

Münsterplatz 3a
Postfach
3000 Bern 8
Telefon 031 633 48 44
Telefax 031 633 48 52
info.vol@vol.be.ch
www.vol.be.ch

L2018-047AU

**Beschwerdeentscheid
vom 14. März 2019**



Bietergemeinschaft A., bestehend aus

B.

C.

vertreten durch Rechtsanwalt D.

Beschwerdeführerin

gegen

E.

Beschwerdegegnerin

und

Weggenossenschaft F.

betreffend öffentliche Beschaffung (Alperschliessung G.; Verfügung der Weggenossenschaft F.
vom 12. Oktober 2018)

I. Ausgangslage

1. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2018 erteilte die Weggenossenschaft F. (nachfolgend: Weggenossenschaft) im Rahmen des am 22. August 2018 auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (www.simap.ch) ausgeschriebenen Projekts Alperschliessung G., der Firma E. den Zuschlag.
2. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2018 führte die Bietergemeinschaft A., bestehend aus der Firma B. und der Firma C., gemäss der Rechtsmittelbelehrung in der Verfügung Beschwerde beim Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises H. und beantragte die Aufhebung der Zuschlagsverfügung, die Erteilung des Zuschlags an sie oder eventualiter die Rückweisung der Sache an die Weggenossenschaft zum neuen Entscheid, subeventualiter die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens. Sie begründete dies damit, dass mit der Zuschlagsverfügung ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Zudem sei die Vergabe nicht nachvollziehbar, sie verstosse gegen verschiedene Grundsätze des Vergaberechts und sei im Ergebnis willkürlich. Weiter beantragte die Beschwerdeführerin, der Beschwerde (vorerst superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu gewähren, der Weggenossenschaft zu verbieten, irgendwelche Vollzugsvorkehren vorzunehmen, die den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, insbesondere den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen, sowie ihr – soweit im Rahmen begründeter Geschäftsgeheimnisse zulässig – Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
3. Nach einem Meinungsaustausch mit der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) leitete der Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises H. dieser die Eingabe am 22. November 2018 zur Behandlung weiter.
4. Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2018 trat die VOL auf das Gesuch um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um ein superprovisorisches Verbot präjudizierender Vollzugshandlungen nicht ein. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.
5. Die Beschwerdegegnerin reichte am 13. Dezember 2018 eine Beschwerdeantwort ein, äusserte sich aber weder zum Antrag betreffend die aufschiebende Wirkung noch zu den inhaltlichen Rügen der Beschwerdeführerin. In Bezug auf das Gesuch um Akteneinsicht sprach sie sich insbesondere gegen eine Herausgabe der Offerte aus.
6. In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 13. Dezember 2018 beantragte die Weggenossenschaft die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Sie

machte geltend, dass die Bewertung sachgerecht und in nachvollziehbarer Weise erfolgt sei. Die Akteneinsicht könne mit Ausnahme derjenigen in die Gesamtofferte der Firma E. gewährt werden. Im Übrigen sei sie an einem möglichst raschen Entscheid interessiert.

7. Mit Zwischenverfügung vom 7. Januar 2019 erteilte die VOL der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Auch diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.
8. Mit Eingabe vom 10. Januar 2019 reichte die Weggenossenschaft die gesamten Vorakten nach, worauf der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 17. Januar 2019 Einsicht in die Vorakten gewährt wurde, soweit diese nicht die Offerte der Beschwerdegegnerin betrafen.
9. In ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 4. Februar 2019 hielt die Weggenossenschaft an ihrem Antrag fest.
10. Auch die Beschwerdeführerin hielt in ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 11. Februar 2019 vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest unter Hinweis darauf, dass die Bewertung der Weggenossenschaft noch immer nicht nachvollziehbar sei.
11. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine abschliessende Stellungnahme.
12. Auf die weiteren Begründungen der angefochtenen Verfügung und der verschiedenen Eingaben wird, soweit sie für das vorliegende Verfahren von massgebender Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Rechtliche Prüfung und Begründung

1. Formelles

Damit die Beschwerdebehörde einen Entscheid in der Sache fällen kann, müssen die prozessualen Vorbedingungen (sog. Prozessvoraussetzungen) erfüllt sein. Sind diese nicht gegeben, so kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Fallen sie im Verlaufe des Verfahrens weg, so wird das Verfahren als gegenstandslos und erledigt erklärt und vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

a) Anfechtungsobjekt

Das Vorhandensein eines Anfechtungsobjekts ist eine Prozessvoraussetzung. Anfechtungsobjekt bildet vorliegend die Zuschlagsverfügung der Weggenossenschaft vom 12. Oktober 2018.

Die Weggenossenschaft ist eine öffentlich-rechtliche Bodenverbesserungsgenossenschaft gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes vom 16. Juni 1997 über das Verfahren bei Boden- und Waldverbesserungen (VBWG; BSG 913.1). Als solche gehört sie zu den kantonalen Körperschaften gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungspflege (VRPG; BSG 155.21) (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 11 zu Art. 2 VRPG), untersteht gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) dieser Gesetzgebung und hat als Trägerin der Bodenverbesserung die erforderlichen Verfügungen im Zusammenhang mit diesem Unternehmen zu erlassen.

b) Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis

Gegen Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber kann nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde geführt werden (Art. 12 Abs. 1 ÖBG). Da die angefochtene Zuschlagsverfügung von einer Bodenverbesserungsgenossenschaft im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VBWG erlassen wurde, ist die VOL die zuständige Direktion für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde gegen den Zuschlag der Weggenossenschaft (vgl. Art. 10 VBWG und Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG). Die VOL kann Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts prüfen (Art. 14 Abs. 2 ÖBG). Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, so kann die VOL die Verfügung aufheben und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Weggenossenschaft mit oder ohne verbindliche Anordnung zurückweisen (Art. 34 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]).

c) Streitgegenstand

Der Entscheid in der Sache ist ebenso wie das Verfahren grundsätzlich auf den Streitgegenstand begrenzt. Dieser bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Zur Bestimmung des Streitgegenstands ist somit von der angefochtenen Verfügung, dem Anfechtungsobjekt, auszugehen. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, doch gibt dieses den Rahmen des Streitgegenstands vor; der Streitgegenstand kann nicht über das hinausgehen, was die Vorinstanz geregelt hat (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 6 zu Art. 72 VRPG).

Wie dargelegt (vgl. dazu Erw. II.1.a hiervor), ist das Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Zuschlagsverfügung der Weggenossenschaft vom 12. Oktober 2018. Die Beschwerdeführerin beantragt in erster Linie die Aufhebung dieser Verfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. Folglich umfasst der Streitgegenstand das gesamte Anfechtungsobjekt.

d) Form und Frist

Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht (Art. 67 VRPG).

e) Beschwerdebefugnis

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden. Als Zweitplatzierte hat sie im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Sie ist somit durch die Zuschlagsverfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung (Art. 65 Abs. 1 VRPG).

2. *Materielles*

a) Argumente der Parteien

aa) Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, konkret eine Verletzung der Begründungspflicht. Denn der Zuschlagsverfügung lasse sich nicht nachvollziehbar entnehmen, weshalb das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste sei. Insbesondere der starke Punkteabzug beim Kriterium Schlüsselpersonen werde nicht begründet, obwohl er eklatant und im Ergebnis ausschlaggebend sei. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führe grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, zumal im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Kognition der Beschwerdeinstanz eingeschränkt sei. Der konkrete Zuschlagsentscheid müsse zudem mit Blick auf die massgebenden Beurteilungskriterien, deren Gewichtung und die konkret zu beurteilenden Angebote nachvollziehbar sein, was auch entsprechend zu dokumentieren sei. Der Abzug von 50 Prozent bei den Schlüsselpersonen sei mangels Begründung in der Zuschlagsverfügung nicht nachvollziehbar. Denn sie habe die Schlüsselpersonen angegeben und deren Erfahrung ausführlich dokumentiert, zwar nicht mittels des vorgefertigten Formulars, jedoch enthielten die eingereichten Dokumente sämtliche erforderlichen Angaben in leicht auffindbarer Weise. Da es sich um ausgewiesene Spezialisten handelte, wäre die volle oder zumindest annähernd volle Punktzahl erwartet worden. Ein Punkteabzug um die Hälfte wegen Nichtverwendung der Formulare wäre jedenfalls überspitzt formalistisch und nicht zulässig, da dies nicht eindeutig vorgeschrieben gewesen sei; insofern habe für sie auch kein Anlass bestanden, in diesem Zusammenhang eine Frage einzureichen. Die vorliegende Bewertung stehe somit im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen, sei willkürlich und eine deutliche Ermessensüberschreitung der Vergabestelle. Offenbar halte die Vergabestelle selbst die Anwendung der Formulare B und C nicht für notwendig, da sie zumindest für gewisse Projekte dennoch Punkte verteilt habe. Auch eine schlechtere Bewertung für die freiwillige Angabe zusätzlicher Schlüsselpersonen wäre nicht zulässig. Denn damit habe sie zeigen wollen, dass sie das Zuschlagskriterium der Erfahrung sogar „übererfülle“. Zwecks Nachweises habe sie daher nicht nur beim federführenden Betrieb, sondern zusätzlich auch beim

zweiten Mitglied der Bietergemeinschaft Personen mit einschlägiger Erfahrung vorgestellt, bei diesen jedoch auf die detaillierte Angabe von Referenzobjekten verzichtet, da die anderen Schlüsselpersonen bereits ausreichend dokumentiert gewesen seien. Anhand der Ausschreibung habe nicht davon ausgegangen werden können, dass freiwillig zusätzlich eingereichte Unterlagen negative Konsequenzen hätten. Ein solches Vorgehen würde dem Transparenzgebot und dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Auch sei es ein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, da der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen müsse und die Beschwerdeführerin bereits ohne volle Punktzahl den ersten Rang belegt hätte. Aufgrund der widersprüchlichen Ausführungen in der Beschwerdevernehmlassung bleibe die Bewertung nach wie vor unklar und erscheine willkürlich. Eine Ungleichbehandlung sei schliesslich auch darin zu sehen, dass sie für ihren qualifizierten Bauführer weniger Punkte erhalten habe als die Beschwerdegegnerin, die ihres Wissens über keinen ausgebildeten Bauführer verfüge, womit deren Bewertung deutlich schlechter ausfallen müsste.

bb) Die Weggenossenschaft führt aus, in der Ausschreibung und den Unterlagen würden die Zuschlagskriterien ausführlich erläutert und beschrieben. Sowohl die Bewertung als auch die Gewichtung der Kriterien würden genannt. Der Detaillierungsgrad liege erheblich über den üblichen Angaben. Da die Unternehmen erfahrungsgemäss in sehr unterschiedlicher, meist nicht vergleichbarer Form Referenzen einreichen würden, seien zwecks Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Bewertung die beiden Formulare im Anhang C kreiert worden. Die „kann-Formulierung“ mache klar, dass niemand gezwungen werde, die beiden Formulare komplett auszufüllen, jedoch bedeute ein Verzicht weniger Punkte. Die Unterlagen zu den Referenzobjekten seien zudem mehrfach erwähnt worden. Die Kriterien seien bewusst sehr sachgerecht und objektbezogen formuliert worden und die Beschwerdeführerin habe sich ausdrücklich mit den publizierten Submissionsbedingungen einverstanden erklärt und auch darauf verzichtet, im Rahmen der Fragerunde Antwort auf etwaige Unklarheiten zu verlangen. Betreffend die Informationen zu Referenzobjekten und Schlüsselpersonen seien zudem im Formular im Anhang C die gewünschten Angaben bereits klar definiert worden. Während die Beschwerdegegnerin diese Formulare vollständig ausgefüllt habe, sei die Beschwerdeführerin nicht darauf eingegangen und habe die Formulare nur allgemein und unvollständig ausgefüllt. Insofern verhalte sie sich widersprüchlich, wenn sie sich zugleich über fehlende Nachvollziehbarkeit beklage. Aufgrund der wenigen gemachten Angaben sei die Beschwerdeführerin durchaus „wohlwollend“ bewertet worden. Da diese nur zu 2 von 4 möglichen Referenzobjekten Angaben in den dafür vorgeschriebenen Formularen gemacht habe, sei die Bewertung mit 2.5 von 5 Punkten selbsterklärend und nachvollziehbar. Zwar habe die Beschwerdeführerin ein schön gestaltetes, umfangreiches Dossier eingereicht. Aufgrund des Erfordernisses einer gerechten, nach sachlichen Kriterien und auf nachvollziehbare Weise erfolgenden Bewertung habe sie weitere, nicht verlangte Unterlagen und Aspekte (Lebensläufe, Ausbildung, allgemeines Renommee etc.) nicht in die Bewertung einbeziehen können. Ausgewertet worden seien ausschliesslich verlangte und in der vorgeschriebenen

Form eingereichte Angaben. In der Auswertungstabelle seien sämtliche relevanten Elemente aufgeführt. Der Ausschluss zweier Anbietenden zeige überdies ihr konsequentes Umsetzen der massgebenden Kriterien. Im Hinblick auf mögliche Nachfragen der Unternehmer sowie zur Gewährleistung einer einheitlichen Noten- und Punktevergabe im Rahmen der vorgegebenen Bewertungsskala seien Details dazu in einem internen Arbeitspapier (Auswertungsformular) festgehalten worden. Dieses hätte auch als Grundlage für allfällige Detailauskünfte gedient, jedoch seien keine Anfragen eingegangen, vielmehr habe die Beschwerdeführerin den unnötigen Weg der Beschwerde gewählt.

cc) Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie könne sich zu den Referenzen der Beschwerdeführerin nicht äussern. Im Übrigen gehöre der Bau von Forst- und Alpstrassen zu ihrem Spezialgebiet. Im Hinblick auf einen baldigen Start der Vorbereitungsarbeiten sei sie daher an einer raschen Ablehnung der Beschwerde interessiert.

b) Rechtliches Gehör – Begründungspflicht

aa) Rechtliche Grundlagen

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine grundlegende Verfahrensgarantie. Er verlangt u.a., dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Folge dieser Prüfungspflicht und zugleich Bedingung einer wirksamen Selbstkontrolle ist die behördliche Begründungspflicht. Die Begründung eines Verwaltungsakts muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Sie müssen in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und diese in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Es muss ersichtlich sein, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess. Die Anforderungen an die Begründungsdichte sind umso höher, je komplexer oder umstrittener ein Sachverhalt ist, je stärker in die individuellen Rechte eingegriffen wird und je grösser der Entscheidungsspielraum der verfügenden Behörde ist (vgl. etwa BGE 141 III 28 E. 3.2.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 52 VRRPG).

Grundsätzlich führt eine Verletzung der Begründungspflicht, die zugleich einen Verstoss gegen den Gehörsanspruch bedeutet, zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Insbesondere wenn es darum geht, unterlassene Abklärungen, Prüfungen und Gewichtungen nachzuholen, ist die Rückweisung die Regel. Das (erstmalige) Ausschöpfen eines relativ erheblichen Beurteilungsspielraums ist im Allgemeinen ebenfalls Sache der verfügenden Behörde und nicht der Rechtsmittelinstanz. Nach der bundesgerichtlichen und der verwaltungsgerichtlichen Praxis kann eine Gehörsverletzung aber von der oberen Instanz geheilt werden, wenn dieser hinsichtlich der interessierenden Frage die gleiche Überprüfungsbefugnis zukommt. Für die Betroffenen

darf daraus aber kein Nachteil resultieren (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 11 zu Art. 52 VRPG).

Bei der Begründung einer Zuschlagsverfügung muss allerdings neben dem rechtlichen Gehör auch der Grundsatz der Vertraulichkeit berücksichtigt werden (Art. 11 Bst. g der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 [IVöB; BSG 731.2-1]). Die Begründung darf insbesondere keine Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Konkurrenten enthalten. Eine kurze Begründung des Zuschlags ist daher ausreichend (vgl. Art. 13 Bst. h IVöB).

bb) Begründung der Zuschlagsverfügung

In der Zuschlagsverfügung wäre die blossе Begründung, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot – mit der höchsten Summe der Nutzwertpunkte – berücksichtigt wird, nicht ausreichend (vgl. Christoph Jäger, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 854). Zusätzlich zu dieser Begründung lag der angefochtenen Zuschlagsverfügung aber auch die Auswertungstabelle mit Zuschlagskriterien für alle Anbietenden bei. Dieser lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin den zweiten Rang belegt, wobei sie beim Preis die Maximalpunktzahl und bei der Erfahrung sowohl für Bauführer und Maschinist je die Hälfte der möglichen Punktzahl (je 1.25 von maximal 2.5 Punkten) erzielt hat. Damit hat die Weggenossenschaft zum Ausdruck gebracht, dass die Beschwerdeführerin das Kriterium „Erfahrung Schlüsselpersonen“ gemäss Ziffer 18.b der Ausschreibungsunterlagen bezüglich beider Schlüsselpersonen nur je zur Hälfte erfüllt hat. Nachdem bei beiden Personen je 2 Referenzobjekte aufgeführt werden konnten, liegt es nahe anzunehmen, dass bei beiden Personen jeweils nur ein Objekt gewertet wurde, wenn man wie die Beschwerdeführerin davon ausging, dass sie grundsätzlich für jedes Referenzobjekt die volle Punktzahl erhalten werde.

Dennoch ist die Begründung sehr kurz gehalten. Wie die Beschwerde vom 29. Oktober 2018 zeigt, war es der Beschwerdeführerin aber möglich, sich ein Bild über die Tragweite des Entscheids zu machen und die Zuschlagsverfügung in der Folge sachgerecht anzufechten. Letztlich kann aber offengelassen werden, ob die Begründung der Weggenossenschaft in der angefochtenen Verfügung als ausreichend bezeichnet werden kann oder ob andernfalls der Mangel im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt werden könnte, da die Verfügung ohnehin aus anderen Gründen aufzuheben ist (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen).

c) Bekanntgabe und Bewertung der Zuschlagskriterien – Transparenzgebot

aa) Rechtliche Grundlagen

Mit der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen soll den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Gleichbehandlung entsprochen werden. Der Grundsatz der Transparenz, dem im öffentlichen Beschaffungswesen eine zentrale Funktion zukommt, soll einerseits einen echten Wettbewerb gewährleisten, damit die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden. Andererseits bezweckt das Transparenzprinzip, ein faires Beschaffungsverfahren zu gewährleisten und die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers zu verhindern. Die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes garantiert zudem die Gleichbehandlung aller Teilnehmenden. Die Auftraggebenden haben die Pflicht, mit einer klaren, transparenten und inhaltlich vollständigen Ausschreibung die Grundlage für ein möglichst reibungsloses Verfahren zu schaffen (vgl. BGE 125 II 86 E. 7c, in Pra 1999, S. 571, E. 7c; Adrian Mauerhofer, Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes im heutigen Beschaffungsrecht, in KPG-Bulletin 3/2002, S. 58).

Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Diese Bestimmung ist Ausfluss des Transparenzgebotes. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern kann dem mit dem Transparenzprinzip angestrebten Schutz der Bewerbenden vor Missbrauch und Manipulation der Bewertung durch die Vergabebehörde nur dann entsprochen werden, wenn den Anbietenden im Rahmen der Ausschreibung nebst den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die für die Vergabe als massgeblich erachteten Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung offengelegt werden, soweit solche vorhanden sind (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 962; BVR 2002 S. 453 E. 7c).

Die Bedeutung eines Zuschlagskriteriums ergibt sich aus dessen prozentualer Gewichtung und der Bewertungsregel, wie die eingereichten Angebote benotet werden. Erst das Zusammenspiel dieser beiden Vorgaben führt zur effektiven Gewichtung eines Zuschlagskriteriums. Den Vergabestellen kommt bei der Festlegung der massgebenden Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu und die Beschwerdeinstanz kann nur bei Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens einschreiten. Die Festsetzung der massgeblichen Zuschlags- und Unterkriterien (samt Gewichtung und allfälligen Bewertungsregeln) ist für die Vergabebehörde verbindlich. Sie hat die Angebote demnach ausschliesslich nach den bekanntgegebenen Kriterien zu beurteilen. Es ist unzulässig, Gesichtspunkte in die Beurteilung der Angebote einfließen zu lassen, die sich nicht aus den vorgängig publizierten Kriterien (Zuschlags- und eventuell Unterkriterien) ergeben. Aufgrund ihres (technischen) Fachwissens wird der Vergabebehörde bei der materiellen Beurteilung der Angebote ein

grosser Ermessensspielraum zugestanden. Die Anbieterinnen dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabebehörde die ausgewählten Kriterien nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht. Unklare Zuschlagskriterien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. so wie sie der angesprochene Kreis von Fachleuten verstehen durfte und musste. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2018.232U vom 15. November 2018, E. 2.3 f. mit Hinweisen).

Entscheidend ist, dass ein Bewertungssystem im Grundsatz sachgerecht ist und einheitlich, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird (vgl. Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, ZBI 9/2002, S. 475). Die Angebotsbewertung muss in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertungsmethode darf nicht zu Ergebnissen führen, welche die in der Ausschreibung bekanntgegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischen oder gar umkehren (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.291U vom 3. April 2017, E. 6.1 mit Hinweisen). Rechtmässigkeit der Offertevaluation setzt voraus, dass der konkrete Zuschlagsentscheid im Lichte der massgebenden Beurteilungskriterien samt massgeblicher Gewichtung sowie der konkret zu beurteilenden Angebote nachvollziehbar ist. Dies bedingt, dass die Vergabebehörde die Überlegungen, die sie zu ihrem Entscheid geführt haben, in einem Evaluationsbericht dokumentiert und dass diese Erwägungen im Lichte der massgeblichen Zuschlagskriterien, der allfälligen Unterkriterien und der für jedes Kriterium massgeblichen Gewichtung einerseits sowie der konkreten Angebote andererseits logisch zum getroffenen Entscheid führen und dass die im Evaluationsbericht gewählten Begründungen ihrerseits als vertretbar erscheinen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 979).

Das Transparenzgebot ist formeller Natur. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist die Aufhebung des Verfahrens bzw. die Feststellung der Rechtswidrigkeit aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin war (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.35U vom 29. Februar 2016, E. 3.1; BVR 2004 S. 348 E. 3.2).

bb) Verwendung der Referenz-Formulare der Schlüsselpersonen

In Bezug auf die vorliegend interessierenden Referenzen der Schlüsselpersonen enthält Ziffer 18.b der Ausschreibungsunterlagen folgende Angaben: *Die Erfahrung der beiden vorgesehenen Schlüsselpersonen (Bauführer und Maschinist für Trassebau) kann mit je zwei Referenzobjekten dokumentiert werden. Notenskala von „sehr gut“ (Note 5) bis „sehr schlecht/keine Angaben“ (Note 1). Angaben einsetzen in Form. „Schlüsselpersonen“ im Anhang B und „Referenzobjekte Schlüsselpersonen“ im Anhang C.* Zudem werden unter Ziffer 20 der Ausschreibungsunterlagen

als einzureichende Unterlagen und Beilagen u.a. die Angaben über Referenzen der Firma (Anhang A), Schlüsselpersonen (Anhang B) und deren Referenzen (Anhang C) erwähnt. Zu den Referenzen der Firma gemäss Anhang A schreiben die Ausschreibungsunterlagen in Ziffer 10.a betreffend die Erfahrung im Alpwegebau Folgendes vor: *Angabe von mindestens 2 Referenzobjekten über selbst (durch offerierende Firma) ausgeführte neue Alpwege von je mind. 500 m' Länge in den letzten 10 Jahren. (Alpwege = Güterwege in Terrain mit einzelnen Hangneigungen über 40%). Einsetzen in Formular im Anhang A.* Allgemein gilt sodann gemäss Ziffer 10 der Ausschreibungsunterlagen: *Eignungskriterien müssen zu 100% erfüllt sein. Andernfalls wird der Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen.*

In den Formularen in den Anhängen A (Referenzobjekte Firma) und C (Referenzobjekte Schlüsselpersonen [Bauführer und Maschinist]) finden sich verschiedene Kriterien, so z.B. bei beiden der Name des Objekts, Ort, Baulänge, Auftraggeber/Bauherr/Auskunftsperson, Zeitraum der Realisierung, Gesamtbausumme und Lage des Objekts. Bei den Referenzobjekten der Firma findet sich noch die Bausumme des von der Firma bearbeiteten Teils, beim Bauführer finden sich Kriterien wie erstellte Natursteinmauern, Furten oder Durchlässe, beim Maschinisten die Länge der erstellten Trasse und die Anzahl Wendekurven. Zudem müssen die Referenzobjekte gemäss Anhang A innerhalb der letzten 10 Jahre, diejenigen gemäss Anhang C innerhalb der letzten 20 Jahre erfolgreich realisiert worden sein. Im Formular im Anhang B sind persönliche Angaben zu den Schlüsselpersonen zu machen, die für das Bauvorhaben eingesetzt werden.

Weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen finden sich klare Hinweise darauf, welche (formelle) Rolle diese Formulare bei der Bewertung spielen. Jedenfalls geht daraus nicht unmissverständlich hervor, dass ein Nichtausfüllen der Formulare von vornherein einen Verzicht auf die Punkte für die Referenzobjekte bedeutet. Insbesondere lässt sich dies auch nicht der Aufzählung in Ziffer 20 der Ausschreibungsunterlagen entnehmen, welche die einzureichenden Unterlagen und Beilagen aufführt und auch diese Formulare erwähnt. Da die Erfahrung der Schlüsselpersonen mit je zwei Referenzobjekten dokumentiert werden „kann“, lässt sich das Einreichen der Formulare mit den Referenzangaben von vornherein nicht als zwingend einstufen. Insofern kann sich auch der in Ziffer 20 erwähnte Ausschluss von Anbietenden u.a. bei Unvollständigkeit der Dokumente nicht auf diesen Fall beziehen (was im Übrigen auch von keiner Partei behauptet wird). Des Weiteren sind die Aufforderungen *Einsetzen in Formular im Anhang A bzw. Angaben einsetzen in Form. „Schlüsselpersonen“ im Anhang B und „Referenzobjekte Schlüsselpersonen“ im Anhang C* (Ziffer 10 bzw. 18.b der Ausschreibungsunterlagen) auch nicht extra hervorgehoben, wie dies bei wichtigen Bemerkungen in den Ausschreibungsunterlagen an anderen Stellen der Fall ist (vgl. z.B. Ziffern 5, 8, 10.c). Wollte man unmissverständlich klarstellen, dass Angaben, die nicht direkt aus dem Formular hervorgehen, von vornherein nicht berücksichtigt werden, wäre eine klarere Formulierung zu wählen, so z.B. ein Hinweis, wie er in der Vorlage „Formular Zuschlagskriterien“ des Kantons Bern zu finden ist: „Die Beurteilung bzw. Bewertung

des Angebots basiert ausschliesslich auf den Angaben im vorliegenden Fragenbogen. Wird eine Frage im Fragenbogen selbst nicht abschliessend beantwortet, ist ein entsprechendes Zusatzdokument beizulegen, auf das eindeutig referenziert wird.“ (vgl. www.fin.be.ch -> Beschaffung -> Öffentliches Beschaffungswesen -> Vorlagen und Beispiele -> Verfahrensvorlagen -> Formulare Zuschlagskriterien). Daraus, dass nach dieser Vorlage selbst bei einem ausdrücklichen Hinweis auf die grundsätzliche Formularpflicht nicht ausschliesslich auf den Fragebogen abgestellt wird, sofern aus diesem hervorgeht, welche Zusatzdokumente für die Bewertung beigezogen werden sollen, erhellt, dass die Nichtberücksichtigung anderer Angaben beim Fehlen eines entsprechenden Hinweises überspitzt formalistisch erschiene. So stellt es auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen überspitzten Formalismus dar, eine Offerte allein deswegen schlechter zu beurteilen, weil die geforderten Referenzangaben nicht im dafür vorgesehenen Offertformular A13, sondern in einer durch die Anbieterin selbst angefertigten Liste, die auf das Formular A13 verweist, eingetragen sind, so dass sich die effektive Differenz auf Fragen der Darstellung beschränkt; gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Glarus kann es aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus nicht darauf ankommen, ob die Referenzen in den speziell zur Verfügung gestellten Formularen abgeliefert werden oder in anderen Offertbestandteilen, soweit die geforderten inhaltlichen Angaben vorhanden sind (vgl. zu den Entscheiden die Hinweise in Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 113 f., N. 273 und 274).

Immerhin birgt das Nichtverwenden des Formulars ein Risiko: Zwar gilt grundsätzlich auch im Beschaffungswesen der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Bundesgerichtsurteil 2C_257/2016 vom 16. September 2016, E. 1.2.3), aber die Beschwerdeführerin lief aufgrund ihrer eigenen Offertgestaltung Gefahr, dass sie möglicherweise für die Bewertung relevante Angaben nicht erwähnte oder aber diese aufgrund der abweichenden Darstellung von der Weggenossenschaft nicht als solche erkannt würden, was entsprechend zu einer geringeren Punktzahl führen würde. So geht z.B. – zumindest soweit die VOL dies fachlich beurteilen kann – aus der Offerte betreffend den Maschinisten I. nicht hervor, ob und wie viele Wendekurven die von ihm ausgeführten Projekte enthalten haben. Demgegenüber finden sich betreffend den Bauführer J. mehrere näher umschriebene Objekte in Beilage 3 „Referenzobjekte, Schlüsselpersonen“. Die gemäss der jeweiligen Aufzählung konkret erbrachten Leistungen stimmen zumindest teilweise mit den geforderten Angaben gemäss dem Formular im Anhang C überein, so z.B. der Zeitraum, die Gesamtbau- summe oder bei einem Referenzobjekt auch eine Natursteinmauer. Insofern sind die geforderten inhaltlichen Angaben – wenn auch an anderer Stelle – zumindest teilweise vorhanden.

Auch die Weggenossenschaft selbst geht offenbar nicht davon aus, dass die Referenzobjekte ausschliesslich dann berücksichtigt werden sollen, wenn diese in den Formularen in den Anhängen A und C konkret aufgeführt sind: Bei den Eignungskriterien hat die Beschwerdeführerin das Formular im Anhang A (Referenzobjekte Firma) nur mit einem konkreten Bauobjekt ausgefüllt

(Referenzobjekt 1). Bei Referenzobjekt 2 hat sie „Diverse Alperschliessungen im K.“ erwähnt, ergänzt mit einem Namen bei „Auftraggeber/Bauherr, Auskunftsperson“. Dieses Formular findet sich in der Beilage 3 der Offerte („Referenzobjekte, Schlüsselpersonen“) im Anschluss an die ausführlich dokumentierten, konkreten Referenzobjekte. In ihrem Auswertungsformular hat die Weggenossenschaft betreffend die Eignungskriterien angekreuzt, dass die Erfahrung der Anbieterin im Alpwegbau erfüllt ist, was gemäss Ziffer 10 der Ausschreibungsunterlagen nur dann der Fall ist, wenn mindestens 2 Referenzen für Alpwege mit den geforderten Voraussetzungen vorgewiesen werden können. Gemäss den handschriftlichen Notizen im Auswertungsformular lagen dieser Beurteilung aber nicht das von der Beschwerdeführerin konkret angegebene Referenzobjekt 1, sondern vier andere Wegbauten zugrunde, die sich ausschliesslich aus der Offerte der Beschwerdeführerin (Beilage 3) ergeben. Demzufolge ist die Weggenossenschaft offenbar aufgrund der in den Offertunterlagen konkret dokumentierten Alperschliessungen zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerin (mindestens) 2 Referenzobjekte vorweisen kann. Ob dieser Bezug der Offertunterlagen nur aufgrund des Verweises „Diverse Alperschliessungen im K.“ oder allgemein aufgrund der umfassenden Dokumentation erfolgte, ist unklar. Dass die Weggenossenschaft das namentlich erwähnte Referenzobjekt nicht aufgeführt hat, mutet zwar seltsam an. Da das Eignungskriterium aber insgesamt als erfüllt beurteilt wurde, bedeutet die Nichtbeachtung des angegebenen Referenzobjekts unter gleichzeitiger Berücksichtigung anderer Objekte offensichtlich keinen Nachteil für die Beschwerdeführerin. Wäre die Weggenossenschaft hingegen der Meinung gewesen, dass nur Referenzobjekte gemäss den Formularen in den Anhängen A und C zulässig wären, hätte sie bereits das Eignungskriterium als nicht erfüllt beurteilen müssen, weil im Formular kein zweites konkretes Referenzobjekt aufgeführt war und die Angabe „Diverse Alperschliessungen im K.“ nicht konkret auf ihre Eignung überprüft werden kann. In der Folge hätte die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

Die vorliegende Beurteilung der Weggenossenschaft bezüglich der Referenzen der Firma gemäss dem Formular im Anhang A führt daher zu folgendem Schluss: Nach ihrem eigenen Verständnis soll die Dokumentation der massgebenden Referenzobjekte an einem anderen Ort als im Formular keine Nachteile mit sich bringen, sofern sie dieser die nötigen Informationen entnehmen kann. Somit erachtet sie selbst das Ausfüllen der Formulare nicht als zwingende Vorgabe im Hinblick auf die Bewertung. Wenn aber die Unterbreitung der Referenzen der Firma, die als Eignungskriterien zu 100% erfüllt sein müssen und in den Ausschreibungsunterlagen anders als die Angaben zu den Referenzen der Schlüsselpersonen nicht als „kann“-Vorgaben aufgeführt wurden, auch gemäss der Weggenossenschaft nicht zwingend im Formular im Anhang A erfolgen musste, kann dies bei den Referenzen für Bauführer und Maschinist (Formular im Anhang C) erst recht nicht erforderlich sein. Andernfalls wäre das Vorgehen als willkürlich zu bezeichnen.

Wenn auch solche Formulare unbestrittenermassen die Nachvollziehbarkeit und Vergleichbarkeit der Bewertung erleichtern, lässt sich das Formular im Anhang C (ebenso wie dasjenige im Anhang A) dennoch nicht als Pflicht-Formular, sondern vielmehr nur so verstehen, dass darin die im Zusammenhang mit den Referenzobjekten interessierenden Angaben aufgelistet sind, wie dies auch die Weggenossenschaft in ihren Schlussbemerkungen formulierte. Die Anbietenden mussten daher nicht davon ausgehen, dass das Ausfüllen der Formulare zwingend ist. Demnach kommt die VOL zum Schluss, dass eine ausschliesslich gestützt auf die Angaben im Formular im Anhang C vorgenommene Bewertung nicht aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht und insofern dem Transparenzgebot widerspricht.

cc) Methode zur Bewertung der Referenzen der Schlüsselpersonen

Bezüglich der Bewertung der Referenzen der Schlüsselpersonen anhand des Auswertungsformulars zeigt sich sodann eine weitere Unstimmigkeit: Gemäss Ziffer 18 der Ausschreibungsunterlagen (Zuschlagskriterien) wird jedes Kriterium mit 1 bis 5 Punkten anhand der folgenden Notenskala bewertet: 5 (ausgezeichnet, innovativ, über den Anforderungen liegend), 4 (sehr gut, die Anforderungen teilweise übertroffen), 3 (gut, die Anforderungen erfüllt), 2 (ungenügend, die Anforderungen weitgehend nicht erfüllt), 1 (schlecht, nicht beurteilbar, die Anforderungen werden nicht erfüllt). Zusätzlich wird in Ziffer 18.b spezifisch in Bezug auf die Erfahrung der Schlüsselpersonen die Notenskala von „sehr gut“ (Note 5) bis „sehr schlecht/keine Angaben“ (Note 1) angegeben. Die Bewertung „sehr gut“ würde somit gemäss der einen Skala mit der Note 4 und gemäss der anderen Skala mit der Note 5 bewertet, die Note 1 wäre entweder schlecht oder sehr schlecht. Es ist davon auszugehen, dass diese Abweichungen auf ein Versehen zurückzuführen sind und die Weggenossenschaft nicht bewusst verschiedene Skalen angeben wollte. Da zudem auch der Unterschied zwischen „sehr gut“ und „ausgezeichnet“ bzw. „schlecht“ und „sehr schlecht“ nicht klar objektiv messbar ist, sind diese Angaben nach Treu und Glauben dahingehend zu verstehen, dass die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen je nach ihrer Qualität nach dieser graduellen Abstufung benotet werden sollen. Da dieser bereits aus den Unterlagen hervorgehende Widerspruch von keiner Anbieterin beanstandet wurde, darf angenommen werden, dass auch die Anbietenden die Angaben so verstanden haben und keine Notwendigkeit einer Klärung sahen. Bezüglich der Bewertung von Referenzen ergibt sich sodann allgemein aus der Natur des Referenzkriteriums, dass diejenigen Referenzen besser bewertet werden, die mit dem ausgeschriebenen Vorhaben besonders gut vergleichbar sind (vgl. Martin Beyeler, Vergaberrechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 85, N. 133). Diesbezüglich konnten sich die Anbietenden insbesondere an den objektbezogenen Bedingungen (V 10 f. der Ausschreibungsunterlagen) orientieren, um möglichst solche Referenzobjekte zu nennen, welche die daraus hervorgehenden Anforderungen zumindest erfüllen oder vielleicht gar übertreffen.

Die Bewertung der Referenzobjekte erfolgte anhand von Unterkriterien. Zwar wurden diese in den Ausschreibungsunterlagen nicht als solche bezeichnet. Allerdings sind die im Formular im

Anhang C geforderten Angaben zu den Referenzobjekten (wie z.B. Baulänge, Zeitraum, Gesamtsumme, Natursteinmauern, Furten, Durchlässe, Wendekurven) als massgebende Unterkriterien zu verstehen. Im Auswertungsformular finden sich denn auch keine Unterkriterien, die nicht im Formular im Anhang C erwähnt waren. Was aber in diesem Formular fehlt, ist die Gewichtung dieser Unterkriterien. Während diese in den Ausschreibungsunterlagen nicht bekanntgegeben wurden, hat die Weggenossenschaft intern eine Gewichtung vorgenommen: Demnach werden für die je zwei Referenzobjekte sowohl des Bauführers als auch des Maschinisten pro Referenzobjekt maximal 1.25 Punkte verteilt, was bei insgesamt 4 möglichen Referenzobjekten zu den hierfür maximal erzielbaren 5 Punkten gemäss Ziffer 18 der Ausschreibungsunterlagen führt. Insofern ergibt sich diese Punkteverteilung in nachvollziehbarer Weise aus den Ausschreibungsunterlagen. Bei beiden wird das Unterkriterium „Alpweg ≥ 500 m“ und „in den letzten 20 Jahren (ja/nein)“ mit je 0.5 Punkten bewertet. Beim Bauführer gibt es zusätzlich für „Natursteinmauer ≥ 100 m²“ sowie „Furt St.“ je 0.1 Punkte, für „Durchlässe ≥ 500 mm“ 0.05 Punkte, beim Maschinisten können die restlichen 0.25 Punkte bei „2 Wendekurven“ erzielt werden. Zwar wurde die Gewichtung der Unterkriterien nicht vorgängig bekannt gegeben (vgl. demgegenüber Erw. II.2.c.aa vorstehend). Dies ist möglicherweise darauf zurückzuführen, dass diese Gewichtung erst mit dem internen Auswertungsformular vom 6. September 2018 definitiv vorlag, als die Ausschreibung schon publiziert worden war (aber noch vor der Offertöffnung). Für die Anbietenden schien es offenbar nicht wichtig, diese Gewichtung zu kennen. Mangels konkreter Angaben durften sie aber davon ausgehen, dass die Gewichtung sachgerecht und in einem aufgrund der Ausschreibungsunterlagen zu erwartenden Rahmen erfolgen würde. Da den Vergabestellen wie erwähnt ein grosses Ermessen auch bei der Gewichtung der massgebenden Unterkriterien zukommt, erscheint die nun angewandte vertretbar.

Aus den angewandten Kriterien und den darauf gestützten Auswertungen zieht die VOL den Schluss, dass die Bewertung grundsätzlich so vorgenommen werden sollte, dass bei Erfüllung der im jeweiligen Unterkriterium geforderten Mindestmenge (teilweise reicht bereits 1 Stück) die mögliche maximale Teilpunktzahl erteilt wird, bei Nichterfüllung dieser Mengenanforderung hingegen für dieses Unterkriterium gar keine Teilpunkte vergeben werden. Insofern gibt es innerhalb der Notenskala von 1 bis 5 nur entweder die beste oder die schlechteste Note mit der darauf fallenden Teilpunktzahl statt einer graduell abgestuften Bewertung anhand des Erfüllungsgrads der einzelnen Kriterien, wie sie aufgrund der beiden Notenskalen in den Ausschreibungsunterlagen zu erwarten gewesen wäre. So wurde beispielsweise bei den Unterkriterien „Furt St.“ und „Durchlässe ≥ 500 mm“ jeweils die hierfür bestimmte Maximalpunktzahl erteilt, sofern mindestens eine Furt oder ein Durchlass erwähnt wurde (jedenfalls wirkt sich die Anzahl Furten und Durchlässe nicht auf die Punktzahl aus, vgl. dazu Auswertungsformular zur Offerte der Beschwerdegegnerin); nebst der fehlenden Abstufung bedeutet dies mit Blick auf die Notenskala auch, ein Referenzobjekt mit bloss einer Furt sei in dieser Hinsicht „ausgezeichnet, innovativ, über den Anforderungen liegend“ bzw. „sehr gut“, obwohl insgesamt 8 Furten gebaut werden sollen (vgl.

Ausschreibungsunterlagen S. V 11). Insofern erschiene es im Hinblick auf eine differenzierte Beurteilung nachvollziehbarer, einem Referenzobjekt bei ungefähr gleich vielen Furten die Note 3 („gut, die Anforderungen erfüllt“) und bei deutlich mehr oder weniger Furten eine entsprechend höhere oder tiefere Note zu geben, d.h. in Bezug auf das Ausmass der Erfüllung des Kriteriums eine Abstufung vorzunehmen. Nur die maximal erzielbare Teilpunktzahl oder gar keine Punkte zu erteilen, d.h. nur die Noten sehr gut oder sehr schlecht zu vergeben, erscheint hingegen nicht mit den Ausschreibungsunterlagen vereinbar. Denn dem Ermessen einer Vergabebehörde bei der Bewertung werden auch gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen insofern Grenzen gesetzt, als eine korrekte Benotung nicht darin besteht, für ein erfülltes Kriterium die Maximalnote und für ein nicht erfülltes die Minimalnote zu erteilen. Vielmehr ist die Qualität der Angebote differenziert zu beurteilen. Deshalb kann nicht allein die Erfüllung einer Anforderung zur Maximalnote führen, sondern sind die Vor- und Nachteile der konkreten Erfüllung der Anforderung mit zu bewerten. Andernfalls wären die Kriterien als Muss-Kriterien zu behandeln. Die Erteilung der Bestnote bei Einhaltung der Anforderungen würde eine Ermessensunterschreitung bedeuten (vgl. Beyeler, 2016/2017, a.a.O., S. 163, N. 296).

Beim Unterkriterium „in den letzten 20 Jahren (ja/nein)“ geht schon aus der ja/nein-Formulierung hervor, dass es nur darum geht, das Kriterium zu erfüllen oder nicht. Zusätzlich ist zu diesem Kriterium zu bemerken, dass der Einleitungssatz des Formulars im Anhang C vorschreibt: „Es sind innerhalb der letzten 20 Jahre erfolgreich realisierte neue Alpwege aufzuführen“. Dies lässt darauf schliessen, dass ältere gar nicht als Referenzobjekt in Frage kommen, das zeitliche Kriterium also nicht massgebend ist für die Punktzahl, sondern nur für die Berücksichtigung der Referenz an sich, also gewissermassen eine Voraussetzung bzw. ein Muss-Kriterium darstellt (vergleichbar mit den Anforderungen an die Referenzobjekte der Firma, die in den letzten 10 Jahren gebaut werden mussten). Mit der von der Weggenossenschaft angewandten Beurteilung könnten aber auch ältere Referenzobjekte theoretisch noch 0.75 von maximal 1.25 Punkten erzielen. Andererseits erscheint es auch fraglich, ob es gerechtfertigt ist, dass für jedes höchstens 20 Jahre alte Referenzobjekt schon nur für diese Tatsache fast die Hälfte der hierfür maximal erzielbaren Punktezahl erteilt werden soll. Sofern man das zeitliche Kriterium nicht nur als Voraussetzung, sondern auch als messbares Kriterium ansehen will, erschiene es zumindest sachgerecht, neuere Projekte besser zu bewerten als länger zurückliegende und auch insofern eine Abstufung vorzunehmen. Schliesslich ist mit Blick auf die Notenskala unter Ziffer 18 der Ausschreibungsunterlagen wiederum nicht nachvollziehbar, inwiefern ein knapp 20 Jahre altes Referenzobjekt „ausgezeichnet, innovativ, über den Anforderungen liegend“ sein sollte und nicht nur „gut, die Anforderungen erfüllt“, nachdem dies ja auf dem Formular im Anhang C explizit gefordert wird.

Zusammengefasst lässt sich eine Bewertung, die sich gemäss Auswertungsformular auf Mindestmengen stützt, nicht der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen entnehmen; sie

konnte und musste demnach nicht erwartet werden. Vielmehr bedeutet die vorliegende Bewertung der Unterkriterien ohne Abstufung gemäss der vorgängig bekanntgegebenen Notenskala von 1 bis 5 eine Ermessensunterschreitung und somit eine Rechtsverletzung.

dd) Bewertung der einzelnen Offerten

Des Weiteren ist aber auch die Bewertung der Offerten als solche zu beanstanden: Im Formular im Anhang C hat die Beschwerdeführerin beim Referenzobjekt 1 Bauführer kein konkretes Objekt bezeichnet, sondern nur in allgemeiner Weise „Diverse Alperschliessungen im K.“ erwähnt mit weiteren unspezifischen Angaben bei den Unterkriterien. Beim Referenzobjekt 2 Bauführer verzichtete sie auf jegliche Angaben. Unmittelbar vor diesem Formular, ebenfalls in Beilage 3 der Offerte („Referenzobjekte, Schlüsselpersonen“), finden sich die ausführlich dokumentierten, konkreten Referenzobjekte. Die Weggenossenschaft hat anschliessend in ihrem Auswertungsformular beim Referenzobjekt 1 Bauführer statt eines namentlich bezeichneten Bauführers „div.“ vermerkt und dafür bei allen Unterkriterien die volle Punktzahl erteilt, für das Referenzobjekt 2 Bauführer gab es mit der Notiz „keine Angaben“ null Punkte. Unklar ist dabei einerseits, um welchen Bauführer es sich handelt, entweder J. oder L., die in der Offerte in Beilage 2 „Schlüsselpersonal“ jeweils ausführlich dokumentiert sind („Für Sie unser kompetenter Mitarbeiter“), oder M., der im Anschluss daran in der gleichen Beilage 2 im Formular im Anhang B (Schlüsselpersonen) genannt ist. Andererseits ist auch nicht nachvollziehbar, wie die konkrete Punktevergabe erfolgte, und die Bewertungen beider Referenzobjekte des Bauführers werfen Fragen auf: Beim Referenzobjekt 1 erzielten sämtliche Unterkriterien ohne Bezug auf ein konkretes Referenzobjekt die maximale Teilpunktzahl. Diese pauschale Bewertung bei der Beschwerdeführerin entspricht nicht derjenigen der Beschwerdegegnerin: Bei dieser wurde – aufgrund ihrer konkreten Angaben im Formular – bei den Referenzobjekten jedes Unterkriterium einzeln beurteilt. Daraus geht hervor, dass sie die Mindestanforderungen bei allen Unterkriterien ausser bei „Natursteinmauer“ erfüllte, was zu einer entsprechend reduzierten Punktzahl (2.30 von 2.50 Punkten) führte. Insofern bedeutet die Pauschalbeurteilung klar eine Ungleichbehandlung der Anbietenden. Beim Referenzobjekt 2 wurden sodann mangels Angaben null Punkte erteilt, obwohl gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Ziffer 18) für „keine Angaben“ die Note 1 erteilt bzw. jedes Kriterium mit 1 bis 5 Punkten bewertet wird. Da somit die Note 1 wohl einem Punkt entspricht, müsste hier ebenfalls jedes der 4 Referenzobjekte bei fehlenden Angaben mit je einem Viertel dieses Minimalpunkts und nicht mit null Punkten bewertet werden. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist die Bewertung der Referenzobjekte des Maschinisten: Die Beschwerdeführerin dokumentierte I. in der Offerte in Beilage 2 „Schlüsselpersonal“ ausführlich, daran anschliessend wurden N. und O. in der gleichen Beilage 2 im Formular im Anhang B (Schlüsselpersonen) erwähnt. Und in der Offerte in Beilage 3 „Referenzobjekte, Schlüsselpersonen“ findet sich im Formular im Anhang C die Angabe „O. u. N. sind seit Jahrzehnten im Wegebau, Strassenbau tätig“. In ihrem Auswertungsformular erwähnte die Weggenossenschaft daraufhin I. namentlich beim Referenzobjekt 1 Maschinist, unter Benennung eines seiner (offenbar) der Offerte entnommenen Referenzobjekte

als Beispiel, wofür ebenfalls wieder pauschal die maximale Punktzahl erteilt wurde. Wenn aber die Weggenossenschaft mit dieser Bewertung zum Ausdruck bringt, dass sie tatsächlich primär auf die ausführliche Offerte und die dortigen Angaben abstellt, so ist es nicht nachvollziehbar, weshalb sie für den besagten Maschinisten, für den vier Referenzobjekte aufgeführt sind, nur dieses eine und nicht deren zwei zur Bewertung heranzog. Vielmehr vergab sie auch bei Referenzobjekt 2 Maschinist mit der Begründung „keine Angaben“ null Punkte; diesbezüglich sowie auch bezüglich der Pauschalisierung bei der Bewertung des Maschinisten kann im Übrigen auf das soeben Gesagte beim Bauführer verwiesen werden.

Die Weggenossenschaft hat dazu erklärt, dass sie die nur wenigen Angaben der Beschwerdeführerin „wohlwollend“ beurteilt habe. Zwar ist der Weggenossenschaft zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin nur wenige Angaben gemacht hat, zumindest sofern man einzig die Formulare betrachtet. Ebenso erscheint unlogisch, dass in den Unterlagen der Beschwerdeführerin verschiedene Namen für die gleichen Positionen auftauchen. Sie hat dies damit begründet, dass sie aufgrund ihrer grossen Auswahl an möglichen Referenzpersonen als relevante Schlüsselpersonen die Herren J. und I., beides Mitarbeiter der Firma B., angegeben und ausführlich dokumentiert habe. Zusätzlich habe sie noch beteiligte Personen der Firma C. bezeichnet, dies allerdings „nur“ unter Nutzung des Formulars, um zu zeigen, dass sie auch als Bietergemeinschaft die fachlichen Anforderungen erfüllt. Diese Begründung ist zwar im Grundsatz nachvollziehbar, die zusätzlichen Angaben waren letztlich aber eher verwirrend. Diesbezüglich wäre es daher sinnvoll gewesen, wenn die Weggenossenschaft aufgrund der Unklarheiten betreffend massgebendem Schlüsselpersonal bei der Beschwerdeführerin zusätzliche Erläuterungen eingeholt hätte (vgl. Art. 26 ÖBV). Damit hätte die Beschwerdeführerin ihre Überlegungen dartun können. Natürlich hätte dies nicht dazu dienen dürfen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern bzw. zu verbessern (vgl. Christoph Jäger, a.a.O., S. 848; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 714). Die Beschwerdeführerin hätte somit nicht noch zusätzliche Referenzobjekte für die Mitarbeiter der Firma C. nachliefern, sondern nur klarstellen dürfen, welche ihre für die Bewertung massgebenden Mitarbeiter seien. Die Weggenossenschaft fühlte sich aber offenbar imstande, eine Bewertung anhand der Unterlagen vorzunehmen. Wie vorstehende Ausführungen zeigen, ist diese aber im Ergebnis, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, tatsächlich nicht nachvollziehbar. Die Weggenossenschaft macht diesbezüglich geltend, die Beschwerdeführerin habe nur zu 2 von 4 Referenzobjekten Angaben gemacht, weshalb die Bewertung mit der Hälfte der Punkte nachvollziehbar sei. Dies würde aber vorliegend bedeuten, sie habe ihre konkrete Bewertung einzig davon abhängig gemacht, ob im Formular etwas stehe, ungeachtet dessen, ob die Angaben sich auf ein konkretes Projekt beziehen oder nur allgemeine Hinweise enthalten. Dass in der Folge solche Angaben ohne Weiteres als (formell) gültige Referenzangabe gewertet und „wohlwollend“ und pauschal mit der Maximalpunktzahl bewertet wurden, verstösst gegen das Gleichbehandlungsgebot, erscheint nicht nachvollziehbar und willkürlich.

Schliesslich ist in Bezug auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach bei der Beschwerdegegnerin kein ausgebildeter Bauführer arbeite und insofern die konkrete Bewertung der Schlüsselperson Bauführer nicht so hoch hätte ausfallen können, Folgendes zu bemerken: Den Unterlagen lässt sich nicht entnehmen, dass eine konkrete Ausbildung des Bauführers gefordert ist. Hingegen soll anhand der Referenzen dessen Erfahrung erörtert werden. Insofern ist zu erwarten, dass sich die geltend gemachte Ausbildung und die entsprechende Erfahrung aufgrund der vorzuweisenden Referenzen in der Bewertung niederschlagen, sofern sie in Bezug auf das vorliegende Projekt einen höheren Nutzen bringen und sich damit auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken (vgl. Jäger, a.a.O., S. 829).

3. *Ergebnis*

Aus den obigen Erwägungen erhellt, dass das Vorgehen der Weggenossenschaft bei der Bewertung der Offerten den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung widerspricht, nicht nachvollziehbar ist und insgesamt willkürlich erscheint. Insbesondere ist aufgrund der geringen Punktedifferenz auch die Kausalität zwischen der Verletzung des Transparenzgebots und der Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin zu bejahen. Der Vertrag zwischen der Weggenossenschaft und der Beschwerdegegnerin ist noch nicht abgeschlossen. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und die Zuschlagsverfügung aufzuheben (Art. 34 Abs. 1 ÖBV). Die Weggenossenschaft hat – unter Nutzbarmachung ihrer besonderen Fachkenntnisse – eine neue Bewertung aller Offerten im Sinn der vorstehenden Erwägungen vorzunehmen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Aufhebung der Zuschlagsverfügung nicht nur gegenüber den Verfahrensparteien, sondern gegenüber allen Teilnehmern des betroffenen Vergabeverfahrens auswirkt, gleichgültig, ob sie selbst Beschwerde geführt haben oder nicht (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7; Beyeler, 2014/2015, a.a.O., S. 187, N. 454 und 455; Jäger, a.a.O., S. 868 f.).

4. *Kosten*

Die Verfahrenskosten sind gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder besondere Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben.

Vorliegend dringt die Beschwerdeführerin in der Hauptsache nur teilweise durch. Dennoch ist vorliegend im Kostenpunkt gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen (vgl. BVR 2016 S. 222 E. 4). Denn die

infolge der Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung durch die Weggenossenschaft kann noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens (Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin) führen. Des Weiteren obsiegte die Beschwerdeführerin auch in Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdegegnerin hat zwar keine Anträge gestellt, wurde aber als notwendige Partei am Verfahren beteiligt. Nach der neueren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern kann sich eine notwendige Partei der Kostenpflicht grundsätzlich nicht dadurch entziehen, dass sie auf das Stellen von Anträgen verzichtet (vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8). Dies schliesst allerdings nicht aus, der Beschwerdegegnerin aufgrund besonderer Umstände keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Kostenauflegung an die vom ursprünglichen Zuschlag Begünstigte erscheint bei dessen Aufhebung im Beschwerdeverfahren oft als unbillig, wenn sich diese Anbieterin weder im Vergabe- noch im Beschwerdeverfahren unkorrekt verhalten hat, weshalb in solchen Fällen von einer Kostenauflegung abzusehen ist (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 163, FN. 39; Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern 130/2018/3 vom 6. Juli 2018, E. 6.a). Der Weggenossenschaft als Behörde im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG können ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die auf die Hauptsache entfallenden Verfahrenskosten sowie diejenigen betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung sind daher durch den Kanton zu tragen. Im Verfahren betreffend das Gesuch um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung unterlag die Beschwerdeführerin zwar. Die darauf entfallenden Kosten wurden jedoch bereits in der Zwischenverfügung vom 28. November 2018 auferlegt, sodass hierfür keine Kosten mehr zu sprechen sind.

Des Weiteren haben die Parteien der Gegenpartei die Parteikosten vor der VOL nach Massgabe des Unterliegens zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 104 i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Wie bereits ausgeführt, ist die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Verfahren in der Hauptsache sowie in Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung als obsiegende Partei anzusehen und hat entsprechend Anspruch auf Parteikostenersatz. Aus den oben genannten Gründen erscheint es auch nicht gerechtfertigt, dass die Beschwerdegegnerin diese Kosten tragen muss. Demzufolge sind die Parteikosten der Beschwerdeführerin durch die Weggenossenschaft zu ersetzen. Gemäss der Kostennote vom 11. Februar 2019 betragen die Parteikosten der Beschwerdeführerin Fr. 9'255.50 (Anwaltsgebühren und Anwaltsauslagen inkl. Mehrwertsteuer). Diese Kosten bewegen sich im Rahmen der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) und erscheinen insgesamt angemessen. Die Bietergemeinschaft besteht aus der B. und der C.. Beide sind gemäss Unternehmens-Identifikations-

nummer-Register (UID-Register; abrufbar unter <https://www.uid.admin.ch>) mehrwertsteuerpflichtig und können somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen (vgl. BVR 2014 S. 484 E. 6.5). Die in der Kostennote aufgeführte Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen in der Höhe von Fr. 605.50 ist daher bei der Bestimmung des Parteikostensatzes nicht zu berücksichtigen. Da der Aufwand betreffend das Gesuch um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht separat ausgewiesen ist, erscheint es mit Blick auf alle Eingaben angemessen, hierfür Fr. 400.-- auszuscheiden. Die Weggenossenschaft hat der Beschwerdeführerin somit Parteikosten im Betrag von Fr. 8'250.-- zu ersetzen.

III. **Entscheid**

1. Die Beschwerde der Bietergemeinschaft A. vom 29. Oktober 2018 wird insoweit gutgeheissen, als die Zuschlagsverfügung vom 12. Oktober 2018 aufgehoben und zur erneuten Bewertung im Sinne der Erwägungen an die Weggenossenschaft F. zurückgewiesen wird. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Für das Verfahren vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern werden keine Kosten erhoben.
3. Die Weggenossenschaft F. hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Umfang von **Fr. 8'250.--** (inkl. Auslagen) zu ersetzen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens vierfach einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid sowie weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.