

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 399 vom 22. April 2021**

BE Verwaltungsgericht, 2021-04-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_399](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_399)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 399 du 22 avril 2021

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 399 del 22 aprile 2021

## **Regeste**

Submission; freihändige Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Thun vom 22. Oktober 2020; vbv 1/2020) | Submission

## **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. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]). Soweit der Regierun- gungsstatthalter die Rechtmässigkeit der Erteilung eines Zuschlags an die Beschwerdegegnerin 1 im freihändigen Verfahren materiell überprüft und bejaht hat (vgl. E. 1.2 hiernach), ist die Beschwerdebefugnis der Beschwer- deführerin strittig und nachfolgend eingehend zu prüfen (vgl. hinten E. 2 und 3). Soweit er auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin nicht einge- treten ist, ergibt sich deren Beschwerdebefugnis für das verwaltungsgericht- liche Verfahren unmittelbar aus dem negativen Prozessentscheid (vgl. BVR 2017 S. 418 E. 1.1, 2017 S. 459 E. 1.2; jüngst VGE 2020/54 vom 10.6.2020 E. 1.1, eine vergaberechtliche Streitigkeit betreffend).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist auf den Streitgegen- stand beschränkt. Ausgangspunkt für dessen Bestimmung bildet der ange- fochtene Entscheid als Anfechtungsobjekt. Dieses gibt insoweit den Rahmen des Streitgegenstands vor, als Letzterer nicht über das hinausgehen kann,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 4 was die Vorinstanz geregelt hat (vgl. BVR 2017 S. 514 E. 1.2, 2011 S. 391 E. 2.1). Angefochten ist der Beschwerdeentscheid des Regierungsstatthal- ters vom 22. Oktober 2020, der die Zuschlagsverfügung vom 10. März 2020 ersetzt hat; diese gilt als inhaltlich mitangefochten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; vgl. BVR 2018 S. 528 E. 3.3, 2010 S. 411 E. 1.4; VGE 2018/326 vom 18.12.2018 E. 1.2, die Zuschlagsverfügung betreffend). Soweit die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Rechtsbegehren 2) auch die Aufhebung des Zuschlags bean- tragt (Rechtsbegehren 3), ist auf die Beschwerde deshalb nicht einzutreten. Die Rechtsbegehren 2 und 3 zielen zudem (auch) auf einen Entscheid in der Sache ab: Die Vorinstanz hat die Beschwerde abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten ist (Dispositiv-Ziff. 1; vorne Bst. B). Sie hat ihren Entscheid in erster Linie damit begründet, dass die Beschwerdeführerin nicht potenzielle Anbieterin der nachgefragten Leistung und daher nicht zur Beschwerde legi- timiert sei (vgl.

angefochtener Entscheid E. II/8.5, II/8.7 f., II/9). Gleichzeitig hat sie die freihändige Vergabe auch in materieller Hinsicht als zulässig und die Beschwerde entsprechend als unbegründet erachtet (vgl. angefochtener Entscheid E. II/8.6 und II/9). Somit hat die Vorinstanz nicht nur einen Pro- zessentscheid (Nichteintreten) gefällt, sondern im Sinn einer Doppelbegrün- dung auch in der Sache entschieden. In einer solchen Situation muss sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde sowohl mit dem Nichteintreten als auch mit der materiellen Seite der Entscheidung auseinander- setzen, um auch in der Sache obsiegen zu können (vgl. BGE 145 I 308 [2C\_373/2017 vom 14.2.2019] nicht publ. E. 1.5, 139 II 233 E. 3.2, je mit wei- teren Hinweisen). Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen den abweisen- den Sachentscheid zur Wehr setzt, bewegt sie sich daher – entgegen der Auffassung der EG Thun (vgl. etwa Duplik Rz. 12) – innerhalb des Streitge- genstands. Das Prozessthema der Beschwerde gegen den Nichteintretens- entscheid, d.h. ob die Vorinstanz zu Recht auf das Rechtsmittel der Be- schwerdeführerin wegen fehlender Beschwerdelegitimation nicht eingetre- ten ist, deckt sich insofern mit der (auch) durch das Verwaltungsgericht vorab von Amtes wegen zu klärenden Frage (vgl. Art. 20a Abs. 1 VRPG), ob die Beschwerdeführerin zur Anfechtung des Sachentscheids legitimiert ist (nachfolgende E. 2 und 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 5

## **E. 2**

Zu prüfen ist nach dem Gesagten zunächst die Beschwerdebefugnis der Be- schwerdeführerin sowohl im vorinstanzlichen als auch im vorliegenden Ver- fahren, soweit sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den abwei- senden Sachentscheid des Regierungsstatthalters richtet:

### **E. 2.1**

Die Frage, wer berechtigt ist, eine Zuschlagsverfügung anzufechten, richtet sich mangels diesbezüglicher Verfahrensvorschriften im kantonalen Beschaffungsrecht (inkl. Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]) grundsätzlich nach Art. 65 und Art. 79 VRPG, wobei diese Bestimmungen nicht enger gefasst sein dürfen als das übergeordnete Recht (vgl. insbesondere Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]; vgl. zum Ganzen BGE 141 II 307 E. 6.1 und 6.3). Gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ist ebenso wie nach Art. 79 Abs. 1 VRPG zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme hatte (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Ent- scheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen und damit (vor Verwaltungsgericht) formell beschwert. Das freihändige Verfahren zeichnet sich zudem gerade dadurch aus, dass für am Auftrag interessierte Dritte mangels Ausschreibung gar keine Möglichkeit besteht, sich mit einer Offerte am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht vom Erfordernis der formellen Beschwer abgesehen (angefochtener Entscheid E. II/7; vgl. BGE 141 II 307 E. 6.3, 137 II 313 E. 3.3; jüngst VGE 2020/54 vom 10.6.2020 E. 3.1). Ebenso wenig kann der Beschwerdeführerin mangelnde Beteiligung vorge- worfen werden, weil sie sich nicht

bereits gegen den Entscheid über die Durchführung des freihändigen Verfahrens zur Wehr gesetzt hat, hat es doch die EG Thun entgegen den Vorgaben in Art. 6 Abs. 2 ÖBG unterlassen, dies zu publizieren (vorher Bst. A).

### **E. 2.2**

Umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin auch materiell beschwert ist, d.h. ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung hat. Wird

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 6 eine die einschlägigen Schwellenwerte überschreitende Beschaffung im offenen oder im selektiven Verfahren vergeben, gilt als Verfügungsadressatin, wer eine Offerte einreicht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 1301). Erforderlich ist weiter, dass eine reelle Chance besteht, dass die nicht berücksichtigte Anbieterin den Zuschlag erhält oder eine Wiederholung des Vergabeverfahrens erwirken kann und ihr dabei die Möglichkeit zukommt, ein neues Angebot einzureichen (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.1 ff.; BVR 2019 S. 201 [VGE 2018/326 vom 18.12.2018] nicht publ. E. 1.1). Demgegenüber ist bei der hier strittigen freihändigen Vergabe nur die Zuschlagsempfängerin Verfügungsadressatin, nicht hingegen die nicht am Verfahren beteiligte Beschwerdeführerin (vgl. René Wiederkehr, Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, in recht 2014, S. 87 Fn. 102 mit Verweis auf BVGE 2012/13 E. 3.2.3 ff.). Eine Person, die nicht Verfügungsadressatin ist, muss durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid stärker als eine beliebige Drittperson betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss sie einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können (vgl. BVR 2013 S. 343 E. 4.1, 2011 S. 498 E. 2.3, 2008 S. 396 E. 2.3.2). Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur unzulässigen Popularbeschwerde. Wo die Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (BGE 145 II 259 E. 2.3, 142 II 451 E. 3.4.2, 139 II 279 E. 2.3, je mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen auch Wiederkehr/Eggenschwiler, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, 2018, N. 1 ff.). Nach der Rechtsprechung sind Konkurrentinnen und Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, beschwerdebefugt. Auch eine reine «Produktekonkurrenz» bzw. der zu befürchtende Umsatzrückgang vermag kein schutzwürdiges Interesse zu begründen (vgl. BGE 139 II 328 E. 3.3, 123 II 376 E. 5b; Wiederkehr/Eggenschwiler, a.a.O., N. 103 f.).

### **E. 2.3**

Das Bundesgericht hat sich in einem Leiturteil mit den Besonderheiten der Beschwerdelegitimation bei freihändigen Vergaben auseinandergesetzt

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 7 setzt: Die Vergabebehörde, die zulässigerweise ein freihändiges Verfahren durchführt, wählt danach rechtmässig eine bestimmte Anbieterin aus, ohne dass sie den Auftrag öffentlich ausschreiben muss. Eine potenzielle Konkurrentin kann deshalb nicht verlangen, in ein (rechtmässiges) Freihandverfahren einbezogen zu werden. Somit kann mit der Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung nur vorgebracht werden, dass

die Voraussetzungen für das freihändige Verfahren nicht erfüllt gewesen seien. Auch dazu kann aber nicht jedermann legitimiert sein, sondern nur, wer geltend macht, sie oder er hätte bei rechtmässiger Wahl des Verfahrens eine Offerte für das zu beschaffende Produkt eingereicht. Beschwerdebefugt ist somit nur die potenzielle Anbieterin des von der Vergabebehörde definierten Beschaffungsgegenstands (zum Ganzen BGE 137 II 313 E. 3.3.2; im Zusammenhang mit dem Einladungsverfahren darauf verweisend BGE 141 II 307 E. 6.3). Aus der grundsätzlichen Freiheit der Vergabebehörde, den Beschaffungsgegenstand aufgrund ihrer Bedürfnisse selber festzulegen, hat das Bundesgericht weiter abgeleitet, dass eine Anbieterin mit der Beschwerde nicht verlangen kann, die Vergabebehörde habe ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt. Es muss jedoch beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands rechtmässig erfolgt ist. Gestützt auf diese Überlegungen ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass zur Beschwerde nur legitimiert sein kann, wer ein Produkt anbietet, das bei rechtmässiger Umschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte, nicht aber, wer geltend macht, ein davon verschiedenes Produkt anbieten zu wollen. Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Sie bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer mit Blick auf die eigenen Produkte überhaupt legitimiert ist, Beschwerde zu erheben (BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f.). Der massgebliche Beschaffungsgegenstand beurteilt sich nach Bundesgericht aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise: Die potenzielle Anbieterin muss demnach darlegen, dass sie eine konkrete Lösung anbietet, die sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative zur freihändig beschafften Leistung darstellt; sie muss mit anderen Worten in der Lage sein, das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem gleichen oder gleichartigen Produkt zu befrie-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 8 digen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.4 und 3.6.1; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2012/13 E. 3).

#### **E. 2.4**

Diese Rechtsprechung ist an sich auf Fälle zugeschnitten, in denen die Vergabebehörde die freihändige Vergabe (wie auch im erwähnten Leiterteil) damit begründet, dass aufgrund von technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur eine Anbieterin in Frage komme und es keine angemessene Alternative gebe (vgl. Art. 7 Abs. 3 Bst. c der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]; Art. XV Ziff. 1 Bst. b des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422; nachfolgend GPA 1994]; zum anwendbaren Recht hinten E. 4.3). Das Bundesgericht hat seine Praxis jedoch kürzlich sinngemäss auch auf eine andere Konstellation übertragen (vgl. BGer 2C\_147/2017 vom 23.1.2018 E. 2.2 f., betreffend die freihändige Vergabe eines Auftrags für die Lieferung von Treibstoff und den Betrieb einer Tankstelle mit der Begründung, dass im zuvor durchgeführten offenen Verfahren kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen sei). Zudem wurde bzw. wird die höchstgerichtliche Praxis im Rahmen der umfassenden Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts sowohl auf Bundesebene als auch auf

(inter-)kantonaler Ebene ins neue Recht überführt, das die Frage der Legitimation bei Beschwerden gegen im freihändigen Verfahren erteilte Zuschläge nun ausdrücklich regelt. Demnach kann nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass sie oder er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann zudem nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (vgl. für das Bundesrecht den am 1.1.2021 in Kraft getretenen Art. 56 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] sowie für das kantonale Recht Art. 56 Abs. 5 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [nachfolgend IVöB 2019; noch nicht in Kraft; Musterbotschaft und Vereinbarungstext einsehbar unter <<https://www.bpuk.ch>>, Rubriken «Konkordate/IVöB»]). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die bundesgerichtliche Legitimationspraxis bei sämtlichen (über dem massgebli-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 9 chen Schwellenwert liegenden) freihändigen Vergaben anwendbar und auch im vorliegenden Fall grundsätzlich darauf abzustellen ist. Dies umso mehr, als das Verwaltungsgericht zur Auslegung des Beschwerderechts nach ständiger Praxis die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den entsprechenden Bundesnormen heranzieht (BVR 2017 S. 418 E. 2.4 mit Hinweisen).

## **E. 2.5**

In der Literatur ist das erwähnte Leiturteil (BGE 137 II 313) teilweise kritisiert worden. So wird namentlich vorgebracht, eine beschwerdeführende Partei könne in einem freihändigen Verfahren aufgrund der kurzen Beschwerdefrist und des Fehlens von Ausschreibungsunterlagen die vom Bundesgericht gestellten strengen Anforderungen an die Substanziierung ihrer Legitimation kaum je erfüllen (vgl. Schneider Heusi/Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in Jusletter vom 23.6.2011, Rz. 23 ff., insb. Rz. 26 und 30; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 406, 1320; für eine Übersicht zu den Kritikpunkten vgl. auch Florian Roth, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 56 N. 37). Es wird daher bisweilen auch vertreten, der Kreis der potenziellen Anbieterinnen dürfe nicht zu eng gefasst werden; es genüge die einschlägige Branchenzugehörigkeit (vgl. Aeschbacher/Krebs, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 21 N. 8 mit Verweis auf VGer ZH VB.2015.00780 vom 11.8.2016 E. 3.2; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1311, wonach sich die Beurteilung nach den Marktverhältnissen richte). Jedoch würde ein solch weitgehendes Verständnis in einem Spannungsverhältnis zur ständigen Praxis bei Konkurrentenbeschwerden stehen, wonach die blosses Konkurrenzstellung im Markt nicht genügt, um die Beschwerdebefugnis zu begründen (vgl. vorne E. 2.2). Dem Umstand, dass es der beschwerdeführenden Partei angesichts der zeitlichen Dringlichkeit und der nur begrenzt verfügbaren Informationen möglicherweise schwerfällt, ihre Eigenschaft als potenzielle Anbieterin mit Blick auf den konkreten Beschaffungsgegenstand darzulegen, kann dadurch Rechnung getragen werden, dass an die Substanziierungslast keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es darf namentlich kein voller Beweis aller massgeblichen Sachverhaltsstände verlangt werden. Zu fordern ist aber immerhin, dass die beschwerdeführende Partei ihre Legitimation anhand von konkreten Anhaltspunkten glaubhaft bzw. mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht. Reine

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 10 Mutmassungen oder Behauptungen, für die keine konkreten Belege oder Indizien angeführt werden, können dafür nicht ausreichen (vgl. BVGer B- 7463/2016 vom 31.10.2017 E. 5.2, B-3596/2015 vom 3.9.2015 E. 4.5.2; in Bezug auf die Begründung der Beschwerdelegitimation bei doppelrelevanten Tatsachen BGE 141 II 14 E. 5.1, 137 II 313 E. 3.3.3).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabebehörde hätte den streitigen Auftrag nicht im freihändigen Verfahren vergeben dürfen, sondern sei gehalten gewesen, diesen im offenen oder selektiven Verfahren auszu-schreiben (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 18, 51, 62, 67). Gestützt auf die erwähnten Grundsätze ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin als potenzielle Anbieterin des Beschaffungsgegenstands in Frage kommt. Dies ist nach dem Gesagten der Fall, wenn sie zumindest glaubhaft macht, dass sie eine mit Blick auf den (rechtmässig) umschriebenen Beschaffungs-gegenstand gleiche oder funktional gleichartige Leistung anbieten kann und dies auch will.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe das Bedürfnis der Vergabebehörde willkürlich definiert. Weiter ist sie der Ansicht, ein von ihr bereits auf dem Markt angebotenes Produkt vermöge das Bedürfnis der Vergabebehörde «in funktional gleichwertiger Weise» zu befriedigen. Selbst wenn das Produkt nicht «in allen Belangen» gleichwertig sein sollte, habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass sie «nicht nur fähig, sondern auch willens» sei, eine Entwicklungsleistung zu erbringen (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 37; Replik Rz. 10 ff., insb. Rz. 15). Somit ist vorab auf die Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands einzugehen (E. 3.2 hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem bestehenden Produkt als potenzielle Anbieterin der nachgefragten Leistung anzusehen ist (hinten E. 3.3). Falls dies zu verneinen ist, stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin potenzielle Anbieterin des zu entwickelnden Produkts ist (hinten E. 3.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 11

#### **E. 3.2**

Zum massgeblichen Beschaffungsgegenstand ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Beschwerdelegitimation Folgendes:

##### **E. 3.2.1**

Nach Ansicht der Vorinstanz will die EG Thun ein «ökologisches, elektrobetriebenes und zugleich leistungsstarkes» Strassenreinigungsfahr-zeug beschaffen. Dieses müsse eine «ausserordentliche Batteriekapazität» aufweisen, die zu einer im Vergleich zu den derzeit auf dem Markt erhältli-chen elektrobetriebenen Nutzfahrzeugen wesentlich längeren «Ausdauer» bzw. «Einsatzbereitschaft» führen solle. Im Vordergrund der Beschaffung stünde nicht die elektrobetriebene Reinigungsfunktion des zu beschaffenden Fahrzeugs, sondern es gehe der Vergabebehörde vielmehr um die Entwick- lung einer «selbstfahrenden Batterie» in Form eines Prototyps, mithin um eine «Innovation». Entsprechend bezeichnete die Vorinstanz die «Batterie- und Ladekapazität» sowie den Elektromotor als «Kern» der

strittigen Beschaffung. Dabei handle es sich um ein zulässiges Bedürfnis der Vergabebehörde (vgl. angefochtener Entscheid E. II/8.5 ff.). Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe damit ihrem Entscheid ein Bedürfnis der Vergabebehörde zugrunde gelegt, das sich weder aus dem Leistungsverzeichnis noch aus den Eingaben der Vergabebehörde im Beschwerdeverfahren ergebe. Letztere benötige schlicht eine Strassenkehrmaschine, die «ganztägig eingesetzt» und «schnell wieder aufgeladen» werden könne. Bei der von der Vorinstanz angeführten Innovation handle es sich zudem um ein unzulässiges Vergabekriterium, das sich auch nicht aus den «technischen Spezifikationen» ergebe. Insgesamt habe die Vorinstanz den Beschaffungsgegenstand willkürlich definiert. Hinzu komme, dass die Vergabebehörde diesen zusammen mit der Zuschlagsempfängerin erarbeitet und die Anforderungen «offensichtlich» auf deren «Möglichkeiten» ausgerichtet habe (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 38 ff., 64 ff.; Replik Rz. 3 ff.).

### **E. 3.2.2**

Grundsätzlich kann die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand aufgrund ihrer Bedürfnisse weitestgehend frei festlegen und dessen Einzelheiten umschreiben (BGE 137 II 313 E. 3.3.1; darauf verweisend BGer 2C\_147/2017 vom 23.1.2018 E. 2.5.1, auch zum Folgenden; vgl. auch vorne E. 2.3). Grenze dieser Beschaffungsfreiheit bildet namentlich das auch im freihändigen Verfahren geltende Diskriminierungsverbot (vgl. Art. 7 ÖBG). Die Beschwerdeführerin stellt nicht in erster Linie die Zulässigkeit des

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 12 Bedürfnisses der Vergabebehörde in Frage, sondern bringt vor, die Vorinstanz habe dieses aktenwidrig und damit willkürlich festgestellt. Vorliegend hat die EG Thun den Beschaffungsgegenstand in der Zuschlagspublikation vom 10. März 2020 auf SIMAP unter Ziffer 2.1 «Projekttitle der Beschaffung» wie folgt umschrieben: «Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine 6 m<sup>3</sup>». Als «Begründung» für den Zuschlag führte sie an, die Vergabe erfolge gestützt auf Art. 7 Abs. 3 Bst. c und h ÖBV im freihändigen Verfahren. Es handle sich um die «Herstellung eines Prototypen nach den geforderten Bedürfnissen der Stadt Thun» im Rahmen eines «Neuentwicklungsauftrags» (Vorakten [act. 3A], pag. 1; vorne Bst. A). Aus der Publikation ergibt sich somit, dass die EG Thun eine elektrisch betriebene (Gross-)Kehrmaschine benötigt, deren Kehrgutbehälter ein Volumen von 6 m<sup>3</sup> aufweisen muss. Näheres zu den Anforderungen an den Elektromotor und die Batterie lässt sich der Zuschlagspublikation nicht entnehmen. Hingegen hat die EG Thun im vorinstanzlichen Verfahren mit ihrer Beschwerdeantwort ein Leistungsverzeichnis eingereicht (Vorakten [act. 3A], pag. 169). Dieses enthält unter der Position 1.2 «Leistung e-Motoren» als «Richtwert» bzw. «Musswert» 500 kW. Bei der Position 1.3 «Batteriekapazität» findet sich der Hinweis «8 h Reinigung möglich». Genauere Angaben zu den Anforderungen ergeben sich im «Beschrieb», wonach das Fahrzeug mit einer Batterieladung insbesondere «130 km fahren (davon 100 km reinigen)» können müsse. Als «Musswert» wird eine Batteriekapazität von «450 kWh» definiert. Weiter enthält das Leistungsverzeichnis unter der Position 1.4 mit der Bezeichnung «Batterie» den Beschrieb «Schnellladefähig CCS» und als «Musswert» eine Ladeleistung von «150 kW». Aus diesen Angaben im Leistungsverzeichnis wird ersichtlich, dass die Vergabebehörde hohe Anforderungen an Leistung, Kapazität und Ladefähigkeit der Batterie sowie an die Motorenleistung der zu beschaffenden Elektro-Strassenreinigungsmaschine stellt und die Batterietechnologie damit einen ganz

wesentlichen Teil des zu vergebenden Auftrags darstellt. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass die von der EG Thun definierten technischen Anforderungen an die Batterie deutlich über jenen Werten liegen, die das von der Beschwerdeführerin angebotene Produkt «VE652» bzw. «V65e» (vgl. Replik Rz. 21; dazu hinten E. 3.3) gemäss Prospekt aufweist (Batteriekapazität von 200 kWh, Ladeleistung von 44 kW; vgl. Vorakten [act. 3A], pag. 148). Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe den Beschaffungsgegen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 13 stand falsch oder gar willkürlich umschrieben, wenn sie (wenn auch etwas vereinfacht) zum Schluss gekommen ist, die Vergabebehörde benötige eine Strassenkehrmaschine mit «ausserordentlicher Batteriekapazität» und diese stelle zusammen mit der Ladefähigkeit und dem Elektromotor den «Kern der Beschaffung» dar.

### **E. 3.2.3**

Hinzu kommt, dass sich vor Verwaltungsgericht Beschwerdeführerin und Vergabebehörde – in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vorne E. 2.3) – darin einig sind, dass bei der Frage des massgeblichen Beschaffungsgegenstands eine funktionale Betrachtungsweise einzunehmen ist und daher nicht auf jedes einzelne im Leistungsverzeichnis enthaltene Kriterium abzustellen ist (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 52; Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 34, 36; anders noch im vorinstanzlichen Verfahren Beschwerdeantwort der EG Thun vor dem RSA vom 14.4.2020 Rz. 10, Vorakten [act. 3A], pag. 27). Für den Nachweis der Beschwerdelegitimation reicht es demnach aus, wenn die Beschwerdeführerin aufzeigt, dass sie willens und in der Lage ist, das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis der Vergabebehörde zu befriedigen (vgl. vorne E. 2.3). Dieses verstehen Vergabebehörde und Beschwerdeführerin so, dass die zu beschaffende vollelektrisch betriebene Strassenreinigungsmaschine ganztägig (ohne wesentliche Unterbrüche) eingesetzt und die Batterie innert kurzer Zeit wieder aufgeladen werden kann (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 41; ferner Replik Rz. 3; Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 16, 19 f., 37 f.). Somit erweist sich auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin als unberechtigt, die Vergabebehörde habe die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Anforderungen auf die «Möglichkeiten» bzw. die «Leistungspalette» der Zuschlagsempfängerin ausgerichtet, kommt es doch bei einer funktionalen Betrachtungsweise nicht auf einzelne technische Spezifikationen an. Im Übrigen ist es im freihändigen Verfahren (im Gegensatz zu den übrigen Verfahrensarten) zulässig, wenn die Vergabebehörde über die zu beschaffenden Leistungen verhandelt und die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand im Dialog mit möglichen Anbieterinnen entwickelt (vgl. Art. 27 Abs. 2 ÖBV; Robert Wolf, Freihändige Beschaffung - Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, N. 63 f.). Dass die erwähnten – funktionalen – Anforderungen der ganztägigen Ein-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 14 satzbereitschaft und Schnellladefähigkeit der Batterie vergaberechtlich unzulässig sind, ist weder vorgebracht noch erkennbar.

### **E. 3.2.4**

Nach dem Gesagten erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Umschreibung des massgeblichen Beschaffungsgegenstands als unbegründet. Ob es sich bei dem zu beschaffenden Gut um einen Prototyp im Sinn der hier interessierenden

Ausnahmebestimmung handelt, ist nicht an dieser Stelle zu prüfen (vgl. dazu hinten E. 4.8 f.).

### **E. 3.3**

Zu klären ist weiter, ob die Beschwerdeführerin aufgrund der von ihr angebotenen Elektro-Strassenreinigungsmaschine als potenzielle Anbieterin zur Beschwerde legitimiert ist.

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, sie biete mit dem Fahrzeug «VE652» bzw. «V65e» ein gegenüber der nachgefragten Leistung funktional gleichwertiges Produkt an. Dabei handle es sich um eine Elektro-Strassenreinigungsmaschine mit einer Kehrgutkapazität von 6 m<sup>3</sup>, die nur rund die Hälfte des Preises koste, welcher der Zuschlagsempfängerin für das noch zu entwickelnde Fahrzeug bezahlt werden solle. Der einzige Unterschied bestehe im Gesamtgewicht, der Motorenleistung und der Batteriekapazität, wobei ihr Fahrzeug insbesondere aufgrund der kleineren Batterie «viel leichter» sei und daher mit einem kleineren Motor und einer geringeren Batteriekapazität auskomme. Die von der EG Thun geforderte grössere Batteriekapazität führe entgegen deren Auffassung nicht zu einer erhöhten Reichweite bzw. «Ausdauer»; vielmehr werde die zusätzliche Energie benötigt, um das im Vergleich zu ihrem Produkt rund vier Tonnen schwerere Fahrzeug der Zuschlagsempfängerin zu bewegen. Darin liege eine «jedermann einleuchtende physikalische Tatsache», die als «gerichtsnotorisch» gelten könne. Falls dies nicht zutrefte, beantrage sie ein technisches Gutachten, das den Einfluss des Gesamtgewichts auf die zur Verfügung stehende Batteriekapazität aufzeige (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 12 ff., 26 f., 53; Replik Rz. 13). Demgegenüber halten die Vorinstanz und die EG Thun dafür, der Beschwerdeführerin sei es nicht gelungen aufzuzeigen, dass ihr Produkt das Bedürfnis der Vergabebehörde in funktional gleichwertiger Weise zu befriedigen vermöge, weshalb sie nicht als potenzielle Anbieterin anzusehen sei. Derzeit werde auf dem Markt keine Elektro-Strassenreinigungsmaschine angeboten, die den funktionalen Anforderungen der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 15 Vergabebehörde gerecht werde (vgl. angefochtener Entscheid E. II/8.5, II/8.7 f., II/9; Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 4, 18 ff., 36 ff.).

#### **E. 3.3.2**

Wie bereits ausgeführt hängt die Stellung als potenzielle Anbieterin davon ab, ob die Beschwerdeführerin aufzeigen kann, dass das von ihr angebotene Produkt funktional der freihändig beschafften Leistung entspricht. Die wesentlichen Funktionsmerkmale der zu beschaffenden Elektro-Strassenreinigungsmaschine sehen die Beschwerdeführerin und die Vergabebehörde übereinstimmend in der gantztägigen Einsatzfähigkeit der Maschine sowie in der Schnellladefähigkeit der Batterie (vgl. vorne E. 3.2.3). Wenn die Beschwerdeführerin somit vorbringt, sie biete ein Produkt mit gleicher Funktionalität an wie jenes, das Gegenstand des der Zuschlagsempfängerin vergebenen «Neuentwicklungsauftrags» bildet, so hat sie aufzuzeigen, dass es diese beiden funktionalen Anforderungen erfüllt. Hierfür ist nicht ausschlaggebend, ob ihr Produkt «VE652» bzw. «V65e» im Einzelnen allen Detailanforderungen des Leistungsverzeichnisses gerecht wird. Dass das Fahrzeug der Beschwerdeführerin aufgrund des geringeren Gewichts mit einem kleineren Elektromotor und einer geringeren Batteriekapazität auskommen dürfte

als jenes, das die EG Thun (gestützt auf die im Leistungsverzeichnis definierten Anforderungen) entwickeln lassen will, leuchtet ebenso ein, wie dass das Gesamtgewicht des Fahrzeugs die verfügbare Batteriekapazität beeinflusst. Soweit die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Gutachten verlangt (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 27), sind daraus keine entscheidungswesentlichen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb dieser Beweis Antrag abgewiesen wird (zur antizipierten Beweiswürdigung statt vieler BGE 144 II 427 E. 3.1.3, 141 I 60 E. 3.3; BVR 2020 S. 113 E. 3.7, 2018 S. 206 E. 4.5). Massgebend ist vielmehr, ob die Beschwerdeführerin glaubhaft machen kann, dass ihr Produkt den von der Vergabebehörde definierten funktionalen Anforderungen der ganztägigen Einsatzfähigkeit und der Schnellladefähigkeit der Batterie gerecht wird.

### **E. 3.3.3**

Die Beschwerdeführerin äussert sich vor Verwaltungsgericht grösstenteils nicht direkt zu diesen geforderten Eigenschaften, sondern begründet die funktionale Gleichwertigkeit ihres Fahrzeugs zunächst allgemein mit ihrer Stellung als «Weltmarktführerin» im Bereich von Strassenreinigungsfahrzeugen (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 23; Replik Rz. 22). Weiter

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 16 macht sie geltend, sie habe die funktionale Gleichwertigkeit «im Detail» dargelegt und verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 53; ferner Replik Rz. 7). Dies gelte «auch und insbesondere bezüglich der möglichen Betriebsdauer und der Zeit für die Erstellung der Einsatzbereitschaft» (Replik Rz. 13). Vor der Vorinstanz äusserte sich die Beschwerdeführerin zu den einzelnen im Leistungsverzeichnis enthaltenen Anforderungen (vgl. Replik vor dem RSA vom 6.5.2020 Rz. 36 ff., Vorakten [act. 3A], pag. 47-53). Zur Batteriekapazität hielt sie fest, dass ihr Fahrzeug die Kriterien erfülle oder sogar übertreffe. Die Betriebsdauer «mit Gebläse» betrage acht Stunden bzw. vier Stunden (bei maximaler Drehzahl). Die Reichweite liege bei 150 km bzw. 120 km (bei gleichzeitiger Reinigung; vgl. Replik vor dem RSA vom 6.5.2020 Rz. 46, Vorakten [act. 3A], pag. 51). Ihr Produkt sei «selbstverständlich härtesten Praxistests unterzogen» worden. Die Kehrmachine schaffe «müheless einen gesamten Arbeitstag ohne Zwischenladung» (Replik vor dem RSA vom 6.5.2020 Rz. 94, Vorakten [act. 3A], pag. 43). Konkrete Anhaltspunkte, welche diese Behauptung stützen würden, bringt die Beschwerdeführerin allerdings nicht vor. Zwar hat sie hierfür keinen strikten Beweis zu erbringen (vorne E. 2.5) und kommt damit entgegen der Auffassung der EG Thun als Nachweis nicht einzig eine (ganztägige) Vorführung des Fahrzeugs in Frage (vgl. Duplik Rz. 4). Der Beschwerdeführerin müsste es aber möglich sein, sachdienliche Belege beizubringen, wie beispielsweise Unterlagen zu den angeführten Praxistests, um die behauptete ganztägige Einsatzfähigkeit des Strassenreinigungsfahrzeugs zu untermauern. Gleiches gilt hinsichtlich der Schnellladefähigkeit der Batterie, zu der sich die Beschwerdeführerin mit dem pauschalen Hinweis begnügt, dass ihr Produkt die Anforderungen erfülle und die Batterie mit einem Schnellladegerät geladen werden könne (vgl. Replik vor dem RSA vom 6.5.2020 Rz. 49, Vorakten [act. 3A], pag. 51). Insgesamt sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin damit zu allgemein gehalten und reichen nicht aus, um die behauptete ganztägige Einsatzfähigkeit und die Schnellladedauer der von ihr angebotenen Strassenreinigungsmaschine glaubhaft darzulegen.

### **E. 3.3.4**

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin nicht hinreichend aufgezeigt, dass sie mit der von ihr angebotenen Elektro-Strassenreinigungsmaschine «VE652» bzw. «V65e» funktional das Bedürfnis der Verga-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 17 bebehörde abzudecken vermag, weshalb sie mit diesem Produkt nicht als potenzielle Anbieterin des nachgefragten Beschaffungsgegenstands gelten kann.

### **E. 3.4**

Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin als potenzielle Anbieterin des publizierten «Neuentwicklungsauftrags» in Frage kommt:

#### **E. 3.4.1**

Sie bringt vor, die Vorinstanz habe insoweit zu Unrecht ausschliesslich auf ihr bestehendes Produkt abgestellt und dabei ausser Acht gelassen, dass sie «nicht nur fähig, sondern auch willens» sei, eine «Entwicklungsleistung zu erbringen» bzw. eine Kehrmaschine «genau nach den Bedürfnissen der Vergabebehörde zu entwickeln» (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 37, 49 f.). Damit rügt die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 21 ff. VRPG; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]).

#### **E. 3.4.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG sowie Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 26 Abs. 2 KV garantiert namentlich das Recht, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG), wobei sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken kann (BGE 142 I 135 E. 2.1, 140 II 262 E. 6.2; BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 28, Art. 52 N. 6 f.).

#### **E. 3.4.3**

Es trifft zu, dass sich die Vorinstanz bei der Beurteilung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin auf die Frage beschränkt hat, ob diese aufgrund der von ihr angebotenen Strassenreinigungsmaschine «VE652» bzw. «V65e» als potenzielle Anbieterin anzusehen ist. Dies, obschon die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 6. Mai 2020 im vorinstanzlichen Verfahren wiederholt erklärt hatte, sie sei – falls ihr Fahrzeug als nicht funktional gleichwertig erachtet werde – bereit, ein Produkt zu entwickeln, das den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Anforderungen im Detail entspreche (vgl. a.a.O., Rz. 29 f., 39, 44, 48, 50, 55, 57 f., 60, 72, 88, 97,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 18 103, 115, Vorakten [act. 3A], pag. 37 ff.). Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz – nachdem sie dem bestehenden Produkt die funktionale Gleichwertigkeit abgesprochen hatte (vorne E. 3.3.1) – weiter prüfen müssen, ob die Beschwerdeführerin als potenzielle Anbieterin des von der EG Thun publizierten «Neuentwicklungsauftrags» in Frage kommt. Indem sie sich im angefochtenen Entscheid mit den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht auseinandergesetzt hat, hat sie demnach deren Gehörsanspruch verletzt. Dies führt entsprechend der formellen Natur dieses Anspruchs

ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Praxisgemäss können Gehörsverletzungen indes unter bestimmten Voraussetzungen geheilt werden (vgl. statt vieler BGE 142 II 218 E. 2.8.1 [Pra 106/2017 Nr. 2], 138 II 77 E. 4; BVR 2014 S. 508 [VGE 2013/433 vom 15.7.2014] nicht publ. E. 3.5, 2012 S. 28 E. 2.3.5). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Die Beschwerdeführerin konnte ihren Standpunkt in geeigneter Form in das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht einbringen. Sodann überwiegen gerade in vergaberechtlichen Streitigkeiten, für die zwecks Verfahrensbeschleunigung verkürzte Rechtsmittelfristen gelten (Art. 14 Abs. 1 ÖBG) und Beschwerden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 14 Abs. 3 ÖBG), die Interessen an einer möglichst beförderlichen Beurteilung der Sache, zumal die Vorinstanz auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keinen Anlass gesehen hat, auf ihren Entscheid zurückzukommen (vgl. Vernehmlassung vom 17.11.2020; vorne Bst. C), die Rückweisung der Sache folglich einem formalistischen Leerlauf gleichkäme (vgl. VGE 2018/366-372 vom 24.2.2020 E. 3.3.3; ferner VGE 2017/228 vom 18.12.2017 E. 4.1, 2016/94 vom 19.5.2016 E. 2.3, jeweils vergaberechtliche Streitigkeiten betreffend).

#### **E. 3.4.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe – im Unterschied zur Zuschlagsempfängerin – bereits eine Elektro-Kehrmaschine mit einer Kapazität von 6 m<sup>3</sup> entwickelt und biete diese auf dem Markt an. Damit sei sie auch in der Lage, eine Kehrmaschine «genau nach den Bedürfnissen» der Vergabebehörde zu entwickeln (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 50). Die EG Thun bringt dagegen im Wesentlichen vor, die Beschwerdeführerin argumentiere widersprüchlich, wenn sie einerseits der Ansicht sei, das von ihr angebotene Strassenreinigungsfahrzeug erfülle die funktionalen Anforderungen der Vergabebehörde, gleichzeitig aber geltend mache, sie sei dazu bereit, ein Fahrzeug entsprechend den Anforderungen zu entwickeln. Gehe es der Beschwerdeführerin um den Entwicklungsauftrag, müsse mit Blick auf die Legitimation der Beschwerdeführerin geprüft werden, ob diese in der Lage bzw. geeignet sei, die nachgefragte Strassenkehrmaschine zu entwickeln. Dabei sei zu berücksichtigen, dass nicht der Fahrzeugaufbau, sondern die Elektrifizierung des Fahrzeugs die «besondere Herausforderung» des strittigen Auftrags darstelle. Die Beschwerdeführerin sei für den Fahrzeugaufbau von Strassenreinigungsmaschinen bekannt und sei daher «alleine offenkundig nicht in der Lage», den Entwicklungsauftrag auszuführen. Sie habe nicht aufgezeigt, welches Partnerunternehmen für die Elektrifizierung zuständig wäre, weshalb sie nicht geeignet sei, den Entwicklungsauftrag auszuführen. Folglich könne sie auch nicht als potenzielle Anbieterin des Entwicklungsauftrags angesehen werden (Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 41 ff.).

#### **E. 3.4.5**

Soweit die EG Thun der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang ein widersprüchliches Verhalten vorwirft, ist ihr entgegenzuhalten, dass letztere im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vor der Vorinstanz einzig über die knappen Angaben in der Zuschlagspublikation verfügte. Diese Angaben über die Anforderungen an die Elektrifizierung bzw. die Leistungsfähigkeit der Batterie keinen Aufschluss (vgl. vorne E. 3.2.2). Vor diesem Hintergrund ist erklärbar, dass die Beschwerdeführerin zunächst mit

der funktionalen Gleichwertigkeit ihres bestehenden Produkts argumentierte, zumal dieses dem Projektbeschrieb entsprechend vollelektrisch betrieben ist und das geforderte Volumen des Kehrgutbehälters von 6 m<sup>3</sup> aufweist. Die Vergabebehörde hätte es insofern in der Hand gehabt, mit detaillierteren Angaben zum Beschaffungsgegenstand zu einem früheren Zeitpunkt für mehr Klarheit zu sorgen. Zum Nachweis an die Beschwerdelegitimation ist weiter festzuhalten: Die Rechtsprechung, wonach als potenzielle Anbieterin gilt, wer ein Produkt anbietet, das bei rechtmässiger Umschreibung Beschaffungsgegenstand sein könnte (vorne E. 2.3), bezieht sich auf den (Normal-) Fall, dass eine bereits auf dem Markt verfügbare Leistung beschafft werden soll – oder solches zumindest geltend gemacht wird (vorne E. 3.3). Die Praxis ist jedoch nicht auf die Beschaffung von Gütern zugeschnitten, die erst noch entwickelt werden sollen (vgl. auch Christoph Jäger, Öffentliches Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 20 schaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 871 N. 204). Nach welchen Kriterien sich hier bestimmt, wer zum Kreis der potenziellen Anbieterinnen gehört, war soweit ersichtlich bislang noch nicht gerichtlich zu beurteilen. Angesichts der Komplexität einer solchen Beschaffung sind die Anforderungen an den entsprechenden Nachweis vernünftig anzusetzen (vgl. bereits vorne E. 2.2 und 2.5). Insbesondere kann von der Beschwerdeführerin nicht erwartet werden, dass sie aufzeigt, wie sie den Entwicklungsauftrag erfolgreich ausführen will. So räumt auch die EG Thun ein, dass die Elektrifizierung «ungemein anspruchsvoll» sei und auch bei der Zuschlagsempfängerin «selbstverständlich [...] keine Garantie» bestehe, dass diese den Prototyp erfolgreich entwickeln könne (vgl. Duplik Rz. 8). Auch würde es zu weit gehen, im Rahmen des Eintretens eine eigene Eignungsprüfung vorzunehmen, zumal die EG Thun den Auftrag direkt vergeben und entsprechend keine Kriterien zur Auswahl von geeigneten Anbieterinnen aufgestellt hat. Es muss zur Begründung der Beschwerdebefugnis vielmehr genügen, wenn die Eignung der Beschwerdeführerin, das nachgefragte Produkt zu entwickeln, aufgrund ihrer Vorbringen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit als gegeben erscheint (vgl. vorne E. 2.5). Zwar ist davon auszugehen, dass die auf den Fahrzeugaufbau spezialisierte Beschwerdeführerin die nachgesuchte Batterie nicht eigenständig entwickeln könnte und hierfür mit einem Partnerunternehmen zusammenarbeiten müsste (unwidersprochen gebliebene Darstellung der EG Thun in ihrer Beschwerdeantwort Rz. 45 ff.). Dies allein reicht jedoch nicht aus, um der Beschwerdeführerin die Eignung zur Ausführung des Auftrags abzusprechen, ist doch unbestritten, dass auch die Zuschlagsempfängerin für den Fahrzeugaufbau und das Fahrgestell auf die Zusammenarbeit mit Dritten angewiesen ist. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin im Verbund mit einem Drittunternehmen bereits eine vollelektrisch angetriebene Grosskehrmaschine entwickelt hat, auch wenn die Batteriekapazität sowie die Lade- und Motorenleistung (nominell) nicht denjenigen des zu entwickelnden Fahrzeugs entsprechen (vgl. vorne E. 3.2.2). Sie verfügt damit über einschlägige Erfahrung im fraglichen Bereich. Vor diesem Hintergrund erscheint als genügend wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin zur Ausführung des strittigen Auftrags grundsätzlich fähig und in der Lage ist. Dass die Beschwerdeführerin noch nicht im Detail aufgezeigt hat, wie sie gedenkt, den Auftrag zu erfüllen und vor Verwaltungsgericht kein konkretes

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 21 Partnerunternehmen bezeichnet hat, schadet ihr zum jetzigen Zeitpunkt und mit Blick auf die herabgesetzten Anforderungen an die Substanziierung der Beschwerdebefugnis nicht, zumal hier eine (erneute) Zusammenarbeit mit Dritten zumindest möglich erscheint (in diesem Sinn auch Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 1580 f., wonach für die Anfechtung einer Freihandvergabe nicht verlangt werden könne, dass die beschwerdeführende Partei bereits einen «Konsortialpartner» nachweise, sondern ausreiche, wenn glaubhaft gemacht werde, dass solche Partner zu finden seien, mit Hinweis auf BVGE 2009/19 [B-3402/2009 vom 2.7.2009] nicht publ. E. 3.4; BVGer B-822/2010 vom 10.3.2010 E. 3.2, B-1982/2008 vom 17.7.2008 E. 1.3.2.2). Nach dem Gesagten ist die Beschwerdeführerin als potenzielle Anbieterin des «Neuentwicklungsauftrags» zur Beschwerde befugt.

### **E. 3.5**

Damit erweist sich die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid als begründet. Zudem ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde – unter Vorbehalt von E. 1.2 – einzutreten, soweit sie sich gegen den Sachentscheid richtet.

### **E. 3.6**

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).

### **E. 4**

Umstritten und zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, die EG Thun habe den fraglichen «Neuentwicklungsauftrag» im freihändigen Verfahren vergeben dürfen. Dabei ist die Zulässigkeit einzig mit Blick auf den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV zu beurteilen. Der in der Zuschlagspublikation ebenfalls angeführte Art. 7 Abs. 3 Bst. c ÖBV (vorne E. 3.2.2) stand im weiteren Verfahren nicht mehr zur Diskussion (vgl. auch angefochtener Entscheid E. II/8.4), weshalb (auch) vor Verwaltungsgericht nicht mehr darauf zurückzukommen ist.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die EG Thun habe durch die Wahl des freihändigen Verfahrens den Wettbewerb verhindern

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 22 wollen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, den Entwicklungsauftrag öffentlich auszuschreiben, wenn sie doch hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands über genaue Vorstellungen verfüge. Die Vergabebehörde habe aufzuzeigen, dass die freihändige Vergabe ausnahmsweise zulässig sei. Dem sei die EG Thun jedoch in keiner Weise nachgekommen (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 61 ff. und 74 ff.). Der Gemeinde gehe es um die Beschaffung einer Elektrokehrmaschine, d.h. um eine Lieferung, und nicht um die «Entfaltung einer Entwicklungstätigkeit». Sie wolle «offensichtlich davon ablenken», dass gar keine Beschaffung eines Prototyps zur Diskussion stehe, bei der ausnahmsweise von einer öffentlichen Ausschreibung abgesehen werden dürfe. So sei der strittige Ausnahmetatbestand nicht anwendbar, wenn der «Hauptzweck» des Vertrags wie hier darin liege, die «entwickelten Anlagen, nicht das entwickelte Know-how zu erwerben» (Replik Rz. 27 ff.). Die EG Thun ist demgegenüber

der Ansicht, die Voraussetzungen für die freihändige Auftragsvergabe seien vorliegend erfüllt: «Alleine entscheidend» sei, dass die nachgefragte vollelektrische Grosskehrmaschine auf dem Markt nicht erhältlich sei, weshalb sie einen Prototyp nach ihren Bedürfnissen anfertigen lassen wolle und dürfe. Damit handle es sich bei der strittigen Beschaffung um einen «Neuentwicklungsauftrag» im Sinn von Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV. Es bestehe daher selbst dann keine Pflicht, den Auftrag öffentlich auszuschreiben, wenn mehrere Anbieterinnen für die Ausführung des Neuentwicklungsauftrags in Frage kommen sollten (vgl. Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 28, 50 ff.; Duplik Rz. 2; ferner Beschwerdeantwort EG Thun vor dem RSA vom 14.4.2020 Rz. 38). Soweit die Beschwerdeführerin erstmals vor Verwaltungsgericht vorbringe, dass es sich bei der fraglichen Beschaffung gar nicht um einen Prototyp bzw. eine Erstanfertigung, sondern um einen «blosseren Lieferauftrag» handle, gehe sie davon aus, dass diese Ausführungen ausserhalb des Streitgegenstands lägen. Vorsorglich bestreite sie aber die «unbelegten Behauptungen der Beschwerdeführerin» (Duplik Rz. 12).

#### **E. 4.2**

Entgegen der Auffassung der EG Thun ist es der Beschwerdeführerin unbenommen, im Verlauf des Verfahrens neue rechtliche Argumente vorzubringen, soweit sie sich wie hier innerhalb des Streitgegenstands bewegt (BVR 2005 S. 321 E. 4.3; Michel Daum, a.a.O., Art. 20a N. 22; BGE 142 II 9 E. 7.1 [Pra 105/2016 Nr. 68] mit weiteren Hinweisen; zum Streitgegenstand

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 23 vorne E. 1.2). Im Übrigen wendet das Verwaltungsgericht das Recht von Amteswegen an (Art. 20a Abs. 1 VRPG). Es ist insbesondere nicht an die rechtlichen Vorbringen der Parteien gebunden und kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem geltend gemachten Grund gutheissen bzw. eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Substitution der Motive; BVR 2020 S. 7 E. 2.2, 2018 S. 139 E. 5.2.2, je mit Hinweisen; BGE 141 II 307 E. 6.7 mit Bezug zur Kognition der Beschwerdebehörde in Submissionssachen; ferner BGE 137 II 313 E. 1.4 für das bundesgerichtliche Verfahren).

#### **E. 4.3**

Zunächst ist das anwendbare Recht zu klären: Am 1. Januar 2021 ist das Revidierte Übereinkommen vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422; nachfolgend GPA 2012) in Kraft getreten. Seine Bestimmungen gelten ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich auch auf kantonaler Ebene (ausführlich Urs Saxer, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Einführung in den internationalen Kontext, N. 13 ff.). Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Anwendbarkeit des GPA 2012 auf das vorliegende Verfahren. Mangels einschlägiger übergangsrechtlicher Bestimmungen ist auf die durch die Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Prinzipien abzustellen. Danach ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen; materielle Rechtsänderungen während hängiger Rechtsmittelverfahren sind in der Regel unbeachtlich. Somit ist vorliegend in zeitlicher Hinsicht das GPA 1994 einschlägig (BGE 141 II 393 E. 2.4 [Pra 105/2016 Nr. 52]; BVR 2016 S. 293 E. 4.1, 2015 S. 15 E. 3.1; VGE 2018/457 vom 23.3.2020 E. 3.3; vgl. auch die übergangsrechtlichen Bestimmungen in Art. 62 BöB und Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019).

#### **E. 4.4**

Das GPA 1994 ist auch bei Vergabeverfahren von Gemeinden anwendbar (Art. I Ziff. 1 i.V.m. Anhang I Annex 2 GPA 1994 i.V.m. Art. 2 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]), sofern die massgeblichen Schwellenwerte (für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 350'000.--; vgl. Anhang I Art. A1-2 IVöB) überschritten werden. Dies ist bei dem vorlie-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 24 genden Auftragsvolumen von Fr. 969'262.50 (vorne Bst. A) der Fall. Weiter erfasst das GPA 1994 alle Lieferaufträge, jedoch nur bestimmte, in einer «Positivliste» genannte Dienstleistungsaufträge (Anhang I Annex 4 GPA 1994; vgl. auch Art. 6 Abs. 1 IVöB; Christoph Jäger, a.a.O., S. 822 N. 48; Martin Beyeler, a.a.O., N. 1045 f.). Reine Forschungs- und Entwicklungsaufträge fallen als Dienstleistungsaufträge nicht in den Geltungsbereich des GPA, da sie in der Liste nicht aufgeführt werden (Manuel Jaquier, *Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics*, 2018, N. 298; Christoph Meyer, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, in AJP 2005 S. 716 ff., 723 f.; Robert Wolf, a.a.O., N. 31 f., auch zum Folgenden). Bei der Beschaffung eines Prototyps bzw. einer Erstanfertigung liegt aber stets ein gemischter Auftrag vor, der Elemente einer Lieferung (des Endprodukts) und eines Forschungs- und Entwicklungsauftrags enthält (Manuel Jaquier, a.a.O., N. 288). Bei solchen gemischten Aufträgen richtet sich die Beurteilung nach der (in der Regel finanziell) überwiegenden Teilleistung (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 240; Christoph Jäger, a.a.O., S. 823 N. 52; je mit Hinweisen). Entsprechend ist die fragliche Beschaffung dem GPA 1994 (objektiv) unterstellt, sofern der Lieferauftrag den überwiegenden Teil des Vertragsverhältnisses ausmacht. Gemäss einer groben Kostenaufteilung der Zuschlagsempfängerin liegt der für die «Entwicklung» von «Elektronik, Batterie und Ladetechnik 88 kW usw.» anfallende Kostenanteil bei ungefähr Fr. 310'000.-- (Vorakten [act. 3A], pag. 94, 91). Auch wenn es sich hierbei lediglich um eine Schätzung handelt, dürfte damit der Wert der Lieferung im Verhältnis zum gesamten Auftragsvolumen klar den überwiegenden Teil ausmachen. Nach dem Gesagten ist folglich das gesamte Vertragsverhältnis als ein vom GPA 1994 erfasster Lieferauftrag zu qualifizieren, wovon im Übrigen auch die EG Thun und die Beschwerdeführerin ausgehen (vgl. entsprechender Vermerk unter Ziff. 1.4 und 1.5 der Zuschlagspublikation, Vorakten [act. 3A], pag. 1; Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 61).

#### **E. 4.5**

Die Vergabebehörde hat Aufträge im Staatsvertragsbereich grundsätzlich im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. In den besonderen Fällen gemäss Art. XV Ziff. 1 GPA 1994 ist eine Auftragsvergabe ausnahmsweise im freihändigen Verfahren, d.h. direkt und ohne Ausschreibung zulässig (Art. 12bis Abs. 1 IVöB; Art. 6 Abs. 1 Bst. a ÖBG; je i.V.m. Art. 7

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 25 Abs. 1 ÖBV). Art. XV Ziff. 1 GPA 1994 legt abschliessend fest, unter welchen Voraussetzungen eine freihändige Auftragsvergabe zulässig ist. Soweit Art. 7 Abs. 3 ÖBV die Ausnahmetatbestände abweichend umschreibt, sind diese daher GPA-konform auszulegen (BVR 2003 S. 223 E. 3a; Robert Wolf, a.a.O., N. 15 f. mit weiteren Hinweisen; ferner VGE 21309 vom 21.3.2002 E. 3d; Aeschbacher/Krebs, a.a.O., Art. 21 N. 4). Laut

dem hier interessieren- den Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV kann ein Auftrag in folgendem Fall freihändig vergeben werden: Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen, die auf ihr oder sein Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden. Dieser Ausnahmetatbestand beruht auf Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994, der folgendermassen lautet: Die Bestimmungen der Art. VII-XIV über das offene und das selektive Verfahren brauchen unter den nachfolgenden Bedingungen nicht angewendet zu werden, sofern die freihändige Vergabe nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, oder so angewendet wird, dass sie ein Mittel zur Diskriminierung zwischen ausländischen Anbietern oder zum Schutz inländischer Produzenten und Anbieter darstellt: [...] e) wenn eine Beschaffungsstelle Prototypen oder eine Erstanfertigung oder -dienstleistung kauft, die auf ihr Ersuchen für einen bestimmten Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag oder in dessen Verlauf entwickelt werden. Nachdem solche Aufträge ausgeführt sind, unterliegen alle weiteren Käufe solcher Waren den Artikeln VII-XIV. Gemäss der Fussnote zu dieser Bestimmung gilt ferner Folgendes: Die Neuentwicklung einer Erstanfertigung oder -dienstleistung kann eine begrenzte Produktion oder Lieferung einschliessen, um die Erprobungsergebnisse zu verarbeiten und zu zeigen, dass sich das Produkt für eine Produktion oder Lieferung in grösseren Mengen bei annehmbaren Qualitätsnormen eignet. Nicht darunter fällt eine Serienfertigung oder -lieferung zum Nachweis der Vermarktbarkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten.

#### **E. 4.6**

Nach Art. XV Ziff. 1 GPA 1994 steht die freihändige Vergabe namentlich unter der Einschränkung, dass dieses Verfahren nicht mit der Absicht, den grösstmöglichen Wettbewerb zu verhindern, angewendet werden darf. Die freihändige Auftragsvergabe geht indessen stets mit der Vermeidung des Wettbewerbs einher. Die Ausnahmetatbestände beruhen im Wesentli-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 26 chen auf dem Gedanken, dass in besonderen Fällen die Nachteile eines offenen oder selektiven Verfahrens in keinem angemessenen Verhältnis zum Vorteil stehen, der durch die Wettbewerbssituation und Transparenz einer (öffentlichen) Ausschreibung erreicht wird (Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, 2003, S. 281 f., Christoph Meyer, a.a.O., S. 718 f.; Aeschbacher/Krebs, a.a.O., Art. 21 N. 4; jeweils auch zum Folgenden; ferner BVGer B-1570/2015 vom 7.10.2015 E. 2.1). Der erwähnten Einschränkung ist so Rechnung zu tragen, dass die Zulässigkeit des Freihandverfahrens konsequent an den Gründen gemessen wird, die zur Aufnahme des einschlägigen Ausnahmetatbestands ins GPA Anlass gegeben haben. Es darf mit anderen Worten nur dann auf eine Ausschreibung verzichtet werden, wenn sich die Vergabebehörde auf eine sinn- und zweckentsprechende Anwendung der entsprechenden Ausnahmebestimmung berufen kann.

#### **E. 4.7**

Der hier in Frage stehende Ausnahmetatbestand erlaubt der Vergabebehörde die freihändige Beschaffung von Prototypen, Erstanfertigungen oder neuartigen Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen für bzw. im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-,

Studien- oder Neuentwicklungsauftrags entwickelt werden (Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994; Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV). Während sich die schweizerische Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht mit diesem Tatbestand befassen musste, war er indes Gegenstand eines GATT-Streitbeilegungsverfahrens zwischen Norwegen und den USA, in dessen Rahmen sich ein Experten-Panel des GATT grundlegend zu seinem Anwendungsbereich äusserte (GATT Panel Report GPR.DS2/R vom 13.5.1992 i.S. Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the city of Trondheim [nachfolgend: GATT Panel Report]; zum Verfahren vgl. die Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung als Anhang 2 zum Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation [SR 0.632.20]; Matthias Oesch, Das Streitbeilegungsverfahren der WTO, in recht 2004, S. 192 ff.). Die Beurteilung erfolgte zwar noch unter dem Vorgängerabkommen des GPA 1994; die damalige Ausnahmebestimmung stimmt jedoch – abgesehen von der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Güter – inhaltlich mit Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 überein (vgl. Sue Arrowsmith, a.a.O., S. 292 Fn. 19). Es kann deshalb auch unter der Geltung des GPA 1994 auf die dort entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, zumal sich auch die schweizerische Lehre zur strittigen Ausnahme

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 27 daran orientiert (so auch Evelyne Clerc, Innovation et marchés publics: Propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in Michel/Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, 1998, S. 83 ff., 88 f.; ferner Manuel Jaquier, a.a.O., N. 311, wonach die Rechtsprechung auch noch unter dem GPA 2012 einschlägig sei).

#### **E. 4.8**

Die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe nach Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 hängt demnach massgeblich vom Zweck der fraglichen Beschaffung ab. Ein Prototyp (bzw. eine Erstanfertigung oder neuartige Dienstleistung) basierend auf einem «Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag» ist nur gegeben, wenn das eigentliche Ziel der Vergabebehörde im Erwerb der Ergebnisse der Forschung oder Entwicklung liegt, mithin im Erwerb von Wissen («knowledge»). Hingegen ist der Ausnahmetatbestand nicht anwendbar, wenn die Vergabebehörde primär an der Beschaffung der entwickelten Anlagen bzw. am Erwerb von Betriebsmitteln interessiert ist, selbst wenn der Erwerb von Know-how ein Nebenzweck des Vertrags darstellt (GATT Panel Report E. 4.8 f.; Sue Arrowsmith, a.a.O., S. 292; Evelyne Clerc, a.a.O., S. 89; Christoph Meyer, a.a.O., S. 724; Manuel Jaquier, a.a.O., N. 307 ff., 313). Weiter impliziert ein Prototyp bzw. eine Erstanfertigung oder neuartige Dienstleistung, dass die nachgefragte Leistung innovativer Natur ist. Dies trifft nicht zu, wenn das zu beschaffende Produkt bzw. die zu beschaffende Dienstleistung bereits auf dem Markt erhältlich ist (Manuel Jaquier, a.a.O., N. 322). Unter dem Begriff des Prototyps im Sinn von Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 wird ein Produkt verstanden, dessen Zweck im Prüfen («testing») und Fördern («furthering») des Wissens bzw. der praxisnahen Weiterentwicklung der mit der Beschaffung erworbenen Forschungsergebnisse liegt (GATT Panel Report E. 4.9 unter Verweis auf die Leitlinien für die Erhebung und Meldung von Daten zu Forschung und experimenteller Entwicklung der OECD [Frascati-Handbuch], wo u.a. festgehalten wird, ein Prototyp könne so lange Teil eines Forschungs- und Entwicklungsauftrags sein, als das Hauptziel in der Erarbeitung weiterer Verbesserungen liege [S. 67 der aktuellen Fassung der Leitlinien von 2015]; Sue Arrowsmith, a.a.O., S. 292 f.; Christoph Meyer, a.a.O., S. 724, auch zum Folgenden; vgl.

auch Gianni Fröhlich-Bleuler, Die Vergabe von IT-Verträgen, in Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 289 ff.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 28 N. 66, mit Bezug zu Beschaffungen im IT-Bereich). Verdeutlicht wird dies in der Fussnote zur Bestimmung, wonach der (Neuentwicklungs-)Auftrag eine «begrenzte Produktion oder Lieferung einschliessen» kann, um die «Erprobungsergebnisse zu verarbeiten» und zu zeigen, dass der Prototyp bzw. die Erstanfertigung für eine Produktion «in grösseren Mengen» geeignet ist (vgl. vorne E. 4.5). Sobald diese Testphase jedoch abgeschlossen ist und feststeht, dass das neuentwickelte Produkt für eine Serienproduktion genügend ausgereift ist, unterliegen gemäss Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 «alle weiteren Käufe solcher Waren» den ordentlichen Vergabevorschriften, d.h. sie müssen unter Gewährleistung des Wettbewerbs im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben werden (Sue Arrowsmith, a.a.O., S. 293; Evelyne Clerc, a.a.O., S. 90 f.; Aeschbacher/Krebs, a.a.O., Art. 21 N. 24, jeweils auch zum Folgenden). Die Auftraggeberin ist daher gehalten, sich an den Forschungsergebnissen die Immaterialgüterrechte zu sichern, damit diese einer öffentlichen Ausschreibung von Folgeaufträgen nicht entgegenstehen (Peter Rechtsteiner, Die Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, in Baurecht 2004, S. 36 ff., 41; Manuel Jaquier, a.a.O., N. 327 ff.).

#### **E. 4.9**

Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat grundsätzlich nachzuweisen, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Vergabebehörde. Insbesondere muss sie darlegen, dass sie sich im Licht der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen erfüllt sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 301; Aeschbacher/Krebs, a.a.O., Art. 21 N. 7, mit weiteren Hinweisen; in Bezug auf den Beweis von negativen Tatsachen differenzierend BGE 137 II 313 E. 3.5.2; ferner auch BVerG B-1570/2015 vom 7.10.2015 E. 2.3). – Die Ausführungen der EG Thun lassen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den dargestellten Grundsätzen zur strittigen Ausnahmebestimmung gänzlich vermissen. Sie begründet die Wahl des freihändigen Verfahrens einzig damit, dass die nachgefragte Strassenreinigungsmaschine auf dem Markt noch nicht verfügbar und daher von einem Neuentwicklungsauftrag im Sinn von Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV auszugehen sei (vorne E. 4.1). Entgegen der Auffassung der EG

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 29 Thun genügt dies nach dem Gesagten jedoch nicht, um auf die Zulässigkeit der freihändigen Auftragsvergabe zu schliessen. Vielmehr hätte sie aufzeigen müssen, inwiefern die strittige Beschaffung vom Sinn und Zweck der von ihr angerufenen Ausnahmebestimmung von Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 bzw. Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV erfasst wird und die dargestellten Voraussetzungen erfüllt. Die Ausführungen der EG Thun legen jedoch den gegenteiligen Schluss nahe. So bringt sie etwa vor, dass sie die neue Strassenreinigungsmaschine «zunehmend dringend» benötige. Sie würde das nachgefragte Fahrzeug «von der Stange kaufen», wenn dieses bereits auf dem Markt angeboten würde (vgl. Beschwerdeantwort EG Thun Rz. 16 und 19; Duplik Rz. 1 f.). Dies

spricht dafür, dass die EG Thun die Elektro-Strassen- reinigungs-maschine für den sofortigen Gebrauch erstellen lassen will. Sie bezweckt also mehr bzw. etwas anderes, als lediglich eine (innovative) Erst- anfertigung zu erlangen, die in der Folge – nach Erreichen der Marktreife – als Grundlage für die Produktion grösserer Mengen verwendet werden kann (dazu E. 4.8 hiervor). Der Umstand, dass die EG Thun in der Lage war, die Anforderungen an die neue Strassenreinigungs-maschine relativ detailliert im Leistungsverzeichnis zu definieren, bestärkt den Eindruck, dass es ihr eher um den Erwerb eines funktionsfähigen Produkts geht, das den von ihr for- mulierten Anforderungen entspricht, als um die Aneignung von Forschungs- ergebnissen und deren Weiterentwicklung (vgl. dazu auch Manuel Jaquier, a.a.O., N. 314 mit Verweis auf Urteil EuGH T-54/11 vom 15.1.2013 i.S. Spa- nien gegen Europäische Kommission Rz. 41 und 45). Daran ändert nichts, dass ihre Nachfrage allenfalls geeignet sein könnte, einen Innovationsschritt auszulösen. Fest steht jedenfalls, dass die EG Thun den ihr obliegenden Nachweis für das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. XV Ziff. 1 Bst. e GPA 1994 bzw. Art. 7 Abs. 3 Bst. h ÖBV nicht erbracht hat. Der im freihän- digen Verfahren erteilte Zuschlag erweist sich folglich als unzulässig.

## **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und ist gutzuheissen, so- weit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2). Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, das Ge- such um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen (vorne Bst. C)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 30 bzw. das Superprovisorium durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme abzulösen (vgl. BVR 2020 S. 113 E. 3.8, 2012 S. 314 E. 5.4).

## **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Das teilweise Nichteintreten (vorne E. 1.2) rechtfertigt keine Kos- tenausscheidung. Unterliegenden Gemeinden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, 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 Submissionsver- fahren ist dies nach Praxis des Verwaltungsgerichts nicht der Fall: Abgese- hen von den Staatshaftungsverfahren nach Art. 10 ÖBG stehen dabei keine bestimmten Geldleistungen zur Diskussion. Zudem ist im Streit um die Rechtmässigkeit einer Vergabe die finanzielle Lage der Parteien bloss mit- telbar vom Verfahrensausgang betroffen (vgl. BVR 1999 S. 90 E. 3a mit Ver- weis auf VGE 20316 vom 22.6.1998 E. 6b). Diese Rechtsprechung ist noch unter Geltung des Dekrets vom 6. November 1973 über die Anwaltsgebüh- ren (DAG; GS 1973 S. 364 ff.) entwickelt worden und diente vorab dazu, die damals für die Bestimmung der Höhe der Parteikosten massgebende Frage nach dem Vorliegen einer Streitigkeit mit oder ohne bestimmten Streitwert zu beantworten. Das Kriterium der unmittelbaren bzw. direkten Betroffenheit in Vermögensinteressen wurde aber ebenso herangezogen, um zu beurtei- len, ob unterliegenden Gemeinden gestützt auf Art. 108 Abs. 2 Satz 2 VRPG Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. VGE 21040 vom 4.5.2001 E. 8a, 21023 vom 11.9.2000; beide Submissionsstreitigkeiten betreffend). Die nö- tige Abgrenzung wird dabei weitgehend gleich gehandhabt wie bei der Qua- lifikation eines Rechtsstreits als von vermögensrechtlicher Natur, die unter dem geltenden Recht für die Gewährung eines Zuschlags auf dem Honorar nach Art. 11 Abs. 2 der Verordnung vom 17.

Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) entscheidend ist (vgl. zum Ganzen Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 32 mit Verweis auf Art. 104 N. 18). Die Praxis ist hier ebenfalls sehr zurückhaltend: Bedeutende vermögensrechtliche Interessen im Sinn dieser Bestimmung stehen dann auf dem Spiel, wenn entweder unmittelbar geldwerte Ansprüche und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 31 Verpflichtungen strittig sind oder auf andere Weise vorwiegend finanzielle Interessen hinreichend direkt betroffen sind (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 18 und 20 auch zum Folgenden). Entscheidend ist dabei nicht, ob sich der Verfahrensausgang auf die wirtschaftliche oder finanzielle Lage der Partei auswirkt, sondern vielmehr, welche Interessen im Vordergrund stehen (vgl. zur Abgrenzung etwa BVR 2010 S. 433 E. 8.3, 2013 S. 443 E. 6.2; eine Baustreitigkeit bzw. die wirtschaftliche Nutzung eines Wasserrechts betreffend). In Submissionsstreitigkeiten ist der Eintritt einer finanziellen Besserstellung selbst aus Sicht einer Anbieterin lediglich eine indirekte und keineswegs sichere Folge ihrer erfolgreichen Beteiligung am Beschwerdeverfahren (vgl. VGE 2016/142 vom 20.9.2016 insb. Bst. A und E. 1.2.2 [bestätigt durch BGE 144 II 177], ein zu Fr. 0.-- offeriertes Veloverleihsystem betreffend; zu den Beweggründen von preislichen Unterangeboten allg.- mein Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1115 ff. mit Hinweisen). Das Gesagte gilt umso mehr für die bei der Anwendung von Art. 108 Abs. 2 Satz 2 VRPG massgebende Vergabebehörde, geht es doch für sie in erster Linie um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (vgl. Art. 8 Abs. 1 BöB und IVöB 2019; Art. 6, 8 und 10 IVöB; aus der Rechtsprechung etwa BGE 135 II 49 E. 4.3.2 [Pra 98/2009 Nr. 75]; BVR 2013 S. 521 E. 2.3; VGE 2016/142 vom 20.9.2016 E. 1.2 [bestätigt durch BGE 144 II 177]). Dass sie dabei bestrebt ist, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen, führt zu keiner (direkten) Betroffenheit in Vermögensinteressen. Der Gemeinde sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, weshalb die unterliegende Beschwerdeführerin 1 die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 24.3.2015).

### **E. 6.2**

Die Beschwerdegegnerinnen haben der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin die Parteikosten je hälftig zu ersetzen (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 ihres Rechtsvertreters zu keinen Bemerkungen Anlass.

### **E. 6.3**

Die Kosten vor der Vorinstanz sind entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens neu zu verlegen. Die Beschwerdegegnerin 1 hat auch die Verfahrenskosten vor dem RSA vollumfänglich zu tragen. Die EG

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 32 Thun und die Beschwerdegegnerin 1 haben der Beschwerdeführerin zudem die gesamten vor der Vorinstanz entstandenen Parteikosten (ebenfalls ohne MWSt) je zur Hälfte zu ersetzen.

### **E. 7.1**

Mangels besonderer Übergangsbestimmungen und gestützt auf den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz, wonach neue Verfahrensbestimmungen mit dem Tag ihres Inkrafttretens in der Regel sofort und in vollem Umfang anwendbar sind (BVR 2018 S. 528 E. 2.5, 2008 S. 481 E. 3.1.1; BGE 144 V 210 E. 4.3.1, 136 II 187 E. 3.1), dürfte sich die Anfechtung des vorliegenden Entscheids nach der seit 1. Januar 2021 geltenden Fassung von Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) richten. Demnach ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1), oder wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB nicht erreicht (Ziff. 2). Es ist davon auszugehen, dass – wie bisher gemäss BGE 133 II 396 E. 2.1 – keines der beiden Ausschlusskriterien erfüllt sein darf, damit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist. Andernfalls kann der vorliegende Entscheid einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden.

## **E. 7.2**

Gemäss Publikation vom 10. März 2020 erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 969'262.50 (Vorakten [act. 3A], pag. 1; vorne Bst. A) womit der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags den massgeblichen Schwellenwert überschreitet (vgl. 52 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid wohl 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).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.04.2021, Nr. 100.2020.399U, Seite 33 Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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