

Sulgeneckstrasse 70
3005 Bern
Telefon +41 31 633 84 31
Telefax +41 31 633 84 62
www.erz.be.ch

4800.600.700.04/16 (767777v2)
LVI
Sachbearbeiterin: Esther Christen

17. Oktober 2017

Entscheid



■ Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2016 (Zuschlag für die Beschaffung eines Observatoriums mit einem 1-Meter-Teleskop)

A__,

gegen

Universität Bern,
Rektor, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern

Ausgangslage

1. Am 22. September 2016 publizierte die Universität Bern im Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Simap; www.simap.ch) die Ausschreibung für die Beschaffung eines Observatoriums mit einem 1-Meter-Teleskop. In der Folge reichte die A__ ihre Offerte ein. Neben ihr machten zwei weitere Mitbewerber Angebote. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2016 erteilte der Verwaltungsdirektor der Universität den Zuschlag an die __.
2. Gegen diese Verfügung reichte die A__ am 13. Dezember 2016 Beschwerde bei der Erziehungsdirektion ein. Sie beantragte, die Punktevergabe zur Zuschlagsverfügung sei zu überprüfen.
3. Mit Schreiben vom 25. Januar 2017 gab die A__ ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bekannt.
4. Am 31. Januar 2017 reichte die Universität ihre Stellungnahme und die Vorakten ein. Sie korrigierte die Punktevergabe bezüglich eines Kriteriums und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen.
5. Die A__ machte innert der gesetzten Frist keinen Gebrauch von der ihr gewährten Möglichkeit, Bemerkungen einzureichen.
6. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Mai 2017 informierte der Rechtsdienst der Erziehungsdirektion die Parteien, dass die Zuschlagsverfügung vom wohl nicht zuständigen Verwaltungsdirektor erlassen worden sei und gewährte der Universität die Möglichkeit, Bemerkungen einzureichen oder die angefochtene Verfügung aufzuheben.
7. Mit Schreiben vom 8. Mai 2017 informierte die Universität den Rechtsdienst der Erziehungsdirektion über den Abschluss des Vertrags zwischen der Universität und der Zuschlagsempfängerin.
8. In ihrer Stellungnahme vom 15. Juli 2017 nahm die Universität zur Frage der Zuständigkeit Stellung und ergänzte diese am 28. Juni 2017 auf Nachfrage des Rechtsdienstes der Erziehungsdirektion.
9. Die A__ machte innert der gesetzten Frist keinen Gebrauch von der ihr mit verfahrensleitender Verfügung vom 20. Juni 2017 gewährten Möglichkeit, Bemerkungen einzureichen.

Rechtliche Prüfung und Begründung

1 Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Zuständigkeit der Erziehungsdirektion

Die Universität Bern ist eine öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes vom 5. September 1996 über die Universität [UniG; BSG 436.11]) und untersteht dem Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) (Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG). Gegen Zuschlagsverfügungen kantonaler Auftraggeberinnen oder Auftraggeber kann bei der zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde geführt werden (Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG). Für die Universität Bern ist die Erziehungsdirektion zuständig (Art. 74 UniG), welche damit auch zuständig ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2 Anfechtungsobjekt

Angefochten ist der Zuschlag für die Beschaffung eines Observatoriums mit einem 1-Meter-Teleskop im offenen Verfahren, welcher eine Verfügung darstellt (Art. 3 Abs. 1 ÖBG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG und Art. 12 Abs. 1 Bst. a und Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. e der interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]).

1.2.1 Zuständigkeit zum Erlass der angefochtenen Verfügung

1.2.1.1 Argumente der Parteien

Die Universität bringt in den Bemerkungen vom 15. Juni 2017 vor, der Umstand, dass die Verfügung von der Universitätsleitung stamme, ergebe sich aus der Rechtsmittelbelehrung. Die dort vorgesehene Beschwerde bei der Erziehungsdirektion sei nur möglich gegen Entscheide von Universitätsleitung, Rektor und Senat. Dass weder Rektor noch Senat vorliegend entscheiden hätten, sei klar, denn der Senat habe im Beschaffungswesen keine Kompetenzen, und auf den Rektor werde in der Verfügung nicht Bezug genommen. In einem Entscheid der Erziehungsdirektion sei die Universität zudem angewiesen worden, dafür zu sorgen, dass die Universitätsleitung den Zuschlag beschliesse und der Verwaltungsdirektor diesen eröffne. An diese Vorgaben habe die Universität sich seitdem gehalten. Im Sinne einer Präzisierung werde sie jedoch in künftigen Verfügungen explizit festhalten, dass der Verwaltungsdirektor die Verfügung "namens der Universitätsleitung" erlasse. Auf Nachfrage der Erziehungsdirektion präziserte die Universität mit Schreiben vom 28. Juni 2017, dass kein Beschluss der Universitätsleitung über die Erteilung des Zuschlags vorliege, da der Verwaltungsdirektor aufgrund der Delegation in der Geschäftsordnung über die Organisation der Universitätsleitung allein über die Erteilung des Zuschlags entscheiden könne. Selbst wenn diese Delegation unzulässig wäre, sei dies doch erst so seit der Praxisänderung durch den Entscheid der Erziehungsdirektion vom 9. März 2017. Die angefochtene Verfügung sei jedoch bereits vor dieser Praxisänderung ergangen, weshalb die Anwendung der Praxisänderung auf das vorliegende Verfahren gegen Treu und Glauben verstossen würde.

Die A__ äusserte sich nicht zur Frage der Zuständigkeit.

1.2.1.2 Würdigung

Damit ein Organ der Universität für eine bestimmte Angelegenheit zuständig ist, muss sie ihm übertragen werden. Ansonsten ist der Rektor oder die Rektorin für gesamtuniversitäre Aufgaben zuständig, welche keinem anderen Organ übertragen wurden (Art. 40 Abs. 2 UniG).

Die Zuständigkeiten des Senats sind in Art. 36 UniG und Art. 21 des Statuts vom 7. Juni 2011 der Universität Bern (UniSt; abrufbar unter www.unibe.ch → Universität → Organisation → Rechtliches → Rechtssammlung → Rechtliche Grundlagen → Universität Bern, zuletzt besucht am 10. Oktober 2017) aufgeführt. Keine dieser Bestimmungen enthält Anhaltspunkte dafür, dass der Senat zuständig ist für den Erlass von Zuschlagsverfügungen. Auch die Universität hält nichts Anderes fest. Der Senat ist damit nicht zuständig.

Die Zuständigkeiten der Universitätsleitung sind in Art. 39 UniG und in Art. 24 UniSt aufgelistet. Keine dieser Bestimmungen enthält Anhaltspunkte dafür, dass die Universitätsleitung zuständig ist für den Erlass von Zuschlagsverfügungen. Die Universität selbst bringt auch nicht vor, unter welche Aufgabe der Universitätsleitung der Erlass von Zuschlagsverfügungen fallen würde. Zwar sieht Art. 22 Abs. 4 der Geschäftsordnung vom 1. September 2016 über die Organisation der Universitätsleitung (GO Org UL; abrufbar unter www.unibe.ch → Universität → Organisation → Rechtliches → Rechtssammlung → Organisationsrecht → Universitätsleitung, zuletzt besucht am 10. Oktober 2017) vor, dass der Verwaltungsdirektor im Bereich von Beschaffungen über deren Art und über die Erteilung des Zuschlags entscheidet. Diese Bestimmung vermag die Kompetenz der Universitätsleitung im Bereich des Beschaffungswesens jedoch nicht zu begründen, sondern setzt ihre Kompetenz bereits voraus. Die Übertragung der Kompetenz an die Universitätsleitung hätte in einer hierarchisch höheren Norm erfolgen müssen. Jedoch enthalten das UniG und das UniSt keine derartige Norm. Damit besteht keine Bestimmung, die die Zuständigkeit der Universitätsleitung zur Erteilung des Zuschlags im Beschaffungswesen regeln würde.

Zwar ging die Erziehungsdirektion in der Entscheidung der Erziehungsdirektion vom 10. August 2010 i. S. B. GmbH davon aus, dass die Universitätsleitung den Zuschlag aufgrund einer Bestimmung in der damals geltenden Geschäftsordnung vom 1. September 2005 über die Organisation der Universitätsleitung erteile. Die Universität Bern kann sich jedoch nicht auf diesen Entscheid stützen, um die Zuständigkeit der Universitätsleitung im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung zu begründen. Diese Zuständigkeit müsste sich vielmehr aus einem Erlass ergeben (vgl. Art. 3 Abs. 1 VRPG). Zudem wurde die Zuständigkeit der Universitätsleitung im Entscheid vom 10. August 2010 i. S. B. GmbH mit einer Bestimmung der damals geltenden Geschäftsordnung begründet. Diese sah vor, dass der Verwaltungsdirektor den Zuschlag nach Massgabe des Beschlusses der Universitätsleitung verfüge (Art. 20 Abs. 4 der Geschäftsordnung vom 1. September 2005 über die Organisation der Universitätsleitung; vgl. Entscheid der Erziehungsdirektion vom 10. August 2010 i. S. B. GmbH, E. 1.1). Diese Geschäftsordnung wurde jedoch in der Zwischenzeit aufgehoben und ersetzt. Zudem ist zweifelhaft, ob diese Bestimmung der Geschäftsordnung vom 1. September 2005 rechtskonform war. Auf jeden Fall kann die Zuständigkeit der Universitätsleitung nicht durch einen Entscheid begründet werden, welcher sich auf eine in der Zwischenzeit aufgehobene Geschäftsordnung stützt. Da sich die relevante Geschäftsordnung

in der Zwischenzeit änderte, kann sich die Universität zudem nicht darauf berufen, dass sie darauf vertraut habe, dass gelte, was im erwähnten Entscheid ausgeführt werde.

Eine Behörde kann eine Kompetenz, die ihr nicht zukommt, nicht delegieren. Deshalb ist die Delegation der Kompetenz zur Erteilung des Zuschlags von der Universitätsleitung an den Verwaltungsdirektor durch Art. 22 Abs. 4 GO Org UL nicht möglich. Bereits aus diesem Grund war der Verwaltungsdirektor nicht befugt, die angefochtene Verfügung zu erlassen. Damit ist es unerheblich, wann die Erziehungsdirektion ihre Praxisänderung vorgenommen hat.

Unbestrittenermassen handelt es sich vorliegend um eine gesamtuniversitäre Angelegenheit. Somit ist nach Art. 40 Abs. 2 UniG der Rektor für den Erlass der Zuschlagsverfügung zuständig. Die Zuschlagsverfügung vom 2. Dezember 2016 wurde somit nicht vom zuständigen Organ der Universität erlassen. Zu prüfen bleibt, ob dies ihre Aufhebung von Amtes wegen rechtfertigt.

1.2.2 Aufhebung von Amtes wegen aufgrund offensichtlicher Unzuständigkeit

1.2.2.1 Argumente der Parteien

Die Universität weist daraufhin, dass nach der Rechtsprechung im öffentlichen Beschaffungswesen Nichtigkeit primär angenommen werde, wenn Personen, welche weder Verfügungs- noch Zeichnungsberechtigung hätten, Rechtshandlungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens vornehmen würden. Als nichtig habe die Rechtsprechung beispielsweise Zuschlagsentscheide bezeichnet, welche durch ein beauftragtes Architekturbüro oder ein Unternehmen erfolgt seien. Ebenfalls als nichtig bezeichnet worden sei eine Zuschlagsverfügung, für welche mehrere Gemeinden sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen hätten, welche dann verfügt habe, anstatt dass jede Gemeinde einzeln eine Verfügung erlassen habe. Nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar sei es gemäss der Rechtsprechung, wenn ergänzende Auskünfte statt durch die Bauherrin durch ein unterstützendes Unternehmen erfolgten. Dasselbe gelte auch bei der Mitteilung des Ausschlusses vom Verfahren durch das Preisgericht, sofern davon auszugehen sei, dass das Preisgericht im Auftrag der Einwohnergemeinde gehandelt habe und seine Handlungen und Entscheide der Gemeinde deshalb zurechenbar seien. Das blosse Fehlen von "namens der Universitätsleitung" stelle zudem keinen Mangel dar, der schwer genug sei, um die Aufhebung von Amtes wegen zu rechtfertigen. Der Mangel sei auch weder im vorliegenden noch in früheren Verfahren aufgefallen, weshalb er nicht als offensichtlich gelten könne. Weiter sei die Rechtssicherheit im öffentlichen Beschaffungswesen besonders hoch zu gewichten, da nach Erteilung des Zuschlags ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen werde. Dies gelte umso mehr, als im vorliegende Verfahren keine aufschiebende Wirkung beantragt worden sei.

Die A__ äusserte sich nicht zu dieser Frage.

1.2.2.2 Würdigung

Die Verwaltungsjustizbehörden sind befugt, eine Verfügung oder einen Entscheid einer ihnen untergeordneten Behörde oder einer Vorinstanz von Amtes wegen aufzuheben, wenn diese zum Erlass der Verfügung oder des Entscheides offensichtlich nicht zuständig

war (Art. 40 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]).

Diese Aufhebung ist jederzeit möglich und setzt keine Parteieingabe voraus. Die Rechtsmittelbehörde kann selbst eine rechtskräftige Verfügung oder einen rechtskräftigen Entscheid von Amtes wegen aufheben (*Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 12 zu Art. 40). Die Aufhebung ist jedoch nur am Platz, wenn die entscheidende Behörde offensichtlich unzuständig war. Diese Einschränkung ist erforderlich, weil nach Art. 40 Abs. 2 VRPG sogar in Rechtskraft erwachsene Verfügungen und Entscheide aufgehoben werden können, was dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderläuft. Die Kassation muss deshalb auf das Unumgängliche beschränkt werden, auf Fälle qualifizierter Unzuständigkeit, in denen eine Verfügung ohnehin als nichtig gelten muss (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 14 zu Art. 40).

Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes wird gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur angenommen, wenn der Mangel der Verfügung bzw. des Entscheids besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie; *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 55 zu Art. 49 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die sachliche und funktionelle Unzuständigkeit stellt einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme "auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt" zu (BGE 129 V 485 E. 2.3 mit Hinweisen). Das Gebot der Rechtssicherheit kann der Annahme der Nichtigkeit allerdings auch hier entgegenstehen (*Häfelein/Müller/Uhlmann*, Rz. 1105). Eine in formeller Hinsicht qualifiziert fehlerhafte und deshalb nichtige Verfügung ist zum vornherein rechtsunwirksam. Sie kann zwar, muss aber nicht unbedingt kassiert werden. Es genügt an sich, ihre Nichtigkeit festzustellen. Um der Klarheit willen ist es aber vorzuziehen, dass die Rechtsmittelbehörde aus formellen Gründen nichtige Verwaltungsakte von Amtes wegen aufhebt, wenn sie zur Kassation befugt ist (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 8 zu Art. 40).

Die sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde stellt grundsätzlich einen schweren Mangel dar (BVR 2005 S. 372 E. 2.6; Entscheid der Erziehungsdirektion vom 9. März 2011 i. S. P. L., E. 2.2). Vorliegend liegt der Mangel nicht bloss darin, dass nicht explizit "namens der Universitätsleitung" verfügt wurde, wie die Universität geltend macht. Er liegt vielmehr darin, dass der Zuschlagsentscheid durch den unzuständigen Verwaltungsdirektor gefällt und die Verfügung damit nicht vom zuständigen Organ erlassen wurde. Dies stellt einen schweren Mangel dar. Somit ist zu prüfen, ob der Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar war.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde als offensichtlich, selbst wenn sie vom Beschwerdeführer nicht entdeckt wurde, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet keine allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt (BGE 129 V 488 E. 2.3; Entscheide der Erziehungsdirektion vom 9. März 2011 i. S. P. L., E. 2.1 f., sowie vom 18. März 2011 i. S. A. F., E. 2.2). Zudem ist ein Fehler offensichtlich, wenn er einer durchschnittlich (nicht juristisch) gebildeten Person auffallen sollte (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 55 zu Art. 49). Als offensichtlich gilt ein Mangel weiter, wenn das Gesetz klar eine andere Zuständigkeit vorsieht (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 5. Dezember 2000 i. S. M. B. R., E. 4) sowie wenn eine private Organisation anstelle einer Behörde verfügt ohne dass die Verfügungskompetenz an diese pri-

vate Organisation delegiert wurde (BVR 2005 S. 372 E. 2.6). In einer kürzlich vorgenommenen Praxisänderung bezeichnete die Erziehungsdirektion die Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors für den Erlass einer Verfügung auf der Grundlage von Art. 22 Abs. 1 GO Org UL als offensichtlich, weil die Universitätsgesetzgebung explizit die Universitätsleitung für zuständig erklärte für den Erlass von Anstellungs- und Kündigungsverfügungen und die Delegation von Art. 22 Abs. 1 GO Org UL somit klar gegen übergeordnetes Recht versties. Da sich auf der Verfügung zudem keine Hinweise auf die Universitätsleitung befanden, war zudem nicht erkennbar, ob der Verwaltungsdirektor bloss einen Beschluss der Universitätsleitung eröffnete (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 9. März 2017 i. S. B. S., E. 2.2).

Nicht als offensichtlich bezeichnete das bernische Verwaltungsgericht hingegen die Unzuständigkeit von Behörden, welchen die Verfügungskompetenz in einer ungenügenden bzw. rechtswidrigen Delegation übertragen wurde (BVR 2011 S. 220 E. 3.5; 2007 S. 395 E. 6). Ebenfalls als nicht offensichtlich bezeichnet wurde die Unzuständigkeit des Präsidenten einer Kommission, welcher anstelle der Kommission entschied, zumal er üblicherweise die Entscheide der Kommission eröffnete und aus der Verfügung nicht ersichtlich war, dass bloss der Präsident, und nicht die ganze Kommission entschieden hatte (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2015.68 vom 30. November 2015, E. 3.8). Als nicht offensichtlich wurde auch die Unzuständigkeit der kantonalen Behörde für die Erteilung einer Bewilligung bezeichnet, für welche die Gemeinde eigentlich zuständig gewesen wäre, weil unter gewissen speziellen Voraussetzungen tatsächlich die kantonale Behörde und nicht die Gemeinde zuständig für die Erteilung dieser Bewilligung wäre, und nicht offensichtlich war, dass kein solcher Spezialfall vorlag (BVR 1994 S. 244 E. 2). Nicht offensichtlich unzuständig war der Kanton zudem für die Erteilung einer Baubewilligung, für welche der Bund zuständig gewesen wäre, da die Zuständigkeit des Bundes für die Erteilung einer Baubewilligung eine Ausnahme darstellt und sie sich erst aus Sondernormen ergab (BVR 1990 S. 389 E. 4b). Nicht für offensichtlich befunden wurde auch die Unzuständigkeit des Rechtsdienstes einer Beschwerdeinstanz für den Erlass einer Verfügung, für welche die Beschwerdeinstanz zuständig gewesen wäre. Dies trotz klarem Wortlaut der massgebenden gesetzlichen Bestimmung, einerseits da der Vortrag zu diesem Gesetz die Zuständigkeit der Instruktionsbehörde, also des Rechtsdienstes vorsah, und andererseits da ein anderer Absatz der anwendbaren Bestimmung auf einen Artikel verwies, welcher die Instruktionsbehörde für zuständig erklärte (BVR 2015 S. 334 E. 2.1 f.). Die Erziehungsdirektion bezeichnete zudem die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde als nicht offensichtlich in einem Entscheid, in welchem die eigentlich zuständige Behörde erst durch intensive Auslegung der relevanten Normen ermittelt werden konnte (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 19. Februar 2016 i. S. A. A., E. 1.2). Als nicht offensichtlich bezeichnet wurde auch die Unzuständigkeit einer regionalen Prüfungsleitung, welche auf der Homepage des betreffenden Berufsverbandes als zuständig bezeichnet wurde, obwohl das anwendbare Reglement eine andere Zuständigkeit vorsah (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 16. Dezember 2016 i. S. S. S., E. 1.1).

Die A__ rügt die Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors nicht. Auch in früheren Verfahren wurde die Frage der Zuständigkeit nicht aufgeworfen. Anders als die Universität vorbringt, bedeutet dies jedoch nicht unbedingt, dass die Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors nicht offensichtlich war, zumal dem Verwaltungsdirektor im entsprechenden Bereich keine allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt. Zudem überzeugt die Argumentation der Universität nicht, aufgrund der Rechtsmittelbelehrung sei klar, dass die Universitätsleitung und nicht der Verwaltungsdirektor den Entscheid über den Zuschlag getroffen habe. Der

vorliegende Fall ist deshalb auch nicht vergleichbar mit dem Fall, in welchem die Unzuständigkeit nicht offensichtlich war, weil aus der Verfügung nicht ersichtlich war, dass bloss der Präsident, und nicht die ganze Kommission entscheiden hatte (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2015.68 vom 30. November 2015, E. 3.8). Zudem wurde bereits im Entscheid der Erziehungsdirektion vom 10. August 2010 gesagt, der Verwaltungsdirektor sei nicht für den Entscheid, sondern bloss für seine Eröffnung zuständig (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 10. August 2010 i. S. B. GmbH, E. 1.1). Dies mag darauf hindeuten, dass die Unzuständigkeit offensichtlich sein könnte.

Die Feststellung der Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors in einem Entscheid der Erziehungsdirektion macht diese Unzuständigkeit für eine durchschnittlich, nicht juristisch gebildete Person jedoch nicht offensichtlich, zumal der entsprechende Entscheid im vorliegenden Fall gar nicht publiziert ist. Zudem erfolgte die Übertragung der Verfügungskompetenz im vorliegenden Fall aufgrund einer Delegationsnorm, selbst wenn diese gegen übergeordnetes Recht verstösst. In diversen Entscheiden des Verwaltungsgerichts wurde die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in einer solchen Situation als nicht offensichtlich bezeichnet (BVR 2011 S. 220 E. 3.5; 2007 S. 395 E. 6). Der vorliegende Fall lässt sich auch nicht mit der Situation vergleichen, in welcher eine private Organisation anstelle einer Behörde eine Verfügung erliess, ohne dass ihr die entsprechende Kompetenz delegiert worden wäre (BVR 2005 S. 372 E. 2.6). Vorliegend wurde die Verfügung nicht von einer Privatperson erlassen, sondern von einer Person, welche ebenfalls Teil der Organisation der Universität und Mitglied der Universitätsleitung (Art 37 Abs. 3 Bst. c UniG) ist. Der Verwaltungsdirektor verfügte denn auch im Namen und mit dem Logo der Universität. Auch in der von der Universität Bern zitierten ausserkantonalen Rechtsprechung wird Nichtigkeit hauptsächlich angenommen, wenn die für den Erlass der Zuschlagsverfügung zuständige Behörde am Vergabeentscheid nicht beteiligt war, sondern eine ausserhalb der eigentlich zuständigen Behörde stehende Person die Verfügung erliess. Dies ist nach den obenstehenden Ausführungen nicht der Fall, da sowohl der zuständige Rektor, als auch der unzuständige, verfügende Verwaltungsdirektor Teil der Universität Bern sind. Anders als in der Ausgangslage des Entscheids der Erziehungsdirektion vom 9. März 2017 i. S. B. S. besteht zudem keine Norm, welche explizit die Zuständigkeit für Fragen des Beschaffungswesens regeln würde. Die Zuständigkeit des Rektors ergibt sich vielmehr aus der ihm zukommenden subsidiären Generalkompetenz (Art. 40 Abs. 2 UniG). Insgesamt kann die Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors für den Erlass der angefochtenen Verfügung deshalb nicht als offensichtlich gelten.

Die angefochtene Verfügung ist somit nicht von Amtes wegen aufzuheben. Die Verfügung bleibt jedoch anfechtbar. Allerdings hat sich der zuständige Rektor, vertreten durch den Generalsekretär, im Namen der Universität in der Stellungnahme vom 31. Januar 2017 ausführlich zur Beschwerde geäussert und an der Verfügung festgehalten. Daraus ist zu schliessen, dass er mit dem Zuschlag einverstanden ist. Die A__ hatte daraufhin die Möglichkeit, sich zur Stellungnahme (des Rektors) zu äussern. Eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung würde demnach zu einer inhaltlich gleichen Neuverfügung durch den Rektor und damit zu einem unnötigen Leerlauf und zur Verzögerung führen. Dies wäre auch nicht im Interesse der A__. Deshalb wird der Zuständigkeitsmangel als geheilt betrachtet (vgl. auch Entscheid der Erziehungsdirektion vom 18. September 2015 i. S. C. G., E. 1.1). Die Universität wird jedoch angewiesen dafür zu sorgen, dass künftige Zuschlagsverfügungen durch das zuständige Organ, nämlich den Rektor, erlassen werden. Der Zuständigkeitsmangel wird bei den Verfahrenskosten zu berücksichtigen sei (Ziffer 3).

1.3 *Beschwerdebefugnis*

Die A__ hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 65 Abs. 1 VRPG).

1.4 *Form, Frist und Überprüfungsbefugnis*

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 67 VRPG).

Die Überprüfungsbefugnis der Erziehungsdirektion beschränkt sich auf die Prüfung von Rechtsverletzungen, einschliesslich der rechtsfehlerhaften Ermessensausübung, sowie auf die Rüge der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 14 Abs. 2 ÖBG).

2 *Materielles*

Umstritten ist, ob der Zuschlag für die Beschaffung eines Observatoriums mit einem 1-Meter-Teleskop zu Recht an die __ GmbH erteilt wurde. Es ist zu prüfen, ob die Zuschlagskriterien korrekt bewertet worden sind (Ziffern 2.2 bis 2.7).

2.1 *Rechtliche Grundlagen*

Im offenen Verfahren können alle Anbieterinnen oder Anbieter auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung ein Angebot einreichen (Art. 4 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]). Die Ausschreibung muss unter anderem die Zuschlagskriterien enthalten (Art. 10 Bst. g ÖBV). In den Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung aufzuführen (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 ÖBV). Zuschlagskriterien können insbesondere sein: Qualität, Preis, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur. Die Zuschlagskriterien sind auftragspezifisch festzulegen und wenn nötig zu präzisieren (Art. 30 Abs. 3 ÖBV). Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Als solches gilt dasjenige, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 ÖBV).

Gemäss dem Leistungsverzeichnis (Beilage zur Beschwerde, Beilage 7 zur Stellungnahme der Universität Bern vom 31. Januar 2017) lassen sich die Kriterien für die Beurteilung der Angebote unterteilen in die Kategorien Musskriterien (Kriterien M1 bis M12), Eignungskriterien (Kriterien E1 bis E5) und Zuschlagskriterien (Kriterien Z1 bis Z6). Ist ein Muss- oder ein Eignungskriterium nicht erfüllt, führt dies zum Ausschluss vom Submissionsverfahren (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV; Kap. 5.2 des Pflichtenhefts für den Bau und die Beschaffung eines Observatoriums mit einem 1-Meter Teleskop [Beilage 6 zur Stellungnahme der Universität Bern vom 31. Januar 2017]). Die Zuschlagskriterien erfassen den Erfüllungsgrad der Aufgabenbeschreibung gemäss Pflichtenheft sowie die Demonstration und die eigenen Tests an einem der angebotenen identischen Geräte (Kriterien Z1.1 bis Z1.10), den Erfüllungsgrad des Muss-Kriteriums Forschungsunterstützung (Kriterien Z2.1 bis Z2.3), den Beschaffungspreis, die Garantie und die Schulung (Kriterien Z3.1 bis Z3.3), den Marktstand und die Leistungsfähigkeit des Anbieters, beurteilt aufgrund der Angaben des Anbieters und aufgrund eigener Recherchen (Kriterien Z4.1 bis Z4.3), den Terminplan (Kriterien Z5.1

und Z5.2) und die Zufriedenheit von bisherigen Kunden (Kriterien Z6.1 und Z6.2). Die 23 verschiedenen Zuschlagskriterien werden bei der Prüfung der Angebote mit maximal fünf Punkten bewertet. Sie werden teilweise unterschiedlich gewichtet. Aus der Anzahl der erreichten Punkte wird, unter Berücksichtigung der Gewichtung der verschiedenen Kriterien, ein Durchschnitt errechnet. Der Anbieter, welcher die höchste durchschnittliche Punktzahl erreicht und die Zuschlagskriterien somit am besten erfüllt, erhält den Zuschlag.

Gemäss dem korrigierten Leistungsverzeichnis erhielt die A__ 3,955 Punkte, während die __ GmbH 4,232 Punkte erhielt (Beilage zur Beschwerde). Die __ GmbH erreichte somit die höhere Punktzahl und erhielt den Zuschlag.

2.2 Zuschlagskriterium Z1.1 "Optical and mechanical quality of the telescope"

Gemäss Leistungsverzeichnis (Beilage zur Beschwerde) erhielt die A__ für dieses Kriterium einen von fünf Punkten, da nur Daten für ein 80-cm-Teleskop zur Verfügung gestellt worden seien. Dies habe es schwierig gemacht zu bestimmen, ob die A__ in der Lage sei, ein den Anforderungen entsprechendes 1-Meter-Teleskop zu bauen.

Die A__ rügt, sie habe Teleskope bis zu einer Grösse von 1,4 Metern gebaut und dies im Angebot auch angeführt. Livetests seien auf einem ihr zur Verfügung stehenden 80-cm-Teleskop durchgeführt worden.

In ihrer Stellungnahme hält die Universität fest, dass die A__ keine Testdaten für ein 1-Meter-Teleskop zur Verfügung gestellt habe, wie dies im Pflichtenheft verlangt worden sei. Dies würde grundsätzlich ein Ausschlussgrund darstellen. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sei die A__ verpflichtet gewesen, Testdaten vom angebotenen oder von einem ähnlichen Gerät zu liefern, wobei "von einem ähnlichen Gerät" nicht bedeute, dass Testdaten von einem Gerät mit geringerem Spiegeldurchmesser hätten geliefert werden dürfen. Ein 80-cm-Teleskop habe andere Eigenschaften als ein 1-Meter-Teleskop. Dies müsse berücksichtigt werden, da das zu beschaffende Gerät in der Spitzenforschung verwendet werden solle. Die Daten eines 80-cm-Teleskopes würden sich nicht ohne Weiteres auf ein 1-Meter-Teleskop übertragen lassen. Zudem sei der Bau eines 1-Meter-Teleskopes viel komplizierter als derjenige eines 80-cm-Teleskopes. Weiter habe die A__ habe zwar erwähnt, dass sie bereits ein 1,4-Meter-Teleskop gebaut habe, doch auch dabei handle es sich nicht um ein 1-Meter-Teleskop.

Es ist unbestritten, dass die A__ keine Testdaten von einem 1-Meter-Teleskop zur Verfügung stellte, sondern von einem 80-cm-Teleskop. Weiter blieb von der A__ unbestritten, dass sich Testdaten von einem 80-cm-Teleskop nicht ohne Weiteres auf ein 1-Meter-Teleskop übertragen lassen. Damit fehlten der Universität die im Pflichtenheft verlangten Testdaten für ein 1-Meter-Teleskop. Der Abzug von vier Punkten bei diesem Kriterium ist somit nachvollziehbar. Die Rüge ist unbegründet.

2.3 Zuschlagskriterium Z1.2 "Mechanical quality of the mount"

Gemäss Leistungsverzeichnis erhielt die A__ für dieses Kriterium einen von fünf Punkten, da die Montierung keine Hardware-Sicherung habe. Ohne diese Sicherung würde das Teleskop bei einem Stromausfall des Direktantriebsmotors weiter rotieren und es könnte beschädigt werden. Dies sei bei einer anderen von der A__ gebauten Anlage geschehen.

Die A__ rügt, sie habe sehr wohl einen Safety Mode beschrieben. Da nicht jedes Detail gefordert worden sei, habe sie in der Ausschreibung nicht jedes Detail berücksichtigt. Ihr Safety Mode umfasse insbesondere eine USV, einen Watchdog sowie eine elektromagnetische Bremse. Schliesslich sei ihr nicht bekannt, dass der von der Universität beschriebene Vorfall passiert sei.

Die Universität hält in ihrer Stellungnahme fest, dass die A__ bei diesem Kriterium aus zwei Gründen bloss einen Punkt erhalten habe. Einerseits habe die A__ keine Testdaten für eine belastete Montierung für ein 1-Meter-Teleskop geliefert. Es sei somit nicht möglich gewesen zu beurteilen, ob sie in der Lage sei, eine den Anforderungen entsprechende Teleskophalterung zu bauen. Andererseits biete die A__ eine Halterung an, welche keine robuste Sicherheitsbremse enthalte, welche bei Stromausfall die Beschädigung des Teleskops verhindern könne. Eine solche sei jedoch ausserordentlich wichtig. Die von der A__ aufgeführten Sicherungsmechanismen würden nicht ohne Strom funktionieren. Ein auf Quecksilber basierender Schalter, welcher verhindere, dass sich das Teleskop unter den Horizont ausrichte, biete nicht genügend Sicherheit für das Teleskop. Die A__ bringe zwar vor, im Angebot hätte nicht jedes Detail aufgeführt werden müssen, doch auch in der Beschwerde wiederhole sie einzig den Quecksilberschalter, welcher im Vergleich zum unabhängigen Bremssysteme eine untergeordnete Bedeutung habe. Die anderen aufgezeigten Vorrichtungen seien zudem gerade nicht unabhängig von der Stromversorgung.

Die A__ legt nicht dar, dass die von ihr aufgeführten Sicherungsmechanismen auch ohne Strom funktionieren würden. Sie rügt lediglich, sie habe einen Safety-Mechanismus beschrieben. Dies wird von der Universität nicht bestritten. Die A__ vermag somit nicht aufzuzeigen, dass die im Leistungsverzeichnis enthaltene Begründung, ihr Angebot enthalte keinen Sicherungsmechanismus für den Fall des Stromausfalls, unzutreffend ist. Sie hält auch nicht fest oder belegt, ein solcher sei aus anderen Gründen nicht notwendig, oder von der Universität gar nicht gefordert worden. Zudem bleibt die Begründung unbestritten, dass die A__ keine Testdaten für eine belastete Montierung für ein 1-Meter-Teleskop geliefert habe. Der Abzug von vier Punkten bei diesem Kriterium ist somit gerechtfertigt. Die Rüge ist unbegründet.

2.4 Zuschlagskriterium Z1.6 "Observatory plans and design, civil works plan"

Gemäss Leistungsverzeichnis erhielt die A__ für dieses Kriterium einen von fünf Punkten, weil der Durchmesser der Kuppel und der Abstand zwischen Kuppel und Teleskop zu klein scheinen, um Bewegungen des Teleskops in alle Richtungen ohne Risiko einer Kollision mit der Kuppel zuzulassen.

Die A__ rügt, die Grösse des Doms sei von ihr berechnet und simuliert worden. Eine Kollision zwischen Teleskop und Kuppel sei in keiner Position möglich.

In ihrer Stellungnahme hält die Universität fest, dass die A__ als einzige Anbieterin bloss eine Kuppel mit einem Durchmesser von fünf Metern, und nicht wie die anderen Anbieter von sechs Metern, angeboten habe. Eine zu kleine Kuppel könne dazu führen, dass das Teleskop mit der Struktur, den Abdeckkästen oder Kabeln in Berührung komme, weshalb die anderen Anbieter einen gewissen Sicherheitsabstand einkalkuliert hätten. Eine Kollision von Teleskop und Kuppel könne gravierenden Auswirkungen haben. Die von der A__ in ihrer Beschwerde erwähnte Zeichnung lasse nicht zu, das Risiko einer Kollision zwischen Teleskop und Kuppel abzuschätzen, da die Zeichnung sehr klein und die Beschriftung nicht

leserlich sei. Da eine abschliessende Risikoeinschätzung nicht möglich gewesen sei, habe die A__ bloss einen Punkt erhalten.

Auch mit Hilfe der von der A__ vorgebrachten, bereits im Angebot enthaltenen Zeichnung lässt sich nicht erkennen, ob die Kuppel gross genug ist, um eine Kollision zwischen Kuppel und Teleskop auszuschliessen. Der blosser Hinweis, entsprechende Berechnungen seien vorgenommen und das Ganze sei simuliert worden, genügt nicht, um zu beweisen, dass zwischen Kuppel und Teleskop tatsächlich keine Kollision möglich ist. Die Begründung der Universität ist nachvollziehbar und der Abzug von vier Punkten ist gerechtfertigt. Die Rüge ist damit unbegründet.

2.5 Zuschlagskriterium Z1.7 "Main building dome quality, automatisisation and accessories"

Gemäss Leistungsverzeichnis erhielt die A__ für dieses Kriterium zwei von fünf Punkten, weil mehrere Observatorien Probleme gehabt hätten mit der Verlässlichkeit der Öffnung und Schliessung von AshDome-Kuppeln. Dies sei offensichtlich ein Problem für ferngesteuerte Anlagen.

Die A__ rügt, bei ihrem Angebot handle es sich nur um die Hardware (Aussenhaut) der Kuppel. Die Antriebstechnik und die Steuerung würden komplett von der A__ geliefert, die angesprochenen Probleme könnten durch diese Lösung ausgeschlossen werden.

In der Stellungnahme hält die Universität fest, dass der Einwand der A__ berechtigt sei, da bereits im Angebot erwähnt werde, dass die Kuppel zwar nicht von der A__ gebaut werde, das Kontrollsystem dazu aber von ihr stamme. Der A__ sei bei diesem Kriterium deshalb das Punktemaximum von fünf Punkten anzurechnen, und die Gesamtnote "Building" sei anzupassen. Die Gesamtbewertung erhöhe sich damit ebenfalls, auf die Rangfolge der Ausschreibung hätten die drei Zusatzpunkte jedoch keinen Einfluss, da die Zuschlagsempfängerin insgesamt trotzdem noch mehr Punkte erhalten habe.

Die Universität stimmt den Ausführungen der A__ zu. Diese Rüge ist somit begründet. Die Punktezahl der A__ für dieses Kriterium ist auf die Maximalpunktzahl von fünf Punkten zu erhöhen.

2.6 Zuschlagskriterien Z2.1 bis Z2.3 "Forschungsunterstützung"

Gemäss Leistungsverzeichnis erhielt die A__ für diese drei Kriterien je einen von fünf Punkten. Vier Punkte wurden beim Kriterium Z2.1 "Attraktivität der aufgezeigten Unterstützung aus Kundensicht" abgezogen, weil die A__ unter professionellen Observatorien keinen guten Ruf geniessen würde. Zudem seien der Universität Kommunikationsprobleme und schwere mechanische Defizite bekannt. Beim Kriterium Z2.2 "Nachvollziehbarkeit der aufgezeigten Unterstützung" wurden vier Punkte abgezogen, weil andere Kunden sich über die Nachvollziehbarkeit der Unterstützung der A__ beschwert hätten. Beim Kriterium Z2.3 "Erfahrung in astronomischer Forschung" wurden vier Punkte abgezogen, weil die A__ nicht überzeugend habe darlegen können, dass mit von ihr gebauten Anlagen professionelle astronomische Forschung betrieben werde.

Die A__ rügt, sie könne die vorgeworfenen Mängel an der Ausführung ihrer Projekte in keiner Weise nachvollziehen, ihre Performance sei mindestens so gut wie die ihres Mitbewerbers. Sie sehe auch beim Support keine Nachteile gegenüber ihrem Mitbewerber. Es sei ihr sogar bekannt, dass der Support des Mitbewerbers Mängel aufweise. Zudem würden dutzende Observatorien ihre Teleskope zu vollster Zufriedenheit verwenden.

Die Universität hält in ihrer Stellungnahme fest, Forschende der Universität seien in verschiedenen Gremien und Gesellschaften im Bereich der Astrophysik tätig, und pflegten einen regelmässigen Kontakt mit anderen Observatorien, in welchen astronomische Forschung betrieben werde. Im Rahmen dieser Kontakte seien ihr Probleme mit zwei astronomischen Einrichtungen bekannt geworden, welche Geräte oder Einrichtungen der A__ verwenden würden. In einem Observatorium habe eine unsachgemässe Verkabelung einen hohen Schaden verursacht, und bis heute würden dort Probleme auftreten. In einem anderen Observatorium verursache die Teleskop-Halterung Schwierigkeiten, da die Teleskop-sicherung nur aus einer Software- und nicht aus einer Hardwarelösung bestehe. Für die aufgetretenen Probleme habe die A__ keine befriedigende Lösung finden können, ihre Unterstützung bei der Lösungsfindung sei ungenügend und die Kommunikation mit den Ingenieuren der A__ oft schwierig gewesen. Bei einer der Publikationen, welche die A__ eingereicht habe und bei welcher ein Mitglied ihres Teams als Co-Autor fungiert habe, würden die Daten nicht von einem Teleskop der A__ stammen. Auch bei der zweiten Publikation, auf welche verwiesen werde, handle es sich nicht um ein Empfehlungsschreiben eines unabhängigen Observatoriums, welches professionelle astronomische Forschung betreibe. Die A__ habe somit den Nachweis nicht erbringen können, dass sie über die notwendige Erfahrung im Bau von Teleskopen verfüge, welche in der Forschung eingesetzt würden. Die Empfehlungsschreiben, welche die A__ mit der Beschwerde einreichten, seien zudem verspätet, ihre Berücksichtigung würde einer nach Art. 19 ÖBV unzulässigen Änderung des Angebots gleichkommen. Sowieso würden die Empfehlungsschreiben jedoch mehrheitlich von Amateur-Astronomen oder Astronomiekлубs stammen. Im Empfehlungsschreiben der University of North Carolina werde zudem nur bestätigt, dass das Teleskop schöne Bilder liefere. Das zu beschaffende Teleskop solle jedoch nicht bloss schöne Bilder, sondern wissenschaftliche Daten produzieren. Auch die verspätet eingereichten Empfehlungsschreiben könnten somit nicht bestätigen, dass die A__ über Erfahrung im Bau von Teleskopen verfüge, welche in der astronomischen Forschung verwendet würden.

Aus Sicht der Erziehungsdirektion legt die Universität detailliert und nachvollziehbar dar, aus welchen Gründen der A__ bei diesen drei Kriterien je vier Punkte abgezogen wurden. Die Universität nennt Beispiele für die geringe Attraktivität und die mangelhafte Nachvollziehbarkeit der Unterstützung bei anderen von der A__ durchgeführten Projekten. Diese Beispiele werden von der A__ nicht bestritten oder widerlegt. Die Universität legt auch nachvollziehbar dar, weshalb es der A__ nicht gelungen ist, ihre Erfahrung in der astronomischen Forschung zu beweisen. Die von ihr eingereichten Publikationen belegen zwar die Forschungstätigkeit der Mitglieder des Teams der A__, nicht jedoch ihre Erfahrung im Bau von Teleskopen, welche für die astronomische Forschung verwendet werden. Auch die (verspätet) eingereichten Empfehlungsschreiben vermögen diese Erfahrung nicht zu belegen, zumal diese Schreiben Teleskope betreffen, welche unbestrittenermassen nicht für die professionelle astronomische Forschung verwendet werden. Die pauschale, nicht näher ausgeführte oder belegte Behauptung der A__, ihr seien diesbezüglich keine Mängel bekannt bzw. sie wisse von Mängeln bei ihrem Mitbewerber, ist nicht genügend begründet, um an den Ausführungen der Universität Zweifel zu wecken. Die Abzüge von je vier Punkten sind gerechtfertigt. Die Rügen sind damit unbegründet.

2.7 Zuschlagskriterium Z3.3 "Angebot für Schulung"

Gemäss Leistungsverzeichnis erhielt die A__ für dieses Kriterium zwei von fünf Punkten, weil ein detaillierter Plan für die Schulung fehle.

Die A__ rügt, in dem von ihr angebotenen 14-tägigen Schulungsprogramm werde ein ausreichender Schulungsumfang garantiert und die Anforderungen des Kunden würden voll berücksichtigt. Zusätzlich dazu biete sie nach der Grundeinschulung einen Remote-Support zur weiteren Betreuung des Kunden.

Die Universität legt in der Stellungnahme dar, dass im Angebot der A__ ein detaillierter Plan des Trainings des Personals fehle. Dies sei bei diesem Kriterium jedoch ein wesentliches Element. Der globale Hinweis auf die maximale Schulungsdauer stelle keinen detaillierten Trainingsplan dar und genüge den Anforderungen an dieses Zuschlagskriterium klar nicht.

Die A__ zeigt nicht auf, inwiefern eine detaillierte Planung der Schulung erfolgt sei. Tatsächlich finden sich nur Hinweise auf die Dauer der Schulung und darauf, dass die Schulung zu verschiedenen Tages- und Nachtzeiten an verschiedenen Objekten erfolgen solle. Es wird auch nicht bestritten, dass die detaillierte Planung Teil des Angebots der Schulung ist. Der von der A__ vorgebrachte Remote-Support zur weiteren Betreuung des Kunden kann eine detaillierte Planung der (Grund-) Schulung nicht ersetzen. Der Abzug von drei Punkten ist damit gerechtfertigt und die Rüge bleibt unbegründet.

2.8 Fazit

Die Rügen betreffend die Zuschlagskriterien Z1.1, Z1.2, Z1.6, Z2.1 bis Z2.3, und Z3.3 sind unbegründet. Einzig die Rüge betreffend das Zuschlagskriterium Z1.7 "main building dome quality, automatisisation and accessories" ist begründet. Die drei Zusatzpunkte, welche der A__ für dieses Kriterium erteilt werden, erhöhen die Punktezahl des Abschnittes "Building" von 0,360 auf 0,420 und damit die Endpunktzahl von 3,955 auf 4,015. Damit hat die A__ jedoch noch immer weniger Punkte als die Zuschlagsempfängerin, welche 4,232 Punkte erhielt (vgl. korrigiertes Leistungsverzeichnis, Beilage 7 zur Stellungnahme der Universität vom 31. Januar 2017). Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen.

3 Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Besondere Umstände können für die Kostenverlegung dann beachtlich sein, wenn sie in einem Zusammenhang mit den Beteiligten, dem interessierenden Verfahrensabschnitt und den entstandenen Kosten stehen. Zu berücksichtigen sind nur klare Normverstösse von einem gewissen Gewicht. Dazu können namentlich Verfahrensfehler wie Verletzungen des rechtlichen Gehörs gehören, die zwar vor oberer Instanz geheilt werden können, aber für die Betroffenen keine Nachteile zeitigen dürfen (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 9 zu Art. 108). Wie ausgeführt, wurde die angefochtene Verfügung nicht von der zuständigen Behörde erlassen. Aufgrund dessen und unter Berücksichtigung der Korrektur des Zuschlagskriteriums Z1.7, rechtfertigt es sich, der A__ nur die Hälfte der Verfahrenskosten

von 600 Franken, ausmachend 300 Franken, zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 19 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung [GebV; BSG 154.21]). Der Verfahrenskostenanteil wird separat in Rechnung gestellt.

Aus diesen Gründen entscheidet die Erziehungsdirektion:

1. Die Beschwerde wird *abgewiesen*.
2. Die A__ hat einen *Verfahrenskostenanteil* von *300 Franken* zu bezahlen.
3. Zu eröffnen:
 - A__, (Einschreiben)
 - *Universität Bern*, Rektor, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern (Einschreiben) und mitzuteilen:
 - *Amt für Hochschulen* (zur Kenntnisnahme)
 - *Amt für zentrale Dienste*, Abteilung Finanzdienstleistungen (zur Rechnungstellung und Kontrolle des Zahlungseingangs)

Der Erziehungsdirektor

Bernhard Pulver
Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann *innert 10 Tagen seit seiner Zustellung* schriftlich und begründet beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, Beschwerde geführt werden.

