

Münstergasse 2
3011 Bern
Telefon 031 633 76 78
Telefax 031 633 76 25

32.08-14.67 SAB

Beschwerdeentscheid vom 14. April 2015

[REDACTED]
Beschwerdeführerin

gegen



[REDACTED]
Zuschlagsverfügung betreffend Beschaffung einer Softwarelösung für das elekt-
ronische Anwalts- und Notariatsregister

Beschwerde gegen die Verfügung des [REDACTED]
vom 20. November 2014

Sachverhalt

A.

Mit Verfügung des [REDACTED] vom 20. No-
vember 2014 erhielt die [REDACTED] – unter Vorbehalt der Erteilung der Ausga-
benbewilligung durch das finanzkompetente Organ des Kantons Bern – den Zu-
schlag für die Lieferung, Anpassung, Implementation sowie für die Wartung und
den Support einer Softwarelösung für ein elektronisches Anwalts- und Notariats-
register des Kantons Bern zu einem Gesamtpreis für die Dauer von fünf Jahren
(2015–2019) von Fr. 149'360.– (exkl. Mehrwertsteuer).

Der Rechtsmittelbelehrung folgend erhebt die [REDACTED] gegen diese Verfügung am 1. Dezember 2014 Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) mit folgendem Rechtsbegehren:

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.
2. Verfahrensanträge:
 - 2.1 Für den Fall, dass die Beschwerdeinstanz der Beschwerde nicht schon von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilt, wird Folgendes beantragt: Der Beschwerde sei zunächst superprovisorisch und danach definitiv aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei der Abschluss eines Vertrages mit der [REDACTED] zu untersagen.
 - 2.3 (*recte*: 2.2) Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Akten zu gewähren, falls die Vergabestelle sich im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens in ihrer Begründung auf andere Akten stützt als die Zuschlagsverfügung.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

B.

Am 4. Dezember 2014 erteilte das instruierende Rechtsamt der JGK (RA JGK) der Beschwerde im Sinne eines Superprovisoriums vorläufig die aufschiebende Wirkung. Die gleichzeitig angefragte [REDACTED] verzichtete darauf, sich als Partei am Beschwerdeverfahren zu beteiligen.

Das ABA beantragte mit Stellungnahme vom 12. Dezember 2014, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, und es sei darüber ohne weiteren Schriftenwechsel zu entscheiden.

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2014 erteilte das RA JGK der Beschwerde vom 1. Dezember 2014 definitiv die aufschiebende Wirkung. Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft.

Mit Beschwerdevernehmlassung vom 20. Januar 2015 stellt das ABA in materiel-ler Hinsicht das Rechtsbegehren, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

In ihrer Replik vom 20. Februar 2015 stellt die Beschwerdeführerin folgendes abgeändertes Rechtsbegehren:

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.
2. Der Zuschlag für die Beschaffung einer Softwarelösung elektronisches Anwalts- und Notariatsregister sei der Beschwerdeführerin zu erteilen zu einem Preis von Fr. 151'782.35.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Das ABA replizierte mit Eingabe vom 20. März 2015.

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zieht in Erwägung:

1.

Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen. Als Verfügungsadressatin ist sie durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung und ist somit grundsätzlich zur Beschwerde befugt (Art. 65 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]).

2.

2.1 Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG beurteilt die in der Sache zuständige Direktion Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. a VRPG von ihr untergeordneten Verwaltungseinheiten (Ämtern, Abteilungen, Dienststellen), sofern nicht die Gesetzgebung ein Rechtsmittel unmittelbar an eine andere Rechtsmittelinstanz vorsieht. Die Beurteilung der Beschwerde fällt daher grundsätzlich in die Zuständigkeit der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion.

2.2 Auf Beschaffungen des Kantons findet das Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) Anwendung. Die Rechtspflegebestimmungen dieses Gesetzes lauten, soweit vorliegend von Interesse, wie folgt:

Art. 11 [*Randtitel*: Anfechtbare Verfügungen]

¹ Unabhängig von den Schwellenwerten gelten als anfechtbare Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers

- a der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren,
- b die Aufnahme von Anbieterinnen oder Anbietern in ständige Listen oder die Streichung aus solchen Listen,
- c der Entscheid, einen Auftrag nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a freihändig zu vergeben.

² Folgende Verfügungen sind nur anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht werden:

- a die Ausschreibung des Auftrags,
- b der Zuschlag,
- c der Abbruch des Verfahrens,
- d die Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer im selektiven Verfahren,
- e der Ausschluss vom Vergabeverfahren,
- f der Widerruf des Zuschlags.

Art. 12 [*Randtitel*: Rechtsmittel bei kantonalen Aufträgen]

¹ Gegen Verfügungen kantonalen Auftraggeberinnen oder Auftraggeber nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a und der von ihnen mehrheitlich beherrschten oder konzessionierten Auftraggeberinnen oder Auftraggeber nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c sowie von Privaten nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d

kann bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde erhoben werden.

² Verfügungen und Beschwerdeentscheide der Direktion sind mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbar.

³ Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens sind nicht anfechtbar.

2.3 Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2014 zur Frage der aufschiebenden Wirkung geltend gemacht, die Beschwerde sei deswegen aussichtslos, weil auf sie gar nicht eingetreten werden könne. Die Verfügung vom 20. November 2014 sei in Anwendung von Art. 11 Abs. 2 ÖBG nicht anfechtbar, weil der Schwellenwert des Einladungsverfahrens nicht erreicht werde. Weil der Auftragswert unter Fr. 150'000.– gewesen sei, hätte die Vergabe freihändig erfolgen können (Anhang 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB, in Anhang I des ÖBG]). Im Interesse des Wettbewerbs und Marktzugangs habe sich die Vergabestelle freiwillig für ein höherstufiges Verfahren entschieden, was indessen nicht bedeute, dass der Rechtsschutz des Einladungsverfahrens zur Verfügung stehe.

3.

3.1 In den Angebotsunterlagen vom 11. September 2014, in denen die öffentliche Beschaffung des Anwalts- und Notariatsregisters umschrieben ist, wird ausdrücklich darauf hingewiesen, es werde ein Einladungsverfahren gemäss Art. 4 ÖBG i.V.m. Art. 6 der Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) durchgeführt. Das Gleiche steht in den Schreiben vom 20. Oktober 2014, in denen verschiedene Unternehmen zur Angebotserstellung eingeladen werden. Schliesslich wird in der Zuschlagsverfügung vom 20. November 2014 (Ziff. 1 der Erwägungen) wiederholt, es sei das Einladungsverfahren zur Anwendung gekommen.

3.2 Welches Verfahren bei öffentlichen Beschaffungen zu wählen ist, bestimmt sich nach bestimmten Schwellenwerten. Diese sind für den von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich in Anhang 2 der IVöB festgelegt (Art. 3 ÖBG in der Fassung vom 21.1.2014, in Kraft seit 1.10.2014). Wie aus der Beschriftung der Tabelle hervorgeht, ist der *Auftragswert* massgebend für den Betrag des Schwellenwertes (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 ÖBV). Die Beschaffungsstelle muss den Auftragswert vor der Ausschreibung abschätzen, damit sie das anwendbare Verfahren bestimmen kann. Dabei darf sie nicht zu knapp kalkulieren und muss das Verfahren aufgrund der oberen Bandbreite der Schätzung auswählen (CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, N. 57/58; DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 80;

HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl. 2004, S. 362). Art. 10 Bst. a ÖBV verlangt im Übrigen, dass in der Ausschreibung die Verfahrensart anzugeben ist.

3.3 Im vorliegenden Fall enthalten die Ausschreibungsunterlagen soweit ersichtlich keine Angaben darüber, wie hoch das ABA den zu vergebenden Auftrag zu Beginn des Ausschreibungsverfahrens schätzte. Aus der Wahl des *Einladungsverfahrens* ist jedoch zwingend abzuleiten, dass die Schätzung im Bereich zwischen Fr. 150'000.– und Fr. 250'000.– (unterer und oberer Schwellenwert des Einladungsverfahrens für Dienstleistungen) gewesen sein muss.

Nach Eingang der Offerten wurde ein Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen, weil sein Preis über dem (oberen) Schwellenwert des Einladungsverfahrens von Fr. 250'000.– lag. Die Offerten der restlichen vier Anbieter bewegten sich zwischen Fr. 147'936.– [REDACTED] und Fr. 228'000.–. Der Zuschlag erfolgte an die [REDACTED] zu einem Preis von Fr. 149'360.–. Das ABA scheint die Meinung zu vertreten, angesichts der beiden unter dem (unteren) Schwellenwert von Fr. 150'000.– liegenden Offerten der [REDACTED] und der [REDACTED] AG hätte sie den Auftrag auch im freihändigen Verfahren (Art. 6 ÖBG) vergeben können. Die Wahl des Einladungsverfahrens sei freiwillig erfolgt, was aber nichts daran ändere, dass die Zuschlagsverfügung nicht anfechtbar sei. Umstritten ist daher, *welcher Preis* die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreichen muss, damit eine Verfügung gemäss Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 3 ÖBG anfechtbar ist: In Frage kommen der geschätzte Auftragswert, der für die Wahl des Verfahrens massgebend ist, die Preise der eingegangenen Offerten sowie die Höhe der Offerte, die den Zuschlag erhalten hat.

3.4 Wie gezeigt bestimmt sich das anwendbare Verfahren grundsätzlich nach dem geschätzten Auftragswert und den Schwellenwerten. Die freiwillige Wahl eines höherstufigen Verfahrens anstelle des eigentlich anwendbaren Verfahrens ist stets zulässig (CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., N. 91). Die Wahl eines höherstufigen Verfahrens ist zulässig, weil damit der Zugang zum Markt geöffnet und mehr Wettbewerb erzielt wird (DOMINIK KUONEN, a.a.O., S. 85). Das Verwaltungsgericht erachtet es deshalb als zulässig, wenn eine Beschaffungsstelle im freihändigen Verfahren mehrere Konkurrenzofferten einholt. Dennoch bleibt nach dieser Praxis der Charakter des freihändigen Verfahrens erhalten und es müssen nicht die Vorschriften des Einladungsverfahrens eingehalten und Rechtsschutz gewährt werden (BVR 2008 S. 352 E. 2.4, 2005 S. 350 E. 2.1, S. 499 E. 2.6; vgl. CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., N. 97, 170; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 372; a.M. DOMINIK KUONEN, a.a.O., S. 48–53, vgl. auch S. 41).

3.5 Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist – wie oben (E. 3.3) ausgeführt – davon auszugehen, dass das ABA den Auftragswert zwischen Fr. 150'000.– und Fr. 250'000.– geschätzt und deshalb (zu Recht) von Anfang an das Einladungsverfahren gewählt hat. Im Unterschied zu den Sachverhalten, die der oben dargelegten Praxis des Verwaltungsgerichts zugrunde gelegen haben, liegt vorliegend keine freiwillige Wahl des Einladungsverfahrens vor. Es gibt keine Hinweise darauf, dass aufgrund einer Schätzung des Auftragswerts eine freihändige Vergabe zulässig gewesen wäre und das Einladungsverfahren lediglich freiwillig erfolgte, um mehrere Offerten einholen zu können. Das ABA ist selbst davon ausgegangen, dass für die fragliche Beschaffung das Einladungsverfahren durchzuführen war, hat sie doch die Zuschlagsverfügung mit einer entsprechenden Rechtsmittelbelehrung an die JGK versehen.

An der Sachlage ändert nichts, dass im vorliegenden Fall zwei der Offerten [REDACTED] und [REDACTED] unter dem Schwellenwert von Fr. 150'000.– lagen, wovon die eine den Zuschlag erhalten hat. Es ginge nicht an, nachträglich aufgrund der eingegangenen Offerten vom bereits gewählten Verfahren abzukommen und ein tieferstufiges zu wählen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 321 ff.; HUBERT STÖCKLI, a.a.O., S. 370 f.). Für den Fall, dass sich die Vergabebehörde bei der Schätzung des Auftragswerts geirrt hat und sich bei der Öffnung der Offerten ergibt, dass statt des gewählten Einladungsverfahrens freihändig hätte vergeben werden können, ist das gewählte Verfahren zu Ende zu führen (DOMINIK KUONEN, a.a.O., S. 82).

3.6 Aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 3 ÖBG geht nicht eindeutig hervor, welcher Preis die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreichen muss, damit die Anfechtbarkeit gegeben ist. Auch die Materialien lassen dies im Unklaren (vgl. Vortrag des Regierungsrats zum ÖBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2002, Beil. 10, Ziff. I/3 und Kommentar zu Art. 10-13). Auch im Bundesrecht hat das Erreichen der Schwellenwerte eine Bedeutung für die Anfechtbarkeit von öffentlichen Aufträgen. Nach Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) ist das BöB nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages gewisse Schwellenwerte erreicht. Beschaffungen unter diesen Schwellenwerten (sog. übrige Beschaffungen) nach Art. 32 ff. der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) sind nicht anfechtbar (Art. 32 Bst. a Ziff. 1 i.V.m. Art. 39 VöB). Dementsprechend ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen unzulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des BöB oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Ge-

meinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68; fortan: Abkommen Schweiz-EU) nicht erreicht. Im Bundesrecht massgebend für die Anfechtbarkeit sind also nicht die eingegangenen Offertsummen, sondern der vor der Verfahrenseinleitung zwecks Verfahrenswahl geschätzte Auftragswert (STÖCKLI/BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, Nr. 274 S. 588; BR 2009 S. 174 f.). Gleich verhält es sich mit dem Abkommen Schweiz-EU (vgl. Art. 3 Abs. 4) und dem WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422; Art. I Ziff. 4 und Art. II Ziff. 1 i.V.m. Anhang I), die beide Schwellenwerte enthalten, unterhalb denen die festgelegten Verfahrensregeln und Beschwerdemöglichkeiten keine Anwendung finden (vgl. BVR 2005 S. 350 E. 4.4).

3.7 Aus diesen rechtsvergleichenden Betrachtungen ergibt sich, dass nichts gegen die Annahme spricht, dass auch bei Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 3 ÖBG der vorgängig geschätzte Auftragswert massgebend ist, um mittels Vergleich mit den Schwellenwerten die Anfechtbarkeit zu bestimmen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten hätte, wenn der Wert, der für die Anfechtbarkeit massgebend ist, anders wäre als der Wert, der die Verfahrensart bestimmt (Art. 3 ÖBG, Anhang 2 der IVöB). Bestünde diese Differenz, müsste – worauf STÖCKLI/BEYELER (a.a.O., Nr. 275 S. 590) zu Recht hinweisen – die Frage geklärt werden, auf welche Auftragssumme abzustellen ist, wenn nicht auf die vor Verfahrenseinleitung geschätzte und die Wahl des Vergabeverfahrens bestimmende Summe. Infrage kämen beispielsweise der Durchschnitt aller (oder aller bewerteten) Angebote, die Gesamtheit der Angebote, das höchste oder das tiefste Angebot und womöglich gar eine revidierte Kostenschätzung der Auftraggeberin. Diese Unklarheit führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Würde auf die Höhe des Angebots abgestellt, würde dies ausserdem zum stossenden Ergebnissen führen, dass im Einladungsverfahren frühestens nach abgeschlossener Angebotsbereinigung feststehen würde, ob ein Rechtsmittel gegeben sein wird oder nicht. Aus diesen Gründen legen STÖCKLI/BEYELER (a.a.O., Nr. 275 S. 591) Art. 11 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 3 ÖBG dahingehend aus, dass der *ex ante geschätzte Auftragswert* unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens liegen muss, damit die Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

Im vorliegenden Fall hat das ABA das Einladungsverfahren durchgeführt, weil es zuvor – wie aus den Akten geschlossen werden muss – den Auftrag auf mindestens Fr. 150'000.– und höchstens Fr. 250'000.– geschätzt hat. Der (untere) Schwellenwert des Einladungsverfahrens für Dienstleistungen ist damit überschritten, was zur Folge hat, dass der Zuschlag an die [REDACTED] anfechtbar ist. Daran ändert nichts, dass der Zuschlag zu einem Preis erfolgt, der (knapp) unter Fr. 150'000.– liegt. Auf die Beschwerde der [REDACTED] ist deshalb einzutreten.

4.

4.1 In der Sache selbst dreht sich der Streit um die Frage, ob die Offertpreise der Anbieter mit oder ohne Mehrwertsteuer zu bewerten sind. Das ABA hat in der angefochtenen Verfügung die Offertpreise aller Anbieter (mit Einschluss der [REDACTED] [REDACTED] ohne Mehrwertsteuer bewertet. Die E [REDACTED] bringt dagegen in ihrer Beschwerde vor, bei den offerierten Preisen der Anbieter sei der Gesamtpreis mit Einschluss der Mehrwertsteuer zu berücksichtigen. Sie selbst sei jedoch nach Bundesrecht von der Mehrwertsteuer befreit, weshalb sie keinen Vorsteuerabzug geltend machen könne. Diese fehlende Abzugsmöglichkeit erhöhe ihre Einkaufskosten für Drittleistungen. Die resultierenden Zusatzkosten berücksichtige sie, indem sie in ihrer Kalkulation der Preise für die Vergabestelle einen entsprechenden Kostenzuschlag von 2,6 % einrechne. Bei ihren Offerten werde dieser Zuschlag anstelle der Mehrwertsteuer ausgewiesen. Im vorliegenden Fall hätten die Angebotsunterlagen des ABA verlangt, dass die angegebenen Preise die Mehrwertsteuer einschliessen müssten. Gleiches stehe in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz (AGB SIK). Im Gegensatz dazu habe das ABA bei der Gegenüberstellung der offerierten Preise überall die Mehrwertsteuer und bei der [REDACTED] den Zuschlag von 2,6 % abgezogen. Damit habe die Vergabestelle nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt. Aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip gehe jedoch hervor, dass mit dem Begriff «Gesamtkosten» auch allgemein zum Ausdruck gebracht werde, dass derjenige Frankenbetrag massgeblich sei, den der Auftraggeber effektiv zahle, also derjenige inklusive Nebenkosten und Abgaben wie die Mehrwertsteuer.

4.2 Das ABA führt in seiner Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2015 aus, gemäss Ausschreibungsunterlagen hätten alle Anbieter die Kosten sowohl mit als auch ohne Mehrwertsteuer angeben müssen. Im Merkblatt zur Prüfung der Angebote sei festgelegt worden, die Preise seien ohne Mehrwertsteuer zu bewerten. Dies entspreche der schweizweiten Praxis im Beschaffungswesen. Mehrwertsteuern würden sowohl bei der Berechnung des Schwellenwertes als auch bei der Evaluation der Angebote nicht berücksichtigt. Bereits Art. 7 Abs. 1^{ter} IVöB schreibe vor, dass die Mehrwertsteuer für die Schätzung des Auftragswerts nicht zu berücksichtigen sei. In zahlreichen Fällen habe die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit akzeptiert, dass sie von unterschiedlichen Vergabestellen Zuschläge zu einem Preis ohne Mehrwertsteuer erhalten habe. Hätte die Vergabestelle im vorliegenden Verfahren anstatt auf die Kosten ohne Mehrwertsteuer auf die Kosten mit Mehrwertsteuer abgestellt, wären die eingegangenen Angebote nicht vergleichbar gewesen und die [REDACTED] wäre bevorzugt worden. Nach dem Gleichbehandlungsprinzip müssten alle Angebote nach demselben Massstab bewertet werden. Der Preiszuschlag von 2,6 % sei nicht als Mehrwertsteuer zu

qualifizieren. Die Steuerbefreiung dürfe zu keinem Sonderstatus der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren führen, da sie auf dem freien Markt auftrete.

4.3 In ihrer Replik vom 20. Februar 2015 bringt die Beschwerdeführerin vor, infolge der Ausblendung der Mehrwertsteuer bei den anderen Anbietern erscheine ihr Angebot teurer, als es tatsächlich sei. Belohnt werde dagegen ein Angebot, das gemessen an den realen Kosten gar nicht das preisgünstigste sei. Das Gleichbehandlungsgebot verlange nicht, dass im öffentlichen Vergabeverfahren rechtmässig zustande gekommene Unterschiede unter den Bewerbern eliminiert müssten. Der schweizerische Steuerföderalismus habe zur Folge, dass Anbieter aus anderen Kantonen und anderen Gemeinden unterschiedlich hohen Gewinnsteuersätzen unterworfen seien. Diese Unterschiede führten zu unterschiedlichen Voraussetzungen in Bezug auf die Höhe der Preise, die sie kalkulieren und offerieren könnten. Die unterschiedlich starke Besteuerung bei der Mehrwertsteuer sei im Vergabeverfahren als Marktgegebenheit hinzunehmen und nicht zu korrigieren. Das Vorgehen des ABA habe zur Folge, dass der Kanton die vom Bund getroffene Ausnahme von der Mehrwertsteuer umstosse. Diese Steuerbefreiung stelle zwar keine Subvention dar, doch könne die Rechtsprechung zur Behandlung von subventionierten Unternehmen im Vergabeverfahren sinngemäss herangezogen werden. Aus dieser Rechtsprechung ergebe sich, dass rechtmässig gewährte Subventionen keinen Grund für einen Ausschluss einer Anbieterin und ebenso wenig einen Grund für eine besondere Behandlung einer Anbieterin oder von deren Offerte darstellten. Zulässige Subventionen seien keine vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen. Die Marktbeeinflussung sei in diesem Fall vom Staat gewollt, und es wäre widersprüchlich, wenn der gewährte Vorteil den subventionierten Betrieben wieder entzogen würde, indem sie von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen würden.

5.

5.1 Die Angebotsunterlagen betreffend Beschaffung einer Softwarelösung für das elektronische Anwalts- und Notariatsregister nennen als eines der drei Zuschlagskriterien den «Gesamtpreis über die Jahre 2015–2019», ohne dass angegeben wird, ob darin die Mehrwertsteuer enthalten sein soll oder nicht (Ziff. 6.3). Bei den Angaben zur Preisbewertung bezeichnen die Angebotsunterlagen – ebenfalls ohne Hinweis darauf, ob die Mehrwertsteuer inbegriffen ist oder nicht – die «Gesamtkosten» der angebotenen Lösung als massgebend (Ziff. 6.4.6). Das Formular E zur Preiskalkulation sieht vor, dass die Anbieter die Kosten sowohl mit als auch ohne Mehrwertsteuer anzugeben haben (Beschwerdeantwort, Beil. 3).

Im Öffnungsprotokoll vom 3. November 2014 hat das ABA dagegen die offerierten Preise *ohne* die Mehrwertsteuer verzeichnet (Beschwerdeantwort, Beil. 10). Dies entspricht den Vorgaben für die Prüfpunkte, die in Ziff. 12 vorsehen, dass

die Preise ohne Mehrwertsteuer zu erfassen seien (Beschwerdeantwort, Beil. 4). Diese Preise ohne die Mehrwertsteuer bildeten die Basis für die Bewertung der Angebote in der Zuschlagsverfügung vom 20. November 2014 (Ziff. 4 der Erwägungen). Bei der [REDACTED] ist der Preis – als «Total der in den Jahren 2015–2019 anfallenden Kosten» bezeichnet – mit Fr. 147'936.– (ohne den Zuschlag von 2,6 %), bei der [REDACTED] mit Fr. 149'360.– (ohne Mehrwertsteuer) angegeben. Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien erzielte die [REDACTED] die höchste Punktezahl (35.24, recte: 35.23) und damit den Zuschlag; die [REDACTED] erreichte mit 35.12 Punkten den zweiten Platz. Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, ergäbe sich bei der [REDACTED] ein Angebotspreis von Fr. 161'308.80 (Fr. 149'360.– plus Mehrwertsteuer von 8 %), bei der [REDACTED] ein solcher von Fr. 151'782.34 (Fr. 147'936.– plus Zuschlag von 2,6 %). Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien würde nach der vom ABA nicht bestrittenen Berechnung der Beschwerdeführerin die [REDACTED] eine Punktezahl von 34.55, die [REDACTED] aber eine solche von 35.12 erzielen (Beschwerde S. 7 Ziff. 20). Nach dieser Berechnung müsste die [REDACTED] den Zuschlag erhalten.

5.2 Gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziffer 28 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20) sind Leistungen innerhalb des gleichen Gemeinwesens von der Mehrwertsteuer ausgenommen. Die [REDACTED] ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, an welcher der Kanton Bern die Aktienmehrheit hat (Gesetz vom 5. Juni 2002 über die Aktiengesellschaft [REDACTED] BIG; BSG 152.031.2]). Mehrwertsteuerrechtlich ist sie eine Organisationseinheit des Kantons i.S.v. Art. 38 Abs. 2 Bst. d der Mehrwertsteuerverordnung vom 27. November 2009 (MWSTV; SR 641.201). Leistungen, welche die [REDACTED] für den Kanton Bern erbringt, sind daher von der Mehrwertsteuer ausgenommen. Die Rechnungen der [REDACTED] an den Kanton enthalten keine Mehrwertsteuer, und dem Bund hat sie somit auch keine solche Steuer abzuliefern. Eine Folge davon ist, dass sie die Mehrwertsteuer, die sie einem Dritten für bei diesem erworbene Leistungen zu bezahlen hat, nicht als Vorsteuer abziehen kann (Art. 28 ff. MWSTG; vgl. HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, 9. Aufl. 2001, § 24 N. 175). Die mehrwertsteuerfreien Rechnungen gegenüber dem Kanton und der Ausschluss des Vorsteuerabzugs führen zu Zusatzkosten, die die [REDACTED] dadurch kompensiert, dass sie mit Einverständnis der Finanzdirektion bei allen Rechnungen für Leistungen, die sie dem Kanton Bern erbringt, einen Zuschlag von 2,6 % macht. Dieser Zuschlag wird in den Rechnungen normalerweise nicht separat ausgewiesen. Das ABA hat den Zuschlag wie die Mehrwertsteuer behandelt und ihn beim offerierten Preis der [REDACTED] abgezogen. Nach Ansicht des ABA kann auf diese Weise der Preis der B [REDACTED]

■■■■■ mit den Preisen der mehrwertsteuerpflichtigen anderen Anbieter verglichen werden.

6.

6.1 Die massgebenden Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen schweigen sich darüber aus, ob die offerierten Preise der Anbieter mit oder ohne Mehrwertsteuer zu bewerten sind. Die Mehrwertsteuer wird lediglich in Art. 7 Abs. 1^{ter} IVöB erwähnt: Danach wird die Mehrwertsteuer bei der Schätzung des Auftragswertes nicht berücksichtigt. Entgegen der Ansicht des ABA kann daraus nicht abgeleitet werden, auch die Bewertung der offerierten Preise habe ohne Mehrwertsteuer zu erfolgen. Wie oben (E. 3) gezeigt, dient die Schätzung des Auftragswertes im Wesentlichen dazu, anhand der Schwellenwerte das richtige Verfahren zu wählen und die Frage der Anfechtbarkeit zu beantworten.

6.2 Das öffentliche Beschaffungswesen wird vom Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden beherrscht. Dieser Grundsatz zielt auf die Öffnung der Beschaffungsmärkte und die Unparteilichkeit der Beschaffungsstellen innerhalb der Vergabeverfahren ab. Die Gleichbehandlung ist eine wichtige Voraussetzung für einen echten Bieterwettbewerb und ein faires Verfahren (CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., S. 830 N. 75). Art. 7 ÖBG hält fest, dass bei sämtlichen Vergabeverfahren der freie Zugang zum Markt für alle Anbieterinnen und Anbieter in gleichem Mass zu gewährleisten und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten ist (vgl. auch Art. 11 Bst. a IVöB).

Der Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz hat mehrere Teilaspekte. Zum einen verlangt er die Gleichbehandlung beim Marktzugang: Es sollen sich möglichst alle interessierten Unternehmen, ungeachtet ihrer Herkunft und ohne Hindernisse oder Diskriminierungen, um öffentliche Aufträge *bewerben* können. Zum anderen sollen die Anbieter *innerhalb* des Vergabeverfahrens gleich behandelt werden: Die Vergabebehörde darf keinem Anbieter Vorteile gewähren oder Nachteile auferlegen, die für die anderen Anbieter nicht auch gelten, und nicht einseitig zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Anbieter in den Wettbewerb eingreifen. Im Sinne des «Prinzips der gleich langen Spiesse» muss das Vergabeverfahren für alle Anbieter nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten. Die Gleichbehandlung findet ihre Grenze darin, dass im konkreten Einzelfall beurteilt werden muss, ob die Anbieter absolut gleich zu behandeln oder ob tatsächliche Unterschiede zwischen den Anbietern berücksichtigt werden dürfen (relative Gleichbehandlung) (CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., S. 830 N. 76–79). Bei der *Prüfung der Angebote* verlangt das Gleichbehandlungsgebot, dass diese nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft werden, wie dies Art. 25 Abs. 1 ÖBV (basierend auf § 28 der Mustervorlage für Vergaberichtlinien zur IVöB) ausdrücklich vorschreibt (zum Ganzen vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 675–682).

Nach der Lehre ist die Teilnahme von staatlich gehaltenen, in Privatrechtsformen konstituierten Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig. Vorausgesetzt ist, dass eine besondere gesetzliche Grundlage besteht, welche dem fraglichen öffentlichen Unternehmen die Konkurrenzierung der gewöhnlichen Wirtschaftsteilnehmer ausdrücklich erlaubt und zudem sicherstellt, dass keine faktische Quersubventionierung der Wettbewerbstätigkeit erfolgt (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, S. 727 N. 1382, 1386). Für den Kanton Bern geht dies bereits aus Art. 2 Abs. 3 ÖBG hervor. Solche Unternehmen dürfen ohne weiteres und insbesondere ohne Korrekturmassnahmen an allen möglichen öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen. Das Vergaberecht nimmt den Markt grundsätzlich so hin, wie er tatsächlich ist, und es geht davon aus, dass die gesamte Marktteilnahme des Unternehmens den Grundsatz der Gewerbegegnossen wahrt (MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 730 N. 1389).

6.3 Unbestritten ist, dass die [REDACTED] an öffentlichen Beschaffungsverfahren *teilnehmen* darf. Die Frage stellt sich, ob die Beschaffungsstelle die [REDACTED] *innerhalb* des Vergabeverfahrens benachteiligt, wenn sie – wie vorliegend geschehen – bei ihr den Zuschlag und bei den anderen Anbietern die Mehrwertsteuer abzieht, oder ob die Beschaffungsstelle umgekehrt die anderen Anbietern benachteiligt, wenn sie bei diesen die Mehrwertsteuer und bei der [REDACTED] (nur) den Zuschlag berücksichtigt. Die mögliche Benachteiligung erfolgt bei der Bewertung der Offerte und hat Auswirkungen auf den Zuschlag.

6.4 Vorliegend entscheidend ist die Frage, wie dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung getragen werden kann, wenn Angebote von Unternehmen zu bewerten sind, die ihre Preise aufgrund von Steuerprivilegien anders kalkulieren können als ihre Mitbewerber. GALLI/MOSER/LANG/STEINER (a.a.O., N. 883) weisen mit Bezug auf das Zuschlagskriterium «Preis» auf Folgendes hin: Tritt ein vom Gemeinwesen betriebenes Unternehmen oder ein solches, das erhebliche staatliche Finanzmittel erhält, in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren als Anbieter auf, so ist es namentlich aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips geboten, die Kalkulation des Angebots zu überprüfen, um Quersubventionierungen beim Preisvergleich zu berücksichtigen. Es wäre kein fairer Wettbewerb gegeben, wenn das öffentliche Unternehmen, welches als Anbieterin auftritt, bereits etwa gewisse Fixkosten gedeckt erhalten würde. Die Quersubventionierungen ermöglichen ihm, ohne Mehrleistung bei gleicher Leistung einen tieferen Preis anzubieten (vgl. auch MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 729 N. 1386).

Nach MARTIN BEYELER (a.a.O., S. 731 N. 1392–1395) beeinflussen Subventionen und – was vorliegend von Interesse ist – Steuerbegünstigungen in vielen Fällen zwar den Markt zweifellos, doch liegt dabei nicht per se eine unzulässige Wett-

bewerbsverzerrung vor. Solange es um Subventionen und Steuerbegünstigungen geht, die in Übereinstimmung mit dem diesbezüglich einschlägigen Recht gewährt wurden, geht das Vergaberecht davon aus, dass die dadurch gegebenenfalls bewirkte Wettbewerbsbeeinflussung rechtmässig und insbesondere mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden vereinbar ist. Wenn es im Lichte der spezifischen Rechtsgrundlagen als richtig erscheint, bestimmten Marktteilnehmern bestimmte Wettbewerbsvorteile zu gewähren, so erachtet das Vergaberecht den Wettbewerb zwischen diesen und den gewöhnlichen Wirtschaftsteilnehmern nicht als verzerrt, und es will insofern weder die Bevorteilung verhindern noch korrigierend in den so gestalteten Wettbewerb eingreifen. Das Vergaberecht nimmt einen Markt hin, wie er mit all seinen faktischen Ungleichgewichten und Ungleichheiten besteht, und beschränkt sich darauf, gleiche abstrakte Rahmenbedingungen zu gewährleisten, ohne überdies für alle eine materiell gleiche Ausgangslage schaffen zu wollen. Genau gleich, wie bestimmte Fähigkeiten eines Unternehmens diesem einen faktischen Wettbewerbsvorteil verschaffen können, akzeptiert das Vergaberecht ohne Korrekturen oder Verbote auch Vorteile, die sich aus rechtmässigen Subventionen oder ebensolchen Steuererleichterungen ergeben. Aus den genannten Gründen geniessen steuerbegünstigte oder subventionierte Bieter ein grundsätzlich uneingeschränktes Recht zur Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren. Jedoch dürfen ihnen weder die Verfahrensteilnahme verboten noch Erschwernisse bei Eignung oder Zuschlag auferlegt werden, die mit ihrer steuer- oder subventionsrechtlichen Begünstigung zusammenhängen (bzw. daran anknüpfen). Insbesondere sind ihre offerierten Preise in gleicher Weise unverändert hinzunehmen wie diejenigen aller übrigen Wirtschaftsteilnehmer; es ist nicht zulässig, diese Preise für die Zwecke des Preisvergleichs rechnerisch entsprechend dem Anteil der gewährten Erleichterungen oder Subventionen höher zu veranschlagen als tatsächlich offeriert. Das entspricht auch der Rechtsprechung der EU-Organe sowie den Regeln der WTO bei der Anwendung des GPA (vgl. Urteil VB.2012.00176 des Verwaltungsgerichts ZH vom 5.10.2012, E. 4.7).

7.

7.1 Die [REDACTED] wurde mit Inkrafttreten des [REDACTED] von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft umgewandelt. Damit sollte für die Zukunft sichergestellt werden, dass das Unternehmen langfristig konkurrenzfähige, sichere Informatikdienstleistungen für den Kanton erbringen und damit seine Marktfähigkeit erhalten kann. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft sollte ermöglichen, dass die [REDACTED] neue Grosskunden (z. B. andere Kantone) gewinnen kann, weil damit längerfristig die Erbringung kostengünstiger Informatikdienstleistungen für den Kanton Bern gesichert werden kann. Die [REDACTED] wird als Unternehmen betrachtet, das sich auf dem Markt behaupten muss, weil auch der Kanton Bern die für sich

benötigten Informatikdienstleistungen zu marktüblichen Bedingungen beziehen will. Im Rahmen der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft wurde argumentiert, die [REDACTED] müsse dem Kanton Bern auf lange Sicht erstklassige, wettbewerbsfähige IT-Leistungen mit bestmöglicher Wirtschaftlichkeit anbieten können (Tagblatt des Grossen Rates 2002, Vortrag des Regierungsrates zum [REDACTED], Beil. 16, Ziff. 2 und 3).

7.2 Die [REDACTED] befindet sich zwar im Eigentum des Kantons Bern, ist aber rechtlich verselbständigt, damit sie flexibler handeln kann. Sie erhält keine Subventionen vom Kanton; sie ist marktwirtschaftlichen Grundsätzen verpflichtet (Art. 3 Abs. 1 BIG) und in ihrer Preisgestaltung frei. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass die Tatsache, dass der Kanton Mehrheitsaktionär der [REDACTED] ist, es letzterer ermöglicht, günstigere Preise anzubieten als andere Unternehmen. Weil die [REDACTED] keine Subventionen vom Kanton erhält, besteht kein Anlass, zum Zweck des Ausgleichs die offerierten Preise zu korrigieren (vgl. oben E. 6.4). Dass die [REDACTED] unter Umständen – nämlich wenn sie in einer Geschäftsbeziehung mit dem Kanton Bern steht – tiefere Preise offerieren kann, geht vielmehr auf die Befreiung von der Mehrwertsteuer durch das Bundesrecht zurück. Der dadurch bewirkte mögliche Wettbewerbsvorteil ist daher offensichtlich rechtmässig und verstösst nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot. Die Vergabestelle darf den Vorteil der Mehrwertsteuerbefreiung nicht beseitigen, um eine für alle Mitbewerber materiell gleiche Ausgangslage herzustellen. Der Steuervorteil ist wie jede andere Eigenschaft des Unternehmens von der Vergabestelle hinzunehmen (vgl. oben E. 6.4). Das gilt im Übrigen auch für den Zuschlag von 2,6 %.

7.3 Im vorliegenden Fall hat das ABA die Befreiung der Beschwerdeführerin von der Mehrwertsteuer dadurch auszugleichen versucht, indem sie die Steuer bei den Offerten der anderen Anbieter abgezogen hat. Im Gegenzug hat sie bei der Offerte der [REDACTED] den Zuschlag von 2,6 % abgezogen. Dabei hat das ABA übersehen, dass es mit diesem Vorgehen – statt wie beabsichtigt für alle Anbieter die gleiche Ausgangslage zu schaffen – im Ergebnis die [REDACTED] benachteiligt bzw. die anderen Anbieter bevorteilt hat. Den – wie sich gezeigt hat, rechtmässigen – Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin hat das ABA dadurch beseitigt, dass es die Fiktion geschaffen hat, dass die übrigen Anbieter ebenfalls keine Mehrwertsteuer in Rechnung stellen müssen. Die Offerte der Beschwerdeführerin hat das ABA dadurch abgeändert, dass es den Zuschlag von 2,6 % abgezogen hat. Damit hat die Vergabestelle den Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verletzt. Richtig vorgegangen hätte das ABA die Steuerbefreiung der Beschwerdeführerin als Eigenschaft des Unternehmens hinnehmen sollen. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 BV gebietet, dass Rechte und Pflichten nach gleichem Massstab festzu-

setzen sind. Nach der seit langem gefestigten Formel des Bundesgerichts ist dabei Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (vgl. BGE 134 I 23 E. 9.1). Vorliegend liegt ein Fall vor, in dem eine absolute Gleichbehandlung nicht am Platz ist; vielmehr sind die tatsächlichen Unterschiede zwischen den Anbietern zu berücksichtigen (relative Gleichbehandlung; vgl. oben E. 6.2). Sind in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren sämtliche Anbieter mehrwertsteuerpflichtig, spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob bei der Bewertung der Offerten die Mehrwertsteuer dazugerechnet oder abgezogen wird. So oder anders wird dem Gebot nach Gleichbehandlung aller Anbieter Rechnung getragen. Liegen dagegen wie vorliegend Offerten von Anbietern mit Mehrwertsteuerpflicht und von solchen ohne Mehrwertsteuerpflicht vor, kann die Forderung nach (relativer) Gleichbehandlung der Anbieter nur dadurch erfüllt werden, dass die Preise der mehrwertsteuerpflichtigen Anbieter mit Einschluss der Steuer zu bewerten sind. Bei der nicht mehrwertsteuerpflichtigen [REDACTED] ist der Zuschlag hinzuzurechnen. Nur so ist gewährleistet, dass die tatsächlichen und vom ABA zu akzeptierenden Gegebenheiten aller Anbieter – die in der unterschiedlichen Mehrwertsteuerpflicht bzw. dem Zuschlag von 2,6 % bestehen – unverfälscht berücksichtigt werden. Es ist unzulässig, dass der Kanton die vom Bund gewährte Steuerbegünstigung auszugleichen versucht.

7.4 Die vom ABA als Beweismittel eingereichten, im Simap publizierten Zuschlagsverfügungen an die [REDACTED] (Beil. 14, 15, 16, 19, 20 und 21) ändern an dieser Beurteilung nichts: In allen diesen Verfügungen wird jeweils in Ziff. 3.2 bemerkt, der Preis sei «exkl. MWST». Angesichts der Tatsache, dass die [REDACTED] der Mehrwertsteuer eben nicht unterliegt, wenn sie einen Zuschlag des Kantons Bern erhält, macht diese Bemerkung im Simap in den Fällen der Beilagen 14 (Erziehungsdirektion) und 19 (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion) keinen Sinn. In den übrigen Fällen handelt es sich um Zuschläge von Bundesämtern sowie eines andern Kantons, denen gegenüber die [REDACTED] mehrwertsteuerpflichtig ist. Sie taugen damit ebenfalls nicht als Beleg für das richtige Vorgehen in Fällen wie dem vorliegenden, wo die Preise mehrwertsteuerpflichtiger und nicht mehrwertsteuerpflichtiger Anbieter miteinander zu vergleichen und zu bewerten sind. Auf der andern Seite lässt sich aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Zuschlagsverfügungen (Beil. 6 bis 13) schliessen, dass auch die gegenteilige Praxis vorkommt, d.h. der Preis inklusive Mehrwertsteuer verstanden wird. Unverständlich ist hingegen, wenn dabei in einigen Fällen auch bei der [REDACTED] von einem Preis inklusive Mehrwertsteuer gesprochen wird (vgl. Beil. 7, 8 und 13). Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die von den Verfahrensbeteiligten eingereichten Beispiele lediglich die in der Vergangenheit ausgeübte uneinheitliche Praxis illustrieren. Hinwei-

se auf die gesetzeskonforme Handhabung der Preisbewertung geben sie jedoch nicht.

7.5 Dazu kommt ein Weiteres: Das bernische Submissionsrecht stellt auf das «wirtschaftlich günstigste Angebot» als massgebendes Zuschlagskriterium ab (vgl. Art. 13 Bst. f IVöB, Art. 30 Abs. 1 ÖBV). Da es damit – anders als beim billigsten Preis – an einem klar messbaren Zuschlagskriterium fehlt, muss mittels verschiedener (Zuschlags-)Kriterien konkretisiert werden, was darunter zu verstehen ist. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht unbedingt das billigste Angebot. Der Preis ist nur eines der Kriterien, die es zu berücksichtigen gilt. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist vielmehr jenes, das bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, die sich an die gesetzlichen Vorgaben hält, der Vergabebehörde die meisten Vorteile verspricht (CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., S. 850 N. 135, mit Verweis auf BVR 2006 S. 500 E. 4.4; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 831). Im vorliegend zu beurteilenden Fall dreht sich der Streit nur um das (Haupt-)Zuschlagskriterium des Preises, der mit 35 % gewichtet wurde. Innerhalb dieses Zuschlagskriteriums erhielt (richtigerweise) das günstigste Angebot die maximal mögliche Punktezahl (vgl. Verfügung vom 20. November 2014, Ziff. 8 und 9 der Erwägungen). Das «günstigste Angebot» ist hier der nominell niedrigste (billigste) Preis. Wird nun – wie vom ABA praktiziert – bei den Anbietern die Mehrwertsteuer bzw. der Zuschlag abgezogen, verändert dies die Höhe des niedrigsten Preises und damit der Punktezahl. Die Mehrwertsteuer wird von Anbietern, die dieser Steuer unterliegen und die den Zuschlag erhalten, dem Kanton in Rechnung gestellt. Die Rechnung mit Einschluss dieser Steuer entspricht also dem Gesamtpreis, den der Kanton als Vergabestelle zu bezahlen hat. Gleich verhält es sich mit dem Zuschlag von 2,6 %, den die [REDACTED] anstelle der Mehrwertsteuer in Rechnung stellt. Die Vergabestelle kann das günstigste Angebot nur eruieren, wenn sie beim Zuschlagskriterium des Preises den *tatsächlich* in Rechnung gestellten Preis berücksichtigt. Mit diesem Vorgehen ist gewährleistet, dass bei der Gesamtbewertung aller Zuschlagskriterien das *wirtschaftlich günstigste* Angebot den Zuschlag erhält und dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nachgelebt wird (Art. 7 ÖBG).

Im vorliegenden Fall hat indessen der Umstand, dass das ABA die Mehrwertsteuer bzw. den Zuschlag von 2,6 % vom Preis abgezogen hat, keine Auswirkungen auf die Punktezahl des Zuschlagskriteriums «Preis» gehabt. Die [REDACTED] hat auch bei dieser Berechnungsweise das preislich niedrigste Angebot eingereicht, was zur höchsten Punktezahl von 13.65 geführt hat. Die gleiche Punktezahl erreicht sie, wenn man richtigerweise die Preise mit der Mehrwertsteuer und mit dem Zuschlag als Basis nimmt. Weil aber die [REDACTED] AG bei richtiger Berechnung beim Preis weniger Punkte (12.84) erhält als gemäss der angefochtenen Verfügung (13.52), ist auch deren Gesamtpunktezahl

tiefer (34.55 statt 35.23 Punkte). Die Gesamtpunktezahl der [REDACTED] ist damit tiefer als diejenige der [REDACTED] mit 35.12 Punkten (vgl. oben E. 5.1). Nach dieser Berechnungsweise muss – was auch das ABA nicht bestreitet – der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt werden.

7.6 Zusammenfassend erweist es sich als gesetzwidrig und mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar, dass das ABA bei der Bewertung der offerierten Preise bei der [REDACTED] den Zuschlag von 2,6 % und bei den übrigen Anbietern die Mehrwertsteuer abgezogen hat. Im Ergebnis führt dies zu einer falschen Bewertung des Zuschlagskriteriums «Preis». Die Verfügung des ABA vom 20. November 2014 ist aufzuheben.

Nach Art. 18 IVöB kann die Beschwerdeinstanz, sofern der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden (reformatorischer Entscheid) oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (kassatorischer Entscheid). Ein reformatorischer Entscheid in der Sache selbst ist dann am Platz, wenn der Sachverhalt vollständig ist und nur der Beschwerdeführer für den Zuschlag infrage kommt. In diesem Fall hätte die Vorinstanz ohnehin keinen Ermessensspielraum, so dass eine Rückweisung einem prozessualen Leerlauf gleichkäme (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 1405). Wie soeben ausgeführt, folgt aus der korrekten Bewertung der Preise zwingend, dass die [REDACTED] den Zuschlag erhält. Dem ABA kommt kein Ermessen zu, anders zu entscheiden. Prozessökonomische Gründe gebieten vorliegend, dass die JGK der Beschwerdeführerin den Zuschlag erteilt.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton die Verfahrenskosten (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf einen Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Demnach entscheidet die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion:

1.

1.1 Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des Amts für Betriebswirtschaft und Aufsicht vom 20. November 2014 wird aufgehoben.

1.2 Der [REDACTED] wird – unter Vorbehalt der Erteilung der Ausgabenbewilligung durch das finanzkompetente Organ des Kantons Bern – der Zuschlag erteilt für die Lieferung, Anpassung, Implementation sowie für die Wartung und den Support einer Softwarelösung für ein elektronisches Anwalts- und Nota-

riatsregister des Kantons Bern zu einem Gesamtpreis für die Dauer von fünf Jahren (2015–2019) von Fr. 151'782.35.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Parteikosten werden nicht gesprochen.

4.

Zu eröffnen:

- [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Der Justiz-, Gemeinde- und
Kirchendirektor



Christoph Neuhaus,
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung schriftlich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden (Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 ÖBG). Die Beschwerde ist mindestens im Doppel einzureichen und muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen.