

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 14. August 2015**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterinnen Arn De Rosa und Meyrat Neuhaus  
Verwaltungsrichter Daum und Häberli  
Gerichtsschreiberin Gschwind

### **Einwohnergemeinde Bern**

handelnd durch den Gemeinderat, Erlacherhof, Junkerngasse 47,  
Postfach, 3000 Bern 8  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerin

gegen

Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bestehend aus:

1. **A. \_\_\_\_\_ AG**  
handelnd durch die statutarischen Organe
2. **B. \_\_\_\_\_ AG**  
handelnd durch die statutarischen Organe  
beide vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwältin ...

Beschwerdegegnerinnen

und

### **Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland**

Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

betreffend Submission; Ausschreibung des Auftrags «Vergärung Grüngut  
der Stadt Bern» (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland  
vom 15. April 2015; vbv 11/2015)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die Einwohnergemeinde (EG) Bern schrieb am 4. Juni 2014 einen Auftrag im Zusammenhang mit der Verwertung des Grünguts der Stadt Bern in zwei Losen öffentlich aus. Das erste Los betraf die «Vergärung von Gartenabfällen vermischt mit Rüstabfällen und Speiseresten aus Haushalten»; das zweite Los hatte «die Kompostierung von Gartenabfällen, Laub und Baum- und Strauchschnitt» zum Gegenstand. Gegen den Zuschlag des ersten Loses an eine Konkurrentin erhoben die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft A. \_\_\_\_\_ AG und B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: ARGE) Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland (RSA). Nachdem die EG Bern den Zuschlag widerrufen hatte, schrieb das RSA das Verfahren am 18. Dezember 2014 ab.

### **B.**

Am 11. Februar 2015 schrieb die EG Bern den Auftrag für das erste Los unter dem Titel «Vergärung Grüngut der Stadt Bern» erneut öffentlich aus (einsehbar unter: <<http://www.simap.ch>>). Gegen diese Ausschreibung reichten die Mitglieder der ARGE am 23. Februar 2015 Beschwerde beim RSA ein. Mit Entscheid vom 15. April 2015 hiess dieses das Rechtsmittel gut und hob die angefochtene Verfügung auf.

### **C.**

Hiergegen hat die EG Bern am 27. April 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, sofern diese – entsprechend der hier gegebenen «umgekehrten Rollenverteilung» – nicht von Gesetzes wegen gelte. Zudem sei ihr die Gelegenheit zur Replik einzuräumen, sofern in der Beschwerdeantwort die Rechtmässigkeit der Ausschreibung mit ande-

ren Argumenten bestritten werde als den von der Vorinstanz als massgebend beurteilten und das Verwaltungsgericht diese Einwände nicht als unbegründet erachten sollte.

Mit Eingabe vom 10. Mai 2015 beantragen die Mitglieder der ARGE, es «sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen». Zusätzlich ersuchen sie um Erlass vorsorglicher Massnahmen, welche auf die vorläufige Sistierung des Vergabeverfahrens abzielen. Am 11. Mai 2015 hat der Abteilungspräsident (nochmals) darauf hingewiesen, dass gemäss der spezialgesetzlichen Regelung über die aufschiebende Wirkung die Ausschreibungsverfügung nach dem Entscheid des RSA als vorläufig aufgehoben gelte. Über das Gesuch um aufschiebende Wirkung und über jenes um Erlass vorsorglicher Massnahmen werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

Das RSA verzichtet mit Eingabe vom 11. Mai 2015 auf eine förmliche Vernehmung. Die Mitglieder der ARGE beantragen mit Beschwerdeantwort vom 21. Mai 2015, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Mit Blick auf die Höhe der im ersten Vergabeverfahren offerierten Preise, die vorgesehene Menge zu vergärenden Grünguts und die festgelegte Vertragsdauer (vgl. Bewertungsmatrix vom 21.8.2014 [Beilage 21, act. 5C]; Ziff. 4 des Pflichtenhefts vom 11.2.2015 [Beilage 20, act. 5C; nachfolgend: Pflichtenheft]; Ziff. 2.5 und 2.10 der Ausschreibung vom 11.2.2015 [Beilage 19, act. 5C; nachfolgend: Ausschreibung]; Art. 3 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]) ist davon auszugehen, dass der streitbetreffende Auftrag die Schwellenwerte, ab denen für kommunale Sub-

missionen ein Vergabeverfahren vorgeschrieben ist, überschreitet (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2] i.V.m. Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2 Anhang I] und Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über das Beschaffungswesen der Stadt Bern [Beschaffungsverordnung; VBW, SSSB 731.21]). Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden 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 ÖBG).

**1.2** Die Gemeinde hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat als unterlegene Auftraggeberin in der strittigen Submissionssache ein eigenes schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. BVR 2009 S. 565 nicht publ. E. 1.2.1 [VGE 2009/44/45 vom 26.6.2009]; ferner BGE 138 I 143 E. 1.3 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Legitimationspraxis in Vergabesachen).

**1.3** Die Beschwerdegegnerinnen beantragen Nichteintreten auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit der Begründung, alle darin vorgebrachten Rügen beschränkten sich auf Unangemessenheit. Zudem habe die Gemeinde ihren gegenüber der Vorinstanz erhobenen Vorwurf aktenwidriger Annahmen und Folgerungen nicht begründet (Beschwerdeantwort, Rz. 2 ff., 12, 16 und 26). – Das Verwaltungsgericht hat vorliegend die Rechtmässigkeit der Aufhebung der Ausschreibung durch das RSA zu überprüfen. Dabei sind unter den Verfahrensbeteiligten einerseits die bei den Zuschlagskriterien «Angebotspreis» und «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz» vorgesehene Möglichkeit der Bewertung mit Minuspunkten (in unbeschränkter Höhe) und andererseits die Verwendung unterschiedlicher Bewertungssysteme innerhalb der gleichen Ausschreibung umstritten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen handelt es sich hierbei um Rechtsfragen, die das Verwaltungsgericht frei prüft (vgl. sogleich E. 1.5). In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zudem unmissverständlich aufgezeigt, weshalb die Ausschreibung nach An-

sicht der Gemeinde und entgegen der Auffassung der Vorinstanz rechtmässig ist. Die Einwände der Beschwerdegegnerinnen erweisen sich insoweit als unbegründet. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.4** Da sich Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, urteilt das Gericht in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

**1.5** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 IVöB).

## **2.**

**2.1** Entsorgung + Recycling Stadt Bern (ERB) entsorgt und verwertet Abfälle aus Haushalten und Betrieben in der Stadt Bern. Dafür betreibt ERB einen Sammeldienst mit Abholung von Tür zu Tür von Hauskehricht, Papier und Grüngut, vier Entsorgungshöfe sowie ein Netz von Sammelstellen. Seit Januar 2015 beinhaltet die Sammlung von Grüngut neu auch Rüstabfälle und Speisereste aus Haushalten (Ziff. 1.1 des Pflichtenhefts). Wegen der dadurch zu erwartenden Zunahme an Grünabfällen schrieb die Gemeinde einen entsprechenden Auftrag in zwei Losen öffentlich aus (Ausschreibung vom 4.6.2014 [Beilage 2, act. 5C]). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2014 erteilte sie den Zuschlag für das erste Los «Vergärung von Gartenabfällen vermischt mit Rüstabfällen und Speiseresten aus Haushalten» an eine Konkurrentin der Beschwerdegegnerinnen (vgl. Beilage 4, act. 5C). Dagegen reichten Letztere Beschwerde beim RSA ein (vgl. Beilage 5, act. 5C). In der Folge kam die Gemeinde in Übereinstimmung mit den Beschwerdegegnerinnen zum Schluss, dass die damalige Zuschlagsempfängerin die ausgeschriebenen Eignungskriterien nicht erfüllte. Nach deren Ausschluss wären einzig die Beschwerdegegnerinnen als Anbieterinnen verblieben, wobei ihr Angebotspreis jenen der Konkurrentin wesentlich überstieg. Dies hätte nach dem Dafürhalten der Gemeinde einen unwirksamen Wettbewerb zur Folge gehabt, weshalb sie mit Verfügung vom

28. November 2014 den Zuschlag widerrief und das Vergabeverfahren abbrach (vgl. Beilage 9 f., act. 5C). Als Übergangslösung für die Zeit von Januar bis Juni 2015 mit Option auf Verlängerung bis Ende 2015 vergab sie den Auftrag freihändig an die Beschwerdegegnerinnen und an die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin (Vereinbarung vom 28.11.2014 [Beilage 8, act. 5C]). Das RSA schrieb dieses Beschwerdeverfahren am 18. Dezember 2014 ab (vgl. Beilage 12, act. 5C).

**2.2** Am 11. Februar 2015 schrieb die Gemeinde den Auftrag für das erste Los unter dem Titel «Vergärung Grüngut der Stadt Bern» mit einigen Anpassungen bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien erneut öffentlich aus. Gemäss Ausschreibung bildet die «Vergärung von 4'000 Tonnen, maximal ansteigend bis 6'000 Tonnen, gemischten Küchen- und Gartenabfällen inkl. Speiseresten aus Haushalten aus der Tür-zu-Tür-Sammlung von Entsorgung + Recycling Stadt Bern» Vergabegegenstand (Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Der Auftrag ist befristet auf zwei Jahre mit Option auf zweimalige Verlängerung um ein Jahr (Ziff. 2.10 der Ausschreibung; Ziff. 4 des Pflichtenhefts). In den Ausschreibungsunterlagen hat die Gemeinde folgende drei Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote bestimmt (Ziff. 3.9 der Ausschreibung; Ziff. 10 des Pflichtenhefts):

- Angebotspreis in Fr. / t (Gewichtung 50 %);
- Qualität der Vergärungsanlage (Gewichtung 25 %);
- Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz gemäss Google Maps, schnellste Route (Gewichtung 25 %).

Für alle Zuschlagskriterien sind grundsätzlich Noten zwischen 0 und 5 vorgesehen. Die höchstens 5 Punkte betragende Gesamtnote setzt sich aus der prozentualen Gewichtung der Kriterien zusammen, wobei das Angebot mit der höchsten Summe der gewichteten Bewertung den Zuschlag erhalten soll. Für die Kriterien «Angebotspreis» und «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz» sind gemäss Ausschreibungsunterlagen «Minuspunkte möglich», während dies für das Zuschlagskriterium «Qualität der Vergärungsanlage» nicht vorgesehen ist (Ziff. 3.9 der Ausschreibung; Ziff. 10 des Pflichtenhefts).

### 3.

**3.1** Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz die Möglichkeit der Bewertung mit einer unbeschränkten Anzahl von Minuspunkten als rechtswidrig erachtet, wobei sie die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Minuspunkten offenliess. Bei fehlender Untergrenze von Minuspunkten könne die effektive Punkteverteilung im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht abgeschätzt werden, womit die Preiskurve nicht zum Voraus bekannt gegeben werde. Insofern genüge die Ausschreibung beim Preiskriterium dem im kantonalen Recht gestützt auf Art. 30 Abs. 2 ÖBV geltenden strengen Transparenzgebot nicht. Die nach unten offene Punkteskala habe auch Auswirkungen auf die tatsächliche Preisgewichtung. Selbst wenn eine Untergrenze der Minuspunkte festgelegt worden wäre, hätte die Verwendung unterschiedlicher Bewertungssysteme für die Zuschlagskriterien eine Verzerrung der Gewichtung zur Folge, was dem allgemeinen Transparenzgebot widerspreche (angefochtener Entscheid, E. III/5.2-5.8 und 9). – Die Beschwerdegegnerinnen schliessen sich der Meinung des RSA an. Sie veranschaulichen ihren Standpunkt wie bereits vor der Vorinstanz mit Rechenbeispielen (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 15 und 20 ff.).

**3.2** Die Gemeinde hält dieser Argumentation entgegen, Minuspunkte seien im strittigen Vergabeverfahren zulässig (Beschwerde, Rz. 32-40). In den Ausschreibungsunterlagen seien sowohl die formale prozentuale Gewichtung als auch die angewandte Bewertungsmethode für alle Zuschlagskriterien bekannt gegeben worden. Würden diese publizierten Vorgaben zueinander in Beziehung gesetzt, lasse sich die tatsächliche Benotung eines Angebots ohne weiteres berechnen. Von einer Verzerrung der prozentualen Gewichtung könne keine Rede sein, zumal diese zwangsläufig einer Konkretisierung bedürfe. Die ausgeschriebene Preiskurve verlaufe linear und hänge lediglich von der unbekanntem Grösse des günstigsten Preises ab. Würden alle Angebote ab einem bestimmten, die billigste Offerte überschreitenden Prozentsatz durchwegs mit null Punkten (oder einer beliebig festgesetzten Punktzahl) benotet, wirkten sich Preisunterschiede ab einer bestimmten Höhe nicht mehr auf die Bewertung aus (Beschwerde, Rz. 46). Da alle Zuschlagskriterien sachgerecht zu bewerten seien, könnten sich je nach ihrer Eigenart – wie im vorliegenden Fall – unterschiedliche

Bewertungsmethoden aufdrängen (Beschwerde, Rz. 41 f.). Die Ausschreibung verletze damit im Ergebnis weder das Transparenzgebot noch Art. 30 Abs. 2 ÖBV (Beschwerde, Rz. 43 ff.).

#### **4.**

**4.1** Der Grundsatz der Transparenz ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) sowie Art. 11 Bst. b IVöB und ist vom Bundesgericht als allgemeines Prinzip des Submissionsrechts anerkannt worden. Damit soll einerseits unter den Anbietenden ein echter Wettbewerb gewährleistet und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel ermöglicht werden. Zum anderen verfolgt der Grundsatz der Transparenz das Ziel, ein faires Vergabeverfahren sicherzustellen und Manipulationen von Seiten der Vergabebehörde zu verhindern. Um im Licht dieser Zweckbestimmung die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung klar und vollständig festgesetzt werden (BGE 130 I 241 E. 5.1 [Pra 94/2005 Nr. 59], 125 II 86 E. 7c; BVR 2006 S. 500 E. 4.2, 2002 S. 453 E. 7c/aa; Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, in BR 2004 S. 20 ff., 21; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 23 ff.).

**4.2** Die Bedeutung eines Zuschlagskriteriums ergibt sich aus dessen prozentualer Gewichtung und der Bewertungsregel, wie die eingereichten Angebote benotet werden. Erst das Zusammenspiel zwischen diesen beiden Vorgaben führt zur effektiven Gewichtung eines Zuschlagskriteriums. Der Vergabebehörde steht bei der Wahl von Bewertungsmethoden aus einer grossen Zahl von Möglichkeiten ein weites Ermessen zu, und das Gericht kann nur bei dessen Missbrauch oder Überschreitung eingreifen (BGer 2P.111/2003 vom 21.1.2004, E. 3.3; BVR 2006 S. 500 E. 4.5.4; Pictet/Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, in BR 2000 S. 63 ff., 63). Im Zusammenhang mit dem Preiskriterium hat das Bundesgericht verschiedene Bewertungsformeln (auch Preiskurven genannt) als zulässig erachtet, sofern

dem Preis zusammen mit der Gewichtung im Ergebnis genügend Bedeutung zukomme. Die Vergabebehörde darf jedoch nicht nachträglich ein Benotungssystem wählen, das zu einer erheblichen Abschwächung des Preiskriteriums führt, jedenfalls dann nicht, wenn dieses bereits tief gewichtet worden ist (BGE 130 I 241 E. 6.1 f., 129 I 313 E. 9.2 [Pra 93/2004 Nr. 64]; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 910 und 914; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 853). Das Transparenzgebot wäre verletzt, wenn eine erst nach der Ausschreibung festgelegte flache Preiskurve zu einer starken Relativierung der Gewichtung des Preiskriteriums führen würde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884).

**4.3** Im Kanton Bern erweisen sich die kantonalen Anforderungen an die Bekanntgabe der Preisbewertungsmethode gestützt auf die ÖBV als strenger als die von Lehre und Rechtsprechung aus dem allgemeinen Transparenzgebot abgeleiteten Vorgaben (vgl. BVR 2006 S. 500 E. 4.3; VGE 23381 vom 8.1.2009, E. 7.2.1). Nach Art. 30 Abs. 2 ÖBV sind die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Stellt der Preis eines der Zuschlagskriterien dar, muss zusätzlich die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird. Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach Art. 30 Abs. 1 ÖBV hat die Vergabebehörde die in der Ausschreibung bekanntgegebene Bewertungsformel auf die Offerten anzuwenden und entsprechend der Bekanntgabe zu gewichten (vgl. auch Christoph Jäger, a.a.O., S. 842 f.).

## **5.**

Obschon von der Vorinstanz offengelassen, ist hier zunächst zu prüfen, ob eine Bewertungsskala, die auch Minuspunkte vorsieht, im Kanton Bern gestützt auf die einschlägigen vergaberechtlichen Vorgaben zulässig ist.

**5.1** In einem Grundsatzurteil vom 12. Juli 2006 hat das Verwaltungsgericht Bewertungssysteme, welche im Voraus eine mit null Punkten be-

wertete Preisobergrenze (in prozentualem Verhältnis zur günstigsten Offerte) festlegen, als zweckmässig erachtet. Weiter führte es aus, es seien für die Punkteverteilung innerhalb des so vorgegebenen Rahmens verschiedene Lösungen denkbar. Einfach zu handhaben und transparent sei die lineare Interpolation, wobei die beiden Eckpunkte (günstigstes Angebot: Maximalpunktzahl, Obergrenze: null Punkte) mit einer Geraden verbunden werden (BVR 2006 S. 500 E. 4.5.2; vgl. auch Beat Denzler, a.a.O., S. 22 f.). Zur Frage, ob sich eine proportional negative Bewertung in Fortsetzung der Notenskala unter Umständen als sachgerecht erweisen könnte, hat sich das Gericht bisher noch nicht geäußert (vgl. dazu hinten E. 5.3).

**5.2** Ein Blick auf die Rechtsprechung in anderen Kantonen ergibt Folgendes: Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beurteilte die Bewertung von Angeboten, die ausserhalb einer realistisch festgesetzten Preisspanne liegen, mit einer Negativnote als rechtmässig. Es zog dabei in Erwägung, dass dem Aspekt der Gleichbehandlung der Anbietenden besser entsprochen werde, wenn eine Offerte innerhalb der Preisspanne nicht die gleiche Bewertung erhalte wie eine darüber liegende (VGer SG B 2012/175 vom 13.11.2012, in GVP 2012 Nr. 34 E. 2.2.4). Gleicher Meinung war wohl auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seiner Entscheid vom 21. April 2004, auf den sich die Gemeinde beruft. In einem obiter dictum äusserte es sich zu unerwartet hohen Preisofferten wie folgt: Es «stellt sich die Frage, ob die oberhalb der Bandbreite liegenden Preise alle die Note null oder aber eine abgestufte negative Bewertung in Fortsetzung der Notenskala erhalten sollen. Soweit derart teure Angebote für die Vergabe überhaupt in Betracht fallen, erscheint eine proportional negative Bewertung sachgerechter, um auch diese Angebote nach ihren Preisunterschieden zu bewerten; dem Gebot der Gleichbehandlung (ungleiche Behandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte) wird damit besser Rechnung getragen. Die Frage braucht hier jedoch nicht abschliessend entschieden zu werden» (VGer ZH VB.2003.00469 vom 21.4.2004, in ZBI 2004 S. 382 E. 2.6). Auch in der Literatur sprechen sich gewisse Autoren für die Zulässigkeit der Vergabe von Minuspunkten aus (vgl. Beat Denzler, a.a.O., S. 22; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 2001 S. 1405 ff., 1420; vgl. auch La Lutz/Züfle, Die

Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, in HAVE 2010 S. 323 ff., 331 f.). Bei standardisierten Aufträgen werden in der Praxis denn auch regelmässig Minuspunkte vorgesehen.

**5.3** Bewertungsmethoden müssen im konkreten Fall eine sachgerechte Benotung ermöglichen. Im Gegensatz zu anderen mathematischen Formeln fallen bei linearen Benotungssystemen effektive Angebotsunterschiede und Punkteverteilung nicht disproportional auseinander (vgl. VGer ZH VB.2005.00602 vom 22.3.2006, in BEZ 2006 Nr. 36 E. 4.3). Die lineare Skala (Gerade) gewährleistet mit anderen Worten, dass die Benotung die tatsächlichen Wertunterschiede genau widerspiegelt. Wird allerdings eine Obergrenze festgelegt, verläuft die Gerade ab diesem Punkt nicht mehr proportional abnehmend, sondern horizontal. Dies hat zur Folge, dass auch jenseits dieser Obergrenze liegende Angebote durchwegs mit der Minimalpunktzahl benotet werden. Unerwartet ungünstige Offerten erhalten dadurch die gleiche Punktzahl wie solche, die noch knapp innerhalb der erwarteten Bandbreite liegen. Dem kann entgegengewirkt werden, indem die Notenskala nach unten geöffnet wird. So werden die effektiven Unterschiede bei den eingereichten Angeboten durchgehend angemessen berücksichtigt, was dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) besser gerecht wird. Eine solche Fortsetzung der Skala im negativen Bereich erscheint jedoch nur bei klar messbaren quantitativen Zuschlagskriterien sinnvoll. Ausserdem sollten nur Angebote mit Minuspunkten benotet werden, die ausserhalb der vernünftigerweise zu erwartenden Bandbreite liegen. Dies setzt voraus, dass die Vergabebehörde die Obergrenze gestützt auf realistische Annahmen festlegt. Sind diese Voraussetzungen eingehalten, steht es der Vergabebehörde frei, für ausserordentlich ungünstige Angebote eine proportional negative Bewertung in Fortsetzung der Notenskala vorzusehen. Um den Anforderungen des Transparenzgebots und – beim Preiskriterium – von Art. 30 Abs. 2 ÖBV gerecht zu werden, hat die Vergabebehörde dies in der Ausschreibung ausdrücklich zu erwähnen (vgl. auch La Lutz/Züfle, a.a.O., S. 331 f.; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1420). Anbietende sollten die Folgen abschätzen können, wenn sie ein Angebot einreichen, das bei einem bestimmten Kriterium möglicherweise aus dem Rahmen fallen wird. Insbeson-

dere müssen sie im Voraus wissen, dass hohe Benotungen bei gewissen Zuschlagskriterien durch allfällige Minuspunkte bei anderen Kriterien relativiert werden können.

## **6.**

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die hier vorgesehenen Minuspunkte bei den Zuschlagskriterien «Angebotspreis in Fr. / t» (E. 6.1) und «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz gemäss Google Maps, schnellste Route» (E. 6.2) rechtmässig sind.

**6.1** Gemäss Ausschreibungsunterlagen beginnt die Preiskurve beim preisgünstigsten Angebot, welches die maximale Punktzahl (5 Punkte) erhält. Ausgehend davon werden linear abnehmende Noten vergeben. Pro 1 % Mehrkosten erfolgt ein Abzug von 0,1 Punkten, wobei auch Minuspunkte möglich sind (Ziff. 3.9 der Ausschreibung).

**6.1.1** Die Bewertung des Preiskriteriums hat die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen (Beat Denzler, a.a.O., S. 22; KGer BL 810 06 61 vom 28.6.2006, E. 7c [bestätigt durch BGer 2P.230/2006 vom 5.3.2007]). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen vernünftigerweise erwartet werden kann, lässt sich nicht in allgemeingültiger Weise bestimmen, sondern hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen (VGer ZH VB.2005.00602 vom 22.3.2006, in BEZ 2006 Nr. 36 E. 4.2, VB.2012.00074 vom 28.3.2012, E. 5.4 f., VB.2009.00704 vom 19.5.2010, E. 4, VB.2005.00227 vom 21.9.2005, E. 3.1 f.). Es wird empfohlen, für Standardaufträge die Null-Punkte-Grenze bei 125-150 % und für Individualaufträge bei 175-200 % des günstigsten Angebots festzulegen (BVR 2006 S. 500 E. 4.5.2 und 4.5.4 mit Hinweis auf Beat Denzler, a.a.O., S. 22 f.; Christoph Jäger, a.a.O., S. 853 f.).

**6.1.2** Die Gemeinde hat sowohl die Gewichtung des Preiskriteriums (50 %, vorne E. 2.2) wie auch die Bewertungsregel (vorne E. 6.1) bekannt

gegeben. Die Ausschreibung erweist sich insoweit als transparent. Die Bandbreite der zu erwartenden Preisangebote hat sie auf 150 % der günstigsten Offerte festgelegt. Standardisierte Dienstleistungsaufträge können sich von vornherein nur unwesentlich unterscheiden, weshalb bei ihrer Vergabe die Kosten als Zuschlagskriterium im Vordergrund stehen, was mit einer steilen Preiskurve erreicht wird (BVR 2006 S. 500 E. 4.5.4; VGE 2013/250 vom 3.9.2013, E. 3.1; vgl. auch BGE 129 I 313 E. 9.2; BGer 2P.111/2003 vom 21.1.2004, E. 3.3; VGer TG VG.2014.86 vom 24.9.2014, in TVR 2014 Nr. 24 E. 4). Mit Blick auf den zur Diskussion stehenden, weitgehend standardisierten Auftrag «Vergärung Grüngut der Stadt Bern» darf die Gemeinde erwarten, dass die meisten Offerten innerhalb der vorgesehenen Preisskala von 150 % zu liegen kommen und folglich mit Noten im positiven Bereich bewertet werden können. Mithin deckt der vorgegebene Rahmen eine realistische Preisspanne ab. Damit sollte die tatsächliche Bewertung der Angebote die zuvor bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Angebotspreis» von 50 % grundsätzlich effektiv zum Tragen bringen. Im Interesse einer sachgerechten Differenzierung darf die Gemeinde daher die oberhalb der Bandbreite liegenden ausserordentlich teuren Preisofferten durch lineare Fortsetzung der Bewertungsskala mit Negativpunkten bewerten. In diese Kategorie fallen auch die von den Beschwerdegegnerinnen vorgebrachten Rechenbeispiele (Beschwerdeantwort, Rz. 20 ff.). So beruht das mit -10 Punkten benotete Angebot von «Anbieter B» (Rz. 22) auf der Annahme, dass dessen Preis 250 % der günstigsten Offerte beträgt. Nach der Berechnung der Beschwerdegegnerinnen würde das Preiskriterium unter Berücksichtigung der Minuspunkte im Ergebnis mit 75 % gewichtet. Weicht bei einem weitgehend standardisierten Dienstleistungsauftrag ein Angebot in diesem Ausmass vom tiefsten ab, erscheint eine Benotung mit -10 Punkten als durchaus gerechtfertigt. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass unter den genannten Annahmen das Preiskriterium ein tatsächliches Gewicht von 75 % erhält (vgl. vorne E. 4.2). Die Gemeinde hat die Möglichkeit der Bewertung mit Minuspunkten (in unbeschränkter Höhe) in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt und ist damit den Anforderungen des allgemeinen Transparenzgebots und von Art. 30 Abs. 2 ÖBV gerecht geworden.

**6.2** Als Ausgangspunkt für die Berechnung der «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz gemäss Google maps, schnellste Route» wird in den Ausschreibungsunterlagen die «Schützenmatte (Bollwerk 41)» im Zentrum der Stadt Bern vorgesehen (Ziff. 10 des Pflichtenhefts). Um zusätzliches Umladen zu vermeiden, übernimmt ERB das Einsammeln des Grünguts in der Gemeinde und den Transport zur Vergärungsanlage (Grundangebot). Den Anbietenden steht es frei, zusätzlich eine Variante mit Anlieferung des Grünguts durch ERB an einen Umladeplatz in der Region Bern zu unterbreiten. In jedem Fall obliegt die Weiterverarbeitung des Grünguts anschliessend der Anbieterin bzw. dem Anbieter (Ziff. 4 des Pflichtenhefts). Liegt die Vergärungsanlage oder der Umladeplatz bis 10 km von der Schützenmatte entfernt (gefahrere Distanz gemäss Routenplaner auf Google Maps, schnellste Route), erhält das betreffende Angebot die maximalen 5 Punkte (ungewichtet). Pro zusätzliche 5 km (einfacher Weg) wird – unter linearer Bewertung – 1 Notenpunkt abgezogen. Bei einer Distanz von 35 km zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz werden demnach 0 Punkte vergeben. Distanzen über 35 km werden mit Minuspunkten benotet (Ziff. 10 des Pflichtenhefts).

**6.2.1** Aus den Ausschreibungsunterlagen ist klar ersichtlich, wie das Zuschlagskriterium der Distanz bewertet (vorne E. 6.2) und gewichtet (25 %, vorne E. 2.2) werden soll. Die Gemeinde trägt die Kosten für das Einsammeln des Grünguts von Tür zu Tür und den Transport zur Vergärungsanlage oder zum Umladeplatz. Die Höhe der damit verbundenen Auslagen (Material und Personal) hängt dabei weitgehend von der durch ERB zurückzulegenden Distanz bis zu den Anbietenden ab. Aufgrund der erheblichen Bedeutung des Weges im konkreten Fall erscheint es sachgerecht, Angebote, die Wegstrecken von mehr als 35 km erfordern (bzw. mehr als 70 km Hin- und Rückfahrt), mit Minuspunkten zu bewerten. Den Anforderungen des allgemeinen Transparenzgebots hat die Gemeinde entsprochen, indem sie die Möglichkeit der Erteilung von Minuspunkten im Voraus mit hinreichender Klarheit in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat.

**6.2.2** Zu Recht wird im Übrigen nicht mehr vorgebracht, es würden ortsansässige Anbieterinnen und Anbieter bevorzugt. Die geographische Nähe

zur Stadt Bern spielt vorliegend angesichts der von der Vergabebehörde zu tragenden Kosten eine erhebliche Rolle (Transportkosten, Arbeitszeit). Das Zuschlagskriterium und dessen Bemessung erweisen sich als sachlich begründet und beinhalten keine vergabefremden Aspekte (vgl. zum Ganzen VGE 23381 vom 8.1.2009, E. 5.1; vgl. auch BGE 140 I 285 E. 7). Zudem gilt es zu beachten, dass neben dem Grundangebot eine Variante mit Umladeplatz in der Region Bern eingereicht werden kann (vorne E. 6.2), wobei diesfalls für die Bewertung des Angebots die Distanz zwischen der Schützenmatte und dem Umladeplatz massgebend ist (Ziff. 4 des Pflichtenhefts).

**6.3** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in der Ausschreibung vorgesehene Möglichkeit der Bewertung mit Minuspunkten in unbeschränkter Höhe bei den Zuschlagskriterien «Angebotspreis» und «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz» entgegen der Ansicht der Vorinstanz zulässig ist.

## 7.

Umstritten ist schliesslich, ob die Verwendung unterschiedlicher Bewertungssysteme für die drei Zuschlagskriterien zulässig ist.

**7.1** Der Bewertungsmassstab ist so zu wählen, dass das betreffende Kriterium bezogen auf den ausgeschriebenen Auftrag das nötige Gewicht erhält und eine sachgerechte Benotung resultiert (vgl. vorne E. 5.3). Um diesen Anforderungen zu genügen, kann sich je nach Eigenart der Zuschlagskriterien eine unterschiedliche Bewertungsmethode aufdrängen.

**7.2** Die Zuschlagskriterien «Angebotspreis» und «Distanz zur Vergärungsanlage bzw. zum Umladeplatz» stellen quantifizierbare Grössen dar. Damit allfälligen ausserhalb der zu erwartenden Bandbreiten liegenden Angeboten angemessene Rechnung getragen werden kann, erscheint dort eine nach unten offene Skala sinnvoll (vorne E. 6). Anders präsentiert sich die Ausgangslage beim Zuschlagskriterium «Qualität der Vergärungsanlage». Betreffend Qualität hat die Gemeinde bereits in den Eignungskriterien minimale Anforderungen vorgesehen. So muss für die Vergärung des

Grünguts eine gewerblich-industrielle Vergärungsanlage mit thermophiler Vergärung oder einer anderen Art der Hygienisierung zur Verfügung stehen. Die Anlage muss zudem über eine Kapazität von mindestens 4'000 t pro Jahr mit einer Wägeeinrichtung und einer kostenlos nutzbaren Reinigungseinrichtung für die Innenreinigung der Fahrzeuge verfügen (Ziff. 4 und 8 des Pflichtenhefts). Nur Anbietende, welche die Eignungskriterien erfüllen, unterliegen einer Benotung gemäss der vorgesehenen Bewertungsmethode, zumal die anderen zuvor aus dem Verfahren auszuschliessen sind (vgl. Art. 16 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV). Unter diesen Umständen besteht beim Qualitätskriterium im Gegensatz zu den beiden anderen Zuschlagskriterien kein Grund für die Vergabe von Minuspunkten. Zudem ermöglicht die gewählte Bewertungsmethode mit den vorgesehenen Unterkriterien («Qualität des Endprodukts» [40 %], «Gasverwertung» [30 %], «Zertifizierung der Anlage» [20 %] und «Öffnungszeiten der Anlage» [10 %]) und Noten zwischen 0 und 5 Punkten mit Abstufung auf ganze Zahlen eine sachgerechte Benotung.

**7.3** Die Anwendung der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen unterschiedlichen Bewertungssysteme erweist sich damit vorliegend als sachgerecht und transparent. Es findet keine unzulässige Verzerrung der bekannt gegebenen Gewichtungen statt.

## **8.**

**8.1** Vor dem RSA waren noch weitere Einwände gegen die Ausschreibung erhoben worden, welche die Vorinstanz als nicht stichhaltig erachtet hat (angefochtener Entscheid, E. III/4 und 6 ff.); die Beschwerdegegnerinnen haben diese Einwände vor Verwaltungsgericht nicht (wieder) zum Thema gemacht. Mangels Anhaltspunkten für das Vorliegen von Rechtsverletzungen besteht weder Anlass zu einer eingehenderen Prüfung der Ausschreibung von Amtes wegen noch zur Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (vgl. vorne Bst. C).

**8.2** Nach dem Erwogenen erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es

sich, die Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Erlass vorsorglicher Massnahmen (vorne Bst. C) zu beurteilen (BVR 2012 S. 314 E. 5.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 28 N. 5).

## **9.**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdegegnerinnen die Kosten für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und vor dem RSA unter Solidarhaft zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

## **10.**

Gemäss Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entschiede auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG gelten nach der bundesgerichtlichen Praxis kumulativ (BGE 133 II 396 E. 2.1). Soweit ersichtlich überschreitet der Wert der streitbetreffenden Vergabe die massgeblichen Schwellenwerte (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a bzw. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]; vgl. auch vorne E. 1.1). Liegt zudem eine Rechts-

frage 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).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Regierungstatthalteramts Bern-Mittelland vom 15. April 2015 wird aufgehoben.
2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdegegnerinnen auferlegt.  
b) Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden keine Parteikosten gesprochen.
3. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.--, werden den Beschwerdegegnerinnen auferlegt.  
b) Für das Verfahren vor dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - der Einwohnergemeinde Bern
  - den Beschwerdegegnerinnen
  - dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland
  - der Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. BGG geführt werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f BGG erfüllt sind. Andernfalls kann gegen dieses Urteil subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. BGG geführt werden.