



C.

Am 13. Mai 2015 reichte die Beschwerdeführerin ihr Angebot ein. Fristgerecht reichte sie kurz darauf die Anpassung betreffend Berichtigung hinsichtlich des ZK 4.3 und des EK 3.5 ein.

D.

Mit Verfügung vom 15. Juni 2015 erteilte das [REDACTED] der Beschwerdegegnerin den Zuschlag. Die Beschwerdeführerin kontaktierte in der Folge das [REDACTED] und bat um ein Debriefing. Das [REDACTED] stellte der Beschwerdeführerin daraufhin per Email vom 23. Juni 2015 die Tabelle der Detailpunktvergabe zu.

Am 26. Juni 2015 fand ein Debriefing-Gespräch statt zwischen der Beschwerdeführerin und einer Delegation des [REDACTED]. Anlässlich des Gesprächs brachte die Beschwerdeführerin vor, sie ziehe in Zweifel, dass die Beschwerdegegnerin das EK 3.5 betr. Barrierefreiheit einhalte. Diese Aussage unterlegte sie mit einer von ihr vorgenommenen Prüfung der bestehenden JaxForms-Lösungen der Beschwerdegegnerin, die von der Kantonsverwaltung für die „Anmeldung Brücken- und Beratungsangebot“ der Erziehungsdirektion eingesetzt wird. Die Prüfung mit einem „Web Accessibility Checker“ habe ergeben, dass diese Formularlösung bereits unter Anwendung der niedrigsten Stufe der Barrierefreiheit (Stufe A von maximal AAA) 44 schwere Fehler ausweise.

E.

Am 29. Juni 2015 erhob die Beschwerdeführerin bei der Finanzdirektion des Kantons Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung mit folgenden Rechtsbegehren:

„1. Es sei die Vergabeverfügung der Vergabestelle vom 15. Juni 2015 aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin anstelle der Beschwerdegegnerin den Zuschlag zu erteilen.

a. Eventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, die Prüfung und Bewertung aller eingereichten Offerten zu wiederholen, unter Einbezug aller Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerin.

b. Subeventualiter sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen.

2. Der vorliegenden Beschwerde sei zunächst superprovisorisch und danach definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Gleichzeitig seien der Vergabestelle sämtliche Vollzugshandlungen, namentlich der Vertragsabschluss mit der Beschwerdegegnerin, zu untersagen.

3. Es sei die Vergabestelle zu verpflichten, detaillierte Auskunft über die Punktevergabe zu erteilen und zudem die vollumfänglichen Akten einzureichen, insbesondere die gesamte und detaillierte Aufstellung über die Punkteverteilung der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten gegenüber der Beschwerdeführerin, und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht in sämtliche relevanten Unterlagen zu gewähren.

4. Nach gewährter Akteneinsicht und noch vor Ergehen des Zwischenentscheids betreffend aufschiebende Wirkung sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben. Es sei ferner ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle, eventualiter der Beschwerdegegnerin.“

**F.**

Mit Verfügung vom 1. Juli 2015 erteilte die Finanzdirektion der Beschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne eines Superprovisoriums. Dem ■■■■ wurde Gelegenheit zur Beschwerdevernehmlassung und zur Vernehmlassung betr. Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegeben. Die Beschwerdegegnerin wurde aufgefordert, der Finanzdirektion mitzuteilen, ob sie sich als Partei am Beschwerdeverfahren beteiligen wolle, und ggf. eine Beschwerdevernehmlassung einzureichen.

**G.**

Mit Schreiben vom 9. Juli 2015 verzichtete das ■■■■ darauf, zur Frage der definitiven Gewährung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

**H.**

Mit Schreiben vom 9. Juli 2015 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf eine förmliche Teilnahme am Verfahren. Sie nahm zu einigen ihr wichtig erscheinenden Punkte der Beschwerdeschrift Stellung, da diese unbegründet und fehlerhaft dargestellt worden seien.

**I.**

Mit Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 stellte das ■■■■ folgende Anträge:

„1. Der Beschwerdeführerin sei in dem Umfang, wie dies mit dem Anspruch der Zuschlagsempfängerin und der dritten Anbieterin auf Vertraulichkeit ihres Angebots vereinbar ist, Einsicht in die Verfahrensakten zu geben.

2. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.“

**K.**

Mit Verfügung vom 21. Juli 2015 erteilte die Finanzdirektion der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

**L.**

Mit Verfügung vom 29. Juli 2015 stellte die Finanzdirektion der Beschwerdeführerin einen USB-Stick mit den Verfahrensakten des ■■■■ die durch den Rechtsdienst der Finanzdirektion teilweise anonymisiert wurden, sowie eine Kopie der Beilagen 9 und 10 zur Beschwerdevernehmlassung des ■■■■ zur Kenntnisnahme zu. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen.

**M.**

Mit Beschwerdereplik vom 14. August 2015 stellte die Beschwerdeführerin folgende Anträge:

„1. Es sei die Vergabeverfügung der Vergabestelle vom 15. Juni 2015 aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin anstelle der Beschwerdegegnerin den Zuschlag zu erteilen.

a. Eventualiter sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle, eventualiter der Beschwerdegegnerin.“

**N.**

Mit Duplik vom 31. August 2015 stellte das [REDACTED] folgende Anträge:

1. An den in der Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 gestellten Anträgen, namentlich auf Abweisung der Beschwerde, wird festgehalten.
2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin Frist zum Einreichen eines Zertifikats einer anerkannten Stelle betreffend die WCAG 2.0 (Stufe AA) - Kompatibilität der jeweils angebotenen Software anzusetzen, und das Beschwerdeverfahren sei bis dann zu sistieren.
3. Subeventualiter sei dem Antrag der Beschwerdeführerin, das Beschwerdeverfahren sei neu durchzuführen, dahingehend zu entsprechen, dass der angefochtene Zuschlag aufgehoben wird.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend darauf, eine Stellungnahme einzureichen.

**O.**

Mit Verfügung vom 10. September 2015 schloss die Finanzdirektion den Schriftenwechsel.

Auf die Begründung der Rechtsschriften wird, soweit rechtserheblich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

**erwägt:**

**1.**

**1.1** Bei einer Submission kann gegen Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen oder Auftraggeber bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde erhoben werden (Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen; ÖBG, BSG 731.2). Das [REDACTED] als Vergabestelle ist ein Amt der Finanzdirektion. Die Finanzdirektion ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Der Zuschlag im Vergabeverfahren ist eine selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG). Die Beschwerdeführerin hat als Anbieterin, die den Zuschlag nicht erhalten hat, ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung und ist zur Beschwerde befugt (Art. 65 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege; VRPG, BSG 155.21).

**1.3** Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. Gemäss Art. 14 Abs. 2 ÖBG können mit Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden.

**2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin rügt in einem ersten Punkt, das [REDACTED] habe als Vergabestelle den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Sie bringt vor, die Web-Formularlösung JaxForms der Beschwerdegegnerin sei derzeit und gemäss der Roadmap der Beschwerdegegnerin auch bis auf Weiteres nicht in der Lage, das EK 3.5 betr. Barrierefreiheit zu erfüllen.

Das ■■■■ halte in der Zuschlagsverfügung fest, dass alle drei Anbietenden alle Eignungskriterien erfüllten. Entsprechend sei aus Sicht der Beschwerdeführerin anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin in gegen Treu und Glauben verstossender Weise in ihrem Angebot festgehalten habe, dass sie alle Eignungskriterien einhalte. Dies sei offensichtlich nicht der Fall. Aus Ziffer 4.1 des Evaluationsberichts ergebe sich, dass das ■■■■ als Vergabestelle die gemachten Angaben nicht geprüft und das fehlende Eignungskriterium nicht entdeckt habe. Sollte die Beschwerdegegnerin vorbringen, dass das Eignungskriterium Barrierefreiheit der Stufe AA als Standardfunktion bereits verfügbar sei, habe sie dies rückwirkend auf das Datum der Einreichung des Angebots zu beweisen. Käme es zu einer erneuten Überprüfung des EK 3.5 betr. Barrierefreiheit, müsste dies zusätzlich zu einer erneuten Überprüfung aller weiteren Funktionalitäten und Zuschlagskriterien führen, da die Implementierung von Barrierefreiheit zu anderen, teils erheblichen Funktionseinschränkungen führen könne.

Zusammenfassend kommt die Beschwerdeführerin zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin das EK 3.5 nicht erfüllt habe und dementsprechend aus dem Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin sei zu widerrufen und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin als Zweitplatzierte zu erteilen.

**2.2** ■■■■ in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 aus, es treffe zu, dass das EK 3.5 im Evaluationsbericht nicht aufgeführt sei. Dies rühre daher, dass die Datei des Auswertungswerkzeuges (EVAL+) bereits beim Versand der Angebotsunterlagen vorbereitet und ein Nachtrag bei der späteren Berichtigung, infolge derer das EK 3.5 in die Ausschreibung aufgenommen worden sei, vergessen gegangen sei. Es sei jedoch nicht zulässig, vom fehlenden Eintrag im Evaluationsbericht auf eine Nichterfüllung des EK 3.5 zu schliessen. Gemäss der Berichtigung vom 13. Mai 2015 der Ausschreibungsunterlagen sei das EK 3.5 erfüllt, sobald eine schriftliche Zusicherung des Anbieters bezüglich Einhaltung der WCAG 2.0 Standards, Stufe AA, vorliege. Die Zuschlagsempfängerin habe die Erfüllung des EK 3.5 wie verlangt schriftlich zugesichert, womit die Vergabestelle das EK zu Recht als erfüllt habe betrachten dürfen.

**2.3** Es ist unbestritten, dass sich der Evaluationsbericht nicht zur Prüfung des EK 3.5 äussert. Wenn aus einem Evaluationsbericht nicht hervorgeht, dass (auch) eine Eignungsprüfung durchgeführt wurde und inwiefern mindestens der Zuschlagsempfänger und der Beschwerdeführer die publizierten Eignungskriterien erfüllten, liegt eine Verletzung des Transparenzgebotes vor (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz 866 mit Hinweis auf BRK 12/98 E. 2d).

Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung des Transparenzgebots zwingend dazu führen muss, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben ist oder ob sich dieser Verfahrensmangel kausal auf den Ausgang des Wettbewerbs bzw. den Zuschlag ausgewirkt haben muss. Teilweise verlangt die Gerichtspraxis den Nachweis der Kausalität, so in der bisherigen Praxis auch diejenige des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern. (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 1392 mit Nachweisen). Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob von einer Aufhebung des Zuschlags allenfalls dann abzusehen sei, wenn die Zuschlagsbehörde darlegen könne, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 1393f. mit Nachweisen).

Vor dem Hintergrund der Gerichtspraxis ist dafür zu halten, dass bezüglich der vorliegenden Verletzung des Transparenzgebots zu überprüfen ist, ob diese eine kausale Auswirkung auf den Ausgang des Wettbewerbs hatte.

**2.4** Gemäss der Berichtigung vom 13. Mai 2015 zu den Ausschreibungsunterlagen wurde bezüglich des EK 3.5 Barrierefreiheit von der Vergabestelle verlangt, dass die Einhaltung der WCAG 2.0 Standards, Stufe AA, von den Anbietenden schriftlich zuzusichern sei. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Angebot die verlangte Zusicherung abgegeben. Es handelt sich um eine Selbstdeklaration, wie sie bei Eignungskriterien durchaus üblich ist. So wurde vorliegend insbesondere für die wesentlichen Eignungskriterien betr. Fähigkeit zur Übernahme des Auftrags, Fähigkeit zur Bereitstellung der nötigen Ressourcen, Servicefähigkeit / Supportdienstleistungen und Rückwärtskompatibilität eine schriftliche Zusicherung im Sinne einer Selbstdeklaration verlangt.

Wenn die Selbstdeklaration betr. das EK 3.5 Barrierefreiheit im Evaluationsbericht nicht erwähnt wird, so handelt es sich zwar um eine Verletzung des Transparenzgebots, die aber als sehr geringfügig zu beurteilen ist. Die Frage, ob eine geforderte Zusicherung vorliegt oder nicht, lässt sich ganz einfach mit Ja oder Nein beantworten. Wenn die entsprechende Bejahung im Evaluationsbericht irrtümlicherweise fehlt, kann nicht gesagt werden, dass die Berichterstattung für die übrigen Anbietenden in einem Mass intransparent ist, die Auswirkungen auf den Ausgang des Wettbewerbs hat. Die fehlende Angabe konnte von der Vergabestelle ohne weiteres nachgetragen und den übrigen Anbietenden zur Kenntnis gebracht werden.

**2.5** Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die Vergabestelle die Angaben der Anbietenden zur Erfüllung des EK 3.5 hätte materiell überprüfen müssen. Wie bereits erwähnt, ist es auch bei wesentlichen Eignungskriterien durchaus üblich, eine Selbstdeklaration zu verlangen. Die Vergabestelle kann die Angaben der Selbstdeklaration zwar überprüfen, sie ist aber nicht dazu verpflichtet, dies zu tun. Besteht für die Vergabestelle kein begründeter Anlass, weitere Abklärungen zu einer Selbstdeklaration vorzunehmen, kann sie sich auf die Zusicherung verlassen.

In seiner Replik vom 31. August 2015, Rz 11, weist das [REDACTED] zu Recht darauf hin, dass es insbesondere bei ICT-Beschaffungen, bei denen zahlreiche Punkte zu erfüllen sind, notorisch ist, dass bei der Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle teilweise auf die Selbstdeklaration der Anbietenden abgestellt wird. Insbesondere aus Gründen der gebotenen Verfahrensökonomie ist dies nicht zu beanstanden.

**2.6** Wie nachstehend dargelegt wird, führt auch eine materielle Prüfung der Selbstdeklaration bezüglich des EK 3.5 vorliegend nicht zu einem anderen Ergebnis. Diesbezüglich ist vorab Folgendes festzuhalten:

Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 9. Juli 2015 darauf hin, dass die von der Beschwerdeführerin kritisierte „bestehende JAXForms-Lösung“, die bei der Erziehungsdirektion des Kantons Bern zum Einsatz komme, nicht der für die Ausschreibung zur Verfügung gestellten JAXForms Version (Betaversion für das kommende Release 4.20) entspreche. Diese Betaversion sei bereits Level AA konform und weise nur noch vereinzelte kleinere Probleme auf, die für das finale Release behoben würden. Die Beschwerdegegnerin arbeite mit der Stiftung „Zugang für alle“ zusammen und strebe eine Zertifizierung der WCAG Stufe AA an. Sie führt weiter aus, dass die Beschwerdeführerin keine Kenntnis vom aktuellen Entwicklungsstand und der dem [REDACTED] zur Verfügung gestellten Testversion der offerierten Softwarelösung haben könne.

Es ist in der Tat fraglich, wie die Beschwerdeführerin über Detailkenntnisse der angebotenen Software der Beschwerdegegnerin verfügen sollte. Die Beschwerdeführerin äussert sich dazu nicht. Sie bleibt damit den Beweis schuldig, dass sich ihre Rügen auf die angebotene Lösung der Beschwerdegegnerin beziehen. Ob ihre Kritik vor diesem Hintergrund überhaupt zu hören ist, kann aufgrund der nachstehenden Erwägungen offen gelassen werden.

**2.7** Die Beschwerdeführerin bringt bezüglich der materiellen Überprüfung des EK 3.5 vor, ein Eignungskriterium sei entweder zu 100 Prozent oder nicht erfüllt. Bei dieser binären Beurteilung stehe der Vergabestelle kein Ermessen zu.

Es ist grundsätzlich zutreffend, dass ein Eignungskriterium entweder erfüllt ist oder nicht. Bei komplexeren Eignungskriterien steht der Vergabestelle allerdings bei der entsprechenden Beurteilung durchaus ein Ermessen zu. So ist beispielsweise vorliegend die Erfüllung des EK „Fähigkeit zur Übernahme des Auftrags“ entweder zu bejahen oder zu verneinen. Dabei ist offensichtlich, dass die Vergabestelle bei der allfälligen Überprüfung der entsprechenden Selbstdeklaration der Anbietenden auch Ermessensentscheide fällen müsste. Nicht anders verhält es sich vorliegend bei der materiellen Überprüfung des EK 3.5 betr. Barrierefreiheit.

Wie das ████████ in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 und in seiner Duplik vom 31. August 2015 darlegt, ist die Frage, ob die für die Barrierefreiheit verlangte WCAG-2.0-Kompatibilität gegeben sei, nicht einfach zu beantworten. Wie das ████████ in Rz 12 der Duplik ausführt, hat es im vorliegenden Einladungsverfahren nur Anbietende eingeladen, von denen es weiss, dass die grundsätzlich Produkte anbieten, die entweder bereits nach WCAG 2.0 zertifiziert sind oder sich – wie das Produkt der Zuschlagsempfängerin – im Prozess der Zertifizierung befinden. Ein solches Zertifikat ist der einzige anerkannte und sichere Nachweis für die Erfüllung der WCAG 2.0-Kriterien.

Die zertifizierende Stiftung „Zugang für alle“ publiziert auf ihrer Website eine Liste der zertifizierten Websites (<http://www.access-for-all.ch/ch/zertifizierung/zertifizierte-websites.html>). Gemäss dieser Liste, die 76 schweizerische Websites anführt, sind auf kantonaler Ebene nur die Auftritte der Kantone Jura, Solothurn und Schaffhausen zertifiziert. Es kann damit festgestellt werden, dass eine Zertifizierung noch relativ selten stattfindet. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, wenn das ████████ darauf verzichtet hat, bei der vorliegenden Ausschreibung von den Anbietenden eine Zertifizierung zu verlangen, die für die Anbietenden auch mit einem Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist.

**2.8** Die Beschwerdeführerin beruft sich bei ihrer Rüge, die Betaversion 4.20 der offerierten Software der Zuschlagsempfängerin erfülle das EK 3.5 nicht, auf eine durch die Beschwerdeführerin durchgeführte Überprüfung mit den auf dem Internet zugänglichen technischen Tool AChecker-Report.

Die zertifizierende Stiftung „Zugang für alle“ führt auf ihrer Website bei den FAQ zur Zertifizierung (<http://www.access-for-all.ch/ch/zertifizierung/fragen-und-antworten/81-weshalb-ein-zertifikat.html>) zur Frage, ob ein Test mit automatischen Tools nicht ausreiche, aus:

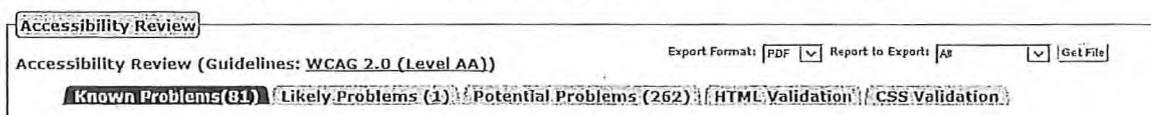
„Ganz klar: Nein. Die zahlreichen Test-Tools zeigen im konkreten Einsatz frappante Mängel bei der Beurteilung. Die meisten Kriterien der Richtlinien für Barrierefreiheit erfordern eine menschliche Beurteilung, zum Beispiel: Ist der Alternativtext eines Bildes sinnvoll?“

Aus diesen klaren Ausführungen der zertifizierenden Stelle erhellt, dass eine Überprüfung mittels eines technischen Hilfsmittels höchstens einen Hinweis, sicher aber nicht einen Beweis, für

Mängel in Bezug auf die Barrierefreiheit liefern kann. Dies bedeutet gleichzeitig, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung, ob ein Angebot die WCAG 2.0-Standards erfüllt, zwangsläufig ein Ermessen zukommen muss.

Trotz der erwähnten Vorbehalte gegenüber der Überprüfung mittels technischer Tools hat das [REDACTED], wie in Rz 14ff. der Duplik vom 31. August 2015 dargelegt, das Webtool AChecker auf die Software der Zuschlagsempfängerin angewendet. Die Überprüfung ergab, dass die Software noch 16 sog. „known problems“ aufweist. Wie oben dargelegt, kann dies höchstens ein Indiz für Probleme sein. Die vom Tool AChecker gemessenen 16 „known problems“ sind in derselben Grössenordnung wie die Ergebnisse der Website für die Bundesverwaltung und der Stiftung „Zugang für alle“ (vgl. im Einzelnen Rz 16 der Duplik vom 31. August 2015).

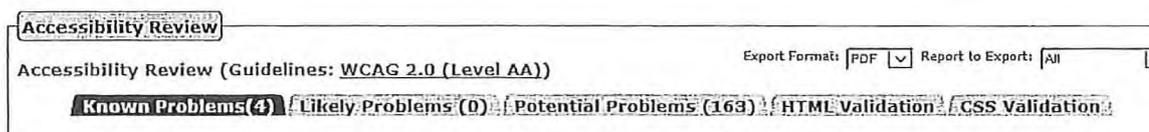
Eine Überprüfung durch das Tool AChecker, die die Finanzdirektion am 23. September 2015 vornahm, ergab für die Website der Stiftung „Zugang für alle“ folgendes Ergebnis:



The screenshot shows the 'Accessibility Review' interface. At the top, it says 'Accessibility Review (Guidelines: WCAG 2.0 (Level AA))'. To the right, there are options for 'Export Format: PDF' and 'Report to Export: All'. Below this, there are several buttons: 'Known Problems (81)', 'Likely Problems (1)', 'Potential Problems (262)', 'HTML Validation', and 'CSS Validation'. The 'Known Problems (81)' button is highlighted in red.

Wenn die Website der zertifizierenden Stelle 81 „known problems“ und 262 „potential problems“ aufweist, ist klar erkennbar, dass die für die Software der Zuschlagsempfängerin ausgewiesenen 16 „known problems“ keinen Hinweis darauf liefern, wonach deren Angebot bezüglich der Barrierefreiheit als offensichtlich unzulänglich gelten müsste. Es lag vielmehr im Ermessen der Vergabestelle, das Angebot der Zuschlagsempfängerin unter diesen Umständen nicht einer vertieften materiellen Prüfung zu unterziehen, sondern auf die schriftliche Zusicherung der Zuschlagsempfängerin zu vertrauen, dass sie das EK 3.5 erfülle. Dies stellt auch keinen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot dar, da das [REDACTED] bei der Beurteilung des Angebots der Beschwerdeführerin ebenfalls auf deren Selbstdeklaration abstellte.

Eine durch die Finanzdirektion am 23. September 2015 mit dem Tool AChecker durchgeführte Überprüfung der Website der Beschwerdeführerin ergab folgendes Ergebnis:



The screenshot shows the 'Accessibility Review' interface. At the top, it says 'Accessibility Review (Guidelines: WCAG 2.0 (Level AA))'. To the right, there are options for 'Export Format: PDF' and 'Report to Export: All'. Below this, there are several buttons: 'Known Problems (4)', 'Likely Problems (0)', 'Potential Problems (163)', 'HTML Validation', and 'CSS Validation'. The 'Known Problems (4)' button is highlighted in red.

Der Webauftritt der Beschwerdeführerin enthält 4 „known problems“ und 162 „potential problems“. Die automatisierte Überprüfung des Webauftritts der Beschwerdeführerin – die gemäss der Argumentation in ihrer Beschwerde in Anspruch nimmt, die Kriterien für Barrierefreiheit vollumfänglich zu erfüllen – fördert damit in Bezug auf deren Webauftritt ebenfalls mögliche Probleme zu Tage.

Wie erwähnt könnte eine Sicherheit nur durch eine Zertifizierung geschaffen werden, die für die beteiligten Anbieter mit einem nicht unbeträchtlichen (finanziellen) Aufwand verbunden wäre (vgl. dazu <http://www.access-for-all.ch/ch/zertifizierung/kostenubersicht.html>). Es ist nicht zu beanstanden, wenn das [REDACTED] als Vergabestelle unter den vorliegenden Umständen bewusst darauf verzichtet hat, von den Anbietenden eine Zertifizierung einzufordern.

2.9 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn das ■■■■ sich im Rahmen seines Ermessens dafür entschieden hat, für die Erfüllung des EK 3.5 betr. Barrierefreiheit auf die schriftliche Zusicherung der Zuschlagsempfängerin abzustellen und auf eine materielle Überprüfung zu verzichten. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen nicht zu beweisen, dass das Vorgehen des ■■■■ rechtsfehlerhaft war.

Unter diesen Umständen kann offen gelassen werden, ob die Beschwerdeführerin ihre Rüge, es sei nicht zulässig, bei der Erfüllung des EK 3.5 auf eine Selbstdeklaration abzustellen, nach Treu und Glauben nicht bereits bei der Eröffnung der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen hätte vorbringen müssen.

### 3.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe analysiert, ob die Vergabestelle die im Rahmen der eingereichten Offertunterlagen angegebenen Formular-Beispiele geprüft habe. Es handle sich dabei um Web-Formulare, die die Beschwerdeführerin zu Demonstrationszwecken zu den von der Vergabestelle erwarteten Funktionalitäten angegeben habe. Die Beispiele seien auf dem Server der Beschwerdeführerin gespeichert. Die Vergabestelle habe diese via Internet-Links einsehen können. Die Beschwerdeführerin habe die Anzahl Besuche und die Besuchsdauer der Einsichtnahme durch die Vergabestelle ausgewertet und festgestellt, dass die Vergabestelle nur knapp die Hälfte der angegebenen Formular-Beispiele besucht habe. Die Besuchszeit habe bei rund der Hälfte aller Besuche nur enorm kurze ein bis zwei Minuten betragen. Während einer solch kurzen Dauer sei es unmöglich, die Zuschlagskriterien angemessen zu prüfen und zu würdigen. Die Vergabestelle habe folglich die Zuschlagskriterien nicht oder nur ungenügend erhoben, also über rechtserhebliche Umstände keinen Beweis geführt und die rechtswesentlichen Sachumstände falsch oder unvollständig festgestellt und gewürdigt. Aufgrund dieser unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen habe die Vergabestelle Punkte für die Zuschlagskriterien verteilt, was offensichtlich unsachgemäss und intransparent erfolgt sei.

3.2 ■■■■ in seiner Duplik vom 31. August 2015 dar, dass es nicht nötig sei, zur Prüfung des Angebots sämtliche Beispielformulare zu sichten. Die Behauptung, die Formulare seien nur kurz gesichtet worden, könne das ■■■■ nicht überprüfen. Zudem würden ein oder zwei Minuten genügen, um festzustellen, dass ein Formular im Grundsatz einem anderen entspreche, das bereits geprüft worden sei, so dass eine erneute Überprüfung nicht notwendig sei. Im Weiteren sei die Verweildauer möglicherweise falsch gemessen worden, insbesondere weil Benutzer mehrere Webseiten in rascher Folge in sogenannten „Tabs“ öffnen könnten. Dies könne für den Webseitenbetreiber den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass sehr rasch von einer Webseite zur anderen gewechselt werde, während tatsächlich aber alle so geöffneten Webseiten weiterhin in ihrem separaten Tab offenbleiben können. Die Beschwerdeführerin zeige zudem nicht auf, wie die behauptete Vorgehensweise des ■■■■ zu einer ergebnisrelevanten und ermessensfehlerhaften zu schlechten Bewertung ihres Angebots geführt haben solle. .

3.3 Die Ausführungen des ■■■■ sind schlüssig. Es ist nicht ersichtlich, dass das ■■■■ die Überprüfung der Angebote in rechtsfehlerhafter und unzulässiger Weise vorgenommen hat. Die Beschwerdeführerin vermag auch nicht darzulegen, dass das behauptete Vorgehen des ■■■■ sie benachteiligt und insbesondere zu einer unangemessenen schlechteren Bewertung ihres Angebots geführt hat.

### 4.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile seien ihr anlässlich des Debriefinggesprächs vom 26. Juni 2015 nicht in befriedigender Weise mitgeteilt worden. Die Vergabestelle habe nicht schlüssig begründen können, weshalb für ein Zuschlagskriterium beispielsweise nur zwei statt der maximalen sechs Punkte vergeben worden seien. Es sei nicht

klar, welche Anforderungen an die Zuschlagskriterien gestellt worden seien und wofür und warum es beim jeweiligen Zuschlagskriterium zu einem Punkteabzug gekommen sei. Es liege die Vermutung nahe, dass sich die Vergabestelle über den Grundsatz des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot hinweggesetzt habe. Die ungenügende Begründung des Zuschlagsentscheids stelle bereits einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör dar.

**4.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Das bedeutet, dass eine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, N 4 zu Art. 21 VRPG). Die Praxis lässt die Heilung einer Gehörsverletzung zu, wenn die Rechtsmittelbehörde in den Fragen, in denen das rechtliche Gehör verweigert worden ist, die gleiche Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz und das Versäumte nachholen kann (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 16 zu Art. 21 VRPG). Diese Voraussetzungen für eine allfällige Heilung der behaupteten Gehörsverletzung sind vorliegend erfüllt.

Die Beschwerdeführerin scheint zudem der gerügten Gehörsverletzung selber nicht hauptsächliches Gewicht beizumessen. Sie stellt das Hauptbegehren, es sei ihr anstelle der Beschwerdegegnerin der Zuschlag zu erteilen. Bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör beantragt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle sei zu verpflichten, detaillierte Auskunft über die Punktevergabe zu erteilen und sie habe zudem die vollumfänglichen Akten einzureichen, insbesondere die gesamte und detaillierte Aufstellung über die Punkteverteilung. Der Beschwerdeführerin sei Akteneinsicht in sämtliche relevanten Unterlagen zu gewähren. Eine Kassation des vorinstanzlichen Entscheids, der aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs die logische Rechtsfolge bei einer Verletzung des Anspruchs wäre, verlangt die Beschwerdeführerin nicht (vgl. dazu Entscheid vom 24. Februar 2014 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, 100 2014 25, E. 3.4.2 mit Hinweisen).

Nachdem ihr die Finanzdirektion die in der Beschwerde verlangte Akteneinsicht gewährt hatte, modifizierte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 14. August 2015 ihre Rechtsbegehren und verzichtete auf den in der Beschwerde gestellten Eventualantrag, die Vergabestelle sei anzuweisen, die Prüfung und Bewertung aller eingereichten Offerten zu wiederholen unter Einbezug aller Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin geht damit zu Recht davon aus, dass eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgrund der behaupteten ungenügenden Begründung des Zuschlagsentscheids vorliegend nicht Anlass zu einer Kassation des vorinstanzlichen Entscheids geben würde, sondern im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden könnte.

**4.3** Neben der nicht unüblich kurzen Begründung in der Zuschlagsverfügung hat das [REDACTED] zur Vorbereitung der Debriefing-Sitzung vom 26. Juni 2015 der Beschwerdeführerin das Dokument zur Detailpunktevergabe mit EMail vom 23. Juni 2015 übermittelt (Beilage 6 zur Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015). Diese Unterlagen zeigen im Detail, welche Anforderungen an die Angebote bezüglich der Erfüllung der einzelnen Kriterien gestellt wurden. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, es sei nicht klar, welche Anforderungen an die Erfüllung der Zuschlagskriterien gestellt worden seien, ist damit hinfällig geworden.

**4.4** Die Beschwerdeführerin bringt in den Rz 50ff. ihrer Beschwerde eine umfangreiche Kritik an den ihrer Ansicht nach unplausiblen Bewertungen der Angebote durch das [REDACTED] vor. Sie kritisiert dabei die Bewertung von insgesamt 32 der gesamthaft 58 angewendeten Teilkriterien für den Zuschlag. Die Beschwerdeführerin kritisiert damit die Bewertungen des [REDACTED] nicht in einzelnen Detailpunkten, sondern in breitem Umfang und in grundlegender Hinsicht.

Zu den einzelnen Kritikpunkten legt die Beschwerdeführerin in den Rz 52ff. ihrer Beschwerde jeweils kurz dar, wieso sie der Ansicht ist, es sei ihr bei der Bewertung jeweils die volle Punktezahl zuzuerkennen. Das ■■■■ nimmt zu den sämtlichen Vorbringen in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 Stellung.

Zu den in den Rz 53, 54 und 56 der Beschwerde vorgebrachten Rügen an der Bewertung hält d■■■■ zutreffend fest, dass es fehlerhaft war, die Teilkriterien nicht nach einem binären Bewertungsmassstab zu bewerten. Es spricht der Beschwerdeführerin in sämtlichen dieser Teilkriterien die volle Punktezahl von 6 Punkten zu. Diese Bewertungen sind damit nicht mehr strittig.

**4.5** Zu sämtlichen übrigen Rügen betr. die Punkteverteilung nimmt das ■■■■ in seiner Beschwerdevernehmlassung Stellung und hält dazu fest, dass ein qualitativer (und kein binärer) Bewertungsmassstab zu Anwendung kam, so dass die Punkteverteilung von 0 bis 6 Punkten im Ermessen des ■■■■ als Vergabestelle gestanden habe. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

Bei der Auswertung der Angebote geht es darum, die Vorgaben zu konkretisieren, die sich für die Bewertung der Zuschlagskriterien einerseits aus der Ausschreibung und andererseits aus den einschlägigen Rechtsnormen ergeben. Die Vergabestelle verfügt insoweit nicht über Ermessen, sondern nimmt vielmehr einen Beurteilungsspielraum wahr, dessen Handhabung der Rechtskontrolle durch die Rechtsmittelinstanzen unterliegt, wobei diese sich regelmässig eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (Entscheid vom 3. November 2014 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, 100 2014 248, E. 3.2.4 mit Hinweisen).

**4.6** Die Vorinstanz hat sich jedoch zu Recht nicht darauf beschränkt, auf ihr Ermessen – im Sinne des oben dargestellten Beurteilungsspielraums - zu verweisen, sondern hat die Punktevergabe für jedes einzelne Unterkriterium inhaltlich begründet, soweit die Bewertung von der Beschwerdeführerin gerügt wurde.

Die einzelnen Begründungen des ■■■■ sind für die Finanzdirektion des Kantons Bern plausibel und es sind keine Anzeichen erkennbar, dass das ■■■■ als Vergabestelle die ihm zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der einzelnen Unterkriterien nicht angemessen ausgeübt oder seine Befugnisse rechtsfehlerhaft überschritten hat.

In ihrer Replik vom 14. August 2015 nimmt die Beschwerdeführerin zu den vom ■■■■ vorgebrachten Begründungen in Rz 32 nur kurz wie folgt Stellung: „Die Beschwerdeführerin hält an ihren Darstellungen und Einschätzungen in der Beschwerdefrist fest. Die Vergabestelle argumentiert lediglich mit dem ihr angeblich zustehenden, grossen Ermessen, wobei die Nachvollziehbarkeit der Punkteverluste zur Optimierung des Softwareprodukts meist ausbleibt. Überdies bleibt sie einer Erklärung schuldig, auf welcher Basis und auf welchen Formular-Beispielen sie die Beurteilung vorgenommen hat, da die Vergabestelle die vorgelegten Formular-Beispiele nachweislich nur sehr lückenhaft gesichtet hat.“

Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, das ■■■■ verweise zur Begründung nur auf sein Ermessen, ist offensichtlich unzutreffend. Das ■■■■ hat vielmehr zu jeder einzelnen beanstandeten Bewertung seine Begründung für die Punktevergabe dargelegt. Die Beschwerdeführerin unterlässt es in ihren Rechtsschriften, sich mit diesen Begründungen auseinanderzusetzen, und beschränkt sich auf eine pauschale, letztlich rein appellatorische Kritik am Vorgehen der Vergabestelle.

Für die Sachverhaltsermittlung gilt der Untersuchungsgrundsatz. Die Untersuchungspflicht wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien eingeschränkt. Insbesondere gilt, dass Parteieingaben substantiiert zu begründen sind (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 10 zu Art. 18 VRPG). Wie erwähnt, hat es die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall unterlassen, sich einlässlich mit den Begründungen des ■■■■ zur gerügten Punktevergabe auseinanderzuset-

zen. Es kann unter diesen Umständen nicht an der Finanzdirektion als Rechtsmittelbehörde sein, zu den ihr plausibel erscheinenden Begründungen der Vorinstanz von sich aus weitere Untersuchungen anzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht. Die Vergabestelle verfügt zudem über spezielle Fachkenntnisse für die technische Beurteilung der Angebote, so dass es gerechtfertigt ist, wenn die Rechtsmittelbehörde sich bei der Überprüfung diesbezüglich eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 4 zu Art. 66 VRPG).

4.7 [REDACTED] in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 beantragt, bei der Bewertung der in Rz 53, 54 und 56 der Beschwerde angeführten Teilkriterien die volle Punktezahl zuzuerkennen, führt dies bei der Bewertung den Angebots der Beschwerdeführerin zu einem relativen Punktegewinn von 11 Punkten im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Wie das [REDACTED] in Rz 64 seiner Beschwerdevernehmlassung vom 20. Juli 2015 darlegt, beträgt der Abstand zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und demjenigen der Beschwerdegegnerin noch immer 62.16 Punkte. Die detaillierte Überprüfung der beanstandeten Bewertungen – für die wie erwähnt für die Finanzdirektion als Rechtsmittelbehörde kein Anlass ersichtlich ist – müsste dementsprechend zu einer massiven Änderung der fachlichen Beurteilungen der Vergabestelle führen. Es sind für die Rechtsmittelbehörde keine Anzeichen ersichtlich, die eine solche grundlegende Neubewertung als realistisch erscheinen liessen.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Bewertung der Angebote durch das [REDACTED] als Vergabestelle rechtlich nicht zu beanstanden ist. Nachdem es in Vergabeverfahren zudem nicht unüblich ist, die Zuschlagsverfügung relativ knapp zu begründen, und das [REDACTED] im vorliegenden Verfahren die von der Beschwerdeführerin verlangten Unterlagen und Begründungen beigebracht hat, kann auch nicht gesagt werden, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt wurde.

## 5.

Die Finanzdirektion kommt in Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss dass die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Kosten für das Verfahren vor der Finanzdirektion werden auf pauschal CHF 1'000.- festgelegt. Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint. Da die Beschwerdegegnerin im Verfahren nicht anwaltlich vertreten war und auf eine förmliche Beteiligung verzichtet hat, sind ihr keine Parteikosten zuzuerkennen. Damit sind keine Parteikosten zu sprechen.

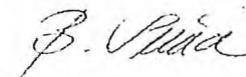
Aus diesen Gründen wird

**erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Finanzdirektion werden auf pauschal CHF 1'000 bestimmt. Diese werden nach Eintritt der Rechtskraft separat in Rechnung gestellt. Parteikosten sind keine zu sprechen.
3. Zu eröffnen:
  - Rechtsanwalt [REDACTED] für sich und zuhanden der Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
  - [REDACTED] (Einschreiben mit Rückschein)
  - dem [REDACTED]

FINANZDIREKTION  
DES KANTONS BERN

Die Finanzdirektorin



Beatrice Simon  
Regierungsrätin

#### **Rechtsmittelbelehrung**

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

