23 f.; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 69 N. 16).

E. 3.3

Nach dem Gesagten hat die Rechtsmittelbehörde zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin grundsätzlich einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen bzw. dieser eine Replikfrist anzusetzen, falls sie davon ausgeht, eine Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei enthalte neue entscheidungswesentliche Vorbringen. Räumt sie keine solche Frist zur Stellungnahme ein, hat sie mit ihrem Entscheid zumindest so lange zu warten, bis sie annehmen darf, die Beschwerdeführerin habe auf eine Replik verzichtet (BGE 138 I 484 E. 2.2, 133 I 100 E. 4.8, 142 III 48

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 8 E. 4.1.1). Dies ist in der Regel nicht vor Ablauf von zehn Tagen seit Kenntnissgabe der fraglichen Eingabe der Fall (BGer 5D_117/2021 vom 27.1.2022 E. 2.1, 5D_81/2015 vom 4.4.2016, in SJZ 2016 S. 280 E. 2.3.3 f., je mit Hinweisen; zum Ganzen VGE 2016/167 vom 1.2.2017 E. 3.2; vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 25). Diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen ist auch bei einem spezialgesetzlich vorgesehenen Verzicht auf einen zweiten Schriftenwechsel Rechnung zu tragen (BGE 144 III 117 E. 2.1; vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 69 N. 16 f. und Art. 83 N. 4; Seethaler/Plüss, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 57 N. 33, 45; André Moser, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 57 N. 36).

E. 3.4

Hier nahm die Vergabebehörde am 20. Januar 2023 ausführlich zum Antrag der Beschwerdeführerin Stellung, der Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Zuschlagsempfängerin äusserte sich am 20. Januar 2023 ebenfalls kurz zu diesem Antrag. Die beiden Eingaben trugen Eingangsstempel der Vorinstanz vom 23. bzw. 24. Januar 2023, wurden aber den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht sogleich zugestellt. Vielmehr bereitete die Vorinstanz zuerst ihren (abschlägigen) Entscheid vor, den sie dann mit der Zwischenverfügung vom 17. Februar 2023 ausgefällt (Dispositiv-Ziff. 5) und den Verfahrensbeteiligten gleichentags eröffnet hat. Erst bei dieser Gelegenheit stellte sie die Eingaben vom 20. Januar 2023 zu (Dispositiv-Ziff. 1). Mit dem entsprechenden Vorgehen respektierte die Vorinstanz zwar ihre Verpflichtung zur wechselseitigen Zustellung aller Eingaben der Verfahrensbeteiligten. Sie schnitt der Beschwerdeführerin aber jegliche Möglichkeit ab, vor ihrem Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu den diesbezüglichen Ausführungen von Vergabebehörde und Gegenpartei Stellung zu nehmen, obschon sie zu Ungunsten der Beschwerdeführerin entschied. Selbst wenn der Inhalt der Eingaben vom 20. Januar 2023 gestützt auf Art. 54 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 21 VRPG und Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 26 Abs. 2 KV nicht zwingend einen zweiten Schriftenwechsel bzw. die Ansetzung einer Replikfrist hätte erfordern sollen, vereitelte die Vorinstanz damit das Replikrecht der Beschwerdeführerin: Diese erhielt keine Gelegenheit, sich vorgängig zu den Argumenten der übrigen Verfahrensbeteiligten zu äussern, was nach dem Gesagten ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, obschon Art. 54 Abs. 2 IVöB grundsätzlich nur einen einfa-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 9
chen Schriftenwechsel vorsieht. Die Vorinstanz wäre so oder anders verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin die Eingaben vom 20. Januar 2023 unverzüglich zuzustellen und anschliessend mit ihrem Entscheid über die aufschiebende Wirkung einige Tage zuzuwarten. Ein solches Vorgehen wäre im Übrigen ohne jegliche Verfahrensverzögerung möglich gewesen, liegen doch zwischen dem Eingang der fraglichen Stellungnahmen und dem Ausfällen der angefochtenen Zwischenverfügung mehr als drei Wochen.

E. 4

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (statt vieler BGE 147 I 433 E. 5.1, 142 II 218 E. 2.8.1; BVR 2018 S. 281 E. 3.1).

E. 4.1

Allerdings lässt die Praxis im Interesse der Verfahrensökonomie unter gewissen Umständen eine Heilung von Gehörsverletzungen zu. Vorausgesetzt wird zum einen, dass der Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition zusteht wie ihrer Vorinstanz und zum andern, dass der betroffenen Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst, d.h. sie ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen konnte. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Heilung selbst im Fall einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu einem «formalistischen Leerlauf» führen würde, der mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer möglichst beförderlichen Beurteilung ihres Anliegens nicht zu vereinbaren wäre (zum Ganzen BGE 147 IV 340 E. 4.11.3, 142 II 218 E. 2.8.1 [Pra 106/2017 Nr. 2], 137 I 195 E. 2.3.2; BVR 2021 S. 285 E. 3.4.3, 2012 S. 28 E. 2.3.5; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 11). Das gilt auch hinsichtlich einer Verletzung des Replikrechts: Sind die dargestellten Voraussetzungen gegeben, kann von einer Rückweisung abgesehen werden, da nicht jede Verletzung des Replikrechts als derart schwer zu qualifizieren ist, dass eine Heilung von vornherein ausgeschlossen wäre (vgl. BGer 1C_632/2017 vom 5.3.2018, in ZBl 2018 S. 547 E. 3.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 10

E. 4.2

Die erste Voraussetzung für eine Heilung ist hier an sich erfüllt, da dem Verwaltungsgericht in der strittigen Sache dieselbe Kognition zukommt wie der Vorinstanz (Art. 56 Abs. 3 und 4 IVöB und Art. 80 VRPG; vgl. vorne E. 1.5). Fraglich ist demgegenüber, ob der Beschwerdeführerin aus einer Heilung kein Nachteil erwächst; die Haltung der Beschwerdeführerin selber ist diesbezüglich unklar (vgl. Beschwerde Rz. 27). Weiter ist zweifelhaft, ob eine Heilung mit Blick auf die Schwere der Gehörsverletzung angezeigt ist.

E. 4.2.1

Dabei fällt für das Verwaltungsgericht massgeblich ins Gewicht, dass sich die Vergabebehörde in ihrer Eingabe vom 20. Januar 2023 über 15 Seiten ausführlich zur Frage der aufschiebenden Wirkung geäußert und ihre entsprechenden Vorbringen auch auf neue Beweismittel gestützt hat, wobei diese Ausführungen für die Vorinstanz offensichtlich

die wegweisende Entscheidungsgrundlage bildeten. Das zeigen beispielhaft folgende Hinweise: Für die erforderliche Hauptsachenprognose musste die Vorinstanz eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde vornehmen (vgl. zum insoweit mit Art. 54 Abs. 2 IVöB übereinstimmenden alten Recht etwa BGer 2C_595/2021 vom 30.9.2021 E. 4.3 und 2D_1/2021 vom 8.3.2021 E. 3, je mit Hinweisen). Diesbezüglich räumt sie in ihren Erwägungen ein, «das im Rahmen der Angebotsbereinigung geforderte bzw. definierte monatliche Datenvolumen von 80 MB» möge «auf den ersten Blick tatsächlich unverständlich erscheinen»; es liesse sich jedoch mit der «im Beschwerdeverfahren offengelegten Berechnungsgrundlage nachvollziehen» (angefochtene Verfügung E. II/11). Sie stellt also im Wesentlichen auf die von der Vergabebehörde neu vorgetragene «Berechnungsgrundlage» ab, die der Beschwerdeführerin nicht bekannt sein konnte und zu der sie sich nie hatte äussern können. Weiter folgte die Vorinstanz auch dort direkt den Ausführungen der Vergabebehörde, wo sie den Einwand der Beschwerdeführerin verwarf, die Modifikation der Angaben zum nachgefragten Datenvolumen nach bereits erfolgter Offertöffnung habe zu einem verdeckten Abgebote der Zuschlagsempfängerin geführt. Sie übernahm insoweit die Argumentation auf S. 8 und 13 der Eingabe vom 20. Januar 2023 (act. 4F pag. 95 und 100), obschon die betreffende Passage verschiedene Annahmen enthält, die nicht ohne weiteres nachvollziehbar sind und zudem offenbar der Auffassung der Zuschlagsempfängerin selber widersprechen (angefochtene Verfügung E. II/13; vgl. Beschwerde Rz. 36 und Beschwerdeantwort der Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 11 schwerdegegnerin 1 Rz. 11). Nach dem Gesagten stützt sich die angefochtene Zwischenverfügung in wesentlichen Teilen auf Erklärungen und Beweismittel der Vergabebehörde, die erst zusammen mit der Verfügung eröffnet wurden. Damit blieb es der Beschwerdeführerin verwehrt, sich vorgängig zu den massgebenden Entscheidungsgrundlagen zu äussern. Diese Gehörsverletzung ist als schwerwiegend zu qualifizieren

E. 4.2.2

Im Hinblick auf eine allfällige Heilung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der in der Hauptsache strittige Sachverhalt technisch anspruchsvoll ist und seine Beurteilung einiges Fachwissen voraussetzt. Dabei verfügt im interessierenden Bereich nicht nur die Vergabebehörde, sondern auch die Beschwerdeführerin als bedeutende Anbieterin von Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich über Fachwissen und einschlägige Erfahrung. Die Argumente der Beschwerdeführerin, die notwendigerweise eine andere Sicht der Dinge präsentieren als jene der Vergabebehörde, wären zur Entscheidungsfindung dienlich gewesen, zumal es sich beim Regierungsstatthalteramt nicht um eine Fachbehörde handelt. Im Licht der Vorbringen der Beschwerdeführerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erscheint jedenfalls denkbar, dass die Vorinstanz im Rahmen einer neuerlichen Beurteilung bei der Hauptsachenprognose zu einem anderen Ergebnis kommen würde. Dies umso mehr, als hierfür ausreicht, wenn über den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Hauptsache Zweifel bestehen: Mit der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Sinn von Art. 54 Abs. 2 IVöB sollen primär Vergabebehörde und Zuschlagsempfängerin vor Prozessen bewahrt werden, die in der alleinigen Absicht der «Ausführungsverhinderung», also in gewisser Weise missbräuchlich oder treuwidrig angestrengt werden. Der mutmassliche Ausgang in der Sache vermag so gesehen den Entscheid über die

aufschiebende Wirkung nur zu präjudizieren, wenn die Erfolgsaussichten eindeutig positiv oder negativ sind (vgl. zum alten Recht BGer 2D_20/2010 vom 20.5.2010 E. 2.2 und 4.4, 2P.103/2006 vom 29.5.2006 E. 4.2.1.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 946 N. 261 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 1357).

E. 4.3

Demnach ist im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass es sich bei einer Rückweisung um einen formalistischen Leer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 12 handeln würde, der gegen die Heilung selbst einer schweren Gehörsverletzung sprechen würde (vorne E. 4.1). Dabei fällt auch ins Gewicht, dass sich die Vorinstanz aufgrund ihrer vermeintlich klaren Hauptsachenprognose mit der Abwägung der betroffenen Interessen noch gar nicht befasst hat. Bei diesen Gegebenheiten und mit Blick auf die Schwere der Gehörsverletzung ist eine Heilung letztlich ausgeschlossen.

E. 5.1

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten dahin gutzuheissen, dass Dispositiv-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Sache zur Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung in Kenntnis aller Argumente der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das für das verwaltungsgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos; inwiefern es sich dabei angesichts eines Fehlens von positiven Anordnungen überhaupt um einen tauglichen Antrag handelt, kann deshalb offenbleiben (vgl. auch Art. 68 Abs. 3 VRPG zweiter Teilsatz).

E. 5.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen zwar nur teilweise durch (vgl. vorne Bst. B). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist indes im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann (BVR 2020 S. 455 E. 5.1, 2016 S. 222 E. 4.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 6). Mithin werden die Beschwerdegegnerinnen kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG), wobei der Beschwerdegegnerin 2 als Anstalt einer Gemeinde keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind, zumal sie nicht in Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG; BVR 2021 S. 285 E. 6.1). Somit hat die Beschwerdegegnerin 1 die Hälfte der Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen, während die andere Hälfte gemäss Art. 108 Abs. 2a VRPG (in Kraft seit 1.4.2023) nicht zu erheben ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 13

E. 5.3

Weiter hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der ihr im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten. Diese sind den beiden Beschwerdegegnerinnen je hälftig aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 3 VRPG) und nach den

Kriterien von Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) festzulegen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 PKV beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streit Sache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Die Kostennote der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erscheint mit einem Honorar von Fr. 10'000.-- deutlich übersetzt, zumal das Verfahren keinen besonderen Aufwand verursacht hat (einfacher Schriftenwechsel, keine Beweismassnahmen), die Rechtsvertreter durch ihr Auftreten vor der Vorinstanz bereits mit dem Verfahrensgegenstand vertraut waren und überdies eine Rechtsstreitigkeit vorliegt, die zwar – obschon nur eine vorsorgliche Massnahme betreffend – von einiger Bedeutung sein mag, aber bloss einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad aufweist. Das Anwaltshonorar ist deshalb innerhalb des Rahmentarifs auf Fr. 5'000.-- festzusetzen, zuzüglich der Auslagen von Fr. 200.--.

E. 6

Im Beschaffungsrecht ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) erreicht (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Hier ist der Zuschlag zum Preis von Fr. 615'650.-- (exkl. MWSt) erfolgt (SIMAP-Publikation vom 7.12.2022; Projekt-ID 243530) und die Beschwerdeführerin hat ihrerseits zu einem Preis von Fr. 679'800.-- offeriert. Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauf-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2023.92U, Seite 14 trags – laut SIMAP ein Lieferauftrag – den massgebende Schwellenwert in der Höhe von Fr. 150'000.--. 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; vgl. zum Ganzen BVR 2022 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.). Dabei ist auch auf die (zusätzlichen) Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG zur Anfechtung von Zwischenentscheiden hinzuweisen. Demnach entscheidet der Einzelrichter:

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