

100.2023.75U  
BUC/FLN/STA

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 12. Juli 2023**

Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Abteilungspräsidentin  
Verwaltungsrichter Bürki, Verwaltungsrichter Häberli  
Gerichtsschreiberin Flückiger

**A. \_\_\_\_\_ AG**  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführerin

gegen

**B. \_\_\_\_\_ GmbH**  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. ...  
Beschwerdegegnerin 1

**Kanton Bern**  
handelnd durch die Staatskanzlei, Postgasse 68, Postfach, 3000 Bern8  
Beschwerdegegner 2

betreffend Submission; Zuschlag für Kurierdienstleistungen und Ausschluss vom Vergabeverfahren (Verfügungen der Staatskanzlei des Kantons Bern vom 9. und 6. Februar 2023; 2015.STA.10594 bzw. 2023.STA.378)



## **Prozessgeschichte:**

### **A.**

Am 19. September 2022 schrieb die Staatskanzlei des Kantons Bern (STA), Amt für Zweisprachigkeit, Gesetzgebung und Ressourcen (AZGR), auf der Publikationsplattform SIMAP den Auftrag «Kurierdienstleistungen ‹Stadt-Kurier› und ‹Regionen-Kurier›» im offenen Verfahren aus. Innert Frist gingen sechs Offerten ein, darunter jene der A. \_\_\_\_\_ AG und der B. \_\_\_\_\_ GmbH. Mit Verfügung vom 6. Februar 2023 schloss die Staatskanzlei die A. \_\_\_\_\_ AG vom Verfahren aus; am 9. Februar 2023 erteilte sie der B. \_\_\_\_\_ GmbH den Zuschlag.

### **B.**

Gegen beide Verfügungen hat die A. \_\_\_\_\_ AG am 22. Februar 2023 in einer einzigen Rechtsschrift Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, die angefochtene Ausschlussverfügung sei aufzuheben und die A. \_\_\_\_\_ AG zum Vergabeverfahren zuzulassen. Weiter sei der Zuschlag an die B. \_\_\_\_\_ GmbH aufzuheben und der Auftrag an sie zu vergeben. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Wahrung dieser Hauptbegehren hat die Beschwerdeführerin darum ersucht, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 23. Februar 2023 hat der Abteilungspräsident i.V. der Staatskanzlei superprovisorisch den Vertragsschluss untersagt.

Die B. \_\_\_\_\_ GmbH schliesst mit Beschwerdeantwort vom 17. März 2023 auf Abweisung der Beschwerde; bereits am 14. März 2023 hat sie – wie später auch die A. \_\_\_\_\_ AG (Replik vom 31.3.2023) – um Akteneinsicht ersucht.

Die Staatskanzlei beantragt ihrerseits ebenfalls Abweisung der Beschwerde (Beschwerdeantwort vom 17.3.2023 und Eingabe vom 18.4.2023).

Nach Eingang aller Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten zu den Akteneinsichtsgesuchen (Eingaben vom 31.3.2023 und 18. bzw. 19.4.2023) hat der Instruktionsrichter der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als (ordentliche) vorsorgliche Massnahme die aufschiebende Wirkung erteilt und der A. \_\_\_\_\_ AG sowie der B. \_\_\_\_\_ GmbH teilweise Einsicht in die Verfahrensakten gewährt. Zugleich hat Erstere Gelegenheit erhalten, ihre Beschwerde bzw. Replik zu ergänzen (Verfügung vom 28.4.2023).

Hiervon hat sie mit Eingabe vom 23. Mai 2023 Gebrauch gemacht und dabei an ihren Anträgen in der Sache festgehalten. Die Staatskanzlei hat daraufhin am 12. Juni 2023 erneut Stellung genommen, während die B. \_\_\_\_\_ GmbH innert Frist keine weitere Stellungnahme eingereicht und mit Eingabe vom 28. Juni 2023 auch auf Schlussbemerkungen verzichtet hat. Die Staatskanzlei und die A. \_\_\_\_\_ AG haben sich ihrerseits nicht mehr vernehmen lassen.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Die Beschwerde richtet sich sowohl gegen die Verfügung der Staatskanzlei vom 6. Februar 2023 betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren als auch gegen die Verfügung vom 9. Februar 2023 betreffend die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin 1. 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. 6 Abs. 3 Bst. b des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöBG; BSG 731.2]; vgl. zum anwendbaren Recht hinten E. 2).

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist nicht nur durch die Ausschlussverfügung, sondern auch durch

die mitangefochtene Zuschlagsverfügung besonders berührt und hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG), besteht doch durchaus die Möglichkeit, dass sie als preisgünstigste Anbieterin den Zuschlag 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). Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Beschwerde in Submissionsstreitigkeiten von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 54 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]), der Ausschluss also rechtswirksam wird, sofern der Verfügung nicht (wie hier; vgl. prozessleitende Verfügung vom 28.4.2023; vorne Bst. B) die aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 54 Abs. 2 IVöB). So steht es der ausgeschlossenen Partei grundsätzlich zu, einen später erlassenen Zuschlag anzufechten, sofern eine reelle Chance besteht, dass sie den Zuschlag erhält. Die Beschwerde gegen den Zuschlag erfolgt diesfalls vorsorglich für den Fall, dass die Ausschlussbeschwerde gutgeheissen wird (vgl. BVR 2022 S. 565 E. 2.4.3 mit Hinweisen; BGer 2D\_24/2017 vom 14.5.2018 E. 3.2 f.; Martin Beyeler, Kommentar zu BVGer B-3015/2018 vom 12.7.2018, in BR 2019 S. 48). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 56 Abs. 1 IVöB; vgl. zur Form zudem Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.3** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 56 Abs. 3 und 4 IVöB).

## **2.**

Zunächst ist das anwendbare Recht zu klären: Die interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (aIVöB; BAG 02-092) hat im Hinblick auf die Umsetzung des auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzten revidierten Übereinkommens vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA 2012) eine Revision erfahren. Der re-

vidierten IVöB ist der Kanton Bern per 1. Februar 2022 mit einseitiger Erklärung (vgl. Art. 63 IVöB) beigetreten (Art. 2 IVöBG). Der Beitrittsbeschluss erfolgte allerdings unter dem Vorbehalt, den in Art. 52 Abs. 1 IVöB vorgesehen einstufigen Instanzenzug in Beschaffungstreitigkeiten nicht zu übernehmen, um den im Kanton Bern (auch) für das Vergabeverfahren etablierten (und bewährten) zweistufigen Instanzenzug beizubehalten (vgl. Art. 3 und 6 IVöBG betreffend Art. 52 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 2 IVöB; vgl. erste Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Frühlingssession, S. 352 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520], insb. S. 352-354, 361 f. [Voten Sprecher FiKo-Mehrheit]; sowie zweite Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Sommersession, S. 55 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520; nachfolgend: Tagblatt Sommersession 2021], insb. S. 58 f. [Votum Sprecher FiKo-Mehrheit]). Der Gesetzgeber hat weiter entschieden, dass die Vereinbarung (unter Beachtung des Vorbehalts) sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht gilt, falls der Beitritt des Kantons Bern zur IVöB aufgrund dieses Vorbehalts nicht wirksam erfolgen kann (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 IVöBG). – Das Verwaltungsgericht ist der Auffassung, dass die allgemeinen Zulässigkeits- und Gültigkeitsschranken für Vorbehalte bei interkantonalen Vereinbarungen eingehalten sind und auch der damit ohne Weiteres einhergehenden Rechtswirksamkeit der bernischen Beitrittserklärung unter Vorbehalt nichts entgegensteht: Die IVöB schliesst Vorbehalte nicht aus. Solche sind in Bezug auf interkantonale Verträge im schweizerischen System des kooperativen Föderalismus – nach den sinngemäss heranzuziehenden staats- und völkerrechtlichen Grundlagen – grundsätzlich als zulässig zu erachten, solange dadurch nicht wesentliche Ziele oder Kerngehalte des in Frage stehenden Vertrags missachtet werden. Davon kann hier nicht die Rede sein, beschlägt doch der Vorbehalt nicht etwa den vertraglichen Geschäftskern, sondern betrifft bloss einen Nebenpunkt der IVöB. Zudem hat diese in Bezug auf die Regelung des Rechtsschutzes ohnehin fragmentarischen Charakter und war insoweit nie auf umfassende Harmonisierung ausgelegt (zur Zulässigkeit eines Beitritts unter Vorbehalt vgl. Tagblatt Sommersession 2021, insb. S. 58 f. [Votum Sprecher FiKo-Mehrheit] sowie S. 62 ff. [Voten Fraktionssprecher glp, SVP, FDP und EDU]; weiterführend: Bürki/Bieri-Evangelisti, Der Kanton Bern und das Beschaffungskongordat 2019: Gedanken zu Zulässigkeit und Wirkung eines Beitritts unter Vorbehalt, in BVR 2022 S. 322 ff., insb. S. 339 ff. [zu den Zulässigkeits- und Gültigkeits-

voraussetzungen eines Vorbehalts bei interkantonalen Vereinbarungen im Allgemeinen] sowie S. 355 ff. [zum Beitritt zur IVöB unter Vorbehalt im Besonderen]). Der Vertragsbeitritt unter Vorbehalt ist daher in zulässiger und rechtswirksamer Weise erfolgt, womit die IVöB im Kanton Bern gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB *als interkantonales* Recht auf alle Vergabeverfahren *direkt anwendbar* ist, die nach dem Beitritt des Kantons Bern am 1. Februar 2022 eingeleitet wurden (zum Übergangsrecht vgl. Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 64 IVöB/Art. 62 BöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in BBI 2017 S. 1851 ff., S. 1192 [richtig S. 1992]). Auf das hier mit Ausschreibung vom 19. September 2022 eingeleitete Vergabeverfahren ist daher die revidierte IVöB anwendbar.

### 3.

Den Akten lässt sich Folgendes entnehmen:

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Beschaffung von Kurierdienstleistungen für die Steuerverwaltung. Der Kurierdienst wird dabei unterteilt in einen «Stadt-Kurier» und einen «Regionen-Kurier» mit je eigenen technischen Spezifikationen. Mit der Zuschlagsempfängerin wird ein Rahmenvertrag mit einer festen Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossen, wobei eine Verlängerungsoption von drei Jahren besteht (vgl. Ausschreibung SIMAP [nachfolgend: Ausschreibung SIMAP] Ziff. 2.1 f., 2.6 und 2.8 sowie Ausschreibungsunterlagen [nachfolgend: Ausschreibungsunterlagen] S. 4 f. Ziff. 3, je in Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 3). Die Ausschreibung auf SIMAP erfolgte am 19. September 2022 durch den Kanton Bern, handelnd durch die Staatskanzlei (AZGR, Zentrale Beschaffungsstelle Büromaterial und Print [ZBS BP]; vgl. Ausschreibung SIMAP Ziff. 1.1 sowie Ausschreibungsunterlagen S. 3 Ziff. 1.2; vorne Bst. A). Die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung lauten dabei wie folgt (vgl. Ausschreibung SIMAP Ziff. 2.10 sowie Ausschreibungsunterlagen S. 5 ff. Ziff. 3.2 ff.; Angebotsbewertung konsolidiert Version 1 [nachfolgend: Angebotsbewertung Version 1] S. 2 ff. sowie Angebots-

bewertung konsolidiert Version 2 [nachfolgend: Angebotsbewertung Version 2] S. 2 ff., je in Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 8):

ID	Zuschlagskriterien	Anteil in %	Punkte
1	<b>Angebotspreis</b> (Total ZK 3.6.1 [«Stadt-Kurier»] und ZK 3.6.2 [«Regionen-Kurier»])	60 %	6'000
2	<b>Angebot Leistungserstellung</b> (ZK 3.6.3)	20 %	2'000
	Eignungskriterien <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ressourcen (EK 3.2.1)</li> <li>- Exklusive Kurierfahrten (EK 3.2.2)</li> <li>- Compliance (EK 3.2.3)</li> <li>- Angabe von min. 3 Referenten (EK 3.2.4)</li> <li>- Abgabe eines Vertragsentwurfs (EK 3.2.5)</li> </ul> Technische Spezifikationen <ul style="list-style-type: none"> <li>- Einsatz von Kurierfahrzeugen mit einem zulässigen Gesamtgewicht bis 3.5 t (TS 3.3.1)</li> <li>- Entgegennahme/Abliefern von Fracht an definierten Standorten/Kontaktpunkten (TS 3.3.2)</li> <li>- Die Mitarbeitenden können sich jederzeit ausweisen (TS 3.3.3)</li> <li>- Die Umgangs- und Schriftsprache ist Deutsch (TS 3.3.4)</li> <li>- Vorlegen eines «Notfall-Szenarios» für Störungen (TS 3.3.5)</li> </ul>	(10 %)	(1'000)
3	<b>Nachhaltigkeit</b> (ZK 3.6.4) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Einsatz von emissionsreduzierten Fahrzeugen (%-Anteil an der Fahrzeugflotte)</li> <li>- Zertifikate/Label</li> </ul>	10 %	1'000
		10 %	1'000
4	<b>Referenzen</b> (ZK 3.6.5) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Angabe von min. 3 Referenzen vergleichbarer Kurierdienstleistungen in den letzten 3 Jahren</li> </ul>	10 %	1'000
<b>Total</b>		100 %	10'000

Für die Preisbewertung ist der Gesamtpreis massgebend; das günstigste Angebot erhält 6'000 Punkte. Offerten, die um mindestens 40 % teurer sind

als das günstigste Angebot, erhalten null Punkte. Die Punktevergabe für die übrigen Angebote erfolgt in Relation zur günstigsten Offerte (Ausschreibungsunterlagen S. 7 Ziff. 5.3). Das Erfüllen der übrigen Zuschlagskriterien wird sodann mit Noten von 0 bis 3 bewertet, wobei 3 die beste Note darstellt (vgl. Angebotsbewertung Version 1 S. 1; Angebotsbewertung Version 2 S. 1).

**3.2** Bei der Staatskanzlei gingen insgesamt sechs Angebote ein, die bei der Offertöffnung am 3. November 2022 formal geprüft wurden, wobei eine Anbieterin die Eignungskriterien nicht erfüllte (Beschreibung der Leistungserfüllung, fehlende Referenzen) und sogleich ausgeschlossen bzw. gar nicht bewertet wurde (vgl. Mail vom 7.11.2022, Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 8). Die Bewertungsergebnisse der Anbieterinnen lauteten nach der ersten Evaluation wie folgt (vgl. Angebotsbewertung Version 1 S. 5):

	<b>Be- schwerde- führerin</b>	<b>Be- schwerde- gegnerin 1</b>	<b>Anbie- terin 3</b>	<b>Anbie- terin 4</b>	<b>Anbie- terin 5</b>	<b>Anbie- terin 6</b>
<b>Angebot Lei- stungserstellung</b>	2'000.00	1'666.67	1'466.67	2'000.00	0.00	2'000.00
<b>Nachhaltigkeit</b>	1'000.00	666.67	800.00	1'000.00	0.00	866.67
<b>Referenzen</b>	1'000.00	1'000.00	666.67	1'000.00	0.00	1'000.00
<b>Preis</b>	5'913.51	6'000.00	0.00	0.00	0.00	0.00
<b>Total</b>	<b>9'913.51</b>	<b>9'333.33</b>	<b>2'933.33</b>	<b>4'000.00</b>	<b>0.00</b>	<b>3'866.67</b>

**3.3** Aufgrund von Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Selbstdeklaration betreffend Steuerschulden nahm die Staatskanzlei im Dezember 2022 vertiefte Abklärungen vor. Gestützt auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse entschied sie, die bis dahin erstplatzierte Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen (vgl. Mail vom 1.12.2022, Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 9; Angebotsbewertung Version 2 S. 1, auch zum Folgenden). Sie forderte die Beschwerdegegnerin 1 als Zweitplatzierte mit Mail vom 13. Januar 2023 auf, ihr Angebot zu bereinigen (vgl. Mail vom 13.1.2023, Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 7). Die (zweite)



Bewertung lautete alsdann wie folgt (vgl. Angebotsbewertung Version 2 S. 5):

	Be- schwerde- führerin	Be- schwerde- gegnerin 1	Anbie- terin 3	Anbie- terin 4	Anbie- terin 5	Anbie- terin 6
<b>Angebot Lei- stungserstellung</b>	0.00	1'666.67	1'466.67	2'000.00	0.00	2'000.00
<b>Nachhaltigkeit</b>	0.00	666.67	800.00	1'000.00	0.00	866.67
<b>Referenzen</b>	0.00	1'000.00	666.67	1'000.00	0.00	1'000.00
<b>Preis</b>	0.00	6'000.00	0.00	0.00	0.00	2'292.91
<b>Total</b>	0.00	<b>9'333.33</b>	<b>2'933.33</b>	<b>4'000.00</b>	<b>0.00</b>	<b>6'159.57</b>

**3.4** Mit Verfügung vom 6. Februar 2023 schloss die Staatskanzlei die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf Art. 44 Abs. 1 Bst. g und h IVöB vom Vergabeverfahren aus. Dies zusammengefasst mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe gemäss Auskunft der Steuerverwaltung wiederholt und grob ihre Mitwirkungspflicht im Steuerveranlagungsverfahren verletzt und verhindert, dass eine Veranlagung vorgenommen und Steuern hätten fällig werden können. Sie habe durch ihr Verhalten «zu erkennen gegeben, dass sie keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin» sei (Ausschlussverfügung vom 6.2.2023 [nachfolgend: Ausschlussverfügung] Ziff. 4 f., Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 9). Am 9. Februar 2023 publizierte die Staatskanzlei auf SIMAP den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 1 zu einem Gesamtpreis von Fr. 524'400.-- (Zuschlagsverfügung vom 9.2.2023, Vorakten STA [act. 4A] Ziff. 11; vgl. auch hinten E. 5.2).

#### **4.**

Zu beurteilen ist zunächst, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgt ist.

**4.1** Der Ausschluss vom Vergabeverfahren hat mit dem Inkrafttreten der revidierten IVöB in Art. 44 IVöB eine ausdrückliche Regelung erfahren,

während zuvor entsprechende Bestimmungen dem kantonalen Recht zu entnehmen waren (vgl. Art. 24 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBV; BAG 11-125; in Kraft bis 31.1.2022]; vgl. auch § 27 der Mustervorlage für Vergaberichtlinien vom 2. Mai 2002 zur aIVöB [VRöB]; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 433). Obgleich Art. 44 IVöB als Kann-Vorschrift formuliert ist, sind die Vergabebehörden grundsätzlich verpflichtet, Anbietende bei Vorliegen eines der genannten Tatbestände vom Vergabeverfahren auszuschliessen (Laura Locher, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 44 N. 6; vgl. zum mit dem neuen Recht soweit hier interessierend übereinstimmenden alten Recht Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435). Während dabei für einen Ausschluss gemäss Art. 44 Abs. 1 IVöB sichere Kenntnis über den betreffenden Sachverhalt bestehen muss, genügen hinsichtlich der in Abs. 2 umschriebenen Tatbestände hinreichende Anhaltspunkte (vgl. Laura Locher, a.a.O., Art. 44 N. 10 und 36; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 871 ff. [nachfolgend: Öffentliches Beschaffungsrecht], Rz. 228 f.). Rechnung zu tragen ist allerdings in jedem Fall dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) sowie dem Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Ein Ausschlussgrund muss demnach eine gewisse Schwere aufweisen (Laura Locher, a.a.O., Art. 44 N. 6; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, Rz. 231; zur Wesentlichkeit bei Formfehlern im Besonderen vgl. Dominik Kuonen, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 34 N. 15 ff.; zum alten Recht 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 2021/338 vom 31.8.2021 [betreffend «Muss-Kriterien»] E. 6.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444).

**4.2** Die Staatskanzlei erachtet den Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB als gerechtfertigt, weil die Beschwerdeführerin seit 2018 keine Steuern mehr bezahlt und 2019 bis 2021 keine Steuererklärungen eingereicht habe (Ausschlussverfügung Ziff. 5). Zwar habe sie unbestrittenermassen alle rechtskräftig veranlagten und fällig gewordenen Steuern entrichtet,

womit Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB seinem Wortlaut nach nicht erfüllt sei. Die Bestimmung nach Sinn und Zweck ausgelegt ergebe aber, dass der Ausschlussgrund trotzdem gegeben sei, habe die Beschwerdeführerin durch das Nichteinreichen der Steuererklärungen doch faktisch bewirkt, dass sie seit mehreren Jahren keine Steuern bezahle (Beschwerdeantwort STA Ziff. 5.2). – Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe sämtliche tatsächlich fälligen Steuerforderungen beglichen (Beschwerde Ziff. III/3a). In den Jahren 2019 bis 2021 habe sie wegen eines hängigen Rechtsmittelverfahrens keine Steuererklärungen eingereicht, weil sie (vielleicht irrtümlich) befürchtet habe, diese ansonsten zu präjudizieren und nachträglich nicht mehr korrigieren zu können. Sie sei für diese Steuerjahre allerdings bislang auch nicht nach Ermessen veranlagt worden. Zum Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit habe sie überdies für die ausstehenden Steuerforderungen Akontobeträge in der Höhe von gesamthaft Fr. 87'931.50 überwiesen (Beschwerde Ziff. III/2a f.; Replik Ziff. III/3b; Beschwerdebeilagen [BB] 5 und 6).

**4.2.1** Gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB schliessen Vergabebehörden Anbietende vom Vergabeverfahren aus, wenn festgestellt wird, dass diese (bzw. ihre Organe, beigezogene Drittpersonen oder deren Organe) fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlen (vgl. auch Art. VIII Ziff. 4 Bst. f GPA 2012). Dieser Ausschlussgrund stimmt im Wesentlichen mit dem alten Recht überein (vgl. zum bisherigen Recht Art. 24 Abs. 1 Bst. e ÖBV [BAG 11-125; in Kraft bis 31.1.2022]; für Vergaben des Bundes vgl. Art. 11 Bst. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB; AS 1996 S. 512; in Kraft bis 31.12.2020]). Einziger Unterschied bildet, dass die IVöB, ebenso wie die Parallelbestimmung des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1), nunmehr auf das Nichtbezahlen «fälliger» Steuern und Sozialabgaben abstellt. Dabei kennt das Steuerrecht (wie auch das Sozialversicherungsrecht; vgl. etwa Art. 41<sup>bis</sup> der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]; Ueli Kieser, Kommentar zum ATSG, 4. Aufl. 2020, Art. 26 N. 29) – vorab mit Blick auf entsprechende Verzugs(zins)folgen – spezifische Fälligkeitstermine. Es werden auch die (im Kanton Bern in drei Raten) provisorisch erhobenen periodischen Steuern sowie die definitiven Veranlagungen bzw. Schlussrechnungen unbesehen von einer möglichen Anfechtung fällig (vgl.

Art. 231 f. des Steuergesetzes vom 21. Mai 2000 [StG; BSG 661.11]; Art. 161 f. des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11]; VGE 2013/121/122 vom 2.9.2014 E. 3.3). Trotzdem ist nicht davon auszugehen – und wird denn auch weder von der Staatskanzlei noch von der Beschwerdegegnerin 1 behauptet –, dass Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB an diesen speziellen steuerrechtlichen Fälligkeitsbegriff für provisorisch erhobene Ratenzahlungen oder angefochtene Steuerveranlagungen anknüpft. Der fragliche Ausschlussgrund soll sicherstellen, dass Aufträge nur an Anbietende vergeben werden, die ihren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 486). Eine derartige Verpflichtung besteht aber erst dann, wenn darüber rechtsbeständig bzw. rechtskräftig entschieden ist. Allein das Nichtbezahlen provisorisch oder definitiv veranlagter, jedoch mit einem Rechtsmittel angefochtener Steuern stellt gerade keine eigentliche steuerrechtliche Pflichtverletzung dar, sondern hat einzig zur Folge, dass nach rechtskräftiger Feststellung der Steuerschuld allfällige Verzugszinsen rückwirkend auf den Fälligkeitstermin (bzw. den Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist) berechnet werden (vgl. Art. 237 Abs. 1 StG; Art. 164 Abs. 1 DBG). Im Vergaberecht ist daher für einen Ausschluss wegen Nichtbezahlens von Steuern – nicht zuletzt mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz – die rechtskräftige Feststellung der Steuerforderung durch definitive und unangefochtene Veranlagungsverfügung oder durch einen diesbezüglichen, in Rechtskraft erwachsenen Entscheid vorausgesetzt. Gegenteiliges lässt sich auch den Materialien nicht entnehmen (vgl. etwa Vortrag der Finanzdirektion vom 18.11.2020 zum IVöBG, S. 9; Musterbotschaft vom 16.1.2020 zur Totalrevision der IVöB [nachfolgend: Musterbotschaft] S. 85, abrufbar unter <<https://www.bpuk.ch>>, Rubriken «Konkordate/IVöB/IVöB 2019» mit Hinweis auf § 27 VRöB, in dem indes das Fälligkeitserfordernis noch nicht genannt wird; ferner Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 24.11.2000, LGVE 2000 II Nr. 11 E. 3a ff., wonach ein hängiges Nach- und Strafsteuerverfahren keinen hinreichenden Ausschlussgrund darstellt).

**4.2.2** Vor diesem Hintergrund räumt selbst die Staatskanzlei ein, der Tatbestand von Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB sei allein nach dessen «Wortlaut» ausgelegt nicht erfüllt (vgl. auch die Bescheinigung der Steuerverwaltung vom 6.10.2022, wonach keine Steuerausstände auf «rechtskräftig veran-

lagte» Kantons- und Gemeindesteuern bzw. direkte Bundessteuern hängig seien, BB 7 S. 10). Entgegen der Vergabebehörde ist indessen der Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB auch nach seinem Sinn und Zweck nicht als erfüllt zu erachten. Im Gegenteil: Wie in E. 4.2.1 hiavor dargelegt, ist die Bestimmung aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und der in Bezug auf Abs. 1 generell geltenden Voraussetzung der sicheren Kenntnis (vgl. vorne E. 4.1) dahin auszulegen, dass nur das Nichtbezahlen rechtskräftig festgestellter Steuerforderungen zu einem Ausschluss führt. Dabei kann die Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Staatskanzlei nicht beliebig verhindern, dass Steuerforderungen in Rechtskraft erwachsen und in diesem Sinn fällig werden, zumal der Steuerverwaltung bei Nichteinreichen der Steuererklärung der Weg der Ermessensveranlagung offensteht (vgl. Art. 174 Abs. 2 StG; Art. 130 Abs. 2 DBG). Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass Ermessensveranlagungen hier bislang offenbar aus «rein praktischen Gründen» noch nicht erfolgt sind (Beschwerdeantwort STA Ziff. III/5.2). Zusammenfassend liegt damit im zu beurteilenden Fall der Ausschlussgrund von Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB nicht vor. Entsprechend ist der Beschwerdeführerin – wie die Staatskanzlei zu recht nicht geltend macht – auch keine Verletzung der Deklarationspflicht vorzuwerfen (vgl. Art. 26 Abs. 2 IVöB sowie Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 3 IVöBV).

**4.3** Die Vergabebehörde bringt weiter vor, die Beschwerdeführerin habe durch das Nichteinreichen der Steuererklärungen zu erkennen gegeben, «keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin» zu sein, womit der Ausschluss auch gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB gerechtfertigt sei. Das Fehlverhalten sei umso gewichtiger, als die Beschwerdeführerin – würde ihr der Zuschlag erteilt – künftig Aufträge für die Steuerverwaltung ausführen müsste (Ausschlussverfügung Ziff. 5). Sie habe gezeigt, dass sie im Streitfall bereit sei, «gegen geltendes Recht zu verstossen, um ihre Interessen durchzusetzen»; ein regelkonformes Verhalten sei daher auch in einem künftigen Vertragsverhältnis nicht garantiert. Zudem werde die Zuschlagsempfängerin sensible Dokumente mit vertraulichen Daten transportieren müssen, sodass die Steuerverwaltung auf eine «absolut zuverlässige Vertragspartnerin angewiesen» und ein entsprechendes Vertrauensverhältnis zwingend erforderlich sei (Beschwerdeantwort STA Ziff. III/5.3). – Die Beschwerdeführerin macht geltend, das noch hängige steuerrechtliche Be-

schwerdeverfahren stehe in keinem Zusammenhang mit dem Erbringen von Kurierdienstleistungen; ihr werde zu Recht nicht vorgeworfen, frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt zu haben und sie sei weder zahlungsunwillig noch -unfähig. Der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren müsse eine gewisse Schwere aufweisen und dürfe nicht den Charakter einer Erziehungs- oder Strafmassnahme annehmen. Die vorgebrachten Umstände seien nicht geeignet, Zweifel an ihrer Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit zu begründen. Die von der Vergabebehörde angeführten Tatsachen seien sachfremd und vermöchten einen Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht zu rechtfertigen (Beschwerde Ziff. III/3c; Replik Ziff. III/3c).

**4.3.1** Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB sind Anbietende von einem Vergabeverfahren auszuschliessen, wenn sie (bzw. ihre Organe, beigezogene Drittpersonen oder deren Organe) frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt haben oder in anderer Weise haben erkennen lassen, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartei zu sein (vgl. auch Art. VIII Ziff. 4 Bst. c und e GPA 2012; zum Ausschluss wegen fehlender Gewähr «für eine richtige Vertragserfüllung» unter bisherigem Recht vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. I ÖBV [BAG 11-125; in Kraft bis 31.1.2022]; vgl. ausserdem § 27 Bst. g VRöB). Mit dem genannten Ausschlussgrund erhalten die Vergabebehörden im Interesse eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs die Möglichkeit, bei früheren Vergaben gemachte negative Erfahrungen mit Anbietenden zu berücksichtigen; sie sollen nicht gezwungen sein, mit einem Unternehmen zusammenzuarbeiten, das sich als unzuverlässig und nicht vertrauenswürdig erwiesen hat und somit die erforderlichen Grundvoraussetzungen nicht erfüllt (vgl. Musterbotschaft S. 85; Laura Locher, a.a.O., Art. 44 N. 31; zum insoweit mit der revidierten IVöB übereinstimmenden alten Recht vgl. BVR 2018 S. 206 E. 3.5; Martin Beyeler, Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen beruflichen Fehlverhaltens, in BVR 2018 S. 217 ff. [nachfolgend: Ausschluss], S. 221 ff.). Bei Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB – bzw. insbesondere bei dem in dessen zweiten Teilsatz genannten Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit bzw. Vertrauensunwürdigkeit – handelt es sich um einen Auffangtatbestand (im neuen Recht eine eigene Regelung erfahren hat der Ausschluss wegen strafbaren Verhaltens [Art. 44 Abs. 1 Bst. c IVöB] sowie jener wegen beruflichen Fehlverhaltens [Art. 44 Abs. 2 Bst. d IVöB]). Er räumt der Vergabebehörde einen weiten Beurteilungsspielraum ein; ihr obliegt es, die in der

Bestimmung enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe sachgerecht zu konkretisieren (vgl. Diebold/Keller/Kreis/Tanner, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in BR 2020 S. 315 ff., Rz. 36 und 40; Christoph Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 325 ff., Rz. 46). Den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des Verbots des überspitzten Formalismus (vgl. vorne E. 4.1) sowie den in den Zweckartikeln definierten submissionsrechtlichen Zielen und Grundsätzen kommt dabei eine wichtige Lenkungs- und Begrenzungsfunktion zu (vgl. Art. 2 und Art. 11 IVöB; BVR 2018 S. 206 E. 3.1 und 3.4; BGE 143 II 425 E. 4.4.2; Diebold/Keller/Kreis/Tanner, a.a.O., Rz. 36 und 40 ff.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, Rz. 97). So müssen die den Anbietenden zur Last gelegten Umstände objektiv und schwerwiegend sein, um einen Ausschluss zu rechtfertigen (vgl. Musterbotschaft S. 85; Laura Locher, a.a.O., Art. 44 N. 31 f.; Martin Beyeler, Ausschluss, S. 218 f.). Entscheidend ist, ob aus einem bisherigen (Fehl-)Verhalten der betreffenden Anbieterin eine konkrete und ernsthafte Gefahr für das in Frage stehende Auftragsverhältnis abzuleiten ist, etwa weil aufgrund der Umstände zu erwarten (und befürchten) ist, dass die Anbieterin ihr Fehlverhalten in gleicher oder ähnlicher Art erneut an den Tag legt, oder dass die blossе Tatsache der Zusammenarbeit die Reputation der Vergabebehörde erheblich gefährdet (vgl. Martin Beyeler, Ausschluss, S. 222 f.; Diebold/Keller/Kreis/Tanner, a.a.O., Rz. 36).

**4.3.2** Die Beschwerdeführerin steht nicht im Verdacht, frühere (öffentliche) Aufträge mangelhaft erfüllt oder sich in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit in der Vergangenheit nicht vertragskonform bzw. treuwidrig verhalten zu haben (anders als in dem von der Staatskanzlei zitierten Urteil BVR 2018 S. 206). Zu beurteilen ist vielmehr, ob mit der Staatskanzlei geschlossen werden kann, aufgrund der unbestrittenen Verletzung steuerrechtlicher Mitwirkungspflichten in Veranlagungsverfahren sei ein dem Gebot von Treu und Glauben entsprechendes, «regelkonformes Verhalten» der Beschwerdeführerin «auch in einem künftigen Vertragsverhältnis nicht garantiert» (vgl. Beschwerdeantwort STA Ziff. III/5.3). Dabei ist zweifelhaft, ob – anders als die Staatskanzlei anzunehmen scheint – Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB soweit hier interessierend nicht zumindest in minimaler Weise einen Bezug zwischen



der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten und der beruflichen Tätigkeit voraussetzt, zumal der Gesetzgeber mit Art. 44 Abs. 1 Bst. c und g IVöB gewisse Rahmenbedingungen zur vergaberechtlichen Berücksichtigung (rein) öffentlich-rechtlicher Pflichtverletzungen selber festgelegt hat. So oder anders wiegt indessen das der Beschwerdeführerin angelastete Fehlverhalten nicht derart schwer, dass es einen Ausschluss rechtfertigen würde: Zwar mag die Befürchtung nachvollziehbar erscheinen, dass hier die vergaberechtliche Zusammenarbeit bei einer Verletzung der Mitwirkungspflichten sowie aufgrund des noch hängigen Rechtsmittelverfahrens negativ vorbelastet sein könnte. Von einer Behörde wie der kantonalen Steuerverwaltung ist indes ohne Weiteres zu erwarten, dass sie offensichtlich unterschiedlich gelagerte Angelegenheiten nicht vermengt (kritisch zu einem Ausschluss allein gestützt auf den Vorwurf eines fehlenden Vertrauensverhältnisses auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 504). Dies umso mehr, als in die unmittelbare Ausführung des hier strittigen Auftrags Personen involviert wären, die von der steuerrechtlichen Streitigkeit der Vertragsparteien gar keine Kenntnis hätten (vgl. Replik Ziff. III/3c). Es ist nicht Sinn und Zweck von Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB, Anbietende aufgrund von Verhaltensweisen in anderen Belangen beschaffungsrechtlich zu massregeln oder überhaupt zu bestrafen. Der Ausschluss dient vielmehr der Umsetzung eines fairen, transparenten und wirtschaftlichen Vergabeverfahrens sowie der Sicherung des Wettbewerbs (vgl. Martin Beyeler, Ausschluss, S. 222 f.; Diebold/Keller/Kreis/Tanner, a.a.O., Rz. 14 f., 36). Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist gegebenenfalls steuerrechtlich zu ahnden. Mit Blick auf das Submissionsverfahren lassen die Umstände jedoch nicht darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin ein Fehlverhalten im zu vergebenden Auftrag an den Tag legen würde bzw. ein Reputationsrisiko für die Staatskanzlei oder die Steuerverwaltung bestünde (vgl. E. 4.3.1 hiervor, auch zum Folgenden). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern das Verhalten der Beschwerdeführerin gegenüber der Steuerverwaltung ein konkretes und ernsthaftes Risiko für die Ausführung des fraglichen Auftrags darstellen könnte. Daran vermag entgegen der Auffassung der Staatskanzlei (vgl. Beschwerdeantwort STA Ziff. III/5.3) der Umstand nichts zu ändern, dass das Nichteinreichen der Steuererklärung trotz Mahnung mit Busse bedroht ist (vgl. Art. 216 Abs. 1 Bst. a StG; Art. 174 Abs. 1 Bst. a DBG), zumal Übertretungen für einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. c IVöB von vornherein nicht genügen.



Die Staatskanzlei hat damit ihren Spielraum bei der Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit bzw. Verlässlichkeit der Beschwerdeführerin rechtsfehlerhaft gehandhabt.

**4.4** Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführerin entgegen der Vergabebehörde nicht vorzuwerfen, fällige Steuerforderungen nicht bezahlt zu haben (Art. 44 Abs. 1 Bst. g IVöB; vgl. vorne E. 4.2). Ebenso wenig ist ihr zur Last zu legen, sie hätte frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder in anderer Weise zu erkennen gegeben, keine mit Blick auf den streitbetreffenden Vergabegegenstand verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein (Art. 44 Abs. 1 Bst. h IVöB; vgl. E. 4.3 hiervor). Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist demnach zu Unrecht erfolgt. Die dagegen erhobene Beschwerde ist gutzuheissen und die Ausschlussverfügung vom 6. Februar 2023 aufzuheben.

## **5.**

**5.1** Die Staatskanzlei hat das Angebot der (später ausgeschlossenen) Beschwerdeführerin gemeinsam mit den übrigen Offerten hinsichtlich sämtlicher in den Ausschreibungsunterlagen definierter Zuschlagskriterien (vgl. vorne E. 3.1) evaluiert und bewertet und einen entsprechenden Evaluationsbericht erstellt (vgl. vorne E. 3.2). Erst nach abgeschlossener Evaluation ergaben sich bei der Vergabebehörde Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Beschwerdeführerin, worauf sie vertiefte Abklärungen zu deren steuerlicher Selbstdeklaration vornahm; gleichzeitig forderte sie die Beschwerdegegnerin 1 zur Angebotsbereinigung auf (vgl. vorne E. 3.3). Es ist nicht ersichtlich und wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht, dass die im vorliegenden Fall berücksichtigten quantitativen und qualitativen Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung gegen Recht verstossen würden oder den Parteien nicht im Voraus offengelegt und kommuniziert worden wären. Ebenso wenig liegen Hinweise vor, die Gewichtung und Evaluation der Zuschlagskriterien sei rechtsfehlerhaft erfolgt oder es wäre zwischenzeitlich (insb. aufgrund des vorliegenden Verfahrens) eine Veränderung der Umstände eingetreten, die eine Neuurteilung erforderlich machen würde. Im Gegenteil hat die Staatskanzlei eingeräumt, «das Angebot der Beschwerde-

führerin trotz ihres separat verfügten Ausschlusses evaluiert bzw. bewertet und bepunktet sowie rangiert» zu haben. Weiter hat sie festgehalten, dass sie – sollte das Verwaltungsgericht aufgrund seiner Beurteilung des Ausschlusses beabsichtigen, selber über den Zuschlag zu verfügen – «dagegen keine Einwände» habe und auf den mit Beschwerdeantwort vom 17. März 2023 gestellten Eventualantrag betreffend Rückweisung zur Neubeurteilung verzichte (vgl. Eingabe Staatskanzlei vom 18.4.2023 Ziff. 2). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich aus Gründen der Prozessökonomie und Verfahrensbeschleunigung, dass das Verwaltungsgericht dem Antrag der Beschwerdeführerin entsprechend über den (spruchreifen) Zuschlag befindet (vgl. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 84 N. 6 ff.).

**5.2** Gemäss der ursprünglichen Bewertung durch die Vergabebehörde erreichte die Beschwerdeführerin gesamthaft 9'913.51 Punkte und war damit grundsätzlich erstplatzierte Anbieterin, obwohl sie mit einem Angebotspreis von Fr. 7'413.-- pro Monat bzw. Fr. 444'780.-- für die gesamte Vertragslaufzeit von fünf Jahren nicht die preisgünstigste Offerte eingereicht hatte (je exkl. MWSt; vgl. Angebotsbewertung Version 1 S. 5 und 7; vorne E. 3.2, auch zum Folgenden). Die Beschwerdegegnerin 1 wurde demgegenüber mit dem zunächst (knapp) preisgünstigsten Angebot (Fr. 7'370.50 pro Monat exkl. MWSt) zwar in Bezug auf das Zuschlagskriterium «Angebotspreis» mit der Maximalzahl von 6'000 Punkten bewertet, erreichte indessen aufgrund der übrigen Zuschlagskriterien mit 9'333.33 Punkten lediglich den zweiten Platz (vgl. Angebotsbewertung Version 1 S. 5 und 7). Im Rahmen der folgenden Bereinigung erhöhte die Beschwerdegegnerin 1 ihren Angebotspreis auf Fr. 8'740.-- monatlich bzw. Fr. 524'400.-- für die gesamte Vertragsdauer (je inkl. MWSt; vgl. Angebotsbewertung Version 2 S. 7; SIMAP-Publikation Zuschlag vom 9.2.2023). Infolge des Ausschlusses der Beschwerdeführerin blieb ihre Punktzahl freilich trotz des höheren Angebotspreises in der zweiten Evaluation unverändert (vgl. Angebotsbewertung Version 2 S. 5; vorne E. 3.3). Da indessen dieser Ausschluss wie dargelegt (vgl. vorne E. 4) zu Unrecht erfolgt ist, ist die Beschwerdeführerin nunmehr als preisgünstigste Anbieterin zu qualifizieren, womit sie neu gesamthaft gar 10'000 Punkte erreicht, während sich die Punktzahl der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber der ersten Evaluation weiter reduziert. Die Beschwerdeführerin ist damit un-

ter Berücksichtigung sämtlicher quantitativer und qualitativer Zuschlagskriterien klar erstplatzierte Anbieterin und es ist ihr der Zuschlag zu erteilen. Daran vermögen die von der Beschwerdegegnerin 1 pauschal geäusserten Bedenken, die Beschwerdeführerin sei unter Umständen gar nicht in der Lage, den Auftrag gemäss ihrer Offerte durchzuführen bzw. die Elektrofahrzeuge der Beschwerdeführerin seien für die Ausführung der Kurierfahrten möglicherweise gar nicht geeignet (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin 1 vom 19.4.2023 Ziff. II/2 Rz. 8), nichts zu ändern: Es gibt keinerlei Anhaltspunkte für Unzulänglichkeiten des Angebots der Beschwerdeführerin und die Vergabebehörde äussert keine solchen Vorbehalte.

## 6.

Zusammenfassend ist zu Unrecht der Ausschluss der Beschwerdeführerin erfolgt (vgl. vorne E. 4) und die Beschwerdegegnerin 1 am besten bewertet worden (vgl. E. 5 hiervor). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, sowohl die Ausschlussverfügung vom 6. Februar 2023 als auch die Zuschlagsverfügung vom 9. Februar 2023 sind aufzuheben und der Beschwerdeführerin ist als erstplatzierten Anbieterin der Zuschlag zu erteilen.

## 7.

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin vollständig, auch in Bezug auf die Gewährung von aufschiebender Wirkung, wobei die Beurteilung der Akteneinsichtsgesuche (vorne Bst. B) keine Kostenausscheidung rechtfertigt. Mithin werden die Beschwerdegegnerinnen kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG), wobei der Beschwerdegegnerin 2 als kantonale Behörde keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG). Somit hat die Beschwerdegegnerin 1 die Hälfte der Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen, während die andere Hälfte gemäss Art. 108 Abs. 2a VRPG (in Kraft seit 1.4.2023) nicht zu erheben ist (vgl. VGE 2023/92 vom 1.6.2023 E. 5.2; Michel Daum, Teilrevision 2023 des VRPG, in BVR 2023 S. 286 ff., 297).

**7.2** Weiter hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der ihr im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Diese sind den beiden Beschwerdegegnerinnen je hälftig aufzuerlegen und nach den Kriterien von Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) festzulegen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 PKV beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 23. Juni 2023, in der dieser für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 8'779.20 und Auslagen von Fr. 263.35 geltend macht, erweist sich als (noch gerade) angemessen, zumal die Beschwerdeführerin sowohl gegen den Ausschluss als auch gegen den Zuschlag Beschwerde geführt und mehrere Eingaben verfasst hat (einschliesslich zweier Gesuche; vgl. vorne Bst. B). Da die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <[www.uid.admin.ch](http://www.uid.admin.ch)>), ist bei der Festlegung ihres Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6).

## **8.**

Im Beschaffungsrecht ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB erreicht (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Hier ist der Zuschlag zum Preis von Fr. 524'400.-- erfolgt (SIMAP-Publikation Zuschlag vom 9.2.2023) und die Beschwerdeführerin hat ihrerseits zu einem Preis von insgesamt Fr. 444'780.-- offeriert (vgl. Angebotsbewertung V1 S. 7; vorne E. 3.2 und 5.2). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags – laut SIMAP ein Dienstleistungsauftrag (vgl. SI-

MAP-Publikation vom 19.9.2022) – den massgebenden Schwellenwert in der Höhe von Fr. 150'000.--. Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden. 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 2022 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Ausschlussverfügung vom 6. Februar 2023 sowie die Zuschlagsverfügung vom 9. Februar 2023 werden aufgehoben.
2. Der Zuschlag für die Vergabe «Kurierdienstleistungen ‹Stadt-Kurier› und ‹Regionen-Kurier›» wird der Beschwerdeführerin zum Preis von Fr. 444'780.-- (exkl. MWSt) erteilt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 7'000.--, werden der Beschwerdegegnerin 1 zur Hälfte, ausmachend Fr. 3'500.--, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
4. Die Staatskanzlei und die Beschwerdegegnerin 1 haben der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 9'042.60 (inkl. Auslagen), je hälftig, ausmachend je Fr. 4'521.30, zu ersetzen.
5. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführerin
  - Beschwerdegegnerin 1
  - Staatskanzlei des Kantons Bern

- Wettbewerbskommission

und mitzuteilen:

- Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB)

Die Abteilungspräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) oder, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.