

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 338 vom 22. August 2022**

BE Verwaltungsgericht, 2022-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2021\\_338](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2021_338)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 338 du 22 août 2022

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 338 del 22 agosto 2022

## **Regeste**

Submission; Zuschlag als Technischer Betreiber Electronic Monitoring (Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 8. November 2021; 2021.SIDGS.503) | Submission

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eintreten und Kognition

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid der SID vom 8. November 2021 betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren und die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin. Das Verwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen solche Entscheide (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]; vgl. zum anwendbaren Recht hinten E. 2). Die Beschwerdeführerin ist als (notwendige) Partei zu Recht am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt worden und – selbst wenn sie in diesem keine Anträge gestellt hat – als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt; sie hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG), besteht doch eine reelle Chance, dass sie – wenn sie mit ihrer Rüge durchdringt, zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 5 schlossen worden zu sein – den Zuschlag (wieder) erhält (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3.1, 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.1 ff.; BVR 2019 S. 201 [VGE 2018/326 vom 18.12.2018] nicht publ. E. 1.1; jüngst VGE 2021/169 vom 31.8.2021 E. 1.1). Sie ist somit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (vgl. Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG; Art. 14 Abs. 1 ÖBG; Art. 15 Abs. 2 der alten interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [aIVöB; BAG 02-092 bzw. in der letzten massgeblichen Fassung vom 15.6.2010, BAG 10-064). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 1.2**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 Abs. 1 und 2 aIVöB).

### **E. 1.03**

Z2a 20 %

### **E. 2**

Anwendbares Recht und Geltungsbereich

### **E. 2.00**

2.56

### **E. 2.1**

Am 1. Februar 2022 ist die revidierte Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1) für den Kanton Bern gestützt auf Art. 3 und 4 des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2) jedenfalls «sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht» in Kraft getreten, soweit sie nicht direkt zur Anwendung gelangt infolge einer zulässigerweise bedingt abgegebenen, einseitig den Beitritt herbeiführenden Erklärung des Kantons Bern (vgl. Art. 63 IVöB; zur Zulässigkeit eines Beitritts unter Vorbehalt vgl. die zweite Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Sommersession, S. 55 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520]; zur Anwendbarkeit des bernischen Beschaffungsrechts E. 2.2 hiernach). Soweit anwendbar, sieht die Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB jedoch vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Auch nach allgemeinen intertemporalrechtlichen Prinzipien ist hier auf das bisherige Recht abzustellen (statt vieler BVR 2022 S. 139 [VGE 2020/447 vom 21.12.2021] nicht publ. E. 2, 2015 S. 15 E. 3.1). Auf das mit Ausschreibung vom 16. Februar 2021 einge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 6 leitete Vergabeverfahren (vgl. Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 62 BöB/Art. 64 IVöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in BBl 2017 S. 1851 ff., S. 1192 [richtig S. 1992]) ist daher das bisherige Recht anwendbar.

### **E. 2.2**

Zu prüfen ist, ob der Verein EM als Auftraggeber der strittigen Vergabe vom (subjektiven) Geltungsbereich des bernischen Beschaffungsrechts erfasst wird.

### **E. 2.2.1**

Beim auftraggebenden Verein EM handelt es sich um einen Verein im Sinn von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) mit Sitz in Bern, dessen Gründung die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) am 16. November 2018 beschlossen hat. Mitglieder des Vereins sind 22 Kantone, darunter seit dem 1. September 2020 auch der Kanton Bern (vgl. RRB 827/2020 vom 12.8.2020; Statuten vom 16.10.2018, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 4; Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 29; ferner Vortrag der SID vom 12.8.2020 betreffend Beitritt zum Verein EM [nachfolgend: Vortrag Beitritt Verein EM], einsehbar unter: <www.rr.be.ch>, Rubriken «Regierungsratsbeschlüsse/Suche RRB», Geschäfts-Nr. 2019.STA.664). Der Vereinszweck besteht unter anderem darin, die Investition

und den Betrieb eines gesamtschweizerischen Electronic Monitorings sicherzustellen und die dafür notwendige einheitliche Überwachungstechnologie sowie die mit dem technischen Betrieb zusammenhängenden Dienstleistungen zu beschaffen (vgl. zum Ganzen Art. 1 Abs. 1 und 4 der Statuten vom 16.10.2018, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 4). Finanziert wird der Verein durch jährliche ordentliche Mitgliederbeiträge sowie durch Beiträge an die Investitionskosten und fixen Betriebskosten. Die variablen Kosten stellt der Verein jedem Vereinsmitglied gestützt auf den jeweiligen Aufwand einzeln in Rechnung (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 der Statuten vom 16.10.2018, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 5).

### **E. 2.2.2**

Damit steht die Beschaffung einer von mehreren Kantonen getragenen gemeinsamen Organisation bzw. Einrichtung im Streit. Im interkantonalen Verhältnis richtet sich die Frage nach dem anwendbaren (Beschaffungs-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 7) Recht nach den in Art. 8 Abs. 3 und 4 aIVöB enthaltenen kollisionsrechtlichen Bestimmungen. Demnach unterstehen Vergaben durch eine gemeinsame Trägerschaft dem Recht am Sitz der Trägerschaft; abweichende Vereinbarungen bleiben vorbehalten (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und 4 aIVöB; vgl. zum neuen Recht auch Art. 5 Abs. 5 IVöB; Mirjam Olah, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 5 N. 26). Da der Verein EM seinen Sitz in Bern hat (E. 2.2.1 hiervor), ist damit grundsätzlich das bernische Beschaffungsrecht anwendbar, zumal keine anderweitige Vereinbarung ersichtlich ist. Die Anwendbarkeit der aIVöB bzw. deren Art. 8 Abs. 3 Satz 2 setzt allerdings voraus, dass die Trägerschaft als solche in den (subjektiven) Geltungsbereich der Vereinbarung fällt (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012 [nachfolgend: Geltungsanspruch], N. 84; vgl. auch Art. 8 Abs. 3 Satz 1 aIVöB [«Vergaben, an denen mehrere Auftraggeberinnen und Auftraggeber gemäss Absatz 1 und 2 beteiligt sind...»]). Dies gilt es nachfolgend zu prüfen.

### **E. 2.2.3**

Der aIVöB unterstehen nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a im Staatsvertragsbereich – von welchem der fragliche Beschaffungsauftrag unstreitig erfasst wird (vgl. Ausschreibung vom 16.2.2021 Ziff. 1.9, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 14) – Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben. Da es um die Beschaffung einer interkantonalen Trägerschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit geht, die nicht als Kanton im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. a aIVöB qualifiziert werden kann (vgl. Martin Beyeler, Geltungsanspruch, N. 142), kommt einzig deren Unterstellung als Einrichtung des öffentlichen Rechts in Frage. Die aIVöB definiert nicht näher, was darunter zu verstehen ist. Aus Art. 5bis Abs. 2 aIVöB ergibt sich, dass Art. 8 Abs. 1 aIVöB der Umsetzung staatsvertraglicher Verpflichtungen in das kantonale Recht dient. Die Auslegung von Art. 8 Abs. 1 Bst. a aIVöB richtet sich somit nach Staatsvertragsrecht. Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt demnach jede Einrichtung, (1) die zum besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht industrieller oder gewerblicher Art zu erfüllen, (2) die mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist (3) und deren Tätigkeit mehrheitlich vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öff-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 8 öffentlichen Rechts finanziert wird, deren Leitung von diesen kontrolliert wird oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind (Anhang I Annex 3 Fn. 1 i.V.m. Annex 2 Ziff. 1 des hier massgeblichen Revidierten Übereinkommens vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen [GPA; SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA 2012; in Kraft seit 1.1.2021]). Die drei Begriffsmerkmale müssen kumulativ erfüllt sein, wobei das dritte Kriterium (sog. Staatsgebundenheit) seinerseits drei alternative Voraussetzungen enthält (zum Ganzen BGE 145 II 49 E. 4.1 f., 142 II 369 E. 3.2, 141 II 113 E. 3.2.1 [Pra 105/2016 Nr. 36], je mit Hinweisen, jeweils in Bezug auf die im GPA 2012 unverändert übernommene Definition in Anhang I Annex 3 Fn. 1 GPA in der bis 31.12.2020 geltenden ursprünglichen Fassung [AS 1996 609]; vgl. nun ausdrücklich Art. 3 Bst. f IVöB; dazu Florian C. Roth, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 3 N. 33 f.).

#### **E. 2.2.4**

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Der Verein EM wurde zum (besonderen) Zweck gegründet, eine gesamtschweizerische Lösung für das Electronic Monitoring sicherzustellen (vorne E. 2.2.1), was zweifellos im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse liegt (vgl. zu diesem Erfordernis BGE 142 II 369 E. 3.3.2). Sodann ist er selber nicht industriell oder gewerblich tätig bzw. befindet sich nicht in einer Konkurrenzsituation zu Privaten (dazu BGE 145 II 49 E. 4.4.3.1, 142 II 369 E. 3.3.3.1). Weiter verfügt er über eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB). Seine privatrechtliche Konstituierung steht der Qualifikation als Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht entgegen (BGE 145 II 49 E. 4.3.1). Schliesslich wird das Leitungsorgan des Vereins EM mehrheitlich von der öffentlichen Hand bestellt, da jedem der drei (regionalen) Strafvollzugskonkordate je zwei der insgesamt sieben Sitze im Vereinsvorstand zustehen (Art. 8 Abs. 2 der Statuten vom 16.10.2018, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 7; die Strafvollzugskonkordate sind körperschaftlich organisiert, sodass es sich dabei wiederum um Einrichtungen des öffentlichen Rechts handelt, was ausreicht, um von einer öffentlichen Bestimmung des Leitungsorgans auszugehen; vgl. BGE 141 II 113 E. 3.2.4 [Pra 105/2016 Nr. 36]; Martin Beyeler, Geltungsspruch, N. 199; vgl. bereits den Gesetzestext, E. 2.2.3 hiervor). Damit gilt der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 9 Verein als staatsgebunden. Er ist folglich als Einrichtung öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. a aIVöB zu qualifizieren und fällt damit in den subjektiven Geltungsbereich der Vereinbarung.

#### **E. 2.2.5**

Auf die strittige Vergabe ist demnach gestützt auf Art. 8 Abs. 3 Satz 2 aIVöB das bernische Beschaffungsrecht anwendbar, und zwar nicht nur in materieller Hinsicht, sondern auch hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens sowie der zuständigen Rechtsmittelbehörden (in Bezug auf das neue soweit hier interessierend gleichbleibende Recht vgl. Mirjam Olah, a.a.O., Art. 5 N. 13). Die Vorinstanz ist damit zu Recht von ihrer Zuständigkeit ausgegangen (angefochtener Entscheid E. 1.1; Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a ÖBG analog, Art. 2 Abs. 1 Bst. c und Art. 10 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die

Organisation und die Aufgaben der Sicherheitsdi- rektion [Organisationsverordnung SID; OrV SID; BSG 152.221.141]; vgl. auch Art. 1, Art. 3, Art. 26 Abs. 1 Bst. c und Art. 29 der Verordnung vom 22. August 2018 über den Justizvollzug [Justizvollzugsverordnung, JVV; BSG 341.11]). Im Übrigen ändert an der Anwendbarkeit des bernischen Be- schaffungsrechts nichts, dass der bernische Gesetzgeber den Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht in Art. 2 Abs. 1 ÖBG überführt hat. Das kantonale kann den subjektiven Geltungsbereich lediglich weiter, nicht aber enger fassen als das interkantonale Recht und das Staatsvertragsrecht (BGE 142 II 369 E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 127; Martin Beyeler, Geltungsan- spruch, N. 28, 338, auch zum Folgenden). Insofern ist direkt auf die aIVöB (bzw. auf das GPA) abzustellen (vgl. Christoph Jäger, Öffentliches Beschaf- fungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff. [nachfolgend: Öffentliches Beschaffungsrecht 2013], S. 821 N. 45).

### **E. 3**

Rechtliches Gehör

#### **E. 3.00**

0.30

#### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst eine Ver- letzung ihres rechtlichen Gehörs. Die SID habe mit Zwischenverfügung vom 9. August 2021 die Protokolle der Tests beider Anbieterinnen (Vorakten Ver- ein EM [act. 4C]) noch als interne Dokumente qualifiziert und der Beschwer- degegnerin (bzw. damaligen Beschwerdeführerin) die Einsichtnahme ver- weigert. Vor diesem Hintergrund habe die Beschwerdeführerin keinen An-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 10 lass gehabt, ein eigenes Gesuch um Einsicht in die Testprotokolle zu stellen. Wenn die SID in ihrem Entscheid «zu ganz anderen Schlüssen» komme und die Testprotokolle letztlich doch als entscheidwesentlich erachte, hätte sie dies der Beschwerdeführerin mitteilen und ihr Gelegenheit einräumen müs- sen, dazu Stellung zu nehmen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 30 f.)

#### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet unter anderem das Recht, sich vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheids zu den Sach- umständen zu äussern (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 Abs. 1 VRPG). Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf den Anspruch hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grund- lagen vorweg orientiert zu werden. Entscheidend ist, ob der betroffenen Per- son ermöglicht wurde, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (zum Ganzen BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen; vgl. etwa auch BGE 141 I 60 E. 3.3; BVR 2018 S. 281 E. 3.1, 2016 S. 247 [VGE 2015/332 vom 23.2.2016] nicht publ. E. 4.2.1). Die Behörde hat die Beteiligten insbe- sondere über den Beizug von neuen Unterlagen zu orientieren, auf die sie sich in ihrer Verfügung bzw. ihrem Entscheid zu stützen gedenkt (BGE 143 IV 380 E. 1.1 [Pra 107/2018 Nr. 61], 124 II 132 E. 2b; BVR 2011 S. 272 E. 4.4.1).

### **E. 3.3**

Während die SID mit Zwischenverfügung vom 9. August 2021 (act. 4A pag. 69 ff.) die fraglichen Testprotokolle gestützt auf die Ausführungen der Vergabestelle noch als interne Dokumente qualifiziert hatte (E. 15), gelangte sie im angefochtenen Entscheid (E. 3.2.7) zum Schluss, dass den Protokollen «doch Beweiswert» zukomme, und sie stellte bei der Beurteilung des Unterkriteriums E11 massgeblich darauf ab (vgl. auch hinten E. 8.3). Da die Protokolle damit Grundlage des Entscheids bildeten, hätte die SID die Parteien vorgängig zumindest über den Beizug informieren müssen, damit diese von ihrem Äusserungsrecht wirksam hätten Gebrauch machen können, was jedoch unstreitig nicht der Fall war. Daraus, dass die Beschwerdeführerin vor Erlass des für sie nachteiligen Entscheids selber nicht um Einsicht in die Protokolle ersucht hatte, kann kein Verzicht auf ihr Äusserungsrecht abgeleitet werden. Insoweit liegt eine Gehörsverletzung vor.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 11

### **E. 3.4**

Allerdings sind der Beschwerdeführerin (wie auch der Beschwerdegegnerin) vor Verwaltungsgericht die Testprotokolle mit Instruktionsverfügung vom 11. Januar 2022 (teilweise geschwärzt) zugestellt worden. Von der damit verbundenen Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. zur Ergänzung ihrer Beschwerde hat sie mit Eingabe vom 2. Februar 2022 denn auch Gebrauch gemacht (vorne Bst. C). Damit hat sie ihre Rechte im vorliegenden Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können. Der SID steht in Vergabesachen eine reine Rechtskontrolle zu (vgl. Art. 14 Abs. 2 ÖBG). Das Verwaltungsgericht verfügt demnach über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz (vorne E. 1.2). Die Gehörsverletzung wiegt auch nicht derart schwer, dass eine Heilung ausgeschlossen wäre; sie gilt hier demnach als geheilt (vgl. zur Heilung von Gehörsverletzungen in Vergabeverfahren auch BVR 2021 S. 285 E. 3.4.3).

### **E. 3.5**

0.70 Z2b 20 %

### **E. 3.11**

0.62 Z3a

### **E. 3.15**

0.63

### **E. 3.22**

0.64

### **E. 4**

Befangenheit

### **E. 4.1**

Weiter wirft die Beschwerdeführerin die Frage auf, ob der Direktor der SID nicht befangen sei und hätte in den Ausstand treten müssen, wenn er zugleich den Kanton Bern im Verein EM vertrete und das Geschäft «Betriebskosten für das Electronic Monitoring im Kanton Bern. Verpflichtungskredit 2023-2027 / Ausgabenbewilligung / Objektkredit» betreue (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 81 ff.).

## E. 4.2

Ablehnungs- bzw. Ausstandsgründe müssen nach ständiger Rechtsprechung sofort nach ihrem Bekanntwerden vorgebracht werden, ansonsten der Anspruch auf Ablehnung – dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot entsprechend – verwirkt (vgl. etwa BVR 2007 S. 433 E. 3.2.5, 2005 S. 561 E. 4.1; vgl. auch BGE 147 I 173 E. 5.1, 143 V 66 E. 4.3, 141 III 210 E. 5.2, 140 I 271 E. 8.4.3 [Pra 104/2015 Nr. 54], 136 I 207 E. 3.4). Vorbehalten bleiben schwere Mängel, welche die Nichtigkeit des Verwaltungsakts bewirken oder Anlass zur Kassation von Amtes wegen geben (dazu BVR 2011 S. 15 E. 4.6.1 mit Hinweisen; Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 55 und 60). – Die Beschwerdeführerin musste angesichts des bei der SID hängigen Beschwerdeverfahrens damit rechnen, dass Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 12 der Sicherheitsdirektor für den Beschwerdeentscheid verantwortlich sein würde. Dass der Kanton Bern Mitglied des Vereins EM ist und der Sicherheitsdirektor als solcher den Kanton vertritt (vgl. RRB 827/2020 vom 12.8.2020 Ziff. 4) wie auch das Geschäft betreffend den Ausgabenbeschluss für das Electronic Monitoring betreute, darf als bekannt vorausgesetzt werden (vgl. auch vorne E. 2.2.1). Die Beschwerdeführerin hätte damit die (angebliche) Befangenheit des Sicherheitsdirektors bereits zu Beginn des vorinstanzlichen Verfahrens bzw. jedenfalls vor Erlass des angefochtenen Entscheids geltend machen können und müssen. Auf die verspätet vorgebrachte Befangenheitsrüge ist daher grundsätzlich nicht weiter einzugehen, zumal insofern das Vorliegen eines schweren Mangels von vornherein verneint werden kann (vgl. auch E. 4.3 hiernach).

## E. 4.3

Im Übrigen ist die Rüge auch unbegründet: Für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nichttrichterlicher Behörden gelten nicht ohne weiteres die gleichen Grundsätze wie für Gerichtsbehörden. Vielmehr ist den funktionalen und verfahrensrechtlichen Besonderheiten des konkreten Verfahrens gebührend Rechnung zu tragen (BVR 2014 S. 216 E. 2.2; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 5.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben nichttrichterliche Amtspersonen im Wesentlichen nur dann in den Ausstand zu treten, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben, zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber einer Partei ihre persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht haben oder wenn ihnen Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten gegenüber der betroffenen Person hinauslaufen (BGer 2C\_717/2018 vom 24.1.2020 E. 4.1, 2C\_425/2018 vom 25.3.2019 E. 2.2, 2C\_382/2018 vom 15.3.2019 E. 3; vgl. zum Ganzen VGE 2020/28 vom 11.9.2020 E. 4.2 [bestätigt durch BGer 8C\_659/2020 vom 20.4.2021]; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 5). – Der Umstand, dass der Sicherheitsdirektor im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids gleichzeitig den Kanton Bern im Verein EM vertrat und für das Geschäft betreffend den mit dem Vereinsbeitritt notwendigen Kreditbeschluss zuständig war, lässt ihn nicht wegen persönlicher Interessen als befangen erscheinen. So bestimmt denn auch Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01), dass die Mitwirkung in einem Organ einer juristischen Person von Amtes wegen keinen Ausstandsgrund darstellt.

Zudem hatte der Direktor der SID keinen Einsitz im Bewertungsgremium und wirkte auch nicht sonstwie am Vergabeentscheid mit, womit eine Vorbefassung ausgeschlossen ist. Andere Gründe, die auf eine mangelnde Distanz des Sicherheitsdirektors schliessen liessen und den Anschein einer Voreingenommenheit zu begründen vermöchten, sind weder dargetan noch ersichtlich.

#### **E. 4.5**

0.45 Endnote 3.83

#### **E. 5**

Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente – ohne Überqualifikation – mit einem Inhalt geliefert, der dem Erwarteten entspricht und viele besondere Vorteile im Vergleich zu anderen Anbieterinnen bringt. 4 Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente – ohne Überqualifikation – mit einem Inhalt geliefert, der dem Erwarteten entspricht und ein Minimum an besonderen Vorteilen im Vergleich zu anderen Anbieterinnen bringt. 3 Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente mit einem Inhalt geliefert, der den Mindestanforderungen entspricht aber keine besonderen Vorteile im Vergleich zu anderen Anbieterinnen bringt. 2 Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente mit einem Inhalt geliefert, der den Erwartungen nur teilweise entspricht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 16 1 Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente mit einem Inhalt geliefert, der den Erwartungen nicht entspricht. 0 Die Anbieterin hat in Bezug auf ein bestimmtes Kriterium die geforderten Informationen oder Dokumente nicht geliefert. Die Note muss bei den Qualitätskriterien mindestens 3 betragen, ansonsten das Angebot ausgeschlossen wird. Bei den Unterkriterien Z2a, Z3a und Z3b sind auch halbe Noten möglich (Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 13-16). Für die Bewertung des Unterkriteriums Z2b sehen die Ausschreibungsunterlagen Folgendes vor: Die Anbieterinnen müssen sich in ihrem Angebot zu sämtlichen technischen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses («cahier des exigences techniques») äussern. Dieses umfasst 137 Positionen, denen jeweils eine Wichtigkeitsstufe von 1 (weniger wichtig; es wird erwünscht, dass das Angebot die Anforderung erfüllt), 2 (wichtig; das Angebot muss eine Lösung vorschlagen) und 3 (sehr wichtig; das Angebot muss diese Anforderung unbedingt [«absolut»] erfüllen, andernfalls es ausgeschlossen wird) zugeordnet ist (Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 33, 113 ff.). Die Angaben in den Offerten werden vom Bewertungsausschuss evaluiert (vgl. dazu auch E. 5.3 hiernach). Für die Bewertung wird folgende Formel angewendet: Gesamtnote =  $\frac{\sum(\text{Note pro Anforderung} \times \text{Wichtigkeit der Anforderung})}{\sum(\text{Wichtigkeit aller Anforderungen})}$

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 17 Erzielt ein Angebot bei einer Anforderung mit der Wichtigkeitsstufe 3 nicht mindestens die Note 3, wird es ausgeschlossen (Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 14; vgl. auch Evaluationsbericht Technischer Betreiber vom 11.6.2021, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 245). 88 der 137 Positionen tragen die Wichtigkeitsstufe 3 (vgl. Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten

Verein EM [act. 4D] pag. 113 ff.). Bei der Preisbewertung ist eine lineare Punktevergabe vorge- sehen: Das preisgünstigste Angebot erzielt die maximale Punktzahl (5 Punkte) und Angebote, deren Preis 100 % oder mehr über dem günstigs- ten Preis liegen, erhalten null Punkte (Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 12). Die bei den einzelnen Zu- schlagskriterien bzw. Unterkriterien ermittelte Bewertung wird schliesslich mit einem der jeweiligen Gewichtung entsprechenden Faktor multipliziert; das Angebot mit der höchsten Summe der gewichteten Bewertung erhält den Zuschlag.

## **E. 5.0**

0.50 Z3b

### **E. 5.1**

Mit dem ausgeschriebenen Auftrag wird eine technische Betreiberin («exploitant technique») einer einheitlichen Überwachungstechnologie für das Electronic Monitoring für sämtliche dem Verein EM beigetretenen Kan- tone gesucht. Hintergrund der Ausschreibung bildet die am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Revision des Sanktionenrechts, welche die Kantone dazu verpflichtet, die elektronische Überwachung für den Vollzug von kurzen Frei- heitsstrafen (sog. Front Door) oder am Ende von langen Freiheitsstrafen (sog. Back Door) anzubieten (vgl. Art. 79b des Schweizerischen Strafgeset- buches [StGB; SR 311.0]). Zuvor war der elektronisch überwachte Vollzug von Freiheitsstrafen lediglich im Rahmen eines Modellversuchs bzw. nach dessen Abschluss gestützt auf jeweils befristete Bewilligungen des Bundes- rats in den Kantonen Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Genf, Tessin und Solothurn möglich (ausführlich Cornelia Koller, in Basler Kom- mentar, 4. Aufl. 2019, Art. 79b StGB N. 3). Überdies ist das Electronic Moni- toring bereits seit 2011 auch zur Überwachung von Ersatzmassnahmen für Untersuchungs- oder Sicherheitshaft (Art. 237 Abs. 2 und 3 der Schweizeri- schen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0]) und seit 2013 bzw. 2015 zur Überwachung von Kontakt- und Rayonverboten im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht (vgl. Art. 67b Abs. 3 StGB bzw. Art. 16a Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht [Jugendstrafgesetz, JStG; SR 311.1]) gesetzlich vorgesehen. Als neue Anwendungsbereiche kommen der Schutz gewaltbe- troffener Personen (vgl. Art. 28c ZGB, Fassung gemäss Ziff. I/1 des Bundes- gesetzes vom 14. Dezember 2018 über die Verbesserung des Schutzes ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 14 waltbetroffener Personen [AS 2019 2273; BBl 2017 7307], in Kraft seit 1.1.2022) sowie die Bekämpfung von Terrorismus hinzu (vgl. Art. 23q des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit [BWIS; SR 120], Fassung gemäss Ziff. I/1 des Bundesge- setzes vom 25. September 2020 über polizeiliche Massnahmen zur Be- kämpfung von Terrorismus [PMT; AS 2021 S. 565, 2022 S. 300; BBl 2019 4751], in Kraft seit 1.6.2022; vgl. zu diesen beiden Formen des Electronic Monitoring für den Kanton Bern auch die Verordnung vom 15. September 2021 über den Vollzug von Electronic Monitoring [VEMV; BSG 341.12]). Bis zur Einführung des zu beschaffenden einheitlichen Überwachungssystems sind zurzeit 21 Kantone der Übergangslösung des Kantons Zürich ange- schlossen, die voraussichtlich Ende 2022 auslaufen wird. Dabei werden Ge- räte des Unternehmens C.\_\_\_\_\_ eingesetzt, die von der Beschwerdegegnerin betrieben werden (vgl. zum Ganzen Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 5 f., 23; Vortrag Beitritt Verein EM Ziff. 3;

Electronic Monitoring im Kontext häuslicher Gewalt, Schlussbericht vom 5.2.2021, Untersuchung zuhanden des Bundesamts für Justiz, S. 14 ff., 19 f., einsehbar unter: <[www.krim.unibe.ch](http://www.krim.unibe.ch)>, Rubriken «Forschung/Electronic Monitoring im Kontext häuslicher Gewalt»).

### **E. 5.2**

Um die technische Betreiberin für das einheitliche Electronic Monitoring zu bestimmen, hat der Verein EM am 16. Februar 2021 auf der Internet-plattform SIMAP eine öffentliche Ausschreibung publiziert (vorne Bst. A). Darin bzw. in den Ausschreibungsbedingungen hat er die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung wie folgt bekanntgegeben (Ausschreibung vom 16.2.2021 Ziff. 2.10, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 15; Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 11 f.): ID Zuschlagskriterium Gewichtung in % Z1 Preis 40

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 15 Z2 Produktequalität - Z2a: von Architektur, Informationssicherheit und Datenschutz - Z2b: der Software, der Feldgeräte und des Systems gemäss Anforderungsliste 40 (20) (20) Z3 Dienstleistungsqualität - Z3a: Projektmanagement - Z3b: Betrieb 20 (10) (10) Total 100 Gemäss Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien mit Noten von 0 bis 5 zu bewerten, wobei 5 die beste Note darstellt. Für die Unterkriterien Z2a, Z2b, Z3a und Z3b (nachfolgend auch Qualitätskriterien) sieht die Notenskala folgende Abstufungen vor: Note Beschreibung

### **E. 5.3**

Die Beurteilung der Zuschlagskriterien erfolgt gemäss Ausschreibungsunterlagen in einem mehrstufigen Verfahren. Zunächst werden die Angebote einer ersten Prüfung («première analyse économique») unterzogen (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 9). Nur jene Angebote, welche die Mindestbewertung erreichen (Note 3; E. 5.2 hiervor), werden zum weiteren Verfahren zugelassen. Die verbleibenden Anbietenden werden anschliessend zu einer Präsentation eingeladen (vgl. dazu auch hinten E. 9.7 sowie E. 11.3). Darauf folgen Material- bzw. Gerätetests, die einen objektiven Vergleich der verschiedenen von den Anbietenden vorgeschlagenen Lösungen ermöglichen sollen. Gestützt auf die Testresultate soll der Bewertungsausschuss überprüfen können, ob die angebotenen Produkte den (technischen) Anforderungen des Unterkriteriums Z2b entsprechen bzw. ob die erwarteten Eigenschaften mit den Angaben in der Offerte übereinstimmen (zum Ganzen Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 9-11, auch zum Folgenden). Die Anbietenden haben den Testkantonen (Basel-Landschaft, Zürich, Aargau und Waadt) nebst der erforderlichen Software auch die Feldgeräte für den Hausarrest und den Opferschutz während mehrerer Wochen zur Verfügung zu stellen (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 10, 305, 308, 310). Die einzelnen Prüfpunkte sind in den Ausschreibungsunterlagen enthalten (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 154 ff.; vgl. zu den Tests auch hinten E. 7.7.2 und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 18 E. 8.6). Erst nach Abschluss der Präsentationen und der Material- und Gerätetests werden die Zuschlagskriterien definitiv bewertet (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 9 [Evaluationsschritte 4-7]).

### **E. 5.4**

Die Vergabestelle bewertete die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin wie folgt (Zuschlagsverfügung vom 25.6.2021, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 370, 376):  
Beschwerdeführerin Beschwerdegegnerin Kriterium Gewichtung  
Note Note gewichtet Note Note gewichtet Z1 40 %

### **E. 5.5**

Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Vergabestelle eingeräumt, dass die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin (bzw. der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren) mit Blick auf das Unterkriterium Z2b ein Rechnungs- bzw. zwei «Eingabefehler» aufweise. So sei das Bewertungsfeld bei der Anforderung E06 irrtümlicherweise leer geblieben, obschon diese mit der Note 3 bewertet worden sei. Hinsichtlich der Anforderung K01 habe das Bewertungsgremium gestützt auf eine «erste provisorische Bewertung» zunächst die Note 2 erteilt. An der Bereinigungssitzung vom 7. Mai 2021 habe das Gremium aber «einstimmig» entschieden, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Anforderung erfülle und entsprechend mit der Note 3 zu bewerten sei. Im Anschluss daran sei jedoch «vergesen» worden, die Note anzupassen. Schliesslich seien die Positionen O53 bis O61 in der Berechnungsformel fälschlicherweise doppelt berück-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 19 sichtigt worden. Diese Fehler hätten sich aber «mit Sicherheit» nicht auf das Endergebnis bzw. die Rangierung der Anbieterinnen ausgewirkt (vgl. Eingaben des Vereins EM vom 13.9.2021 Rz. 33 und vom 19.10.2021, Vorakten SID [act. 4A] pag. 110-112 und 143 f.; ferner Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 20.8.2021 Rz. 22 und 25, Vorakten SID [act. 4A] pag. 84; vgl. dazu auch hinten E. 9.2). Gestützt auf diese Ausführungen hat die Vergabestelle eine angepasste Bewertungsliste und ein angepasstes Bewertungsraaster («cahier d'exigences» betreffend die Beschwerdeführerin) eingereicht (vgl. unpag. Beilagen 17 und 18 zur Eingabe des Vereins EM vom 19.10.2021, Vorakten SID [act. 4A] pag. 143 f.). Daraus ergibt sich folgende Bewertung (Hervorhebungen der gegenüber der Zuschlagsverfügung angepassten Bewertungen durch das Gericht):  
Beschwerdeführerin Beschwerdegegnerin Kriterium Gewichtung Note Note gewichtet Note Note gewichtet Z1 40 %

### **E. 5.6**

Vor der Vorinstanz waren in der Sache mehrere Zuschlagskriterien strittig, wobei die Beschwerdegegnerin (bzw. Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren) eine willkürliche Berechnung des Preises rügte und vorbrachte, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle 16 Anforderungen des Unterkriteriums Z2b sowie einzelne Punkte der Unterkriterien Z3a sowie Z3b nicht. Zudem handle es sich um eine Spekulationsofferte (vgl. Beschwerde an die SID vom 8.7.2021 Rz. 38 ff., Vorakten SID [act. 4A] pag. 18 ff.). Die SID beschränkte sich im angefochtenen Entscheid auf die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 20 Beurteilung des Unterkriteriums Z2b und kam bei den drei Anforderungen B03 («Portée signal RF»), E11 («Affichage des messages») und K01 («Formes de surveillance») je mit der Wichtigkeitsstufe 3 abweichend von der Vergabestelle zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die geforderte Mindestnote von 3 nicht erreiche. Sie hob deshalb die Zuschlagsverfügung auf, schloss die Beschwerdeführerin vom Verfahren aus und erteilte der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. – Die Beschwerdeführerin wirft

der Vorinstanz vor, diese habe ihre Kognition überschritten und zu Unrecht in den Ermessensspielraum der Vergabebehörde eingegriffen. Dies falle umso mehr ins Gewicht, als die SID nicht kassatorisch entschieden, sondern die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt habe (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 21 ff.; Ergänzung Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 40). Die Vergabebehörde teilt diese Auffassung im Wesentlichen und macht weiter geltend, die Vorinstanz habe ihren «rechtsfehlerhaft strengen» Massstab einzig beim Angebot der Beschwerdeführerin angewendet. Hätte sie jenes der Beschwerdegegnerin mit derselben Strenge bewertet, so hätte auch dieses vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Diese ungleiche Anwendung des Bewertungsmaßstabs sei unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig (Beschwerdeantwort Vergabestelle vom 9.12.2021 Rz. 20 ff., 29 sowie Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 3, 7).

### 6. Zuschlagskriterien und Bewertungsgrundsätze

#### 6.1 Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wobei als solches dasjenige gilt, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BSG 731.21]; vgl. auch Art. 13 Bst. f aIVöB). Als Zuschlagskriterien können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Qualität, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur (vgl. Art. 30 Abs. 3 Satz 1 ÖBV; vgl. auch BGE 143 II 553 E. 6.4). Die Zuschlagskriterien sind von der Vergabebehörde jeweils im Einzelfall auftragspezifisch festzulegen (vgl. Art. 30 Abs. 2 Satz 2

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 21 ÖBV). Auswahl und Gewichtung müssen sachlich gerechtfertigt sein, d.h. sich an den Anforderungen des konkreten Auftrags und dessen Bedeutung orientieren (vgl. Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 871 ff. [nachfolgend: Öffentliches Beschaffungsrecht 2021], S. 924 N. 189; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 2001, S. 1405 ff.). Um die notwendige Transparenz zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien nach ihrer prozentualen Gewichtung oder zumindest in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben werden (vgl. statt vieler BGE 143 II 553 E. 7.7, 130 I 241 E. 5.1 [Pra 94/2005 Nr. 59]; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 956, 972 f.). Für die unter den Anwendungsbereich des ÖBG fallenden Beschaffungen schreibt das kantonale Submissionsrecht vor, dass die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung aufzuführen sind. Stellt der Preis ein Zuschlagskriterium dar, muss vorgängig auch die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Der Vergabebehörde steht bei der Festlegung der Kriterien, deren Gewichtung und der Wahl von Bewertungsmethoden ein grosser Beurteilungsspielraum bzw. ein weites Ermessen zu; die Beschwerdeinstanzen greifen nur ein, wenn sie ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 aIVöB; Art. 14 Abs. 2 ÖBG; BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2015 S. 564 E. 4.1 f. mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 873 ff., 956; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008 [nachfolgend: Ziele und Instrumente], N. 143).

#### 6.2 Die publizierten Zuschlags- und Unterkriterien – samt Gewichtung und allfälligen Bewertungsregeln – sind für die Vergabebehörde verbindlich. Sie hat die Angebote demnach ausschliesslich nach den vorab bekannt gegebenen Kriterien zu beurteilen (BVR 2019 S. 201 E. 3.3; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 859 f.). Die Auswahl des wirtschaftlich günstigsten

Angebots anhand des in Form der Zuschlagskriterien festgelegten Beurteilungsmassstabs erfordert einen wertenden Vergleich der eingereichten Angebote. Die Vergabebehörde verfügt bei der Bewertung der einzelnen Angebote anhand der Zuschlagskriterien über einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle durch die Rechtsmittelinstanzen unterliegt, auch wenn diese regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben (BVR 2006 S. 500 [VGE 22523 vom 12.7.2006] nicht publ. E. 5.2 f.; jüngst

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 22 VGE 2019/369 vom 24.3.2020 E. 3.2; vgl. auch BGE 141 II 353 E. 3, 141 II 14 E. 8.3; BGer 2D\_9/2019 vom 22.7.2019 E. 3.3). Die Angebotsbewertung muss in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertungsmethode darf nicht zu Ergebnissen führen, welche die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt (vgl. BVR 2006 S. 327 E. 4e; VGE 2019/369 vom 24.3.2020 E. 3.2; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 933 N. 192, 199 und 218; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 914; dazu auch hinten E. 11.7.2). Weiter gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden (Art. 11 Abs. 1 Bst. a aIVöB), dass die Vergabebehörde das Bewertungs- und Benotungssystem auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben anwendet (vgl. Art. 25 Abs. 1 ÖBV; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, N. 185 ff., 213 ff.; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1409 f.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 902 f. N. 107 f.; vgl. dazu auch hinten E. 7.6.4). 6.3 Es wird grundsätzlich als zulässig erachtet, dass die Vergabebehörde bestimmte qualitative (Mindest-)Anforderungen an die zu beschaffende Leistung definiert (häufig als «Muss-Kriterien» bezeichnet, wobei es sich um einen relativ unscharfen Begriff handelt; vgl. BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021 E. 6.4, auch zum Folgenden; VGer ZH VB.2016.00300 vom 10.2.2017 E. 2.2; Appellationsgericht BS VD.2020.178 vom 16.12.2020 E. 2.5.1), bei deren Nichterfüllen das Angebot ungeachtet von dessen restlicher Qualität ausgeschlossen wird (vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV; für das neue Recht ausdrücklich Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB). Dies, obschon solche Kriterien der relativen Natur von Zuschlagskriterien an sich widersprechen. Entsprechend ist die Abgrenzung zu den technischen Spezifikationen fliessend (zum Ganzen BVGE 2018 IV/2 E. 6.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 582 und 863; Locher/Oechslin, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 29 N. 11; Trüeb/Clausen, in Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 29 BöB N. 4; vgl. auch BGer 2C\_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.1, 2C\_346/2013 vom 20.1.2014 E. 2.2, jeweils in Bezug auf als «Eignungskriterien» ausgestaltete Anforderungen an das Produkt; vgl. dazu auch hinten E. 11.7). Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren muss allerdings auch in diesem Fall vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) und dem

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 23 Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) standhalten. Vom Ausschluss einer Offerte ist abzusehen, wenn die Mängel des Angebots relativ geringfügig sind und der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Der Ausschluss ist mithin nur bei Mängeln von gewissem Gewicht gerechtfertigt, in geringfügigen Fällen indessen nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres zulässig (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 [Pra 109/2020 Nr. 46], 143 I 177 E. 2.3.1, je betreffend Eignungskriterien; BVR 2018 S. 206 E. 3.1; VGE 2021/169 vom 31.8.2021 E. 2.2, betreffend Falschankunft, mit Hinweisen; VGer ZH VB.2020.00148 vom 25.6.2020 E. 3.3,

betreffend «Muss-Kriterien»). 7. Anforderung B03 «Portée signal RF» Zu prüfen ist zunächst, ob die SID bei der Anforderung B03 «Portée signal RF» (Reichweite Signal RF [Radio Frequenz]) des Unterkriteriums Z2b zu Recht zuungunsten der Beschwerdeführerin von der Bewertung der Vergabestelle abgewichen ist. 7.1 Die Anforderung B03 betrifft die Feldgeräte für den Hausarrest («Appareils de terrain pour assignation à domicile») und trägt die Wichtigkeitsstufe 3 von 3, gilt mithin als «sehr wichtig» (vgl. vorne E. 5.2). Die Ausschreibungsunterlagen sehen dazu Folgendes vor (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 117): «La portée du signal RF resp. la puissance du signal RF doivent être adaptables à la taille et à la disposition de la résidence. De plus, si nécessaire, des stations relais doivent être prévues au cas où la taille de la résidence dépasse la portée maximale du signal RF. Le système doit prévoir une procédure de test simple afin de vérifier que la portée du signal RF ainsi que la communication avec la station de base RF fonctionnent sur toute la surface de la résidence (et du jardin). Cette procédure est à décrire.» Gefordert ist damit dreierlei: Zum einen muss die Reichweite der Feldgeräte einstellbar sein. Weiter sind, wo nötig, Relais-Stationen vorzusehen, falls die Grösse des Wohnortes die maximale Reichweite des RF-Signals überschreitet. Schliesslich muss das System ein einfaches Testverfahren vorsehen, um zu überprüfen, ob die Reichweite des RF-Signals sowie die Kommunikation

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 24 mit der RF-Basisstation auf der gesamten Fläche der Wohnung bzw. des Wohnhauses (und des Gartens) funktionieren. Dieses Verfahren muss (im Angebot) beschrieben werden. 7.2 Die Vergabebehörde bewertete das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Anforderung B03 mit der Note 3. Sie hielt dazu fest: «Test uniquement manuel. Pas de test automatique décrit.» (Cahier d'exigences Beschwerdeführerin mit Bewertung und Detail-Noten, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 262). 7.3 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, anders als die Beschwerdegegnerin vorbringe, seien zwar keine Anhaltspunkte vorhanden, dass die Beschwerdeführerin nicht über die geforderten Relais-Stationen verfüge. Aus dem Testbericht der Vergabestelle zu den Material- und Gerätetests ergebe sich aber, dass bei den Feldgeräten der Beschwerdeführerin kein Reichweitentest durchgeführt werden können. Zudem habe die Beschwerdeführerin das Testverfahren zur Reichweitenüberprüfung nicht im Angebot beschrieben, obschon dies in der Ausschreibung verlangt gewesen sei. Weshalb die Vergabebehörde ein manuelles Testverfahren für genügend erachte, sei nicht nachvollziehbar. Unter diesen Umständen habe die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin nicht die Note 3 erteilen dürfen. Eine solche Benotung lasse sich auch nicht mit dem Ermessen der Vergabebehörde rechtfertigen. Zwar seien die Anforderungen an das Testverfahren relativ offen formuliert, weshalb der Vergabestelle ein «grosses Ermessen» zukomme. Es sei jedoch nicht anzunehmen, dass sie auch ein manuelles Testverfahren habe akzeptieren wollen, da dieses von jedem Produkt erfüllt würde und damit sinnlos wäre. Da die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Testverfahren weder anbiete noch beschrieben habe, erfülle sie die Anforderung «nicht bzw. nicht vollständig», womit die Note 3 nicht gerechtfertigt sei. Deshalb sei sie aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen (anfechteter Entscheid E. 3.1.3; vgl. auch Vernehmlassung S. 2). 7.4 Die Beschwerdeführerin rügt diese Würdigung als unzutreffend. Sie bringt zusammengefasst vor, die Vergabebehörde habe die Anforderung richtigerweise als erfüllt qualifiziert, ihr Testverfahren sei ausreichend. Grund für das «schlechte Abschneiden» ihrer Geräte sei nicht deren mangelhafte Funktionalität, sondern die ungenügende Konzeption der Material- und Ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 25 rätetests bzw. die schlechte Schulung der Testpersonen, die sich lediglich auf die verlangten (und gelieferten) Schlüsselfunktionen konzentriert habe (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 55 f.; vgl. auch Ergänzung Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 15 ff.). – Die Vergabebehörde schliesst sich diesen Ausführungen im Wesentlichen an und bringt weiter vor, es sei offenkundig nicht an der Vorinstanz, sondern an der Vergabebehörde, die Anforderungen an ein einfaches Testverfahren zu bestimmen. Selbst wenn der Reichweitentest der Beschwerdeführerin nicht vollständig automatisiert ablaufe, sei er doch ohne grossen Aufwand möglich. Auch das Testverfahren der Beschwerdegegnerin laufe im Übrigen nicht vollautomatisch ab. Die Anforderungen seien nicht zum «Selektionieren» definiert worden; vielmehr sei es um eine funktionale Sicht mit Fokus auf die praktische Anwendung gegangen (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 52 ff.). Es treffe zwar zu, dass die Beschwerdeführerin das Testverfahren im Angebot nicht beschrieben habe, obschon dies wünschenswert gewesen und bei der Bewertung positiv berücksichtigt worden wäre. Auch ohne die detaillierten Ausführungen der Beschwerdeführerin im Verfahren vor Verwaltungsgericht sei die technische Funktionsweise des Systems in ihrem Angebot aber so umschrieben gewesen, dass es aufgrund der Fachkenntnisse der Vergabestelle ohne weiteres möglich gewesen sei, das Grundverständnis zur Reichweitenprüfung nachzuvollziehen. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin bei «zahlreichen Anforderungen» die verlangten Beschreibungen nicht oder nur teilweise beigebracht habe. Mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot lasse sich ein Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen, wenn der von der Vorinstanz festgestellte Mangel gleichermassen für das Angebot der Beschwerdegegnerin zutreffe (Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 5 und 7). 7.5 Es ist unbestritten, dass die Reichweite der Feldgeräte der Beschwerdeführerin eingestellt bzw. angepasst werden kann (vgl. etwa Schlussbemerkungen Beschwerdegegnerin Rz. 13 Al. 2 am Schluss). Weshalb die Beschwerdeführerin nicht über die verlangten Relais-Stationen verfügen soll, ist nicht ersichtlich und auch von der Beschwerdegegnerin nicht ansatzweise substantiiert dargetan worden (vgl. Beschwerdeantwort Beschwerdegegnerin Rz. 35), weshalb (auch) darauf nicht weiter einzugehen ist. Strittig ist indes das dritte Teilerfordernis, das ebenso erfüllt sein muss (vgl. hinten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 26 E. 11.7.1), wonach das System ein einfaches Testverfahren zur Reichweiten- bzw. Kommunikationsprüfung vorsehen und dieses im Angebot beschrieben werden muss (vgl. vorne E. 7.1). Konkret ist zu prüfen, ob die SID zu Recht zum Schluss gekommen ist, das Angebot der Beschwerdeführerin sei in Bezug auf das geforderte Testverfahren zur Reichweitenüberprüfung unvollständig, erfülle überdies die Anforderungen nicht und sei aus diesen Gründen aus dem Verfahren auszuschliessen. 7.6 Zur Frage der (Un-)Vollständigkeit der Offerte ergibt sich Folgendes: 7.6.1 In ihrem Angebot hat sich die Beschwerdeführerin zur Anforderung B03 wie folgt geäussert (Vorakten Verein EM [act. 4H] pag. 61): «La portée et un relais (une balise A. \_\_\_\_\_ RF supplémentaire) sont disponibles.» Anders als in den Ausschreibungsunterlagen verlangt (vorne E. 7.1), hat sie das Testverfahren somit nicht beschrieben, womit ihr Angebot in diesem Punkt unvollständig ist. 7.6.2 Anbieterinnen oder Anbieter sind gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV von der Teilnahme am Verfahren auszuschliessen, wenn sie ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen

nicht entspricht. Ein Angebot entspricht den wesentlichen Formerfordernissen namentlich dann nicht, wenn es nicht voll- ständig ist (vgl. Art. 24 Abs. 2 ÖBV). Mit Blick auf den Gleichbehandlungs- grundsatz (vgl. dazu bereits vorne E. 6.2 sowie hinten E. 7.6.4) und um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, ist bei der Einhaltung der Formerfordernisse grundsätzlich ein relativ strenger Massstab angezeigt (VGE 2016/142 vom 20.6.2016 E. 5.1, 2013/213 vom 2.10.2013 E. 4.2; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 937 N. 231). Zu beachten bleiben aber der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Auch steht der Ausschluss von an sich wirtschaftlich günstigen, aber mit kleineren, rein formellen Mängeln behafteten Angeboten den vergaberechtlichen Grundsätzen der Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietenden und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel entgegen. Daher darf (und soll) vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festge- stellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage ste- hende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird; der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 27 Mangel muss mit anderen Worten eine gewisse Schwere aufweisen (BGE 141 II 353 E. 8.2.1 mit Hinweisen [Pra 105/2016 Nr. 31]; BVR 2011 S. 228 [VGE 2010/183 vom 16.9.2010] nicht publ. E. 4.3.1, 2008 S. 352 E. 4.3.2; VGE 2013/213 vom 2.10.2013 E. 4.2; vgl. zum Ganzen auch vorne E. 6.3). 7.6.3 Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV räumt der Vergabebehörde einen Beurtei- lungsspielraum ein. Ihr obliegt es, den darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriff der Verletzung von «wesentlichen» Formerfordernissen im Einzelfall sachgerecht zu konkretisieren (vgl. Christoph Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 325 ff. [nachfolgend: Ausschluss vom Ver- fahren], S. 345 N. 55 und S. 348 N. 63; Daniela Lutz, Die fachgerechte Aus- wertung von Offerten, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 215 ff., 224 f. N. 24 f., auch zum Folgenden; vgl. auch BVR 2018 S. 206 E. 3.4 in Bezug auf den Ausschlussgrund gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV). Ein Angebot ist aber grundsätzlich auszuschliessen, wenn die Unvoll- ständigigkeit wesentliche Punkte (und nicht bloss technische Einzelheiten) be- trifft. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn dem Angebot Angaben fehlen, die sich direkt auf das Preis-Leistungsverhältnis auswirken (vgl. BGer 2D\_34/2010 vom 23.2.2011 E. 2.4; vgl. auch BGE 143 I 177 E. 2.3.1 in Bezug auf Abweichungen von Eignungskriterien; Galli/Moser/Lang/ Steiner, a.a.O., N. 447, 464 ff.; Herbert Lang, Offertbehandlung und Zu- schlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBl 2000 S. 225 ff., 235; Dominik Kuonen, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 34 N. 20). – Zwar betreffen die fehlenden Angaben in der Offerte der Beschwerdeführerin eine Anforderung mit der Wichtigkeitsstufe 3; zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich die Beschwerdeführerin im Angebot lediglich zu einem von drei Aspekten nicht geäußert hat. Zudem berührt die Unvollständigkeit weder unmittelbar noch mittelbar eine preisrelevante Position. Auch vor dem Hintergrund, dass das Leistungsverzeichnis über 130 Anforderungen umfasst, die in zahlreichen Fällen wiederum Unterkriterien beinhalten, erscheint es vertretbar und be- wegt sich die Vergabestelle innerhalb ihres Beurteilungsspielraums, wenn sie in den fehlenden Angaben zum Testverfahren als Teilaspekt der strittigen Anforderung mit Blick auf den Gesamtauftrag (noch) keinen derart gewichti-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 28 gen Formmangel erblickt hat, der zwingend einen Ausschluss vom Verfahren nach sich ziehen müsste. Hinzu kommt, dass die Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt materiell den Vorgaben der Ausschreibung entspricht, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. 7.6.4 Selbst wenn aufgrund der fehlenden Angaben in der Offerte der Beschwerdeführerin von einer Verletzung wesentlicher Formerfordernisse im Sinn von Art. 24 Abs. 2 ÖBV auszugehen wäre, die an sich einen Ausschluss rechtfertigen würde, wäre hier ein solcher nicht ohne weiteres zulässig. Gemäss Art. 11 Bst. a aIVöB ist bei der Vergabe von Aufträgen der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter einzuhalten. Das Prinzip der Gleichbehandlung der Submissionsteilnehmenden soll die Durchführung eines fairen und geordneten Vergabeverfahrens sicherstellen. Das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot ist nicht nur für den Zugang zum Verfahren, sondern auch innerhalb desselben zu beachten. Es konkretisiert das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (Art. 27 BV). Einzelnen Anbietenden dürfen keine Vorteile gewährt oder Nachteile auferlegt werden, die für die anderen Anbietenden nicht auch gelten. Ebensovienig darf einseitig zugunsten oder zulasten einzelner Anbieterinnen in den Wettbewerb eingegriffen werden. Das Vergabeverfahren muss für alle Anbietenden nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten (VGE 2018/169 vom 5.9.2018 E. 5.2.2 [bestätigt durch BGer 2C\_916/2018 vom 11.6.2019], 2016/48 vom 13.5.2016 E. 6.2, 2013/213 vom 2.10.2013 E. 5.2; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, N. 184 ff.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 902 N. 107). Unzulässig ist insbesondere ein isolierter Ausschluss einer einzelnen Anbieterin, wenn aus denselben Gründen eine andere Anbieterin nicht ausgeschlossen wird (vgl. VGE 2013/213 vom 2.10.2013 E. 5.3; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, N. 212; derselbe, Geltungsanspruch, N. 1758; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 938 N. 234; derselbe, Ausschluss vom Verfahren, S. 348 N. 62; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 454). – Die Vergabestelle bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe bei «zahlreichen Anforderungen» die verlangten Angaben nicht («57 Anforderungen») oder nur teilweise («25 Anforderungen») beigebracht (Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 7; vorne E. 7.4). Zwar

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 29 konkretisiert sie nicht, auf welche Anforderungen sie sich bezieht. Auch die Beschwerdegegnerin bestreitet allerdings vor Verwaltungsgericht im Grundsatz nicht bzw. nicht substantiiert (vgl. Schlussbemerkungen Rz. 2), dass ihr Angebot (ebenfalls) teilweise Unvollständigkeiten aufweist. Insofern kommt es einer unzulässigen Ungleichbehandlung gleich, wenn die Vorinstanz die fehlenden Angaben einzig beim Angebot der Beschwerdeführerin bemängelt, ohne hinsichtlich des Angebots der Beschwerdegegnerin dieselbe Strenge anzuwenden. 7.6.5 Soweit die SID den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin mit dessen Unvollständigkeit begründet hat, hält dies der Rechtskontrolle nach dem Gesagten nicht stand. 7.7 Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen ist, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle entgegen der Vergabestelle in materieller Hinsicht nicht die Anforderungen an ein «einfaches Testverfahren». Vergaberechtlich ist dabei der Sachverhalt im Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlags massgebend und nicht derjenige bei der Beurteilung einer (allfälligen) Beschwerde, hätten doch andernfalls beschwerdeführende Anbietende die Möglichkeit, ihr

Angebot nach Ablauf des Eingabetermins und in Kenntnis des Vergabeentscheids (insbesondere der darin eröffneten Einzelheiten zu den Konkurrenzangeboten) nachträglich abzuändern oder zu ergänzen, was den Grundsätzen des Vergaberechts zuwiderlaufen würde (BGE 143 I 177 E. 2.5). Insoweit sind die erstmals vor dem Verwaltungsgericht eingebrachten Erklärungen der Beschwerdeführerin zur Funktionsweise ihres Testverfahrens grundsätzlich unbeachtlich. Zu prüfen ist vielmehr einzig, ob die durch die Vergabebehörde vorgenommene Bewertung – gestützt auf den Sachverhalt, wie er sich zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids präsentierte – in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgt ist (vgl. auch vorne E. 6.2).

7.7.1 Die Vorinstanz hat bei ihrer Beurteilung massgeblich auf die Ergebnisse aus den Material- und Gerätetests bzw. auf den (die Testergebnisse zusammenfassenden konsolidierten) Testbericht (Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 356 ff.) abgestellt (vorne E. 7.3). Diesem lässt sich zum Prüfungspunkt T-208 mit der Beschreibung «Empfangsradius innerhalb eines Hausarrests» Folgendes entnehmen (Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 361):

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 30 «Die Reichweite kann im System eingestellt werden. Ein Test vor Ort ist nicht möglich. Bei einer Reichweitereinstellung von 100 Metern konnte man sich 300 Meter wegbewegen.» Auch in den Testprotokollen wird zum fraglichen Prüfungspunkt ausgeführt, dass ein Reichweiten- bzw. «Rayon-Test» nicht möglich gewesen sei (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 122, 200, 227) bzw. nicht habe «gefunden» werden können (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 84), wobei dies teilweise als belangloser (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 122), leichter (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 84) oder als schwerer Mangel (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 200, 227) eingestuft worden ist.

7.7.2 Die Beschwerdeführerin sieht den Grund für die negativen Testergebnisse nicht in der schlechten Funktionalität ihres Produkts, sondern in der «schlechten Konzeption des Testverfahrens» der Vergabestelle und bezweifelt, dass die Tests in der durchgeführten Form überhaupt geeignet gewesen seien, um die Funktionsfähigkeit ihrer Geräte hinreichend zu prüfen und zu bewerten (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 56; vorne E. 7.4). – Die Vergabestelle hält die Kritik der Beschwerdeführerin grundsätzlich für berechtigt und räumt ein, dass das Testverfahren Defizite aufwies. So habe die Schulung der Testpersonen für die Technologie der Beschwerdeführerin, bedingt durch die damals aufgrund der Corona-Pandemie geltenden Einschränkungen, nicht in einer Weise durchgeführt werden können, die es den Testpersonen erlaubt hätte, die Geräte bzw. das System der Beschwerdeführerin korrekt zu bedienen. Die Schulungszeit sei dafür (auch) zu kurz bemessen gewesen. Demgegenüber hätten «mehrere Testpersonen» das System der Beschwerdegegnerin, das derzeit in der Schweiz angewendet werde, seit über 20 Jahren gekannt und genutzt, während jenes der Beschwerdeführerin für sie eben neu gewesen sei (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 12, 69). – Diese Erklärungen stimmen mit den allgemeinen Angaben und Einschätzungen im Testbericht überein. So wird darin ausgeführt, es habe am 10. Mai 2021 eine «kurze Schulung» der beiden Anbieterinnen für alle Testkantone stattgefunden. Diese würden bereits seit «vielen Jahren» mit den Geräten und der Plattform der Beschwerdegegnerin bzw. dessen Partnerunternehmen C. \_\_\_\_\_ arbeiten. Demgegenüber sei die Software der Beschwerdeführerin «enorm umfassend» und «völlig anders aufgebaut» als jene, welche die Kantone bereits nutzten, und es wäre dafür «deutlich mehr Schulung» nötig gewesen, als für die Tests effektiv zur

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 31 Verfügung gestanden habe (Testbericht, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 358, 363). Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass sich die kurz bemessene Schulungszeit bei den Tests für die Beschwerdeführerin nachteiliger auswirkte als für die Beschwerdegegnerin, mit deren Geräten und Software viele der Testpersonen bereits bestens vertraut waren (vgl. dazu auch vorne E. 5.1 am Ende), was die teilweise negativen Testergebnisse der Beschwerdeführerin zumindest ein Stück weit erklärt. Insofern ist tatsächlich zweifelhaft, ob die Tests in der konkret durchgeführten Art und Weise überhaupt geeignet waren, ihrer Zielsetzung entsprechend «einen objektiven Vergleich der verschiedenen von den Anbietenden vorgeschlagenen Lösungen» zu ermöglichen (vorne E. 5.3). Jedenfalls aber ist die Aussagekraft der Testprotokolle dahingehend zu relativieren, als aus einzelnen (ungenügenden) Testergebnissen (noch) nicht ohne weiteres abgeleitet werden kann, dass die Beschwerdeführerin eine Anforderung nicht erfülle (zur Tragweite der Tests siehe vorne E. 5.3). 7.7.3 Entgegen der Vorinstanz kann aus dem Testbericht bzw. den Testprotokollen ohnehin nicht geschlossen werden, dass das Angebot der Beschwerdeführerin den im Leistungsverzeichnis definierten Anforderungen an das (Reichweite-)Testverfahren nicht entspreche. Zwar durfte die Vorinstanz aufgrund der Testergebnisse wohl davon ausgehen, dass die RF-Geräte der Beschwerdeführerin über kein (vollständig) automatisiertes bzw. selbstgesteuertes Testverfahren zur Überprüfung der Reichweite des RF-Signals verfügen, was an sich unbestritten ist. Verlangt war gemäss Leistungsverzeichnis jedoch nicht ein automatisiertes Testverfahren, sondern lediglich ein «einfaches Testverfahren» bzw. ein «test simple» (vorne E. 7.1). Wie auch die Vorinstanz anerkennt, hat die Vergabestelle damit die Anforderungen an das Testverfahren offen formuliert, was ihr einen relativ grossen Beurteilungsspielraum belässt (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.1.3; vorne E. 7.3). Diesen müssen die Beschwerdeinstanzen respektieren. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die Rechtsmittelbehörde nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 zur Auslegung von Eignungskriterien; darauf verweisend etwa BGer 2C\_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.3; vgl. auch vorne E. 6.1 f.). Entgegen der Auffassung der SID lässt sich auch ein (grundsätzlich) manuell ausgeführtes Testen der Reichweite des RF-Signals ohne

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 32 weiteres unter den (relativ unbestimmten) Begriff des «einfachen Testverfahrens» subsumieren. So hat die Vergabestelle die Methode zur Überprüfung der Reichweite nicht vorgegeben. Ob die Signalübertragung zwischen dem RF-Sender und -empfänger innerhalb der eingestellten Reichweite funktioniert bzw. ob ein Verlassen des festgelegten Perimeters im System angezeigt wird, lässt sich auch ohne grösseren Aufwand überprüfen, indem sich eine (Test-)Person mit dem Sender entsprechend weit von der Basisstation entfernt. Ein solches manuelles Testen war anlässlich der Material- und Gerätetests unstrittig möglich (vgl. auch Schlussbemerkungen Beschwerdegegnerin Rz. 13 Al. 2), wie im Übrigen auch aus dem Testbericht hervorgeht, wenn dort ausgeführt wird, bei einer Reichweitereinstellung von 100 Metern habe man sich 300 Meter wegbewegen können (vorne E. 7.7.1). Aufgrund des vorstehend Erwogenen (E. 7.7.2 hiervor) scheint es zudem naheliegend, dass sich dieser Mangel mit der unzureichenden Schulung der Testpersonen erklären lässt und – wie die Beschwerdeführerin vorbringt (Ergänzung Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 16) – durch eine Anpassung der Signalstärke hätte bewirkt werden können, dass (bereits) bei Erreichen einer Distanz von 100 Metern eine

Meldung erfolgt. Soweit sich die Vorinstanz auf den Standpunkt stellt, ein derartiges Testverfahren weise jedes Produkt auf, weshalb ein solches Kriterium sinnlos sei (in diese Richtung gehend auch die Beschwerdegegnerin, vgl. Schlussbemerkungen Rz. 13 Al. 2, wobei es sich bei einem solchen Verfahren zur Überprüfung der Reichweite um eine «Grundfunktion» handle), überzeugen ihre Erwägungen nicht: Bei der Auslegung des strittigen Kriteriums darf (und soll) auch die Zielsetzung des Vergabeverfahrens, einen wirksamen Wettbewerb innerhalb eines möglichst breiten Bieterkreises zu erreichen (vgl. Art. 11 Bst. b aIVöB; vgl. auch vorne E. 7.6.2), berücksichtigt werden. Es ist unbestritten, dass für den ausgeschriebenen Auftrag nur wenige Anbieterinnen und Anbieter in Frage kommen (vgl. dazu Evaluationsbericht Technischer Betreiber, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 236), was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass im vorliegenden (offenen) Verfahren lediglich drei Angebote eingegangen sind. Bei einem ohnehin schon eingeschränkten Markt ist es vertretbar, wenn die Vergabestelle nicht jedes einzelne (Unter-)Kriterium so restriktiv formuliert, dass es massgeblich zur Selektion der Angebote beiträgt, und sie ihren Interpretationsspielraum in einer Weise nutzt, dass der Markt nicht noch enger wird (Locher/Oechslin, a.a.O., Art. 30 N. 12 mit Verweis auf BVGE 2017 IV/3

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 33 E. 4.7.3; VGer ZH VB.2019.00109 vom 23.5.2019 E. 3.5 mit weiteren Hinweisen). Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz akzeptieren müssen, dass ein (grundsätzlich) manuelles Testen der Reichweite des RF-Signals nach Auffassung der Vergabestelle deren (Mindest-)Ansprüchen an ein einfaches Testverfahren genügt. Sie hat unzulässigerweise in den Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde eingegriffen, wenn sie stattdessen ein automatisiertes Testverfahren verlangt und das Angebot der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschlossen hat, weil es kein solches aufweise.

7.8 Zusammenfassend erweist sich die vorinstanzliche Korrektur der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin bei der Anforderung B03 als rechtsfehlerhaft.

8. Anforderung E11 «Affichage des messages» Strittig und zu prüfen ist weiter der korrigierende Eingriff der SID bei der Bewertung der Anforderung E11 «Affichage des messages», welche die Opferchutzgeräte betrifft.

8.1 Gemäss Ausschreibungsunterlagen ist die Anforderung der Wichtigkeitsstufe 3 zugeordnet und wie folgt umschrieben (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 124): «L'appareil victime doit pouvoir afficher (par signal sonore, vibration et/ou message texte) l'entrée de l'EMiste dans la zone tampon dynamique et dans la zone interdite dynamique. Ces messages doivent pouvoir être désactivés.» Das Opfergerät muss demnach in der Lage sein, das Betreten der dynamischen Schutzzone und der dynamischen Verbotszone anzuzeigen (durch akustisches Signal, Vibration und/oder Textnachricht). Diese Meldungen müssen deaktiviert werden können.

8.2 Die Vergabebehörde benotete das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Anforderung E11 mit der Note 3 und bemerkte dazu «signaux sonore et vibration» (Cahier d'exigences Beschwerdeführerin mit Bewertung und Detail-Noten, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 267).

8.3 Die Vorinstanz erachtete diese Bewertung als nicht gerechtfertigt. Gestützt auf die Testergebnisse verschiedener Kantone sei belegt, dass das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 34 Opferschutzgerät der Beschwerdeführerin in der getesteten bzw. aktuell verfügbaren Version die Anforderung E11 nicht erfülle. Das Opferschutzgerät könne (noch) keinen Alarm mittels Ton und Vibration generieren. Mit den durchgeführten Tests sei gerade geprüft worden, ob die Angaben in den Offerten zutreffen. Die Anbietenden hätten

zudem gewusst, was getestet werde. Obschon die SID der Beschwerdegegnerin (bzw. der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren) mit Zwischenverfügung vom 9. August 2021 noch die Einsicht in die Testprotokolle verweigert habe, sei sie «in der Zwischenzeit zur Überzeugung gelangt», dass den Protokollen entgegen ihrer ursprünglichen Einschätzung «doch Beweiswert» zukomme und der Beschwerdegegnerin folglich hätten offengelegt werden müssen. Mit Blick auf den Verfahrensausgang könne aber davon abgesehen werden (angefochtener Entscheid E. 3.2.5 ff.). 8.4 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, ein Ausschluss allein gestützt auf die Testergebnisse in den Testprotokollen sei unzulässig. Denn die Vergabestelle habe in den Ausschreibungsunterlagen klar zum Ausdruck gebracht, dass die Ergebnisse der Tests dem Vergabeausschuss (lediglich) helfen sollten, das Produkt besser auf eine Vereinbarkeit mit dem (Unter-)Kriterium Z2b bzw. den einzelnen Anforderungen hin zu prüfen. Um die Funktionalität der angebotenen Leistung zu bewerten, seien neben den Tests auch die Angaben im Angebot, die Erläuterungen sowie die Präsentationen ausschlaggebend gewesen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 40 ff.). Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin handle es sich bei ihrem Opferschutzgerät nicht um einen Prototyp, vielmehr sei dieses bereits seit Jahren im Einsatz (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 62). Grund für das «schlechte Abschneiden» ihres Produkts sei nicht dessen mangelhafte funktionale Beschaffenheit, sondern die schlechte Konzeption des Testverfahrens bzw. die ungenügende Schulung der Testpersonen. Für die Auseinandersetzung mit der Funktionsweise des Geräts sei zu wenig Zeit eingeplant worden (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 64 f.). – Die Vergabebehörde schliesst sich den Ausführungen der Beschwerdeführerin grundsätzlich an und führt weiter zusammengefasst aus, im Gegensatz zur Vorinstanz sei sie in der Lage gewesen, die Testprotokolle «im richtigen Licht» zu lesen. Es sei für das Bewertungsgremium klar gewesen, weshalb das Gerät der Beschwerdeführerin in diesem Punkt «schlecht» bei den Tests

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 35 abgebrochen habe (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 27; vgl. auch Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 2). Zudem habe die SID die Testprotokolle einseitig gewürdigt und namentlich unerwähnt gelassen, dass ein Testkanton positive Ergebnisse erzielt habe. Die negativen Testresultate seien damit offenkundig nicht auf die Geräte, sondern auf deren Bedienung zurückzuführen. Hätte die SID zudem die Vergabestelle vor dem Abstellen auf die Testprotokolle angehört, hätte sie klarstellen können, dass die Anforderung E11 gemäss Ausschreibungsunterlagen gar nicht während des Vergabeverfahrens hätte getestet werden sollen, sondern vielmehr erst in der Realisierungsphase. Dass die Kantone die Tests dennoch «freiwillig» vorgenommen hätten, um ein «besseres Gefühl» für die Geräte und deren Handhabung zu gewinnen, dürfe den Anbietenden nicht zum Nachteil gereichen. Die Testprotokolle hätten damit nicht den Beweiswert, den die Vorinstanz ihnen zugesprochen habe. Es sei unzulässig, die Beschwerdeführerin aufgrund von Tests auszuschliessen, die im Vergabeverfahren gar nicht vorgesehen gewesen seien. Dies gelte umso mehr, als die negativen Testergebnisse auf unzureichende Schulung bzw. Instruktion der Testpersonen zurückzuführen seien (vgl. Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 60 ff.). 8.5 Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz in diesem Zusammenhang (zu Recht) eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vorwirft, indem diese ohne sie vorgängig dazu anzuhören, auf die Testprotokolle abgestellt hat, kann auf das bereits Erwogene verwiesen werden (vorne E. 3). 8.6 Zur Bedeutung der Testprotokolle bzw. der

Testergebnisse für die Beurteilung der strittigen Anforderung ist – nebst dem bereits Ausgeführten (vorne E. 5.3 und 7.7.2) – Folgendes festzuhalten: Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass die Material- und Gerätetests in der «phase concept» (Konzeptphase) bzw. während des Vergabeverfahrens nur einen Teil des Testkonzepts der Vergabebehörde darstellen, das sich insgesamt in drei Phasen gliedert (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 302 ff., auch zum Folgenden). Weitere Tests sind in der «phase réalisation» (Realisierungsphase) und der «phase de déploiement» (Einsatzphase) – mithin nach Abschluss des Vergabeverfahrens – vorgesehen. Wann eine einzelne Anforderung getestet wird, kann dem Leistungsverzeichnis entnommen werden (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 113). Daraus ist ersichtlich, dass die An-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 36 forderung E11 erst in der «phase réalisation» und damit nicht bereits während des Vergabeverfahrens getestet werden soll bzw. sollte (vgl. entsprechender Vermerk unter der Rubrik «Plan de validation», Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 124). Entsprechendes ergibt sich auch aus den (unausgefüllten) Testprotokollen, wo beim Prüfpunkt T-209 «Opferschutzgerät» unter der Rubrik «Phase» das Feld «Phase de conception» – anders als bei den anderen Prüfpunkten – nicht angekreuzt ist (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 169). Aus welchen Gründen die Testkantone die Opferschutzgeräte der beiden Anbieterinnen dennoch getestet haben und weshalb der Prüfpunkt T-209 (wie übrigens etwa auch der hier nicht interessierende, ebenfalls erst in der «phase réalisation» zu testende Prüfpunkt T-103, vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 157) überhaupt in den Testprotokollen enthalten ist, bleibt unklar, ist jedoch nicht ausschlaggebend. Fest steht jedenfalls, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibungsunterlagen gerade nicht damit rechnen musste, dass die Opferschutzgeräte bereits Gegenstand der Material- und Gerätetests im Vergabeverfahren sein und deren Ergebnisse in die Bewertung einfließen würden (so aber angefochtener Entscheid E. 3.2.6). Es ist unzulässig, eine tiefere Bewertung mit (negativen) Ergebnissen aus Material- und Gerätetests zu begründen, wenn solche für die strittige Anforderung während des Vergabeverfahrens gar nicht vorgesehen waren (vgl. BGE 130 I 241 E. 5.2, wonach es unzulässig sei, Zuschlagskriterien unter einem Gesichtspunkt zu evaluieren, dessen Massgeblichkeit lediglich im Zusammenhang mit einem anderem Zuschlagskriterium angekündigt wurde; vgl. auch Hans Rudolf Trüb, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 2 N. 25). Daran ändert entgegen der Beschwerdegegnerin (vgl. Schlussbemerkungen Rz. 16 Al. 3) nichts, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Opferschutzgeräte in der Auflistung des von den Anbietenden zur Verfügung zu stellenden Testmaterials enthalten sind, wird doch im selben Abschnitt zugleich für die Durchführung der Tests spezifisch auf die Testprotokolle («annexe F») und das Testkonzept («annexe K») verwiesen (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 10 f.). Auch in Letzterem wird (nochmals) ausgeführt, Gegenstand der Material- und Gerätetests seien jene Prüfpunkte, die in den Testprotokollen in der Spalte Konzeptphase («Phase de conception») gekennzeichnet seien (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 305). Nach dem Gesagten durfte die Vorinstanz nicht auf der Grundlage der Testprotokolle bzw. der Testergeb-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 37 nisse von der Beurteilung der Vergabestelle abweichen. Dies umso weniger, als deren Aussagekraft aufgrund der konkreten Durchführungsweise ohnehin bereits fraglich erscheint (vgl. vorne E. 7.7.2). 8.7 Kann auf die Ergebnisse der Material- und Gerätetests

für die Bewer- tung nicht abgestellt werden, hat diese gestützt auf die Angaben der Be- schwerdeführerin in ihrer Offerte zu erfolgen (vgl. erster Punkt des «Plan de validation» im Leistungsverzeichnis, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 113; ferner Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 14 [Ziff. A.3.11.5]). Darin hat die Beschwerdeführerin zur Anforderung E11 festgehalten, dass das Op- ferschutzgerät bzw. der «Clip» klingeln und vibrieren werde («Le clip sonnera et vibrera», Vorakten Verein EM [act. 4H] pag. 68). Dass die Beschwerde- führerin dabei die Zukunftsform verwendet hat, deutet darauf hin, dass ihr Gerät gegenwärtig noch nicht in der Lage ist, vibrierende oder akustische Signale zu erzeugen. Dieser Schluss wird durch die Ausführungen der Be- schwerdeführerin vor Verwaltungsgericht grundsätzlich bestätigt, auch wenn sich ihre Angaben teilweise widersprechen. So hat sie mit Beschwerde noch ausgeführt, das Opfer könne durch einen «akustischen Warnton» auf das Opferschutzgerät bzw. durch «Summton, Vibrieren oder beides» benach- richtigigt werden. Möglich sei auch ein Anruf auf das Telefon des Opfers (Ver- waltungsgerichtsbeschwerde Rz. 63). Später hat sie jedoch vorgebracht, die Alarmmeldung erfolge «wie gefordert visuell». Dabei hat sie sich auf die ein- schlägigen Stellen im Testbericht und die Einschätzungen eines Testkantons in den Testprotokollen bezogen. Letzteren kann entnommen werden, die Meldungen auf das Opferschutzgerät erfolgten in Form von farbigen Blink- lichern («clignotants en couleur»). Hingegen könne das Gerät keinen Text anzeigen und erzeuge keinen Ton (Vorakten Verein EM [act. 4C] pag. 42). Weiter hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, das System könne zusätzlich so konfiguriert werden, dass das Opfer Meldungen auf das Mobiltelefon er- halte, was einwandfrei funktioniere. Die Vergabestelle habe nicht verlangt, dass die Meldungen direkt auf das Opferschutzgerät erfolgten. Alternative Lösungen wie z.B. Meldungen auf das Mobiltelefon seien ausdrücklich zu- lässig (zum Ganzen Ergänzung Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 28, 30 f.; Schlussbemerkungen Rz. 12). Es darf somit aufgrund der Formulie- rung in der Offerte und mit Blick auf die (späteren) Vorbringen der Beschwer- deführerin vor Verwaltungsgericht als erstellt gelten, dass zurzeit keine Mel-  
Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 38 dungen durch «akustisches Signal, Vibration und/oder eine Textnachricht» direkt auf das Opferschutzgerät möglich sind, wie es im Leistungsverzeichnis verlangt wird (vorne E. 8.1). Rein visuelle Meldungen in Form von Blinklich- tern sowie Benachrichtigungen auf das Mobiltelefon des Opfers erfüllen die definierten Kriterien nicht. 8.8 Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, dass es gemäss Ausschreibungsunterlagen auch zulässig sei, alternative Lösungen anzubie- ten, kann sie daraus nichts für sich ableiten. Zwar werden im Leistungsver- zeichnis Alternativen grundsätzlich zugelassen, sofern eine Anforderung nicht erfüllt werden kann. Vorausgesetzt wird aber allemal, dass die Abwei- chung vom Leistungsverzeichnis klar deklariert wird (vgl. Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 113), was hier – wie dargelegt (E. 8.7 hiervor) – nicht der Fall ist. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte in Aussicht ge- stellt, die strittige Anforderung (unverändert) zu einem späteren Zeitpunkt erfüllen zu können. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob sich die Möglichkeit, Alternativen vorzuschlagen, überhaupt auch auf Anforderungen mit der Wichtigkeitsstufe 3 bezieht (vgl. Schlussbemerkungen Beschwerde- gegnerin Rz. 16 Al. 2). 8.9 Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz (im Ergebnis) zwar grund- sätzlich gefolgt werden, wenn sie zum Schluss kommt, dass das Opfer- schutzgerät der Beschwerdeführerin «(noch) keinen Alarm mittels Ton und Vibration generieren» kann (angefochtener Entscheid E. 3.2.6; vorne E. 8.3), mithin die Anforderung E11 zum jetzigen Zeitpunkt kaum (vollständig) erfüllt. Allein

daraus kann aber noch nicht darauf geschlossen werden, dass ihr Angebot zwingend mit einer ungenügenden Note zu bewerten und vom Verfahren auszuschliessen ist. Die Vergabestelle macht geltend, um den Anbietenden zu ermöglichen, auch neue Funktionen zu offerieren, seien sie bei einigen Funktionen nicht verpflichtet gewesen, diese bereits bei Angebotseinreichung zu erfüllen. Vielmehr sei auch eine Umsetzung während des Projekts möglich gewesen, zumal die «kundenspezifische Parametrierung» des zu beschaffenden IT-Systems ohnehin erst in der Projektphase erfolge. Ausgeschlossen sei eine spätere Entwicklung lediglich für Anforderungen, die bereits in der «phase concept» zu testen waren. Auch die Beschwerdegegnerin habe bei «zahlreichen Anforderungen» festgehalten, dass sie diese erst zu

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 39 einem späteren Zeitpunkt erfüllen werde (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 41 f., 49; vgl. auch Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 2). Tatsächlich sehen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass bei technischen Anforderungen, die im Zeitpunkt der Einreichung der Angebote noch nicht verfügbar sind und die (wie die hier interessierende) nicht bereits während der «phase concept» getestet werden sollen, «Ausnahmen» gemacht werden können, wenn die entsprechenden Funktionen im Angebot vollständig beschrieben werden und wenn sie in der Realisierungsphase bzw. während des Einsatzes funktionsfähig sind (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 32; zur Zulässigkeit, in der Ausschreibung einen späteren Erfüllungszeitpunkt für «wesentliche Elemente für die Ausführung des Auftrags» vorzusehen vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 [Pra 109/2020 Nr. 46] in Bezug auf Eignungskriterien). Dass diese Bedingungen hier nicht erfüllt wären, liegt jedenfalls nicht auf der Hand, hat doch die Beschwerdeführerin im Angebot bzw. in der entsprechenden Referenz die Funktionsweise des Opferschutzgeräts beschrieben und zudem in Aussicht gestellt, dieses Gerät werde die verlangten Alarmmeldungen (Signale durch Ton und Vibration) aufweisen (vorne E. 8.7). Es ist daher fraglich, ob die Offerte der Beschwerdeführerin insoweit nicht dennoch als ausschreibungskonform zu betrachten ist. 8.10 Selbst wenn dies mit der SID zu verneinen wäre, erweise sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin jedoch nicht ohne weiteres als rechtmässig. Wie erwähnt (vorne E. 6.2 und 7.6.4), muss dieser auch vor dem Gebot der Gleichbehandlung standhalten. Zum einen ist grundsätzlich unbestritten geblieben, dass auch die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot angegeben hat, Anforderungen erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllen zu können. Andererseits bringt die Vergabestelle vor, auch das Angebot der Beschwerdegegnerin entspreche einzelnen Anforderungen mit der Wichtigkeitsstufe 3 nicht, wenn bei diesen derselbe «rechtsfehlerhaft strenge» Massstab angewandt würde, wie ihn die SID bei der Beschwerdeführerin zugrunde gelegt habe. So sei bei der Anforderung L05 «Planning» etwa verlangt worden, in der Software zur Verwaltung der Termine müsse ein Zeitplan mit einer Genauigkeit von einer Viertelstunde erstellt werden können. Die Beschwerdegegnerin habe dagegen angegeben, bei ihrer Plattform sei (lediglich) ein Zeitplan im 30-Minuten-Takt möglich. Weiter sei bei der Anforderung L07 «Zones» unter anderem erwartet worden, dass mehr

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 40 als 100 («> 100») verschiedene Zonen definiert werden können, wobei die Beschwerdegegnerin angegeben habe, es könnten genau 100 (also nicht mehr als 100) Zonen erstellt werden. Es sei hier von einem Ausschluss abgesehen worden, da ein solcher überspitzt formalistisch gewesen wäre (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 29). In Bezug

auf die beiden Abwei- chungen vom Leistungsverzeichnis stellt die Beschwerdegegnerin die Aus- führungen der Vergabestelle nicht substantiiert in Abrede. Sofern bei der Be- schwerdeführerin überhaupt ein Grund vorliegt, der einen Ausschluss recht- fertigen könnte, lassen sich damit vergleichbare Gründe auch bei der Beschwerdegegnerin anführen. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Ein- wand der Vergabestelle (vorne E. 5.6), die SID habe nicht bei beiden Ange- boten denselben Massstab angewendet, (auch hier) als begründet. Das Vor- gehen der Vorinstanz ist damit mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht ver- einbar. 8.11 Zusammenfassend hält der angefochtene Entscheid folglich auch in diesem Punkt der Rechtskontrolle nicht stand. 9. Anforderung K01 «Formes de surveillance» Zu prüfen ist schliesslich die (Neu-)Bewertung der Anforderung K01 «For- mes de surveillance». 9.1 Im Leistungsverzeichnis wird die Anforderung wie folgt umschrieben (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 128): «L'application doit permettre la gestion des formes de surveillance sui- vantes par une seule plate-forme: • Assignation à domicile • Interdiction de périmètre • Assignation à un périmètre • Contrôle d'alcoolémie • Surveillance de la victime» Die Anwendungssoftware muss folglich die Verwaltung verschiedener Über- wachungsformen über eine einzige Plattform ermöglichen. Strittig ist, ob (auch) die Überwachung der Blutalkoholkonzentration («contrôle d'al- coolémie») direkt über die Plattform der Beschwerdeführerin möglich ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 41 9.2 Die Vergabestelle bewertete das Angebot der Beschwerdeführerin zunächst mit der Note 2 und begründete dies wie folgt (Cahier d'exigences Beschwerdeführerin mit Bewertung und Detail-Noten, Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 270): «Contrôle alcoolémie pas intégrée.» Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Vergabestelle dagegen auf entsprechende Rüge der Be- schwerdegegnerin hin geltend gemacht, es habe sich dabei lediglich um eine «erste provisorische Bewertung» gehandelt. An der Bereinigungssitzung vom 7. Mai 2021 habe das Bewertungsgremium «einstimmig» entschieden, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Anforderung erfülle und ent- sprechend mit der Note 3 zu bewerten sei. Im Anschluss an die Sitzung sei jedoch «vergessen» worden, die Note anzupassen (vgl. Eingaben des Ve- reins EM vom 13.9.2021 Rz. 33 und vom 19.10.2021, Vorakten SID [act. 4A] pag. 110-112 und 143 f.; ferner Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 20.8.2021 Rz. 22 und 25, Vorakten SID [act. 4A] pag. 84; vorne E. 5.5). Zum Beweis hat die Vergabestelle ein angepasstes Bewertungsraster einge- reicht. Zur Anforderung K01 wird darin Folgendes festgehalten (vgl. unpag. Beilage 18 zur Eingabe des Vereins EM vom 19.10.2021, Vorakten SID [act. 4A] pag. 143 f.): «Der Erfüllungsgrad wurde auf 3 angepasst (gemäss Audition)». 9.3 Die Vorinstanz hat erwogen, die Vergabebehörde habe bei der Be- schwerdeführerin unter anderem Erläuterungen zur Überwachung der Blut- alkoholkonzentration eingeholt. Dazu habe sie sich Folgendes notiert: «NOK, muss an Audition gezeigt werden». Was die Beschwerdeführerin an der Audition schliesslich vorgebracht habe, sei aus den Akten nicht ersicht- lich. Gestützt auf ihre Erläuterungen und die Angaben im Angebot sei anzu- nehmen, dass eine Überwachung des Alkoholspiegels nicht allein über ihre Plattform erfolgen könne, sondern auch Arbeitsschritte auf jener des Herstel- lers der Alkoholtestgeräte erforderlich seien. Es werde «nicht als ausrei- chend qualifiziert», wenn jeden Morgen eine E-Mail versendet würde, aus der allfällige Auflagenverstösse einzelner überwachter Personen ersichtlich seien. Die Daten zur Überwachung des Alkoholkonsums müssten «nach dem Verständnis der SID» für die Vollzugsstellen von der Plattform der Be- schwerdeführerin ohne Verzug ständig abrufbar sein, damit allenfalls Alarme ausgelöst werden könnten. Dass dies der Fall wäre, erbe-

sich nicht aus den Akten, weshalb die Beschwerdeführerin zu Unrecht mit der Note 3 be-  
Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U,  
Seite 42 wertet worden sei (angefochtener Entscheid E. 3.3.4; vgl. auch Vernehmlassung  
S. 3). 9.4 Die Beschwerdeführerin widerspricht dem und macht geltend, ihr Produkt  
ermöglichte, alle Formen der Überwachung – namentlich auch der Blutalkoholkonzentration  
– über eine einzige Plattform zu verwalten, wie es in der Ausschreibung verlangt worden  
sei. Zwar stamme das Gerät zur Überwachung des Alkoholspiegels von einem anderen  
Anbieter, es bestehe aber eine Schnittstelle, die es erlaube, die Analysen und Ergebnisse der  
Alkoholtests automatisch und laufend auf ihre Plattform zu überführen, was eine ak-  
tuelle Überwachung ermögliche. Der Ausschluss sei damit zu Unrecht erfolgt, da sie die  
Anforderungen erfülle, zumal alle modernen Plattformen gewisse Dienste mittels  
Schnittstellen von Dritten beziehen würden (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 75 ff.;  
vgl. auch Ergänzung Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rz. 33 ff.; Schlussbemerkungen Rz.  
15 f.). – Die Vergabestelle schliesst sich diesen Ausführungen an und bringt weiter vor,  
die SID habe auch hier zur Bewertung einer technischen Anforderung, die nur mit  
«ausgewiesenem Fachwissen» möglich erscheine, ein «ganz eigenes Verständnis»  
entwickelt. Dieses sei aber unzutreffend. Über die webbasierte Softwareplattform der  
Beschwerdeführerin werde es möglich sein, jederzeit die Einhaltung von Auflagen zu  
überwachen. Selbstredend sei die dort abrufbare Information nur so aktuell wie der letzte  
Alkoholtest. Das Gerät der Beschwerdeführerin erlaube es aber (anders als jenes der  
Beschwerdegegnerin), den Alkoholwert der überwachten Person ständig zu überprüfen.  
Die strittige Anforderung wäre «offenkundig» gar nicht in den Fokus der Vorinstanz  
geraten, wenn sich die Vergabebehörde nicht selbst zunächst «sehr kritisch» dazu geäußert  
hätte. Nun sei das Bewertungsgremium aber einstimmig zur Überzeugung gelangt, dass  
die von der Beschwerdeführerin beschriebene Schnittstelle eben ausreichend sei, da nicht  
zwei Plattformen betrieben werden müssten (Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 27, 78  
ff.). Dass im Anschluss an die Sitzung «vergessen» worden sei, die Bewertung von der Note  
2 auf 3 anzupassen, sei zwar «ärgerlich» und ein Fehler, der aber nicht der  
Beschwerdeführerin angelastet werden dürfe (Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 10 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U,  
Seite 43 9.5 Zunächst gilt auch hier, dass für die Beurteilung auf den Sachverhalt im  
Zeitpunkt der Zuschlagserteilung abzustellen ist (vorne E. 7.7, auch zum Folgenden). In  
ihrem Angebot hat die Beschwerdeführerin festgehalten, es sei zu beachten, dass die  
Analyse des Alkoholpegels ausserhalb der Plattform erfolge, die Verwaltung aber «im  
Rahmen der Anwendung abgeschlossen» werde. Sie verweist dabei auf ein Teil des  
Angebots bildendes (Referenz-)Dokument (Referenz 4.2.1, Vorakten Verein EM [act. 4H]  
pag. 72), dem unter anderem zu entnehmen ist, dass die Plattform «Eagle» in sechs Module  
unterteilt ist. Diese könnten alle gleichzeitig angezeigt werden, was ermögliche, alle  
Formen der Überwachung für Produkte der Beschwerdeführerin über eine einzige  
Plattform zu verwalten und die Verwaltung von (unter-)vertraglich geregelten  
Gegenständen (Alkohol) zu gewährleisten («d'assurer la gestion des cas d'EMistes et des  
stocks des éléments faisant l'objet d'un sous-contrat (Alcool)»; Vorakten Verein EM [act.  
4H] pag. 114). Weiter vorne wird ausgeführt, alle bestätigten Verstösse gegen Alkoholver-  
bote würden automatisch mit einem Zeitstempel versehen. Ein täglicher Aktionsplan  
(«Daily Action Plan») werde jeden Morgen per E-Mail verschickt; darin seien allfällige  
Verstösse von überwachten Personen angegeben (Vorakten Verein EM [act. 4H] pag. 112

f.). 9.6 Die Vergabestelle hielt es aufgrund dieser Angaben in der Offerte offenbar für zweifelhaft, dass die Überwachung der Blutalkoholkonzentration einzig über die Plattform «Eagle» verwaltet werden kann, denn sie holte dazu auf schriftlichem Weg Erläuterungen bei der Beschwerdeführerin ein und verlangte, dass diese die «Integration der Alkoholüberwachung» auf der Plattform «detailliert» erkläre (Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 109, auch zum Folgenden). In ihrer Antwort hat die Beschwerdeführerin dargelegt, dass zunächst auf ihrer Plattform eine Login-ID der überwachten Person erstellt werden müsse, die anschliessend in das «AMS-System» einzugeben sei und auf der «AMS-Plattform» hinterlegt werden könne. Die Ergebnisse der Alkoholkontrolle würden ausserhalb ihrer Plattform vervollständigt und die anonymisierten Daten könnten im System eingesehen und/oder per E-Mail verschickt werden («...in the system and / or sent by email»). Die Vergabestelle hielt dazu Folgendes fest: «NOK, muss an Audition gezeigt werden.»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 44 9.7 Aus dem dargestellten Verfahrensablauf erhellt, dass die Vergabestelle auch gestützt auf die Erläuterungen der Beschwerdeführerin nicht davon überzeugt war, dass diese die strittige Anforderung erfüllt. Zu ihrer abweichenden Einschätzung gelangte sie offenbar erst aufgrund der Angebotspräsentation. Diese war damit ausschlaggebend für die nachträgliche Höherbewertung, was sich nicht zuletzt auch aus dem von der Vergabestelle im vorinstanzlichen Verfahren beigebrachten korrigierten Bewertungsraster ergibt, wonach die Note 3 «gemäss Audition» angepasst worden sei (vorne E. 9.2). Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat, sind jedoch keine Aufzeichnungen der Vergabestelle über die Präsentation der Beschwerdeführerin (oder der Beschwerdegegnerin) aktenkundig. Die Gründe, die das Bewertungsgremium zur strittigen Korrektur zugunsten der Beschwerdeführerin bewogen haben, sind damit nicht dokumentiert, was auch die Vergabestelle anerkennt (vgl. Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 11; vgl. dazu auch hinten E. 11.5). 9.8 Die SID hat zunächst (richtigerweise) erkannt, dass sich der strittige Bewertungsvorgang «aufgrund der Akten» nicht nachvollziehen lasse; alsdann hat sie eine eigene Beurteilung vorgenommen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.3.4; vgl. auch Vernehmlassung S. 3). In ihren Erwägungen gibt sie zwar ausführlich die Standpunkte der Parteien wieder; die entscheidungsentlichen Grundlagen sowie ihre Würdigung legt sie indes nur äussert knapp und pauschal dar (angefochtener Entscheid E. 3.3.1 ff.). Sie «nimmt an», dass «gestützt auf die Erläuterungen» der Beschwerdeführerin sowie die «Angaben in ihrem Angebot (Beilage 7 pag. 114, letzter Satz des ersten Absatzes)» die Überwachung der Alkoholkontrolle nicht allein über die Plattform der Beschwerdeführerin erfolgen könne, sondern auch «Arbeiten» über jene des Geräteherstellers notwendig seien (angefochtener Entscheid E. 3.3.4; vorne E. 9.3). Wie sie zu diesem Schluss gelangt, begründet sie nicht näher, wobei sich solches aus der Stelle im Angebot der Beschwerdeführerin, auf die sich die SID beruft, jedenfalls nicht ohne weiteres folgern lässt (vgl. vorne E. 9.5). Dass im Angebot erwähnt wird, es werde täglich eine E-Mail versendet, worin allfällige Verstösse von überwachten Personen angegeben würden, schliesst nicht aus, dass die Ergebnisse der Alkoholmessungen unabhängig davon auf die Plattform überführt werden, worauf im Übrigen die Erläuterungen der Beschwerdeführerin hindeuten (vgl. vorne

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 45 E. 9.6 am Ende). Die entsprechenden Vorbringen der Vergabestelle und der

Beschwerdeführerin übergeht die SID. Ungewürdigt lässt sie in diesem Zusammenhang insbesondere den Einwand, dass nicht zwei Plattformen «parallel» betrieben werden müssten, sondern die Analyse und die Ergebnisse der Überwachung des Alkoholkonsums übermittelt würden (Stellungnahme des Vereins EM vom 13.9.2021 Rz. 33 Al. 5, Vorakten SID [act. 4A] pag. 112). Auch mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin im Angebot, wonach die Alkoholmessung ausserhalb der Plattform erfolge, die Verwaltung aber «im Rahmen der Anwendung abgeschlossen» werde (vorne E. 9.5), setzt sie sich nicht auseinander. Den Beweisantrag der Vergabestelle, die Mitglieder des Bewertungsgremiums zum «geschilderten Ablauf der Bewertung der Anforderung K01» und zur «Beschlussfassung über die Note 3 anlässlich der Bereinigungssitzung vom 7. Mai 2021» als Zeugen zu befragen (Stellungnahme des Vereins EM vom 13.9.2021 Rz. 33 Al. 5, Vorakten SID [act. 4A] pag. 112; vgl. auch Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 8 ff.), hat sie nicht behandelt. Insgesamt erweist sich die Sachverhaltsfeststellung und -würdigung der Vorinstanz als unzulänglich (vgl. Art. 18 VRPG; zu den Anforderungen bei der Ermittlung eines umstrittenen Sachverhalts Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 8 und Art. 21 N. 30). Bereits aus diesem Grund ist die rechtliche Schlussfolgerung der Vorinstanz, das Angebot der Beschwerdeführerin hätte (auch) deshalb ausgeschlossen werden müssen, rechtsfehlerhaft. 9.9 Selbst wenn im Übrigen zutreffen würde, dass die Verwaltung der Alkoholüberwachung nicht allein über die Plattform der Beschwerdeführerin möglich ist und ihr Angebot insofern den im Leistungsverzeichnis definierten Erfordernissen nicht (vollständig) entsprechen sollte, ist erneut die Gleichbehandlung zu beachten (vgl. vorne E. 6.2, 7.6.4 und 8.10): Das von der SID gewählte Vorgehen, einzig hinsichtlich des Angebots der Beschwerdeführerin korrigierend einzugreifen, ohne bei jenem der Beschwerdegegnerin mit gleichem Massstab und derselben Strenge zu verfahren, widerspricht dem Gebot, das Bewertungs- und Benotungssystem auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben anzuwenden (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. a aIVöB und Art. 25 Abs. 1 ÖBV). Der angefochtene Entscheid erweist

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 46 sich nach dem Gesagten auch in Bezug auf die (Neu-)Bewertung der Anforderung K01 als unrechtmässig.

## **E. 10**

(Zwischen-)Ergebnis Zusammenfassend erweist sich die Beurteilung der Vorinstanz bei allen drei strittigen Anforderungen als rechtlich nicht haltbar: Soweit die SID den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin bei der Anforderung B03 «Portée signal RF» mit dessen Unvollständigkeit begründet hat, kommt es einer unzulässigen Ungleichbehandlung gleich, die fehlenden Angaben einzig bei diesem Angebot zu bemängeln, ohne zugleich auch die Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin mit der gleichen Strenge zu prüfen und zu beurteilen. Abgesehen davon lässt sich die vorinstanzliche Korrektur der Bewertung auch in materieller Hinsicht nicht rechtfertigen. Sofern bei der Beschwerdeführerin sodann mit Blick auf die Anforderung E11 «Affichage des messages» überhaupt ein Ausschluss begründet und gerechtfertigt werden kann, liessen sich vergleichbare Gründe auch bei der Beschwerdegegnerin anführen. Das Vorgehen der Vorinstanz ist damit (auch insoweit) mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar. In Bezug auf die Anforderung K01 «Formes de surveillance» erweist sich die Sachverhaltsfeststellung und -würdigung der Vorinstanz als unzulänglich. Zudem hat die

SID auch in dieser Hinsicht nicht bei beiden Angeboten den gleichen Massstab angewendet. Korrigiert die SID eine ihrer Ansicht nach fehlerhafte Handhabung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde und gelangt sie zur Erkenntnis, dass eine Neubewertung anhand eines korrigierten (strengerem) Prüfungsmassstabs vorzunehmen ist, darf sie sich nicht nur auf das Angebot der vormaligen Zuschlagsempfängerin (Beschwerdeführerin) beschränken. Vielmehr hätte sie unter diesen Umständen auch jenes der anfechtenden Anbieterin (Beschwerdegegnerin) in die Beurteilung einbeziehen müssen, zumal sie in der Sache bzw. unmittelbar reformatorisch entschieden hat (vgl. BGE 146 II 276 E. 6, insbesondere E. 6.3.3; vgl. auch hinten E. 11.1). Der angefochtene Entscheid hält nach dem Gesagten der Rechtskontrolle nicht stand und ist aufzuheben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 47

## **E. 11**

Weitere Rechtsfolgen Zu klären sind neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids die weiteren Rechtsfolgen.

### **E. 11.1**

Ist wie im vorliegenden Vergabeverfahren noch kein Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin geschlossen worden, kann die Beschwerdeinstanz die Verfügung aufheben und entweder in der Sache selbst entscheiden oder diese mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabebehörde zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 aIVöB; Art. 34 Abs. 1 ÖBV; vgl. auch Art. 84 Abs. 1 VRPG; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 84 N. 16). Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens und ihrer Sachnähe bei der Evaluation der Angebote über grosse Spielräume verfügt (vgl. vorne E. 6.2, 7.7.3), die nicht (erstmalig) durch eine Beschwerdeinstanz ausgefüllt werden sollen. Besteht im Hinblick auf das wirtschaftlich günstigste Angebot keine hinreichend klare Sachlage, so hat die Beschwerdeinstanz bei Gutheissung der Beschwerde die Sache nicht selber zu entscheiden, sondern die Angelegenheit zur Neubewertung der Angebote – allenfalls anhand eines von ihr korrigierten Bewertungsmassstabs – grundsätzlich an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Dabei sind sämtliche am Vergabeverfahren beteiligten Anbietenden (wieder) einzubeziehen, soweit dem keine verfahrensrechtlichen Hindernisse (z.B. rechtskräftiger Verfahrensausschluss mangels Erfüllung der Eignungskriterien) entgegenstehen (BGE 146 II 276 E. 6; vgl. auch VGE 2018/255 vom 20.3.2019 E. 3.1). Die Beschwerdeinstanz hat zu entscheiden, welche Verfahrensschritte zu wiederholen sind, wobei eine Wiederholung grundsätzlich nur insoweit möglich ist, als frühere Akte noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1396; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 948 N. 270; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, in ZBl 2003 S. 1 ff., S. 26; Micha Bühler, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N. 12). – Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist aufgrund der konkreten Umstände einzig eine Rückweisung der Sache an die Vergabestelle sachgerecht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 48

### **E. 11.2**

Der Grundsatz der Transparenz gilt als allgemeines Prinzip des Submissionsrechts und wird aus Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) sowie Art. 11 Bst. b aIVöB abgeleitet (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.7; BVR 2019 S. 201 E. 3.1). Er soll dazu beitragen, einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietenden zu gewährleisten und damit einen wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu ermöglichen (vgl. Art. 11 Bst. b aIVöB; vgl. auch Art. 7 ÖBG; BGE 141 II 353 E. 8.2.3 [Pra 105/2016 Nr. 31]). Weiter hat er zum Ziel, ein faires Vergabeverfahren sicherzustellen und so der Gefahr von Manipulationen und der Begünstigung bestimmter Anbietender durch die Vergabebehörde entgegenzuwirken (BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2015 S. 564 E. 4.1, 2006 S. 500 E. 4.2; BGE 125 II 86 E. 7c; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2021, S. 903 f. N. 109 ff.). Was die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots betrifft (vgl. vorne E. 6.1 f.), erfordert das Transparenzgebot, dass die durch die Vergabebehörde vorgenommene Bewertung der Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien sowohl für die Anbietenden als auch für die Rechtsmittelinstanz in einem allfälligen Beschwerdeverfahren nachvollziehbar ist. Zum Transparenzgebot gehört die Verpflichtung der Vergabebehörde, ihre Evaluationsentscheidungen zu begründen und die Begründung ausschliesslich auf objektive, also nachvollziehbare und nachprüfbar Kriterien abzustützen (vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004 [nachfolgend: Öffentliche Beschaffung], N. 242 ff.). Die Rechtmässigkeit der Offertevaluation erfordert, dass die Vergabebehörde die Überlegungen, die sie zu ihrem Entscheid geführt haben, dokumentiert. Inhaltlich wird verlangt, dass diese Überlegungen im Licht der massgeblichen Zuschlagskriterien und Gewichtung logisch in den Zuschlagsentscheid münden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 407, 865, 979 ff.; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, N. 30, 38, 59, 64). Die gerichtliche Überprüfung des Zuschlagsentscheids setzt voraus, dass die Vergabebehörde die Kriterien der Punkteverteilung im Einzelnen erläutert und auch die Wertungsentscheide offenlegt, die zur konkreten Benotung geführt haben. Nur so kann beurteilt werden, ob eine rechtsgleiche und sachgemässe Bewertung der Angebote im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Beurteilungsspielraums erfolgt ist (vgl. vorne E. 6.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 49

### **E. 11.3**

Laut den Ausschreibungsunterlagen war die Vergabebehörde verpflichtet, die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien in einem mehrstufigen Prozess zu bewerten: Die Angebote der (geeigneten) Anbietenden waren zunächst auf ihre Übereinstimmung mit den Zuschlagskriterien zu überprüfen und provisorisch zu bewerten. Nur jene Angebote, welche die Mindestnote von 3 erreichten, wurden zu einer Präsentation eingeladen. Diese sollte es dem Bewertungsgremium gemäss Ausschreibungsunterlagen ermöglichen, sich mit der vorgeschlagenen Lösung vertraut zu machen, namentlich in Bezug auf die Projektorganisation (Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 10). Erst nach den Präsentationen und den anschliessenden Material- und Gerätetests wurden die Zuschlagskriterien durch das Bewertungsgremium endgültig bewertet. Bei einer solchen Ausgestaltung des Bewertungsvorgehens ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Präsentationen Teil des Evaluationsprozesses waren und die Ergebnisse in die Bewertung einfließen. Dass diesen hierbei eine nicht bloss zu vernachlässigende Bedeutung zukam, belegt die Beurteilung

des Kriteriums K01 «Formes de surveillance» (vgl. vorne E. 9, insbesondere E. 9.7) und rührt faktisch auch daher, dass auf die Ergebnisse der Material- und Gerätetests für die Bewertung jedenfalls im Fall der Beschwerdeführerin nur sehr beschränkt abgestellt werden konnte (vgl. zum Ganzen bereits vorne E. 5.3, 7.7.2 und 8.6). Hinzu kommt, dass auch nach den auf schriftlichem Weg bei den Anbieterinnen eingeholten Erläuterungen hinsichtlich beider Angebote weiterhin in zahlreichen Punkten Unklarheiten bestanden haben, wobei die Vergabestelle jeweils vermerkt hat, diese müssten an der «Audition» bzw. an der Präsentation geklärt werden (Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 64, 109 ff.; vgl. auch vorne E. 9.6 f., auch zum Folgenden). Die Vergabestelle bezweckte mit den Präsentationen damit nicht nur, von den Anbieterinnen und den vorgeschlagenen Lösungen einen persönlichen Eindruck zu gewinnen. Die Präsentationen boten auch Gelegenheit und wurden genutzt, um offene Fragen zu klären und den Anbieterinnen die Möglichkeit zu Erläuterungen zu geben; die Präsentationsleistungen der Anbieterinnen blieben nicht ohne Auswirkungen auf die erst daran anschliessende definitive Bewertung ihrer Angebote.

#### **E. 11.4**

Zwar ist es an sich nicht unzulässig, wenn die Vergabestelle von den Anbietenden eine mündliche Präsentation verlangt und den dabei gewonne-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 50 nen Eindruck in die Bewertung einbezieht (Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2013, S. 849 N. 130 f.; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1419; vgl. auch BVR 2006 S. 327 E. 4e f., 1998 S. 59 E. 5b in Bezug auf das alte Recht). Auch sind Bereinigungsgespräche, im Rahmen derer die eingereichten Offerten erläutert oder berichtigt werden, nicht grundsätzlich ausgeschlossen (Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009, N. 244; Daniela Lutz, a.a.O., N. 91; Roman Friedli, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 38 N. 10; jeweils auch zum Folgenden). Mit Blick auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung und in Anbetracht, dass sog. Angebotsrunden verboten sind (Art. 27 Abs. 1 ÖBV; Art. 11 Bst. c aIVöB), sind solche direkten Kontakte zwischen Vergabestelle und Anbietenden jedoch grundsätzlich heikel (vgl. BVR 2004 S. 348 [VGE 21437 vom 7.2.2004] nicht publ. E. 5.3 mit Hinweisen). Wird von mündlichen Präsentationen bzw. Gesprächen Gebrauch gemacht, hat die Vergabestelle diese daher hinreichend zu dokumentieren, d.h. deren wesentlichen Gehalt sowie die Ergebnisse zu protokollieren (BGer 2D\_33/2019 vom 25.3.2020 E. 3.1; VGer AG Entscheid vom 29.9.2005, in AGVE 2005 S. 248 ff. E. 7.2 in Bezug auf Präsentationen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 714, N. 737 f.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht 2013, S. 849 N. 130; vgl. allgemein zur Protokollierungspflicht auch Michel Daum, a.a.O., Art. 19 N. 114 f.; vorne E. 11.2). Werden dabei mündliche Erläuterungen eingeholt, ist auch dieser Vorgang schriftlich festzuhalten (Art. 26 Abs. 2 ÖBV; Art. 31 VRPG; vgl. im Übrigen auch Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 10 [Ziff. A.3.9]; vgl. fürs neue Recht auch Art. 38 Abs. 2 IVöB). Das Protokoll hat namentlich die auszuräumende Unklarheit, die Fragen der Vergabestelle und die Antworten der Anbietenden zu enthalten (Martin Beyeler, Geltungsanspruch, N. 2139 ff., 2142; Alexis Leuthold, a.a.O., N. 250). Die Ergebnisse der Präsentationen müssen sich aus dem Protokoll selbst und nicht etwa aus bei den Akten liegenden Präsentationsunterlagen der Anbietenden ergeben (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 697).

### **E. 11.5**

Diesen Anforderungen ist die Vergabestelle hier in wesentlichen Teilen nicht nachgekommen. Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat (vgl. vorne E. 9.3 und 9.7 f.), sind weder Protokolle noch sonstige schriftliche Auf-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 51 zeichnungen der Vergabestelle zu den Präsentationen aktenkundig. Für die Beschwerdeinstanzen (wie auch für die Anbietenden) ist es damit nicht möglich, diesen (Evaluations-)Schritt nachträglich auf seine Nachvollziehbarkeit sowie auf die Einhaltung vergaberechtlicher Grundsätze hin zu überprüfen. So hat einerseits bereits die Prüfung der strittigen Anforderung K01 gezeigt, dass sich aufgrund der fehlenden Dokumentation zu den Präsentationen nicht mehr zuverlässig rekonstruieren lässt, wie die fragliche (Höher-)Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin zustande gekommen ist (vgl. vorne E. 9.7 f.). Andererseits lässt sich in Anbetracht, dass offenbar hinsichtlich beider Angebote zahlreiche Unklarheiten bestanden, im Nachhinein auch nicht mehr verlässlich feststellen, ob die (engen) Grenzen einer (noch) zulässigen Angebotsberichtigung (vgl. Art. 19 und Art. 25 Abs. 2 ÖBV) oder -erläuterung (vgl. Art. 26 ÖBV) eingehalten wurden oder ob die Vergabestelle in unzulässiger Weise inhaltlich veränderte bzw. ergänzte Angebote evaluiert hat (vgl. zur Abgrenzung statt vieler BGer 2D\_33/2019 vom 25.3.2020 E. 3.1; VGE 2021/169 vom 31.8.2021 E. 4.2, jeweils auch zum Folgenden; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 710 ff. mit zahlreichen Hinweisen). So hat die Vergabestelle – entsprechend dem der Verhinderung von Ungleichbehandlungen und Manipulationen dienenden Prinzip der Unveränderbarkeit bzw. Stabilität der Offerten (vgl. dazu Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, N. 298 ff.; vgl. auch vorne E. 6.2) – die Angebote grundsätzlich so zu prüfen, wie sie eingereicht worden sind und nicht so, wie sie sein könnten oder später ergänzt dargestellt werden (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2 [Pra 105/2016 Nr. 31]). Will sie fehlende Angaben nachträglich einholen (vgl. dazu insbesondere die Ausführungen der Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 7; dazu auch vorne E. 7.4 und 7.6.4) – was ohnehin nur bei geringfügigen Mängeln zulässig ist (vgl. vorne E. 6.3 und 7.6.2) – und Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen, so hat sie dies unter Wahrung der massgeblichen Prinzipien wie namentlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu tun. Ob dies der Fall war, lässt sich im Beschwerdeverfahren ohne eine gewissenhafte Dokumentation der Evaluation nicht beurteilen. Die mit der fehlenden Dokumentation einhergehende Missachtung des Transparenzgrundsatzes wiegt hier umso schwerer, als die Ausgestaltung der Ausschreibung nicht zuletzt aufgrund ihres Umfangs und ihrer Komplexität sowie des ausgesprochen technischen Charakters des zu vergebenden Auftrags der Vergabestelle bei der materiellen Beurteilung der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 52 Angebote besonders grosse Ermessens- und Beurteilungsspielräume eröffnet (vgl. bereits vorne E. 6.1 f., 7.7.3, 11.1), womit eine transparente und damit überprüfbare Verfahrensführung zusätzlich an Bedeutung gewinnt (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 30).

### **E. 11.6**

Zusammenfassend hat die Vergabestelle die Bereinigung und die Bewertung der Angebote mit Blick auf die Präsentationen nicht genügend transparent und nachvollziehbar durchgeführt. Damit besteht keine hinreichend klare Sachlage, um unter Wahrung der

rechtlichen Rahmenbedingungen das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, weshalb ein Urteil in der Sache durch das Verwaltungsgericht entsprechend dem Hauptantrag der Beschwerdeführerin (vorne Bst. C) nicht in Betracht kommt (vgl. vorne E. 11.1). Demgegenüber ist dem Eventualantrag zu entsprechen, die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheids an die Vergabestelle zurückzuweisen: Auch wenn vor der SID noch diverse weitere Punkte umstritten gewesen sind, die sie nicht geprüft hat, rechtfertigt es sich ebenfalls nicht, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, beschlägt doch der festgestellte Verfahrensmangel den Evaluationsprozess an sich, welcher mit fachlichen und sachspezifischen Wertungen (Ermessens- und Beurteilungsspielräumen) verbunden ist, die von der Vergabestelle und nicht den Beschwerdeinstanzen zu vollziehen sind (vgl. vorne E. 6.1 f.). Die Vergabestelle kommt daher nicht umhin, die Präsentationen unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben insbesondere hinsichtlich der Dokumentations- und Aktenführungspflichten zu wiederholen und gestützt darauf die Angebotsbereinigung und -bewertung (erneut) vorzunehmen (Evaluationsschritte 5 und 7 gemäss Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 9). Darauf könnte nur verzichtet werden, wenn ausgeschlossen wäre, dass sich die Präsentationen auf die Gesamtbeurteilung ausgewirkt haben könnten (vgl. BVR 2004 S. 348 E. 3.2), was nach dem Gesagten jedoch klarerweise nicht der Fall ist. Es ist der Vergabestelle freigestellt, ob sie auch die unzureichend durchgeführten Material- und Gerätetests wiederholen will (E. 7.7.2 und 8.6), die nach dem Gesagten an sich (ebenfalls) Teil der Evaluation des Unterkriteriums Z2b bilden (vgl. vorne E. 5.3 und 11.3). Verzichtet sie auf eine erneute Durchführung, bedingt dies, dass sie sich bei der Bewertung mit negativen Testergebnissen konkret auseinandersetzt und ihre Überlegungen festhält, um den Bewertungsvorgang objektiv nachvollziehbar und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 53 überprüfbar zu machen. Im Übrigen vermag eine nachträgliche Befragung des Bewertungsgremiums das Fehlen von schriftlichen Aufzeichnungen nicht zu ersetzen (vgl. auch VGer ZH VB.2021.00195 vom 27.10.2021 E. 6.2.3). Soweit die Vergabestelle vor Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Anforderung K01 (erneut) eine Zeugeneinvernahme beantragt (vgl. Stellungnahme vom 2.2.2022 Rz. 11; vorne E. 9.8), erübrigt es sich daher eine solche durchzuführen.

## **E. 11.7**

Allerdings gilt es im Hinblick auf die vorzunehmende Neubewertung in Bezug auf das von der Vergabestelle angewandte Bewertungssystem Folgendes zu beachten:

### **E. 11.7.1**

Die Vergabestelle bringt im Zusammenhang mit der Anforderung B03 vor, die Bewertung sei anhand einer Bewertungsskala von 0 bis 5 und damit nicht «binär», sondern «abgestuft nach dem Erfüllungsgrad» erfolgt. Es leuchte nicht ein, weshalb bei einer Anforderung, die drei Teilaspekte aufweise, maximal die Note 2 vergeben werden dürfe, wenn zwei von drei Aspekten erfüllt seien (Beschwerdeantwort Rz. 53; vgl. auch Beschwerdeantwort vor der SID Rz. 60, Vorakten SID [act. 4A] pag. 58). Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Die Ausschreibungsunterlagen sehen vor, dass die Angebote im Hinblick auf das Unterkriterium Z2b bei sämtlichen im Leistungsverzeichnis enthaltenen Anforderungen mit der Wichtigkeitsstufe 3 (welche die überwiegende Mehrheit ausmachen) eine Mindestbewertung von 3 erreichen müssen, ansonsten sie ausgeschlossen werden (vgl.

vorne E. 5.2). Der Wichtigkeitsstufe 3 zugeordnet ist eine Anforderung, wenn das Angebot diese absolut («absolutement») erfüllen muss, um nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden (Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 33, 113; vorne E. 5.2). Die Ausschreibungsunterlagen lassen damit keinen anderen Schluss zu, als dass bei solchen Anforderungen sämtliche der im Leistungsbeschrieb enthaltenen Erfordernisse bzw. (Teil-)Aspekte erfüllt sein müssen. Dies jedenfalls dann, wenn sich aus dem Text nicht klar etwas anderes ergibt (indem bspw. einzelne Aspekte alternativ aufgeführt sind oder als fakultativ erklärt werden). Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle sind diese (Mindest-)Anforderungen damit zumindest in einem ersten Schritt keiner Bewertung mit einer abgestuften Benotung zugänglich, sondern sind entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Sie

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 54 haben damit nicht die Funktion von Zuschlagskriterien, bei denen eine schlechtere Bewertung bei einem Kriterium durch eine bessere bei einem anderen aufgewogen werden kann (BGE 140 I 285 E. 5.1 [Pra 104/2015 Nr. 22], 139 II 489 E. 2.2.4). Vielmehr handelt es sich bei der Evaluation der Angebote mit Blick auf die Anforderungen mit der Wichtigkeitsstufe 3 bei genauerer Betrachtung um die – der Bewertung der Zuschlagskriterien vorgelagerte – Prüfung der technischen Spezifikationen (vgl. Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 9 [Evaluations-schritt 3]), die (wie die Eignungskriterien) als Ausschlusskriterien grundsätzlich zwingend erfüllt sein müssen, damit eine eingereichte Offerte für den Zuschlag in Frage kommt und zum (weiteren) Verfahren zugelassen wird (vgl. VGer AG Entscheid vom 8.6.2005, in AGVE 2005 S. 236 ff. E. 2d; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1406). Erst in einem zweiten Schritt erfolgt die Bewertung dieser Anforderungen als Zuschlagskriterien. Dabei werden die Angebote mit Blick auf eine über die Mindestanforderungen bzw. technischen Spezifikationen hinausgehende Erfüllung bewertet. Dementsprechend wird für eine Bewertung über der Mindestnote 3 verlangt, dass das jeweilige Angebot einerseits die «Mindesterwartungen erfüllt», gleichzeitig aber im Vergleich zu anderen Bietern «ein Minimum an besonderen Vorteilen» (Note 4) bzw. «viele besondere Vorteile» aufweist (Note 5; Ausschreibungsunterlagen vom 2.2.2021, Vorakten Verein EM [act. 4D] pag. 11 f.; vorne E. 5.2; vgl. auch Beschwerdeantwort Vergabestelle Rz. 44; zum Ganzen auch BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021 E. 6.4.1; Martin Beyeler, Kommentar zu BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021, in BR 2021 S. 210 f.; ferner VGE 22857/22858 vom 8.11.2007 E. 5.5; vgl. auch vorne E. 6.3).

### **E. 11.7.2**

Zwar wird es gerade mit Blick auf das Kriterium der Qualität grundsätzlich als zulässig erachtet, bestimmte verbindliche Mindestanforderungen zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu bewerten, da es sich nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten handle (vgl. BGE 140 I 285 E. 5.1 [Pra 104/2015 Nr. 22], in Bezug auf die Übererfüllung gesetzlicher Teilnahmebedingungen, 139 II 489 E. 2.2.4 in Bezug auf die Übererfüllung von Eignungskriterien; darauf verweisend BGer 2C\_698/2019 vom 24.4.2020 E. 4.1 in Bezug auf als «Eignungskriterien» ausgestaltete Anforderungen an ein Produkt; BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021 E. 6.4.2; Locher/Oechslin, a.a.O.,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 55 Art. 29 N. 16; vgl. auch Martin Beyeler, Durchschnittsqualität als Ausschluss-

grund, in BR 2019 S. 19 ff., 20 Ziff. 2a). Die Vergabestelle verfügt insofern bei der Wahl von Bewertungsmethoden über grosse Beurteilungsspielräume und ein weites Ermessen; dies gilt es in Beschwerdeverfahren zu respektieren (vgl. vorne E. 6.1). Die Bewertungsmethode darf jedoch nicht zu Ergebnissen führen, welche die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt (vorne E. 6.2). Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener und effektiver Gewichtung aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich nicht nur in Bezug auf das Preiskriterium, sondern auch bei den übrigen Zuschlagskriterien ergeben (BVGE 2018 IV/2 E. 7.4; BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021 E. 7.4; VGer SG B 2016/168 vom 26.10.2016 E. 3.2.1; zu diesem Urteil Christoph Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in BR 2017 S. 231 ff., 233 Ziff. 2c; VGer ZH VB.2006.00205 vom 30.8.2006 E. 5.2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 914; vgl. auch Daniela Lutz, a.a.O., N. 62).

### **E. 11.7.3**

Im vorliegenden Fall führt die Vermischung der Prüfung von Mindestanforderungen bzw. technischen Spezifikationen einerseits und der Bewertung von Zuschlagskriterien andererseits dazu, dass nicht die volle Notenbandbreite von 0 bis 5, sondern effektiv eine verkürzte Skala mit Noten von 3 bis 5 zur Anwendung gelangt: Alle Angebote, welche die Mindestvorgaben einhalten (und damit nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden), erhalten zumindest die Note 3 und die Noten 0 bis 2 können bei der Bewertung von vornherein gar nicht erzielt werden. Diese Problematik besteht nicht nur bei den der Wichtigkeitsstufe 3 zugeordneten Anforderungen des Unterkriteriums Z2b, sondern bei sämtlichen Qualitätskriterien (mithin auch bei den Unterkriterien Z2a, Z3a und Z3b), bei welchen ebenfalls eine Mindestnote von 3 erreicht werden muss, andernfalls das entsprechende Angebot ausgeschlossen wird (vgl. vorne E. 5.2). Die verkürzte Notenbandbreite hat zur Folge, dass sich tatsächliche Qualitätsunterschiede zwischen den Angeboten weniger stark in der Benotung niederschlagen, obschon sie unter Umständen deutlich voneinander abweichen. Davon profitiert eine Anbieterin mit einem qualitativ schlechteren Angebot, das an und für sich mit einer Note von 2 oder tiefer bewertet werden müsste, aber aufgrund der Bewertungsmethode mindestens die Note 3 erhält. Die Qualitätskriterien verlieren damit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 56 im Hinblick auf das Gesamtergebnis massgeblich an Bedeutung bzw. an Gewicht. Deutlich wird dies, wenn die effektiv möglichen (gewichteten) Notenspannweiten der Qualitätskriterien mit jener des Preiskriteriums verglichen werden: Während die Spannweite beim Preiskriterium 2 beträgt (Differenz von  $5 \times 0.4$  zu  $0 [0 \times 0.4]$ ), was der publizierten Punkteskala entspricht (vgl. vorne E. 5.2 am Schluss), macht sie bei den Unterkriterien Z2a und Z2b effektiv 0.4 (Differenz von  $5 \times 0.2$  zu  $3 \times 0.2$ ) und bei den Unterkriterien Z3a und Z3b effektiv je 0.2 (Differenz von  $5 \times 0.1$  zu  $3 \times 0.1$ ) aus. Dies führt anstelle der bekannt gegebenen Gewichtung des Preiskriteriums von 40 % zu einer effektiven Gewichtung desselben von 62.5 % ( $2 : [2+0.4+0.4+0.2+0.2]$ ), während die Qualitätskriterien nicht, wie publiziert, 60 %, sondern lediglich 37.5 % gewichten. Obschon sich die Vergabestelle mit Blick auf die hohe Komplexität und die besondere Sicherheitsrelevanz des zu vergebenden Auftrags mit guten Gründen für eine qualitätsorientierte Ausgestaltung der Zuschlagskriterien entschieden hat, führt die angewandte Bewertungsmethode somit im Ergebnis zu einer deutlichen Abschwächung der

Qualitätskriterien, indem sich Preisdifferenzen wesentlich stärker auf das Gesamtergebnis auswirken als Qualitätsunterschiede. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der (ursprünglichen) Rangierung der Vergabestelle, wobei die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten hat, obschon sie nebst dem Preis-kriterium einzig beim Unterkriterium Z2b geringfügig besser abgeschnitten hat, als die Beschwerdegegnerin, hingegen bei den übrigen drei Qualitätskriterien stets die (Mindest-)Note 3 erzielt hat, während die Beschwerdegegnerin dort deutlich besser abgeschnitten hat (vgl. vorne E. 5.5). Umgekehrt ist aber auch offen, wie sich – auch nach Wiederholung der vorerwähnten Evaluationsschritte (vgl. E. 11.6) – eine volle Ausschöpfung der Notenbandbreite bei den Qualitätskriterien auf die Bewertung der Angebote auswirken würde. Das Vorgehen der Vergabestelle führt nach dem Gesagten zu einer unzulässigen Verzerrung bzw. Umkehr der in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Gewichtungen von Preis und Qualität. Sie hat folglich ihr Ermessen widersprüchlich und damit rechts- fehlerhaft ausgeübt (vgl. BVR 2012 S. 121 E. 4.2.2; vgl. zum Ganzen auch BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021 E. 7.6, wo allerdings die Diskrepanz zwischen bekannt gegebener und effektiver Gewichtung unter anderem als Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz gewertet wurde).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 57

#### **E. 11.7.4**

Um eine unzulässige Verzerrung zu vermeiden und die in der Ausschreibung publizierte Gewichtung der Qualitätskriterien von insgesamt 60 % sowie des Preiskriteriums von 40 % effektiv zum Tragen zu bringen, müsste die Vergabestelle bei der Bewertung der Mindestanforderungen im Rahmen der Zuschlagskriterien die gesamte Bandbreite der Notenskala ausschöpfen. Erreicht werden könnte dies etwa, indem ein Angebot, das lediglich die Mindestvorgaben einhält, den Wert 0 erhält, während die restliche Bandbreite für die Bewertung der darüber hinausgehenden Qualität zur Verfügung steht. Ein Angebot, das die Mindestanforderungen nicht erfüllt, wird nicht bewertet und ist der Ausschreibung entsprechend auszuschliessen (vgl. auch Martin Beyeler, Kommentar zu BVGer B-879/2020 vom 8.3.2021, in BR 2021 S. 210 f.). Dadurch und insoweit (nicht aber hinsichtlich der effektiven prozentualen Gewichtung, um deren Wahrung es ja geht) würde die Vergabestelle zwar von der in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich verbindlich festgesetzten Notenskala abweichen (vgl. vorne E. 6.2). Nachträgliche Änderungen der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen können jedoch ausnahmsweise zulässig sein. Insbesondere ist aus den auch im Vergaberecht geltenden Überlegungen der Prozessökonomie, nämlich aufgrund des wichtigen Zeitaspekts, eine Korrektur der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen einem Abbruch des Verfahrens unter Umständen vorzuziehen (vgl. etwa BGE 141 II 353 E. 6.1 [Pra 105/2016 Nr. 31]; BVR 2008 S. 442 E. 2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 798 f.). So kann die Vergabebehörde offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler in ihrer Ausschreibung bzw. ihren Ausschreibungsunterlagen berichtigen (zum Ganzen BVR 2019 S. 201 E. 5.3 mit Hinweisen). Darüber hinaus werden auch weitere Änderungen als zulässig erachtet, sofern es sich dabei nicht um wesentliche handelt. Von einer wesentlichen Änderung ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn diese eine Ausweitung des (potentiellen) Kreises von Anbieterinnen und Anbietern erwarten lässt (vgl. Christoph Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, S. 359 ff. [nachfolgend: Änderungen], S. 368 ff. N. 24 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O.,

N. 393 ff., 804 ff.; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, N. 347 ff.; Martin Beyeler, *Ziele und Instrumente*, N. 53 f.; derselbe, *Vergaberechtliche Ent- scheidungen* 2018/2019, in *BR* 2020 S. 77 ff., 89 f., N. 131). Mit Blick auf den un- bestrittenermassen ohnehin schon eingeschränkten Markt (vgl. dazu vorne

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 58 E. 7.7.3), ist eher nicht davon auszugehen, dass sich eine Anpassung der Notenskala auf den Kreis der Anbietenden auswirken würde (oder ausge- wirkt hätte), zumal dadurch gerade bezweckt wird, der (ebenfalls) publizier- ten Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Durchbruch zu verhelfen. Da- rüber abschliessend zu befinden, ist aber nicht Sache des Verwaltungsge- richts, sondern der Vergabestelle vorbehalten, die – sofern sie nachträgliche unwesentliche Änderungen der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunter- lagen vornimmt – dies den Anbieterinnen grundsätzlich anzukündigen und diesen die Möglichkeit einzuräumen hätte, ihre Angebote anzupassen (Etienne Poltier, a.a.O., N. 349; Jäger, *Änderungen*, S. 378 N. 54). Sollte sich dennoch herausstellen, dass eine rechtmässige (Neu-) Bewertung nicht ohne wesentliche Änderung der Ausschreibung bzw. Aus- schreibungsunterlagen möglich ist, wäre zu prüfen, ob das Vergabeverfah- ren abzubrechen und zu wiederholen ist (Art. 29 Abs. 2 Bst. c ÖBV; vgl. auch Art. 13 Bst. i aIVöB).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 59

## **E. 12**

Ergebnis Die Beschwerde ist nach dem Erwogenen dahin gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen ist, damit diese die Präsentationen unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben wie namentlich der Dokumentations- und Aktenfüh- rungspflichten wiederholt und gestützt darauf die Angebotsbereinigung und -bewertung (erneut und mit besonderer Rücksicht auf das Gleichbehand- lungsgebot) vornimmt. Dabei hat sie dafür zu sorgen, dass sie klar zwischen der Prüfung von Mindestanforderungen bzw. technischen Spezifikationen und der Bewertung von Zuschlagskriterien unterscheidet und dabei die be- kannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien bei der Bewertung effektiv zum Tragen kommt. Sollte sich herausstellen, dass hierfür eine we- sentliche Änderung der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen un- umgänglich ist, hätte die Vergabestelle zu prüfen, ob das Vergabeverfahren im Licht der insoweit zu beachtenden Grundlagen und Schranken abzubre- chen und zu wiederholen ist.

## **E. 13**

Kosten

### **E. 13.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nur teilweise durch (vgl. vorne Bst. C). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist indes im Kostenpunkt von einem vollumfängli- chen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines weitergehenden An- trags ein blosser Rückweisungsentscheid gefällt wird und die infolge Rück- weisung vorzunehmende Neu Beurteilung – wie hier – noch zu einer vollstän- digen Gutheissung des Begehrens führen kann (BVR 2020 S. 455 E. 5.1, 2016 S. 222 E. 4.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 6). Demnach ist die Be- schwerdeführerin für die

Kostenverlegung als gänzlich obsiegend zu betrachten. Die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind damit an sich vollumfänglich der insoweit als unterliegend geltenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Angesichts der Mängel des Vergabeverfahrens, die der Vergabestelle zuzuschreiben sind, bestehen jedoch besondere Umstände, die es rechtfertigen, der Beschwerdegegnerin lediglich die Hälfte der Verfahrenskosten aufzuerlegen und die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 60 restlichen Kosten nicht zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 18, 20, 22). Die Beschwerdegegnerin hat zudem der Beschwerdeführerin grundsätzlich auch die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Anders als beim Verlegen von Verfahrenskosten können besondere Umstände aber einen ganzen oder teilweisen Parteikostenersatz zu Lasten des (obsiegenden) Gemeinwesens rechtfertigen (BVR 2004 S. 133 E. 3.2). Aus den genannten Gründen rechtfertigt es sich deshalb, der Vergabestelle die Hälfte der Parteikosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die als unterliegend geltende Beschwerdegegnerin hat demnach der Beschwerdeführerin die andere Hälfte ihrer Parteikosten zu ersetzen. Die Vergabestelle hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG).

### **E. 13.2**

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht, unter Beanspruchung der Zuschläge nach Art. 9 und Art. 11 Abs. 2 der Verordnung vom

### **E. 13.3**

Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sind entsprechend dem Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens neu zu verlegen und festzusetzen auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'500.--, welche die Beschwerdegegnerin zur Hälfte zu tragen hat; die restlichen Kosten werden nicht erhoben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Da die Beschwerdeführerin damals (noch) nicht anwaltlich vertreten war, sind für das Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteikosten zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). 14. Rechtsmittelbelehrung Gemäss Verfügung der Vergabestelle vom 25. Juni 2021 erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 3'232'488.20 (inkl. MWSt; Vorakten Verein EM [act. 4B] pag. 244, 369, 375). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags (laut SIMAP handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Staatsvertragsbereich) den massgeblichen Schwellenwert (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vor-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22.08.2022, Nr. 100.2021.338U, Seite 62 liegende Entscheid wohl mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden (vgl. Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom

### **E. 17**

Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]; vgl. BGer 2C\_355/2021 vom 19.10.2021 E. 1.2). Das vorliegende Urteil ist daher mit dem Hinweis auf diese beiden Rechtsmittel zu versehen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG;

vgl. zum Ganzen BVR 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.). Da Rückweisungsentscheide nach der Regelung des BGG als Zwischenentscheide gelten, sind zudem die (zusätzlichen) Voraussetzungen nach (Art. 117 i.V.m.) Art. 93 BGG zu beachten (vgl. etwa BGE 144 V 280 E. 1.2, 134 II 124 E. 1.3, je mit Hinweisen). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.