

100.2022.114U
BUC/SBE/SPR

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. November 2022

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Bürki, Verwaltungsrichterin Herzog
Gerichtsschreiberin Streun

AG
handelnd durch die statutarischen Organe, [REDACTED]
[REDACTED]
vertreten durch Rechtsanwalt Severin Pflüger, Löwenstrasse 61, Postfach,
8021 Zürich
Beschwerdeführerin

gegen

Schweiz AG
handelnd durch die statutarischen Organe, [REDACTED]
Beschwerdegegnerin 1

Kanton Bern
handelnd durch die Staatskanzlei, Postgasse 68, Postfach, 3000 Bern 8
Beschwerdegegner 2

betreffend Submission; Zuschlag für Medienmonitoring (Verfügung der
Staatskanzlei des Kantons Bern vom 29. März 2022; 2019.STA.1339)



Prozessgeschichte:

A.

Am 7. Dezember 2021 schrieb die Staatskanzlei des Kantons Bern (STA), Amt für Kommunikation (KomBE), auf der Publikationsplattform SIMAP den Auftrag «Medienmonitoring Kanton Bern» im offenen Verfahren aus. Innert Frist gingen drei Offerten ein, jene der [REDACTED] AG, jene der [REDACTED] Schweiz AG sowie jene der [REDACTED] AG. Mit Verfügung vom 29. März 2022 erteilte die Staatskanzlei der [REDACTED] Schweiz AG den Zuschlag.

B.

Hiergegen hat die [REDACTED] AG am 19. April 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Begehren, die Verfügung der Staatskanzlei vom 29. März 2022 sei aufzuheben, die [REDACTED] Schweiz AG sei vom Vergabeverfahren auszuschliessen und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventuell sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen bzw. subeventuell die Vergabestelle anzuweisen, den Praxistest im Vergabeverfahren gestützt auf die bereits gewählte Bewertungsmethodik und auf der Grundlage des Medienspiegels vom 7. Februar 2022 erneut durchzuführen. Zur Wahrung dieser Hauptbegehren hat die Beschwerdeführerin sodann beantragt, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Weiter hat sie Einsicht in sämtliche Verfahrensakten verlangt.

Mit Verfügung vom 22. April 2022 hat der Abteilungspräsident der Staatskanzlei superprovisorisch den Vertragsabschluss untersagt.

Die [REDACTED] Schweiz AG und die Staatskanzlei schliessen mit Beschwerdeantworten vom 13. bzw. 16. Mai 2022 je auf Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie haben am 17. Mai 2022 überdies Gelegenheit erhalten, sich zu allfälligen einer Akteneinsicht entgegenstehenden überwiegenden Interessen zu äussern. Davon hat die Beschwerdegegnerin 1 mit Eingabe vom 31. Mai 2022 Gebrauch gemacht, während die Staatskanzlei am 24. Mai 2022 auf eine Stellungnahme verzichtete.

Die Beschwerdeführerin hat mit Replik vom 7. Juni 2022 an den bisherigen Verfahrensanhängern und Begehren in der Sache festgehalten; auch die Staatskanzlei und die Beschwerdegegnerin 1 bestätigen mit Duplik vom 24. bzw. vom 30. Juni 2022 die bereits gestellten Anträge.

Am 5. Juli 2022 hat der Instruktionsrichter der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als ordentliche vorsorgliche Massnahme die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die Verfahrensakten gewährt. Zugleich hat die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhalten, die Beschwerde bzw. Replik zu ergänzen, wovon sie mit Eingabe vom 27. Juli 2022 Gebrauch gemacht (Triplik) und dabei an ihren Anträgen in der Sache festgehalten hat. Hierzu haben die Beschwerdegegnerin 1 und die Staatskanzlei je am 17. August 2022 Stellung genommen und ebenfalls an ihren Anträgen festgehalten. Mit Eingaben vom 15. September 2022 bzw. vom 4. und 11. Oktober 2022 haben die Beschwerdeführerin bzw. die Staatskanzlei und die Beschwerdegegnerin 1 Schlussbemerkungen eingereicht.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der gegen die Zuschlagsverfügung der Staatskanzlei gerichteten Beschwerde als letzte kantonale Instanz 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) zuständig (vgl. auch Art. 12 Abs. 1 und 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BAG 02-092; in Kraft bis 31.1.2022; vgl. BAG 21-109] i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und Art. 25b des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung [Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01]; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 62 N. 1 und 6; vgl. zum anwendbaren Recht hinten E. 2). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als zweitplatzierte Anbieterin

durch die angefochtene Verfügung besonders berührt; sie hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG), besteht doch eine reelle Chance, dass sie als preisgünstigste Anbieterin den Zuschlag erhält (vgl. BGE 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). Sie ist damit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (vgl. Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG; Art. 14 Abs. 1 ÖBG; Art. 15 Abs. 2 der [alten] Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [aIVöB; BAG 02-092 bzw. in der letzten massgeblichen Fassung vom 15.6.2010, BAG 10-064]). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 Abs. 1 und 2 aIVöB).

2.

Im Zuge der Umsetzung des auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzten revidierten Übereinkommens vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) ist am 1. Februar 2022 die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1) für den Kanton Bern gestützt auf Art. 3 und 4 des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2) jedenfalls «sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht» in Kraft getreten, soweit sie nicht direkt zur Anwendung gelangt infolge einer zulässigerweise bedingt abgegebenen, einseitig den Beitritt herbeiführenden Erklärung des Kantons Bern (vgl. Art. 63 Abs. 1 IVöB; zur Zulässigkeit eines Beitritts unter Vorbehalt vgl. die zweite Lesung zum IVöBG, in Tagblatt des Grossen Rates 2021, Sommersession, S. 55 ff. [Geschäfts-Nr. 2019.KAIO.520], sowie Bürki/Bieri-Evangelisti, Der Kanton Bern und das Beschaffungsk Konkordat 2019: Gedanken zu Zulässigkeit und Wirkung eines Beitritts unter Vorbehalt, in BVR 2022 S. 322 ff., 367 ff.). Soweit direkt anwendbar, sieht die Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB jedoch vor, dass Vergabeverfahren,

die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Auch nach allgemeinen intertemporalrechtlichen Prinzipien ist hier auf das bisherige Recht abzustellen (statt vieler BVR 2022 S. 139 [VGE 2020/447 vom 21.12.2021] nicht publ. E. 2, 2015 S. 15 E. 3.1). Auf das mit Ausschreibung vom 7. Dezember 2021 eingeleitete Vergabeverfahren (vgl. Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 62 BöB/Art. 64 IVöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in BBl 2017 S. 1851 ff., S. 1192 [richtig S. 1992]) ist daher das bisherige Recht, mithin das ÖBG, die aIVöB und die Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BAG 02-072; in Kraft bis 31.1.2022 [vgl. BAG 21-111]), anwendbar (zum Ganzen VGE 2021/357 vom 30.3.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 2.1, 2021/339 vom 14.9.2022 E. 3).

3.

3.1 Das KomBE unterstützt die Direktionen, die Staatskanzlei und die Ämter in ihrer Kommunikationsarbeit. Es ist die zentrale Ansprechstelle für die Medienarbeit der Regierung, der Verwaltung und des Parlaments und steuert die Gesamtkommunikation des Kantons (vgl. Art. 13 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Staatskanzlei [Organisationsverordnung STA, OrV STA; BSG 152.211]). Für die Erfüllung seines Auftrags betreibt es ein umfassendes und kontinuierliches Medienmonitoring, das den Organisationseinheiten aller Direktionen sowie den Mitgliedern des Grossen Rates zur Verfügung gestellt wird (Ausschreibungsunterlagen vom 7.12.2021, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 2; nachfolgend: Ausschreibungsunterlagen] Ziff. 1.2). Im Auftrag des KomBE beobachtet ein externer Anbieter Schweizer Printmedien aus drei Landesteilen und speist lektorierte Artikel mit Bezug zum Kanton Bern (anhand einer rund 180 Schlagwörter umfassenden Liste) in eine internetbasierte Datenbank ein (inkl. Vergabe von Tags). Auf dieser Grundlage und anhand eigener Medienbeobachtung wertet das KomBE die Medienberichterstattung im Hinblick auf ihre Relevanz für die Tätigkeit der kantonalen Behörden und Verwaltung täglich aus und versendet eine Auswahl der wichtigsten Artikel und Beiträge

an die Empfängerinnen und Empfänger des kantonalen Medienmonitorings (Ausschreibungsunterlagen Ziff. 2.1 f.). Mit dem ausgeschriebenen Auftrag wird ein Anbieter gesucht, der alle für den Kanton Bern relevanten Print- und Onlinemedien sowie Radio und TV-Stationen abdeckt und die interessierenden Inhalte zeitgerecht und in der gewünschten Qualität liefert (vgl. Ausschreibung vom 7.12.2021, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 1] Ziff. 2.6; Ausschreibungsunterlagen Ziff. 3). Im Unterschied zum jetzigen Zustand sollen neu vom externen Anbieter nicht nur Printartikel, sondern auch lektorierte Artikel bzw. Beiträge aus Online- und elektronischen Medien (Radio und TV) mit Bezug zum Kanton Bern in die internetbasierte Datenbank eingespielen und mit Tags versehen werden (Ausschreibungsunterlagen Ziff. 2.3). Das Ziel ist ein möglichst lückenloses, lektoriertes Monitoring der definierten Themen in Schweizer Print-, Online- und elektronischen Medien, wobei die relevanten Lead-Medien im Kanton Bern (gemäss Mediensample in Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen) im Fokus stehen (Ausschreibungsunterlagen Ziff. 2.4).

3.2 Zur Beschaffung des externen Medienmonitorings ab 2023 schrieb die Staatskanzlei (KomBE) am 7. Dezember 2021 auf SIMAP den Auftrag «Medienmonitoring Kanton Bern» im offenen Verfahren aus (vorne Bst. A). Darin bzw. in den Ausschreibungsunterlagen hat sie die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung wie folgt bekannt gegeben (Ausschreibung vom 7.12.2021, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 1] Ziff. 2.10; Ausschreibungsunterlagen Ziff. 4.3.1):

Zuschlagskriterien	Nachweis	Anteil in %
Preis	Angebot gemäss Offerte	40
Praxistest	Medienmonitoring KW3 2022 (Aufgabenstellung unter 3.5)	30
Systemanforderungen & Tägliche Medienbeobachtung	Erklärung und Visualisierung des Tools auf max. 10 A4 Seiten inkl. illustrativer Screenshots. Mind. ein Gastzugang, mit dem die internetbasierte Plattform ausprobiert und die in der Praxiswoche angelieferten Daten eingesehen werden können	15

Reporting	Einschätzung über die Möglichkeiten und Umsetzung (max. 3 A4 Seiten)	5
Angebotspräsentation	Präsentationsraster	10
Total		100

Beim Zuschlagskriterium «Systemanforderungen & Tägliche Medienbeobachtung» hat die Staatskanzlei in den Ausschreibungsunterlagen folgende Unterkriterien definiert: Allgemeine Leistungen (ZK 3.1), Systemanforderungen / internetbasierte Datenbank (ZK 3.2) und Tägliche Medienbeobachtung (ZK 3.3). Diese Unterkriterien wurden ihrerseits weiter unterteilt in verschiedene Unter-Unter-Kriterien. Beim Zuschlagskriterium Reporting (ZK 3.4) wurden ebenfalls drei Unterkriterien bestimmt (vgl. Ausschreibungsunterlagen Ziff. 3.1-3.4).

3.3 Ein fünfköpfiges Bewertungsgremium nahm die Evaluation der drei eingegangenen Angebote, der Testwoche sowie der Angebotspräsentation vor. Gemäss dem von den Mitgliedern des Evaluationsteams verwendeten Offertbewertungsblatt wurden die Zuschlagskriterien wie folgt bewertet (vgl. Deckblatt Offertbewertung, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 14], auch zum Folgenden):

- «0: gar nicht erfüllt / ungenügend
- 1: eher nicht erfüllt / genügend
- 2: eher erfüllt / gut
- 3: vollständig erfüllt / sehr gut»

Zur Konsolidierung wurden laut den Erläuterungen zum Offertbewertungsblatt die bei den Zuschlagskriterien erzielten Punkte (exkl. Preis) aus den fünf Einzelbewertungen addiert und durch die Anzahl bewertender Personen dividiert, wobei das Gesamttotal der Punkte (max. 10'000) bestehen blieb. Weiter war vorgegeben, dass «in der Regel» die Punkte anhand der Noten ausschlaggebend für die Klassierung sind. Die Begründung war beizuziehen, falls es zwischen zwei Anbietenden knapp würde und eine gemeinsame (Neu-)Beurteilung der Angebote im Plenum erforderlich werden sollte. Bei der gemeinsamen Beurteilung wurden Ranglistenpunkte vergeben. Die in der Kategorie beste Anbieterin erhielt drei Punkte, die zweitbeste Anbieterin zwei Punkte, die «schwächste» Anbieterin einen Punkt; die in der entsprechenden Kategorie zu vergebenden Punkte wurden dreigeteilt und mit den

jeweiligen Ranglistenpunkten multipliziert (vgl. Evaluationsbericht vom 29.3.2022, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 16] Ziff. 5.3.2).

3.4 Die Vergabestelle bewertete die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 1 wie folgt (Konsolidierte Offertbewertung Medienmonitoring, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 14]; Evaluationsbericht vom 29.3.2022, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 16], Ziff. 5.4):

Auszug aus Tabelle "Konsolidierte Offertbewertung"											
Beschwerdeführerin											
	max.	Einzelnoten					Anzahl	Punkte			
	Punktzahl						Bew.	aus	Bew.		
								Bew.		konso-	Punkte
										liedert	konso-
											liedert
ZK 3.1	300	1	3	3	3	2	5	240		1	100
ZK 3.2	600	1	1	1	3	0	5	240		1	200
ZK 3.3	600	1	1	1	2	0	5	200		1	200
ZK 3.4	500	2	1	1	2	0	5	200		1	167
Praxistest	3000			1	2	1	3	1333		1	1000
Präsentation	1000	2	2	1	1		4	500		1	333
Preis	4000							4000			4000
	10000							6713			6000
Beschwerdegegnerin 1											
	max.	Einzelnoten					Anzahl	Punkte			
	Punktzahl						Bew.	aus	Bew.		
								Bew.		konso-	Punkte
										liedert	konso-
											liedert
ZK 3.1	300	2	3	3	3	2	5	260		2	200
ZK 3.2	600	3	3	3	3	3	5	600		3	600
ZK 3.3	600		3	3	3	3	4	600		3	600
ZK 3.4	500	3	3	3	3		4	500		3	500
Praxistest	3000			2	2	1	3	1667		2	2000
Präsentation	1000	3	3	3	2		4	917		2	667
Preis	4000							1896			1896
	10000							6440			6463

Dergestalt konsolidiert «bewertet», erhielt die Beschwerdeführerin mit dem Angebot zum Preis von Fr. 64'468.80 eine Gesamtpunktzahl von 6'000 und belegte den zweiten Platz, während die Beschwerdegegnerin 1 mit ihrem Angebot zum Preis von Fr. 81'421.20 eine Gesamtpunktzahl von 6'463 erreichte und damit den Zuschlag erhielt (Zuschlagsverfügung vom 29.3.2022, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 19]).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die Beschwerdegegnerin 1 erfülle das Eignungskriterium (EK) 3.2.7 «Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» nicht und hätte deshalb vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

4.1 Allfällige Eignungskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen (Art. 16 Abs. 1 ÖBV). Es handelt sich dabei um Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur sachgerechten Ausführung und Erledigung des ausgeschriebenen Auftrags in der Lage sind. Gegenstand sein können insbesondere die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterschaft, wobei die Eignungskriterien jeweils auftragspezifisch zu bestimmen und wo nötig zu präzisieren sind. Zur Beurteilung der festgelegten Eignungskriterien können Nachweise verlangt werden (Art. 16 Abs. 2 und 3 ÖBV; vgl. auch zum Folgenden VGE 2018/169 vom 5.9.2018 E. 5.1 [bestätigt durch BGer 2C_916/2018 vom 11.6.2019]; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 871 ff. [nachfolgend: Öffentliches Beschaffungsrecht], S. 923 Rz. 183 mit Hinweisen). Bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum. Eignungskriterien sind in der Regel Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt sind oder nicht. Liegt die geforderte Eignung vor, führt dies zur Zulassung zum (weiteren) Verfahren; sind die Eignungskriterien dagegen nicht (vollständig) erfüllt, hat dies grundsätzlich den Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge (Art. 24 Abs. 1 Bst. c ÖBV; vgl. etwa VGE 2016/291 vom 3.4.2017 E. 7.3 [bestätigt durch BGer 2D_17/2017 vom 7.3.2018]; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 923 Rz. 185, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580 ff.; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1687; zum Ganzen VGE 2021/169 vom 31.8.2021 E. 3.2.1).

4.2 Wie die Erklärung eines Anbieters bzw. einer Anbieterin im Vergabeverfahren – und damit dessen bzw. deren Angebot – zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Gehalt einer Offerte bestimmt sich, den gewöhnlichen schuldrechtlichen Auslegungsregeln entsprechend, nach

Massgabe des durch die Anbieterin bzw. den Anbieter erklärten wirklichen Willens, soweit die Vergabestelle diesen erkannt hat. Der wirkliche Wille einer Anbieterin bzw. eines Anbieters kann sich dabei aus dem Angebot und den Umständen ergeben oder aus der Einholung von Erläuterungen resultieren. Im Übrigen bestimmt sich der Inhalt eines Angebots danach, was die Vergabestelle nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (vgl. BGer 2D_64/2019 vom 17.6.2020 E. 3.4 [mit Hinweis auf BGE 141 II 353 E. 8.2.4 {Pra 105/2016 Nr. 31}], 3.6 und 4.3 [zusammengefasst in BR 2021 S. 39]; vgl. auch BVR 2019 S. 201 E. 3.3; VGE 2018/232 vom 15.11.2018 E. 2.4, 2018/169 vom 5.9.2018 E. 5.1 [bestätigt durch BGer 2C_916/2018 vom 11.6.2019; je betreffend Auslegung der Ausschreibung]; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1736; zum Ganzen VGE 2021/169 vom 31.8.2021 E. 3.2.2).

4.3 Die Ausschreibung «Medienmonitoring Kanton Bern» enthält die als EK formulierte Vorgabe, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kantons Bern über die Informationssicherheit und den Datenschutz bei der Erbringung von Informatikdienstleistungen («AGB ISDS») einzuhalten sind (vgl. Ausschreibung vom 7.12.2021, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 1] Ziff. 3.7; Ausschreibungsunterlagen Ziff. 3.2). Zum Nachweis der Eignung war das Formular «Anhang 2: Eignungskriterien» auszufüllen, wobei bezüglich des EK 3.2.7 «Einhaltung der AGB ISDS» hinter der Aussage «Der Anbieter bestätigt die Einhaltung der AGB des Kantons Bern» ein Kreuz (Ja oder Nein) zu setzen war (vgl. Ausschreibungsunterlagen Ziff. 4.2 und Anhang 2 Formular «Eignungskriterien», auch zum Folgenden). Bei der Beurteilung der Eignung war gemäss Ausschreibungsunterlagen «ausschliesslich auf die Angaben im Formular oder auf explizite referenzierte Zusatzdokumente» abzustützen; das Formular musste vollständig ausgefüllt und rechtsgültig unterzeichnet werden. – In ihrem Angebot vom 2. Februar 2022 (in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 6] S. 7 ff. [nachfolgend: Angebot]) hat die Beschwerdegegnerin 1 den Anhang 2 vollständig ausgefüllt und alle Fragen mit Ja beantwortet. Insbesondere hat sie das streitbetreffende EK 3.2.7 zur Einhaltung der AGB des Kantons Bern und damit die Einhaltung der AGB ISDS bestätigt (Angebot S. 8). Im detaillierten Projektbeschrieb (Angebot S. 12 f., Ziff. 4.1) führt die Beschwerdegegnerin 1 zudem aus, dass das Angebot «dem schweizerischen Datenschutzrecht sowie allenfalls anwendbarem ausländischem Datenschutzrecht wie insbesondere jenem der Europäischen

Union (EU) mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)» unterliege (Angebot S. 13). Die Anbieterin hat dabei die AGB ISDS im Untertitel des entsprechenden Abschnitts zwar erwähnt («Einhaltung AGB und ISDS [EK 3.2.7]») und sich in den nachfolgenden Erläuterungen zu den öffentlich-rechtlichen Datenschutzbestimmungen (insb. der EU) geäußert, nicht jedoch zu den AGB ISDS des Kantons Bern.

4.4 Nach dem Ausgeführten hat die Beschwerdegegnerin 1 – wie es der Nachweis erforderte – im Formular «Eignungskriterien» (Anhang 2) die Einhaltung des AGB ISDS zugesichert. Damit steht ihre Eignung fest, genügte doch gemäss den Ausschreibungsunterlagen die Bestätigung, dass der oder die Anbietende die AGB ISDS einhalten werde. Daran ändert nichts, dass sie im detaillierten Projektbeschrieb die AGB ISDS in den Erläuterungen nicht erwähnt hat bzw. nicht weiter darauf eingegangen ist. Da die Deklaration im Formular 2 massgeblich war, musste die Anerkennung der AGB ISDS im detaillierten Projektbeschrieb nicht nochmals zugesichert werden. Die Staatskanzlei durfte den dort gemachten Verweis der Beschwerdegegnerin 1 auf das anwendbare Recht und die DSGVO ohne Weiteres als eine allgemeine Erklärung zur Datenschutzpolitik der Beschwerdegegnerin 1 verstehen, wird doch dadurch die ausdrückliche und vorbehaltlose Anerkennung der AGB ISDS im massgeblichen Formular nicht in Frage gestellt. Es ist daher nicht zu beanstanden und hält der Rechtskontrolle stand, wenn die Staatskanzlei das EK 3.2.7 «Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» bei der Beschwerdegegnerin 1 als erfüllt betrachtet und davon abgesehen hat, diese vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

5.

Strittig ist weiter, ob die Bewertung der Zuschlagskriterien (ZK), insbesondere des ZK «Praxistest», rechtskonform ist.

5.1 Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wobei als solches dasjenige gilt, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 ÖBV; vgl. auch Art. 13 Bst. f aIVöB). Als Zuschlagskriterien

können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Qualität, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur (Art. 30 Abs. 3 Satz 1 ÖBV; vgl. auch BGE 143 II 553 E. 6.4). Die Zuschlagskriterien sind von der Vergabebehörde jeweils im Einzelfall auftragsspezifisch festzulegen (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV). Auswahl und Gewichtung müssen sachlich gerechtfertigt sein, d.h. sich an den Anforderungen des konkreten Auftrags und dessen Bedeutung orientieren (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 872 und 917; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 2001, S. 1405 ff., 1406; vgl. auch Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 924 Rz. 189). Um die notwendige Transparenz zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien zudem nach ihrer prozentualen Gewichtung oder zumindest in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben werden (vgl. statt vieler BGE 143 II 553 E. 7.7, 130 I 241 E. 5.1 [Pra 94/2005 Nr. 59]; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 956, 972 f.). Für die in den Anwendungsbereich des ÖBG fallenden Beschaffungen schreibt das kantonale Submissionsrecht vor, dass die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung aufzuführen sind. Stellt der Preis ein Zuschlagskriterium dar, muss vorgängig auch die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird (Art. 30 Abs. 2 ÖBV). Der Vergabebehörde steht bei der Festlegung der Kriterien, deren Gewichtung und der Wahl von Bewertungsmethoden ein grosser Beurteilungsspielraum bzw. ein weites Ermessen zu; die Beschwerdeinstanzen greifen nur ein, wenn die Vergabebehörde sich rechtsfehlerhaft verhält (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 aIVöB; Art. 14 Abs. 2 ÖBG; BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2015 S. 564 E. 4.1 f.; VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 6.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 873 ff., 956; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008 [nachfolgend: Ziele und Instrumente], Rz. 143).

5.2 Die publizierten Zuschlags- und Unterkriterien – samt Gewichtung und allfälligen Bewertungsregeln – sind für die Vergabebehörde verbindlich. Sie hat die Angebote demnach ausschliesslich nach den vorab bekannt gegebenen Kriterien zu beurteilen (BVR 2019 S. 201 E. 3.3; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 859 f.). Bei der Bewertung der einzelnen Angebote anhand der Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen

Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle durch die Rechtsmittelinstanzen unterliegt, auch wenn diese regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben (BVR 2006 S. 500 [VGE 22523 vom 12.7.2006] nicht publ. E. 5.2 f.; jüngst VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 6.2; vgl. auch BGE 141 II 353 E. 3, 141 II 14 E. 8.3; BGer 2D_9/2019 vom 22.7.2019 E. 3.3). Die Angebotsbewertung muss in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertungsmethode darf nicht zu Ergebnissen führen, welche die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt (vgl. BVR 2006 S. 327 E. 4e; VGE 2019/369 vom 24.3.2020 E. 3.2; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 925 ff. und 933 Rz. 192, 199 und 218; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 914). Der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 11 Abs. 1 Bst. a aIVöB) gebietet, dass das Bewertungs- und Benotungssystem auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird (vgl. Art. 25 Abs. 1 ÖBV; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, Rz. 185 ff., 213 ff.; Matthias Hauser, a.a.O., S. 1409 f.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 902 f. Rz. 107 f.). Die Vergabebehörde hat die Überlegungen, die sie zu ihrem Entscheid geführt haben, zu dokumentieren. Dabei sind die Kriterien der Punkteverteilung im Einzelnen zu erläutern und die Wertungsentscheide offen zu legen, die zur konkreten Benotung geführt haben. Nur so kann im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Zuschlagsentscheids beurteilt werden, ob eine rechtsgleiche und sachgemässe Bewertung der Angebote im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Beurteilungsspielraums erfolgt ist (VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 11.2, 2019/369 vom 24.3.2020 E. 6.4 je mit Hinweisen; vgl. auch vorne E. 5.1).

5.3 Aus den *Ausschreibungsunterlagen* ergibt sich bezüglich des ZK «Praxistest» (vgl. vorne E. 3.2), dass die Anbieterinnen für die Kalenderwoche 3 des Jahres 2022 (17.-23.1.2022) ein «Referenzwoche Medienmonitoring» einzureichen hatten. Dabei sollten sie einerseits «demonstrieren, dass sie die für KomBE relevanten Inhalte gemäss Mediensample, Schlagwort- und Tagliste (gemäss Anhang 3-5) finden». Andererseits war «auf[z]uzeigen, wie ihre Suchergebnisse auf der internetbasierten Datenbank dargestellt und Artikel über die Suchmaske gefunden und ergänzt werden können». Und drittens war zu «zeigen, wie sie die gefundenen Artikel in einem täglichen

Medienmonitoring zielgruppengerecht aufbereiten und versenden» (Aus-schreibungsunterlagen Ziff. 3.5). Anlässlich der *Fragerunde* wurde zum Zu-schlagskriterium «Praxistest» u.a. ausgeführt, dass im Praxistest Medien-sample, Schlagwortliste sowie Tagliste komplett abzubilden seien. Zudem müssten die Anforderungen an das Branding (EK 3.2.5 und 3.3.3) zwingend erbracht werden. Die Erfüllung weiterer Brandinganforderungen (ZK 3.2.5, 3.3.4 und 3.3.5) sei wünschenswert (vgl. Fragen und Antworten, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 3], Antwort auf Frage 1). – Die Staatskanzlei nahm in der Folge eine *Auswertung* der seitens der Anbieterinnen angelieferten Medien-inhalte vor. Die Auswertung ist dabei unter zwei Gesichtspunkten erfolgt:

5.3.1 Zum einen sind die in der Internetdatenbank angelieferten Treffer in eine Excel-Liste exportiert und eine Kategorisierung anhand eines Ampel-systems (in den Farben grün, orange und rot) vorgenommen worden. Die Farben des Ampelsystems wurden von der Staatskanzlei wie folgt zugewie-sen: grün = Treffer, die dem Gesuchten entsprechen; orange = Treffer, die als Grenzfall eingeordnet werden können; rot = Fehltreffer, die nicht mit dem Gesuchten übereinstimmen (vgl. Duplik vom 24.6.2022, act. 15, S. 4 auch zum Folgenden). Bei den mit «grün» bewerteten handelte es sich um jene Artikel, die dem von der Staatskanzlei gesuchten Trefferbild anhand der Schlagwortliste entsprechen. Für zwei Tage der Testwoche (17. und 19.1.2022) ist sodann eine Auswertung der Treffer in den Bereichen «Print», «Radio», «TV» und «Online» vorgenommen worden, und zwar wie folgt:

Analyse Testtage

	17.1			19.1		
	grün	orange	rot	grün	orange	rot
█	25	3	5	44	12	21
Print	3	3	0	3	0	0
Radio	2	0	0	2	0	0
TV	32	8	0	44	0	1
Online						
█	26	1	0	37	4	9
Print	6	1	0	5	0	0
Radio	1	0	0	2	0	0
TV	50	3	0	56	1	9
Online						
█	1	2	0	55	6	7
Print	10	1	0	10	3	0
Radio	3	0	0	2	0	0
TV	36	12	1	38	31	4
Online						

5.3.2 Zum anderen verglich die Staatskanzlei über die ganze Testwoche hinweg die von den Anbieterinnen angelieferten Treffer mit den durch die Staatskanzlei im täglichen Medienversand an die kantonalen Nutzerinnen und Nutzer des Medienmonitorings verschickten Artikel und Beiträge (Näheres zum aktuellen Zustandekommen dieser Sendungen hinten E. 5.7). Die von den Anbieterinnen erreichten Prozentanteile an den von ihr in dieser Woche zusammengestellten und versandten Printartikeln wies sie in der Liste «Eff. versendete Printartikel» (in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 11]) für die deutschsprachigen und französischsprachigen Medien separat aus. Dabei erreichten die Anbieterinnen die folgenden Prozentanteile: █████ AG 97 % (dt.) und 82 % (franz.), █████ Schweiz AG 80 % (dt.) und 42 % (franz.) sowie █████ AG 53 % resp. 70 % (dt.) und 49 % (franz.).

5.3.3 Massstab für die Auswertung der Testwoche bildeten demnach sowohl die Fundtreffer nach Schlagwortliste als auch die effektiv durch das KomBE versendeten Medieninhalte. Anhand dieser Grundlagen gelangte das Bewertungsgremium für die Benotung des ZK «Praxistest» zu folgenden Schlüssen (Evaluationsbericht vom 29.3.2022, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 16], Ziff. 5.3.2.3; Hervorhebung nur hier):

«[...] Den mit Abstand besten Eindruck hinterliess █████. Der Anbieter fand über die gesamte Testwoche 97 % der im effektiv verschickten Monitoring enthaltenen Printartikel. Bei der Beobachtung der beiden französischsprachigen Zeitungen Journal du Jura und Quotidien Jurassien vermochte █████ 82 % der für KomBE relevanten Artikel zu finden. Auch bei den beiden komplett analysierten Testtagen (Print, Online, Radio und TV) [...] fand █████ im Vergleich mit den beiden anderen Anbietern am meisten für KomBE relevante Artikel. Einzig bei den elektronischen Medien vermochte █████ nicht restlos zu überzeugen. [...] █████ kam jedoch immerhin auf einen 80 % Anteil der in der Testwoche von KomBE effektiv versandten Printartikel. Offensichtliche Schwächen offenbarte █████ beim Anteil gefundener französischsprachiger Artikel (42 %). Bei den beiden komplett beobachteten Testtagen fand █████ zwar weniger relevante Artikel als █████ hatte von allen Anbietern aber am wenigsten falsche resp. nicht relevante Artikel angeliefert. Bei der █████ gestaltete sich die Auswertung schwierig, da der Excel-Export deutlich weniger Artikel lieferte als der PDF-Export. Unabhängig davon erzielte █████ beim Vergleich mit den effektiv von KomBE versandten Printartikeln lediglich Werte von 53 % (Excel-Export) resp. 70 % (PDF-Export). Bei der Analyse von Journal du Jura und Quotidien Jurassien kommt █████ auf 49 %. Bei den beiden komplett analysierten Testtagen fand █████ am wenigsten relevante Artikel, konnte aber mit den meisten elektronischen Beiträgen (Radio und TV) überzeugen».

5.4 Die Beschwerdeführerin macht zusammenfassend geltend, die Bewertung des ZK «Praxistest» sei nicht korrekt erfolgt. Zunächst seien die von der Vergabestelle als «relevant» erachteten Treffer nicht gemäss der vorgegebenen Schlagwortliste bestimmt worden und fehlten Kriterien für die Kategorisierung der orangen Treffer. Weiter sei nicht nachvollziehbar, unter welchen Gesichtspunkten die Beurteilung erfolgt sei. Die Vergabestelle habe – nebst der Trefferrelevanz – zwei weitere Unterkriterien bekannt gegeben: Einerseits sei aufzuzeigen gewesen, wie Suchergebnisse in der internetbasierten Datenbank dargestellt und Artikel über die Suchmaske gefunden und ergänzt werden könnten. Andererseits sei zu präsentieren gewesen, wie die gefundenen Artikel in einem täglichen Medienmonitoring zielgruppengerecht aufbereitet und versendet würden. Was unter diesen beiden Aspekten indes konkret bewertet worden sei und wie dies das Ergebnis beeinflusst habe, sei nicht ersichtlich. Unklar sei auch die Abgrenzung zu bereits unter anderen Subkriterien bewerteten Gesichtspunkten wie namentlich zu den ZK 3.2.3 «Benutzerfreundliche Bedienung und Darstellung der internetbasierten Datenbank» und 3.3.2 «Aufzeigen einer innovativen Lösung für den Versand des täglichen Medienmonitorings». Zudem beruhe die Bewertung auf falschen Grundlagen, zumal Medientreffer ihres Praxistests – aus welchen Gründen auch immer – aus der internetbasierten Datenbank gelöscht worden seien. Die Mitglieder des Evaluationsteams seien darum bei der Bewertung ihres Angebots von einem zu schlechten Resultat ausgegangen. Die Praxistestbewertung sei schliesslich auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie auf einem Vergleich mit den im Testzeitraum effektiv vom KomBE verschickten Treffern und damit auf einer «Soll-Vorgabe» beruhe, die auf einer Vorselektion durch eine der beiden Konkurrentinnen gründe, womit diese begünstigt werde. – Die Staatskanzlei bringt dagegen vor, dass die Bewertung korrekt erfolgt sei bzw. sich allfällige Fehler nicht auf das Endergebnis ausgewirkt hätten. Zwar seien aus nicht nachvollziehbaren Gründen tatsächlich Treffer der Beschwerdeführerin im (virtuellen) Papierkorb gelandet und der Excel-Export unvollständig gewesen. Aus der Liste «Eff. versendete Printartikel» und dem Evaluationsbericht gehe jedoch hervor, dass die Staatskanzlei auf die Differenz zu den im PDF-Export ausgewiesenen Titeln aufmerksam geworden sei und die fehlenden Treffer (ebenfalls) berücksichtigt habe. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass sie bei der für das KomBE wichtigs-

ten Evaluation, nämlich dem Vergleich der von den Anbieterinnen gefundenen mit den vom KomBE ausgewählten und effektiv verschickten Printartikeln, klar am schlechtesten abgeschnitten habe. Was die Excel-Liste bzw. die Auswertung der beiden Stichtage betreffe, sei diese für die Beurteilung der Testwoche von untergeordneter Bedeutung, habe doch die Farbcodierung lediglich dazu gedient, zu ermitteln, in welchem Ausmass ein «Rauschen» existiere. Es sei absichtlich darauf verzichtet worden, die Analyse zu quantifizieren und eine Fehler- bzw. Trefferquote zu berechnen, zumal eine solche nur bedingt einen Gradmesser für die Qualität des Monitorings darstelle. Was die weiteren Unterkriterien betreffe, seien die Darstellung der Suchergebnisse und die Auffindbarkeit der Artikel einschliesslich Ergänzungsmöglichkeiten sowie die zielgruppengerechte Aufbereitung und der Versand beurteilt worden. Dabei habe die internetbasierte Datenbank der Beschwerdeführerin («blueReportNewsroom») im Vergleich zu den Angeboten der Konkurrentinnen schlechter abgeschnitten; das Evaluationsteam habe sich schwergetan, das Tool mit seinem kompletten Funktionsumfang zu bedienen. Die Subkriterien seien bewusst nicht je einzeln, sondern als Ganzes bewertet worden.

5.5 Die Staatskanzlei hat zwar bestätigt, dass die Excel-Liste, die in Bezug auf die Suchtreffer der Beschwerdeführerin zumindest teilweise Grundlage der Beurteilung bildete, nicht vollständig gewesen ist. Gleichzeitig hält sie aber fest, dies habe sich auf die Bewertung und Rangierung nicht ausgewirkt. Dem kann nicht gefolgt werden:

5.5.1 Zwar hat die Vergabebehörde eine Diskrepanz in der Zahl der von der Beschwerdeführerin gefundenen Inhalte festgestellt. In der Folge berücksichtigte sie deshalb bei der Beschwerdeführerin für den Vergleich der gefundenen Printartikel mit den vom KomBE ausgewählten und effektiv verschickten Artikeln auch die Titel des PDF-Exports, welcher höhere Zahlen ausweist als der Excel-Export. Nicht berücksichtigt hat sie diese höheren Zahlen jedoch bei der detaillierten Auswertung der Testtage; diese beruht vielmehr auf den tieferen Zahlen des Excel-Exports (vgl. Analyse der eff. versendeten Printartikel sowie handschriftliche Analyse der Testtage vom 17. und 19.1.2022, beide in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 11]).

5.5.2 Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die Staatskanzlei die Excel-Liste nun nachträglich um die gelöschten Medieninhalte ergänzt und eine neue, korrigierte Auswertung vorgenommen (vgl. Beschwerdeantwort vom 16.5.2022 [act. 6] S. 10), in der sie nach eigenen Angaben weitere Fehler und noch enthaltene Mehrfachtreffer eliminierte. Nach dieser neuen Tabelle zeigt sich die Verteilung der von den Anbieterinnen angelieferten Medienbeiträge in den verschiedenen Kategorien wie folgt (Änderungen hervorgehoben):

Tabelle Staatskanzlei korrigiert						
	17.1			19.1		
	<i>grün</i>	<i>orange</i>	<i>rot</i>	<i>grün</i>	<i>orange</i>	<i>rot</i>
■						
Print	22	3	5	38	12	19
Radio	2	2	0	3	0	0
TV	2	0	0	2	0	0
Online	9	2	0	14	0	1
■						
Print	11	0	0	33	5	8
Radio	6	1	0	5	0	0
TV	1	0	0	3	0	0
Online	28	3	0	33	3	5
■						
Print	11	4	0	31	6	6
Radio	9	2	0	10	3	0
TV	3	0	0	2	0	0
Online	22	8	1	25	20	4

Ein Vergleich dieser neuen Auswertung mit der dem Evaluationsbericht zugrundeliegenden (vgl. vorne E. 5.3.1) zeigt einige Unterschiede: So liegen die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 1 im Printbereich nunmehr praktisch gleichauf. Im Onlinebereich schneidet dagegen die Beschwerdegegnerin 1 gegenüber der Beschwerdeführerin besser ab, während die Beschwerdeführerin dafür bei Radio und TV mehr Treffer aufweist. Es zeigt sich damit gegenüber der dem Evaluationsbericht zugrundeliegenden Auswertung ein deutlich ausgeglicheneres Bild bezüglich der von den Anbieterinnen gefundenen Treffer. Dabei kann der Staatskanzlei nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, dass dies im Ergebnis an der ursprünglichen Bewertung (Punktevergabe) beim Praxistest und damit am Gesamtergebnis nichts ändere (Beschwerdeantwort S. 11): Zwar soll die Bewertung anhand der Printliste im Vordergrund gestanden haben und die Excel-Liste

nur zur Feststellung des «Rauschens» (d.h. der Menge der irrelevanten oder redundanten Inhalte) gedient haben. Dies entspricht indes nicht der Begründung für die Bewertung gemäss Evaluationsbericht (vgl. vorne E. 5.3.3, auch zum Folgenden). Insbesondere geht aus diesem nicht hervor, dass der ersten Auswertung (Übereinstimmung der Treffer mit der Liste der effektiv versendeten Printartikel) gegenüber der zweiten (Detaillierte Auswertung zweier Testtage für alle vier Medienbereiche) ein höheres Gewicht zugekommen wäre; vielmehr werden die beiden Auswertungen als gleichwertig nebeneinander präsentiert. Entgegen der Vorbringen der Staatskanzlei wird im Evaluationsbericht durchaus darauf abgestellt, wer in welcher Kategorie anhand der Farbcodierung wie abgeschnitten hat. Die quantitative Auswertung entsprechend der Farbcodierung bildete somit sehr wohl Grundlage der Bewertung gemäss Evaluationsbericht. Soweit die Staatskanzlei nunmehr geltend macht, dass grüne Treffer nicht zwingend relevante Treffer seien, ergibt sich aus dem Evaluationsbericht gerade nicht, dass dies bei der Bewertung mitberücksichtigt worden wäre. Anders als die Staatskanzlei ausführt, ist zudem im Evaluationsbericht das «Rauschen» nur am Rand Thema, wird es doch einzig bei der Beschwerdegegnerin 1 und nur in Bezug auf die Printartikel erwähnt. Gemäss Evaluationsbericht bildete die – in Bezug auf die Beschwerdeführerin unrichtige – Excel-Liste demnach massgebliche Grundlage für die Bewertung des ZK «Praxistest».

5.5.3 Nach dem Gesagten ist ohne Weiteres möglich, dass die Mitglieder des Evaluationsteams bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin auf eine höhere Note geschlossen resp. diese gegenüber den Konkurrentinnen besser bewertet hätten, wenn sie dabei nicht auf die fehlerhafte Excel-Liste, sondern auf die später ermittelten korrekten Zahlen abgestellt hätten. Daran ändert nichts, dass die Staatskanzlei die Relevanz der erzielten grünen Treffer als Gradmesser für die Qualität der erzielten Suchresultate nunmehr stark – allerdings nicht durchwegs stichhaltig – zu relativieren versucht (vgl. etwa Beschwerdeantwort vom 16.5.2022 S. 8; Duplik vom 24.6.2022 S. 4) und dass das Bewertungsgremium beim Vergleich mit den effektiv vom KomBE versandten deutschsprachigen Printartikeln sowohl auf den Excel- als auch auf den PDF-Export abgestellt hat.

5.6 Damit beruht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, die Bewertung des ZK «Praxistest», das mit einem Gewicht von 30 % bzw. maximal 3'000 Punkten für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bedeutungsvoll ist, auf einem unrichtigen Sachverhalt und erweist sich als rechtsfehlerhaft. Was die weiteren in Zusammenhang mit dem ZK «Praxistest» vorgebrachten Rügen betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass die für seine Beurteilung vorab bekannt gegebenen Kriterien und Unterkriterien prinzipiell verbindlich sind (vorne E. 5.2), weshalb die Bewertung anhand (sämtlicher) dieser Gesichtspunkte zu erfolgen hat. Allerdings ist es zulässig, in den Ausschreibungsunterlagen die Unterkriterien ohne Gewichtung anzugeben, solange sie zumindest in der Reihenfolge ihrer Bedeutung genannt werden (vgl. Art. 30 Abs. 2 ÖBV; vorne E. 5.1). Die Vergabestelle durfte somit dem erstgenannten Unterkriterium – dem Finden der «relevanten Inhalte» (vgl. vorne E. 5.3) – die grösste Bedeutung zuerkennen. Ebenso hat sie den ihr bei der Konkretisierung der Zuschlagskriterien zustehenden (weiteren) Beurteilungsspielraum (vorne E. 5.2) nicht überschritten, wenn sie für die Bewertung dieses ersten (Unter-)Kriteriums auch die Übereinstimmung der Treffer mit den effektiv versendeten Printartikeln für massgeblich erachtete (vgl. auch VGer ZH VB.2015.00273 vom 1.9.2015 E. 4.5.3, auch zum Folgenden). Unter Transparenzgesichtspunkten erschiene indes heikel, die Auswertung der Testwoche – hinsichtlich des ersten Unterkriteriums – überwiegend anhand der «Soll-Grösse» der effektiv versendeten Printartikel vorzunehmen, geht doch die besondere Bedeutung dieses Faktors und Teilbereichs des Monitorings nicht in einer Klarheit aus den Ausschreibungsunterlagen hervor, welche es erlaubte, ihm einen vorrangigen Stellenwert einzuräumen. Was sodann die beiden weiteren Unterkriterien angeht (Darstellung der Suchergebnisse / Aufbereitung und Versand; vgl. vorne E. 5.3), ist zunächst unproblematisch, dass diese mit den unter den ZK 3.2.3 (Benutzerfreundlichkeit der Datenbank) und 3.3.2 (innovative Lösung für täglichen Versand) bewerteten inhaltlich teils übereinstimmen; es erscheint jedenfalls nicht rechtsfehlerhaft, bestimmte Bestandteile des Angebots unter dem Gesichtspunkt verschiedener Zuschlagskriterien zu beurteilen (vgl. VGer ZH VB.2016.00300 vom 10.2.2017 E. 9.5; zur Doppelprüfung als Eignungs- und Zuschlagskriterien statt vieler BGE 139 II 489 E. 2.2.4). Jedoch muss klar sein, was bei welchem Kriterium Gegenstand der Beurteilung bil-

dete. Dies bedingt, dass hierüber innerhalb des Beurteilungsgremiums Einigkeit sowie ein (möglichst) übereinstimmendes Verständnis hinsichtlich des Beurteilungsmassstabs bestand (vgl. Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Vergaberecht 2008, Rz. 86). Hier erwecken die (diversen) Begründungen der Einzelbewertungen den Eindruck, dass die jeweiligen Beurteilungen teilweise unter unterschiedlichen Gesichtspunkten erfolgt sind, womit sich fragt, ob den Mitgliedern des Evaluationsteams hinreichend klar war, was zu beurteilen war. Auch dem Evaluationsbericht kann nicht entnommen werden, wie und mit welcher Gewichtung die beiden Unterkriterien letztlich bewertet worden sind und wie sich dies auf die Punktevergabe ausgewirkt hat. Die Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin beim ZK «Praxistest» ist damit auch in dieser Hinsicht nicht genügend nachvollziehbar. Nicht zu beanstanden ist dagegen, dass die Vergabestelle unter diesen beiden (Unter-)Kriterien – entgegen dem Wortlaut in den Ausschreibungsunterlagen (danach war lediglich ein «Aufzeigen» verlangt) – das Mass der Erfüllung bewertet, mithin eine vergleichende und nicht etwa eine absolute (null-eins) Betrachtung vorgenommen hat, widerspräche doch ein solches Verständnis der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. Matthias Hauser, a.a.O., S. 1406; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 863).

5.7 Was sodann den Vorwurf betrifft, dass der bisherigen Anbieterin aufgrund ihrer langjährigen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle beim ZK «Praxistest» ein gewisser Vorteil zukomme, ist nicht von der Hand zu weisen, dass ihr die Bedürfnisse der Vergabestelle wohl besser bekannt sein dürften als den Konkurrentinnen. Diesem Umstand hat die Vergabestelle jedoch zunächst dadurch Rechnung getragen, dass sie in den Ausschreibungsunterlagen Angaben zu den relevanten Inhalten anhand von Medien-sample, Schlagwort- und Taglisten lieferte (vorne E. 3.1 auch zum Folgenden) und damit die Anforderungen an die ausgeschriebenen Leistungen präziserte, um den Anbietenden zu ermöglichen, bedarfsgerecht zu offerieren (vgl. Martin Beyeler, Ziele und Instrumente, Rz. 27 f.; vgl. auch BVGer B-1606/2020 vom 11.2.2022 E. 7.5.5). Weiter bildet die Medienbeobachtung durch die bisherige Anbieterin nur Ausgangspunkt des kantons-eigenen Medienmonitorings durch das KomBE, das der internetbasierten Datenbank weitere Beiträge aufgrund eigener Medienbeobachtung hinzufügt

und auf dieser Grundlage eine eigene Auswahl der für den Kanton relevanten Inhalte vornimmt, die es anschliessend in einem täglichen Medienspiegel kantonsintern versendet (vgl. vorne E. 3.1). Aufgrund der zusätzlichen resp. ergänzenden eigenen Überwachung und nachgelagerten Analyse der Medien sowie der finalen Selektion durch das KomBE reduziert sich das Risiko eines Wettbewerbsvorteils der bisherigen Anbieterin infolge besserer Kenntnis der für das KomBE relevanten Medieninhalte insgesamt auf ein nicht zu beanstandendes Mass. Es ist denn auch weder dargetan noch ersichtlich, welche (weiteren) Vorkehren seitens der Vergabestelle zu treffen gewesen wären, um ein allfälliges Informationsgefälle auszugleichen. Schliesslich ist bis zu einem gewissen Grad unvermeidbar und beschaffungsrechtlich hinzunehmen, dass wer einen (substanziell) vergleichbaren Auftrag bisher ausgeführt hat, über einen Wissensvorsprung verfügt, liesse sich dieser doch nur beseitigen, wenn solche Anbieter generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen ausgeschlossen würden, was aber mit dem Gleichbehandlungsprinzip (ebenfalls) nicht vereinbar ist (vgl. BGer 2P.146/2006 vom 8.11.2006 E. 2.2.2 a.E.; Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, in BR 2011 S. 4 ff., 6).

6.

Schliesslich liegt die gerügte Methode zur Zusammenführung der Einzelbewertungen bzw. Bewertung der Zuschlagskriterien durch das gesamte Beurteilungsgremium im Streit.

6.1 Das Angebot, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt und dem – als wirtschaftlich günstigsten – der Zuschlag zu erteilen ist (vgl. vorne E. 5.1), ist dasjenige, das unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien die höchste Bewertung erhält (vgl. BVR 2006 S. 500 E. 4.4; VGE 2016/142 vom 20.9.2016 E. 6.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 853 f.). Die Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots anhand des in Form der Zuschlagskriterien festgelegten Beurteilungsmassstabs erfordert einen wertenden Vergleich der eingereichten Angebote. Verglichen wird, indem die Vergabestelle jedes Kriterium anhand der vorgesehenen Regeln beurteilt und entsprechend der Bekanntgabe gewichtet (vgl. etwa VGE 2016/142 vom

20.9.2016 E. 6.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 874; vgl. auch vorne E. 5.1 f.). Bewährt, nicht aber vorgeschrieben sind bei der Bewertung der Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien Matrixmodelle. Dabei werden für die Kriterien Noten, zum Beispiel auf einer Skala von 0 bis 5 vergeben, die mit der vorgesehenen Gewichtung multipliziert werden. Dies ergibt pro Kriterium bzw. Unterkriterium eine Punktezahl (vgl. Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, 2021, S. 131; vgl. auch Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, S. 933 Rz. 218). Bewertet ein Beurteilungsgremium, kann eine rein rechnerische Konsolidierung der Einzelnoten zu einer Gesamtnote erfolgen. Ebenso ist zulässig, vorgängig eine Einzelbewertung durch alle Mitglieder vorzunehmen, die anschliessend im Gremium besprochen und im Konsensverfahren abgeschlossen wird (vgl. Daniela Lutz, a.a.O., Rz. 84 ff., 87). Stets hat die Vergabebehörde ihren Zuschlagsentscheid so zu dokumentieren, dass er für Dritte nachvollziehbar ist und insbesondere überprüft werden kann, ob die massgeblichen Beurteilungskriterien im Licht der konkreten Offerten zum infrage stehenden Zuschlag führen (vgl. VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 11.2, 2019/369 vom 24.3.2020 E. 6.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 865 ff. und 979 ff.; vorne E. 5.1 f.).

6.2 Bei der hier strittigen Vergabe ist die Evaluation der Offerten durch ein fünfköpfiges Beurteilungsgremium in zwei Schritten vorgenommen worden: In einem ersten Schritt hat jedes Mitglied des Beurteilungsgremiums zunächst pro Offerte einen Bewertungsbogen ausgefüllt, der die Zuschlagskriterien gegliedert nach der Tabelle in Ziff. 4.3.1 der Ausschreibungsunterlagen enthielt. Für die Bewertung der Zuschlagskriterien stand eine vierstufige Skala von 0-3 zur Verfügung (vgl. Offertbewertung Projekt «Medienmonitoring Kanton Bern», in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 14]; vorne E. 3.2). Die Klassierung der Anbieterinnen erfolgte, indem die Punkte der Zuschlagskriterien (exkl. Preis) gemäss den Einzelbewertungen addiert und durch die Anzahl Bewertungen dividiert wurden, wobei das Gesamttotal von max. 10'000 zu erreichenden Punkten bestehen blieb. Das individuell ausgefüllte Bewertungsblatt diente weiter als Grundlage für die Konsolidierungsbesprechung vom 3. März 2022, anlässlich welcher eine gemeinsame Beurteilung der Angebote im Plenum erfolgte. In diesem zweiten Schritt benotete das Gremium die Angebote nach Rangfolge, wobei es der besten Anbieterin pro Kriterium bzw. Unterkriterium 3 Punkte, der zweitbesten Anbieterin 2 Punkte

und der «schwächsten» Anbieterin 1 Punkt zuwies (vgl. Konsolidierte Offertbewertung Medienmonitoring, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 14], auch zum Folgenden; vorne E. 3.3 f.). Bei dieser konsolidierten Bewertung im zweiten Schritt erhielt die Beschwerdeführerin statt der Gesamtpunktzahl von 6'713 nach dem ersten Schritt nur noch 6'000 Punkte, während die Beschwerdegegnerin 1 statt 6'439 nunmehr 6'463 Punkte erzielte, womit sie auf den ersten Platz vorrückte und den Zuschlag erhielt (vgl. Zuschlagsverfügung vom 29.3.2022, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 19] Dispositiv-Ziff. 1).

6.3 Die Beschwerdeführerin erachtet die von der Staatskanzlei vorgenommenen Konsolidierungen als rechtsfehlerhaft. Zunächst kritisiert sie, dass bei der im ersten Schritt vorgenommenen Klassierung aufgrund der Punkte anhand der Einzelwertungen die Anzahl berücksichtigter Bewertungen aus unerfindlichen Gründen variere, indem für das Ergebnis je Zuschlagskriterium teilweise nur auf drei bzw. vier statt aller fünf Einzelnoten abgestellt worden sei. Weiter erachtet sie bei den ZK 3.1 bis 3.4 das Ergebnis als «willkürlich», da es auf nicht nachvollziehbaren oder unbegründeten Einzelbewertungen beruhe. Schliesslich sei unzulässig, dass nach dem ersten Schritt der Klassierung gemäss den in der Einzelbewertung erzielten Punkten ein weiterer Bewertungsschritt erfolgt sei. Mit der Klassierung nach Punkten habe – unter Anwendung der Zuschlagskriterien – das wirtschaftlich günstigste Angebot festgestanden. Es sei fragwürdig und intransparent, eine zweite Beurteilungsrunde vorzunehmen, die überdies zu einer Änderung der Klassierung führe. Die «Ranglistenbewertung» habe bewirkt, dass sich die aus der Einzelbewertung erzielten Punkte bei der Beschwerdegegnerin 1 erhöhten, während sie sich bei ihr selber soweit reduzierten, dass sie hinter die Beschwerdegegnerin 1 zurückgefallen sei. Schliesslich sei nicht nachvollziehbar, zu welchem Zeitpunkt dieser zusätzliche Bewertungsschritt beschlossen worden bzw. erfolgt sei; es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Ergebnis der Beurteilung der Angebote mit der «Ranglistenbewertung» nachträglich zum Nachteil der Beschwerdeführerin verändert worden sei. – Die Staatskanzlei bringt dagegen vor, dass die von der Beschwerdeführerin kritisierten Einzelbewertungen lediglich einen Zwischenschritt (im Sinn individueller und persönlicher Notizen) auf dem Weg zur gemeinsamen endgültigen Bewertung darstellten und nicht verbindlich seien. Für den

Vergabeentscheid sei allein die vom Bewertungsteam plenarisch beschlossene konsolidierte Bewertung ausschlaggebend. Die Ausschreibungsunterlagen hätten keine Vorgaben enthalten, mit welcher Punkteskala die Angebote zu bewerten seien. Damit sei es der Staatskanzlei unbenommen gewesen, die ihr angemessen erscheinende Punkteskala anzuwenden. Bei einer Beurteilung nach Ranglistenpunkten sei von Vorteil, dass die Mitglieder des Bewertungsteams klar Stellung beziehen müssten, welches Angebot in der jeweiligen Kategorie am besten bzw. am schlechtesten abschneide; zudem falle die einer Punkteskala stets innewohnende – und von der Beschwerdeführerin beanstandete – Unschärfe weg. Es kristallisiere sich deutlich klarer heraus, welches Angebot wirklich zu überzeugen vermöge. Die Bewertung sei damit methodisch korrekt und transparent erfolgt.

6.4 Die streitige Angebotsbewertung anhand der Zuschlagskriterien ist insofern nicht zu beanstanden, als zunächst eine detaillierte Prüfung der Angebote durch die Mitglieder eines fachlich breit abgestützten Evaluationsteams anhand zahlreicher Unterkriterien erfolgt und anschliessend eine Konsolidierung im Gremium vorgenommen worden ist. Dieses Vorgehen stand bereits vor der Einzelbewertung fest (vgl. Deckblatt Offertbewertung, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 14]), womit eine nachträgliche Manipulation auszuschliessen ist. Problematisch erscheint jedoch, dass für die Beurteilung im Gremium eine Notenskala und eine Bewertungsmethode gewählt wurden, welche die bei der individuellen und feinmaschigen Beurteilung festgestellten Differenzen verschärften. Damit das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden kann, muss die Bewertung die nachgefragte Leistung und deren Preis widerspiegeln. Qualitätsunterschiede, die sich im Hinblick auf die konkrete Beschaffung als vorteilhaft erweisen, müssen ins Gewicht fallen. Umgekehrt dürfen Unterschiede, die sich im konkreten Fall nicht als wesentlich erweisen, nicht oder jedenfalls nicht übermässig berücksichtigt werden. Entsprechend können sich allzu grobe Notenskalen als problematisch erweisen (vgl. Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 2001 S. 1405 ff., 1420). – Mit der Vorgabe einer Bewertung nach Ranglistennoten (vorne E. 3.2 f. und 6.2) war es dem Beurteilungsgremium verwehrt, bei nur geringfügigen Unterschieden in der Qualität der Angebote dieselbe Note zu vergeben; es musste zwingend die nächsthöhere oder -tiefere gewählt werden. Eine solche Vorgabe zur Notengebung führt

zu einer übersteigerten Differenzierung in Bezug auf die Bewertung der Qualität (vgl. auch BVGE 2018 IV/2 E. 7.5.1). Indem nicht die effektiven, zwischen den einzelnen Offerten bestehenden feinmaschig ermittelten Qualitätsunterschiede die Punktedifferenzen bestimmen, sondern diese – schematisch – durch grobmaschigere Rangpositionen festgelegt werden, wird das Ergebnis der Bewertung der Offerten verzerrt und letztlich die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots verfälscht oder gar verunmöglicht (vgl. Christoph Jäger, Zuschlagskriterien, in BR 2020 S. 215 ff., Rz. 241; Martin Beyeler, Zuschlagskriterien, in BR 2018 S. 250 ff., Rz. 373; Daniela Lutz, a.a.O., Rz. 64). Aus diesem Grund sind alle Arten von Rechen- und Kategorisierungsschritten, welche die durch eine (nuancierte) Bewertung festgestellten Differenzen in sachlich nicht begründbarer Art einebnen oder vergrössern, prinzipiell als unzulässig zu erachten (vgl. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/19, 2020, S. 166 ff. Rz. 249; ders., Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, 2016, S. 71 ff. Rz. 168). Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass im zweiten Beurteilungsschritt eine gröbere Notenskala (Noten von 1-3 statt 0-3) angewandt worden ist, was die Problematik weiter verschärft.

6.5 Das von der Vergabestelle gewählte Vorgehen zur Bewertung der Zuschlagskriterien erweist sich somit als vergaberechtswidrig. Die angefochtene Verfügung hält der Rechtskontrolle auch in dieser Hinsicht nicht stand.

7.

Zusammenfassend hat die Vergabebehörde zwar zu Recht das EK 3.2.7 «Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» bei der Beschwerdegegnerin 1 als erfüllt betrachtet und davon abgesehen, diese vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vorne E. 4); der Hauptantrag der Beschwerdeführerin erweist sich damit als unbegründet. Bei der Bewertung des ZK «Praxistest» ist sie indes von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen (vorne E. 5) und hat bei der Benotung der Zuschlagskriterien im Plenum eine unzulässige Bewertungsmethodik angewandt (E. 6 hiervor), weshalb sich der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 1 als rechtswidrig erweist. Da es nicht

Aufgabe des Verwaltungsgerichts ist, selber eine Bewertung von Zuschlagskriterien vorzunehmen und damit sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Vergabebehörde zu setzen, fällt ein Urteil in der Sache entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin (vorne Bst. C) ausser Betracht (vgl. VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 11.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397). Demgegenüber ist dem Subeventualantrag dahin zu entsprechen, dass die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheids an die Vergabebehörde zurückzuweisen ist, damit diese die Bewertung des Praxistests wiederholt und die konsolidierte Bewertung sämtlicher Zuschlagskriterien unter Beachtung der voranstehenden rechtlichen Rahmenbedingungen (erneut) vornimmt, wobei die Angebote aller Anbieterinnen, die für den Zuschlag in Frage kommen, zu berücksichtigen sind (BGE 146 II 276 E. 6.3.1 und 6.3.3 f.). Bei der vorzunehmenden Neubewertung wird die Vergabestelle nach dem Gesagten insbesondere ein System («Taxonomie») zu wählen haben, das den vergaberechtlichen Anforderungen an eine hinreichend differenzierte Bewertung der Qualität genügt und zu keinen unzulässigen Verzerrungen führt. Zudem ist die Nachvollziehbarkeit und Transparenz der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien sicherzustellen. Infolge Rückweisung der Sache erübrigt es sich, die von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zuschlagskriterien vor Verwaltungsgericht beantragten Zeugeneinvernahmen (vgl. Triplik vom 27.7.2022 [act.19], Rz. 62 und 74) durchzuführen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nur teilweise durch. Soweit sie den Ausschluss der Beschwerdegegnerin 1 verlangt (vgl. zum entsprechenden Hauptantrag vorne Bst. B), unterliegt sie (s. vorne E. 4). Allerdings kann die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung der Zuschlagskriterien noch zu einer vollständigen Gutheissung des reformatorischen Eventualbegehrens führen, womit nach der Praxis des Verwaltungsgerichts im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen der Beschwerdeführerin auszugehen ist (BVR 2020 S. 455 E. 5.1, 2016 S. 222 E. 4.1; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.],

Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 6). Unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Beschwerdeführerin für die Kostenverlegung als zu drei Vierteln obsiegend zu betrachten. Die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind damit in diesem Umfang der insoweit als unterliegend geltenden Beschwerdegegnerin 1 und im Umfang von einem Viertel der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Die Beschwerdegegnerin 1 und der Beschwerdegegner 2 haben zudem der Beschwerdeführerin die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten je hälftig zu drei Vierteln zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht in seiner Kostennote vom 27. Oktober 2022 ein Honorar von Fr. 26'348.90.-- geltend (inkl. Auslagen und MWSt; act. 29). Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 16 i.V.m. Art. 9 und 10 PKV, wobei sich der Parteikostenersatz innerhalb dieses Rahmentarifs nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemisst (Art. 41 Abs. 3 KAG). Das geltend gemachte Honorar erscheint im Licht dieser Kriterien als überhöht. Zwar rechtfertigt sich ein Zuschlag gestützt auf Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV, nachdem sich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erstmals für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht mit der Streitsache befasste und aufgrund des mehrfachen sowie umfangreichen Schriftenwechsels nicht zuletzt infolge erweiterter Akteneinsicht und Sachverhaltsvervollständigung durch die Vergabestelle überdurchschnittlich viel Zeit aufwenden musste. Hingegen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses als durchschnittlich einzustufen. Mit Blick auf die massgeblichen Bemessungskriterien und unter Berücksichtigung eines (hier freilich nicht voll auszuschöpfenden) Zuschlags nach Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV ist das Honorar (gegenüber der Kostennote gekürzt) auf Fr. 14'000.-- festzusetzen. Dieser Betrag umfasst einen Anteil Auslagen, jedoch keine Mehrwertsteuer, da die Beschwerdeführerin selber mehrwertsteuerpflichtig ist und die ihrer Rechtsvertretung geschuldete MWSt als Vorsteuer in Abzug bringen kann (vgl.

BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 10).

9.

Gemäss SIMAP-Publikation vom 7. Dezember 2021 erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 81'421.20 bei einer Vertragsdauer von fünf Jahren (vgl. vorne E. 3.1; Rahmenvertrag betreffend Medienmonitoring des Kantons Bern, in Vorakten STA [act. 6B, Reg. 2]). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags (laut SIMAP handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Staatsvertragsbereich) den massgeblichen Schwellenwert (vgl. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid wohl mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden (vgl. Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]; vgl. BGer 2C_355/2021 vom 19.10.2021 E. 1.2). Das vorliegende Urteil ist daher mit dem Hinweis auf diese beiden Rechtsmittel zu versehen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG; vgl. zum Ganzen BVR 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass die Verfügung der Staatskanzlei des Kantons Bern vom 29. März 2022 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 10'000.--, werden der Beschwerdegegnerin 1 zu drei Vierteln, ausmachend Fr. 7'500.--, und der Beschwerdeführerin zu einem Viertel, ausmachend Fr. 2'500.--, auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin 1 und der Beschwerdegegner 2 haben der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 14'000.-- (inkl. Auslagen), je zu drei Achteln, ausmachend je Fr. 5'250.-- (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin
 - Beschwerdegegnerin 1
 - Beschwerdegegner 2
 - Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:



Die Gerichtsschreiberin:



Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 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.

Speichergasse 12
3011 Bern



**Verwaltungsgericht
des Kantons Bern**

**Tribunal administratif
du canton de Berne**

Eingegangen
25. NOV. 2022
Staatskanzlei

Die Post Bern 8 Kramgasse
Kramgasse 1
3011 Bern

578D



578D

02.12.

Frist bis

R

PP 3011 Bern POST CH AG



98.34.112152.00410141

100 22 114

Uneingeschrieben zurück

Staatskanzlei des Kantons Bern
Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8

POSTFACH 68/3000 BERN 8