

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**2C\_848/2022**

**Urteil vom 27. März 2024**

## **II. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichterin Hänni,  
Bundesrichter Hartmann,  
Bundesrichterin Ryter,  
Gerichtsschreiber Hongler.

Verfahrensbeteiligte  
Einwohnergemeinde Thun, handelnd durch den Gemeinderat, Rathaus, Postfach 145, 3602 Thun,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Buchli,

*gegen*

A. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Isler,

Regierungsstatthalteramt Thun,  
Scheibenstrasse 3, 3600 Thun.

Gegenstand  
Submission,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,  
vom 14. September 2022 (100.2021.339U).

### **Sachverhalt:**

**A.**  
Die Einwohnergemeinde (EG) Thun plant die Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine. Am 10. März 2020 publizierte sie diesbezüglich auf der Internetplattform SIMAP einen Zuschlag im freihändigen Verfahren für das Projekt "Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine 6m<sup>3</sup>" an die Anbieterin B. \_\_\_\_\_ AG. Die gegen diesen Zuschlag erhobene Beschwerde eines anderen Unternehmens - der A. \_\_\_\_\_ AG - wies das Regierungsstatthalteramt Thun ab. Gegen diesen Entscheid gelangte die A. \_\_\_\_\_ AG mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 22. April 2021 gut, weil die EG Thun den Nachweis für das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Neuentwicklungsauftrag und damit für eine freihändige Vergabe nicht erbracht hatte und sich der im freihändigen Verfahren erteilte Zuschlag deshalb als unzulässig erwies (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22. April 2021, Nr. 100.2020.399U; publiziert in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2021 S. 285 ff.).

**B.**

**B.a.** Am 14. Mai 2021 schrieb die EG Thun auf SIMAP einen Auftrag für die Beschaffung einer "eStrassenreinigungsmaschine LKW 6m3" im offenen Verfahren aus; daraufhin gingen zwei Offerten ein: Eine der B. \_\_\_\_\_ AG sowie eine der A. \_\_\_\_\_ AG.

Am 25. Mai 2021 erhob die B. \_\_\_\_\_ AG beim Regierungsstatthalteramt Thun Beschwerde gegen diese Ausschreibung; dieses wies ein Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Zwischenverfügung vom 8. Juni 2021 ab.

Mit Verfügung vom 3. September 2021 schloss die EG Thun die A. \_\_\_\_\_ AG aus dem Vergabeverfahren aus. Diese erhob dagegen am 15. September 2021 Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt Thun; Anträge auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und ein Verbot der Zuschlagserteilung wies das Regierungsstatthalteramt mit Zwischenverfügung vom 4. Oktober 2021 ab.

**B.b.**

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2021 erteilte die EG Thun der B. \_\_\_\_\_ AG den Zuschlag; am 2. November 2021 schlossen sie den Vertrag. Gegen den Zuschlag gelangte die A. \_\_\_\_\_ AG am 11. November 2021 mit Beschwerde an das Regierungsstatthalteramt; dieses trat darauf mit der Begründung fehlender Beschwerdelegitimation nicht ein.

Eine gegen diesen Nichteintretensentscheid gerichtete Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 30. März 2022 gut, soweit es darauf eintrat, und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens betreffend den Zuschlag an das Regierungsstatthalteramt zurück (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30. März 2022, Nr. 100.2021.357U).

Mit Urteil gleichen Datums hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern auch eine Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid des Regierungsstatthalters Thun betreffend das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Zuschlagsverfahren gut; gleichzeitig hiess das Gericht auch das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gut, und untersagte der EG Thun und der B. \_\_\_\_\_ AG die Abwicklung des (am 2. November 2021 geschlossenen) Vertrags für die Dauer der Hängigkeit des Verfahrens betreffend den Zuschlag (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30. März 2022, Nr. 100.2021.333U).

**B.c.**

Mit Entscheiden vom 9. November 2021 vereinigte der Regierungsstatthalter Thun das Verfahren betreffend den Ausschluss mit demjenigen betreffend die Ausschreibung (vorne B.a) und wies beide Beschwerden ab. Dagegen erhob die A. \_\_\_\_\_ AG am 22. November 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 14. September 2022 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. September 2022, Nr. 100.2021.339U) gut, soweit es darauf eintrat, hob die Entscheide des Regierungsstatthalters Thun vom 9. November 2021 auf, und wies die Angelegenheit zur Fortsetzung des hängigen Rechtsmittelverfahrens betreffend den Zuschlag an den Regierungsstatthalter zurück.

In Bezug auf die Ausschreibung - die vom Regierungsstatthalteramt Thun noch gestützt worden war - begründete das Verwaltungsgericht seinen Entscheid damit, dass die Anforderung des Mindestgewichts der Elektro-Strassenreinigungsmaschine in allen Eignungskriterien diskriminierend sei. Sodann erachtete das Verwaltungsgericht zwei Eignungskriterien (Nachweis Praxiserfahrung betreffend Wartung, Nachweis erfolgreicher Auslieferung zweier vergleichbarer Fahrzeuge) als unzulässig, weil diese (auch über den Aspekt des Mindestgewichts hinaus) nicht mit dem Diskriminierungsverbot respektive Transparenzgebot vereinbar seien. Ein weiteres Eignungskriterium (Vorhandensein einer gut erreichbaren Werkstatt mit fachlich ausgebildetem Personal) sei teilweise diskriminierend. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass der Vergabeprozess weitergeführt werden könne, dass aber die ersten beiden Eignungskriterien keine Anwendung fänden, und das dritte nur in angepasster Form (ohne das Mindestgewicht).

In Bezug auf den Ausschluss der A. \_\_\_\_\_ AG aus dem Vergabeverfahren - der vom Regierungsstatthalteramt Thun ebenfalls gestützt worden war - schloss das Verwaltungsgericht, dass dieser sich nicht mit den diskriminierenden Eignungskriterien begründen lasse, und dass die A. \_\_\_\_\_ AG das dritte Eignungskriterium erfülle, soweit sich dieses nicht als diskriminierend erweise. Zudem rechtfertigten auch die von der Vergabebehörde geltend gemachten Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen inkl. Leistungsverzeichnis (namentlich betreffend Vorbehalt Liefertermin; Motorenleistung; Art der Federung; Leistung der Hochdruckwaschanlage) weder je für sich betrachtet noch in ihrer Gesamtheit den Ausschluss der Beschwerdeführerin. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde der A. \_\_\_\_\_ AG auch in diesem Punkt gut, und ordnete die Fortsetzung des Vergabeverfahrens unter Einschluss derselben an.

**C.**

Gegen dieses Urteil gelangt die EG Thun mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht. Sie beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2021.339U vom 14. September 2022 aufzuheben und den Ausschluss der A. \_\_\_\_\_ AG aus dem Vergabeverfahren (und damit den Entscheid des Regierungsstatthalteramts Thun vom 9. November 2021) zu bestätigen. Eventualiter sei das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Abteilungspräsidentin hat das Gesuch der EG Thun um aufschiebende Wirkung bzw. um vorsorgliche Massnahmen mit Verfügung vom 8. November 2022 abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

Die eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) verzichtet auf das Einreichen einer Stellungnahme. Das Regierungsstatthalteramt Thun verzichtet auf eigene Anträge. Das Verwaltungsgericht des Kantons

Bern beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Die A. \_\_\_\_\_ AG beantragt in ihrer Vernehmlassung/Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie der subsidiären Verfassungsbeschwerde, soweit auf sie einzutreten ist.

## Erwägungen:

### 1.

Zunächst ist zu prüfen, ob auf die Eingabe der Beschwerdeführerin als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten werden kann; diesfalls wäre die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen (Art. 113 BGG).

**1.1.** Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 83 lit. f BGG). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (**BGE 146 II 276** E. 1.2; Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.1, nicht publ. in: **BGE 143 II 553**).

**1.2.** Fraglich ist zunächst, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

**1.2.1.** Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Keine Grundsatzfrage stellt die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt ebenfalls nicht, um ihr grundsätzlichen Charakter zu verleihen. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (**BGE 146 II 276** E. 1.2.1; Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.2, nicht publ. in: **BGE 143 II 553**).

Zudem muss es sich um eine Frage handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich ist (**BGE 146 II 276** E. 1.2.1). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt mangels Rechtsschutzinteresse an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage nicht zum Eintreten auf die Beschwerde.

Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; **BGE 146 II 276** E. 1.2.1; Urteile 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1; 2C\_553/2015 vom 26. November 2015 E. 1), es sei denn, die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt sich offensichtlich (Urteil 2D\_25/2018 vom 2. Juli 2019 E. 1.1, nicht publ. in: **BGE 145 II 249**; **141 II 353** E. 1.2). Die Rechtsprechung handhabt die Voraussetzung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung restriktiv (**BGE 140 I 285** E. 1.1.2; **138 I 143** E. 1.1.2; **133 III 493** E. 1.1).

**1.2.2.** Die Beschwerdeführerin wirft in ihrer Beschwerde die folgenden vier Fragen als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf:

1. Kommt der Vergabestelle bei der Festlegung der Eignungskriterien und der technischen Spezifikationen in dem Sinne ein "gesicherter Handlungsspielraum" zu, dass sie kein *qualifiziertes Bedürfnis* für die entsprechenden Vorgaben nachweisen muss, sondern es ausreicht, wenn sie diese Vorgaben sachlich begründen kann?

2. Kommt der Vergabestelle bei der Anwendung der Eignungskriterien und der technischen Spezifikationen in dem Sinne ein "gesicherter Handlungsspielraum" zu, dass sie bei deren Bewertung ihr Verständnis zugrunde legen darf?

3. Darf eine Verwaltungsjustizbehörde Eignungskriterien bei der Überprüfung eines Verfahrensausschlusses für gänzlich nicht anwendbar erklären, wenn eine Anbieterin in Zusammenhang mit der Anfechtung der Ausschreibung lediglich deren Umformulierung verlangt hat?

4. Können technische Spezifikationen, die von einer beschwerdeführenden Anbieterin ohne Weiteres erfüllt werden können, diskriminierend im Sinne des Beschaffungsrechts sein?

**1.2.3.** Eine Beantwortung der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen 1, 2 und 4 läuft auf eine Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf den Einzelfall hinaus:

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht fest, dass die Gemeinden als Vergabestellen zwar an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden sind, dabei aber über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit verfügen und somit Autonomie geniessen. Das gilt namentlich bei der Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und schliesslich beim Zuschlag selber (vgl. **BGE 143 II 553** E. 6.3.2 mit Hinweisen). Ebenso klar ist, dass der relativ erhebliche Handlungsspielraum der Vergabestellen durch die vergaberechtlichen Grundsätze - wie beispielsweise den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, das Transparenzgebot, oder denjenigen des wirksamen Wettbewerbs - eingeschränkt wird (vgl. die Urteile

2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.1; 2C\_634/2008 vom 11. März 2009 E. 3.2; 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a).

All diese Grundsätze beziehen sich auf das gesamte Vergabeverfahren und sind somit sowohl auf Eignungskriterien als auch auf technische Spezifikationen gleichermaßen anwendbar. Letztlich zielt die Beschwerdeführerin mit den ersten beiden aufgeworfenen Fragen betreffend den Umfang ihres "gesicherten Handlungsspielraums" bei der Festlegung resp. Anwendung von Eignungskriterien und technischen Spezifikationen sowie mit der letzten Frage der Bedeutung der Erfüllbarkeit von technischen Spezifikationen bei der Beurteilung einer vergaberechtlichen Diskriminierung auf eine Überprüfung der Anwendung der - in der Rechtsprechung längst anerkannten - vergaberechtlichen Grundsätze auf ihren Einzelfall (vgl. auch die Urteile 2C\_563/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.2.4; 2C\_144/2009 vom 15. Juni 2009 E. 1.3 mit Hinweisen) ab.

Nachdem die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf den Einzelfall - wie dargelegt (vorne E. 1.2.1) - keine Grundsatzfrage darstellen kann, handelt es sich bei der ersten, der zweiten, sowie der vierten Frage nicht um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung.

**1.2.4.** Die dritte von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage liegt nicht spezifisch auf dem Gebiet des Vergaberechts:

Ob und unter welchen Umständen das urteilende Gericht über früher im gleichen Verfahren gestellte Anträge der Parteien hinausgehen darf, betrifft die Festlegung des Streitgegenstands im Beschwerdeverfahren. Aus dem Urteil der Vorinstanz (insb. E. 1.5) ergibt sich, dass diese den Streitgegenstand primär gestützt auf allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze abgrenzte, namentlich durch Auslegung der Beschwerdeanträge und der Beschwerdebegründung (dazu auch hinten E. 3). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass es sich bei der dritten aufgeworfenen Frage um eine Rechtsfrage *spezifisch auf dem Gebiet des Vergaberechts* handelt (vorne E. 1.2.1). Die Beschwerdeführerin legt auch nicht (rechtsgenügend) dar, dass dem so wäre. Entsprechend kann auch diesbezüglich nicht auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten werden.

**1.2.5.** Nach dem Gesagten ist - mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG - auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht einzutreten.

**1.3.** Zu prüfen ist, ob auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihre Gemeindeautonomie.

**1.3.1.** Im Unterschied zu Art. 89 Abs. 2 BGG ist im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde kein besonderes Beschwerderecht für Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften vorgesehen; die Voraussetzungen für das Erheben einer Verfassungsbeschwerde durch eine Gemeinde richten sich ausschliesslich nach Art. 115 BGG (**BGE 140 I 285** E. 1.2 mit Hinweis).

**1.3.2.** Gemäss Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Rechtsprechungsgemäss verfügen Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften im Vergaberecht über ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinn von Art. 115 lit. b BGG, wenn sie sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verletzung ihrer durch die jeweilige Kantonsverfassung oder durch die Bundesverfassung gewährleisteten Autonomie zur Wehr setzen (spezifisch zum Vergaberecht: **BGE 140 I 285** E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil 2D\_38/2020 vom 25. Februar 2021 E. 1.3; vgl. auch **BGE 145 I 239** E. 5.1 mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang kann eine Gemeinde sowohl Kompetenzüberschreitungen der obersten kantonalen Beschwerdeinstanz als auch die Verletzung von Bundes-, Kantons- oder Gemeinderecht, welches die Materie regelt, rügen (**BGE 140 I 285** E. 1.2; **128 I 3** E. 2b).

**1.3.3.** Die Beschwerdeführerin beruft sich vorliegend auf eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie durch das kantonale Verwaltungsgericht. Sie macht geltend, das vorinstanzliche Urteil zwingt sie, einen öffentlichen Auftrag anders auszuschreiben, als sie dies selber wollte. Gleichzeitig führt sie aus, dass sie mit dem angefochtenen Entscheid (indirekt) gezwungen werde, bei einem Anbieter, der die von ihr definierten Eignungsanforderungen nicht erfüllt und aus ihrer Sicht für die Auftragserbringung ungeeignet erscheint, eine Elektro-Strassenreinigungsmaschine zu beschaffen, die ihren Anforderungen nicht entspreche. Sie ist in diesem Rahmen zur Verfassungsbeschwerde legitimiert.

**1.4.** Sodann handelt es sich beim Entscheid der Vorinstanz um ein gültiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 90 i.V.m. Art. 117 BGG:

Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz das Verfahren betreffend die Ausschreibung sowie den Ausschluss abschliessend entschieden und die diesbezüglichen Entscheide des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Thun vom 9. November 2021 in diesem Sinne aufgehoben. Zwar hält die Vorinstanz im Dispositiv fest, dass "die Angelegenheit" an die untere kantonale Instanz zurückgeht. Dies allerdings nur zur Fortsetzung des dort hängigen Rechtsmittelverfahrens betreffend den Zuschlag. Über die Zulässigkeit der Ausschreibung respektive des Ausschlusses der Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren hat das Verwaltungsgericht demgegenüber abschliessend entschieden. Da vorliegend nur die Ausschreibung und der Ausschluss Streitgegenstand bilden, ist das Urteil diesbezüglich als Endentscheid (i.S.v. Art. 90 BGG) zu qualifizieren.

**1.5.** Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 114 sowie 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG) und ist innert Frist (Art. 117 und 100 Abs. 1 BGG) sowie in der vorgeschriebenen Form (Art. 42 und Art. 117 i.V.m. 106 Abs. 2 BGG) eingereicht worden, so dass darauf einzutreten ist.

## 2.

**2.1.** Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG, auf den Art. 117 BGG verweist, wendet das Bundesgericht das Recht nicht von Amtes wegen an und prüft die Verletzung von Verfassungsrecht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. 106 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 143 II 283** E. 1.2.2; **142 II 369** E. 2.1; Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2 [nicht publiziert in **BGE 140 I 285**]). Die Beschwerdevorbringen sind nachfolgend nur insofern zu prüfen, als sie diesen Anforderungen genügen. Die Anwendung von eidgenössischem und kantonalem Verfassungsrecht prüft das Bundesgericht mit freier Kognition, die Handhabung von Gesetzes- und Verordnungsrecht unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots, selbst wenn diese in direktem Zusammenhang mit der Gemeindeautonomie stehen (Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.1 [nicht publiziert in **BGE 140 I 285**] mit Hinweisen); solange die Rechtsanwendung der kantonalen Beschwerdeinstanz nicht offensichtlich im Widerspruch zu Ziel und Zweck der angewendeten Bestimmungen steht, hebt das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid nicht auf, sogar wenn eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint (Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.1 [nicht publiziert in **BGE 140 I 285**] mit Hinweisen; vgl. zur Willkürkognition auch **BGE 141 III 564** E. 4.1; **140 III 16** E. 2.1).

**2.2.** Für die Beurteilung der subsidiären Verfassungsbeschwerde legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG beruht (Art. 118 Abs. 2 BGG).

## 3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Streitgegenstand sei durch die ursprünglichen Anträge der Beschwerdegegnerin beim Regierungsstatthalteramt Thun eingeschränkt worden; die Vorinstanz habe einen Entscheid ausserhalb des Streitgegenstands getroffen, indem sie die Eignungskriterien 1 und 2 nicht wie (im kantonalen Verfahren) beantragt umformuliert, sondern für gänzlich unanwendbar erklärt habe.

**3.1.** Die Vorinstanz begründete die weite Fassung des Streitgegenstands in ihrem Entscheid - unter Verweis auf ihre eigene Rechtsprechung und Kommentare zum Verwaltungsrecht des Kantons Bern - damit, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Begründung vor Verwaltungsgericht in aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht habe, dass sie aus der Ausschreibung auf klare Diskriminierungsabsichten schliesse, und nicht gewillt sei, diese hinzunehmen. Im Licht dieser Begründung könnten die Anträge nur dahingehend verstanden werden, dass die beanstandeten Eignungskriterien so umzuformulieren bzw. zu handhaben seien, dass sie nicht diskriminierend wirkten.

**3.2.** Die Beschwerdeführerin tut vor Bundesgericht nicht konkret (und verfassungsbezogen) dar, inwiefern die Vorinstanz mit ihrer Handhabung des Streitgegenstands - respektive mit der Auslegung der Beschwerdeanträge unter Bezug der Beschwerdebegründung - ihre Gemeindeautonomie verletzt haben soll; sie kommt damit ihrer Rügeobliegenheit nicht nach (vorne E. 2.1). Ohnehin erscheint die Rechtsanwendung der Vorinstanz diesbezüglich nicht willkürlich. Es ist gerade unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht die Anträge der Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die Begründung auslegte (auch vor Bundesgericht werden Parteibegehren und Anträge im Verwaltungsverfahren grundsätzlich nach Treu und Glauben ausgelegt, und insbesondere im Licht der dazu gegebenen Begründung: **BGE 137 II 313** E. 1.3; Urteile 2C\_865/2018 vom 13. Mai 2019 E. 3.2; Urteil 2C\_157/2019 vom 12. März 2019 E. 3.2).

## 4.

Das vorliegende Verfahren bezieht sich auf die Anschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine durch die Beschwerdeführerin, eine Gemeinde im Kanton Bern. Unbestritten ist, dass die Vergabe der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 (IVöB 2001) untersteht, auch wenn zwischenzeitlich im Kanton Bern die revidierte Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) in Kraft getreten ist. Zum Zeitpunkt der vorliegend angefochtenen Ausschreibung vom 14. Mai 2021 war der Kanton Bern der IVöB 2019 noch nicht beigetreten, weshalb vorliegend die IVöB 2001, welche für den Kanton Bern am 1. Januar 2003 in Kraft getreten ist, anwendbar ist (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 2 IVöB 2019). Auch im Übrigen kommen auf die Beschaffung die zum Zeitpunkt der Ausschreibung geltenden Erlasse zur Anwendung, so das Gesetz des Kantons Bern vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG/BE; BSG 731.2) und die Verordnung des Kantons Bern vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV/BE; BSG 731.21).

**5.**

Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht die Verletzung ihrer Gemeindeautonomie.

**5.1.** Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale oder das eidgenössische Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder zum Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (**BGE 147 I 433** E. 4.1; **146 I 36** E. 3.1; **BGE 136 I 265** E. 2.1 mit Hinweisen).

**5.2.** Die Verfassung des Kantons Bern räumt den Gemeinden ausdrücklich Autonomie ein (vgl. Art. 109 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 [KV/BE]). Nach Art. 16 Abs. 1 ÖBV/BE legt die Vergabebehörde die Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen fest; diese können insbesondere die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen oder Anbieter betreffen und sind auftragsspezifisch festzulegen und zu präzisieren (Art. 16 Abs. 2 ÖBV/BE). Die Vergabebehörde kann ferner Nachweise zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien verlangen (Art. 16 Abs. 3 ÖBV/BE). Sodann bezeichnet die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen (Art. 12 Abs. 1 ÖBV/BE). Weichen Anbieterinnen von diesen ab, so haben sie die Gleichwertigkeit ihrer technischen Spezifikationen nachzuweisen (Art. 12 Abs. 3 ÖBV/BE). Betreffend den Verfahrensausschluss sieht Art. 24 ÖBV/BE sodann vor, dass die Auftraggeberin einen Anbieter von der Teilnahme am Verfahren unter anderem dann ausschliesst, wenn dieser ein Angebot einreicht, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Abs. 1 lit. b), oder die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (Abs. 1 lit. c). Auch rechtsprechungsgemäss verfügen die Vergabestellen im Rahmen des Vergabeverfahrens über einen grossen Entscheidungsspielraum und sind sie, im Rahmen der durch die Rechtsordnung definierten Grenzen und insbesondere dem anwendbaren kantonalen und interkantonalen Recht, autonom (vgl. die Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie im Bereich des Beschaffungsrechts in anderen Kantonen: **BGE 140 I 285** E. 4 [Kanton Genf]; **BGE 138 I 143** E. 3.1 und Urteil 2P.70/2006 vom 23. Februar 2007 E. 3.1 [Kanton Zürich]; **BGE 129 I 313** E. 5.2 [Kanton Wallis]; **BGE 129 I 410** E. 2.2 [Kanton Graubünden]). Ist eine Gemeinde in einem bestimmten Bereich autonom, kann sie sowohl die Kompetenzüberschreitung einer kantonalen Beschwerdeinstanz als auch deren Verletzung der Vorschriften des Bundes-, Kantons- oder Gemeinderechts, welche die Materie regeln, rügen (**BGE 140 I 285** E. 4.1; vgl. Urteil 1C\_584/2013 vom 6. März 2014 E. 3.1.1). Setzt die Beschwerdeinstanz ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vergabebehörde, verletzt sie deren Entscheidungsfreiheit und damit ihre Gemeindeautonomie (**BGE 140 I 285** E. 4.1 mit Hinweisen; Urteil 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2; vgl. allgemeiner **BGE 140 I 201** E. 6.1).

**5.3.** Inhaltlich findet die (durch die Gemeindeautonomie gewährleistete) Beschaffungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber dabei eine Grenze in den Vorgaben der anwendbaren submissionsrechtlichen Erlasse. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (vgl. Art. 5 Abs. 1 BGBM [SR 943.02], Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b, Art. 11 Abs. 1 lit. a und Art. 13 Abs. 1 lit. b IVöB 2001) ist in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten und untersagt dem Auftraggeber insbesondere, potentielle Anbieter durch ungerechtfertigte, bestimmte Anbieter respektive Produkte ohne sachliche Notwendigkeit ausschliessende oder bevorzugende Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zu diskriminieren (vgl. zur Diskriminierung durch technische Spezifikationen auch die Urteile 2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.3; 2C\_634/2008 vom 11. März 2009 E. 3.2; Urteil 2P.282/1999 vom 2. März 2000, E. 3a). Dasselbe ergibt sich auch aus dem Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. a und Art. 11 Abs. 1 lit. b IVöB 2001), der - unter anderem - auch durch die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter gewährleistet werden soll (vgl. zum engen Bezug zwischen den Grundsätzen auch **BGE 146 II 276** E. 6.4; **143 II 425** E. 4.4.2 mit Hinweisen; ferner die Urteile 2P.97/2005 vom 28. Juni 2006 E. 4.4; 2P.130/2005 vom 21. November 2005 E. 6; 2P.46/2005 vom 16. September 2005 E. 5.1). Der Grundsatz der Transparenz (vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM, Art. 1 Abs. 3 lit. c und Art. 13 Abs. 1 lit. a IVöB 2001) verlangt, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden; diese dürfen grundsätzlich nachträglich nicht geändert werden (vgl. **BGE 143 II 553** E. 7.7 mit Hinweisen; Urteil 2C\_1055/2022 vom 21. Juli 2023 E. 1.3.2; vgl. zum Ganzen auch **BGE 143 II 425** E. 4.4.2; **141 II 353** E. 6.4; Urteil 2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.1; je mit Hinweisen). Entsprechende Vorgaben finden sich auch im kantonalen Recht, so unter anderem in Art. 7 ÖBG/BE, wonach bei sämtlichen Vergabeverfahren der freie Zugang zum Markt für alle Anbieterinnen und Anbieter in gleichem Mass zu gewährleisten ist. Art. 12 Abs. 4 ÖBV/BE sieht betreffend technische Spezifikationen zudem vor, dass deren Bezeichnung grundsätzlich in Bezug auf die geforderte Leistung zu erfolgen hat und nicht dazu führen darf, dass gezielt einzelne Anbieterinnen oder Anbieter oder Leistungen bevorzugt werden (Art. 12 Abs. 4 ÖBV/BE).

**5.4.** Bei der Prüfung, ob die Autonomie der Beschwerdeführerin verletzt wurde, ist die Kognition des Bundesgerichts auf Willkür beschränkt, soweit es sich um kantonales Gesetzesrecht handelt, selbst wenn dieses in direktem Zusammenhang mit der Gemeindeautonomie steht; im Übrigen kann das mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde befasste Gericht auch die Anwendung von Bundesrecht oder der IVöB nicht frei überprüfen, sondern nur unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Verfassungsrechts, und innerhalb der Grenzen der erhobenen Rügen (vgl. E. 2.1 oben; ausdrücklich in **BGE 140 I 285** E. 4.2). Praxisgemäss ist ein Entscheid willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (**BGE 144 I 170** E. 7.3; **140 I 201** E. 6.1; **140 III 16** E. 2.1; **135 V 2** E. 1.3; **134 II 124** E. 4.1; **132 III 209** E. 2.1).

## 6.

Die Vorinstanz beurteilte die Ausschreibung in Bezug auf die drei strittigen Eignungskriterien als diskriminierend und somit rechtswidrig. In der Folge erklärte sie zwei von drei strittigen Eignungskriterien ganz und ein drittes teilweise für nicht anwendbar. Darin sieht die Beschwerdeführerin einen willkürlichen Eingriff in ihre Gemeindeautonomie.

**6.1.** Eignungskriterien sind Erfordernisse, von denen der Zugang zum Ausschreibungsverfahren abhängt. Sie dienen der Sicherstellung, dass der Anbieter über genügend Kapazitäten verfügt, um den Auftrag auszuführen (Art. 16 Abs. 1 ÖBV/BE; Art. 13 lit. d IVöB 2001; **BGE 140 I 285** E. 5.1). Die bietenden Unternehmen, die sie nicht erfüllen, werden vom Ausschreibungsverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (es sei denn, es handle sich um eine blosser Bagatelle; vgl. zum Ganzen **BGE 145 II 249** E. 3.3 mit Hinweisen; **143 I 177** E. 2.3.1; **141 II 353** E. 7.1; Urteile 2C\_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 3.4; 2D\_718/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3.4).

**6.2.** In der SIMAP-Ausschreibung von 14. Mai 2021 waren unter anderem die folgenden drei Eignungskriterien (EK) vorgesehen:

EK 1: Nachweis über Praxiserfahrung in der Wartung von elektrisch angetriebenen Lastwagen (mind. 18 t Gesamtgewicht) und Kehraufbauten während mindestens zwei Jahren.

EK 2: Erfolgreiche Auslieferung von zwei vergleichbaren Fahrzeugen (Elektrolastwagen mit mind. 18 t Gesamtgewicht für die Nutzung im kommunalen Dienst) innerhalb der letzten zwei Jahre.

EK 3: Gut erreichbare Werkstatt und fachlich ausgebildetes Personal auf Elektrofahrzeugen.

In den Ausschreibungsunterlagen vom 11. Mai 2021 der EG Thun findet sich in Bezug auf EK 2 der Hinweis, dass Fahrgestell und Aufbau separat voneinander abgeliefert werden sein können. EK 3 wird in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt präzisiert: "Der Anbieter hat als Nachweis zum EK 3 darzulegen, wo sich die Werkstatt befindet und Angaben zum eingesetzten Personal und dessen fachlichem Know-how bei Elektrolastwagen mit mind. 18 t Gesamtgewicht zu machen."

**6.3.** Im angefochtenen Urteil beurteilte die Vorinstanz zunächst das in allen drei Eignungskriterien vorkommende Erfordernis des Mindestgewichts von 18 t als diskriminierend: es sei kein sachlicher Grund erkennbar, weshalb die Beschwerdeführerin die drei strittigen Eignungskriterien jeweils in Bezug auf ein Fahrzeug mit einem minimalen Gewicht von 18 Tonnen voraussetzte. Diese Gewichtsanforderung sei auf das Angebot der im freihändigen Verfahren berücksichtigten Anbieterin zugeschnitten. Die Vorinstanz wies auch darauf hin, dass im Leistungsverzeichnis der Beschaffung im freihändigen Verfahren noch ein *Maximalgewicht* von 19 t (18 t + 1 t) vorgesehen war, im vorliegend zu beurteilenden offenen Verfahren dann aber ein *Minimalgewicht* von 19 t (18 t + 1 t) verlangt wurde. Die Beschwerdeführerin bestreitet diesen Punkt des vorinstanzlichen Entscheides vor Bundesgericht nicht mehr substantiiert (vgl. vorne E. 2.1). Auch nicht (substantiiert) bestritten wird, dass die Vorinstanz dem EK 3 in Bezug auf den Gewichtsbonus die Anwendung versagte. Wegen der Unzulässigkeit des Mindestgewichts-Kriteriums ist diese Rechtsfolge ohnehin in keiner Weise unhaltbar.

**6.4.** Die Beschwerdeführerin rügt als Eingriff in ihren autonomierechtlich garantierten Handlungsspielraum, dass die Vorinstanz das EK 1 insgesamt als gänzlich nicht anwendbar erachtete.

**6.4.1.** Gemäss der Vorinstanz war das Eignungskriterium 1 spezifisch auf die ursprünglich berücksichtigte Anbieterin zugeschnitten und deshalb übermässig einschränkend und somit diskriminierend. Sie stützt sich dabei auf eine (detaillierte) Würdigung verschiedener Elemente des Vergabeverfahrens. So sei die Beschwerdeführerin selber im ursprünglichen, freihändigen Verfahren noch bereit gewesen, ein vollständig neu entwickeltes Kehrrichtfahrzeug zu erwerben, also einen Prototyp, für den naturgemäss keine mehrjährige Erfahrung hätte vorausgesetzt werden können; dies stehe im Widerspruch zur im offenen Verfahren vorausgesetzten zweijährigen Erfahrung. Sie habe zudem im Ausschreibungszeitpunkt gewusst, dass die Anbieterin 1 mit ihrer Kooperationspartnerin diese Anforderung würde erfüllen können, die Beschwerdegegnerin aber wohl nicht. Die Beschwerdeführerin habe zwar argumentiert, sie sei davon ausgegangen, dass die Beschwerdegegnerin mit einer Kooperationspartnerin

eine neu zu entwickelnde Maschine anbieten würde (wobei beide Unternehmen möglicherweise in ihrem jeweiligen Bereich die nötige Erfahrung hätten aufweisen können), dabei aber gewusst, dass eine solche Neuentwicklung angesichts des engen Zeitplans (Testtag rund acht Wochen, Liefertermin rund sechs Monate nach der Ausschreibung) nicht ernsthaft möglich war.

**6.4.2.** Die hierzu von der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht vorgebrachten Argumente gehen an den wesentlichen Punkten der Begründung der Vorinstanz vorbei: Die Ausführungen zur im angefochtenen Urteil verwendeten Terminologie sowie der Umstand, dass Anbieter von vollelektrisch angetriebenen Lastwagen die Anforderung der zweijährigen Praxiserfahrung hätten erfüllen können, vermögen jedenfalls nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz mit ihrer Beurteilung der verschiedenen Hinweise auf eine beabsichtigte Bevorzugung der ursprünglichen Anbieterin in Willkür verfallen wäre. Es ist keineswegs unhaltbar, wenn die Vorinstanz die (allgemein gehaltene) Anforderung an die Wartung, die (isoliert betrachtet) theoretisch von zahlreichen Anbieterin hätte erfüllt werden können, im vorliegenden spezifischen Vergabeverfahren und -kontext als diskriminierend einstufte. Angesichts der Umstände und des engen Zeitplans durfte die Vorinstanz im vorliegenden, konkret im beurteilenden Verfahren zum Schluss kommen, die Beschwerdeführerin habe dieses Eignungskriterium spezifisch auf die ursprüngliche Anbieterin zugeschnitten. Das angefochtene Urteil verletzt die Gemeindeautonomie der Beschwerdeführerin in Bezug auf das EK 1 jedenfalls nicht.

**6.5.** Ebenfalls als Eingriff in ihre Autonomie erachtet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz das EK 2 in seiner Gesamtheit für gänzlich unanwendbar erklärte.

**6.5.1.** Im angefochtenen Urteil erwog das Verwaltungsgericht, die Ausschreibung verstosse gegen das Transparenzgebot, weil mit dem Begriff der "erfolgreichen Auslieferung" unklar bleibe, welche Art von Know-how oder Erfahrung respektive anbieterspezifischen Eigenschaften (Verkauf resp. Produktion entsprechender Fahrzeuge; deren Transport zur Käuferschaft; die Kundenbetreuung nach dem Verkauf; oder die Fähigkeit, ein bewährtes Produkt zu liefern) die Beschwerdeführerin genau nachsuche. Zudem habe sich die Beschwerdeführerin auch bezüglich des EK 2 widersprüchlich verhalten. So sei sie im freihändigen Verfahren noch bereit gewesen, eine Neuentwicklung zu erwerben, forderte im offenen Verfahren aber zwei Referenzen betreffend erfolgreiche Auslieferungen. Zudem deute der explizite Hinweis auf die Zulässigkeit des Nachweises separater Auslieferungen von Fahrgestellen und Kehraufbauten auf eine gezielte Bevorzugung der ursprünglichen Anbieterin hin, zumal die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass diese (und ihre Kooperationspartnerin) die separaten Nachweise erbringen können, die ursprüngliche Anbieterin gleichzeitig aber alleine wohl keine Auslieferung eines Gesamtsystems hätte nachweisen können.

**6.5.2.** Es ist nicht willkürlich, dass die Vorinstanz den Begriff der "erfolgreichen Auslieferung" (auch angesichts der gravierenden drohenden Konsequenz des Verfahrensausschlusses) als intransparent und deshalb problematisch beurteilte. Da Willkür insbesondere auch nicht alleine deshalb vorliegt, weil eine andere Lösung auch möglich wäre (vgl. vorne E. 5.2), ist der Entscheid diesbezüglich nicht zu beanstanden. Ebenso wenig willkürlich ist, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin im Rahmen des freihändigen und des nachfolgenden offenen Verfahrens als widersprüchlich beurteilte. Die Vorinstanz durfte die Möglichkeit, Referenzen getrennt für Chassis und Aufbau beizubringen, angesichts der Fallumstände als Hinweis auf ein auf die ursprüngliche Anbieterin zugeschnittenes Eignungskriterium verstehen; es ist keineswegs unhaltbar, dass sie in ihrer Beurteilung der besonderen Fallkonstellation Rechnung trug. Das Argument, die nachgesuchte Erfahrung habe sich auf die Auslieferung von Elektrolastwagen im kommunalen Dienst und nicht von Grosskehrmaschinen bezogen, weil die besonderen Anforderungen im Bereich der Elektrifizierung des Lastwagens bestünden, geht am Kern der Begründung der Vorinstanz vorbei. Insgesamt lassen die Beschwerdevorbringen die Würdigung der verschiedenen Sachverhaltselemente durch die Vorinstanz nicht als willkürlich erscheinen.

**6.6.** Insgesamt hat das Verwaltungsgericht die Gemeindeautonomie der Beschwerdeführerin in Bezug auf die EK 1 bis 3 nicht verletzt. Die Beschwerde ist hinsichtlich der *Ausschreibung* unbegründet.

## 7.

In zweiter Linie beurteilte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Rechtmässigkeit des *Ausschlusses* der Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren.

**7.1.** Insoweit sich dieser darauf stützte, dass die Beschwerdegegnerin Eignungskriterien nicht erfüllte, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. vorne E. 6). Daneben hatte die Beschwerdeführerin den Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin auch mit verschiedenen Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen (inkl. Leistungsverzeichnis) begründet, namentlich in Bezug auf einen Vorbehalt betreffend Liefertermin, die Leistung des Elektromotors, das Vorhandensein einer elektronisch geregelten Luftfederung, sowie die Leistungsfähigkeit der Hochdruckwaschanlage der Strassenkehrmaschine. Die Vorinstanz schloss im angefochtenen Urteil, dass diese Abweichungen den Ausschluss der Beschwerdegegnerin nicht rechtfertigen können. Vor Bundesgericht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie resp. eine willkürliche Anwendung des kantonalen Vergaberechts, indem die Vorinstanz den Ausschluss gestützt auf die Motorenleistung, die Luftfederung, und die Hochdruckwaschanlage als unzulässig erachtete.

**7.2.** Bei der Motorenleistung, der Federung, und der Waschanlage handelt es sich um sog. technische Spezifikationen. Solche legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung. Sie beschreiben die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand und sind damit von den Eignungskriterien abzugrenzen, die sich jeweils auf die Anbieterin beziehen (vgl. Art. 30 IVÖB 2019, der diesbezüglich die bereits bestehende Rechtslage kodifiziert; vgl. dazu OECHSLIN/LOCHER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 30 N. 7).

**7.3.** Im von der Beschwerdeführerin verantworteten Leistungsverzeichnis sind mehrere Kategorien von technischen Spezifikationen vorgesehen. Zum einen sieht das Leistungsverzeichnis "Kann"-Kriterien vor, die nach Möglichkeit anzubieten sind. Zum anderen sind zwingende und nicht-zwingende "Muss"-Kriterien vorgesehen. Als (einziges) zwingendes "Muss"-Kriterium ist festgelegt, dass das Gesamtsystem der Strassenreinigungsmaschine ausschliesslich elektrisch betrieben werden muss. Die weiteren - mithin auch die vorliegend umstrittenen - technischen Spezifikationen sind demgegenüber als nicht-zwingende "Muss"-Kriterien ausgestaltet. Bei ihnen - so das Leistungsverzeichnis der Beschwerdeführerin - " (...) führen Abweichungen vom technischen Beschrieb noch nicht zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, solange die verlangte Funktionalität dadurch nicht eingeschränkt ist. Bei Abweichungen, die zu einer wesentlichen Einschränkung der verlangten Funktionalität führen, wird das Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen." (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Alle drei vor Bundesgericht umstrittenen technischen Anforderungen sind in diesem Sinn als nicht-zwingende "Muss"-Kriterien definiert. Die Beschwerdeführerin selber hat diesbezüglich im Leistungsverzeichnis den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit zugelassen. Sie ist wegen des Transparenzgebots verpflichtet, sich an diese Rahmenbedingungen zu halten (vgl. vorne E. 5.3; auch ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2. Aufl. 2023, S. 237 und 239, Rz. 482, 488). Zu beurteilen ist somit nur noch, ob die Vorinstanz bei den drei strittigen technischen Spezifikationen in willkürlicher Weise von einer nicht wesentlich eingeschränkten Funktionalität ausgegangen ist.

**7.4.** In Bezug auf die *Leistung des Elektromotors* ist dem angefochtenen Urteil zu entnehmen, dass das von der Beschwerdegegnerin angebotene Fahrzeug gemäss deren Angaben über eine Motorenleistung von insgesamt 543 kW verfügt, verteilt auf mehrere einzelne Motoren, welche gemäss der Beschwerdegegnerin ein "Gesamtsystem" bilden (Fahrmotor 350 kW, Gebläsemotor 160 kW, Elektro-Hydraulikaggregat 25 kW sowie elektrischer Antrieb Lenkpumpe und Luftkompressor je 4 kW). Auch wenn die Beschwerdeführerin im Leistungsverzeichnis eine Motorenleistung von mind. 480 kW verlangt, ist keineswegs unhaltbar, dass die Vorinstanz schloss, es sei unklar, welche nachgefragte Funktion das von der Beschwerdegegnerin angebotene Fahrzeug nicht zu erfüllen vermöge, zumal diese nachvollziehbar dargelegt habe, dass ihr leichteres Fahrzeug auch mit einem Fahrmotor von 350 kW über genügend Leistung für den Antrieb verfüge (Betrieb der Reinigungssysteme durch separate Motoren; keine Verminderung der Fahrleistung). Dies gilt insbesondere, zumal die Beschwerdeführerin selber das Fahrzeug der Beschwerdegegnerin beim Test der Motorenleistung überprüfen konnte, und dieses in den Kategorien "Leistung leer (Ebene) ", "Leistung beladen (E) ", "Leistung leer (Berg) " und "Anfahren am Berg" mit jeweils drei von fünf Punkten, und "Leistung beladen (B) " mit zwei von fünf Punkten bewertete. Es ist nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz schliesst, dass eine (relativ) tiefere (aber immer noch im mittleren Bereich liegende) Punktzahl im Rahmen eines Tests der Motorenleistung nicht ohne Weiteres eine *wesentlich* eingeschränkte Funktionalität begründet, und dass die Abweichungen in die Gesamtpunktzahl für das Zuschlagskriterium "Qualität/Gerätetest" einfließen und dort berücksichtigt werden können.

Mit dem (abstrakten) Hinweis auf die relativ schlechteren Testergebnisse zeigt die Beschwerdeführerin auch vor Bundesgericht nicht substantiiert auf, inwiefern die Funktionalität der Maschine der Beschwerdegegnerin durch die tiefere Motorenleistung effektiv (und wesentlich) eingeschränkt wäre. Die Beschwerdeführerin selber hat einen Ausschluss wegen der Motorenleistung an die Voraussetzung einer wesentlich eingeschränkten Funktionalität (und nicht bloss schlechterer Testergebnisse) geknüpft. Die Vorinstanz verfällt nicht in Willkür, wenn sie von ihr verlangt, sich an die von ihr selber festgelegten Spielregeln zu halten (vgl. vorne E. 7.3).

**7.5.** Ebenfalls nicht willkürlich ist, dass die Vorinstanz das Fehlen einer *Luftfederung* nicht als Ausschlussgrund akzeptierte. Insbesondere ist keineswegs unhaltbar, dass die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin eine (konkrete) Erklärung verlangte, weshalb sie die Höhe des Fahrzeugkörpers über eine Luftfederung regulieren können müsse, nachdem die Beschwerdegegnerin ihrerseits dargelegt hatte, dass eine solche Regulierungsmöglichkeit bei ihrem Fahrzeug aufgrund der Konstruktion der Kehrmaschine und des Kehraggregats nicht notwendig sei. Es ist auch nicht willkürlich, dass die Vorinstanz die Bewertung des Kriteriums "Federung Luft vorne / hinten" mit null Punkten nicht als Ausschlussgrund akzeptierte, nachdem die Beschwerdeführerin diese Bewertung nur mit dem Fehlen der verlangten Luftfederung begründete, ohne aber die in der Maschine der Beschwerdegegnerin verbaute Parabolfederung bei der Testfahrt effektiv auf Fahrkomfort und -verhalten (namentlich das feinfühligere Ansprechen, mit welchem die Beschwerdeführerin das Erfordernis der Luftfederung unter anderem begründete) getestet zu haben. Dies gilt umso mehr, als Fahr- und Lenkverhalten am Testtag immerhin mit je drei von fünf Punkten bewertet wurde. Es ist keineswegs unhaltbar, dass die Vorinstanz das (blosse) Fehlen der Luftfederung unter diesen Umständen - und angesichts der Möglichkeit, die Funktionalität der Federung am Testtag tatsächlich zu testen - für einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nicht genügen liess, nachdem das

Leistungsverzeichnis der Beschwerdeführerin einen Ausschluss nur bei wesentlicher funktionaler Abweichung zulies.

An diesem Schluss vermögen auch die Beschwerdevorbringen vor Bundesgericht nichts zu ändern. Zwar trifft zu, dass es nicht an der Verwaltungsjustiz ist, einer Vergabebehörde vorzuschreiben, welches Fahrzeug sie zu beschaffen hat, respektive ob sie grundsätzlich eine Luftfederung verlangen darf oder nicht. Die Vorinstanz verfällt aber nicht in Willkür, insofern sie die Beschwerdeführerin an den Vorgaben des von ihr selber festgelegten Leistungsverzeichnisses behaftet.

**7.6.** Schliesslich erweist sich das angefochtene Urteil auch betreffend die *Leistungsfähigkeit der Hochdruckwaschanlage* nicht als willkürlich. Das von der Beschwerdegegnerin offerierte Fahrzeug wurde am Testtag bei der Qualität des Waschbalkens und der Düsen sowie beim Handling der Hochdruckwaschanlage mit je null Punkten bewertet, weil der Schwemmbalken nicht ausschreibungsgemäss an der Stosstange, sondern stattdessen in der Mitte des Fahrzeugs montiert war. Diesbezüglich durfte die Vorinstanz willkürfrei schliessen, die nicht ausschreibungsgemässe Montage könne der Beschwerdegegnerin angesichts des sehr knapp bemessenen Terminplans zwischen Angebotseinreichung und Testtag (weniger als zwei Wochen) nicht negativ angelastet werden, zumal die Beschwerdegegnerin für die Endauslieferung ausdrücklich einen ausschreibungsgemäss montierten Schwemmbalken offerierte und die Beschwerdeführerin auch nicht geltend machte, die Beschwerdegegnerin sei zu einer solchen Montage nicht in der Lage. Ebenso wenig unhaltbar ist, wenn die Vorinstanz gestützt auf ein von der Beschwerdegegnerin erstelltes Protokoll und zwei Videoaufnahmen des Testtags - die zeigen, dass die Maschine der Beschwerdegegnerin am Testtag zuerst ohne und dann mit Einsatz der Hochdruckwaschanlage Ölbindemittel von einem Platz reinigte - davon ausgeht, dass die Beschwerdeführerin Gelegenheit hatte, die vorhandene Hochdruckwaschanlage umfassend zu testen, und dass es folglich an der Beschwerdeführerin gewesen sei, aufzuzeigen, welche (konkreten) Schwemm- und Reinigungsleistungen die Maschine der Beschwerdegegnerin beim Test nicht zufriedenstellend erfüllt habe. Mangels solcher Erläuterungen durfte das Verwaltungsgericht schliessen, es bleibe offen, welches Bedürfnis der Vergabebehörde die offerierte Hochdruckanlage nicht erfülle, und dass sich ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren damit nicht begründen lasse.

Entgegen den Beschwerdevorbringen ist nicht entscheidend, ob die Vorinstanz auf das Protokoll der Beschwerdegegnerin hätte abstellen dürfen, nachdem auch die beiden Videoaufnahmen (unbestrittenermassen) zeigen, dass die Waschanlage getestet wurde. Auch die angerufene "physikalische Logik", wonach bei höherem Wasserdruck schwerere Verunreinigungen besser gelöst werden können, das kleinere Tankvolumen des Fahrzeugs der Beschwerdegegnerin sowie der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin auch andere Fahrzeuge mit (nominell) leistungsfähigeren Reinigungssystemen im Angebot führt, lassen den Schluss der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe trotz Testung der Maschine keine wesentlichen funktionalen Abweichungen der Reinigungsleistung der vorgeführten Maschine aufgezeigt respektive aufzeigen können, nicht als willkürlich erscheinen.

**7.7.** Insgesamt hat die Vorinstanz die Gemeindeautonomie der Beschwerdeführerin (auch) nicht verletzt, indem sie den *Ausschluss* der Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren als unzulässig erachtete. Nach dem Gesagten ist ebenfalls klar, dass die Vorinstanz mit ihrem Urteil die Ausschlussgründe nach Art. 24 Abs. 1 ÖBV/BE (vgl. vorne E. 5.2) nicht willkürlich angewendet hat.

## 8.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Gemeindeautonomie der Beschwerdeführerin weder in Bezug auf die Ausschreibung noch auf den Ausschluss der Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren verletzt. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob die Beschwerdegegnerin die EK 1 und 2 in der von ihr (ursprünglich) verlangten Umschreibung erfüllt, wie dies die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend macht.

## 9.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Für die mit Eventualantrag beantragte Rückweisung besteht kein Anlass. Den Umständen entsprechend rechtfertigt es sich, die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, zumal es sich um ihr Vermögensinteresse handelt (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG; Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2014 E. 8 [nicht publ. in **BGE 140 I 285**]). Sie hat der Beschwerdegegnerin zudem eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG).

## Demnach erkennt das Bundesgericht:

### 1.

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

### 2.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen.

### 3.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

### 4.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.-- auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Regierungsstatthalteramt Thun, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, und der Wettbewerbskommission mitgeteilt.

Lausanne, 27. März 2024

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: D. Hongler