

100.2016.48U
ARB/GSE/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 13. Mai 2016

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichter Daum
Gerichtsschreiberin Gschwind

A. _____ AG

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwältin ...

Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B. _____

handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerdegegnerin 1

C. _____ AG

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin 2

und

Regierungsstatthalteramt Emmental

Amthaus, Dorfstrasse 21, 3550 Langnau im Emmental

betreffend Submission; Zuschlag Kanalsanierung auf dem Gemeindegebiet
(Entscheid des Regierungsstatthalteramts Emmental vom 29. Januar 2016;
vbv 13/2015)



Sachverhalt:

A.

Die Einwohnergemeinde (EG) B._____ beabsichtigt, als Massnahme des Generellen Entwässerungsplans (GEP) das Kanalsystem im Gemeindegebiet sanieren zu lassen. Das von der EG B._____ mit der Ausarbeitung der Submissionsunterlagen beauftragte Ingenieurbüro lud für die Kanalsanierung 2015 fünf Unternehmen zur Offertstellung ein, darunter die C._____ AG, D._____, und die A._____ AG. Anstelle der zwischenzeitlich in E._____ AG umfirmierten C._____ AG, D._____, reichte die (neu gegründete) C._____ AG, F._____, eine Offerte ein. Mit Verfügung vom 2. Juni 2015 erteilte die EG B._____ den Zuschlag der unter dieser Firma nicht mehr existierenden C._____ AG, D._____.

B.

Hiergegen gelangte die zweitplatzierte A._____ AG am 25. Juni 2015 an das Regierungsstatthalteramt (RSA) Emmental. Mit Entscheid vom 29. Januar 2016 hiess der Regierungsstatthalter das Rechtsmittel insoweit gut, als er die Zuschlagsverfügung aufhob und den Zuschlag der C._____ AG, F._____, erteilte. Im Übrigen wies er die Beschwerde ab (Ziff. 2 des Dispositivs). Die Verfahrens- und Parteikosten auferlegte er der C._____ AG, F._____, und der EG B._____ (nur Parteikosten) mit der Begründung, diese hätten durch ihr Verhalten das Beschwerdeverfahren veranlasst (Ziff. 3 und 4 des Dispositivs).

C.

Am 11. Februar 2016 hat die A._____ AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben und in der Sache folgende Rechtsbegehren gestellt:

- «1. Ziffer 2 des Entscheids des Regierungsstatthalteramtes Emmental vom 29. Januar 2016 sei teilweise aufzuheben.

2. Die Zuschlagsverfügung der Einwohnergemeinde B._____ vom 2. Juni 2015 sei aufzugeben und der Zuschlag für den Beschaffungsgegenstand sei der Beschwerdeführerin zum offerierten Preis von CHF 325'420.-- (inkl. MWSt) zu erteilen.»

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt die A._____ AG die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Rechtsbegehren 3). Zudem sei ihr Einsicht in die vollständigen Akten zu gewähren mit anschliessender Gelegenheit zur Replik (Rechtsbegehren 4).

Das RSA beantragt mit Eingabe vom 18. Februar 2016 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die EG B._____ schliesst in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. März 2016 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei; betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet sie auf einen Antrag. Mit Beschwerdeantwort vom 14. März 2016 beantragt die C._____ AG, F._____, die Beschwerde sei abzuweisen, ebenso die Gesuche um aufschiebende Wirkung und um Akteneinsicht.

Am 7. April 2016 hat die A._____ AG zur Beschwerdeantwort der C._____ AG, F._____, samt einem neu eingereichten Beweismittel Stellung genommen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]), zumal der für die Anfechtung des Zuschlags massgebliche Schwellenwert des Einladungsverfahrens überschritten ist (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG i.V.m. Anhang 2 der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November

1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]; vgl. auch hinten E. 2).

1.2 Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 79 Abs. 1 VRPG befugt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Da die Beschwerdeführerin am Verfahren vor dem RSA beteiligt war, ohne mit ihren Anträgen vollumfänglich durchzudringen, sind die Legitimationsvoraussetzungen von Art. 79 Abs. 1 Bst. a VRPG gegeben (formelle Beschwer). Als zweitplatzierte Anbieterin in der strittigen Submissionssache ist sie vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und verfügt zudem über ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung im Sinn von Art. 79 Abs. 1 Bst. b und c VRPG, besteht doch eine reelle Chance, dass sie selber den Zuschlag erhält (materielle Beschwer; vgl. BGE 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4; VGE 2016/35 vom 29.2.2016, E. 1.2). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung einzutreten (vgl. auch Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB).

1.3 Die Beschwerdeführerin beantragt die teilweise Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Rechtsbegehren 1). Aus der Beschwerdebegründung ergibt sich, dass sie damit einverstanden ist, soweit der Regierungstatthalter die Zuschlagserteilung an die C. _____ AG, D. _____, aufgehoben hat. Mangels Anfechtung ist dieser Teil des angefochtenen Entscheids in Rechtskraft erwachsen. Einer (weiteren) Aufhebung des von der EG B. _____ erteilten Zuschlags bedarf es – unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens – nicht. Insoweit ist auf das Rechtsbegehren 2 nicht einzutreten.

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

2.

Es ist von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 20a Abs. 1 VRPG), ob die Gemeinde für die strittige Vergabe zu Recht ein Einladungsverfahren durchgeführt hat.

2.1 Der Beschaffungsgegenstand «GEP-Massnahmenumsetzung, Leitungssanierung 2015» beinhaltet im Wesentlichen folgende Leistungen: diverse Installationen, die Vorarbeiten, die Hauptarbeiten bestehend aus Wasserhaltung durch Absperren und Umleiten sowie Einsatz von Saugwagen, Sanierung mit Schlauchrelining, Qualitätskontrolle sowie Regiearbeiten (vgl. Leistungsverzeichnis, Vorakten RSA pag. 115 ff.). Als einziges Zuschlagskriterium hat die EG B. _____ den Preis bestimmt (vgl. Vorakten RSA pag. 143). Mit Blick auf den Vergabegegenstand und das Leistungsverzeichnis ist hier von einem weitgehend standardisierten Werk auszugehen (vgl. Vorakten RSA pag. 115 ff.). Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde den Preis als einziges Zuschlagskriterium bestimmt hat (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 879 f.; Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2004, S. 201 f.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff., 852).

2.2 Dem öffentlichen Beschaffungswesen unterliegen alle Arten von öffentlichen Aufträgen, insbesondere Bauaufträge über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten, Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter und Dienstleistungsaufträge (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]). Das anzuwendende Verfahren wird nach dem Wert des einzelnen Auftrags festgelegt (Art. 1 Abs. 2 ÖBV). Für die Bestimmung der Verfahrensart sind die Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der IVöB massgebend. Die Gemeinden können für ihre Beschaffungen tiefere Schwellenwerte vorsehen (Art. 3 ÖBG). Nach Anhang 2 der IVöB findet das Einladungsverfahren Anwendung auf Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauarbeiten des Baunebengewerbes mit einem Auftragswert unter Fr. 250'000.-- und auf Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes mit einem Wert unter Fr. 500'000.--. Die EG B. _____ hat keine abweichenden

Schwellenwerte festgelegt (vgl. Art. 67 Abs. 3 des Organisationsreglements der EG B. _____ vom 10. Dezember 2014).

2.3 Zu den Bauleistungen gehören die klassischen Baumeisterarbeiten im Hoch- und Tiefbau, darunter auch die Errichtung, Erneuerung und Erweiterung sowie der Rückbau und Abbruch von Tunneln oder Leitungen (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 938). Die Mustervorlage für Vergaberichtlinien vom 2. Mai 2002 [VRöB] zur IVöB enthält Hinweise zur Abgrenzung der Arbeiten des Bauhauptgewerbes von jenen des Baunebengewerbes (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 217 f.; Christoph Jäger, a.a.O., S. 822 f.). Der VRöB kommt keine Rechtsverbindlichkeit zu; sie wird jedoch in der Praxis zum Verständnis der in der IVöB statuierten Grundsätze beigezogen (vgl. statt vieler BGE 129 I 313 E. 8.2 [Pra 93/2004 Nr. 64], 125 II 86 E. 7a; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 69). Die VRöB ordnet in § 3 Abs. 1 alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks dem Bauhauptgewerbe zu, während die übrigen Arbeiten unter das Baunebengewerbe fallen. Die für die Kanalsanierung notwendigen Bauarbeiten gehören gestützt auf diese Umschreibung zum Bauhauptgewerbe, wovon auch die Gemeinde ausgegangen ist (vgl. Vorakten RSA pag. 127). Die Preise aller eingegangenen Angebote liegen unter Fr. 500'000.--. Die Vergabe des Auftrags im Einladungsverfahren ist daher nicht zu beanstanden.

3.

3.1 Am 24. April 2015 lud das von der Gemeinde beauftragte Ingenieurbüro die C. _____ AG mit Sitz in D. _____ (nachfolgend: C. _____ AG D. _____), die Beschwerdeführerin und drei weitere Unternehmen zur Unterbreitung einer Offerte bis zum 22. Mai 2015 ein (vgl. Vorakten RSA pag. 132 ff.). Am 6. Mai 2015 wurde die Beschwerdegegnerin 2 gegründet (vgl. Vorakten RSA pag. 95). Diese reichte am 21. Mai 2015 anstelle der eingeladenen C. _____ AG D. _____ eine Offerte ein und bot einen Preis von Fr. 306'134.-- an (inkl. MWSt; vgl. Vorakten RSA pag. 129 und 199 ff.). Letztere war am 28. April 2015 nach Festlegung neuer Statuten in E. _____ AG umfirmiert worden (vgl. Vorakten RSA

pag. 96). Daneben gingen vier weitere Angebote ein, darunter jenes der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2015, welche die Leistungen für Fr. 325'420.-- (inkl. MWSt) offerierte (vgl. Vorakten RSA pag. 98 und 255 ff.). Die Gemeinde erteilte den Zuschlag am 2. Juni 2015 der C._____ AG D._____, von deren Umfirmierung sie keine Kenntnis hatte (vgl. Vorakten RSA pag. 32 und 143). Die Beschwerdeführerin belegte mit ihrem Angebot den zweiten Rang (vgl. Vorakten RSA pag. 91).

3.2 Die Vorinstanz hat erwogen, die Gemeinde habe den Zuschlag einer Gesellschaft erteilt, die nicht mehr existiere, weshalb die entsprechende Verfügung formell falsch und damit aufzuheben sei. Im Vergabeverfahren habe jedoch die Offerte der Beschwerdegegnerin 2 Gegenstand der Prüfung gebildet, weshalb materiell dem richtigen Angebot der Zuschlag erteilt worden sei. Die frühere C._____ AG D._____ und die Beschwerdegegnerin 2 deckten aufgrund ihres Zweckartikels dasselbe «Geschäftsfeld» ab. Die Beschwerdegegnerin 2 habe zudem glaubwürdig dargelegt, dass sie das gesamte Personal und alle Maschinen und Geräte der C._____ AG D._____ übernommen habe. Folglich könne davon ausgegangen werden, dass die eignungs- und zuschlagsrelevanten Eigenschaften der C._____ AG D._____ auf sie übergegangen seien. Die Beschwerdegegnerin 2 habe zwar ihre «Mitwirkungspflicht» verletzt, indem sie es unterlassen habe, die Vergabebehörde über die Vorgänge rund um ihr Unternehmen zu informieren. Dennoch hätte die Gemeinde bei gehöriger Prüfung der Offerten erkennen müssen, dass das offerierende Unternehmen mit dem eingeladenen nicht identisch sei (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.7 und 2.8.4). Gegen die Beschwerdegegnerin 2 liege im Übrigen kein Ausschlussgrund nach Art. 24 Abs. 1 ÖBV vor; ihr sei der Zuschlag zu erteilen (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.8).

3.3 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, im Einladungsverfahren sei es der Vergabebehörde untersagt, das Angebot eines nicht eingeladenen Unternehmens entgegenzunehmen und diesem den Zuschlag zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin 2 und die frühere C._____ AG D._____ stellten zwei voneinander unabhängige juristische Personen bzw. zwei selbständige Unternehmen dar, die von unterschiedlichen

Personen verwaltet würden, wie dem Handelsregister entnommen werden könne. Es liege auch keine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung vor, die verfahrensrechtlich einen Parteiwechsel zur Folge habe. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt insoweit unrichtig festgestellt. Mit der Zulassung der Offerte einer nicht eingeladenen Gesellschaft habe sie die Bestimmungen des Einladungsverfahrens umgangen und gegen die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung verstossen. Die Annahme, die eignungs- bzw. zuschlagsrelevanten Eigenschaften der C._____ AG D._____ seien wegen der Übernahme des gesamten Personals und aller Maschinen und Geräte auf die Beschwerdegegnerin 2 übergegangen, entbehre jeglicher Grundlage und sei unzutreffend. Sie habe Kenntnis davon, dass der Geschäftsführer und sieben weitere Mitarbeiter der C._____ AG D._____ per 1. Januar 2015 zu einem anderen Unternehmen gewechselt hätten. Die Beschwerdegegnerin 2 hätte im Übrigen nicht nur mangels Einladung, sondern auch wegen fehlender Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (vgl. Beschwerde, Ziff. 11 ff.). Um den Zuschlag dennoch zu erhalten, habe sie auf andere Unternehmen lautende Belege eingereicht und die Gemeinde dadurch getäuscht. Auch aus materiellen Gründen sei sie deshalb vom Verfahren auszuschliessen (vgl. Beschwerde, Ziff. 8 und 15). – Die Beschwerdegegnerin 2 stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe «das Geschäft» der E._____ AG übernommen und erfülle damit sämtliche eignungsrelevanten Eigenschaften. Es treffe nicht zu, dass der Zuschlag an eine nicht zur Offertstellung eingeladenen Gesellschaft erfolgt sei (vgl. Beschwerdeantwort, S. 3).

4.

4.1 Im Einladungsverfahren bestimmt die Vergabebehörde, welche Anbieterinnen und Anbieter sie ohne Ausschreibung direkt zur Offertstellung einladen will; sie hat grundsätzlich mindestens drei Angebote einzuholen (Art. 4 Abs. 1 und 2 ÖBG; Art. 12 Abs. 1 Bst. b^{bis} IVöB). Die Einladung zur Angebotsabgabe erfolgt durch direkte Mitteilung (vgl. Art. 9 Abs. 3 ÖBV). Der Wettbewerb ist auf eingeladene Anbieterinnen und Anbieter beschränkt, welche die Vergabebehörde als fähig erachtet, den Submissions-

gegenstand rechtzeitig und in geeigneter Weise auszuführen. Es besteht kein Anspruch auf Teilnahme an einem Einladungsverfahren (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 636 und 353; Dominik Kuonen, a.a.O., S. 114 und 124). Die Mitteilung der Vergabebehörde mit der Einladung zur Offertstellung enthält namentlich die Eignungs- und Zuschlagskriterien (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Bst. f und g ÖBV). Während letztere leistungsbezogene Merkmale sind (vgl. Art. 30 ÖBV), umschreiben die anbieter- bzw. unternehmerbezogenen Eignungskriterien die Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden, damit gewährleistet ist, dass sie zur sachgerechten Ausführung und Erledigung des geplanten Auftrags in der Lage sind (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 588; Herbert Lang, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBI 2000 S. 225 ff., 242 f.). Eignungskriterien betreffen die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen und Anbieter (vgl. Art. 16 Abs. 2 ÖBV Satz 1; vgl. auch Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Die Vergabebehörde kann von den Anbietenden Nachweise zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien verlangen (Art. 16 Abs. 3 ÖBV). Ihr steht beim Festlegen der Anforderungen, die an eine Vergabe gestellt werden, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (vgl. dazu und zum Folgenden VGE 2013/213 vom 2.10.2013, E. 4.3, 2012/436 vom 18.6.2013, E. 3, 22989 vom 30.7.2007, E. 3.1 ff.).

4.2 Die Eignungsprüfung steht im Dienst der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen, soll vor Ungleichbehandlungen schützen und will die Effizienz des Vergabeverfahrens fördern. Während die Zuschlagskriterien als projektbezogene Merkmale in mehr oder minder hohem Mass erfüllt werden können, sind die Eignungskriterien in der Regel Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt sind oder nicht: Liegt die geforderte Eignung vor, führt dies zur Zulassung zum (weiteren) Verfahren; sind die Eignungskriterien nicht (vollständig) erfüllt, hat dies grundsätzlich den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren zur Folge (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 580 ff.; Martin Beyeler, a.a.O., N. 1508 und 1687; Christoph Jäger, a.a.O., S. 842 f.). Auch im Einladungsverfahren findet eine Eignungsprüfung statt. Diese kann bereits mit der Auswahl der einzuladenden An-

bieterinnen und Anbieter durchgeführt werden. Eine solche vorweggenommene Präqualifikation bzw. Präselektion ermöglicht es der Vergabebehörde, den Anbieterkreis von vornherein auf geeignete Anbieterinnen und Anbieter zu beschränken (vgl. Dominik Kuonen, a.a.O., S. 114 ff. und 172; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 632 ff.; vgl. auch BVR 2002 S. 543 [VGE 21294 vom 19.3.2002], nicht publ. E. 6). Die Eignung muss durch das ganze Verfahren hindurch und darüber hinaus auch während der gesamten Zeit der Vertragserfüllung gegeben sein (vgl. Martin Beyeler, a.a.O., N. 1684 und 1687). In diesem Sinn schreibt Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV vor, dass Anbieterinnen und Anbieter von der Teilnahme am Verfahren auszuschliessen sind, wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht (mehr) erfüllen. Selbst wenn die Eignungsprüfung bereits mit der Präselektion stattgefunden hat, ist es der Vergabebehörde unbenommen, von den eingeladenen Unternehmen Belege über ihre (fortdauernde) Eignung zu verlangen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a ÖBG; Dominik Kuonen, a.a.O., S. 147 und 176; vgl. auch Martin Beyeler, a.a.O., N. 1687).

4.3 Gemäss Ziff. 2.1.5 der Einladungsunterlagen haben die Anbieterinnen und Anbieter die Eignungskriterien vollständig zu erfüllen. Die einzelnen Eignungskriterien werden nicht genannt; allerdings wird darauf hingewiesen, dass die Selbstdeklaration vollständig auszufüllen ist (vgl. Vorakten RSA pag. 102 und 109). Dies legt den Schluss nahe, dass die Gemeinde zusammen mit dem von ihr beauftragten Ingenieurbüro die Eignung der potentiellen Anbieterinnen und Anbieter bereits im Rahmen einer Präselektion beurteilt und nur geeignete Unternehmen zur Offertstellung eingeladen hat. Die (wahrheitsgetreu) ausgefüllte Selbstdeklaration dient der Prüfung (weiterer) Ausschlussgründe im Zuschlagszeitpunkt.

5.

5.1 Es ist grundsätzlich unbestritten, dass gestützt auf den angefochtenen Entscheid mit der Beschwerdegegnerin 2 eine juristische Person den Zuschlag erhalten hat, die mit der eingeladenen nicht identisch ist. Dem Handelsregister können in Bezug auf die beiden Gesellschaften folgende Informationen entnommen werden: Die in F._____ domizilierte

Beschwerdegegnerin 2 wurde am 6. Mai 2015 als Aktiengesellschaft (Unternehmensnummer CH-1_____) neu ins Handelsregister eingetragen. Der Eintrag wurde am 11. Mai 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert. Mangels anderer Hinweise im Handelsregister ist von einer reinen Bargründung auszugehen, zumal allfällige Sacheinlagen oder Sachübernahmen hätten eingetragen werden müssen (Art. 642 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Die C._____ AG D._____ mit Sitz in D._____ (Unternehmensnummer CH-2_____) wurde demgegenüber am 28. April 2015 (Eintrag im Tagebuch) bzw. 1. Mai 2015 (Publikation SHAB) in die E._____ AG umfirmiert. Sie hatte zu einem früheren Zeitpunkt die Aktiven und Passiven der (ehemaligen) C._____ AG mit Sitz in F._____ (Unternehmensnummer CH-3_____) übernommen, die per 11. Dezember 2012 aus dem Handelsregister gelöscht worden war. Eine Aktiengesellschaft erlangt erst mit Eintrag ins Handelsregister ihre Rechtspersönlichkeit (Art. 643 OR). Die Unternehmensidentifikationsnummer bleibt während des Bestehens des Rechtsträgers unverändert, so insbesondere auch bei einer Sitzverlegung, Umwandlung oder Änderung des Namens oder der Firma (Art. 936a Abs. 2 OR). Wenn eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft aufgelöst wird, ist die Eintragung im Handelsregister zu löschen (Art. 737, Art. 746 sowie Art. 938 OR). Die Einwendung, jemand habe eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung im Handelsregister nicht gekannt, ist ausgeschlossen (Art. 933 Abs. 1 OR).

5.2 Die Beschwerdegegnerin 2 bestreitet nicht, dass sie im Handelsregister als neu gegründete (eigenständige) Gesellschaft eingetragen ist. Sie macht jedoch geltend, «das Geschäft» der früheren C._____ AG D._____ übernommen zu haben und verweist auf den im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht neu eingereichten Kaufvertrag vom 21. Mai 2015. Darin verpflichtet sich die E._____ AG als Verkäuferin, die betrieblichen Aktiven, insbesondere den Anlagen- und Maschinenpark, die Fahrzeuge und Warenvorräte sowie die per 1. Mai 2015 noch bestehenden Arbeitsverträge in Form einer Singularsukzession auf die Beschwerdegegnerin 2 zu übertragen (vgl. act. 9A/2 Ziff. 1 f.). Da ausser gewissen Garantieverpflichtungen keine Passiven übertragen worden sind (vgl. act. 9A/2

Ziff. 2.7), liegt entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin 2 (vgl. act. 9 S. 3) keine Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR vor (vgl. BGE 129 III 167 E. 2.1 [Pra 92/2003 Nr. 120]). Auch bewirkt ein solches Rechtsgeschäft keine Identität von Käuferin und Verkäuferin. Insbesondere hat die Beschwerdegegnerin 2 weder die (ehemalige) C._____ AG D._____ noch die (umfirmierte) E._____ AG in Form einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung übernommen, was sie ausdrücklich anerkennt (vgl. act. 9 S. 3; vgl. dazu allgemein Denzler/Hempel, Fusioniert, gespalten und übertragen – wenn Anbieter ihr Rechtskleid wechseln, in BR 2006 S. 24 f.). Insofern trifft zu, dass der Zuschlag an ein nicht zum Verfahren eingeladenes Unternehmen erteilt worden ist (vgl. Beschwerde, Ziff. 11 ff.). Die dagegen vorgebrachten Einwände sind unbehelflich (vgl. Beschwerdeantwort, S. 3 f.).

6.

6.1 Das kantonale Beschaffungsrecht sieht vier Verfahrensarten vor; das offene Verfahren, das selektive Verfahren, das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren (Art. 12 Abs. 1 IVöB; Art. 4 ff. ÖBV). Die Vergabebehörde ist an diese vier Verfahrenstypen und an die diesbezüglichen Regelungen gebunden (sog. numerus clausus der Verfahrensarten). Den Beteiligten muss klar sein, welche Verfahrensart zur Anwendung gelangt und wie das Verfahren im Einzelnen gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen ausgestaltet ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 282; Christoph Jäger, a.a.O., S. 832 und 835). Die Vergabebehörde darf weder neue gesetzlich nicht vorgesehene Verfahrensarten erfinden noch die bestehenden Verfahren miteinander vermischen; beides stünde in Widerspruch zum Legalitätsprinzip und zum Transparenzgebot. Die hier interessierende Beschaffung wird im Einladungsverfahren vergeben, womit die entsprechenden Verfahrensvorschriften Anwendung finden (vgl. vorne E. 2). Nachdem die Gemeinde ihre Eignung im Rahmen einer Präselektion geprüft hatte (vgl. vorne E. 4.3), lud sie unter anderem die C._____ AG D._____ zur Angebotsabgabe ein. Die Offerte eingereicht hat indessen die erst später gegründete und nicht dazu eingeladene Beschwerdegegnerin 2. Würde dieses Angebot berücksichtigt, läge nach

dem Gesagten eine verpönte Vermischung des Einladungsverfahrens mit dem offenen Verfahren vor. Mit Blick auf die im Einladungsverfahren geltenden Bestimmungen ist die Beschwerdegegnerin 2 als Nichteingeladene vom Verfahren auszuschliessen (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 536; Dominik Kuonen, a.a.O., S. 151 ff.).

6.2 Ausserdem würde mit der Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdegegnerin 2 das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot verletzt. Ist wie vorliegend die Eignungsprüfung bereits in einem Vorstadium durchgeführt worden (vorne E. 4.3) und findet sie im Rahmen der Offertprüfung nur beschränkt oder gar nicht mehr statt (vgl. sogleich E. 6.3), besteht mit der Zulassung eines nicht eingeladenen Unternehmens die Gefahr, dass Offerten geeigneter und ungeeigneter Anbieterinnen und Anbieter einzig anhand des Preiskriteriums miteinander verglichen werden. Das Prinzip der Gleichbehandlung der Submissionsteilnehmenden gemäss Art. 11 Bst. a IVöB soll die Durchführung eines fairen und geordneten Vergabeverfahrens sicherstellen; es ist nicht nur für den Zugang zum Verfahren, sondern auch innerhalb desselben zu beachten. Die Vergabebehörde darf nicht einzelnen Anbietenden Vorteile gewähren oder Nachteile auferlegen, die für die anderen Anbietenden nicht auch gelten. Ebenso wenig darf sie einseitig zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Anbieterinnen bzw. Anbieter in den Wettbewerb eingreifen. Das Vergabeverfahren muss für alle nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten (vgl. VGE 2013/213 vom 2.10.2013, E. 5.2; Christoph Jäger, a.a.O., S. 830 ff.).

6.3 Selbst wenn die Gemeinde die Eignung der Beschwerdegegnerin 2 im Rahmen der Offertprüfung hätte klären wollen (vgl. dazu auch vorne E. 4.2), wäre sie dazu mangels entsprechender Nachweise nicht in der Lage gewesen. Mit ihrer Offerte hat die Beschwerdegegnerin 2 mehrere Dokumente eingereicht. Nebst einem nicht mehr aktuellen Handelsregis-
terauszug finden sich darunter auf die C. _____ AG D. _____
lautende Eignungsatteste und Bestätigungen (Vorakten RSA pag. 139 f. und 199 ff.). Mit diesem Vorgehen hat die Beschwerdegegnerin 2 nicht nur eine Prüfung ihrer Eignung verunmöglicht, sondern aufgrund der

gleichlautenden Firmennamen die Vergabebehörde getäuscht und Verwirrung gestiftet (zu den Zustellungsschwierigkeiten im anschliessenden Beschwerdeverfahren vgl. insb. Verfügung des RSA vom 30.6.2015, Vorakten RSA pag. 12 ff.). Ob sie damit den Tatbestand von Art. 24 Abs. 1 Bst. d ÖBV erfüllt hat, kann dahingestellt bleiben. Eine falsche Auskunft im Sinn dieser Bestimmung liegt jedoch insofern vor, als sie in der Selbstdeklaration das Jahr 1989 als ihr Gründungsjahr angegeben hat, obwohl sie erst im Jahr 2015 gegründet worden ist (vgl. Vorakten RSA pag. 139; vorne E. 5.1). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.8) hätte die Beschwerdegegnerin 2 somit auch gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. d ÖBV vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Bei diesen Gegebenheiten ist unerheblich, ob die Befähigung zur Arbeit mit Glasfaser ein unerlässliches Eignungskriterium darstellt bzw. ob der für diese Arbeiten beabsichtigte (aber nicht deklarierte) Beizug eines Drittunternehmens zulässig wäre (vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. b und c ÖBV; angefochtener Entscheid, E. 2.8.1; Beschwerde, Ziff. 15).

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin 2 als nicht eingeladene Offerentin, deren Eignung fraglich ist und die der Gemeinde falsche Auskünfte erteilt hat, vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Der ihr durch die Vorinstanz erteilte Zuschlag ist aufzuheben. Die Beschwerdeführerin hat unter den verbleibenden Anbieterinnen mit Fr. 325'420.-- das günstigste Angebot eingereicht (vgl. vorne E. 3.1). Da der Preis das einzige Zuschlagskriterium darstellt und die Eignung der Beschwerdeführerin unbestritten ist, ist ihr der Zuschlag zu erteilen (vgl. Art. 34 Abs. 1 ÖBV).

7.

7.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid ist soweit die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin 2 betreffend aufzuheben. Der Zuschlag für die Vergabe «GEP-Massnahmenumsetzung, Leitungssanierung

2015» auf dem Gemeindegebiet der EG B._____ ist der Beschwerdeführerin zum Preis von Fr. 325'420.-- zu erteilen.

7.2 Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen (vgl. BVR 2012 S. 314 E. 5.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 28 N. 5). Da die Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen durchdringt, werden auch die Gesuche um Gewährung der Einsicht in die vollständigen Akten und um Einräumung der Gelegenheit zur Replik hinfällig.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Das teilweise Nichteintreten (vorne E. 1.3) rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Die Gemeinde gilt nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in Submissionsverfahren nicht als in Vermögensinteressen betroffen (vgl. BVR 1999 S. 90 E. 3a), weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 108 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die unterliegende Beschwerdegegnerin 2 hat daher die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 24.3.2015).

8.2 Die Beschwerdegegnerinnen haben der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin die Parteikosten je hälftig unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Die Kostennote ihrer Rechtsvertreterin gibt grundsätzlich zu keinen Bemerkungen Anlass. Allerdings ist die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>) und kann deshalb die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsge-

richts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6).

8.3 Die Verfahrens- und Parteikosten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden den im vorliegenden Verfahren unterliegenden Beschwerdegegnerinnen auferlegt (vgl. vorne Bst. B; angefochtener Entscheid, E. 2.10 f.). Es besteht kein Anlass, davon abzuweichen (vgl. auch Art. 84 Abs. 2 VRPG).

9.

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 Beschaffung, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des BöB 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 Ziff. 2 BGG gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kumulativ (vgl. BGE 133 II 396 E. 2.1). Der Wert der streitbetroffenen Vergabe erreicht den massgeblichen Schwellenwert nicht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB), weshalb das vorliegende Urteil mit dem Hinweis auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu versehen ist (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Entscheid des Regierungsstatthalteramts Emmental vom 29. Januar 2016 wird soweit die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin 2

betreffend aufgehoben. Der Zuschlag für die Vergabe «GEP-Massnahmenumsetzung, Leitungssanierung 2015» auf dem Gemeindegebiet der Einwohnergemeinde B._____ wird der Beschwerdeführerin zum Preis von Fr. 325'420.-- erteilt.

2. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden der Beschwerdegegnerin 2 auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerinnen haben der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf insgesamt Fr. 3'795.50 (inkl. Auslagen), je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 1'897.75, zu ersetzen.
4. Die Kostenverlegung vor dem Regierungsstatthalteramt Emmental bleibt unverändert.
5. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Beschwerdegegnerin 1
 - der Beschwerdegegnerin 2
 - dem Regierungsstatthalteramt Emmental
 - der Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.