

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 18. Dezember 2017**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiber Spring

### **Einwohnergemeinde Bern**

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

vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerin

gegen

### **A. \_\_\_\_\_ AG**

handelnd durch die statutarischen Organe  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin

und

### **Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland**

Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

sowie

### **B. \_\_\_\_\_ AG**

handelnd durch die statutarischen Organe

betreffend Submission; Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren  
für die Gipserarbeiten bei der Volksschule C. \_\_\_\_\_ (Entscheid des  
Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 28. Juli 2017; vbv 60/2017)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 30. November 2016 schrieb die Fachstelle Beschaffungswesen der Einwohnergemeinde (EG) Bern die im Rahmen der Gesamtsanierung und Erweiterung der Schulanlage (Volksschule, nachfolgend: VS) C. \_\_\_\_\_ erforderlichen Gipsarbeiten im offenen Verfahren aus. Um die ausgeschriebenen Arbeiten bewarben sich zehn Unternehmen, darunter die A. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ AG. Letztere offerierte die Arbeiten für Fr. 524'498.65, die A. \_\_\_\_\_ AG für Fr. 493'039.85 (je netto). Am 6. April 2017 erteilte die EG Bern der B. \_\_\_\_\_ AG den Zuschlag und schloss in der gleichen Verfügung die A. \_\_\_\_\_ AG vom Vergabeverfahren aus, weil diese im Rahmen der beiden letzten Aufträge ungerechtfertigte Forderungen gestellt habe.

### **B.**

Hiergegen gelangte die A. \_\_\_\_\_ AG am 18. April 2017 mit Beschwerde an das Regierungsstatthalteramt (RSA) Bern-Mittelland. Die stellvertretende Regierungsstatthalterin erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und gewährte der A. \_\_\_\_\_ AG teilweise Akteneinsicht. Mit Entscheid vom 28. Juli 2017 hiess sie die Beschwerde gut, hob die angefochtene Verfügung der EG Bern auf und erteilte der A. \_\_\_\_\_ AG den Zuschlag für die Gipsarbeiten. Die Verfahrenskosten (ohne Gesuchsverfahren) auferlegte sie der EG Bern und verpflichtete diese, der obsiegenden A. \_\_\_\_\_ AG die Parteikosten zu ersetzen, wobei die Höhe nach Rechtskraft des Entscheids bestimmt werde.

### **C.**

Am 10. August 2017 hat die EG Bern Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Verfügung der EG Bern vom 6. April 2017 sei zu bestätigen;

eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das RSA Bern-Mittelland hat am 16. August 2017 auf eine förmliche Vernehmung verzichtet. Die A. \_\_\_\_\_ AG schliesst mit Beschwerdeantwort vom 5. September 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Die B. \_\_\_\_\_ AG hat sich nicht vernehmen lassen.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Mit Blick auf die Höhe der im Vergabeverfahren offerierten Preise (vgl. vorne Bst. A) ist davon auszugehen, dass der streitbetroffene Auftrag die Schwellenwerte, ab denen für kommunale Submissionen 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 731.2-1] und Art. 2 Abs. 1 Bst. b 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 EG Bern 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 2015 S. 564 [VGE 2015/142 vom 14.8.2015] nicht publ. E. 1.2, 2009 S. 565 [VGE 2009/44/45 vom 26.6.2009] nicht publ. E. 1.2.1; ferner BGE 138 I 143 E. 1.3 mit Hinweis auf die bundesgerichtli-

che Legitimationspraxis in Vergabesachen). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.3** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. I der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) schliessen die Vergabebehörden Anbieterinnen vom Verfahren aus, die für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr bieten. Die EG Bern erachtet diese Voraussetzung gestützt auf die in der Vergangenheit gemachten negativen Erfahrungen mit der Beschwerdegegnerin als erfüllt. Sie wirft der Beschwerdegegnerin vor, bei mehreren Projekten, bei welchen sie dank sehr tiefer Preisofferten den Zuschlag erhalten hatte, erhebliche Nachforderungen gestellt zu haben, zu deren Bereinigung in zwei Fällen ein zeit- und kostenintensives Schlichtungsverfahren habe durchgeführt werden müssen und die sich in wesentlichem Umfang als unbegründet erwiesen hätten. Aufgrund dieser Vorkommnisse schloss sie die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren «VS C.\_\_\_\_\_, Gipserarbeiten» aus. Diese ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Ansicht, allfällige Probleme in der Zusammenarbeit mit der EG Bern rechtfertigten keinen Ausschluss vom Vergabeverfahren. Sie habe im Übrigen nur Nachforderungen gestellt, von deren Berechtigung sie überzeugt gewesen sei.

Den Akten kann dazu folgender Sachverhalt entnommen werden:

**2.2** Seit November 2008 hat die EG Bern 14 Aufträge für Verputz- und Gipserarbeiten an die Beschwerdegegnerin vergeben. Gemäss handschriftlichen Nachführungen auf dem «Submiss-Firmenblatt» der EG Bern vom 4. Mai 2017 (Beschwerdeantwortbeilage [BAB] 3 der EG Bern im vorinstanzlichen Verfahren, Vorakten RSA, act. 3B, nachfolgend: Firmenblatt) hat die Beschwerdegegnerin bei den Projekten «VS D.\_\_\_\_\_» (2012) und «VS E.\_\_\_\_\_» (2015) zusätzliche Forderungen im Umfang von

56 % bzw. 25 % des offerierten Nettobetrags geltend gemacht. Als besonders problematisch erachtete die EG Bern die Zusammenarbeit im Projekt «F.\_\_\_\_\_» (2012, offerierter Nettopreis für Gipsarbeiten: Fr. 723'382.36): Nachdem sich die Parteien über das «Schlussausmass» und die Schlussabrechnung nicht hatten einigen können, beauftragten sie im Juli 2015 einen neutralen Schlichter mit der Ausarbeitung eines Vergleichsvorschlags (vgl. «Vermittlungs- resp. Schlichtungsauftrag», BAB 4a, Vorakten RSA, act. 3B). Dieser legte die Gesamtabrechnungssumme vergleichsweise auf Fr. 1'070'649.75 fest, womit sich die EG Bern und später auch die Beschwerdegegnerin einverstanden erklärten (vgl. BAB 4b, Vorakten RSA, act. 3B).

**2.3** Für Gipsarbeiten an drei Häusern (A, B und C) des Projekts «G.\_\_\_\_\_» offerierte die Beschwerdegegnerin am 14. August 2015 einen Nettopreis von Fr. 2'445'907.36 und erhielt den Zuschlag (vgl. Firmenblatt S. 2). Den in der Vergangenheit gemachten negativen Erfahrungen trug die EG Bern mit einem umfassenden Massnahmenkatalog Rechnung, welcher (ungerechtfertigte) Forderungen der Beschwerdegegnerin verhindern und allgemein den Aufwand der EG Bern im Zusammenhang mit solchen Forderungen reduzieren sollte. Die nachfolgenden Ereignisse hat die EG Bern im Dokument «Historie G.\_\_\_\_\_» zusammengefasst und mit der umfangreichen Korrespondenz zwischen ihr bzw. der von ihr beauftragten Bauleitung und der Beschwerdegegnerin als unpaginierte Unterlagen im Verfahren vor der Vorinstanz eingereicht (BAB 5, Vorakten RSA, act. 3B1, nachfolgend: «Historie G.\_\_\_\_\_»). Die Beschwerdegegnerin wurde noch vor der Zuschlagserteilung aufgefordert, den «Detailkatalog» zu prüfen und schriftlich zu bestätigen, dass «die Ausführungsdetails so ausgeführt werden und dass auch keine Mehrkosten entstehen» (vgl. Beschwerde Rz. 38; «Historie G.\_\_\_\_\_» S. 1 auch zum Folgenden). Die weiteren an der Startsitzen vom 2. November 2015 getroffenen Massnahmen zielten ebenfalls darauf ab, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, vor dem Beginn gewisser Arbeitsschritte den möglichen Mehraufwand zu prüfen und der Bauleitung (vorgängig) mitzuteilen. Bereits am 30. November 2015 machte die Beschwerdegegnerin einen «Nachtrag» geltend, der von der Bauleitung als nicht nachvollziehbar umgehend zurückgewiesen wurde. In der Folge teilte die Beschwerdegegnerin mit, sie

könne das nachträglich an ihre Betriebsferien angepasste Terminprogramm «infolge bereits erstellter [weiterer] Nachträge» nicht bestätigen. Die auf wiederholte Aufforderung eingereichten Beweismittel vermochten die Bauleitung von der Rechtmässigkeit der Forderungen nicht zu überzeugen. Um die bereits in diesem Vorstadium verfahrenere Situation zu klären, lud die Bauleitung die Beteiligten zum Gespräch «am runden Tisch» ein, das am 3. Februar 2016 stattfand. Damals beliefen sich die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Mehrkosten auf insgesamt Fr. 121'292.--. Gemäss dem protokollierten und in der Folge von der Beschwerdegegnerin teilweise bestrittenen Sitzungsergebnis wurden drei dieser Nachforderungen abgelehnt, eine an die Versicherung weitergeleitet und bei zwei weiteren Forderungen zusätzliche Plausibilisierungen durch die Beschwerdegegnerin verlangt (vgl. Protokoll «Runder Tisch» samt Beilage, BAB 5, act. 3B1).

**2.4** Nach Unterzeichnen des Werkvertrags am 1. März 2016 bemühten sich die Parteien vergeblich, die nach wie vor bestehenden Differenzen zu bereinigen. Daraufhin wurde ein unabhängiger Experte als Schlichter eingesetzt, der den Parteien am 31. August 2016 einen «Vermittlungs-Vorschlag» unterbreitete (BAB 5, act. 3B1; vgl. «Historie G. \_\_\_\_\_» S. 3 f.). Diesem kann entnommen werden, dass der Schlichter gewisse «Zuschläge» und «Mehraufwände» als «geschuldet» erachtete, andere hingegen als ganz oder teilweise unberechtigt ablehnte. Die Beschwerdegegnerin hat den Vorschlag trotz entsprechender Aufforderung – anders als die EG Bern – soweit aktenkundig nicht akzeptiert und bestätigt (vgl. «Historie G. \_\_\_\_\_» S. 5). Am 17. November 2016 versandte die Beschwerdegegnerin «das Ausmass für das Haus B» bzw. die einer Nachforderung zugrunde liegenden Mengenerrechnungen zur Kontrolle an die Bauleitung. Diese stellte fest, dass «das Ausmass diverse neue Positionen enthalte, die weder im Leistungsverzeichnis noch im Ergebnis des Schlichtungsberichts enthalten» seien. Da die nachgereichte Begründung der Beschwerdegegnerin die Bauleitung insbesondere von der Zulässigkeit der Forderung betreffend «Schiftung Aussenwände» nicht zu überzeugen vermochte, führte diese am 12. Januar 2017 «Sondagen» an zwei fertiggestellten Wänden durch (vgl. «Historie G. \_\_\_\_\_» S. 5). Die Prüfungen ergaben, dass an diesen Wänden keine 10 mm übersteigende und damit zu

Nachforderungen berechtigende «Schiftung» angebracht worden war. Dabei fiel der Bauleitung auf, dass die offengelegten «Unterkonstruktionen manipuliert» worden waren, damit sie der «Toleranz > 1,0 cm» entsprechen (vgl. «Historie G. \_\_\_\_\_» S. 6). Die Beschwerdegegnerin veranlasste daraufhin vier weitere «Sondagen», wobei wiederum bis auf eine Probe keine 10 mm übersteigende «Schiftung» festgestellt werden konnte. Insgesamt beruhte somit nur eine von sechs Nachforderungen betreffend «Schiftung Aussenwände» auf einem berechtigten Mehraufwand (vgl. E-Mail des Bauleiters vom 21.2.2017, Beschwerdebeilage [BB] 3a, act. 1C). Die Beschwerdegegnerin akzeptierte dieses Ergebnis und erklärte sich damit einverstanden, dass «nur [...] 1/6 der Fläche für das Schiften [...] ins Ausmass» aufgenommen werde (E-Mail vom 28.2.2017, BB 3b, act. 1C; vgl. auch Beschwerdeantwort S. 16). Die Fachstelle Beschaffungswesen der EG Bern beantragte am 8. März 2017 der gemeindeinternen zum Vergabeentscheid zuständigen Präsidialdirektion den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Projekt «VS C. \_\_\_\_\_, Gipserarbeiten», da es «nach wie vor offene und bestrittene Forderungen» beim Projekt «G. \_\_\_\_\_» gebe (BAB 2, Vorakten RSA, act. 3B).

### 3.

**3.1** Der Ausschlussgrund gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV gilt als Auffangtatbestand. Der Ausschluss wird dabei auf eine fehlende Hauptvoraussetzung für den Zuschlag, hier die mangelnde Eignung der Anbieterin, zurückgeführt (Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff. [nachfolgend: Öffentliches Beschaffungsrecht], S. 855, N. 152; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bst. i ÖBG, wonach die Zuschlagsverfügung widerrufen werden kann, wenn die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr mehr bieten kann). Der Ausschluss vom Vergabeverfahren muss vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) wie auch dem Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) standhalten (vgl. VGE 2009/210 vom 20.11.2009 E. 2.3; Herbert Lang, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBI 2000

S. 225 ff., 234 ff.). Das bedeutet, dass ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen muss; geringfügige Mängel der Offerte bzw. allfälliges (Fehl-)Verhalten der Anbieterinnen mit Bagatelldarakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss (vgl. BVR 2008 S. 352 E. 4.3.2; VGE 22989 vom 30.7.2007 E. 3.5, 22652 vom 20.11.2006 E. 2.3; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 856, N. 155, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 444). Dies gilt auch dann, wenn die einschlägige Vorschrift (wie Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV) nicht als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet ist, sondern gemäss Wortlaut der Ausschluss anzuordnen ist, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. VGE 2009/210 vom 20.11.2009 E. 2.3).

**3.2** Unter den Verfahrensbeteiligten ist umstritten, wie die in Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV genannten Voraussetzungen zu verstehen sind. Die stellvertretende Regierungsstatthalterin hat erwogen, mit richtiger Vertragserfüllung sei die Einhaltung der massgebenden Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) gemeint. Bei Werkverträgen schulde die Anbieterin nach Art. 363 ff. OR einzig die Herstellung eines Werks; eine korrekte Abrechnung der erbrachten Leistung sei dagegen nicht Teil der vertraglichen Pflichten (vgl. angefochtener Entscheid E. III/5.2 ff.). Die EG Bern ist der Ansicht, diese Auslegung von Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV greife zu kurz (vgl. Beschwerde Rz. 55 ff.). Die Beschwerdegegnerin teilt zwar grundsätzlich das Normverständnis der Vorinstanz (vgl. Beschwerdeantwort S. 22), räumt aber ein, dass das (bösgläubige) Geltendmachen von auf fehlerhaften Mengenerrechnungen beruhenden Nachforderungen eine Vertragspflichtverletzung darstellen könne (vgl. Beschwerdeantwort S. 23 f.).

**3.3** Keines der üblichen Auslegungselemente (vgl. dazu statt vieler BVR 2016 S. 293 E. 3.1) lässt den Schluss zu, Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV finde nur dann Anwendung, wenn eine im OR (explizit) genannte Vertragspflicht verletzt sei. Sollte diese Bestimmung tatsächlich auf die Verletzung ausdrücklich geregelter vertraglicher Pflichten beschränkt sein, müssten zumindest der von den Parteien unterzeichnete Werkvertrag sowie die einschlägigen SIA-Normen in die Prüfung einbezogen werden. Für eine Beschränkung des unbestimmten Rechtsbegriffs der richtigen Vertragser-

fällung auf *vertragsspezifische* Pflichten fehlen indes jegliche Hinweise (vgl. auch Vortrag der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern an den Regierungsrat betreffend Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 20. September 2002, S. 6 ff. und Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 5. Dezember 2001 [Tagblatt des Grossen Rates 2002, Beilage 10, S. 5]). Insbesondere ist nicht erkennbar, weshalb das unter Vertragsparteien zu beachtende allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (vgl. Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) von Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV nicht erfasst sein sollte. Zu Recht folgert die EG Bern aus diesem Grundsatz, die Ausschlussvoraussetzungen seien auch dann erfüllt, wenn eine Anbieterin in der Vergangenheit aus anderen Gründen als einer mangelhaften Herstellung des Werkes sich in der Vertragserfüllung als nicht vertrauenswürdig erwiesen habe (vgl. insb. Beschwerde Rz. 23, 60).

**3.4** Entgegen der Auffassung der Vorinstanz räumt Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV der Vergabebehörde einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum ein (Christoph Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014 [nachfolgend: Ausschluss vom Verfahren], S. 343, N. 46 auch zum Folgenden; vgl. auch vorne E. 3.1). Dieser obliegt es, die darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe sachgerecht zu konkretisieren. Dabei hat sie nicht nur die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze (vgl. vorne E. 3.1), sondern auch die Grundsätze des Vergaberechts zu beachten. Den in den Zweckartikeln definierten submissionsrechtlichen Zielen und Grundsätzen kommt insofern eine wichtige Lenkungs- und Begrenzungsfunktion zu (vgl. Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 828, N. 68). Zu diesen Grundsätzen zählen vor allem die Stärkung eines wirksamen Wettbewerbs und die Förderung eines wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 11 IVöB; vgl. auch Art. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]; BGer 2C\_582/2016 vom 22.5.2017 E. 4.4.2; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, N. 209 ff.).

**3.5** Die staatliche Bedarfsdeckung hat grundsätzlich nach den gleichen Überlegungen zu erfolgen wie diejenige von privaten Unternehmen (vgl. Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 827, N. 67). Das Gemeinwesen soll nicht gezwungen werden, mit einem Unternehmen zusammenzuarbeiten, das sich als unzuverlässig und vertrauensunwürdig erwiesen hat. Im Interesse eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs sind daher Anbieterinnen auszuschliessen, die selbst oder mit Bezug auf ihr Angebot die erforderlichen Grundvoraussetzungen – zu denen auch die Vertrauenswürdigkeit und Verlässlichkeit gehören – nicht erfüllen (vgl. Herbert Lang, a.a.O., S. 234). Stellt ein Unternehmen ungerechtfertigte Nachforderungen und verursacht damit nicht unbedeutende zusätzliche Kosten und Aufwände, sind nicht nur seine Vertrauenswürdigkeit und Verlässlichkeit, sondern auch die Grundsätze des Vergaberechts und damit seine Eignung zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren in Frage gestellt. Der Ausschluss solcher Anbieterinnen ist gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV zulässig. Entgegen der Meinung der Beschwerdegegnerin steht dieses Ergebnis nicht im Widerspruch zur Lehre (vgl. Beschwerdeantwort S. 23), zumal in der zitierten Literaturstelle nur der Fall einer einzelnen Nachforderung behandelt wird (vgl. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in Zufferrey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 36, N. 14).

#### **4.**

**4.1** Die EG Bern stützt ihren Vorwurf, die Beschwerdegegnerin erhebe regelmässig und in wesentlichem Umfang ungerechtfertigte Forderungen, insbesondere auf die Erfahrungen aus der Zusammenarbeit bei den Projekten «F.\_\_\_\_\_» und «G.\_\_\_\_\_» (vgl. Beschwerde Rz. 16). Mit den Ergebnissen der an sechs fertiggestellten Aussenwänden vorgenommenen «Sondagen» (vgl. vorne E. 2.4) sei der Nachweis erbracht, dass die Beschwerdegegnerin entweder mit Absicht oder aus Unfähigkeit bzw. Nachlässigkeit in bedeutendem Umfang unberechtigte Forderungen gestellt habe (vgl. Beschwerde Rz. 18 ff., 43 ff.). Die Beschwerdegegnerin erklärt, dass sie ein «professionelles Nachtragsmanagement» betreibe und den berechtigten Mehraufwand konsequent einfordere. Sie

bestreitet jedoch, dass sie bewusst und mit System (zu) tief offeriere, um dann mit «Nachträgen» einen Gewinn zu erwirtschaften (Beschwerdeantwort S. 11). – Die Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV (vgl. E. 3.5 hiervor) beurteilt sich aufgrund einer Würdigung des Sachverhalts. Eine solche hat die Vorinstanz infolge ihres unzutreffenden Normverständnisses nicht vorgenommen. Grundsätzlich ist es nicht Sache des Verwaltungsgerichts, die Sachverhaltsfeststellung und -würdigung erstmals vorzunehmen. Aus prozessökonomischen Überlegungen und mit Blick auf das in Submissionsstreitigkeiten erhöhte Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 14 ÖBG; Art. 15 ff. IVöB) rechtfertigt sich hier jedoch eine Ausnahme. Das Verwaltungsgericht verfügt im Übrigen über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die Vorinstanz (Art. 14 ÖBG; vorne E. 1.3). Grundsätzlich obliegt es der EG Bern als Vergabebehörde nachzuweisen, dass der Ausschluss der Beschwerdegegnerin berechtigt war.

**4.2** Die Höhe der bei den Projekten «VS D.\_\_\_\_\_» und «VS E.\_\_\_\_\_» entstandenen Mehrkosten hat die EG Bern auf dem Firmenblatt handschriftlich festgehalten (vgl. vorne E. 2.2 auch zum Folgenden). Die Beschwerdegegnerin hat sich dazu nicht geäußert; in welchem Umfang deren Forderungen berechtigt waren, ist nicht aktenkundig. In Bezug auf das Projekt «F.\_\_\_\_\_» kann dem von beiden Parteien akzeptierten Vermittlungsvorschlag des Schlichters entnommen werden, dass die EG Bern bei einer ursprünglichen Offertsumme von Fr. 723'382.36 bereit war, der Beschwerdegegnerin gesamthaft Fr. 1'070'649.75 zu bezahlen. Ob und in welcher Höhe unberechtigte Forderungen gestellt worden sind, ist nicht bekannt. Somit steht einzig fest, dass der EG Bern in Zusammenhang mit diesem Projekt erhebliche Zusatzkosten entstanden sind, deren Bereinigung ein Schlichtungsverfahren nötig machte, nicht aber, wer sie in welchem Umfang zu verantworten hat. Auch unter Einbezug der beiden früheren Projekte kann daraus nicht auf ein (bedeutendes) Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin geschlossen werden. Dennoch ist nachvollziehbar, dass die EG Bern gestützt auf diese Erfahrungen im Hinblick auf eine erneute Zusammenarbeit im Rahmen des Projekts «G.\_\_\_\_\_» Massnahmen ergriffen hat (vgl. vorne E. 2.3).

**4.3** Die noch vor Unterzeichnung des Werkvertrags getroffenen Massnahmen hatten insbesondere zum Ziel, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, Mehrkosten in einem frühen Zeitpunkt anzumelden, damit diese vorgängig auf ihre Berechtigung überprüft werden können. Es ist unklar, weshalb sich die Beschwerdegegnerin in der Folge nicht strikt an dieses Vorgehen gehalten hat. Sie macht jedenfalls nicht geltend, die Massnahmen seien ungeeignet oder nicht praktikabel. Tatsache ist, dass die Bauleitung auch in diesem Projekt mit umfangreichen zusätzlichen Forderungen konfrontiert worden ist (vgl. vorne E. 2.4 auch zum Folgenden). Dabei fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin – obwohl sie grundsätzlich anerkennt, dass «Nachträge» vom Werkunternehmen zu begründen und nachzuweisen sind (vgl. Beschwerdeantwort S. 5 f.) – dazu aufgefordert und, nach Ausbleiben der nötigen Belege, gemahnt werden musste (vgl. «Historie G. \_\_\_\_\_» S. 2 f.). Noch bevor diese eintrafen, stellte sie jeweils neue, ebenfalls nicht nachvollziehbare Forderungen oder solche, die bereits bereinigt und abgewiesen worden waren (vgl. Bemerkungen der EG Bern vom 29.5.2017, Vorakten RSA, act. 3A pag. 111). Nachdem die «Nachträge» ein gewisses Ausmass erreicht hatten, blieb der Bauleitung nichts anderes übrig, als wiederum ein Schlichtungsverfahren zu veranlassen. Weshalb die Beschwerdegegnerin den vom Schlichter ausgearbeiteten «Vermittlungsvorschlag» in der Folge nicht akzeptierte, kann den Akten nicht entnommen werden. Soweit die EG Bern die Zusammenarbeit mit der Beschwerdegegnerin insgesamt als sehr zeitaufwendig und «nervenaufreibend» beschreibt (Beschwerde Rz. 16, 22), erweist sich diese Kritik aufgrund der Akten als berechtigt.

**4.4** Die EG Bern sah ihre Zweifel an der Verlässlichkeit der Beschwerdegegnerin durch die Ergebnisse der Überprüfung des «Ausmasses» in der Position «Schiftung Aussenwände» betreffend das Haus B bestätigt (vgl. vorne E. 2.4). Zwar ist nicht jede unberechtigte Nachforderung geeignet, das Vertrauensverhältnis zu belasten. Differenzen bei den Mengenerrechnungen sind gerade bei grösseren Vorhaben nicht immer vermeidbar. Wenn aber ein spezialisiertes Werkunternehmen – wie die Beschwerdegegnerin im Projekt «G. \_\_\_\_\_» – nach Ausführung der Arbeit unter Berufung auf sein «professionelles Nachtragsmanagement» behauptet, bestimmte Mehraufwendungen erbracht zu haben und diese in

Rechnung stellt, obwohl sie in Tat und Wahrheit zum grössten Teil nicht geleistet worden sind, ist eine vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Unterkonstruktion der Wände «manipuliert» worden ist, was als Hinweis auf ein bewusstes Vorgehen verstanden werden könnte (vgl. Beschwerde Rz. 44), oder ob die unberechtigten Nachforderungen auf ein angebliches Versehen zurückzuführen sind. Es spielt daher auch keine Rolle, dass die Beschwerdegegnerin selbst die Durchführung weiterer «Sondagen» verlangt hat (vgl. Beschwerdeantwort S. 16). Die Vergabebehörde muss grundsätzlich davon ausgehen können, dass die Nachforderungen auf tatsächlich erbrachten Mehrleistungen beruhen; dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier bei den behaupteten «Schiftungen» – eine nachträgliche Überprüfung nur noch mit grossem Aufwand möglich ist. Das Fehlverhalten der Beschwerdegegnerin wiegt umso schwerer, als sie aufgrund der vereinbarten Massnahmen vor Ausführung der nicht im Werkvertrag enthaltenen Mehrarbeiten die Zustimmung der Bauleitung hätte einholen müssen (vgl. vorne E. 2.3), was aber nicht geschehen ist. Der EG Bern kann nicht zugemutet werden, unmittelbar nach diesen Vorkommnissen und noch vor Bereinigung der Differenzen betreffend die anderen Nachforderungen im Projekt «G.\_\_\_\_\_» die Beschwerdegegnerin mit einem neuen Auftrag betrauen zu müssen. Aufgrund des nachvollziehbaren Misstrauens gegenüber dem «Nachtragsmanagement» der Beschwerdegegnerin wäre sie gezwungen, noch weitergehende Begleit- und Kontrollmassnahmen zu treffen, was einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursachen würde.

**4.5** Gestützt auf diese Würdigung der grundsätzlich unbestrittenen Ereignisse rund um das Projekt «G.\_\_\_\_\_» steht fest, dass die Verfehlungen der Beschwerdegegnerin schwerwiegend sind. Insbesondere ihre Nachforderungen betreffend die Position «Schiftung Aussenwände» vermochten das Vertrauen in sie als Vertragspartnerin für das hier zur Diskussion stehende Vergabeverfahren zu erschüttern. Sie bietet jedenfalls zurzeit für eine richtige Vertragserfüllung keine Gewähr. Es ist nicht erkennbar, inwiefern die von beiden Parteien gestellten Beweisanträge an diesem Ergebnis etwas zu ändern vermöchten (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung statt vieler BGE 141 I 60 E. 3.3; BVR 2015 S. 159 E. 3.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997,

Art. 18 N. 8 ff.). Im Übrigen spricht auch das in Submissionsstreitigkeiten erhöhte Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 14 ÖBG; Art. 15 ff. IVöB) hier gegen die Durchführung eines aufwendigen Beweisverfahrens, weshalb die Beweisanträge abgewiesen werden.

**4.6** Die Beschwerdegegnerin befürchtet, dass sich der Ausschluss unter den gegebenen Umständen über die hier interessierende Vergabe hinaus auswirken könnte und insofern einer Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 ÖBG gleichkomme (vgl. Beschwerdeantwort S. 28). Das Verwaltungsgericht hat einzig zu prüfen, ob der Ausschluss vom Vergabeverfahren «VS C.\_\_\_\_\_, Gipserarbeiten» rechtmässig ist. Ein wesentlicher Aspekt ist dabei die Zeitnähe zu den Vorkommnissen im Projekt «G.\_\_\_\_\_» (vgl. vorne E. 4.4). Wie die EG Bern bei weiteren Ausschreibungen von Gipserarbeiten vorzugehen hat, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens und es besteht auch nicht die Absicht, die Beschwerdegegnerin «generell» von Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Beschwerde S. 17). Die Tragweite des hiermit bestätigten Ausschlusses nach Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV ist daher begrenzt, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

## **5.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die EG Bern den Nachweis erbracht hat, dass die Beschwerdegegnerin für die richtige Vertragserfüllung keine Gewähr (mehr) bietet. Die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV sind somit erfüllt und der Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren «VS C.\_\_\_\_\_, Gipserarbeiten» erweist sich als rechtmässig. Die Beschwerde ist gutzuheissen, der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Verfügung der EG Bern vom 6. April 2017 ist zu bestätigen.

## **6.**

**6.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdegegnerin die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108

Abs. 1 VRPG). Die EG Bern hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG; vgl. BVR 1999 S. 90 E. 3a; VGE 2014/25 vom 24.2.2014 E. 4.2, 2010/222 vom 20.7.2010 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 11, mit Verweis auf Art. 104 N. 5).

**6.2** Mit der Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der Aufhebung des angefochtenen Entscheids sind auch die vorinstanzlichen Kosten nach den gleichen Regeln neu zu verlegen. Die Pauschalgebühr für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 1'000.-- hat die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei zu tragen. Die EG Bern hat auch für ihren Aufwand im vorinstanzlichen Verfahren keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

## 7.

**7.1** 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 Entscheide 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. Damit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, darf keines der beiden Ausschlusskriterien erfüllt sein (vgl. BGE 133 II 396 E. 2.1).

**7.2** Der Wert der streitbetroffenen Vergabe erreicht den massgeblichen Schwellenwert nicht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB; vorne Bst. A), weshalb in der Hauptsache grundsätzlich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht offensteht und das vorliegende Urteil mit dem entspre-

chenden Hinweis zu versehen ist (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 28. Juli 2017 wird aufgehoben und die Verfügung der Einwohnergemeinde Bern vom 6. April 2017 wird bestätigt.
2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.  
b) Die Kosten des Verfahrens vor dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - der EG Bern
  - der Beschwerdegegnerin
  - dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland
  - der B. \_\_\_\_\_ AG
  - der Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**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.