

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 92 vom 1. Juni 2023

BE Verwaltungsgericht, 2023-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2022_92

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 92 du 1 juin 2023

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 92 del 1 giugno 2023

Regeste

Submission; Zuschlag für Kehricht- und Sperrgutsammlung 2023-2032 (Entscheid des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli vom 21. März 2022; vbv 51/2021) | 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; BAG 02-092; in Kraft bis 31.1.2022; vgl. BAG 21-109]; vgl. zum anwendbaren Recht hinten E. 2.1). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt. Zwar hat mittlerweile die Vergabebehörde mit der Beschwerdegegnerin 1 den Vertrag über die Kehricht- und Sperrgutsammlung abgeschlossen (vgl. Schreiben EG C. _____ vom 27.10.2022, act. 20), womit die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin (Primärrechtsschutz) nicht mehr möglich ist. Mit Blick auf den Sekundärrechtsschutz (Feststellung der Rechtswidrigkeit), wie ihn die Beschwerdeführerin nun verlangt, hat sie aber weiterhin ein schutzwürdiges, aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde, zumal ohne den Vertragsschluss eine reelle Chance bestanden hätte, dass sie – wenn sie mit ihren Rügen durchdringt – als zweitplatzierte Anbieterin den Zuschlag erhalten hätte (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3.1, 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.1 ff.; BVR 2021 S. 285 E. 2.1 f., 2019 S. 201 [VGE 2018/326 vom 18.12.2018] nicht publ. E. 1.1). Daran ändert das Vorbringen der Vergabebehörde nichts, wonach die Beschwerdeführerin gemäss «Hinweisen Dritter» entgegen den Vorschriften ihre Aufbauwaage auf dem bisher eingesetzten Kehrichtfahrzeug in den letzten zehn Jahren nie (amtlich) geeicht habe, weshalb sie keine Gewähr für eine korrekte Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen biete und «prima vista» keine reelle Chance auf den Zuschlag habe (vgl. Beschwerdeantwort vom 17.5.2022 Rz. 9 ff., act. 6). Die Gemeinde belegt diese Ausführungen nicht. Es ist zudem nicht ohne weiteres klar, ob ein solches Unterlassen im vorliegenden Vergabeverfahren einen Ausschlussgrund darstellen würde (vgl. auch Laura Locher, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 44 N. 31 f.), was mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 5 offenbleiben kann. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse. Sie ist damit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (vgl. Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32

VRPG; Art. 14 Abs. 1 ÖBG; Art. 15 Abs. 2 der [alten] Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [aIVöB; BAG 02-092 bzw. in der letzten massgeblichen Fassung vom 15.6.2010, BAG 10- 064]). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.2

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

E. 2.1

Am 1. Februar 2022 ist die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1) für den Kanton Bern gestützt auf Art. 3 und 4 des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2) jedenfalls «sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht» in Kraft getreten, soweit sie nicht direkt zur Anwendung gelangt infolge einer zulässigerweise bedingt abgegebenen, einseitig den Beitritt herbeiführenden Erklärung des Kantons Bern (vgl. Art. 63 IVöB; zur Zulässigkeit eines Beitritts unter Vorbehalt vgl. die zweite Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Sommersession, S. 55 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520]; Bürki/Bieri-Evangelisti, Der Kanton Bern und das Beschaffungskkordat 2019: Gedanken zu Zulässigkeit und Wirkung eines Beitritts unter Vorbehalt, in BVR 2022 S. 322 ff., 367 ff.). Soweit direkt anwendbar, sieht die Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB jedoch vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Auch nach allgemeinen intertemporalrechtlichen Prinzipien ist hier auf das bisherige Recht abzustellen (statt vieler BVR 2022 S. 139 [VGE 2020/447 vom 21.12.2021] nicht publ. E. 2, 2015 S. 15 E. 3.1). Auf das mit Ausschreibung vom 8. Oktober 2021 eingeleitete Vergabeverfahren (vgl. Sophie Regenfuss,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 6 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]) ist daher das bisherige Recht anwendbar.

E. 2.2

Vergabegegenstand bildet die Kehricht- und Sperrgutsammlung in elf Gemeinden in der Region ... für die Dauer vom 1. Januar 2023 bis zum 31. Dezember 2032 (vgl. SIMAP-Publikation vom 8.10.2021, Vorakten Regierungsstatthalteramt [RSA; act. 3B], Beilage 2). Für die Angebotsbewertung gelten drei Zuschlagskriterien (vgl. Leistungsverzeichnis vom 8.10.2021 [nachfolgend: Leistungsverzeichnis] S. 7 Ziff. 9, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 1): Preis (maximale Punktzahl: 70, Gewichtung: 70 %), Ökologie (maximale Punktzahl: 20, Gewichtung: 20 %) und Erfahrung/Qualitätssicherung (maximale Punktzahl: 10, Gewichtung: 10 %). Die Offerte der Beschwerdegegnerin 1 erzielte mit 90 Punkten das beste Resultat. An zweiter Stelle lag die Offerte der Beschwerdeführerin mit 89,1 Punkten. Während sie beim Kriterium Ökologie die Höchstpunktzahl (20 Punkte) erreichte, erhielt sie beim Kriterium Preis mit dem

zweitgünstigsten Angebot 64,1 Punkte und beim Kriterium Erfahrung/Qualitätssicherung

E. 5

Punkte. Im Gegensatz dazu erreichte die Beschwerdegegnerin 1 bei diesen beiden Kriterien je die maximale Punktzahl (70 bzw. 10 Punkte) und beim Kriterium Ökologie 10 Punkte (vgl. Zuschlagsverfügung vom 16.12.2021, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 10). 3. Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die erstplatzierte Beschwerdegegnerin 1 (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) hätte wegen Mängeln in ihrem Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. 3.1 Gemäss Art. 24 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BAG 02-072; in Kraft bis 31.1.2022; vgl. BAG 21-111) schliesst die Vergabebehörde unter anderem

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 7 Anbieterinnen von der Teilnahme am Verfahren aus, die ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Bst. b), die die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen (Bst. c), die der Vergabebehörde falsche Auskünfte erteilt haben (Bst. d) oder die für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr bieten (Bst. l). Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren muss allerdings stets vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) und dem Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) standhalten. Vom Ausschluss einer Offerte ist abzusehen, wenn die Mängel des Angebots relativ geringfügig sind und der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Der Ausschluss ist mithin nur bei Mängeln von gewissem Gewicht gerechtfertigt, in geringfügigen Fällen indessen nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres zulässig (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 [Pra 109/2020 Nr. 46], 143 I 177 E. 2.3.1, je betreffend Eignungskriterien; BVR 2018 S. 206 E. 3.1; VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 6.3). 3.2 Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Jedoch verfügt die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die (gerichtliche) Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 144 II 177 [BGer 2C_994/2016 vom 9.3.2018] nicht publ. E. 4.1.1, 141 II 14 E. 7.1, je zur Auslegung von Eignungskriterien; BGer 2C_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.3). 3.3 Strittig sind zunächst die Anforderungen an den Garagierungsstandort der Fahrzeuge. 3.3.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Zuschlagsempfängerin nenne in ihrem Angebot keinen geeigneten Garagierungsstandort, wie er für das Zuschlagskriterium Ökologie verlangt werde. Sie habe bloss eine Bestä-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 8 tigung eingereicht, dass sie, sollte sie bis zum 31. Dezember 2022 kein geeignetes Grundstück innerhalb einer Distanz von 15 km zum Entsorgungszentrum in C. _____ finden, zwei Kehrtraktfahrzeuge auf dem Grundstück D. _____ Gbbl. Nr. 1 _____ abstellen dürfe. Der dort vorgesehene Aussenplatz sei jedoch kein Garagierungsstandort. Unter diesem Begriff sei gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und den

Vertrauensgrundsatz eine überdachte und abschliessbare Garage zu verstehen. Die Zuschlagsempfängerin erhalte einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, wenn sie keinen Platz in einer Garage vorsehe, sondern entgegen den Ausschreibungsunterlagen einen kostengünstigeren Aussenabstellplatz. Im Übrigen sei die eingereichte Bestätigung nicht von der Eigentümerin des Grundstücks unterzeichnet worden und damit nicht rechtsgültig (vgl. Beschwerde Rz. 18 ff.; Replik Rz. 27 ff., act. 10; Eingabe Beschwerdeführerin vom 29.7.2022 Rz. 8 ff., act. 15). Im Rahmen der Vertragserfüllung habe sich mittlerweile gezeigt, dass die Zuschlagsempfängerin entgegen den Angaben in ihrem Angebot einen Standort in C. _____ verwende. Dabei handle es sich nicht um einen Garagenplatz, sondern bloss um eine befestigte Einfahrt (Eingaben Beschwerdeführerin vom 23.1.2023 Rz. 5 ff. und vom 15.5.2023 S. 2 ff., act. 22, 30). 3.3.2 Die Vergabebehörde verlangt in der Ausschreibung die Angabe der Adresse des Garagierungsstandorts für das Haupt- und das Ersatzfahrzeug (Leistungsverzeichnis S. 17 Ziff. 22). Weitere Angaben oder Belege sind nicht vorgeschrieben. Der Garagierungsstandort der Fahrzeuge ist nur beim Zuschlagskriterium Ökologie von Bedeutung: Bei einer Strecke von weniger als 15 km zwischen dem Standort und dem Entsorgungszentrum in C. _____ erhält ein Angebot 10 Punkte, bis 20 km 5 Punkte und bei einer grösseren Distanz 0 Punkte (vgl. Leistungsverzeichnis S. 7 Ziff. 9). Der Begriff Garagierungsstandort wird in der Ausschreibung nicht näher umschrieben. Auf die Frage der Beschwerdeführerin, ob mit Garagierungsstandort der Firmensitz gemeint sei, antwortete die Vergabebehörde, dass darunter der Standort der Fahrzeuge zu verstehen sei. Weiter wies sie darauf hin, dass die Angabe des Standorts dazu diene, die Anfahrstrecken zum Entsorgungszentrum in C. _____ aus ökologischer Sicht zu minimieren (vgl. Zusammenstellung Fragen und Antworten, Frage 7, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 6). Aus diesen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 9 Ausführungen und den Angaben in der Ausschreibung ergibt sich klar, dass sich die Vergabebehörde für den Garagierungsstandort einzig zur Bemessung der Distanz zum Entsorgungszentrum interessierte. Insofern genügt die Angabe einer Adresse, wo die Fahrzeuge abgestellt werden, um ein Angebot sachgerecht zu bewerten. Weitere Anforderungen an den Garagierungsstandort, insbesondere hinsichtlich dessen Art oder Ausstattung, lassen sich den Ausschreibungsunterlagen nicht entnehmen und sind für die Bewertung der Angebote nicht nötig. Vor diesem Hintergrund ist nicht massgebend, ob im allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Begriff Garagierungsstandort grundsätzlich ein Abstellplatz in einer Garage verstanden wird. Der Vergabebehörde ist auch nicht vorzuwerfen, dass sie weder in der Ausschreibung noch bei der Beantwortung der Frage ausdrücklich festgehalten habe, dass der Garagierungsstandort nicht in einer Garage bzw. gedeckt sein müsse. 3.3.3 Die Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine Adresse in D. _____ angegeben, wo sie die beiden Fahrzeuge abstellen kann, falls sie bis zum 31. Dezember 2022 kein geeigneteres Grundstück in einer Distanz von höchstens 15 km zum Entsorgungszentrum in C. _____ finde (Offerte vom 16.11.2021 S. 17 und Bestätigung Miete vom 12.11.2021, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 7). Anhand der Adresse in D. _____ lassen sich die Fahrkilometer zum Entsorgungszentrum ohne weiteres bemessen. Die Vergabebehörde stellt keine weiteren Anforderungen an den Garagierungsstandort, weshalb nicht von Bedeutung ist, dass es sich beim Standort in D. _____ offenbar um einen Aussenabstellplatz handelt. Ebenso wenig wird in der Ausschreibung ein Nachweis zum Standort verlangt, womit sich Weiterungen zu der von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Bestätigung erübrigen. Ohnehin erscheint

unproblematisch, dass diese nicht ausdrücklich im Namen der ... GmbH als Eigentümerin des betroffenen Grundstücks unterschrieben ist, sondern «bloss» im Namen des einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführers. Nach dem Gesagten hat die Vergabebehörde ihren Ermessensspielraum offensichtlich nicht überschritten, wenn sie die Angaben der Zuschlagsempfängerin zum Garagierungsstandort als genügend erachtet und deren Angebot insofern mit 10 Punkten bewertet hat, da die Distanz zwischen der Adresse in D._____ und dem Entsorgungszentrum in C._____ weniger als 15 km beträgt. Somit rechtfertigte sich weder ein Ausschluss noch, wie

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 10 eventuell verlangt, die Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin mit 0 Punkten für den Garagierungsstandort. 3.3.4 Unerheblich ist, dass die Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Vertragsausführung als Garagierungsstandort nun nicht jenen in D._____, sondern einen in C._____ benutzt, zumal sie das in ihrem Angebot bereits als Möglichkeit vorgesehen hatte (E. 3.3.3 hiervor) und sich Letzterer deutlich näher am Entsorgungszentrum befindet, weshalb dies auch mit Blick auf das Zuschlagskriterium Ökologie unproblematisch ist. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Auftragsausführung durch die Zuschlagsempfängerin entspreche nicht deren Angebot, ist dies im vorliegenden Verfahren im Übrigen nicht von Bedeutung; der Vergabebehörde stünden insofern die vertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen beschaffungsrechtlichen Sanktionen zur Verfügung (vgl. BGE 141 II 14 E. 10.3). Für die hier strittige Frage, ob die Vergabebehörde bei der Prüfung und Beurteilung der Angebote Recht verletzt hat, sind später eintretende Umstände wie der tatsächlich genutzte Standort der Fahrzeuge höchstens ergänzend zu berücksichtigen. Aus den von der Beschwerdeführerin zum Garagierungsstandort beantragten Beweismassnahmen (Partei-/Zeugeneinvernahmen, Augenschein) sind nach dem Gesagten keine zusätzlichen entscheidungswesentlichen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb die entsprechenden Beweisanträge abgewiesen werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung statt vieler BGE 144 II 427 E. 3.1.3; BVR 2020 S. 113 E. 3.7). 3.4 Die Beschwerdeführerin hält die Offerte der Zuschlagsempfängerin zudem für unvollständig. 3.4.1 Sie macht geltend, das Angebot der Zuschlagsempfängerin enthalte weder eine Typenbezeichnung für das Hauptfahrzeug noch die verlangte Konformitätsbescheinigung. So lasse sich in Bezug auf einen wesentlichen Aspekt der Ausschreibung nicht prüfen, ob das Angebot den Anforderungen im Leistungsverzeichnis entspreche. Dass für ein noch zu beschaffendes Fahrzeug kein rechtsgültiger Konformitätsausweis ausgestellt werden könne, ändere nichts, hätte die Zuschlagsempfängerin doch zumindest eine Bestätigung einreichen können, dass das konkrete Hauptfahrzeug die Vorgaben einhalten werde. Die Vergabebehörde verhalte sich widersprüchlich,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 11 wenn sie einerseits in der Ausschreibung eine Konformitätsbescheinigung verlange, andererseits aber das Vorgehen der Zuschlagsempfängerin, die keine konkreten Angaben zum Hauptfahrzeug gemacht habe, als vernünftig bezeichne (vgl. Beschwerde Rz. 24 ff.; Replik Rz. 37 ff., act. 10). 3.4.2 Als Eignungskriterium ist in der Ausschreibung unter anderem vorgesehen, dass die Anbieterin ein (Haupt-)Fahrzeug einzusetzen hat, das mindestens die Abgasnorm «Euro 6» einhält. Zudem ist festgehalten, dass unwahre oder fehlende Angaben zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen (vgl. Leistungsverzeichnis S. 6 Ziff. 7). Als erforderliche Beilagen und Nachweise wird

namentlich eine Liste der eingesetzten Fahrzeuge mit Typenbezeichnung, Jahrgang und Abgasnorm verlangt (Leistungsverzeichnis S. 16). Dazu sind im «Anhang 03: Fahrzeuge» das Antriebskonzept (Diesel, Hybrid oder Voll-Elektro), die Kontrollschild-Nummer, die Emissionskategorie, das Gesamtgewicht und die Nutzlast des vorgesehenen Haupt- und Ersatzfahrzeugs anzugeben. Zudem sind die Konformitätsbescheinigungen beizulegen (Leistungsverzeichnis S. 17). Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin beabsichtigten, als Hauptfahrzeug bei Erhalt des Zuschlags ein neues Fahrzeug zu kaufen. Letztere sieht in ihrem Angebot ein Hauptfahrzeug mit Dieselantrieb der Emissionskategorie «Euro 6», einem Gesamtgewicht von 26 t und einer Nutzlast von ca. 9,8 t vor. Sie hat für das Hauptfahrzeug keine Konformitätsbescheinigung beigelegt, da solche vor dem Kauf nicht erhältlich seien. Mit der gleichen Begründung hat sie auf die Angabe einer Kontrollschild-Nummer verzichtet (vgl. Angebot vom 16.11.2021 S. 17, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 8). Auch die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass eine Konformitätsbescheinigung erst beim Erwerb eines Fahrzeugs ausgestellt wird (vgl. Replik Rz. 43, act. 10). Die Vergabebehörde durfte unbestrittenermassen nicht erwarten, dass die Anbieterinnen bereits im Zeitpunkt der Offerte über das nötige (Haupt-)Fahrzeug verfügen. Es war der Zuschlagsempfängerin (wie auch der Beschwerdeführerin) somit nicht möglich, die in der Ausschreibung geforderte Konformitätsbescheinigung für das noch zu beschaffende Hauptfahrzeug beizulegen. Die Vergabebehörde hat dies zu Recht nicht als Ausschlussgrund gewertet. In der Ausschreibung wird kein anderer Nachweis für noch zu erwerbende Fahrzeuge verlangt. Die Ausschreibung trägt diesem Fall offensichtlich nicht Rechnung und erscheint insofern als zumindest interpretati-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 12 onsbedürftig. Eine Bestätigung, wie sie die Beschwerdeführerin anstelle der Konformitätsbescheinigung eingereicht hat, mag zwar sinnvoll erscheinen, ist aber bloss eine von mehreren denkbaren Vorgehensweisen bei Fehlen der Konformitätsbescheinigung und war nicht geboten. Ohne entsprechenden Hinweis in der Ausschreibung kann das Nichteinreichen einer solchen Bestätigung jedenfalls nicht zum Ausschluss der betroffenen Anbieterinnen führen. 3.4.3 Die Zuschlagsempfängerin hat für das Hauptfahrzeug zudem keine Typenbezeichnung angegeben bzw. nicht festgehalten, welches Fahrzeug sie im Fall des Zuschlags zu beschaffen gedenkt. Die Vergabebehörde hat darin ebenfalls keinen Ausschlussgrund erkannt. Sie hält es für vertretbar, den Anbieterinnen die Möglichkeit offen zu lassen, sich erst nach Erhalt des Zuschlags für ein Fahrzeug zu entscheiden, das die Submissionsanforderungen und die im Angebot verbindlich zugesagten Eigenschaften erfüllt (vgl. angefochtener Entscheid E. 10.2). Tatsächlich ist nicht ersichtlich, inwiefern die fehlende Angabe eines Fahrzeugtyps für das Hauptfahrzeug einen wesentlichen Mangel im Angebot darstellen würde. Für das Eignungskriterium «Einhalten der Emissionskategorie Euro 6» darf die Zusicherung im Angebot, dass ein entsprechendes Fahrzeug beschafft wird, als genügend erachtet werden, ist die Zuschlagsempfängerin doch daran gebunden. Das Angebot stellt eine verbindliche Vertragsofferte dar. Die Vergabebehörde darf sich grundsätzlich darauf verlassen, dass die Anbieterin ihren Vertragspflichten nachkommt, zumal hier keine konkreten Hinweise bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3; BGer 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 1.3.3). Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit offensteht, ein Fahrzeug der Emissionskategorie «Euro 6» zu erwerben. Auch für die Beurteilung der Zuschlagskriterien ergeben sich keine Probleme: Angaben zum

Hauptfahrzeug sind dabei lediglich insofern von Bedeutung, als beim Kriterium Ökologie die Punkte in Abhängigkeit von der Art des Antriebs bemessen werden. Die Vergabebehörde war demnach trotz fehlender Konformitätsbescheinigung und Typenbezeichnung ohne weiteres in der Lage, die Eignungs- und Zuschlagskriterien zu beurteilen. Es ist nicht ersichtlich, welche (weiteren) zwingenden technischen Anforderungen nicht wie in der Ausschreibung vorgesehen überprüft werden konnten. Die Zuschlagsempfängerin macht Angaben zum Gewicht des

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 13 Hauptfahrzeugs und sichert mit ihrem Angebot zudem zu, mit dem (zu erwerbenden) Fahrzeug die Abmessungen und die allgemeinen sicherheitstechnischen und gesetzlichen Vorgaben einzuhalten, wofür kein Nachweis verlangt wird und was ihr auch keine Schwierigkeiten bereiten dürfte. Insgesamt kann entgegen der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 29) nicht gesagt werden, die Zuschlagsempfängerin biete aufgrund der fehlenden Typenbezeichnung und Konformitätsbescheinigung keine Gewähr für eine korrekte Vertragserfüllung. 3.4.4 Ebenso wenig sind Auswirkungen auf den Preis der Angebote dargelegt. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, sie hätte ein günstigeres Angebot einreichen können, wenn sie sich ebenfalls nicht bereits in der Offerte auf ein bestimmtes Fahrzeug hätte festlegen müssen, da zum Zeitpunkt der Offerteinreichung einige geeignete Fahrzeuge kurz vor der Marktzulassung gestanden hätten. Nur rund ein Monat nach der Angebotseinreichung habe sie erfahren, dass nun ein geeignetes Elektrofahrzeug verfügbar sei, das ca. Fr. 56'000.-- günstiger sei als das offerierte (vgl. Replik Rz. 45 f., act. 10). Es ist aber nicht belegt, dass die Beschwerdeführerin ohne feste Zusage, dass ein günstigeres, ihren Anforderungen entsprechendes Fahrzeug auf dem Markt verfügbar sein wird, einen tieferen Preis pro Tonne gesammelten Kehricht offeriert hätte. Auch die Zuschlagsempfängerin musste in ihrem Angebot einen Preis pro Tonne angeben, bei dessen Bemessung sie die ungefähren Anschaffungskosten für das neue Hauptfahrzeug berücksichtigt haben dürfte. An den offerierten Preis ist sie gebunden, unabhängig davon, zu welchem Preis sie ein Fahrzeug erwirbt, das den Angaben in ihrem Angebot entspricht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Zuschlagsempfängerin durch ihr Vorgehen einen Vorteil bei der Preisgestaltung gehabt hätte. Nach dem Gesagten ist klarerweise nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde in der fehlenden Konformitätsbescheinigung und Typenbezeichnung keinen Ausschlussgrund erkannt hat.

3.5 Die Beschwerdeführerin begründet den beantragten Ausschluss der Zuschlagsempfängerin ferner damit, dass diese kein genügendes Wägesystem anbiete. 3.5.1 Sie macht geltend, die Vergabebehörde schreibe in den Ausschreibungsunterlagen zwar insofern bloss eine Kamm-Wägeschüttung vor. Allein

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 14 mit einer solchen könne die Kehricht- und Sperrgutsammlung aber nicht wie gefordert durchgeführt werden, da sich damit das Gewicht der nicht in Containern bereitgestellten Abfallsäcke und so die Abfallmenge pro Gemeinde nicht bestimmen lasse (Beschwerde Rz. 30 ff.; Replik Rz. 48 ff., act. 10). Das habe sich nun bei der Auftragsausführung bestätigt: Die Zuschlagsempfängerin nutze einerseits eine zwischen die Gabeln der Kamm-Wägeschüttung gespannte Plane und andererseits die Fahrzeugwaage beim Entsorgungszentrum, um das Gewicht des gesammelten Kehrichts pro Gemeinde zu ermitteln. Dies seien unzulässige Erweiterungen zur Kamm-Wägeschüttung (Eingaben Beschwerdeführerin vom 23.1.2023 Rz. 14 ff. und vom 15.5.2023 S. 4 f., act. 22, 30). 3.5.2

Im Leistungsverzeichnis ist vorgeschrieben, dass alle eingesetzten Fahrzeuge zwingend mit einer Kamm-Wägeschüttung ausgerüstet sein müssen. Zudem müssen die Daten des Wägesystems bzw. der Kehricht- und Sperrgutsammlung online für jede Gemeinde einzeln verfügbar sein (Leistungsverzeichnis S. 11 Ziff. 20.3). Es ist unbestritten, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot Fahrzeuge mit einer Kamm-Wägeschüttung vorsieht. Damit kann sie bei der Kehrichtsammlung Abfallcontainer leeren und gleichzeitig deren Inhalt wägen und die Daten speichern. Das Gewicht von Abfallsäcken, die nicht in einem Container bereitstehen und direkt in den Fahrzeugaufbau geworfen werden, wird von der Kamm-Wägeschüttung hingegen nicht erfasst. In den Rechtsschriften werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert, um das Gewicht der einzeln bereitgestellten Abfallsäcke für jede Gemeinde dennoch separat festhalten zu können. Unter anderem könnte das Kehrichtfahrzeug vor und nach der Sammlung in den einzelnen Gemeinden beim Entsorgungszentrum in C. _____ gewogen werden, wie es die Zuschlagsempfängerin bei der Auftragsausführung nun offenbar handhabt (vgl. Eingabe Zuschlagsempfängerin vom 20.4.2023, act. 27). Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, ein solches Vorgehen verstosse «gegen die ökologischen Richtlinien» (vgl. Eingabe Beschwerdeführerin vom 29.7.2022 Rz. 17, act. 15). Welche Richtlinien sie meint, ist nicht ersichtlich. Im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung ist für das Kriterium Ökologie jedenfalls bloss die Distanz zwischen Garagierungsstandort und Entsorgungszentrum sowie der Antrieb des eingesetzten Fahrzeugs massgebend (vgl. vorne E. 3.3.2, 3.4.3). Im Übrigen dürfen bloss in einer beschränkten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 15 Anzahl der elf Gemeinden die Kehrichtsäcke lose bereitgestellt werden (vgl. auch Pläne Sammelstellen, Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 1). Es ist nicht ersichtlich, weshalb es der Zuschlagsempfängerin nicht möglich sein sollte, die Kehrichtsammlung so zu organisieren, dass sie ihr Fahrzeug vor und nach dem Einsatz in jeder dieser Gemeinden wiegt. Auf diese Weise kann sie das Gesamtgewicht der Sammlungen, jenes der gewogenen Container sowie aus der Differenz dieser zwei Werte das Gewicht der lose gesammelten Kehrichtsäcke pro Sammeltag für jede Gemeinde einzeln ermitteln. Weitergehendes wird in der Ausschreibung nicht verlangt. Namentlich ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde ihre Antwort auf eine Frage der Beschwerdeführerin, wonach die Wiegedaten während der Touren erfasst und kontrolliert werden, nicht derart eng versteht, dass einzig eine sofortige Erfassung der Gewichtswerte zulässig sein soll, nicht hingegen die Ermittlung beim Wägen im Entsorgungszentrum (vgl. Zusammenstellung Fragen und Antworten, Frage 3 f., Vorakten RSA [act. 3B], Beilage 6). Ebenso wenig lässt sich den Ausschreibungsunterlagen entnehmen, dass mit der Fahrzeugwaage im Entsorgungszentrum die vom fahrzeugeigenen Wägesystem ermittelten Werte überprüft werden müssten. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Darstellung des Wiegevorgangs (Beschwerdebeilage 24, in act. 22A). Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb das Wägesystem der Zuschlagsempfängerin nicht einer geeichten Wägung entsprechen soll. 3.5.3 Nach dem Gesagten sind praktikable Lösungen vorhanden, wie die Zuschlagsempfängerin die Abfallmenge pro Gemeinde erheben kann, selbst wenn sie in ihrem Angebot ausschreibungsgemäss bloss zugesichert hat, dass ihre Fahrzeuge mit einer Kamm-Wägeschüttung ausgerüstet sein werden. Die Vergabebehörde macht dazu keine genaueren Vorgaben in der Ausschreibung, was in ihrem Ermessen liegt. Entsprechend musste die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot nicht darlegen, wie sie beabsichtigt,

die Daten für jede Gemeinde separat sammeln zu können. Eine Aufbau- waage, wie sie die Beschwerdeführerin für notwendig hält, ist jedenfalls nicht zwingend erforderlich und wird in der Ausschreibung nicht verlangt. Das An- gebot der Zuschlagsempfängerin erweist sich in Bezug auf das Wägesystem nicht als unvollständig oder ungeeignet, weshalb auch insofern eindeutig

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 16 kein Ausschlussgrund vorliegt. Zudem kann vor diesem Hintergrund nicht gesagt werden, die Vergabebehörde habe bewusst nicht berücksichtigt, dass mit dem Wägesystem gemäss Ausschreibung der Auftrag nicht korrekt erfüllt werden könne (vgl. Eingabe Beschwerdeführerin vom 29.7.2022 Rz. 19 und vom 23.1.2023 Rz. 20, act. 15, 22). Es liegt keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben vor. Weitere Abklärungen zum Wäge- system erscheinen nicht erforderlich, weshalb die Beweismittelanträge der Beschwerdeführerin auf Parteieinvernahmen sowie Befragung einer sach- verständigen Person (Eingabe vom 23.1.2023 S. 9, act. 22) abgewiesen werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung die Hinweise vorne in E. 3.3.4). 3.5.4 Bei diesem Ergebnis (vgl. auch E. 3.6 hiernach) kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin ihrerseits mit ihrem Angebot die Anforderungen in der Ausschreibung an das Wägesystem erfüllt, was die Zuschlagsempfän- gerin infrage stellt (vgl. Beschwerdeantwort vom 16.5.2022 Rz. 76, act. 6; Eingabe vom 20.4.2023 Rz. 44, act. 27). Sodann ist festzuhalten, dass der Regierungsstatthalter in seinem Entscheid kurz dargelegt hat, weshalb nicht beurteilt werden müsse, ob eine Kamm-Wägeschüttung ausreiche oder ein kombiniertes Wägesystem erforderlich sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 10.3). Mit Blick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör und der daraus folgenden Begründungspflicht der Behörde musste er nicht weiter auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin eingehen, inwiefern die in der Aus- schreibung einzig verlangte und von der Zuschlagsempfängerin angebotene Kamm-Wägeschüttung nicht genüge. Die Behörde muss die Begründung zu- mindest so abfassen, dass die Betroffenen den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Dies setzt voraus, dass wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten las- sen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dagegen wird nicht verlangt, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander- setzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt; die Behörde kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (statt vieler BGE 143 III 65 E. 5.2; BVR 2022 S. 51 E. 2.3, 2018 S. 341 E. 3.4.2). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 32) liegt keine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 17 3.6 Zusammenfassend erweist sich das Angebot der Zuschlagsempfän- gerin sowohl betreffend den Garagierungsstandort als auch betreffend das Wägesystem und die Angaben zum Hauptfahrzeug klarerweise als vollstän- dig und zulässig, weshalb die Vergabebehörde sie zu Recht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat. 4. Die Beschwerdeführerin macht weiter eine Verletzung des Transparenz- gebots bzw. des Gleichbehandlungsgebots geltend, da die Vergabebehörde Vorgaben gemäss Ausschreibung nicht überprüft oder auf geforderte Nach- weise verzichtet habe. Sie bezieht sich dabei auf den nicht erfolgten Aus- schluss aus den vorne behandelten Gründen und führt insofern keine wei- terführende Begründung an (vgl. Beschwerde Rz. 36 f.). Wie dargelegt (vgl. vorne E. 3), hat die Vergabebehörde bei der Prüfung der Angebote die Vor- gaben in den

Ausschreibungsunterlagen beachtet und ihr Ermessen bei der Beurteilung der Angaben und Nachweise nicht überschritten, weshalb keine Verletzung des Transparenz- oder Gleichbehandlungsgebots vorliegt. Ebenso hat die Prüfung der Rügen der Beschwerdeführerin gezeigt, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin weder unvollständig ist noch Hinweise bestehen, dass diese ihren Vertragspflichten nach der Auftragserteilung nicht nachkommen kann. Die Vergabebehörde hat demnach auch nicht willkürlich gehandelt oder ihre Sorgfaltspflicht verletzt (vgl. aber Beschwerde Rz. 38 ff.).

E. 5.1

Die Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist sowohl betreffend die Haupt- als auch die Eventualbegehren (vgl. vorne E. 3.3.3) abzuweisen. Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Rechtsmittel in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 18

E. 5.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin und wird kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Weiter hat sie der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin 1 die dieser im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) 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 Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 macht in seiner Kostennote vom 25. Mai 2023 ein Honorar von Fr. 9'330.-- zuzüglich «Kleinspesenpauschale» von 3 % und Mehrwertsteuer (MWSt) geltend, ausmachend insgesamt Fr. 10'349.85. Dies erscheint angesichts der obgenannten Kriterien als überhöht. Selbst wenn die Bedeutung der Streitsache etwas überdurchschnittlich sein mag, erweisen sich die rechtlichen Schwierigkeiten des Prozesses als klar unterdurchschnittlich, weshalb trotz dreifachem Schriftenwechsel der gebotene Zeitaufwand als höchstens durchschnittlich zu bezeichnen ist. Zudem war der Rechtsvertreter mit der Angelegenheit bereits vertraut, da er die Beschwerdegegnerin 1 bereits vor der Vorinstanz vertreten hatte. Zum Parteikostenersatz gehören die notwendigen Auslagen (Art. 2 PKV), ersetzt werden aber nur die konkret angefallenen Aufwendungen und kein bereits im Voraus festgelegter fixer Prozentsatz des Honorars (BVR 2015 S. 15 [VGE 2012/422 vom 10.2.2014] nicht publ. E. 6.2.3; VGE 2022/275/276 vom 25.10.2022). Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Parteikostenersatz von Fr. 6'000.-- (inkl. Auslagen) als angemessen, wovon die bereits ersetzten Aufwendungen betreffend das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Umfang von Fr. 800.-- abzuziehen sind (vgl. Zwischenverfügung vom 26.9.2022 Ziff. 4.2). Die MWSt ist nicht zu berücksichtigen, da die Beschwerdegegnerin 1 selber mehrwertsteuerpflichtig ist und die ihrer Rechtsvertretung geschuldete MWSt als Vorsteuer in Abzug bringen kann (BVR

2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6). Die EG C. _____ hat keinen Anspruch auf Parteikostensersatz (Art. 104 aAbs. 4 in der bis zum 31.3.2023

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.06.2023, Nr. 100.2022.92U, Seite 19 gültigen Fassung [BAG 08-109] i.V.m. Art. T2-1 VRPG; vgl. BVR 2018 S. 206 [VGE 2017/228 vom 18.12.2017] nicht publ. E. 6.1 mit Hinweisen).

E. 6

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen 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 und Art. 113 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). – Die Zuschlagsempfängerin erhielt den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 119.- - (exkl. MWSt) pro Tonne Kehricht, was bei einer geschätzten Abfallmenge von 25'000 t für die zehn Jahre Vertragsdauer einen Gesamtpreis von Fr. 2'975'000.-- ergibt (vgl. Leistungsverzeichnis S. 4 Ziff. 5.1). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags – laut Ausschreibung ein Dienstleistungsauftrag – den massgeblichen Schwellenwert. 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 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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