

100.2024.8U  
HAT/FLN/SRE

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. April 2024

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

**A. \_\_\_\_\_ AG**

handelnd durch die statutarischen Organe  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. ... und Rechtsanwalt Dr. ...

Beschwerdeführerin

gegen

**B. \_\_\_\_\_ GmbH**

handelnd durch die statutarischen Organe  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. ...

Beschwerdegegnerin 1

**Energie Service Biel/Bienne (ESB)**

handelnd durch die statutarischen Organe, Gottstattstrasse 4,  
2501 Biel/Bienne  
vertreten durch Rechtsanwältin ...

Beschwerdegegnerin 2



und

**Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne**  
Hauptstrasse 6, Postfach 304, 2560 Nidau

betreffend Submission; Zuschlag "Intelligentes Messsystem (iMS) Biel. Los 3: Kommunikationsdienste über das Mobilfunknetz (LTE)" (Entscheid der Regierungsstatthalterin des Verwaltungskreises Biel/Bienne vom 14. Dezember 2023; vbv 89/2022)

### **Prozessgeschichte:**

#### **A.**

Am 30. August 2022 schrieb die Energie Service Biel/Bienne (ESB) – eine autonome Anstalt der Einwohnergemeinde Biel mit eigener Rechtspersönlichkeit – auf der Internetplattform SIMAP den Auftrag für die Beschaffung eines Systems zur datenbasierten Steuerung von Produktion, Verbrauch und Speicherung von elektrischem Strom aus. Das Projekt «Intelligentes Messsystem (iMS) Biel» wurde in drei Lose aufgeteilt. Für Los 3 «Kommunikationsdienste über das Mobilfunknetz (LTE)» gingen innert Frist vier Offerten ein, wobei über alle Lose am 26. Oktober 2022 ein Offertöffnungsprotokoll erstellt wurde. Nachdem eine Anbieterin um Einsicht in das Protokoll gebeten hatte, wurde dieses am 11. November 2022 sämtlichen Anbieterinnen zugestellt. Am 24. November 2022 modifizierte die ESB die Angaben zum nachgefragten Datenvolumen und gab den Anbieterinnen die Gelegenheit, ihre Offerten entsprechend anzupassen. Am 7. Dezember 2022 publizierte sie auf SIMAP den Zuschlag an die B. \_\_\_\_\_ GmbH.

**B.**

Hiergegen erhob die A. \_\_\_\_\_ AG am 27. Dezember 2022 Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne. Sie beantragte unter anderem die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie; zudem ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Zwischenverfügung vom 17. Februar 2023 wies die stellvertretende Regierungsstatthalterin das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab (Dispositiv-Ziff. 5).

**C.**

Gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung ist die A. \_\_\_\_\_ AG an das Verwaltungsgericht gelangt, das die Beschwerde am 1. Juni 2023 teilweise guthiess und die Sache zur erneuten Beurteilung an das Regierungsstatthalteramt zurückwies (Verfahren 100.2023.92). In der Folge wies die Regierungsstatthalterin die Beschwerde mit Entscheid vom 14. Dezember 2023 ab, ohne vorgängig erneut über die aufschiebende Wirkung zu befinden.

**D.**

Hiergegen hat die A. \_\_\_\_\_ AG am 4. Januar 2024 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sowie die Zuschlagsverfügung vom 5. Dezember 2022 seien aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Eventuell sei die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen und sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Subeventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subsubeventuell sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 5. Dezember 2022 festzustellen. Zudem ersucht sie darum, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 9. Januar 2024 hat die Abteilungspräsidentin der ESB superprovisorisch den Vertragsschluss untersagt.

Das Regierungsstatthalteramt hat mit Eingabe vom 17. Januar 2024 unter Verweis auf den angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde beantragt. Die ESB und die B.\_\_\_\_\_ GmbH schliessen mit Beschwerdeantworten vom 29. Januar 2024 bzw. 6. Februar 2024 auf Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um aufschiebende Wirkung.

Mit Replik vom 19. Februar 2024 hat die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren festgehalten.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der 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. 6 Abs. 3 Bst. a des Gesetzes vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöBG; BSG 731.2]; zum anwendbaren Recht hinten E. 2). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt. Sie hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG): Sie ist gemäss der Auswertung der Offerten zwar lediglich drittplatzierte Anbieterin, da aber insbesondere die Zulässigkeit der Bereinigung der Angebote im Streit liegt, besteht bei Gutheissung der Beschwerde die reelle Chance, dass es zu einer (gänzlichen oder teilweisen) Wiederholung des Vergabeverfahrens und einem Zuschlag an sie kommt (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3.1, 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.1 ff.; BVR 2021 S. 285 E. 2.1 f.). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 56 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]; vgl. zur Form

zudem Art. 55 IVöB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 und Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 1.2 hiernach einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bildet allein der Entscheid der Regierungsstatthalterin vom 14. Dezember 2023. Er hat die Zuschlagsverfügung ersetzt; diese gilt als inhaltlich mitangefochten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; vgl. statt vieler BVR 2022 S. 515 E. 1.7; BVR 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 1.2, die Zuschlagsverfügung betreffend). Soweit die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids auch jene der Zuschlagsverfügung verlangt (vgl. vorne Bst. D), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

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

## **2.**

Zunächst ist das anwendbare Recht zu klären: Die interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (aIVöB; BAG 02-092) hat im Hinblick auf die Umsetzung des auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzten revidierten Übereinkommens vom 30. März 2012 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) eine Revision erfahren. Der revidierten IVöB ist der Kanton Bern per 1. Februar 2022 mit einseitiger Erklärung (vgl. Art. 63 IVöB) beigetreten (Art. 2 IVöBG). Der Beitrittsbeschluss erfolgte allerdings unter dem Vorbehalt, den in Art. 52 Abs. 1 IVöB vorgesehen einstufigen Instanzenzug in Beschaffungstreitigkeiten nicht zu übernehmen, um den im Kanton Bern (auch) für das Vergabeverfahren etablierten (und bewährten) zweistufigen Instanzenzug beizubehalten (Art. 3 und 6 IVöBG betreffend Art. 52 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 2 IVöB; für den Fall, dass der Beitritt des Kantons Bern zur IVöB aufgrund dieses Vorbehalts nicht hätte wirksam erfolgen können, vgl. auch Art. 4 Abs. 1 Satz 1 IVöBG). Das Verwaltungsgericht hat

inzwischen entschieden, dass die allgemeinen Zulässigkeits- und Gültigkeitsschranken für Vorbehalte bei interkantonalen Vereinbarungen eingehalten sind und die bernische Beitrittserklärung rechtswirksam ist. Damit findet die IVöB im Kanton Bern gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVöB als interkantonales Recht auf alle Vergabeverfahren direkte Anwendung, die nach dem Beitritt des Kantons Bern am 1. Februar 2022 eingeleitet wurden (BVR 2023 S. 443 E. 2; weiterführend: Bürki/Bieri-Evangelisti, Der Kanton Bern und das Beschaffungskkordat 2019: Gedanken zu Zulässigkeit und Wirkung eines Beitritts unter Vorbehalt, in BVR 2022 S. 322 ff.). Auf das hier mit Ausschreibung vom 30. August 2022 eingeleitete Vergabeverfahren ist daher die revidierte IVöB anwendbar (Art. 22a der Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöBV; BSG 731.21] i.V.m. Art. 64 Abs. 1 IVöB; vgl. Sophie Regenfuss, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 62 BöB/Art. 64 IVöB N. 4 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, in BBl 2017 S. 1851 ff. [nachfolgend: Botschaft BöB], S. 1192 [richtig S. 1992]).

### 3.

Den Akten lässt sich folgender entscheidwesentlicher Sachverhalt entnehmen:

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Beschaffung eines intelligenten Messsystems (iMS, Smart Metering) durch die ESB. Das Projekt dient einerseits der Umsetzung von Art. 31e der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71), wonach bis zum 1. November 2027 insgesamt 80 % aller Messeinrichtungen in einem Netzgebiet über ein intelligentes Messsystem im Sinn von Art. 8a und Art. 8b StromVV verfügen müssen (vgl. zum Begriff der intelligenten Messsysteme Art. 17a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7]). Andererseits beabsichtigt die ESB, mit der neuen Messinfrastruktur zusätzlich zu den gesetzlichen Mindestanforderungen ein intelligentes Energieversorgungsnetz

(sog. Smart Grid) mit datenbasierter Überwachung sowie effizienter Steuerung von Produktion, Verbrauch und Speicherung von elektrischem Strom zu etablieren (vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument B [Gesamtlösungsbeschreibung] Ziff. 3.1, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2; Eingabe der ESB vom 20.1.2023 [nachfolgend: Eingabe ESB vom 20.1.2023 zuhanden des RSA] Rz. 5, Vorakten RSA [act. 3C] pag. 157 ff.). Zu diesem Zweck schrieb die ESB auf der Internetplattform SIMAP am 30. August 2022 ein in drei Lose aufgeteiltes Projekt aus mit dem Titel «Intelligentes Messsystem (iMS) Biel» (Projekt-ID 243530; vgl. Ausschreibung SIMAP Ziff. 2.4 und 2.6, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 1). Das hier interessierende Los 3 «Kommunikationsdienste über das Mobilfunknetz (LTE)» soll dabei den Zugriff auf ein Mobilfunknetz ermöglichen, um die Übertragung der Messdaten zwischen den «Zählpunkten» und der ESB sicherzustellen (vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument B [Gesamtlösungsbeschreibung] Ziff. 8.3, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2). Die Anforderungen sind im Einzelnen in einem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Katalog näher definiert (vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument D [Anforderungskatalog], Kommunikation Los 3, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2). Vorgesehen ist bzw. war eine Vertragslaufzeit vom 2. Januar 2023 bis zum 31. Dezember 2026 mit Verlängerungsmöglichkeit von maximal 15 Jahren (bis 2037; vgl. Ausschreibung SIMAP Ziff. 2.4). Die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung lauten wie folgt (vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument A [Ausschreibungsbedingungen] Version 2 Ziff. 8, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2):

ZK	Bezeichnung	Punkte (Gewichtung)
ZK1	Preisangebot	5'000 (50 %)
ZK2	Erfüllungsgrad der Anforderungen Erfüllung der Anforderungen gemäss --> Dokument B (Gesamtlösungsbeschreibung) und Kann-Anforderungen gemäss Anforderungskatalog (--> Dokument D3)	1'000 (10 %)
ZK3	Netzdichte und Signalstärke im Gemeindegebiet Biel und Nidau Bewertung gemäss Anforderungskatalog (--> Dokument D3 Nr. 301.16 Nachweise) und untenstehender Taxonomie	3'000 (30 %)
ZK4	Serviceorientierung und Firmenkompetenz Service Modell der Anbieterin, Referenzen, Supportorganisation	1'000 (10 %)
<b>Total Punkte</b>		10'000 (100 %)

Für die Preisbewertung sind jene Angaben massgebend, die im separaten Preisblatt eingereicht werden (zum Preisblatt vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument E3 [Preisblatt Los 3], Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2). Die Bewertung erfolgt anschliessend gemäss folgender Formel (vgl. Ausschreibungsunterlagen Dokument A [Ausschreibungsbedingungen] Version 2 Ziff. 8 und Ziff. 6.1, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2):

$$\text{Punkte} = M \times (P_{\text{best}} \div P)^2$$

Legende:

M = Maximale zu vergebende Punktzahl

P = Gesamtpreis des zu bewertenden Angebots

P<sub>best</sub> = Gesamtpreis des günstigsten Angebots

**3.2** Vor Fristablauf reichten Interessentinnen auf SIMAP insgesamt 41 Fragen zum Ausschreibungsgegenstand ein (vgl. Frage- und Antwortprotokoll, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 3, auch zum Folgenden), davon in Bezug

auf das streitbetroffene Los 3 insbesondere zwei zum erforderlichen Datenvolumen (vgl. Frage 8 und Frage 33). Hierauf antwortete die ESB, dies sei «aktuell nicht abschliessend geklärt», da das intelligente Messgerät in Los 1 beschafft werde. Typisch seien «Verbrauchsdaten mit Lastprofil im Bereich von 1-10 MByte pro Zähler und Monat, bei einmaliger täglicher Auslesung» sowie einmal jährlich «ein Softwareupdate eines Zählers oder eines Gateways [...] im Bereich von 30 MByte». Werde «über einen Gateway mit Live Daten von 32 Zählern gearbeitet», könne «durchaus ein Datenvolumen von 100-1000 MByte pro Monat und Gateway entstehen. Das [werde] aber nur eine Minderheit der Anschlusspunkte betreffen».

**3.3** In der Folge gingen bei der ESB für Los 3 innert Frist insgesamt vier Angebote ein. Mit Mail vom 11. November 2022 (Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 8) liess die ESB den Anbieterinnen das Offertöffnungsprotokoll vom 26. Oktober 2022 zukommen (vgl. auch vorne Bst. A), dem in Bezug auf Los 3 Folgendes zu entnehmen war (vgl. Offertöffnungsprotokoll vom 26.10.2022 [nachfolgend: Offertöffnungsprotokoll], Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 5):

	Datum Einreichung	Gesamtpreis CHF	Allfällige Varianten
Anbieterin 1	24.10.2022 vor Ort	1'049'000.00	-
Anbieterin 2	24.10.2022	679'530.00 2'195'250.00	Mit Beschwerdeführerin Mit anderer Netzanbieterin
Beschwerdegegnerin 1	24.10.2022	1'033'010.20	-
Beschwerdeführerin	24.10.2022	679'800.00	-

**3.4** Mit Mail vom 24. November 2022 teilte die ESB den Anbieterinnen mit, bei der Auswertung von Los 3 habe sich gezeigt, dass trotz Beantwortung der auf SIMAP gestellten Fragen «die Spezifikation der Datenmengen unklar war», sodass sich «die verschiedenen Angebote nicht miteinander vergleichen [liessen], da unterschiedliche Grundlagen zur Berechnung ver-

wendet wurden oder teilweise das eingereichte Datenvolumen nicht ersichtlich» sei. Entsprechend bat die ESB die Anbieterinnen, die Preise auf einer Berechnungsgrundlage von «80 MByte/Monat pro Endpunkt d.h. pro SIM-Karte, Durchschnittswert über alle Endpunkte» zu überprüfen bzw. neu zu berechnen und – sollte eine Anpassung erforderlich sein – ein aktualisiertes Preisblatt einzureichen (Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 8). Daraufhin nahmen abgesehen von der Beschwerdeführerin alle Anbieterinnen eine Anpassung ihrer Offerten inkl. neuer Preisberechnung vor (vgl. Eingabe ESB vom 20.1.2023 zuhanden des RSA Rz. 25; Beschwerdeantwort ESB Rz. 21; Auswertung der bereinigten Angebote, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 7, auch zum Folgenden). Nach der Bereinigung bewertete die ESB die angepassten Angebote anhand der ausgeschriebenen Zuschlagskriterien (vgl. vorne E. 3.1). Dabei erzielte die Beschwerdegegnerin 1 mit 9'000 Punkten das beste Ergebnis; die Beschwerdeführerin rangierte mit 8'101 Punkten auf Platz 3. In der Folge publizierte die ESB auf SIMAP den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin 1 zu einem Gesamtpreis von Fr. 615'650.-- (ohne MWSt; Zuschlagsverfügung SIMAP, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 9). Hiergegen hat die Beschwerdeführerin am 27. Dezember 2022 Beschwerde beim Regierungstatthalteramt Biel/Bienne erhoben und ist gegen dessen abschlägigen Entscheid vom 14. Dezember 2023 am 4. Januar 2024 an das Verwaltungsgericht gelangt (vgl. vorne Bst. B ff.).

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, dass die ESB am 24. November 2022 eine Bereinigung der Angebote veranlasst hat (vgl. vorne E. 3.4; Beschwerde Rz. 43 ff.).

**4.1** Die Bereinigung von Angeboten ist rechtlich wie folgt einzuordnen:

**4.1.1** Gemäss der revidierten IVöB ist es den Vergabebehörden ausdrücklich erlaubt, die Angebote mit den Anbietenden hinsichtlich der Leistungen und der Modalitäten ihrer Erbringung zu bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln (Art. 39 Abs. 1 IVöB). Kommt demnach die Vergabe-

behörde nach Ausschöpfung der in Art. 38 IVöB vorgesehenen Möglichkeiten der Angebotsprüfung zum Schluss, die Angebote seien objektiv nicht vergleichbar bzw. hinreichend klar, «kann» sie mit den Anbietenden sog. technische Verhandlungen führen, um eine bereinigte Entscheidungsgrundlage zu erhalten (vgl. Musterbotschaft vom 16.1.2020 zur Totalrevision der IVöB [nachfolgend: Musterbotschaft IVöB] S. 79, einsehbar unter <<https://www.bpuk.ch>>, Rubriken «Konkordate/IVöB/IVöB 2019»; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen – Bereinigung der Angebote nach Art. 39 BöB 2019/IVöB 2019, in Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, 2020, S. 387-427 [nachfolgend: Technische Verhandlungen], Rz. 34 und 53). Trotz der Formulierung als Kann-Bestimmung geht die Lehre teilweise bzw. unter bestimmten Voraussetzungen von einer Rechtspflicht zur Bereinigung aus (Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 35; Bruno Gygi, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 39 IVöB/BöB N. 9 f.). Die Bereinigung steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen der Stabilität der Ausschreibung und der Unveränderbarkeit der Angebote (Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 32; Näheres zu diesen Grundsätzen bei Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Zürich 2009, Rz. 141 f., 341 und 363 ff.). Sie ist gemäss Art. 39 Abs. 2 IVöB daher nur zulässig, wenn entweder erst dadurch der Auftrag geklärt bzw. die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können (Bst. a; sog. Angebotsaufklärung), oder wenn Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind; der Leistungsgegenstand, die Kriterien und die Spezifikationen dürfen dabei nicht in einer Weise angepasst werden, die zu einer Veränderung der charakteristischen Leistung oder des potentiellen Anbieterkreises führt, andernfalls das Verfahren zwingend abzubrechen und eine Neuausschreibung vorzunehmen ist (Bst. b und Art. 43 Abs. 1 Bst. f IVöB; vgl. Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 26). Im Rahmen einer Bereinigung der Angebote ist den vergaberechtlichen Verfahrensgrundsätzen von Art. 11 IVöB besondere Beachtung zu schenken, namentlich dem Grundsatz der Transparenz und jenem der Gleichbehandlung (Bst. a und c; vgl. Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 45 f.; Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 30; zu den Grundsätzen im Einzelnen hinten E. 4.1.3). Bereinigungen gemäss Art. 39 IVöB kommen – anders als der Dialog gemäss Art. 24 IVöB,

der auf komplexe Aufträge, intellektuelle Dienstleistungen oder innovative Leistungen beschränkt bleibt – grundsätzlich bei allen Beschaffungen in Frage; als notwendig erweisen dürften sie sich vor allem dann, wenn die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand lediglich mit Zielvorgaben definiert bzw. funktional ausgeschrieben hat und somit die Offerten stärker variieren und ihre objektive Vergleichbarkeit reduziert ist (vgl. Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 8; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 33).

**4.1.2** Nicht erlaubt ist der Vergabebehörde grundsätzlich die Verhandlung über den Angebotspreis bzw. die Durchführung sog. Abgebotsrunden, die einzig dazu dienen, den Angebotspreis zu senken (Art. 11 Bst. d IVöB; zum Begriff der Abgebotsrunden vgl. auch hinten E. 5.1). Erfolgt allerdings zulässigerweise eine Bereinigung gemäss Art. 39 IVöB, kann das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung bei Änderungen am Leistungsinhalt auch Anpassungen auf der Preisseite zur Folge haben (vgl. Musterbotschaft IVöB S. 79; Botschaft BöB S. 1954). Entsprechend bestimmt Art. 39 Abs. 3 IVöB, dass Preisanpassungen möglich sind, sofern sie in Zusammenhang mit den Tatbeständen von Art. 39 Abs. 2 IVöB stehen. Allfällige Veränderungen des Angebotspreises setzen demnach einen konkreten Anlass voraus und müssen so als direkte Folge einer zulässigerweise vorgenommenen Bereinigung erscheinen (Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 28 ff.; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 40 und 72 ff.). Diese Regelung trägt der internen Kalkulationsfreiheit Rechnung, wonach die Preiskalkulation grundsätzlich Sache und Freiheit der Anbietenden ist (Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 76). Die Preisanpassung darf indessen das ursprünglich angebotene Preis-Leistungs-Verhältnis nicht wesentlich verändern, ansonsten es regelmässig an der erforderlichen sachlichen Begründung dafür fehlt (Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 78; vgl. auch Alexis Leuthold, a.a.O., Rz. 352; Martin Beyeler, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt – Zum vergaberechtlichen Umgang mit Verzögerungen [Teil 2], in BR 2017 S. 277-284 [nachfolgend: Beschaffungsprozess Teil 2], 278).

**4.1.3** Im gesamten Vergabeverfahren, so insbesondere auch im Rahmen einer Bereinigung gemäss Art. 39 IVöB, ist den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen und ein objektives und unparteiisches Verfahren sicherzustellen (Art. 11 Bst. a und c IVöB; vorne E. 4.1.1). Die transparente Verfahrensführung soll einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietenden gewährleisten und damit einen wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel ermöglichen. Weiter fördert die Transparenz ein faires Vergabeverfahren und wirkt so der Gefahr von Manipulationen und der Begünstigung bestimmter Anbietenden durch die Vergabebehörde entgegen (Pandora Kunz-Notter, in Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 11 IVöB/BöB N. 4 ff., auch zum Folgenden; BGE 143 II 553 E. 7.7, 125 II 86 E. 7c; BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2015 S. 564 E. 4.1, 2006 S. 500 E. 4.2, 2002 S. 453 E. 7c/aa). Was die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots betrifft, verlangt das Transparenzgebot, dass die durch die Vergabebehörde vorgenommene Bewertung der Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien sowohl für die Anbietenden als auch für die Rechtsmittelinstanz in einem allfälligen Beschwerdeverfahren nachvollziehbar ist. Aus dem Transparenzgebot fliesst zudem die Verpflichtung der Vergabebehörde, all ihre Entscheidungen zu begründen und sich dabei ausschliesslich auf objektive, also nachvollziehbare und nachprüfbar Kriterien abzustützen (vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Rz. 242 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 846 ff. und 979 ff.; zum Ganzen VGE 2019/369 vom 24.3.2020 E. 6.4). Neben dem Transparenzgebot soll auch das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot die Durchführung eines fairen und geordneten Vergabeverfahrens sicherstellen. Art. 11 Bst. c IVöB konkretisiert dabei das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (Art. 27 BV). Anbietenden dürfen keine Vorteile gewährt oder Nachteile auferlegt werden, die für die anderen nicht auch gelten. Ebenso wenig darf einseitig zugunsten oder zulasten einzelner Anbieterinnen in den Wettbewerb eingegriffen werden. Das Vergabeverfahren muss für alle Anbietenden nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten (VGE 2021/338 vom 22.8.2022 E. 7.6.4, 2018/169 vom 5.9.2018 E. 5.2.2 [bestätigt

durch BGer 2C\_916/2018 vom 11.6.2019]; Pandora Kunz-Notter, a.a.O., Art. 11 IVöB/BöB N. 14 ff.; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 184 ff.; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, Rz. 107).

**4.2** Die Beschwerdeführerin wendet in Bezug auf die Angebotsbereinigung ein, eine solche sei nach Zustellung des Offertöffnungsprotokolls von vornherein bzw. «aus formellen Gründen» unzulässig (vgl. Beschwerde Rz. 43 ff.; Replik Rz. 6). Zudem sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass das Vorgehen der ESB mit den Grundsätzen eines fairen und wirksamen Wettbewerbs vereinbar sei.

**4.2.1** Die Angebotsöffnung ist in Art. 37 IVöB geregelt. Über die Öffnung der Angebote ist ein Protokoll zu erstellen, das mindestens die Namen der anwesenden Personen und aller Anbietenden, das Datum der Einreichung der Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote zu enthalten hat (Abs. 2). Die Anbietenden haben Anspruch darauf, dass ihnen spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt wird (Abs. 4; so bereits § 26 Abs. 4 der Mustervorlage für Vergaberichtlinien vom 2. Mai 2002 zur aIVöB [VRöB]). Zur Möglichkeit einer früheren Einsichtnahme äussert die IVöB sich nicht, woraus zu schliessen ist, dass es der Vergabebehörde freisteht, den Anbietenden bereits vor dem Zuschlag Einblick in das Offertöffnungsprotokoll zu gewähren (vgl. auch Roman Friedli, in Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 37 IVöB/BöB N. 14; zur Rechtslage nach altem Recht vgl. Alexis Leuthold, a.a.O., Rz. 227 ff., wonach einige Kantone unter Geltung von § 26 Abs. 4 VRöB sogar öffentliche Offertöffnungen vorgaben oder ausdrücklich ein Einsichtsrecht ins Offertöffnungsprotokoll vor dem Zuschlag gewährten). Auch im Hinblick auf eine spätere Bereinigung ist eine vorgängige Zustellung des Öffnungsprotokolls nicht generell ausgeschlossen, lässt sich doch weder Art. 37 noch Art. 39 IVöB in dieser Hinsicht eine Einschränkung entnehmen. Allerdings hat die Vergabebehörde im Fall einer Bereinigung nach Einsichtsgewährung in das Offertöffnungsprotokoll ein besonderes Augenmerk auf das

Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot zu legen und insbesondere sicherzustellen, dass die Anbietenden keine verdeckten Preis- oder Leistungsänderungen vornehmen (vgl. Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 31, wonach die Einsichtnahme in das Offertöffnungsprotokoll vor Durchführung einer Bereinigung «heikel» sei und Vergabestellen mit der Offenlegung des Öffnungsprotokolls «mit Vorteil bis zur Zuschlagserteilung» warten sollten; kritisch, im Ergebnis indessen ebenfalls nicht grundsätzlich ablehnend, auch Roman Friedli, a.a.O., Art. 37 IVöB/BöB N. 8 und 14 sowie zum alten Recht Alexis Leuthold, a.a.O., Rz. 225 f., 229 und 231; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 723). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht die vorgängige Übermittlung des Offertöffnungsprotokolls einer Bereinigung gemäss Art. 39 IVöB somit nicht per se entgegen und führt deshalb nicht zur «formellen» Widerrechtlichkeit der Bereinigung; sie kann sich nur im konkreten Einzelfall aufgrund eines Verstosses gegen beschaffungsrechtliche Grundsätze als unzulässig erweisen. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen.

**4.2.2** In Bezug auf die Bereinigung gemäss Art. 39 IVöB gebieten die allgemeinen Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung (Art. 11 Bst. a und c IVöB; vgl. vorne E. 4.1.3) konkret, dass alle Anbietenden einzubeziehen sind, deren Angebote vernünftigerweise für den Zuschlag in Frage kommen (Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 N. 11, auch zum Folgenden; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 88 ff.). Die Bereinigung hat nach einem einheitlichen Massstab zu erfolgen. Zudem müssen die Angaben der Vergabebehörde zur Durchführung und zum Inhalt der Bereinigung hinreichend klar sein, damit die Anbietenden wissen, nach welchen Kriterien ihre Angebote beurteilt werden (Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 14; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 84 ff. und 99). – Im vorliegenden Fall hat die ESB sämtliche Offerentinnen kontaktiert und sie informiert, dass die Beantwortung der Fragen auf SIMAP nur zu einer ungenügenden Klärung bezüglich Datenmengen geführt habe. Darum basierten die Angebote auf unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen und liessen sich nicht miteinander vergleichen. Die ESB bat die Offerentinnen um eine Anpassung ihrer Angebote basierend auf einem Datenvolumen von monatlich 80 Megabyte pro Endpunkt und um entsprechende Neuberechnung ihrer Angebotspreise (vgl. vorne E. 3.4). In diesem Vorgehen ist weder ein Verstoß gegen das

Gleichbehandlungs- oder Transparenzgebot noch gegen die Grundsätze eines objektiven und unparteiischen Verfahrens zu erkennen. Im Gegenteil hat die ESB zu jedem Zeitpunkt alle am Vergabeverfahren beteiligten Anbieterinnen einbezogen und dabei transparent kommuniziert; sie hat namentlich den Grund für die veranlasste Bereinigung offengelegt und für die Nachofferten einen klaren und für alle Anbieterinnen verständlichen Massstab formuliert.

**4.2.3** Soweit die Beschwerdeführerin rügt, weil der Bereinigung eine Einsichtsgewährung in das Offertöffnungsprotokoll vorangegangen sei, habe kein fairer und wirksamer Wettbewerb mehr bestanden (vgl. Beschwerde Rz. 35 ff.), ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Dem hier interessierenden Öffnungsprotokoll sind ausschliesslich die gesetzlich vorgeschriebenen Minimalangaben zu entnehmen; Details zu den konkreten Dienstleistungen und insbesondere zu den offerierten Datenmengen sind daraus nicht ersichtlich. Damit war den Teilnehmenden zwar vor Erstellen der Nachofferte bekannt, zu welchem Preis ihre Konkurrentinnen offeriert hatten; sie konnten indes nicht voraussehen, ob und inwiefern die Beschwerdeführerin (und die übrigen Anbieterinnen) ihre Angebote aufgrund der Bereinigung anpassen und den Preis korrigieren würden. Daran ändert entgegen der Beschwerdeführerin nichts, dass die Vergabebehörde in der Fragerunde Angaben zur Datenmenge gemacht hatte (vgl. vorne E. 3.2), wurde diese Auskunft von den Anbieterinnen doch ganz unterschiedlich interpretiert, was in der Folge gerade zu den erheblichen Unterschieden zwischen den Angeboten geführt hat (vgl. hinten E. 4.3.1). Weshalb der Beschwerdegegnerin 1 bei diesen Gegebenheiten klar gewesen sein sollte, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auf einem Datenvolumen von 1-10 Megabyte beruhte, sodass bei ihr keine Preissenkung zu erwarten war (vgl. Replik Rz. 7 f.), leuchtet nicht ein. Überdies ist zu beachten, dass die Anbieterinnen im Rahmen der Bereinigung in der Preisgestaltung nicht frei waren; allfällige Preisanpassungen mussten vielmehr als notwendige Folge der Bereinigung erscheinen und somit in einem direkten Zusammenhang mit einer Veränderung der Datenmenge stehen (vgl. vorne E. 4.1.2 und hinten E. 5.1). Sämtlichen Offerentinnen war es dabei verwehrt, ihr ursprüngliches Preis-Leistungs-Verhältnis wesentlich zu verändern, wobei sich die Einhaltung dieser Vorgabe anhand einer Gegenüberstellung der ursprünglichen und der bereinigten Angebote,

insbesondere der zwingend einzureichenden Preisblätter (vgl. vorne E. 3.1), nachprüfen lässt. Der Ausgestaltung der Nachofferten waren daher enge Grenzen gesetzt. Unter diesen Umständen kann auch nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin 1 hätte aufgrund ihrer eigenen Marktkenntnisse davon ausgehen können, dass die Beschwerdeführerin ihren Angebotspreis nicht weiter senken würde (vgl. Beschwerde Rz. 52). Insgesamt liegt somit trotz der Zustellung des Offertöffnungsprotokolls vor der Bereinigung der Angebote keine Beeinträchtigung des fairen und wirksamen Wettbewerbs vor (vgl. zu diesem Punkt auch hinten E. 5.2.3 in Zusammenhang mit dem Vorwurf des verdeckten Abgebots).

**4.3** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Regierungsstatthalterin habe die materiellen Voraussetzungen einer Bereinigung gemäss Art. 39 Abs. 2 IVöB (vgl. hierzu vorne E. 4.1.1) zu Unrecht für erfüllt erachtet (Beschwerde Rz. 47).

**4.3.1** Im vorliegenden Fall war in den Ausschreibungsunterlagen kein konkretes Datenvolumen definiert (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 2). Auch im Rahmen der Fragerunde auf SIMAP machte die ESB diesbezüglich keine klaren Vorgaben, sondern gab nur einige Hinweise zum erwarteten Datenvolumen (vgl. vorne E. 3.2). Die in der Folge eingegangenen Angebote basierten sodann auf stark unterschiedlichen Datenmengen zwischen 3 und 250 Megabyte bzw. im Fall der Beschwerdegegnerin 1 auf einem «Mischdatenvolumen» von 10-500 Megabyte; die dafür offerierten Preise lagen zwischen Fr. 679'530.-- und Fr. 2'195'250.-- (vgl. Eingabe ESB vom 20.1.2023 zuhanden des RSA Rz. 25; Offertöffnungsprotokoll; vgl. auch vorne E. 3.3). Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Vorgaben entgegen der Beschwerdeführerin offensichtlich auch nach der Fragerunde nicht für alle Anbieterinnen hinreichend klar waren (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4). Die Offerten basierten vielmehr auf völlig unterschiedlichen (und schwer vergleichbaren) Annahmen hinsichtlich der zu offerierenden Datenmenge. Diese wiederum war für die Preisberechnung der meisten Teilnehmenden von entscheidender Bedeutung, führte die Bereinigung mit einem klar umschriebenen Datenvolumen doch bei allen Anbieterinnen mit Ausnahme der Beschwerdeführerin zu einer Preisanpassung (vgl. vorne E. 3.4). Dabei machen die Nachofferten

deutlich, dass sich die Preise auch nicht einfach linear zur Datenmenge verhielten, was angesichts der Grösse des Auftrags und der Vertragsdauer sowie der Beeinflussung durch nicht variable Kosten plausibel ist. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass sich die Diskrepanzen zwischen den eingegangenen Angeboten im Rahmen der Möglichkeiten hätten beseitigen lassen, die Art. 38 IVöB für die Prüfung der Angebote bietet. Ohnehin an der Sache vorbei geht der Hinweis der Beschwerdeführerin, die ESB hätte die Beschwerdegegnerin 1 gestützt auf Art. 38 Abs. 2 IVöB zu einer Erläuterung auffordern müssen (vgl. Replik Rz. 14), zumal es diesbezüglich nicht nur das Angebot der Beschwerdegegnerin 1 zu berücksichtigen galt. Eine Bereinigung ist unter diesen Umständen schon allein mit Blick auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung dem Einholen von Erläuterungen gemäss Art. 38 IVöB bei den einzelnen Offerentinnen vorzuziehen. Insgesamt leuchtet damit ein, dass sich die Vergabebehörde nicht in der Lage sah, anhand der Zuschlagskriterien das beste Angebot zu ermitteln, sondern erst anhand einer einheitlichen Berechnungsgrundlage Missverständnisse aufklären und die objektive Vergleichbarkeit der Angebote herstellen musste (vgl. dazu Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 17).

**4.3.2** Hierzu gab im Übrigen gerade das von der Beschwerdeführerin angeforderte Wirtschaftlichkeitsziel Anlass, bestand doch ohne Bereinigung der Datenmenge ein erhebliches Risiko, dass nicht das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhält (vgl. dazu Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 18 und 29 f.). Nach dem Gesagten erscheint die Bereinigung objektiv betrachtet als sachlich gerechtfertigt. Sodann kann nicht gesagt werden, die Anpassung bzw. Konkretisierung der Datenmenge hätte zu einer Veränderung der charakteristischen Leistung oder des potenziellen Anbieterkreises geführt (vgl. vorne E. 4.1.1): Die Datenmenge dürfte zwar insbesondere für die ESB einen wichtigen Vertragsbestandteil darstellen, es ist indessen nicht anzunehmen, dass sie für potenzielle Anbietende den Ausschlag für die Teilnahme am Vergabeverfahren gegeben hätte, zumal das Datenvolumen in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgegeben war. Entsprechend erfüllt die von der ESB durchgeführte Bereinigung jedenfalls die (wohl strengeren) Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 2 Bst. b IVöB (vgl. Näheres bei Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 52 f. und 55), womit nicht geklärt zu werden braucht, ob es sich hier nun um eine blosser Angebotsaufklärung

gemäss Art. 39 Abs. 2 Bst. a IVöB oder eine Leistungsänderung nach Art. 39 Abs. 2 Bst. b IVöB handelte. So oder anders ist von der materiellen Zulässigkeit der hier interessierenden Bereinigung auszugehen.

**4.4** Insgesamt erweist sich die Rüge, es liege eine unzulässige Bereinigung vor, als unbegründet. Die Zustellung des Offertöffnungsprotokolls vor Durchführung der Bereinigung führt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weder zu deren «formeller» Unzulässigkeit (vgl. vorne E. 4.2.1), noch ist darin konkret eine Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz oder eine Beeinträchtigung des fairen und wirksamen Wettbewerbs bzw. eine Manipulation der Ausschreibung zu erkennen (vgl. vorne E. 4.2.2 f.). Die materiellen Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 2 IVöB waren gegeben, und zwar unabhängig davon, ob es sich nun um eine blosser Angebotsaufklärung oder eine Leistungsänderung handelt (vgl. vorne E. 4.3.1 f.). Damit kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin (wie die Beschwerdegegnerin 1 in Rz. 23 ihrer Beschwerdeantwort geltend macht), ihr Rügerecht verwirkt hat, weil sie ihre Nachofferte eingereicht hat, ohne Protest einzulegen (vgl. etwa VGer SZ III 2019 101 vom 24.10.2019 E. 5.1 ff.; BGE 130 I 241 E. 4.3, je noch unter Geltung des alten Rechts).

## **5.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Beschwerdegegnerin 1 habe im Rahmen der Bereinigung ein verdecktes Abgebot abgegeben. Die Vorinstanz habe übersehen, dass Letztere deswegen hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (Beschwerde Rz. 48 ff.).

**5.1** Wie schon nach aIVöB sind reine Abgebotsrunden auch gestützt auf das geltende Recht unzulässig (Art. 11 Bst. d IVöB). Allerdings untersagte das alte Recht, jedenfalls nach einem strengen Verständnis, auf kantonaler Ebene im Ergebnis jegliche Verhandlungen über Angebotsbestandteile oder Ausschreibungsanordnungen, die das Angebot beeinflussten (vgl. Art. 11 Bst. c aIVöB i.V.m. § 30 Abs. 1 VRöB; Martin Beyeler, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt – Zum vergaberechtlichen Umgang mit

Verzögerungen [Teil 1], in BR 2017 S. 213-222 [nachfolgend: Beschaffungsprozess Teil 1], S. 218 f.). Demgegenüber sind gemäss Art. 11 Bst. d IVöB lediglich jene Verhandlungen unzulässig, die ausschliesslich der Preissenkung dienen, also reine Preisverhandlungen darstellen (vgl. Musterbotschaft IVöB S. 43; Botschaft BöB S. 1910; Pandora Kunz-Notter, a.a.O., Art. 11 IVöB/BöB N. 19, Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 32; Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 4 f. und 7 ff.). Entsprechend sind Preisadjustierungen bei einer Bereinigung erlaubt, sofern sie mit den Tatbeständen von Art. 39 Abs. 2 IVöB im Zusammenhang stehen (Art. 39 Abs. 3 IVöB), also Folge einer zulässigen Angebotsaufklärung oder Leistungsänderung darstellen (vgl. Bruno Gygi, a.a.O., Art. 39 IVöB/BöB N. 32; vorne E. 4.1.2). Kommt es hingegen zu einer Veränderung des Angebotspreises ohne sachlichen Grund, ist von einem unzulässigen verdeckten Abgebot auszugehen. Massgeblich ist dabei insbesondere das offerierte Preis-Leistungs-Verhältnis, das keine wesentliche Änderung erfahren darf. Allfällige Preissenkungen im Rahmen von Nachofferten müssen darum sachlich gerechtfertigt erscheinen, weshalb die Anbietenden weder verdeckte Rabatte oder Margensenkungen gewähren noch kostensteigernde Mehrleistungen ohne adäquaten Mehrpreis erbringen dürfen (vgl. Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 77 ff.; Martin Beyeler, Beschaffungsprozess Teil 1, S. 219 f.; Martin Beyeler, Beschaffungsprozess Teil 2, S. 278; Alexis Leuthold, a.a.O., Rz. 348 ff., 355 und 404).

**5.2** Nach dem Gesagten waren hier Preisadjustierungen seitens der Anbieterinnen wegen der zulässigerweise veranlassten Bereinigung im Grundsatz sachlich gerechtfertigt (vgl. vorne E. 4). Zu klären bleibt, ob die Vorinstanz die Nachofferte der Beschwerdegegnerin 1 – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – als verdecktes Abgebot hätte qualifizieren müssen. Dies ist vorab anhand des Preis-Leistungs-Verhältnisses vor und nach der Bereinigung zu beurteilen (vgl. E. 5.1 hiavor).

**5.2.1** Die Beschwerdegegnerin 1 hatte in ihrem ursprünglichen Angebot ein «Mischdatenvolumen» von 10-500 Megabyte zu einem Preis von Fr. 1'033'010.20 vorgesehen (vgl. vorne E. 3.3 und 4.3.1). Im Rahmen der Bereinigung hat sie ihr Angebot auf die von der ESB neu vorgegebene Datenmenge von 80 Megabyte pro Monat und Endpunkt angepasst und dafür

neu einen Gesamtpreis von Fr. 615'650.-- offeriert (vgl. vorne E. 3.4). Aus dem Preisblatt, das gemäss den Ausschreibungsunterlagen mit jedem Angebot zwingend einzureichen ist, ergibt sich, dass die Positionen 1, 2 und 6 («Einmalige Kosten der Implementierung [...]», «Plattform pauschal pro Monat, komplett», «Zusatzkosten: Allfällige Leistungen, die nach Aufwand verrechnet werden») für die Preisberechnung der Nachofferte der Beschwerdegegnerin 1 unverändert blieben. Eine Anpassung erfolgte hingegen in Bezug auf die Positionen 3 bis 5 bzw. die «Kommunikationsdienstleistung pro aufgeschaltetem Abo», die gestaffelt in drei Perioden mit einer jeweils steigenden Zahl aktiver Endpunkte erfasst wird (1-1100 aktive Endpunkte im Pilotjahr 2023, 1101-4999 aktive Endpunkte in den Jahren 2024 bis 2026, 5000-9000 aktive Endpunkte ab Anfang 2027 bis zum Ende der Vertragslaufzeit; Beschwerdeantwortbeilage [BAB] 3 Tabellen 1, auch zum Folgenden): Während die Beschwerdegegnerin 1 in ihrem ursprünglichen Angebot für alle drei Perioden fix von einem monatlichen Betrag von Fr. ... pro Einheit ausgegangen war, veranschlagte sie in der Nachofferte gestaffelte Preise von Fr. ... pro Einheit im Pilotjahr (Position 3), Fr. ... pro Einheit in den Jahren 2024 bis 2026 (Position 4) und Fr. ... pro Einheit ab 2027 (Position 5). Die Hintergründe dieser Preisberechnung hat die Beschwerdegegnerin 1 bereits im vorinstanzlichen Verfahren anhand einer Tabelle offengelegt (Beilage 1 zur Beschwerdeantwort vom 3.3.2023 zuhanden des RSA, Vorakten RSA [act. 3D] pag. 371 [CD-ROM]; BAB 3 Tabelle 2). Dieser lässt sich Folgendes entnehmen: Basierend auf einem Datenvolumen von 500 Megabyte pro Monat resultiert gestützt auf die Berechnungen und Veranschlagungen der Beschwerdegegnerin 1 über die gesamte Vertragsdauer gemittelt und gerundet ein Preis von monatlich Fr. ... pro Megabyte und SIM-Karte (bzw. gemittelt ohne Rundung Fr. ...). Der entsprechende Betrag beläuft sich für 80 Megabyte (mithin 16 % des ursprünglich veranschlagten Datenvolumens) gemittelt und gerundet auf Fr. ... pro Megabyte und SIM-Karte (zum Vergleich: 16 % von Fr. ... entsprechen Fr. ...). Bei einem Preis von Fr. ... pro SIM-Karte und Monat sowohl im ursprünglichen Angebot als auch in der Nachofferte veranschlagte die Beschwerdegegnerin 1 somit ursprünglich monatlich Fr. ... pro Einheit, woraus der offerierte Gesamtpreis von Fr. 1'033'010.20 resultierte. In der Nachofferte hätte sich der Preis pro Einheit bei einer unveränderten Berechnungsmethode bzw. linearen Anpassung auf Fr. ... pro Einheit

reduziert, was einem Gesamtpreis von Fr. 625'610.20 entspräche. Die Beschwerdegegnerin 1 hat indessen in der Nachofferte – offenbar zwecks einer «Preisangleichung wegen Cashflows» (vgl. BAB 3 Tabellen 2 und 3 [Erläuterungen zu Tabelle 2]; Beschwerdeantwort BG1 Rz. 32) – die genannte Staffelung vorgenommen, woraus der offerierte Gesamtpreis von Fr. 615'650.20 resultiert.

**5.2.2** Die Beschwerdeführerin wendet zwar zu Recht ein, es sei nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin 1 die in E. 5.2.1 hiavor erläuterte Berechnungsmethodik erst im Nachhinein aufgrund des vorliegenden Rechtsstreits erstellt und sozusagen «fabriziert» habe (sog. Reverse-Engineering; vgl. Beschwerde Rz. 58 ff.; Replik Rz. 11). Wie indessen bereits die Vorinstanz ausgeführt hat, bildete erst die Anfechtung des Zuschlagsentscheids überhaupt Anlass für die Beschwerdegegnerin 1, sich zu den Hintergründen der ihrem ursprünglichen bzw. bereinigten Angebot zugrundeliegenden Preisberechnung zu äussern, womit es sich dabei auch nicht etwa um eine unzulässige Erläuterung des Angebots handelt (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 6.6). Im Übrigen muss sich die Überprüfung, ob Nachofferten lediglich durch die Veränderung der Vorgaben bedingte und im Ausmass nachvollziehbare Abweichungen vom Inhalt der ursprünglichen Offerte enthalten, notgedrungen immer auf Begründungen der Anbietenden und auf Plausibilitätsvergleiche mit den ursprünglich offerierten Preisen und Konditionen stützen (vgl. Martin Beyeler, Beschaffungsprozess Teil 1, S. 220). Dies gilt hier umso mehr, als gerade die fehlende Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich der offerierten Datenmengen Anlass für die Bereinigung gab und insbesondere das von der Beschwerdegegnerin 1 verwendete «Mischdatenvolumen» die Ermittlung des ursprünglichen Preis-Leistungs-Verhältnisses erschwert hatte. Entsprechend sind die fraglichen Tabellen der Beschwerdegegnerin 1 zwar kritisch zu prüfen, aber nicht untauglich. Deren Berechnungen erweisen sich dabei als nachvollziehbar und die gemachten Angaben als plausibel: Die tabellarische Aufstellung macht deutlich, dass die Preisreduktion in der strittigen Nachofferte – abgesehen von der Änderung des Preismodells (vgl. hierzu E. 5.2.1 hiavor sowie [zu deren Würdigung] E. 5.2.3 hiernach) – einzig aus der Korrektur der Datenmenge resultiert (so auch angefochtener Entscheid E. 6.5); Hinweise für ein

sogenanntes «Reverse-Engineering» sind keine ersichtlich (vgl. angefochtener Entscheid E. 6.6). Insbesondere blieben die Preise pro SIM-Karten unverändert, womit diese entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 55) nicht näher geprüft zu werden brauchen. Nicht stichhaltig ist sodann das Vorbringen, der ursprünglich offerierte Preis von monatlich Fr. ... pro Einheit stimme nicht mit den Preisen im «Online-Shop» der Beschwerdegegnerin 1 überein (vgl. Beschwerde Rz. 60 f.). Es erscheint durchaus plausibel, dass die Beschwerdegegnerin 1 bei einem Auftrag dieser Grössenordnung und Bedeutung andere Konditionen anbietet als sie dies auf ihrer Homepage für die Allgemeinheit tut (vgl. auch Beschwerdeantwort BG1 Rz. 37).

**5.2.3** Für ein korrektes Vorgehen der Beschwerdegegnerin 1 bei der Anpassung ihres Angebotspreises spricht auch folgende Überlegung: Gemäss den Preisblättern der Beschwerdegegnerin 1 beliefen sich die Kosten für die Positionen 3 bis 5 vor der Bereinigung auf Fr. ... und danach auf Fr. .... Dies entspricht einer Reduktion um (lediglich) 50.5 % (bzw. bezogen auf den Gesamtpreis sogar nur um 40.4 %). Angesichts einer Verringerung des Datenvolumens auf 80 Megabyte wäre damit das Preis-Leistungs-Verhältnis selbst dann nicht wesentlich (zu Gunsten der Vergabebehörde) verändert worden, wenn der ursprünglichen, auf einem «Mischdatenvolumen» basierenden Offerte nicht, wie von der Beschwerdegegnerin 1 behauptet, ein Datenvolumen von 500 MB, sondern ein deutlich geringerer Wert zugrunde gelegen hätte. Der Vorwurf, die Datenmenge stelle bei der Beschwerdegegnerin 1 eine «variable Grösse» dar, die der «indirekten Preismanipulation dienen» könne (vgl. Beschwerde Rz. 59), verfängt schon daher nicht. Unter diesen Umständen ist entgegen der Beschwerdeführerin auch keine Beeinträchtigung des fairen und wirksamen Wettbewerbs zu erkennen (vgl. auch vorne E. 4.2.3). Insgesamt liegt somit keine wesentliche Veränderung des Preis-Leistungs-Verhältnisses vor, die auf ein unzulässiges Abgebot bzw. ein gezieltes Unterbieten von Seiten der Beschwerdegegnerin 1 schliessen lassen würde. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin 1 anlässlich der Bereinigung ihr Preismodell verändert hat (Beschwerde Rz. 48 und 56 f.; Replik Rz. 16 ff.): Eine solche Anpassung mag zwar grundsätzlich unzulässig sein (vgl. hierzu etwa Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Rz. 78), im vorliegenden Fall resultiert daraus indessen lediglich eine Abweichung von

Fr. 9'960.-- (Fr. 625'610.20-Fr. 615'650.20; vgl. vorne E. 5.2.1), was vernachlässigbar erscheint (und bezogen auf den offerierten Gesamtpreis nur 1.6 % ausmacht). Im Übrigen wäre bei Anwendung eines derart strengen Massstabs bezüglich Preisanpassung auch dem Vorwurf nachzugehen, die Beschwerdeführerin habe ihrerseits ein unzulässiges Abgebot abgegeben, indem sie trotz Erhöhung der offerierten Datenmenge von einer Preiskorrektur abgesehen hat (vgl. Beschwerdeantwort BG1 Rz. 34; Beschwerdeantwort ESB Rz. 23; Replik Rz. 20 ff.; vgl. zur Frage der Mehrleistung bei gleichem Preis auch vorne E. 5.1). Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens kann diese Frage indessen offengelassen werden.

**5.3** Nach dem Gesagten erweist sich die Preisanpassung als sachlich gerechtfertigt; es liegt weder ein verdecktes Abgebot noch eine Beeinträchtigung des fairen und wirksamen Wettbewerbs vor (vgl. auch vorne E. 4.2.3).

## **6.**

**6.1** Zusammenfassend waren im vorliegenden Fall die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 und 2 IVöB erfüllt und die Bereinigung zulässig (vgl. vorne E. 4.3.1 f.); eine Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz oder eine Beeinträchtigung des fairen und wirksamen Wettbewerbs ist nicht ersichtlich (vgl. vorne E. 4.2.1 ff.). Die Preisanpassung der Beschwerdegegnerin 1 erfüllt die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 3 IVöB und erscheint sachlich gerechtfertigt; ein verdecktes Abgebot liegt nicht vor (vgl. E. 5 hiervor). Damit hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand und erweist sich die Beschwerde als unbegründet; sie ist sowohl betreffend das Haupt- als auch die Eventualbegehren abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.2). Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen (vorne Bst. D) bzw. das Superprovisorium durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme abzulösen (vgl. BVR 2020 S. 113 E. 3.8, 2012 S. 314 E. 5.4).

**6.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin und wird kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Weiter hat sie der an-

waltlich vertretenen Beschwerdegegnerin 1 die dieser im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). 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. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 macht in seiner Kostennote vom 25. März 2024 ein Honorar von Fr. 14'087.50 zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) geltend, ausmachend insgesamt Fr. 15'228.59. Dies erscheint angesichts der obgenannten Kriterien als deutlich überhöht. Selbst wenn die Bedeutung der Streitsache überdurchschnittlich sein mag, erweisen sich die rechtlichen Schwierigkeiten des Prozesses als durchschnittlich. Zudem war der Rechtsvertreter mit der Angelegenheit bereits vertraut, da er die Beschwerdegegnerin 1 bereits vor der Vorinstanz und im ersten Verfahrensgang betreffend aufschiebende Wirkung vertreten hatte. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Parteikostenersatz von Fr. 8'000.-- als angemessen. Die MWSt ist nicht zu berücksichtigen, da die Beschwerdegegnerin 1 selber mehrwertsteuerpflichtig ist und die ihrer Rechtsvertretung geschuldete MWSt als Vorsteuer in Abzug bringen kann (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6). Soweit sodann der Antrag der anwaltlich vertretenen ESB auf Abweisung der Beschwerde «unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin» (vgl. Beschwerdeantwort S. 2 und Rz. 25) als Antrag auf Parteikostenersatz zu verstehen ist, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden. Die ESB legt mit keinem Wort dar, warum die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen sollten, ihr gestützt auf Art. 104 Abs. 4 VRPG Parteikostenersatz zuzusprechen. Solche sind auch nicht ersichtlich.

## 7.

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] erreicht (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 und Art. 113 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]; vgl. BVR 2023 S. 443 E. 8, 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.). – Hier ist der Zuschlag zu einem Gesamtpreis von Fr. 615'650.-- exkl. MWSt) erfolgt (Zuschlagsverfügung SIMAP, Vorakten RSA [act. 3E] Ziff. 9) und die Beschwerdeführerin hat ihrerseits zu einem Preis von insgesamt Fr. 679'800.-- offeriert (vgl. vorne E. 3.3 f.). Damit überschreitet der Wert des zu vergebenden Beschaffungsauftrags – laut SIMAP ein Lieferauftrag – den massgebende Schwellenwert in der Höhe von Fr. 150'000.--. Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden. Das vorliegende Urteil ist daher mit dem Hinweis auf diese beiden Rechtsmittel zu versehen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG; vgl. zum Ganzen BVR 2022 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 7.1 f.).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin 1 die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, ausmachend 8'000.--, zu ersetzen.

4. Zu eröffnen:

- Beschwerdeführerin
- Beschwerdegegnerin 1
- Beschwerdegegnerin 2
- Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne
- Wettbewerbskommission

Die Abteilungspräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

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