

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

4800.600.700.05/16 (769071)
MYH
Sachbearbeiterin: Myriam Hidber

18. Oktober 2017

Entscheid



Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (Verfügung vom
21. Dezember 2016)

A__,
handelnd durch __

gegen

Universität Bern,
Rektor, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern

Ausgangslage

1. Am 21. Dezember 2016 verfügte der Verwaltungsdirektor der Universität Bern den Ausschluss der A__ aus dem offenen Vergabeverfahren für das Projekt Doktorandenverwaltung, weil die A__ nicht alle geforderten Eignungskriterien erfülle.
2. Am 28. Dezember 2016 erhob die A__ dagegen Beschwerde bei der Erziehungsdirektion. Sie beantragte, sie sei zum Beschaffungsverfahren Doktorandenverwaltung der Universität Bern zuzulassen. Weiter sei zu prüfen (Ziffern 1 und 2 auf S. 2 der Beschwerde), ob der Begriff "ein/e zertifizierte/r" nicht irreführend sei und somit für die Ausschreibung über keine Relevanz verfüge sowie ob alle anderen Unternehmen, welche an der Ausschreibung teilgenommen hätten und nicht ausgeschlossen worden seien, über die geforderten zertifizierten Projektleiter verfügen würden; und dies in höherem Mass als die A__.
3. Mit Stellungnahme vom 14. Februar 2017 beantragte die Universität Bern, auf die Anträge gemäss der Ziffern 1 und 2 auf S. 2 der Beschwerde sei nicht einzutreten. Die Beschwerde sei im Übrigen abzuweisen.
4. Die A__ verzichtete auf die Möglichkeit, innert der vom Rechtsdienst der Erziehungsdirektion angesetzten Frist 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 Ausschlussverfügungen 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. e 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

Anfechtungsobjekt ist die Verfügung vom 21. Dezember 2016 über den Ausschluss der A__ vom offenen Vergabeverfahren Doktorandenverwaltung (Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. d der interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1] und Art. 11 Abs. 2 Bst. e ÖBG).

1.3 Zuständigkeit zum Erlass der angefochtenen Verfügung

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 17. Oktober 2017) aufgeführt. Keine dieser Bestimmungen enthält Anhaltspunkte dafür, dass der Senat zuständig ist für den Erlass von Ausschlussverfügungen. 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 Ausschlussverfügungen. 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 17. 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. Art. 22 Abs. 4 GO Org UL befasst sich zudem nicht explizit mit dem Ausschluss aus dem Beschaffungsverfahren, sondern mit der Zuschlagsverfügung. Damit besteht keine Bestimmung, die die Zuständigkeit der Universitätsleitung zum Erlass einer Ausschlussverfügung im Beschaffungswesen regeln würde.

Unbestrittenermassen handelt es sich vorliegend um eine gesamtuniversitäre Angelegenheit, die keinem anderen Organ übertragen ist. Somit ist nach Art. 40 Abs. 2 UniG der Rektor für den Erlass der Ausschlussverfügung zuständig. Die Ausschlussverfügung vom 21. Dezember 2016 wurde somit nicht vom zuständigen Organ der Universität erlassen. Zu prüfen bleibt, ob dies ihre Aufhebung von Amtes wegen rechtfertigt.

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 Rechtsicherheit 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 (*Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1105). Eine in formeller Hinsicht qualifizierte 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 darin, dass der Ausschlussentscheid 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 private 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. Dies bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass die Unzuständigkeit des Verwaltungsdirektors nicht offensichtlich war, zumal dem Verwaltungsdirektor im entsprechenden Bereich keine allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt. 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. 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 der Ausschlussverfügung 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 Ausschlussverfügungen durch das zuständige Organ, nämlich den Rektor, erlassen werden. Der Zuständigkeitsmangel wird bei den Verfahrenskosten zu berücksichtigen sei (Ziffer 3).

1.4 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).

1.5 Form, Frist und Überprüfungsbefugnis

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

Mit Beschwerde können gerügt werden (a) Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens und (b) unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 14 Abs. 2 ÖBG).

1.6 Streitgegenstand

In Ziffer 1 auf S. 2 der Beschwerde beantragt die A__, es sei zu prüfen, ob der Begriff "ein/e zertifizierte/r" nicht irreführend sei und somit für die Ausschreibung nicht relevant sei.

In Rechtsmittelverfahren gilt das Rügeprinzip. Es ist Aufgabe der beschwerdeführenden Partei, diejenigen Beanstandungen vorzutragen, die untersucht werden sollen (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 3 zu Art. 18). Aus dem Antrag und den in der Begründung enthaltenen Rügen ergibt sich, was nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei an der angefochtenen Verfügung falsch sein und neu beurteilt werden soll (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 14 zu Art. 25). Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist dürfen keine neuen, über den Streitgegenstand hinauszielenden Rügen mehr erhoben werden (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, N. 4 zu Art. 25 und N. 12 zu Art. 33). Gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG und gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. a IVöB kann die Ausschreibung des Auftrags als Verfügung angefochten werden. Nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB) ist eine Rüge, die sich auf die Ausschreibung des Auftrages bezieht, folglich verspätet. So stellt sich die Universität Bern in der Stellungnahme (S. 4) auf den Standpunkt, die A__ hätte das betreffende Eignungskriterium nach Treu und Glauben bereits vor Einreichung ihres Angebots gegenüber der Universität Bern beanstanden müssen.

Der von der A__ angesprochene Begriff "ein/e zertifizierte/r" stammt aus dem Selbstdeklarationsformular, das Teil der Ausschreibungsunterlagen ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts bilden die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich Bestandteil der Ausschreibung. Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind deshalb wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst innert zehn Tagen zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist. Anders beurteilt das Verwaltungsgericht die Frage der Anfechtbarkeit, wenn den Anbietern die Ausschreibungsunterlagen erst nach Ablauf der zehntägigen Anfechtungsfrist gegen die Ausschreibung zugänglich waren. In diesem Fall könne logischerweise nicht verlangt werden, Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen be-

reits mittels Anfechtung der Ausschreibung vorzubringen (BVR 2007 S. 177 E. 2.2). Vorliegend waren laut Ausschreibung vom 22. September 2016 die Ausschreibungsunterlagen auf simap.ch im Zeitraum vom 22. September 2016 bis zum 4. November 2016 verfügbar. Somit hatte die A__ die Möglichkeit, innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist ihre Rügen gegen die Ausschreibung inklusive Ausschreibungsunterlagen durch die Anfechtung der Ausschreibung geltend zu machen. Diese Frist hat sie mit der Beschwerde vom 28. Dezember 2016 nicht gewahrt. Die Rüge bzw. der Antrag in Ziffer 1 auf S. 2 der Beschwerde ist somit verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

1.7 *Beweisantrag*

In Ziffer 2 auf S. 2 der Beschwerde beantragte die A__, es sei zu prüfen, ob die anderen Unternehmen, welche an der Ausschreibung teilgenommen haben und nicht ausgeschlossen wurden, über den geforderten zertifizierten Projektleiter verfügen würden. Und dies in höherem Mass als die Mitarbeiter der A__.

Es handelt sich dabei um einen Beweisantrag. Die Parteien können im Rahmen ihres Mitwirkungsrechts Beweisanträge stellen. An diese ist die entscheidende Behörde nicht gebunden. Es liegt vielmehr in ihrem Ermessen, in welchem Umfang sie Beweise erhebt. Gelangt sie im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung zur Auffassung, eine beantragte Beweisführung sei für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts nicht relevant, hat sie den entsprechenden Beweisantrag mit prozessleitender Verfügung abzuweisen. In der Praxis werden die Beweisanträge im Rahmen der Entscheiderwägungen abgewiesen (*Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 59 und Fn. 99*). Tatsachen und Beweismittel dürfen nur im Rahmen des Streitgegenstandes vorgebracht werden (*Merkli/Aeschlimann/Herzog, N.15 zu Art. 25*).

Wie nachfolgend im materiellen Teil ausgeführt, spielt es in der vorliegenden Angelegenheit keine Rolle, ob die anderen Unternehmen, die am Vergabeverfahren teilnahmen und nicht ausgeschlossen wurden, über einen zertifizierten Projektleiter verfügen. Entscheidend für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist primär, was die A__ in der Selbstdeklaration zum betreffenden Eignungskriterium angegeben hatte und nicht, ob sie oder die anderen Unternehmen dieses Eignungskriterium auch tatsächlich erfüllen. Die beantragte Beweisführung ist somit für den rechtserheblichen Sachverhalt nicht relevant und der Beweisantrag der A__ in Ziffer 2 auf S. 2 der Beschwerde wird abgewiesen.

2 *Materielles*

Umstritten ist, ob die Universität Bern die A__ zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

2.1 *Ausschluss aus dem Vergabeverfahren*

2.1.1 *Argumente der A__*

Die A__ macht geltend, sie habe bei der Selbstdeklaration beim Punkt 3 den Hinweis "ein/e zertifizierte/r" gestrichen: "3. Wird der Universität Bern bei der Umsetzung ~~ein/e~~ ~~zertifizierte/r~~, deutschsprachiger Projektleiter/in zur Verfügung gestellt?" Den Hinweis "ein/e zer-

tifizierte/r" habe sie gestrichen, weil keinerlei Angaben ersichtlich gewesen seien, in welcher Form eine Zertifizierung oder welche Art der Zertifizierung verlangt werde. Die Lebensläufe der Mitarbeiter der A___, welche an diesem Projekt beteiligt würden, seien der Ausschreibung beigelegt. Die Mitarbeiter würden über eine ausreichend hohe tertiäre Bildung und über die entsprechende Erfahrung verfügen, ein solches Projekt leiten zu können. Die Mitarbeiter hätten unter anderem an der Universität Bern studiert, der höchste Abschluss sei hierbei ein Masterabschluss in Informatik. Es sei aus Sicht der A___ unverhältnismässig, dass die Universität Bern sie aus dem Verfahren ausgeschlossen habe, schliesslich sei den Verantwortlichen der Universität Bern die entsprechende Information zu den Qualifikationen zur Verfügung gestanden. Die A___ habe das Zertifikat der "TQM-Ausbildung" von ___, Mitglied des Verwaltungsrates, nachgereicht, welches ebenfalls das Thema Projektmanagement umfasse. Sofern erforderlich könne die A___ ebenfalls in das Projekt einbinden.

2.1.2 Argumente der Universität Bern

Auf S. 4 der Stellungnahme argumentiert die Universität Bern, das Verhalten der A___ sei aus verschiedenen Gründen rechtlich problematisch. Ihr Verhalten sei widersprüchlich. Sie können nicht einerseits die betreffende Frage in der Selbstdeklaration mit "Ja" beantworten und andererseits die Formulierung "ein/e zertifizierte/r" durchstreichen. Ihr müsse bewusst gewesen sein, dass dies unzulässig sei. Auf S. 8 der Stellungnahme ergänzt die Universität Bern, ein derartig widersprüchliches Verhalten verstosse gegen das Prinzip von Treu und Glauben. Die A___ dürfe nicht einen Teil des Eignungskriteriums streichen und auf diese Weise ohne Einverständnis der Universität Bern Teile der Ausschreibungsunterlagen einseitig abändern und trotzdem davon ausgehen, dass sie die Eignungskriterien erfülle. Diese einseitige Streichung von Teilen der Eignungskriterien durch die Beschwerdeführerin sei nach Treu und Glauben unzulässig und habe zwingend zum Ausschluss vom weiteren Beschaffungsverfahren führen müssen. Dieser Ausschluss sei auch verhältnismässig, da er die einzig mögliche Konsequenz aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin gewesen sei.

Auf S. 5 der Stellungnahme weist die Universität Bern zudem darauf hin, dass gemäss Art. 13 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) die Auftraggeber Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen erteilen können. Die Möglichkeit Fragen zu stellen, sei im Pflichtenheft (Ziffer 7.3.2) zudem ausdrücklich geregelt. Die Anbietenden hätten demnach im Frageforum (simap.ch) die Möglichkeit gehabt, Fragen zur Ausschreibung zu stellen. Sie hätte somit die Pflicht gehabt, ihre Unklarheiten mittels Fragen an die Universität Bern zu klären. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehe bei unklaren Ausschreibungsunterlagen eine Fragepflicht der Anbietenden. Ihre versäumte Fragepflicht könne die Beschwerdeführerin nicht einfach im Rahmen der Anfechtung der Ausschlussverfügung nachholen. Auf die Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten (vgl. S. 6 der Stellungnahme).

Weiter sei zu bemerken (S. 6 der Stellungnahme), dass für die Universität Bern kein Anlass bestanden habe, bei der Beschwerdeführerin Erkundigungen über das widersprüchliche Ausfüllen des Selbstdeklarationsformulars einzuholen. Es sei offensichtlich gewesen, dass die A___ den Widerspruch wissentlich und willentlich verursacht habe. In Ziffer 5.2 des Pflichtenheftes werde explizit darauf hingewiesen, dass die Eignungskriterien vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebots nachgewiesen werden müssen, ansonsten die Offerte vom Verfahren ausgeschlossen werde. Die Beschwerdeführerin habe somit gewusst, dass sie die Eignungskriterien erfüllen müsse

und keine Modifikation vornehmen durfte. Sie habe nicht gutgläubig darauf vertrauen dürfen, trotz ihrer Streichung bei den Eignungskriterien nicht vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen zu werden.

Die Universität Bern erklärt, das von der A__ eingereichte "TQM-Zertifikat" von __ unbehelflich sei. Dieser Mitarbeiter sei im Angebot der A__ weder als Projektleiter noch sonst als Mitarbeiter für den zu vergebenden Vortrag vorgesehen gewesen. Die Eingabe des Zertifikats sei deshalb verspätet und habe für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine Bedeutung, da die Erfüllung der Eignungskriterien von der Universität Bern im Zeitpunkt der Einreichung des Angebots zu prüfen gewesen sei.

2.1.3 Würdigung

Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber legen in den Ausschreibungsunterlagen die Eignungskriterien fest. Deren Gewichtung und allfällige Unterkriterien müssen bekannt gegeben werden (Art. 16 Abs. 1 ÖBV). Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen oder Anbieter sein. Es können auch besondere Leistungen zu Gunsten der Berufsbildung und besondere Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau mitberücksichtigt werden. Die Eignungskriterien sind auftragsspezifisch festzulegen und wo nötig zu präzisieren (Art. 16 Abs. 2 ÖBV). Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber können von den Anbieterinnen oder Anbietern Nachweise zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien verlangen (Art. 16 Abs. 3 ÖBV). Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber schliessen Anbieterinnen und Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, welche die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV).

Es ist durch die Parteien unbestritten und ergibt sich auch aus der Beilage 5 zur Stellungnahme, dass die A__ in der Selbstdeklaration das Ja/Nein-Kästchen neben der Frage, "Wird der Universität Bern bei der Umsetzung ein/e zertifizierte/r, deutschsprachige/r Projektleiter/in zur Verfügung gestellt?" mit "Ja" ausfüllte. Gleichzeitig hat die A__ in der Frage "ein/e zertifizierte/r" durchgestrichen (vgl. S. 3 der Selbstdeklaration).

Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Anforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden. Keine Kompensation durch eine Mehreignung bei einem anderen Eignungskriterium ist nicht möglich (*Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 603).

Es ist grundsätzlich nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung eines Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen. Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Rz. 573). Auch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip kann sich eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ergeben. So muss es mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot wohl zulässig sein, eine zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gegebene Eignung durch das nachträgliche Einreichen von Nachweisen zu belegen. Entsprechend hat die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, nachzufragen, bevor sie den Anbieter mangels Eignung ausschliesst (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Rz. 575; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016, E. 3.8.1). Vorliegend waren neben dem

ausgefüllten Selbstdeklarationsformular keine Nachweise erforderlich. Die Universität Bern musste zudem nicht davon ausgehen, dass das Eignungskriterium in Tat und Wahrheit erfüllt ist. Aus den Angaben der A__ war vielmehr zu schliessen, dass diese das fragliche Eignungskriterium eben nicht erfüllte. Durch die Bejahung der Frage und das gleichzeitige Durchstreichen des Begriffes "ein/e zertifizierte/r" durfte die Universität Bern schliessen, dass die A__ der Universität Bern bei der Umsetzung einen deutschsprachigen aber nicht zertifizierten Projektleiter oder eine deutschsprachige aber nicht zertifizierte Projektleiterin zur Verfügung stellt. Die Universität Bern hatte folglich keinerlei Anlass, bei der A__ zurückzufragen.

Auf S. 4 und S. 8 der Stellungnahme argumentiert die Universität Bern, die A__ wäre verpflichtet gewesen, im Beschaffungsverfahren ihre Unklarheiten bezüglich des Begriffes "ein/e zertifizierte/r" zu klären. Entgegen der Ansicht der Universität Bern ist nicht von einer generellen Fragepflicht der A__ auszugehen. Die Annahme einer Fragepflicht des Anbietenden ist auf Fälle zu beschränken, in welchen feststeht, dass das Unterlassen einer Anfrage und die anschliessende Berufung des Anbietenden auf den Mangel der Ausschreibungsunterlagen auf eine Verletzung der Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben hinauslief. Eine solche Annahme kann insbesondere getroffen werden, wenn feststeht, dass der betreffende Anbietende den Mangel seinerzeit erkannte und der Vergabebehörde gleichwohl keine Fragen unterbreitete (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Rz. 388). Soweit die A__ geltend macht, sie habe das Eignungskriterium des zertifizierten Projektleiters erfüllt bzw. die Selbstdeklarationsfrage mit "Ja" beantwortet, aber gleichzeitig das Eignungskriterium "ein/e zertifizierte/r" durchstreicht, muss sie sich des darin bestehenden Widerspruchs bewusst gewesen sein. Sie kann sich folglich nicht darauf berufen, sie habe "ein/e zertifizierte/r" gestrichen, weil dieser Begriff unklar gewesen sei. Ihr wäre die Pflicht zugekommen, durch eine Rückfrage bei der Universität Bern zu klären, was mit diesem Begriff gemeint ist. Stattdessen hat sie im Bewusstsein, dass dies zu einem inhaltlichen Widerspruch führen würde, den aus ihrer Sicht unklaren Begriff gestrichen und die Frage mit "Ja" auf dem Selbstdeklarationsformular beantwortet.

Wie sich aus Ziffer 5.2 des Pflichtenhefts zur ausgeschriebenen Doktorandenverwaltung (Beilage 3 zur Stellungnahme) ergibt, dienen die Eignungskriterien dem Nachweis der Fachkompetenz und Leistungsfähigkeit der Anbieter: "Mit den Eignungskriterien wird überprüft, ob die Firma über die geforderte Eignung für den Auftrag verfügt. Die nachfolgend aufgeführten Eignungskriterien müssen vollständig ohne Einschränkung oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes nachgewiesen werden, ansonsten wird die Offerte vom Verfahren ausgeschlossen. Das ausgefüllte Selbstdeklarationsformular inkl. aller geforderten Nachweise muss mit dem Angebot eingereicht werden (...). Angebote, die untenstehende Kriterien nicht vollumfänglich erfüllen, werden vom Verfahren ausgeschlossen (Artikel 24 Abs. 1 Buchstabe c ÖBV)." Anschliessend wird unter dem Titel "Eignungskriterien" ausdrücklich das Selbstdeklarationsformular inklusive den geforderten Nachweisen aufgeführt. Da die A__ im Selbstdeklarationsformular nicht vorbehaltlos alle Eignungskriterien als erfüllt deklarierte und es für die Universität Bern keinen Anlass oder gar eine Pflicht zur Rückfrage gab, hat die Universität Bern die A__ zu Recht gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Gleichzeitig mit der Beschwerde reichte die A__ eine Kopie des "TQM-Zertifikats" von __ ein, welches nach ihrer Aussage ebenfalls das Thema Projektmanagement umfasse. Im offenen Verfahren hat die Vergabebehörde (und auch die Beschwerdeinstanz) die Eignung und damit auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Anbieters grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt einge-

legten Unterlagen zu prüfen (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Rz. 573). Die nachträgliche Einreichung des Zertifikats kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit nicht berücksichtigt werden.

2.2 *Verhältnismässigkeit des Ausschlusses*

2.2.1 *Argumente der Parteien*

Auf S. 1 der Beschwerde rügt die A___, dass der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren unverhältnismässig sei.

Auf S. 8 der Stellungnahme schreibt die Universität Bern, die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach ihr Ausschluss vom Beschaffungsverfahren "unverhältnismässig" sei, erweise sich als haltlos. Der Ausschluss sei aufgrund des Nichterfüllens eines Eignungskriteriums die einzig mögliche Konsequenz.

2.2.2 *Würdigung*

Wie unter Ziffer 2.1.3 ausgeführt, kann sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ergeben. Die Universität Bern hatte vorliegend aber keinerlei Anlass, bei der A___ zurückzufragen. Da das Nichterfüllen eines Eignungskriteriums zwingend zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen muss (vgl. Ziffer 2.1.3), war vorliegend kein milderes Mittel als der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ersichtlich, welches die Universität Bern hätte ergriffen können. Der Ausschluss war die zwingende Konsequenz der fehlenden Erfüllung des Eignungskriteriums und somit erforderlich und zumutbar. Der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren war somit entgegen der Ansicht der A___ nicht unverhältnismässig.

Im Ergebnis ist die Beschwerde somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

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 rechtfertigt es sich, der A___ zwei Drittel der Verfahrenskosten von 600 Franken, ausmachend 400 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*, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die A__ hat einen *Verfahrenskostenanteil von 400 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 Rechnungsstellung und Kontrolle des Zahlungseingangs)

Der Erziehungsdirektor

Bernhard Pulver
Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann *innert 30 Tagen seit seiner Zustellung* schriftlich und begründet beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, Beschwerde geführt werden.