

# **BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.746 vom 10. September 2019**

Be Direktionen, 2019-09-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_direktionen\\_2019.GEF.746](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_direktionen_2019.GEF.746)

FR: BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.746 du 10 septembre 2019

IT: BE\_DIREKTIONEN 2019.GEF.746 del 10 settembre 2019

## **Volltext**

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne

Rathausgasse 1 Postfach 3000 Bern 8 Telefon +41 (31) 633 79 20 Telefax +41 (31) 633 79 09 [www.gef.be.ch](http://www.gef.be.ch)

Referenz: av 2019.GEF.746

**B E S C H W E R D E N T S C H E I D** vom 10. September 2019

in der Beschwerdesache zwischen

X.\_\_\_\_ Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt A.\_\_\_\_

gegen

Sozialamt des Kantons Bern (SOA), Rathausgasse 1, Postfach, 3000 Bern 8 Vorinstanz  
sowie

Y.\_\_\_\_ Beschwerdegegner vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_

betreffend Ausschreibung regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich Los F (Region F) Simap – ID ..... (Verfügung der Vorinstanz vom 24. April 2019)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 2 von 43

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte 1. Am 6. November 2018 hat das Sozialamt des Kantons Bern (fortan: Vorinstanz oder SOA) die Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» auf der Internet- plattform [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert (Simap Projekt Nr. ....). Der ausgeschriebene Auftrag war in fünf Lose aufgeteilt, darunter das Los F (Region F). Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren. Gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen wurde kein Rechts- mittel ergriffen. 2. Innert Frist haben fünf Anbieter, darunter der X.\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) sowie das Y.\_\_\_\_ (nachfolgend auch: Zuschlagsempfänger oder Beschwerdegegner) ein Ange- bot eingereicht. 3. Am 24. April 2019 verfügte die Vorinstanz die Zuschlagserteilung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» für das Los F (Region F) an das Y.\_\_\_\_ mit eingeschriebener Post an alle Anbieter. Begründet wurde die Zuschlagserteilung damit, dass der Zuschlagsempfänger das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 30 Abs. 1 ÖBV1 eingereicht habe. Die Zu- schlagsverfügung enthält für jeden der unterlegenen Anbieter eine Auflistung der bei den ein- zeln Zuschlagskriterien von ihm erreichten Punkte und die Punktevergabe an den Zuschlags- empfänger (Vergleichstabelle). 4. Gegen die Zuschlagsverfügung vom 24. April 2019 für das Los F (Region F ) der Aus- schreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» reichte der X.\_\_\_\_ am 6.

Mai 2019 Beschwerde bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) ein; dies mit den folgenden Anträgen: Materielles 1. Die Zuschlagsverfügung vom 24. April 2019 im Vergabeverfahren «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich, Los F – Region F » sei aufzuheben und der Zuschlag des Los F sei dem Beschwerdeführer zu erteilen. 2. Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung vom 24. April 2019 im Vergabeverfahren «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich, Los F – Region F » vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen. 3. Es seien keine Verfahrenskosten zu erheben und dem Beschwerdeführer sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

1 Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 3 von 43

Prozessual 4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. 5. Dem Beschwerdeführer sei im vorliegend anhängig gemachten Beschwerdeverfahren umfassende Akteneinsicht zu gewähren und es sei ihm im Anschluss daran Gelegenheit zu geben, sich ergänzend in der Sache zu äussern. - unter Kosten- und Entschädigungsfolge - 5. Mit Verfügung vom 9. Mai 2019 hat das Rechtsamt der GEF, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,<sup>2</sup> die Vorinstanz u.a. darauf hingewiesen, dass bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger von Gesetzes wegen nicht abgeschlossen werden darf. 6. Am 20. Mai 2019 reichte der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner eine Beschwerdevernehmlassung ein, in der er die Abweisung der Beschwerde beantragt. Die Vorinstanz schliesst in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 23. März (recte: Mai) 2019<sup>3</sup> ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese überhaupt eingetreten werden könne. 7. Mit Verfügung vom 18. Juni 2019 hiess das Rechtsamt der GEF das Gesuch des Beschwerdeführers um Akteneinsicht dahingehend teilweise gut, dass ihm in die Vorakten zum Los F (Region F), Register 1-7, ohne Abdeckungen im Evaluationsbericht (Register 5), Einsicht gewährt wurde. Im Übrigen wurde das Gesuch abgewiesen. Namentlich erhielt der Beschwerdeführer keine Einsicht in die Angebote der anderen Anbieter. Die Zwischenverfügung zur Akteneinsicht vom 18. Juni 2019 wurde nicht angefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen. 8. Ebenfalls mit Verfügung vom 18. Juni 2019 ordnete das Rechtsamt der GEF einen zweiten Schriftenwechsel an. 9. Der Beschwerdeführer, nunmehr anwaltlich vertreten, reichte am 28. Juni 2019 eine kurze Stellungnahme und am 5. Juli 2019 eine ausführliche Replik beim Rechtsamt der GEF zu den Akten. In der Replik vom 5. Juli 2019 hält der Beschwerdeführer an dem mit Beschwerde vom 6. Mai 2019 gestellten Hauptbegehren fest. Das Eventualbegehren wurde dahingehend ergänzt, dass bei einer Rückweisung des Vergabeverfahrens an die Vorinstanz die Vorsteherin des SOA bei der Beurteilung der Angebote in den Ausstand zu treten habe. Im Weiteren ersuchte der Beschwerdeführer nochmals um Akteneinsicht in die Angebote der anderen Anbieter, konkret in die Nachweise zu den strittigen Zuschlagskriterien.

2 Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121) 3 Im Folgenden wird die Beschwerdevernehmlassung jeweils mit dem korrigierten Datum zitiert.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 4 von 43

10. Mit Duplik vom 25. Juli 2019 hält der Beschwerdegegner an seinem Antrag auf Beschwerdeabweisung fest. Die Vorinstanz bestätigt mit Duplik vom 26. Juli 2019 die in der Beschwerdevernehmlassung vom 23. Mai 2019 gestellten Anträge. Im Weiteren beantragt sie die Abweisung der in der Replik vom 5. Juli 2019 neu gestellten Anträge, soweit auf diese eingetreten werden könne. 11. In seinen Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 hält der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen formellen und materiellen Anträgen fest. Die Vorinstanz und der Beschwerdegegner verzichteten auf das Einreichen von Schlussbemerkungen. Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen 1. Sachurteilsvoraussetzungen 1.1. Angefochten ist vorliegend die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 24. April 2019. Verfügungen betreffend den Zuschlag sind bei Erreichung der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder der tieferen kommunalen Schwellenwerte bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG<sup>4</sup>). Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist damit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. 1.2. Das Beschaffungsrecht sieht betreffend die Befugnis zur Beschwerdeführung keine Spezialbestimmungen vor. Die Beschwerdelegitimation richtet sich demnach nach Art. 65 VRPG<sup>5,6</sup>. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz als Anbieter teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag an einen anderen Anbieter vergeben wurde, formell beschwert. Damit auf die Beschwerde vom 6. Mai 2019 eingetreten werden kann, muss der Beschwerdeführer von der angefochtenen Verfügung aber auch besonders berührt, d.h. materiell beschwert sein (Art. 65 Abs. 1 Bst. b VRPG). Eine solche materielle Beschwerde ist in Vergaberechtsangelegenheiten nur zu bejahen, wenn der Beschwer-

<sup>4</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) <sup>5</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) <sup>6</sup> BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Jäger Christoph, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 5 von 43

deführer «bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen»<sup>7</sup>. Gefordert ist mit anderen Worten eine «reelle Chance auf den Zuschlag» im strittigen Beschaffungsverfahren. Der Beschwerdeführer hat im strittigen Vergabeverfahren mit 654 von 1'000 möglichen Punkten den vierten – und zweitletzten – Platz erreicht. Der Beschwerdegegner erhielt als Erstplatzierter 781 Punkte. Der Beschwerdeführer weist demnach einen vergleichsweise grossen Abstand zum Beschwerdegegner auf. Zur Beurteilung der Beschwerdebefugnis ist aber entscheidend, dass der Beschwerdeführer geltend macht, bei einer korrekten Bewertung seines Angebots hätte dieses mit 957 Punkten, mindestens jedoch 855 Punkten, bewertet werden müssen. Mit einer Punktzahl von 855 würde das Angebot des Beschwerdeführers auf dem ersten Platz rangieren und wäre ihm demnach der Zuschlag für das vorliegend strittige Los F «Region F» zu erteilen. Ob die Rügen des Beschwerdeführers inhaltlich zutreffen, sein Angebot mit anderen Worten tatsächlich mit mindestens 855 Punkten hätte bewertet werden müssen, ist keine Frage des Eintretens auf die Beschwerde, sondern eine Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde. Zur Begründung der Beschwerdelegitimation reicht es aus, wenn der Beschwerdeführer substantiiert darlegt, dass er bei einer

Gutheissung der Beschwerde eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte. Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde vom 6. Mai 2019. Demzufolge ist der Beschwerdeführer gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung gegen die Zuschlagsverfügung vom 24. April 2019 legitimiert. 1.3. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB8). Die angefochtene Verfügung datiert vom 24. April 2019 und ist beim Beschwerdeführer am 26. April 2019 eingegangen.<sup>9</sup> Die Beschwerdefrist hat somit am Montag, 6. Mai 2019 geendet (Art. 41 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 6. Mai 2019 ist nach dem Geschriebenen einzutreten. 1.4. Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt. 1.5. Die Beschwerdeinstanz überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hin; Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

<sup>7</sup> Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 646 8 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2) 9 Vorakten, Register 7

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 6 von 43

2. Akteneinsicht 2.1. Der Beschwerdeführer beantragt in der Replik vom 5. Juli 2019 Einsicht in die Nachweise zu den Zuschlagskriterien ZK02 – ZK04 im Angebot des Beschwerdegegners sowie in die Nachweise zum Zuschlagskriterium ZK03 in den Angeboten der D.\_\_\_\_ und der E.\_\_\_\_.<sup>10</sup> 2.2. Das Rechtsamt GEF hat als zuständige Instruktionsbehörde mit Zwischenverfügung vom 18. Juni 2019 das in der Beschwerde vom 6. Mai 2019 gestellte Gesuch um «umfassende Akteneinsicht» hinsichtlich der Einsicht in die Offerten der anderen Anbieter abgewiesen. Diese Zwischenverfügung ist nicht angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen. Mit dem Akteneinsichtsbegehren in der Replik vom 5. Juli 2019 hat der Beschwerdeführer zwar nicht mehr «umfassende» Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens verlangt, sondern in konkret bezeichnete Dokumente. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich dabei um Teile der Offerten der anderen Anbieter handelt. Über die Einsichtnahme in die Offerten der anderen Anbieter wurde mit Verfügung vom 18. Juni 2019 bereits entschieden. Das Akteneinsichtsbegehren wurde anschliessend, in der Replik vom 5. Juli 2019, zwar konkretisiert und im Vergleich zur Beschwerde vom 6. Mai 2019 eingehender begründet, es handelt sich aber nicht um ein Einsichtsbegehren in neue bzw. andere Dokumente. War der Beschwerdeführer mit dem Umfang der gewährten Akteneinsicht nicht einverstanden, hätte er die Zwischenverfügung vom 18. Juni 2019 anfechten müssen. Ein Grund, die Zwischenverfügung zur Akteneinsicht vom 18. Juni 2019 durch die GEF in Wiedererwägung zu ziehen, besteht nicht und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. 2.3. Demnach ist auf den in der Replik des Beschwerdeführers vom 5. Juli 2019 gestellten Antrag auf Einsicht in die Nachweise zu den Zuschlagskriterien ZK02 – ZK04 im Angebot des Beschwerdegegners sowie in die Nachweise zum Zuschlagskriterium ZK03 in den Angeboten der D.\_\_\_\_ und der E.\_\_\_\_ nicht weiter einzugehen. 2.4. Im Übrigen zeigen gerade die in der Replik vom 5. Juli 2019 angestellten Mutmassungen des Beschwerdeführers zum Wirkungsmodell des Beschwerdegegners beim Zuschlagskriterium ZK02 «Arbeitsintegration» und der Umstand, dass dieses Modell von der Vorinstanz besser bewertet wurde als die

Dokumentation des Beschwerdeführers, dass es sich beim Inhalt der Offerte des Beschwerdegegners um unternehmerisches Know-how handelt. Dieses verdient den Schutz als Geschäftsgeheimnis.

10 Replik vom 5. Juli 2019, S. 3

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 7 von 43

3. Verletzung von Ausstandspflichten 3.1. Der Beschwerdeführer rügt in der Stellungnahme vom 28. Juni 2019 eine Verletzung von Ausstandspflichten bei der Evaluation der Angebote durch die Vorinstanz. Bei Frau Inge Hubacher, Vorsteherin des SOA, habe ein Ausstandsgrund nach Art. 9 Abs. 1 VRPG bestanden. 3.2. Die eingegangenen Angebote wurden durch ein Evaluationsteam bewertet, dem insgesamt sieben Personen angehört haben. Das Evaluationsteam wurde zudem von zwei weiteren Personen unterstützt. Die Vorsteherin des SOA war unstrittig Teil des Evaluationsteams und dürfte aufgrund ihrer hierarchischen Stellung und ihres Fachwissens auch massgebenden Einfluss auf die Bewertung der Angebote gehabt haben. 3.3. Wie in allen Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren sind auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Ausstandsregeln zu beachten, die in Art. 9 VRPG konkretisiert werden.<sup>11</sup> Davon erfasst werden auch die von der Vergabebehörde eingesetzten, oftmals mit Dritten als Sachverständigen besetzten, Evaluationsgremien.<sup>12</sup> 3.4. Der Beschwerdeführer begründet die Ausstandspflicht der Vorsteherin des SOA im Wesentlichen damit, dass diese im Vorfeld der Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» vom späteren Zuschlagsempfänger zu einem Besuch eingeladen worden und dieser Einladung auch gefolgt sei.<sup>13</sup> Die Vorsteherin des SOA habe sich bei diesem Besuch «begeistert über das (Integrations-)Angebot des Y.\_\_\_\_ [Beschwerdegegner] geäußert». <sup>14</sup> Es dränge sich der Verdacht auf, dass Sinn und Zweck der Einladung des Beschwerdegegners einzig darin bestand, bei der Vorsteherin des SOA mit Blick auf die bekanntermassen in unmittelbarer Zukunft anstehende Ausschreibung durch eine gezielte und vorbereitete Präsentation des Y.\_\_\_\_ einen möglichst positiven Eindruck zu hinterlassen.<sup>15</sup> Indem die Vorsteherin des SOA nur einen einzigen potentiellen Anbieter besucht habe und sich von diesem seinen Betrieb einlässlich habe zeigen und «anpreisen» lassen, sei gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstossen worden.<sup>16</sup> Es bestehe demnach zumindest der Anschein der Befangenheit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 11 Bst. d IVöB; BVR 2001 S. 284 E. 3a; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.142 vom 20. September 2016, E. 2 <sup>12</sup> Vgl. Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2009, S. 64 f. <sup>13</sup> Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. Juni 2019, Rz. 8 <sup>14</sup> Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. Juni 2019, Rz. 8 <sup>15</sup> Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. Juni 2019, Rz. 9 <sup>16</sup> Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. Juni 2019, Rz. 11

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 8 von 43

3.5. Die Vorinstanz entgegnet dazu in der Duplik vom 26. Juli 2019, es hätten in Zusammenhang mit der Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» keine Besuche der Amtsvorsteherin bei Anbietern stattgefunden.<sup>17</sup> Anlässlich des Stellenantritts per 1. Mai 2018 habe die Vorsteherin des SOA einige Leistungspartner – darunter auch den heutigen Beschwerdegegner – besucht. Die

Behauptung, dass sich die Vorinstanz das fragliche (Integrations-)Angebot des Beschwerdegegners durch eine gezielte und vorbereitete Präsentation habe vorstellen lassen, sei aber falsch.<sup>18</sup> 3.6. Der Beschwerdegegner hält in seiner Duplik vom 25. Juli 2019 fest, die Vorsteherin des SOA habe dem Y. \_\_\_\_, Kanton Bern, am 16. August 2018 einen Antrittsbesuch in Zollikofen abgestattet. Dieser Besuch sei auf Anfrage des SOA zustande gekommen.<sup>19</sup> Thema des Besuches seien insbesondere ein Austausch in Bezug auf den laufenden Leistungsvertrag «Flüchtlingssozialdienst» und «Resettlement» gewesen. Eine bewusste Einflussnahme durch den Beschwerdegegner hinsichtlich der anstehenden Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich», wie dies der Beschwerdeführer suggeriere, sei nicht erfolgt. Vielmehr habe die Vorsteherin des SOA bei ihrem Besuch am 16. August 2018 von Anfang an klargestellt, dass die Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» kein Thema sei.<sup>20</sup> 3.7. In seinen Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 hält der Beschwerdeführer an seinem Vorbringen, mit der Vorsteherin des SOA habe eine ausstandspflichtige Person am Evaluationsprozess mitgewirkt, fest. Indem der Beschwerdegegner einräume, dass am 16. August 2018 ein Besuch der Vorsteherin des SOA stattgefunden habe, sei es nunmehr erwiesen, dass nur vereinzelt potentielle Anbieter der sich damals in Vorbereitung befindenden Ausschreibung die Gelegenheit erhielten, sich anlässlich eines vorangekündeten und folglich bereits vorbereiteten Besuchs optimal zu präsentieren. Dies stelle eine Ungleichbehandlung dar und begründe mindestens den Anschein der Befangenheit.<sup>21</sup> Der Beschwerdeführer äussert in seinen Schlussbemerkungen zudem gewisse Zweifel an der «Objektivität der Beschwerdeinstanz» und der «Effektivität des Rechtsschutzes» ohne aber diesbezüglich konkrete Anträge zu stellen.<sup>22</sup> 3.8. Der Beschwerdeführer begründet die Ausstandspflicht der Vorsteherin des SOA mit deren Voreingenommenheit hinsichtlich ihres Besuches beim Beschwerdegegner vom 16. August 2018. Er beruft sich damit auf die weiteren Ausstandsgründe nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG. Danach tritt eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten

17 Duplik der Vorinstanz vom 26. Juli 2019, S. 2 18 Duplik der Vorinstanz vom 26. Juli 2019, S. 2 19 Duplik des Beschwerdegegners vom 25. Juli 2019, S. 3 20 Duplik des Beschwerdegegners vom 25. Juli 2019, S. 3 21 Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2019, Rz. 6 22 Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2019, Rz. 5

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 9 von 43

hat, in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in Art. 9 Abs. 1 Bst. a-e VRPG aufgeführten Gründen in der Sache befangen sein könnte. Erfasst werden damit alle übrigen Arten von Befangenheit, namentlich Eigeninteressen, Vorbefassungen, enge Beziehungen und Interessenbindungen, die keinen Ausstand nach den Bst. a-e begründen, aufgrund der konkreten Umstände aber doch auf mangelnde Unparteilichkeit schliessen lassen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Bei der Beurteilung, ob ein Ausstandsgrund nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG vorliegt, ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Ein Ausstandsgrund liegt aber nicht erst dann vor, wenn ein Behördenmitglied nachweislich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die objektiv den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen.

Nach der Praxis des Berner Verwaltungsgerichts ist bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 29 und 30 BV<sup>23</sup> zu berücksichtigen.<sup>24</sup> Die gemäss Art. 30 BV für unabhängige gerichtliche Behörden geltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit können indes nicht unbesehen auf nichtrichterliche Behörden übertragen werden. Den funktionellen und verfahrensrechtlichen Besonderheiten des konkreten Verwaltungsverfahrens ist stets gebührend Rechnung zu tragen. Gleichwohl vermag die Rechtsprechung zu Art. 30 BV insofern Orientierungshilfe zu leisten, als sie sich allgemein auf den Anschein der Voreingenommenheit bezieht.<sup>25</sup> 3.9. Der Beschwerdeführer sieht einen Ausstandsgrund darin, dass die Vorsteherin des SOA bei ihrem Besuch des Beschwerdegegners vom 16. August 2018 habe beeinflusst werden können bzw. aufgrund dieses Besuches zumindest der Anschein einer Befangenheit entstanden sei. Der Beschwerdeführer macht jedoch weder geltend, aufgrund der (behaupteten) Präsentation des (Integrations-)Angebots des Beschwerdegegners habe sich eine engere persönliche Beziehung ergeben<sup>26</sup>, noch wird vom Beschwerdeführer behauptet, dass der Besuch vom 16. August 2018 Einfluss auf die Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen hatte. Im zweiten Fall würde notabene weniger ein Ausstandsgrund der Vorsteherin des SOA vorliegen, denn vielmehr eine Vorbefassung des Beschwerdegegners nach Art. 24 Abs. 1 Bst. a ÖBV, die zu dessen Ausschluss führen müsste.

<sup>23</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). <sup>24</sup> Vgl. statt vieler BVR 2015 S. 213 E. 3.1 <sup>25</sup> Vgl. etwa BVR 2015 S. 213 E. 3.2, 2011 S. 128 E. 2.2, je mit Hinweisen <sup>26</sup> Zur (fehlenden) Befangenheit aufgrund beruflicher Beziehungen vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 4D\_8/2011 vom 27. April 2011, E. 5.5, 4A\_305/2009 vom 5. Oktober 2009, E. 4.3; Alfred Bühler, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung, in SJZ 105/2009 S. 329, 331 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 17

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 10 von 43

3.10. Der Beschwerdeführer verkennt bei seinen Ausführungen zur angeblichen Ausstandspflicht der Vorsteherin des SOA, dass Kontakte zwischen einer Vergabestelle und potentiellen Anbietern im Vorfeld eines Vergabeverfahrens nicht per se unzulässig sind. So bestehen beispielsweise bei jedem öffentlichen Auftrag, der turnusgemäss ausgeschrieben wird, zwangsläufig Kontakte zwischen der Vergabestelle und dem bisherigen Leistungserbringer. Solche Kontakte vermögen für sich alleine genommen noch keine Ausstandspflicht zu begründen. Ein Ausstandsgrund würde in diesen Situationen nur vorliegen, wenn konkrete Äusserungen oder das Verhalten einer am Vergabeverfahren auf Auftraggeberseite beteiligten Person den Eindruck erwecken würden, dass diese Person nicht mehr in der Lage ist, die Angebote unabhängig zu bewerten. 3.11. Zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdegegner bestehen seit längerer Zeit in unterschiedlichen Bereichen Kooperationen. Dass die Vorsteherin des SOA nach ihrem Amtsantritt im Jahr 2018 den Beschwerdegegner besucht hat, vermag vor diesem Hintergrund noch keine Ausstandspflicht aufgrund des Anscheins der Befangenheit zu begründen. Selbst dann, wenn beim Besuch vom 16. August 2018 – was nicht erstellt ist – auch die Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» ein Thema gewesen sein sollte, wäre dieser Umstand für sich alleine noch nicht geeignet, den Anschein einer Befangenheit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG zu begründen. Dafür, dass der Beschwerdegegner die Vorsteherin des SOA beim Besuch vom 16. August 2018 durch eine vorbereitete

Präsentation seines (In- tegrations-) Angebots gezielt hinsichtlich der anstehenden Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» hat beeinflussen wollen, bestehen im Übrigen keine Belege. 3.12. Per se keinen Einfluss auf die streitgegenständliche Verfügung können die Kontakte der Vorinstanz mit einzelnen Anbietern nach der Eröffnung des Zuschlags vom 24. April 2019 ge- habt haben. Es ist – entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers<sup>27</sup> – auch nicht ersicht- lich, inwiefern der Zeitpunkt der Kontaktaufnahme mit dem Beschwerdegegner nach der Zu- schlagserteilung geeignet sein soll, zusätzliche Zweifel an der Objektivität und Unabhängigkeit der Vorinstanz aufkommen zu lassen. Nicht zu folgen ist dem Beschwerdeführer schliesslich, soweit er geltend macht, erst mit der Einsichtnahme in den Evaluationsbericht habe er Kenntnis davon erhalten, dass die Vorsteherin des SOA am Vergabeverfahren «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» in wesentlicher Funktion beteiligt war. Indem die angefochtene Verfügung vom 24. April 2019 von der Vorsteherin des SOA unterzeichnet wurde, war es viel- mehr offensichtlich, dass diese am Vergabeverfahren beteiligt war. 3.13. Eine mögliche Befangenheit bzw. eine Verletzung der Ausstandspflicht ist bei diesen Gegebenheiten nicht zu erkennen. Ausstandsgründe im Sinn von Art. 9 Abs. 1 VRPG lagen bei

27 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 19

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 11 von 43

der Vorsteherin des SOA nicht vor. Die angefochtene Verfügung erweist sich insoweit als recht- mässig.

4. Begründung der Zuschlagsverfügung 4.1. Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerde vom 6. Mai 2019<sup>28</sup> geltend, die «nur summarische Begründung» der Vergabeverfügung sei «unzureichend» und stelle «eine Verlet- zung der behördlichen Begründungspflicht» dar. Der Beschwerdeführer rügt damit eine Verlet- zung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. 4.2. Der Anspruch auf eine rechtsgenügende Begründung ist als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs formeller Natur. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt grundsätz- lich, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwie- gende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben.<sup>29</sup> 4.3. Nach Art. 13 Bst. h IVöB besteht in Vergabeverfahren (lediglich) ein Anspruch auf eine kurze Begründung des Zuschlagsentscheids. Die Begründung muss so ausgestaltet sein, dass sich unterlegene Anbieter ein Bild über die Tragweite des Entscheides machen können. Das Verwaltungsgericht Zürich hat im Urteil VB.2003.00268, E. 3, festgehalten, die Vergabestelle sei bei der Eröffnung des Zuschlages «lediglich zu einer summarischen Begründung» verpflich- tet. Nicht erforderlich ist namentlich, dass die Vergabestelle in allen Einzelheiten darlegt, wes- halb die Bewertung eines Kriteriums genau so und nicht einen Punkt besser oder einen Punkt schlechter erfolgt ist.<sup>30</sup> 4.4. Die angefochtene Verfügung vom 24. April 2019 enthält unter Ziff. 5 eine Auflistung der eingereichten Preisangebote, wobei neben dem Beschwerdeführer auch der Zuschlagsemp- fänger namentlich genannt wird. Unter Ziff. 10 der Zuschlagsverfügung ist die Bewertungsta- belle abgedruckt, wobei auch hier der Beschwerdeführer und der Zuschlagsempfänger nament- lich genannt sind. Aus der Bewertungstabelle ist für jedes Zuschlagskriterium ersichtlich,

wie viele Punkte der Beschwerdeführer und der Zuschlagsempfänger erreicht haben. Im Anhang 1

28 Beschwerde vom 6. Mai 2019, S. 4 29 BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 126 V 130 E. 2b S. 132 30 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 20316 vom 22. Juni 1998, E. 2c, sowie Adrian Mauerhofer, Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes im heutigen Beschaffungsrecht, in: KPG-Bulletin 2002, S. 57 ff., S. 62

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 12 von 43

zur Zuschlagsverfügung, der für jeden Anbieter individualisiert erstellt wurde, ist die spezifische Begründung der Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers enthalten. Diese Begründung gilt gemäss Ziff. 11 als Bestandteil der Verfügung. Aus dem Anhang 1 der Zuschlagsverfügung sind die wesentlichen Überlegungen der Vergabestelle zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers ersichtlich. Der Beschwerdeführer konnte damit ohne weiteres nachvollziehen, in welchen Punkten bzw. bei welchen Kriterien sein Angebot weniger gut bewertet wurde als das Angebot des Beschwerdegegners. Er war damit auch in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Dass der Beschwerdeführer die Bewertung seines Angebots durch die Vorinstanz inhaltlich nicht nachvollziehen kann und der Ansicht ist, dieses sei zu schlecht bewertet worden, betrifft nicht die Frage nach der hinreichenden Begründungsdichte der angefochtenen Verfügung, sondern die materielle Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung. 4.5. Die angefochtene Verfügung vom 24. April 2019 genügt nach dem Geschriebenen den Anforderungen an die Begründung gemäss Art. 13 Bst. h IVöB. Es liegt somit weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch der Begründungspflicht vor.

5. Bewertung der Angebote 5.1. Einleitung 5.1.1 Der Beschwerdeführer erachtet die Bewertung seines Angebots in mehrfacher Hinsicht als rechtsfehlerhaft zu tief. Gerügt werden in diesem Zusammenhang namentlich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und des Transparenzgebots sowie eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 Bst. a ÖBG. 5.1.2 Vom Beschwerdeführer nicht gerügt werden die Einhaltung der Eignungskriterien und der Submissionsbedingungen bei den übrigen Angeboten bzw. Anbietern, namentlich beim Angebot des Beschwerdegegners. Die Einhaltung der Eignungskriterien und der Submissionsbedingungen beim Angebot des Beschwerdegegners sind somit ausser Streit gestellt. 5.1.3 Strittig ist in materieller Hinsicht die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots durch die Vorinstanz aufgrund der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien. Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wobei als solches dasjenige gilt, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 ÖBV; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 Bst. f IVöB). Als Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots können neben dem Preis insbesondere Qualität, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur berücksichtigt werden (vgl. Art. 30 Abs. 3 Satz 1 ÖBV). Anhand der auftragsspezifisch ausgewählten und in der Aus-

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 13 von 43

schreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien ermittelt die Vergabebehörde, welches Angebot im Vergleich zu den anderen inhaltlich den Anforderungen der Ausschreibung am besten entspricht. Sie erstellt dazu eine Vergleichstabelle (Art. 25 Abs. 3 ÖBV, sog. Bewertungs- oder Beurteilungsmatrix)<sup>31</sup>. Die Angebotsbewertung muss in sachlich

haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertungsmethode darf nicht zu Ergebnissen führen, welche die in der Ausschreibung bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt.<sup>32</sup> Die Vergabebehörde verfügt bei der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien über einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle durch die Rechtsmittelinstanzen unterliegt, auch wenn diese regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben.<sup>33</sup> Die Verwaltungsjustiz hat bei der Rechtskontrolle des Vergabeentscheides dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vergabebehörde – und nicht die Rechtsmittelinstanz – über das erforderliche Fachwissen verfügt, um die Angebote in qualitativer Hinsicht bewerten zu können. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat denn auch jüngst festgehalten, dass die Vergabebehörde «aufgrund ihres Fachwissens und ihrer Sachnähe bei der Evaluation der Angebote über grosse Spielräume verfügt».<sup>34</sup> Der Vergabeentscheid muss aber für die Rechtsmittelbehörde anhand der eingereichten Angebote, der in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Zuschlagskriterien (inkl. deren Gewichtung und Taxonomie) und den Überlegungen der Vorinstanz bei der Evaluation nachvollziehbar sein.

5.1.4 Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Angebot sei bei den Zuschlagskriterien ZK02 «Arbeitsintegration», ZK03 «Regionale Vernetzung» und ZK04 «Sprachförderung» rechtsfehlerhaft bewertet worden. Nicht gerügt werden vom Beschwerdeführer die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK01 «Preis» und die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK05 «Erfahrung». Da deren Bewertung nicht gerügt wird, muss auf die Evaluation der Angebote bei den Zuschlagskriterien ZK01 und ZK05 nicht weiter eingegangen werden. Der Beschwerdeführer sieht sein Angebot nicht nur im Vergleich zum Angebot des Beschwerdegegners, sondern auch im Vergleich zu den Angeboten weiterer Anbieter als rechtsungleich bewertet.<sup>35</sup> Soweit sich die Bewertungen der Angebote des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners durch die Vorinstanz als rechtsfehlerfrei erweisen – und namentlich auch im direkten Vergleich der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wurde – kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn die Angebote der zweit- und der drittrangierten Anbieter rechtsfehlerhaft zu gut bewertet worden wären. Dies könnte zwar allenfalls dazu

31 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 878; Christoph Jäger, a.a.O., N. 130 32 Vgl. BVR 2006 S. 327 E. 4e; Christoph Jäger, a.a.O., N. 141; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 914 33 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.142 vom 20. September 2016, E. 6.1.; Urteile des Bundesgerichts 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014, E. 1.3.4, 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2; je mit Hinweisen 34 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2018.255 vom 20. März 2019, E. 3.1. 35 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 66 ff.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 14 von 43

führen, dass der Beschwerdeführer anstelle von Rang 4 an zweiter oder dritter Stelle rangiert würde. Nicht überholen könnte der Beschwerdeführer in der Bewertungstabelle diesfalls aber den erstangierten Beschwerdegegner. Auf die Angebote der zweit- und drittrangierten Anbieter bzw. deren Bewertung ist demnach nicht weiter einzugehen. Diese Anbieter sind notabene auch nicht am vorliegenden Beschwerdeverfahren beteiligt.

5.1.5 Im Folgenden wird somit zu prüfen sein, ob die Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers bzw. konkret der Zuschlagskriterien ZK02 «Arbeitsintegration», ZK03 «Regionale Vernetzung» und ZK04 «Sprachförderung» durch die Vorinstanz rechtmässig,

unter Beachtung der in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Gewichtung der Kriterien und des vorgegebenen Bewertungsmassstabs, erfolgt ist. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob der Vergabeentscheid anhand des Evaluationsberichts nachvollzogen werden kann und die Bewertung der einzelnen Kriterien im Vergleich zum Angebot des Beschwerdegegners rechtsgleich erfolgt ist. Vor diesem Hintergrund kommt den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und des Transparenzgebots keine selbständige Bedeutung zu. Diese (elementaren) Grundsätze des Vergaberechts sind vielmehr im Rahmen der Bewertung der Angebote des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners bei den Zuschlagskriterien zu beachten.

### 5.2. Zuschlagskriterien und Taxonomie

#### 5.2.1 In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen wurden insgesamt fünf Zuschlagskriterien und deren prozentuale Gewichtung vorgegeben (ZK01 «Preis»: 35%, ZK02 «Arbeitsintegration»: 30%, ZK03 «Regionale Vernetzung»: 15%, ZK04 «Sprachförderung»: 15%, ZK05 «Erfahrung»: 5%). Für die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien ZK02 bis ZK05 wurden drei unterschiedliche «Bewertungstypen» festgelegt, wobei der Bewertungstyp 3 einzig für das vorliegend nicht strittige Zuschlagskriterium ZK05 «Erfahrung» zu Anwendung gelangt ist.

#### 5.2.2 Das Zuschlagskriterium ZK02 «Arbeitsintegration» wird in den Ausschreibungsunterlagen (Anhang 3: Formular Zuschlagskriterien) wie folgt näher umschrieben: «Der Anbieter wird Aktivitäten durchführen, mit denen Ziele der Berufsbildung und der Erwerbstätigkeit sowie der finanziellen Selbständigkeit gemäss den Ausschreibungsunterlagen und der IAS erreicht werden.» An die Form des Nachweises werden in den Ausschreibungsunterlagen die folgenden Anforderungen gestellt: «Der Nachweis des Anbieters soll es der ausschreibenden Stelle ermöglichen, zu bewerten, ob mit den vorgesehenen Aktivitäten die gesetzten Ziele erreicht werden. Dazu ist eine schriftliche Dokumentation mit maximal 10 A4-Seiten im Sinne eines Wirkungsmodells einzureichen. Aus

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 15 von 43

diesem Wirkungsmodell sind die geplanten Aktivitäten von der Situationsanalyse (inkl. Ressourcenabschätzung) über den Integrationsplan bis zu den Massnahmen und ihr erwarteter Beitrag zur Zielerreichung ersichtlich. In der Bewertung werden insbesondere die folgenden Punkte positiv bewertet: - Dem Wirkungsmodell zugrundeliegende Annahmen und Schlussfolgerungen sind klar und nachvollziehbar dargelegt. - Innovative Ideen und Ansätze: Da die gesetzten Ziele über die aktuell im Kanton Bern erreichten Werte hinausgehen, soll bewusst auch neuartigen Ansätzen eine Chance gegeben werden. Dabei sind die erwarteten kausalen Zusammenhänge zu beschreiben und allenfalls auch die Änderungen gegenüber aktuell im Kanton Bern oder andernorts bestehenden Aktivitäten explizit aufzuzeigen. - Die Kosten und Finanzierung der Aktivitäten sind nachvollziehbar und konsistent mit den Angaben im Preisblatt sowie im Finanzierungskonzept gemäss Eignungskriterium EK04. - Ansätze, die zu Empowerment der VA und FL führen und deren Eigenverantwortlichkeit fördern. - Die Vorgaben respektive Stossrichtungen der Integrationsagenda Schweiz und der Detailkonzeption Neustrukturierung Asyl- und Flüchtlingsbereich im Kanton Bern werden klar umgesetzt. - Es wird aufgezeigt, dass die Wirksamkeit der Aktivitäten und die Zielerreichung durch den regionalen Partner regelmässig überprüft und bei Bedarf entsprechende Massnahmen umgesetzt werden.»

#### 5.2.3 In den Ausschreibungsunterlagen (Anhang 3: Formular Zuschlagskriterien) wird zur Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 «Regionale Vernetzung» ausgeführt: «Der

regionale Partner stellt eine gute Vernetzung in der Region sicher und erreicht dadurch die folgenden drei Ziele: [1.] Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen in Unternehmen, [2.] Freiwilligenarbeit, [3.] Gutes Einvernehmen mit Behörden insbesondere in Bezug auf Unterbringung.» Der Nachweis, dass bzw. wie diese drei Ziele erreicht werden, ist gemäss den Ausschreibungsunterlagen wie folgt zu erbringen: «Schriftliche Dokumentation auf maximal 5 A4-Seiten, wie der regionale Partner die regionale Vernetzung sicherstellen und die drei Ziele erreichen wird. Die Dokumentation soll insbesondere die folgenden Inhalte aufzeigen: [1.] Geplante Massnahmen zur regionalen Vernetzung mit den verschiedenen Partnern, insbesondere mit den Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts und den Gemeinden, [2.] Nachweise, dass bereits eine Vernetzung in der Region besteht». 5.2.4 Das Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» wird in den Ausschreibungsunterlagen (Anhang 3: Formular Zuschlagskriterien) wie folgt näher umschrieben: «Der Anbieter wird Aktivitäten durchführen, mit denen Ziele der Sprachförderung gemäss den Ausschreibungsunterlagen und der Integrationsagenda erreicht werden.» An die Form des Nachweises werden in den Ausschreibungsunterlagen die folgenden Anforderungen gestellt:

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 16 von 43

«Der Nachweis des Anbieters soll es der ausschreibenden Stelle ermöglichen, zu bewerten, ob mit den vorgesehenen Aktivitäten die gesetzten Ziele erreicht werden. Dazu ist eine schriftliche Dokumentation mit maximal 5 A4-Seiten im Sinne eines Wirkungsmodells einzureichen, in dem die geplanten Aktivitäten und ihr erwarteter Beitrag zur Zielerreichung ersichtlich sind. In der Bewertung werden insbesondere die folgenden Punkte positiv gewichtet: - Dem Wirkungsmodell zugrundeliegende Annahmen und Schlussfolgerungen sind klar und nachvollziehbar dargelegt. - Die Kosten und Finanzierung der Aktivitäten sind nachvollziehbar und konsistent mit den Angaben im Preisblatt sowie im Finanzierungskonzept gemäss Eignungskriterium EK04. - Die vorgesehenen Aktivitäten sollen die individuellen Lernvoraussetzungen berücksichtigen. - Die vorgesehenen Aktivitäten stellen ein variationsreiches didaktisches Setting sicher. - Die Massnahmen differenzieren bedürfnisorientiert nach den Zielgruppen (Asylsuchende, VA, FL, und Kinder im Vorschulalter).» 5.2.5 Für die Bewertung der Zuschlagskriterien ZK02 «Arbeitsintegration» und ZK04 «Sprachförderung» wurde der folgende Bewertungstypus vorgegeben: Bewertungstyp B1 Bewertung Beschreibung Anteil von max. Punktzahl 0 Aufgrund der Dokumentation des Anbieters ist nicht plausibel und nachvollziehbar, wie die Ziele des Kriteriums erreicht werden sollen und es bestehen erhebliche Zweifel, dass die Ziele erreicht werden können / Es fehlen substantielle Angaben. Hinweis: Wenn ein Kriterium mit «0» bewertet wird, so kann das Angebot den minimalen Ansprüchen an die offerierten Leistungen nicht genügen und keinen Zuschlag erhalten. 0 % 1 Aufgrund der Dokumentation des Anbieters ist nur knapp plausibel und nachvollziehbar, wie die Ziele des Kriteriums erreicht werden sollen und es bestehen Zweifel, ob die Ziele erreicht werden können / Es fehlen Angaben, sie sind rudimentär, widersprüchlich oder unverständlich / Mehrere Annahmen sind nicht oder nur teilweise nachvollziehbar. 33 % 2 Aufgrund der Dokumentation des Anbieters ist es plausibel und nachvollziehbar, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden können / Getroffene Annahmen sind mehrheitlich plausibel und nachvollziehbar. 66 % 3 Aufgrund der Dokumentation des Anbieters ist es äusserst plausibel und nachvollziehbar, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden / Getroffene Annahmen sind durchwegs plausibel und nachvollziehbar. 100%

Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 «Regionale Vernetzung» wurde der folgende Bewertungstypus vorgegeben: Bewertungstyp B2 Bewertung Beschreibung Anteil von max. Punktzahl 0 Aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise ist es nicht plausibel und nachvollziehbar, dass eines der drei Ziele zu einem hohen Grad erreicht wird. 0 % 1 Aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise ist es plausibel und nachvollziehbar, dass eines der drei Ziele zu einem hohen Grad erreicht wird. 33 %

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 17 von 43

2 Aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise ist es plausibel und nachvollziehbar, dass zwei der drei Ziele zu einem hohen Grad erreicht werden. 66 % 3 Aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise ist es plausibel und nachvollziehbar, dass alle drei Ziele zu einem hohen Grad erreicht werden. 100% 5.2.6 Der Beschwerdeführer rügt in seiner Replik vom 5. Juli 2019 die «sehr rudimentäre Bewertungsskala»<sup>36</sup>. Eine «derart grobe Skala» gewährleiste im Vergleich zu einer linearen oder zumindest feiner abgestuften Skala im konkreten Fall nicht, dass die Benotung die «tatsächlichen Wertunterschiede» genau widerspiegelt. Im Gegenteil könnten geringfügige Unterschiede in der Bewertung gleich zu einem Verlust von einem Drittel der möglichen Punkte führen, was eine stark disproportionale Benotung bewirke. 5.2.7 Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass die im vorliegend strittigen Vergabeverfahren für die qualitativen Zuschlagskriterien ZK02 bis ZK04 vorgegebene Taxonomie mit lediglich vier Bewertungsstufen – wobei die Bewertung mit 0 bei den Zuschlagskriterien ZK02 und ZK04 zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geführt hätte, womit de facto nur drei Bewertungsstufen für die zur Evaluation zugelassenen Angebote verbleiben – vergleichsweise «grob» erscheint und tatsächlich dazu führen kann, dass bei nuanciert unterschiedlichen Bewertungen im Grenzbereich der Bewertungsstufen erhebliche Unterschiede bei der Punktevergabe resultieren. Namentlich beim mit 30% gewichteten Zuschlagskriterium ZK02 «Arbeitsintegration» führt die Zuweisung zur Bewertungsstufe 1 oder 2 (die Bewertungsstufe 3 wurde von keinem Anbieter erreicht) zu einem Unterschied von 99 Punkten, was 10% der insgesamt zu erreichenden Punkte entspricht. Bei diesem Bewertungssystem besteht, wie der Beschwerdeführer ausführt, tatsächlich das Risiko einer disproportionalen Bewertung bei geringen Unterschieden an der Grenze der Bewertungsstufen. 5.2.8 Das Bewertungssystem – die Taxonomie – wurde aber in den Ausschreibungsunterlagen, zusammen mit den Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und der Umschreibung der Anforderungen, bekanntgegeben. Es musste demnach allen Anbietern bewusst sein, dass eine «grobe» Skala mit nur vier Bewertungsstufen zur Anwendung gelangt. Wäre der Beschwerdeführer der Auffassung gewesen, das Bewertungssystem sei für sich genommen widerrechtlich – weil es zu disproportionalen Ergebnissen führen kann – hätte er dies im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen vorbringen müssen.<sup>37</sup> Im vorliegenden Verfahren, da der Zuschlag angefochten wird, ist diese Rüge verwirkt. Ob ein Bewertungssystem mit lediglich vier Bewertungsstufen (wobei eine Stufe zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führt) noch rechtmässig erscheint oder aufgrund der Gefahr

36 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 43. 37 Urteil des Bundesgerichts 2P.222/1999 vom 2. März 2000, E. 3a; BVR 2006 S. 504 E. 4.3; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003 S. 1 ff., 5 f.

disproportionaler Ergebnisse zu als wenig differenziert bezeichnet werden muss, kann vor diesem Hintergrund vorliegend offenbleiben. Es sei aber festgehalten, dass bei qualitativen Zuschlagskriterien, die anhand einer mit Worten umschriebenen Skala bewertet werden, zwangsläufig Abstufungen erfolgen müssen. Anders als beim Zuschlagskriterium Preis ist eine durchwegs lineare (stufenlose) Bewertung bei diesen Kriterien ausgeschlossen bzw. würde eine solche Bewertung eine Exaktheit vortäuschen, die bei einer mit Worten umschriebenen Skala gar nicht bestehen kann. 5.3. Bewertung im Überblick Die Vorinstanz bewertete die Angebote des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners wie folgt:

Anbieter	Beschwerdeführer	Beschwerdegegner	Zuschlagskriterien	Bewertungsstufe	Punkte	Bewertungsstufe	Punkte
ZK01	Preis						

307

233 ZK02	Arbeitsintegration	1	99	2	198	ZK03	Regionale Vernetzung	2	99	3	150	ZK04	Sprachförderung	2	99	3	150	ZK05	Erfahrung	3	50	3	50	Total max.	1000	Punkte	654	781
----------	--------------------	---	----	---	-----	------	----------------------	---	----	---	-----	------	-----------------	---	----	---	-----	------	-----------	---	----	---	----	------------	------	--------	-----	-----

Das Angebot des Beschwerdeführers wurde damit bei allen gerügten Zuschlagskriterien um eine Stufe tiefer bewertet als das Angebot des Beschwerdegegners. 5.4. Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 «Arbeitsintegration» 5.4.1 Bewertung und Begründung durch die Vorinstanz Zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK02 «Arbeitsintegration» mit der Bewertungsstufe 1 (33% der möglichen Punkte) ist dem Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung vom 24. April 2019, der wörtlich den Ausführungen im Evaluationsbericht vom 3. April 2019 entspricht, das Folgende zu entnehmen: «Basierend auf der Dokumentation bestehen Zweifel, ob die Ziele gemäss den Ausschreibungsunterlagen (ASU) und der Integrationsagenda Schweiz (IAS) erreicht werden können. Insbesondere liegt der Fokus der dokumentierten Tätigkeiten wenig auf der effektiven Integration in den ersten Arbeitsmarkt, sondern vor allem auf diversen vorgelagerten Unterstützungs- bzw. Beschäftigungsmassnahmen. Zudem wird kaum aufgezeigt, wie die Eigenverantwortung

38 Evaluationsbericht vom 3. April 2019, S. 22.

der vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge gefördert wird und wie dadurch ein Empowerment dieser Personen erreicht wird. Damit ist die Dokumentation nur zum Teil zur Detailkonzeption NA-BE kohärent. Es wird ausserdem wenig konkret und wenig detailliert dokumentiert, wie die erfolgreiche Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen erreicht werden soll.»

5.4.2 Vorbringen der Parteien 5.4.2.1 Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vom 6. Mai 2019 vor, es müsse davon ausgegangen werden, dass Referenzierungen in seinem Angebot auf andere Textpassagen und Dokumente bei der Bewertung des Angebots nicht berücksichtigt wurden. Dies widerspreche den Bestimmungen der Ausschreibung. Eine solche Vorgehensweise sei nicht zu erwarten gewesen und verunmögliche eine umfassende und korrekte Beurteilung der Dokumentation zum ZK02. Zudem widerspreche dieses Vorgehen dem ganzheitlichen Charakter seines Modells. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach aufgrund der Dokumentation des Beschwerdeführers zum Zuschlagskriterium ZK02 Zweifel bestünden, ob die Ziele betreffend Arbeitsintegration gemäss den Ausschreibungsunterlagen und der Integrationsagenda

Schweiz erreicht werden können, sei nicht nachvollziehbar und unbegründet. Die Dokumentation des Beschwerdeführers zum ZK02 zeige klar auf, wie die Ausbildungs- und die Arbeitsmarktfähigkeit individuell gefördert werden sollen und damit die Wahrscheinlichkeit einer Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt erhöht wird. Im Weiteren zeige die Dokumentation des Beschwerdeführers klar auf, dass sofort ab Eintritt in die Strukturen des Beschwerdeführers sowohl vielfältige Integrationsmassnahmen umgesetzt würden als auch eine durchgehende Fallführung bestehe. Unter Ziff. 1 ABR-Integrationsprozess der Dokumentation zum ZK02 werde in Abb. 1 der geplante Integrationsprozess differenziert und klar nachvollziehbar graphisch dargestellt. Unter Ziff. 3 Aufbau Wirkungsmodell werde in Abb. 2 das Wirkungsmodell differenziert, klar und nachvollziehbar graphisch dargestellt. Es handle sich um ein ganzheitliches Modell, in welchem das Zusammenwirken der einzelnen Teile massgebend sei für die erfolgreiche Integration in den ersten Arbeitsmarkt. In der Dokumentation sei wegen dieser Ganzheitlichkeit immer wieder mittels Fussnoten und Querverweisen im Text auf ausführlichere Beschreibungen von Massnahmen in weiteren eingereichten Dokumentationen zu den Zuschlagskriterien und den Technischen Spezifikationen verwiesen. Es sei davon auszugehen, dass diese Querverweise bei der Bewertung nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Auch die Erwägung der Vorinstanz im Anhang 1 der angefochtenen Verfügung, wonach der Fokus der dokumentierten Tätigkeiten weniger auf der effektiven Integration in den ersten Arbeitsmarkt, sondern vor allem auf diversen vorgelagerten Unterstützungs- bzw. Beschäftigungs-

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 20 von 43

massnahmen liege, sei, so der Beschwerdeführer weiter, nicht nachvollziehbar. Im Gesamtkonzept des Beschwerdeführers werde detailliert beschrieben, wie die Ausbildungs- und Arbeitsmarktfähigkeit der vorläufig Aufgenommenen und der Flüchtlinge gefördert werde. Dies sei ein zentrales Konzept der Integrationsagenda Schweiz. Entsprechend beinhalte das Konzept des Beschwerdeführers diverse vorgelagerte Unterstützungs- und Beschäftigungsmassnahmen, deren Zweck es gerade sei, die Arbeitsmarktfähigkeit und Ausbildungsfähigkeit zu fördern. Die Aussage, dass der Fokus der dokumentierten Tätigkeiten wenig auf der effektiven Integration in den ersten Arbeitsmarkt liege, komme einer rechtsfehlerhaften Sachverhaltswürdigung gleich. Aus den Abbildungen und dem Fliesstext des Angebots würden ebenso klar die auf die effektive Integration in den ersten Arbeitsmarkt gerichteten Tätigkeiten und die diesen zuzumessene grosse Bedeutung ersichtlich. Das Konzept des Beschwerdeführers sei mit dem aktuell in der Schweiz geltenden Integrationsverständnis und insbesondere mit der Integrationsagenda Schweiz IAS kongruent. Im Weiteren erachtet der Beschwerdeführer die Aussage im Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung, es werde kaum aufgezeigt, wie die Eigenverantwortung der vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge gefördert wird und dadurch ein Empowerment dieser Personen erreicht wird, als unbegründet. In der Dokumentation zum Zuschlagskriterium ZK02 werde klar aufgezeigt, wie Motivation, Eigenverantwortung etc. im Rahmen der Fallführung durch Gespräche, Vereinbarungen etc. gefördert werden. Es werde auch auf die Verknüpfung von aktiver Grundhaltung und Sozialhilfe verwiesen. Im ganzheitlichen Konzept des Beschwerdeführers beginne «die Eigenverantwortung der KlientInnen sofort ab Eintritt in die Strukturen von ABR und zieht sich als roter Faden durch». Vor diesem Hintergrund sei, so der Beschwerdeführer weiter, sein Gesamtkonzept «absolut kohärent [...] zur Detailkonzeption NA-BE». Schliesslich

bringt der Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 6. Mai 2019 vor, auch die Erwägung der Vorinstanz, wonach nur wenig konkret und detailliert dokumentiert werde, wie die erfolgreiche Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen erreicht werden solle, sei nicht nachvollziehbar. Zum einen sei dieser Aspekt im Formular 3 Zuschlagskriterien unter Form des Nachweises nicht als «positiv gewichteter Punkt» aufgeführt, weshalb nicht nachvollziehbar sei, warum er sodann trotzdem als wesentlicher Grund für einen Punkteabzug berücksichtigt wurde. Zum andern seien die in der Dokumentation gemachten Erläuterungen bei pflichtgemäsem Ermessen als ausreichend konkret und detailliert zu bezeichnen. Der Beschwerdeführer schliesst aus diesen Überlegungen, dass sein Angebot beim Zuschlagskriterium ZK02 mit 300 Punkten, mindestens aber mit 198 Punkten hätte bewertet werden müssen.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 21 von 43

5.4.2.2 Die Vorinstanz hält in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 23. Mai 2019 an ihrer Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 fest. Die Rügen des Beschwerdeführers erachtet die Vorinstanz als unbegründet. Soweit der Beschwerdeführer in seinem Angebot exakt auf relevante Textabschnitte in den eingereichten Unterlagen verwiesen habe, seien diese Referenzierungen bzw. die entsprechenden Textabschnitte, auf welche verwiesen wurde, bei der Angebotsbewertung berücksichtigt worden. Allgemeine Referenzierungen auf ganze Kapitel, Technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien seien hingegen nicht berücksichtigt worden. Zudem hätten alle Mitglieder des Evaluationsteams sämtliche Angebote und nicht nur einzelne Zuschlagskriterien bewertet. Dieses Vorgehen habe es den Mitgliedern des Evaluationsteams erlaubt, jedes Angebot in seiner Gesamtheit zu erfassen und eine fundierte Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien vorzunehmen. Demgemäss habe jedes Mitglied des Evaluationsteams das Modell des Beschwerdeführers im Gesamten erfassen, verstehen und entsprechend bewerten können. Konkret zu den Rügen des Beschwerdeführers hinsichtlich der angeblich fehlerhaften Bewertung seines Angebots beim Zuschlagskriterium ZK02 führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer beschreibe in seinem Angebot zwar Massnahmen, die er für die Asylsuchenden, vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge vorsieht. Der erwartete Beitrag zur Zielerreichung, der im ZK02 explizit verlangt werde, sei aber nicht beschrieben. Den Ausführungen des Beschwerdeführers sei nicht zu entnehmen, wie eine effektive Integration in den ersten Arbeitsmarkt erfolgen soll und es werde wenig konkret aufgezeigt, welche Nachfolgeaktivitäten zur Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt aus den einzelnen Massnahmen erfolgen sollen. Der Beschwerdeführer wiederhole in seiner Offerte zuweilen schlicht das von der Vergabestelle Geforderte, ohne darzulegen, wie die Ziele erreicht werden sollen. Wenn der Beschwerdeführer in seinem Angebot bloss Leistungen nenne, die ohnehin verpflichtend zu tun sind, habe die Vorinstanz dafür keine Punkte vergeben können. Die Vorinstanz setzt sich im Weiteren mit einzelnen Kapiteln des Angebots des Beschwerdeführers auseinander und legt dar, weshalb die dokumentierten Tätigkeiten ihres Erachtens weniger auf der effektiven Integration in den ersten Arbeitsmarkt, sondern vor allem auf diversen vorgelagerten Unterstützungs- bzw. Beschäftigungsmassnahmen fokussieren. Hinsichtlich der gerügten Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers betreffend die Aspekte «Eigenverantwortung» und «Empowerment» hält die Vorinstanz u.a. fest, dass die vom Beschwerdeführer in seinem Angebot beschriebene Integrationsplanung eine verpflichtende Vorgabe und eine verpflichtende Zielsetzung gemäss den Ausschreibungsunterlagen und der Integrationsagenda Schweiz sei, für deren Einhaltung keine zusätzlichen Punkte

vergeben werden konnten. Die einzelnen Massnahmen und deren Beitrag zur Zielerreichung würden zudem

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 22 von 43

nicht zielgruppenspezifisch erläutert. Der Beschwerdeführer nehme keine Binnendifferenzierung vor, d.h. er beschreibe keine didaktischen, methodischen und organisatorischen Massnahmen, um innerhalb einer Zielgruppe unterschiedliche Lernende individuell zu fördern. Schliesslich bringt die Vorinstanz in ihrer Beschwerdevernehmlassung zur Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 vor, die Auflistung der Bewertungsaspekte in den Ausschreibungsunterlagen sei nicht abschliessend gewesen. Die Vorinstanz habe deshalb berücksichtigen dürfen, dass im Angebot des Beschwerdeführers nur wenig konkret und wenig detailliert dokumentiert werde, wie die erfolgreiche Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen erreicht werden soll. 5.4.2.3 In der Replik vom 5. Juli 2019 hält der Beschwerdeführer an seinen Rügen zur Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 «Arbeitsintegration», namentlich auch an der Rüge, Referenzierungen im Angebot auf andere Dokumente seien rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt worden, fest. Bezogen auf den fehlenden Fokus auf die Integration in den ersten Arbeitsmarkt führt er aus, die Vorinstanz lasse «offensichtlich unberücksichtigt», dass eine Integration in den ersten Arbeitsmarkt ohne vorgelagerte Unterstützungs- und Beschäftigungsmassnahmen nicht möglich sei. Auch ein noch so ausgeklügeltes Konzept zur Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen sei wirkungslos, wenn bei den zu vermittelnden Personen nicht vorgängig die notwendigen Schlüsselkompetenzen mittels vorgelagerten Massnahmen geschaffen werden. Der Beschwerdeführer zeige in seinem Angebot eingehend auf, dass der «ABR-Integrationsprozess» vom ersten Moment an die rasche Förderung der zur Ausbildungs- oder Arbeitsvermittlung notwendigen Kompetenzen gewährleiste. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, im Angebot sei eingehend dargelegt, wie durch eine individuelle Situationsanalyse und Ressourcenabschätzung, eine Potenzialabklärung, einem Kurzassessment und einer Kompetenzerfassung sowie einem Praxisassessment ein individualisiertes Integrationsprogramm festgelegt werde. Diese konkreten Massnahmen würden alle individuell angepasst auf die einzelnen vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge erfolgen und weiter gehen als eine blosser Binnendifferenzierung innerhalb einer Zielgruppe. Auf diese Weise würden unterschiedliche Lernende individuell gefördert, was zu einer Steigerung der Eigenverantwortung und des Empowerments führe. Neu macht der Beschwerdeführer in der Replik vom 5. Juli 2019 geltend, da sein Angebot beim ZK02 aus einer Liste mit sechs positiv gewichteten Punkten nur bei zwei Punkten kritisiert worden sei, sei es nicht nachvollziehbar, weshalb sein Angebot nur mit 33% der möglichen Punkte

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 23 von 43

bewertet wurde.<sup>39</sup> Der Beschwerdeführer sieht darin eine rechtsungleiche Behandlung zum Beschwerdegegner, der bei ebenfalls zwei im Evaluationsbericht bemängelten Punkten beim ZK02 im Ergebnis doppelt so gut bewertet worden sei wie er. Der Beschwerdeführer ist zudem der Ansicht, beim Konzept des Beschwerdegegners zur Arbeitsintegration bestünden «mehr als nur Zweifel, ob das Konzept [...] die vorgegebenen Ziele erreichen kann»<sup>40</sup>. Gestützt auf die aktuell geltende und damit massgebliche Rechtslage könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein Teillohnmodell umgesetzt werden kann. Bei einer rechtsgleichen Bewertung der beiden Angebote hätte deshalb – nach Ansicht des Beschwerdeführers – sein Angebot selbst bei Vorliegen von (bestrittenen) Zweifeln an der

Zielerreichung mindestens gleich gut wie das Angebot des Beschwerdegegners bewertet werden müssen. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, indem bei der Bewertung des ZK02 berücksichtigt worden sei, dass in seinem Angebot wenig konkret und wenig detailliert dokumentiert ist, wie die erfolgreiche Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen erreicht werden soll, sei eine unzulässige Doppelgewichtung dieser Anforderung erfolgt. Die konkrete Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen werde nämlich als Anforderung ausdrücklich beim Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» erwähnt, womit dieser Aspekt beim ZK02 nicht auch Berücksichtigung finden dürfen.

5.4.2.4 Der Beschwerdegegner führt in seiner Duplik vom 25. Juli 2019 u.a. aus, das Teillohnmodell stelle zwar ein wichtiges Element in seinem Wirkungsmodell dar. Es handle sich jedoch um eine Massnahme unter weiteren mit einer genau spezifizierten Zielgruppe. Im Wirkungsmodell seien unterschiedliche Massnahmen verankert und in den Ausführungen dazu bezüglich Annahmen und Wirkungen dargestellt. Da der Beschwerdegegner ein umfassendes Wirkungsmodell mit unterschiedlichen Massnahmen vorgestellt habe, bleibe die Behauptung des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegner habe keinen Plan B, als leere Unterstellung im Raum. Ausserdem habe der Beschwerdegegner bezüglich des Elements «Teillohnmodell» klar aufgezeigt, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen hierfür im Kanton Bern erst noch zu schaffen seien. Damit sei das Teillohnmodell in einem realistischen Umfeld dargestellt worden.

5.4.2.5 Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 26. Juli 2019 an der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 «Arbeitsintegration» und den in der Beschwerdevernehmlassung gemachten Ausführungen fest. Es genüge nicht, Massnahmen-Inhalte aneinander zu reihen. In den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich verlangt worden, dass der von den Massnahmen zu erwartende Beitrag zur Zielerreichung ersichtlich wird. Die verlangte klare Ausrichtung auf die

39 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 47 40 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 54

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 24 von 43

Integration in den ersten Arbeitsmarkt fehle im Angebot des Beschwerdeführers. Auch die Verweise des Beschwerdeführers auf das Leistungsprofil seines Subunternehmers ändere nichts an der vorinstanzlichen Bewertung, dass der Fokus des Beschwerdeführers zu stark auf vorgelegten Massnahmen liege und zu wenig auf der (diesen nachgelagerten) effektiven Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt. Zum Vorbringen der unzulässigen Doppelgewichtung führt die Vorinstanz aus, im fraglichen ZK02 gehe es darum, eine erfolgreiche und auf die «Ziele gemäss Detailkonzeption NA-BE, IAS und ASU» ausgerichtete Arbeitsintegration zu gestalten und aufzuzeigen, wie die notwendigen Schlüsselkompetenzen rasch erreicht werden und eine effektive Vermittlung zu den akquirierten Ausbildungs- und Arbeitsplätzen im ersten Arbeitsmarkt erfolgt. Demgegenüber sei es im ZK03 darum gegangen, durch eine gute regionale Vernetzung dafür zu sorgen, dass überhaupt Ausbildungs- und Arbeitsplätze für vorläufig Aufgenommene und Flüchtlinge angeboten werden. Schliesslich widerspricht die Vorinstanz der vom Beschwerdeführer geäusserten Kritik am Angebot des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner lege in seiner Offerte einen klaren Schwerpunkt auf Vermittlungstätigkeiten in den ersten Arbeitsmarkt. Er zeige konkrete Massnahmen der Direktvermittlung auf. Für einen Teil der zu vermittelnden vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge sehe er den Einsatz des sogenannten Teillohnmodells vor. Die Vorinstanz halte das Gesamtpaket dieser Ansätze zur Stellenvermittlung für sehr erfolversprechend, not-

falls auch ohne Einsatz des Elements mit Teillohnmodell. 5.4.2.6 In seinen Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 bekräftigt der Beschwerdeführer seine vorgebrachten Rügen. Die Vorinstanz verkenne, dass der «erwartete Beitrag der Massnahmen zur Zielerreichung» nur eines von vielen Bewertungskriterien gewesen sei. Zudem sei in der Ausschreibung beim ZK02 nicht erwähnt worden, dass das Aufzeigen der effektiven Vermittlung besonders positiv gewichtet werde. Im Weiteren wiederholt der Beschwerdeführer seine Kritik an der Doppelgewichtung und der Bewertung des Angebots des Beschwerdegegners.

5.4.3 Überprüfung der Bewertung durch die Rechtsmittelinstanz 5.4.3.1 Zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK02 «Arbeitsintegration» ist zunächst festzustellen, dass sich die Vorinstanz an die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Taxonomie gehalten hat. Dem vorgegebenen Bewertungssystem wurde bei der Evaluation der Angebote auch insofern entsprochen, als im Evaluationsbericht und im Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung die Terminologie des Bewertungstyp 1 verwendet wird. Es liegt demnach keine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 25 von 43

vor. Zu prüfen bleibt, ob das der Vergabestelle zustehende Ermessen pflichtgemäss und rechtsgleich ausgeübt wurde. 5.4.3.2 Nicht durchzudringen vermag der Beschwerdeführer mit der Rüge, die Vorinstanz habe in rechtsfehlerhafter Weise Referenzierungen in seinem Angebot auf andere, für die Bewertung des Angebots beim ZK02 einschlägige Textpassagen und Dokumente unberücksichtigt gelassen. Weder aus der Beschwerde vom 6. Mai 2019, noch aus den späteren Eingaben des Beschwerdeführers (Stellungnahme vom 28. Juni 2019, Replik vom 5. Juli 2019, Schlussbemerkungen vom 13. August 2019) geht konkret hervor, welche Passagen aus anderen Dokumenten bei der Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK02 zusätzlich hätten berücksichtigt werden müssen. Die Ausführungen der Vorinstanz im Evaluationsbericht vom 3. April 2019 und in der Beschwerdevernehmlassung vom 23. Mai 2019 lassen zudem erkennen, dass bei der Evaluation des Angebots beim ZK02 das Konzept bzw. das Wirkungsmodell des Beschwerdeführers zur Arbeitsintegration «in seiner Gesamtheit» berücksichtigt worden ist. Die Bewertung des von Beschwerdeführer dargelegten Modells mit lediglich der Bewertungsstufe 1 (33% der möglichen Punkte) ist denn auch nicht die Folge davon, dass die Vorinstanz wesentliche Teile des Angebots bei der Bewertung unberücksichtigt gelassen hätte. Die Bewertung basiert vielmehr auf der Einschätzung der Vorinstanz, dass es aufgrund der Dokumentation des Beschwerdeführers zum ZK02 eben nicht plausibel und nachvollziehbar ist, wie die Ziele des Kriteriums erreicht werden sollen. Es bestanden auf Seiten der Vorinstanz erhebliche Zweifel, dass die Ziele erreicht werden können. 5.4.3.3 Nicht massgebend für die Bewertung der Angebote beim Zuschlagskriterium ZK02 ist im Weiteren der Umstand, wie viele der im Anhang 3 zur Ausschreibung «Formular Zuschlagskriterien» unter «Form der Nachweise» aufgeführten, positiv bewerteten Punkte quantitativ erfüllt werden. Aus der Taxonomie zum Zuschlagskriterium ZK02 geht vielmehr hervor, dass für die Bewertung des Kriteriums nicht isoliert einzelne Aspekte massgebend sind (es hätte sich diesfalls rechtlich gesehen um Unterkriterien gehandelt). Vielmehr hatte die Vorinstanz gemäss dem vorgegebenen Bewertungssystem im Sinne einer ganzheitlichen Würdigung der Dokumentation zum ZK02 die Nachvollziehbarkeit und die Plausibilität der Zielerreichung beim Zuschlagskriterium «Arbeitsintegration» zu bewerten. 5.4.3.4 Unzutreffend ist auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach

nur die im Anhang 3 «Formular Zuschlagskriterien» der Ausschreibungsunterlagen bei der Form der Nachweise explizit aufgeführten Punkte bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 berücksichtigt werden durften. Mit dem Einleitungssatz zur dortigen Aufzählung bzw. konkret dem einleitenden Begriff «insbesondere» hat die Vorinstanz klargestellt, dass auch andere Gesichtspunkte als die aufgeführten bei der Bewertung berücksichtigt werden können. Entscheidend für die Bewertung ist gemäss der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Taxonomie, in

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 26 von 43

welchem Grad es aufgrund der Dokumentation des Anbieters «plausibel und nachvollziehbar» ist, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden. 5.4.3.5 Die Hauptkritik der Vorinstanz an dem in der Offerte des Beschwerdeführers dargelegten Arbeitsintegrationsmodell besteht darin, dass die dokumentierten Tätigkeiten den Fokus weniger auf der effektiven Integration in den ersten Arbeitsmarkt, denn vielmehr auf diversen vorgelagerten Unterstützungs- bzw. Beschäftigungsmassnahmen legen. Der konkrete Beitrag zur Zielerreichung der vom Beschwerdeführer beschriebenen Massnahmen, die er für die Asylsuchenden, vorläufig Aufgenommenen und Flüchtlinge vorsieht, wird nicht aufgezeigt. Diese Kritik lässt sich durch die Rechtsmittelinstanz anhand des Angebots nachvollziehen. Der Beschwerdeführer streitet den in seinem Modell gelegten Fokus auf die vorgelagerten Unterstützungs- und Beschäftigungsmassnahmen im Übrigen auch nicht ab, sondern ist vielmehr der Ansicht, dass eine Integration in den ersten Arbeitsmarkt ohne solche vorgelagerten Massnahmen nicht möglich sei. Indem der Beschwerdeführer den «X. \_\_\_-Integrationsprozess» auf die rasche Förderung der zur Ausbildungs- oder Arbeitsvermittlung notwendigen Kompetenzen auslegt und nicht auf die effektive Integration in den ersten Arbeitsmarkt, geht er hinsichtlich des beim ZK02 geforderten Wirkungsmodells von einer anderen Prämisse aus als die Vorinstanz. Die vom Detailkonzept und der Integrationsagenda Schweiz verlangte Ausrichtung auf die Integration in den ersten Arbeitsmarkt fehlt im Angebot des Beschwerdeführers tatsächlich weitgehend. 5.4.3.6 Die Kritik der Vorinstanz, im Angebot des Beschwerdeführers werde kaum aufgezeigt, wie die Eigenverantwortung der vorläufig Aufgenommenen und der Flüchtlinge gefördert wird und wie dadurch ein Empowerment dieser Personen erreicht wird, lässt sich durch die Rechtsmittelinstanz anhand des Angebots des Beschwerdeführers ebenfalls nachvollziehen. Es ist diesbezüglich im Übrigen nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz keine Punkte für im Angebot des Beschwerdeführers dargestellte Leistungen gab, die in den Ausschreibungsunterlagen verpflichtend vorgegeben wurden. 5.4.3.7 Unbegründet ist auch die in der Replik vom 5. Juli 2019 neu vorgebachte Rüge, die konkrete Vermittlung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen dürfe nur beim Zuschlagskriterium ZK03 – und nicht auch beim Zuschlagskriterium ZK02 – berücksichtigt werden. Davon abgesehen, dass es rechtlich nicht per se ausgeschlossen ist, einen bestimmten qualitativen Aspekt bei unterschiedlichen Kriterien – und damit mehrfach – zu berücksichtigen, nehmen die beiden Kriterien unterschiedliche Dinge in den Blick: Wie die Vorinstanz nachvollziehbar festhält, geht es beim ZK02 darum, eine erfolgreiche und auf die Ziele gemäss Detailkonzeption NA-BE, IAS und ASU ausgerichtete Arbeitsintegration zu gestalten und aufzuzeigen, wie die notwendigen Schlüsselkompetenzen rasch erreicht werden und eine effektive Vermittlung zu den akquirierten

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 27 von 43

Ausbildungs- und Arbeitsplätzen im ersten Arbeitsmarkt erfolgt. Demgegenüber geht es beim ZK03 darum, durch eine gute regionale Vernetzung dafür zu sorgen, dass überhaupt Ausbildungs- und Arbeitsplätze für vorläufig Aufgenommene und Flüchtlinge angeboten werden. 5.4.3.8 Es ist demnach nicht zu sehen, dass die Vorinstanz den ihr zukommenden, erheblichen Ermessensspielraum bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 gestützt auf unsachliche und damit missbräuchliche Überlegungen ausgeübt hätte. Die Bewertung lässt sich anhand des Angebots des Beschwerdeführers und der im Evaluationsbericht festgehaltenen Überlegungen nachvollziehen. Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Transparenzgebots bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 rügt, geht diese Rüge ins Leere. 5.4.3.9 Auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 ist nicht zu sehen. Die Dokumentation des Beschwerdegegners zum Zuschlagskriterium ZK02 wurde den gestellten Anforderungen an ein Wirkungsmodell, das die effektive Integration der vorläufig Aufgenommenen und der Flüchtlinge in den ersten Arbeitsmarkt darlegt, besser gerecht als die entsprechende Dokumentation des Beschwerdeführers. Es ist – auch im Vergleich zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers – nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt ist, aufgrund der Dokumentation des Beschwerdegegners zum Zuschlagskriterium ZK02 sei es plausibel und nachvollziehbar, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden können. Der Beschwerdeführer hat keinen Anspruch, bei diesem Kriterium gleich bewertet zu werden wie der Beschwerdegegner. 5.4.4 Die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 «Arbeitsintegration» durch die Vorinstanz hält der Rechtskontrolle stand. Die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers sind nicht begründet.

5.5. Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 «Regionale Vernetzung» 5.5.1 Bewertung und Begründung durch die Vorinstanz Beim Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» wurde das Angebot des Beschwerdeführers mit der Bewertungsstufe 2 (66% der möglichen Punkte) bewertet. Im Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung vom 24. April 2019, der wörtlich den Ausführungen im Evaluationsbericht vom 3. April 2019 entspricht, wird diese Bewertung wie folgt begründet: «Aufgrund der dokumentierten Massnahmen ist es nur bedingt nachvollziehbar, dass eine gute und insbesondere auch mengenmässig ausreichende Vernetzung mit Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts erreicht wird und dadurch Ausbildungs- und Arbeitsplätze akquiriert werden können. Insbesondere werden die durch den Subunternehmer CSP durchgeführten Tätigkeiten Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 28 von 43

kaum erläutert und sind dadurch nicht fassbar. Die Dokumentation beschränkt sich hauptsächlich auf die Aufgaben der geplanten Anlaufstelle.» 5.5.2 Vorbringen der Parteien 5.5.2.1 Der Beschwerdeführer sieht in der Bewertung seines Angebots mit der Bewertungsstufe 2 eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung.<sup>41</sup> Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb seine Dokumentation gleich viele Punkte erhalten habe wie die Dokumentation von Unternehmen, die nachweislich über keine Vernetzung in der Region verfügen können. Ebenso wenig sei es nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer zusammen mit dem Subunternehmen CSP Regenove, die beide seit nunmehr bald 30 Jahren in der Region F verankert und vernetzt seien, nicht die volle Punktzahl erhalten haben. Der im Evaluationsbericht vom 3. April 2019 festgehaltenen Kritik, aufgrund der im Angebot des Beschwerdeführers dokumentierten Massnahmen sei es nur bedingt nachvollziehbar, dass eine gut und insbesondere auch mengenmässig ausreichende Vernetzung mit

Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts erreicht wird und dadurch Ausbildungs- und Arbeitsplätze akquiriert werden können, widerspricht der Beschwerdeführer. Einerseits werde in der Dokumentation zum ZK03 im Angebot des Beschwerdeführers einlässlich aufgezeigt, dass bereits eine intensive regionale Vernetzung des Beschwerdeführers mit Arbeitgebern und Bildungspartnern bestehe. Andererseits werde detailliert dargelegt, wie die bereits bestehende Vernetzung durch die Zusammenarbeit mit dem Subunternehmen CSP Regenove verstärkt und vervollständigt werden solle. Der Subunternehmer CSP betreibe Standorte in Moutier, Tramelan und Biel und biete im Tätigkeitsbereich «Regenove» (berufliche und soziale Integration) seit 25 Jahren Arbeitsmarktliche Massnahmen (AMM) im Auftrag der Arbeitsvermittlung «beco Berner Wirtschaft» an. Nicht nachvollziehbar sei in diesem Zusammenhang die Aussage im Evaluationsbericht, die durch den Subunternehmer CSP durchgeführten Tätigkeiten seien kaum erläutert und dadurch nicht fassbar. Die Tätigkeiten, die der weiteren Verbesserung und dem Ausbau der Vernetzung mit den Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts dienen sollen, seien in der Dokumentation insbesondere bei der Beschreibung der Aufgaben der Anlaufstelle detailliert erläutert worden. Auch der Kritikpunkt im Evaluationsbericht vom 3. April 2019, die Dokumentation beschränke sich hauptsächlich auf die Aufgaben der geplanten Anlaufstelle, erachtet der Beschwerdeführer als nicht nachvollziehbar. Die Vernetzung laufe insbesondere über die vorgesehene Anlaufstelle. Deren Tätigkeiten und die geplanten Massnahmen würden in der Dokumentation detailliert erläutert.

41 Beschwerde vom 6. Mai 2019, S. 8.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 29 von 43

Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass aufgrund der in der Dokumentation gemachten Ausführungen aufgezeigt werden konnte, dass eine mengenmässig ausreichende Vernetzung mit Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts bestehe sowie, dass mengenmässig ausreichende Arbeitsplätze akquiriert werden könnten. Es sei deshalb aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise plausibel und nachvollziehbar, dass alle drei Ziele des Kriteriums zu einem hohen Grad erreicht würden. Bei Ausübung pflichtgemässen Ermessens hätte die Vergabe, so der Beschwerdeführer weiter, die Dokumentation zum ZK03 mit 150 Punkten bewerten müssen. 5.5.2.2 Die Vorinstanz erachtet die gegen die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 vorgebrachten Rügen in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 23. Mai 2019 als unbegründet. Sie weist darauf hin, dass die ausgeschriebenen Leistungen ab dem 1. Juli 2020 umgesetzt werden müssen und im Zuschlagskriterium ZK03 klar beschrieben sei, dass in der einzureichenden Dokumentation die geplanten Massnahmen zur regionalen Vernetzung sowie die Nachweise über die aktuelle Vernetzung in der Region dargelegt werden müssten. Von den Unternehmen, die der Beschwerdeführer in seinem Angebot nenne, gehörten mehrere gar nicht zur Region, für welche der Beschwerdeführer ein Angebot eingereicht hat. Der Beschwerdeführer quantifiziere nicht, mit wie vielen Unternehmen in «seiner Region» er zusammenarbeite. Folglich könne die Vorinstanz nicht nachvollziehen, ob eine gute und ausreichende Vernetzung in der Region bestehe – es fehle die Quantifizierung der bestehenden Vernetzung. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer in seinem Angebot bloss Einzelfälle der Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt darlege, erscheine es nur bedingt nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer eine gute und mengenmässig ausreichende regionale Vernetzung erreiche. Hinsichtlich der persönlichen Kontakte von Mitarbeitenden des Beschwerdeführers mit Unternehmen in der Region lasse die Offerte

offen, wie diese Kontakte gepflegt oder systematisch bewirtschaftet werden. Es handle sich zudem bloss um eine Aussage des Beschwerdeführers. Im Weiteren bestehe beim Weggang solcher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Gefahr, dass ein bestehendes Netzwerk nicht mehr weitergeführt werden kann. Weiter hält die Vorinstanz fest, bei der vom Beschwerdeführer aufgezeigten Zusammenarbeit mit Bildungsanbietern und anderen Partnern bleibe offen, wie diese mit der bestehenden regionalen Vernetzung und der Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen in Unternehmen zusammenhänge. Betreffend die Anlaufstelle für Unternehmen, die im Angebot des Beschwerdeführers eine zentrale Rolle beim ZK03 einnimmt, macht die Vorinstanz geltend, der Beschwerdeführer zähle in seinem Angebot sehr viele Leistungen der Anlaufstelle auf. Es sei fraglich und nicht nachvollziehbar, wie diese Anlaufstelle all diese Leistungen und Massnahmen zur Vernetzung mit den

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 30 von 43

Unternehmen des ersten Arbeitsmarktes mit lediglich 115 Stellenprozenten umsetzen und bewältigen solle. 5.5.2.3 Der Beschwerdeführer bringt in der Replik vom 5. Juli 2019 zunächst vor, die von der Vorinstanz angewendete Bewertungspraxis finde keine Stütze in den Ausschreibungsunterlagen und insbesondere nicht im Anhang 3 «Formular Zuschlagskriterien». Auch habe die Vorinstanz weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in ihrer Stellungnahme ausgeführt, welche Punkte sie als wichtig erachte. An den in der Beschwerdeschrift vorgebrachten Rügen zur Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 hält der Beschwerdeführer in der Replik vom 5. Juli 2019 fest. Er zeige sich erstaunt, dass er mit der gleichen Punktzahl bewertet wurde wie Anbieter, welche bekanntlich nicht in der Region F tätig seien. Der Beschwerdeführer habe in seinem Angebot ausführlich und nachvollziehbar seine bereits bestehende, sehr gute Vernetzung und deren weiteren Ausbau dargelegt. Zur von der Vorinstanz bemängelten, fehlenden Quantifizierung, mit wie vielen Unternehmen in der Region der Beschwerdeführer zusammenarbeitet, äussert der Beschwerdeführer seine Zweifel, dass die übrigen Anbieter eine solche Quantifizierung vorgenommen hätten. Der Beschwerdeführer weist in der Replik vom 5. Juli 2019 erneut auf die zentrale Bedeutung der Anlaufstelle für Unternehmen der Region F hin. Die Vorinstanz habe in der Beschwerdevernehmung selbst die zahlreichen Aktivitäten aufgeführt, welche durch die Anlaufstelle an die Hand genommen würden. Es sei nicht ersichtlich, was für zusätzliche Massnahmen zur Verbesserung der Vernetzung und Vermittlung ergriffen werden könnten. Die Kritik der Vorinstanz erschöpfe sich denn auch im Umfang der vorgesehenen 115 Stellenprozent für die Anlaufstelle. Dabei handle es sich um einen vorläufigen Richtwert. Sollten die vorgesehenen Massnahmen mit diesen Stellenprozenten nicht im erforderlichen Umfang durchgeführt werden können, würden die Stellenprozent erhöht. Im Übrigen sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert gewesen, dass konkrete Stellenprozent angegeben werden und es sei davon auszugehen, dass die übrigen Anbieter in ihren Offerten bei den dargelegten Massnahmen keine zugrunde gelegten Stellenprozent angegeben hätten. 5.5.2.4 Die Vorinstanz weist den in der Replik geäusserten Vorwurf des Beschwerdeführers, die Bewertungspraxis für das Zuschlagskriterium ZK03 finde keine Stütze in den Ausschreibungsunterlagen, zurück.<sup>42</sup> Es sei die bekanntgegebene Taxonomie verwendet worden. Da die ausgeschriebenen Leistungen ab dem 1. Juli 2020 umgesetzt werden müssen und im Sinne der zu gewährleistenden Gleichbehandlung aller Anbieter sei eine bestehende Vernetzung höchstens so weit verlangt worden, dass mit den geplanten Massnahmen die notwendige

42 Duplik der Vorinstanz vom 26. Juli 2019, S. 5.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 31 von 43

Vernetzung ab dem 1. Juli 2020 erreicht werden kann. Der Beschwerdeführer habe in seinem Angebot unter dem Zuschlagskriterium ZK03 weder die mengenmässig angestrebte Vernetzung ab 1. Juli 2020 genügend darzulegen vermocht, noch die angeblich «fruchtbare Zusammenarbeit» mit Bildungspartnern in den geforderten, hinreichenden Zusammenhang mit der Erreichung aller drei Ziele gestellt. Hinsichtlich der Anlaufstelle – konkret bezogen auf die dazu im Angebot angegebenen Stellenprozent – sei der Beschwerdeführer an sein einmal wirksam erklärtes Angebot gebunden. Eine inhaltliche Nachbesserung des Angebots sei vergaberechtlich unzulässig. 5.5.2.5 In den Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 äussert sich der Beschwerdeführer unter dem Titel «ZK03 Regionale Vernetzung» im Wesentlichen zur Bewertung der Angebote der zweit- und drittplatzierten Anbieter beim Zuschlagskriterium ZK03. Soweit rechtserheblich, verweist er auf die in der Beschwerde und in der Replik gemachten Ausführungen. 5.5.3 Überprüfung der Bewertung durch die Rechtsmittelinstanz 5.5.3.1 Zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» ist zunächst festzustellen, dass die Vorinstanz die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Taxonomie angewendet hat. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die «Bewertungspraxis» finde keine Stütze in den Ausschreibungsunterlagen, trifft dies nicht zu. Dem vorgegebenen Bewertungssystem wurde bei der Evaluation der Angebote auch insofern entsprochen, als dass im Evaluationsbericht und im Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung die Terminologie zum Bewertungstyp 2 verwendet wird. Es liegt demnach keine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz vor. Zu prüfen bleibt, ob das der Vergabestelle zustehende Ermessen pflichtgemäss und rechtsgleich ausgeübt wurde. 5.5.3.2 Anders als bei den Zuschlagskriterien ZK02 und ZK04 nimmt der Bewertungstyp 2, der beim Zuschlagskriterium ZK03 zur Anwendung gelangt, nicht die Zielerreichung beim betroffenen Kriterium insgesamt in den Blick. Vielmehr wurden in den Ausschreibungsunterlagen drei Ziele (1. Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen in Unternehmen, 2. Freiwilligenarbeit und 3. Gutes Einvernehmen mit Behörden insbesondere in Bezug auf Unterbringung) definiert. Gemäss der vorgegebenen Taxonomie musste durch die Vorinstanz für jedes dieser drei Ziele einzeln geprüft werden, ob es «aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise [...] plausibel und nachvollziehbar» erscheint, ob dieses Ziel «zu einem hohen Grad erreicht werden» kann. Die Vorinstanz kam bei der Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers zum Ergebnis, dass es aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise plausibel und nachvollziehbar sei, dass zwei der drei Ziele zu einem hohen Grad erreicht werden. Als nicht plausibel und

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 32 von 43

nachvollziehbar sah es die Vorinstanz aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise an, dass das Ziel «Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen in Unternehmen» durch den Beschwerdeführer zu einem hohen Grad erreicht wird. Einzig dieser Punkt ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zum Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» strittig und durch die Rechtsmittelinstanz zu prüfen. 5.5.3.3 Gemäss den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen konnten die Punkte für das Erreichen der einzelnen der drei definierten Ziele nur ganz oder gar nicht vergeben werden. Bezogen auf die einzelnen der drei definierten Ziele handelt es sich demnach um ein binäres

Bewertungssystem. Dadurch unterscheidet sich der Bewertungstyp 2 wesentlich vom Bewertungstyp 1. 5.5.3.4 Dass die Vorinstanz nicht nur die bestehende Vernetzung der Anbieter berücksichtigt hat, sondern auch die geplanten Massnahmen bewertete, mit denen die Anbieter eine regionale Vernetzung mit den verschiedenen Partnern erreichen wollen, ist nicht zu beanstanden und entspricht den Vorgaben an den Nachweis zum ZK03 in den Ausschreibungsunterlagen. Auf der anderen Seite ist in den Ausschreibungsunterlagen aber explizit festgehalten, dass als Nachweis der geforderten regionalen Vernetzung die bestehende Vernetzung der Anbieter in der Region Berücksichtigung findet. 5.5.3.5 Der Beschwerdeführer hat in seiner Dokumentation zum Zuschlagskriterium ZK03 wesentlich auf sein bereits bestehendes Netzwerk Bezug genommen und Einzelfälle aufgezeigt, in denen die Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen gelungen ist. Die Fokussierung auf die bestehende Vernetzung liegt nahe, ist der Beschwerdeführer doch bereits heute in der Region F tätig. Zwar ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Ausführungen des Beschwerdeführers zur bestehenden Vernetzung keine konkreten, quantitativen Aussagen enthalten. Da die Zielerreichung – gemäss den Angaben der Vorinstanz – auch ohne den Nachweis einer bestehenden Vernetzung hätte dargelegt werden können, darf es sich aber nicht nachteilig für den Beschwerdeführer auswirken, wenn er in der Offerte Ausführungen zu seiner bestehenden Vernetzung macht, ohne diese konkret zu quantifizieren. Ebenso wenig kann es sich nachteilig für den Beschwerdeführer auswirken, wenn er im Angebot auch Unternehmungen ausserhalb der Region erwähnt hat, zu denen ein guter Kontakt besteht. Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geplanten Anlaufstelle für Unternehmen und der dieser Anlaufstelle zugeordneten Aufgabenbereiche bzw. Leistungen ist es grundsätzlich an der (mit dem für die Bewertung erforderlichen Fachwissen ausgestatteten) Vorinstanz, deren Zweckmässigkeit zu beurteilen. In diesem Punkt fällt aber auf, dass die Vorinstanz die geplanten Massnahmen im Zuständigkeitsbereich der vom Beschwerdeführer vorgesehenen Anlaufstelle nicht inhaltlich kritisiert, sondern es als nicht nachvollziehbar erachtet, wie diese Anlaufstelle diese Leistungen und Massnahmen zur Vernetzung mit lediglich 115 Stellenprozenten umsetzen und

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 33 von 43

bewältigen soll. Nicht zuzustimmen ist der Vorinstanz diesbezüglich, wenn sie ausführt, der Beschwerdeführer müsse sich auf die im Angebot angegebenen 115 Stellenprocente für die Anlaufstelle behaften lassen. Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, hätte in der Dokumentation zum ZK03 auf eine Angabe des Stellenumfangs auch verzichtet werden können. Bei dieser Ausgangslage erscheint es problematisch, aufgrund des höheren Konkretisierungsgrades in der Dokumentation des Beschwerdeführers zum Ergebnis zu gelangen, es sei nicht plausibel und nachvollziehbar, dass das Ziel der Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen zu einem hohen Grad erreicht werden kann. 5.5.3.6 Auffallend bei der Bewertung der Angebote beim Zuschlagskriterium ZK03 (nicht nur zum Los F) der Ausschreibung «Regionale Partner im Asyl- und Flüchtlingsbereich» ist, dass bei allen Angeboten das ZK03 mit mindestens 99 Punkten bewertet wurde. Bei sämtlichen Angeboten ist das Evaluationsteam demnach zumindest bei zwei der drei vorgegebenen Ziele zum Ergebnis gelangt, dass es aufgrund der dokumentierten Massnahmen und Nachweise plausibel und nachvollziehbar ist, dass diese zu einem hohen Grad erreicht werden. Dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass bei den einzelnen Zielen nicht allzu hohe Anforderungen an die Plausibilisierung und die Nachvollziehbarkeit der

Zielerreichung gestellt wurden. Der Vergleich mit dem Angebot des Beschwerdegegners zeigt, dass in diesem der Fokus deutlich mehr auf die künftigen Massnahmen für die Vernetzung, denn auf das bestehende Netzwerk in der Region gelegt wird. 5.5.3.7 Demnach lässt sich die Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» durch die Vorinstanz – auch unter Beachtung des dieser zukommenden Beurteilungsspielraums, in den die Rechtsmittelbehörde nach Art. 14 Abs. 2 ÖBG nicht eingreifen darf – nicht hinreichend nachvollziehen. Wohl mag es zutreffen, dass die Dokumentation keine quantitativen Aussagen zur Vernetzung mit Unternehmen des ersten Arbeitsmarkts enthält. Darin unterscheidet sich das Angebot des Beschwerdeführers aber nicht von anderen Angeboten, bei denen die Erreichung des Ziels „Akquirierung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen in Unternehmen» aufgrund der Dokumentation als plausibel und nachvollziehbar bewertet wurde. 5.5.3.8 Zu prüfen bleibt, ob die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK03 Einfluss auf die Rangierung des Beschwerdeführers und damit auf die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots hatte (siehe dazu E. 5.7 hiernach). 5.6. Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 «Sprachförderung» 5.6.1 Bewertung und Begründung durch die Vorinstanz

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 34 von 43

Zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» mit der Bewertungsstufe 2 (66% der möglichen Punkte) ist dem Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung vom 24. April 2019, der wörtlich den Ausführungen im Evaluationsbericht vom 3. April 2019 entspricht, das Folgende zu entnehmen: «Die Zielerreichung scheint grundsätzlich plausibel und nachvollziehbar, ist aber mit gewissen Fragezeichen behaftet. Insbesondere wird nur bedingt ein variationsreiches didaktisches Setting dargestellt und die geplanten Massnahmen fokussieren sehr stark auf klassische Kurse. Auf individuelle Lernvoraussetzungen wird nur wenig eingegangen.» 5.6.2 Vorbringen der Parteien 5.6.2.1 Der Beschwerdeführer zeigt sich in der Beschwerde vom 6. Mai 2019 mit der Beurteilung seines Angebots beim ZK04 «nicht einverstanden»<sup>43</sup>. Entgegen der Aussage im Evaluationsbericht werde in der Dokumentation durchgehend ein variationsreiches didaktisches Setting dargestellt. Der Beschwerdeführer arbeite mit verschiedenen Kooperationspartnern zusammen, die allesamt diverse Methoden einsetzen und didaktisch vielfältige Ansätze umsetzen würden. Durch eine spezifisch handlungs- und arbeitsmarktorientierte Sprachförderung zeichne sich insbesondere CSP Regenove aus. Zudem würden Freiwillige in den Kollektivunterkünften niederschweligen Sprachunterricht ab Eintritt in die Strukturen des Beschwerdeführers und die Vertiefung der erworbenen Sprachkenntnisse gewährleisten. Als Beleg für diese Ausführungen werden in der Beschwerde vom 6. Mai 2019 Passagen aus dem Angebot des Beschwerdeführers zum ZK04 «Sprachförderung» zitiert. Im Weiteren bringt der Beschwerdeführer vor, es sei nicht nachvollziehbar, worauf die Aussage im Evaluationsbericht basiere, die geplanten Massnahmen würden sehr stark auf klassische Kurse fokussieren. Auch der Kritik im Evaluationsbericht, auf individuelle Lernziele würde nur wenig eingegangen, widerspricht der Beschwerdeführer. Diese Aussage entspreche nicht der Darstellung in der Dokumentation. Entgegen dieser Aussage werde in der Dokumentation explizit aufgezeigt, dass und wie insbesondere die individuellen Lernvoraussetzungen berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung der individuellen Voraussetzungen und Ressourcen sei geradezu Grundbedingung der Sprachförderung beim Beschwerdeführer. Als Beleg für diese Ausführungen werden in der Beschwerde vom

6. Mai 2019 Passagen aus dem Angebot des Beschwerdeführers zum ZK04 «Sprachförderung» zitiert.

43 Beschwerde vom 6. Mai 2019, S. 8

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 35 von 43

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, aufgrund der eingereichten Dokumentation sei es äusserst plausibel und nachvollziehbar, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden. Bei Ausübung pflichtgemässen Ermessens hätte die Vergabestelle, so der Beschwerdeführer weiter, die Dokumentation zum ZK04 mit 150 Punkten bewerten müssen. 5.6.2.2 Die Vorinstanz hält in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 23. Mai 2019 dagegen, der Beschwerdeführer beschreibe in seinem Sprachförderungskonzept wohl, dass er mit verschiedenen Kooperationspartnern zusammenarbeite, die eine didaktisch variationsreiche Sprachförderung gewährleisten würden. Wie die didaktisch variationsreichen Settings aussehen sollen, sei aber nicht beschrieben. Es sei lediglich beschrieben, welche Lernform (Gruppenarbeit, Einzelarbeit und Plenum) sowie Lernansätze angewendet werden sollen. Eine Beschreibung, wie diese konkret in Settings münden, fehle. Weiter würden vom Beschwerdeführer Sprachkurse durch Freiwillige als Beleg für ein didaktisch variationsreiches Setting angeführt. Alleine der Umstand, dass Freiwillige Sprachkurse durchführen, sei aber nicht mit einem variationsreichen Setting gleichzusetzen. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer, so die Vorinstanz weiter, konkret darauf eingehen müssen, was diese Sprachkurse genau beinhalten und inwiefern sie ein solches Setting gewährleisten. Auch an der im Evaluationsbericht festgehaltenen Kritik, der Beschwerdeführer fokussiere stark auf die klassischen Sprachförderkurse, hält die Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung fest.<sup>44</sup> Neue Sprachförderansätze oder E-Learning würden nicht erwähnt, obwohl der Alltag der Zielgruppe stark durch Technologien bestimmt sei. Ferner seien die Mehrheit der vom Beschwerdeführer aufgeführten Kooperationspartner zu den klassischen Sprachkursanbietern zu zählen. Damit werde zum einen der Kritikpunkt des Evaluationsberichts bestätigt, wonach zu stark auf klassische Kurse fokussiert werde. Zudem werde nicht erläutert, inwiefern diese Anbieter konkret ein variationsreiches Setting garantieren und wie die individuellen Voraussetzungen sowie die Bedürfnisse konkret in die Zuweisung zu einem Sprachkurs einfließen. Zur Berücksichtigung individueller Lernvoraussetzungen führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer beschreibe in seinem Angebot an mehreren Stellen, dass bei der Sprachförderung auf die individuellen Voraussetzungen der Teilnehmenden eingegangen wird und welche Klientensegmentierung er bei der Sprachförderung vornimmt (Alphabetisierte, Zweitschriftlernde, Funktionale Analphabeten und Primäre Analphabeten). Das Eruiere der individuellen Voraussetzungen gehe aber sehr weit über eine Grobeinteilung in diese vier Gruppen hinaus.

<sup>44</sup> Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz vom 23. Mai 2019, Ziff. 4.3

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 36 von 43

Es beinhalte die sprachlichen Voraussetzungen insgesamt, dann aber auch die soziale Lebenslage, die kognitive Entwicklung, familiäre, soziale und soziokulturelle Voraussetzungen usw. <sup>45</sup> Bei der Klientensegmentierung werde zwar auf gewisse individuelle Voraussetzungen bezüglich Spracherwerb eingegangen. Die Verknüpfung mit der Bedürfnisorientierung sei allerdings nur oberflächlich dargestellt. Schliesslich führt die Vorinstanz zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» aus, die Sprachförderung werde vom Beschwerdeführer nahezu

vollständig den Kooperationspartnern oder Freiwilligen übertragen und es werde nur knapp beschrieben, in welcher Form der Beschwerdeführer steuernd in die Zielerreichung dieser Partner eingreifen könne. Die möglichen Innovationen würden damit stark von den gewählten Partnern abhängen. Zudem werde vom Beschwerdeführer nicht beschrieben, wie die mittels durchgehender Fallführung erhobenen individuellen Voraussetzungen in ein individuelles Sprachförderungskonzept einfließen. Der Beschwerdeführer könne sich, so die Vorinstanz, nicht damit begnügen zu sagen, dass er etwas machen wird. Vielmehr hätte er konkret und nachvollziehbar aufzeigen müssen, wie er dieses «etwas» machen wird. Diese Kritik lasse sich auf das gesamte Konzept des Beschwerdeführers ausweiten. Die Ausführungen seien im Allgemeinen zu oberflächlich und unsubstantiiert. 5.6.2.3 In der Replik vom 5. Juli 2019 rügt der Beschwerdeführer zum Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» zunächst die angewendete «Bewertungspraxis». Diese finde keine Stütze in den Ausschreibungsunterlagen und insbesondere nicht im Anhang 3 «Formular Zuschlagskriterien».46 An seiner Rüge, die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 sei unhaltbar und rechtsfehlerhaft erfolgt, hält der Beschwerdeführer fest. In der Beschwerde sei aufgezeigt worden, dass sehr stark auf die individuellen Lernvoraussetzungen eingegangen wurde und ein äusserst variationsreiches didaktisches Setting angeboten wird. Weiter sei nicht klar, was die Vorinstanz mit dem Kritikpunkt meine, es handle sich bei den Kooperationspartnern mehrheitlich um «klassische Sprachkursanbieter». Die Vorinstanz scheine die Bezeichnung «Sprachkursanbieter» mit monotonem Frontalunterricht und veralteten Unterrichtskonzepten gleichzusetzen, was nicht zutrefte. Es verstehe sich von selbst, dass die etablierten und fachlich ausgewiesenen Kooperationspartner ihren Unterricht an den anerkannten pädagogischen und didaktischen Massstäben ausrichten und ein individuelles, variationsreiches didaktisches Setting gewährleisten sei. Dabei würden diese Institutionen «natürlich» auch neuere Sprachförderansätze oder E-Learning nutzen, sofern sich diese sinnvoll integrieren liessen. Es sei weder zielführend noch erforderlich – und aufgrund der begrenzten Seitenzahlen nicht möglich – gewesen, im Angebot die konkrete Ausgestaltung aller Kurse durch die

45 Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz vom 23. Mai 2019, Ziff. 4.5 46 Replik vom 5. Juli 2019, Rz. 82

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 37 von 43

Kooperationspartner im Einzelnen darzulegen. Ebenso nichtssagend wäre, nach Ansicht des Beschwerdeführers, die blosser Aufzählung der einzelnen zahlreichen Lernmethoden, welche im Rahmen des Sprachunterrichts angewendet werden. Entscheidend sei vielmehr, dass im Angebot ein variationsreiches Setting und eine periodisch fortlaufende Evaluation und Anpassung der Massnahmen und Methoden dargelegt wurde. Es sei nicht ersichtlich, was für zusätzliche Nachweise für ein variationsreiches didaktisches Setting und die Berücksichtigung individueller Lernvoraussetzungen hätten erbracht werden sollen und können. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sei zudem ein «variationsreiches didaktisches Setting» verlangt worden, nicht mehr und nicht weniger. Weitergehende Anforderungen wie z.B. die Nutzung innovativer (und allenfalls didaktisch noch nicht anerkannter) Formen der Sprachförderung seien nicht gestellt worden. 5.6.2.4 In der Duplik vom 26. Juli 2019 weist die Vorinstanz den Vorwurf an der Bewertungspraxis zurück. Bezugnehmend auf die Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Replik vom 5. Juli 2019 hält die Vorinstanz fest, der massgebende Zeitpunkt für die Bewertung sei die Angebotseinreichung. Was der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde und in seiner

Replik an seiner Offerte inhaltlich ergänzt und nachbessert, sei irrelevant. Die Argumentation des Beschwerdeführers drehe sich in Bezug auf die in seinem Angebot fehlende bzw. nicht hinreichend erläuterte Ausgestaltung der vorgesehenen Kurse und Lernmethoden («variationsreiches didaktisches Setting») im Kreis. Es sei nicht Aufgabe des Evaluationsteams gewesen, Vermutungen darüber anzustellen, was der Beschwerdeführer mutmasslich «von selbst versteht» und insbesondere welche Sprachförderungsansätze er beim Verfassen seines Angebots im Hinterkopf hatte. Verlangt worden sei, dass die von den Anbietern darzulegenden geplanten Massnahmen die individuellen Voraussetzungen berücksichtigen und dass die Anbieter in der dafür vorgesehenen schriftlichen Dokumentation beschreiben, ob bzw. wie eine variationsreiche Sprachförderung erfolgen soll. Dies sei dem Beschwerdeführer nicht vollständig gelungen.

5.6.2.5 In seinen Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 verweist der Beschwerdeführer zum Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» auf seine Ausführungen in der Beschwerde- schrift und in der Replik. Zudem weist er darauf hin, dass er sein Angebot in der Beschwerde und in der Replik nicht inhaltlich ergänzt oder nachgebessert habe. Es sei lediglich aufgezeigt worden, was im Angebot des Beschwerdeführers und insbesondere in den dazugehörigen Nachweisen bereits enthalten war, aber durch die Vorinstanz nicht berücksichtigt worden sei. Die Ausführungen der Vorinstanz würden wiederum bestätigen, dass sie offensichtlich nicht alle bereits in der Offerte enthaltenen Angaben berücksichtigt habe. Dies zeige die rechtsfehlerhafte Bewertung durch die Vorinstanz erneut anschaulich auf.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 38 von 43

5.6.3 Überprüfung der Bewertung durch die Rechtsmittelinstanz 5.6.3.1 Zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» ist wiederum festzustellen, dass sich die Vorinstanz an die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Taxonomie gehalten hat. Dem vorgegebenen Bewertungssystem wurde bei der Evaluation der Angebote auch insofern entsprochen, als im Evaluationsbericht und im Anhang 1 zur angefochtenen Verfügung auf die Terminologie zum Bewertungstyp 1 abgestellt wird. Es liegt demnach keine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz vor. Zu prüfen bleibt, ob das der Vergabestelle zustehende Ermessen pflichtgemäss und rechtsgleich ausgeübt wurde.

5.6.3.2 Unbegründet ist die in den Schlussbemerkungen vom 13. August 2019 vorgebrachte Rüge, die Vorinstanz habe nicht alle in der Offerte enthaltenen Angaben zum Zuschlagskriterium ZK04 bei der Evaluation berücksichtigt.<sup>47</sup> Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht nicht hervor, welche konkreten Angaben, die für die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 relevant gewesen sein sollen, von der Vorinstanz nicht berücksichtigt wurden. Indem der Beschwerdeführer ohne weitere Konkretisierung behauptet, gewisse Angaben seien von der Vorinstanz bei der Evaluation nicht berücksichtigt worden, wird die Rüge auch nicht hinreichend substantiiert.

5.6.3.3 Anders als beim Zuschlagskriterium ZK03, bei dem bezogen auf die einzelnen der drei vorgegebenen Ziele ein binäres Bewertungssystem besteht, sieht der Bewertungstyp 1 für die Beurteilung der Zielerreichung bei der Sprachförderung Abstufungen vor. Die Bewertung mit 99 Punkten bedeutet, dass es die Vorinstanz aufgrund der Dokumentation des Beschwerdeführers als plausibel und nachvollziehbar erachtet hat, dass die Ziele des Kriteriums erreicht werden können. Die vom Beschwerdeführer getroffenen Annahmen erachtet die Vorinstanz als «mehrheitlich plausibel und nachvollziehbar». Die im Evaluationsbericht festgehaltenen Kritikpunkte an seinem Modell zur Sprachförderung

konnte der Beschwerdeführer in seinen Eingaben<sup>48</sup> nicht widerlegen. Tatsächlich wird in der Dokumentation des Beschwerdeführers zum ZK04 nicht weiter beschrieben, wie die didaktisch variationsreichen Settings bei der Sprachförderung aussehen sollen. Es mag sein, dass es der Beschwerdeführer als selbstverständlich angesehen hat, dass die von ihm genannten Kooperationspartner ihren Unterricht an den anerkannten pädagogischen und didaktischen Massstäben ausrichten und ein individuelles, variationsreiches didaktisches Setting gewährleisten. Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorinstanz nur bewerten konnte, was im Angebot des Beschwerdeführers auch dargestellt war. Gleiches gilt für die Fokussierung der Sprachförderung

47 Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers vom 13. August 2019, Rz. 29 48  
Beschwerde vom 6. Mai 2019, Stellungnahme vom 28. Juni 2019, Replik vom 5. Juli 2019,  
Schlussbemerkungen vom 13. August 2019

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 39 von 43

im Angebot des Beschwerdeführers auf klassische Kurse. Dass es der Beschwerdeführer als «natürlich» erachtet, dass die in seiner Dokumentation zum ZK04 aufgeführten Institutionen auch neuere Sprachförderansätze oder E-Learning nutzen, sofern sich diese sinnvoll integrieren lassen, hat ihn nicht davon befreit, im Angebot konkrete Angaben dazu zu machen. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers in der Replik vom 5. Juli 2019 wäre es durchaus zielführend und auch erforderlich gewesen, im Angebot konkrete Aussagen zur Ausgestaltung der Kurse durch die Kooperationspartner zu machen und sich mit den Lernmethoden, die im Rahmen des Sprachunterrichts angewendet werden, auseinanderzusetzen. Eher streng erscheint die Kritik der Vorinstanz im Evaluationsbericht, auf die individuellen Lernvoraussetzungen sei im Angebot des Beschwerdeführers nur wenig eingegangen worden. Auch zu diesem Punkt konnte die Vorinstanz im Schriftenwechsel aber nachvollziehbar darlegen, dass das Eruiere der individuellen Voraussetzungen über die vom Beschwerdeführer dargestellte Grobeinteilung in die vier Gruppen «Alphabetisierte», «Zweitschriftlernende», «Funktionale Analphabeten» und «Primäre Analphabeten» hinausgehen müsse. 5.6.3.4 Die Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK04 «Sprachförderung» lässt sich nach dem Geschriebenen anhand des Angebots und des Evaluationsberichts nachvollziehen. Es ist nicht zu sehen, dass die Vorinstanz den ihr zukommenden, erheblichen Ermessensspielraum bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 gestützt auf unsachliche und damit missbräuchliche Überlegungen ausgeübt hätte. Es liegt demnach auch keine Verletzung des Transparenzgebots bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 «Sprachförderung» vor. 5.6.3.5 Schliesslich liegt auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 vor. Gerade bei den Punkten, in denen das Sprachförderungsmodell des Beschwerdeführers im Evaluationsbericht der Vorinstanz kritisiert wird, erweist sich das Angebot des Beschwerdegegners als erheblich konkreter und detaillierter. Der Beschwerdeführer hat vor diesem Hintergrund keinen Anspruch, beim Zuschlagskriterium ZK04 gleich bewertet zu werden wie der Beschwerdegegner. 5.6.3.6 Die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK04 «Sprachförderung» durch die Vorinstanz hält der Rechtskontrolle stand. Die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers sind nicht begründet.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 40 von 43

5.7. Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bewertungen des Angebots des Beschwerdeführers bei den Zuschlagskriterien ZK02 «Arbeitsintegration» und ZK04 «Sprachförderung» der Rechtskontrolle standhalten. Beim Zuschlagskriterium ZK03 «Regionale Vernetzung» kann die Bewertung durch die Vorinstanz demgegenüber – auch unter Beachtung des dieser zustehenden Ermessensspielraums, in den die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf – anhand des Angebots, der vorgegebenen Taxonomie und des Evaluationsberichts nicht nachvollzogen werden. Auch dann, wenn der Beschwerdeführer beim Zuschlagskriterium ZK03 die volle Punktzahl erhalten würde, hätte dies aber keinen Einfluss auf die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie die nachfolgende Tabelle zeigt: Anbieter Beschwerdeführer Beschwerdegegner

Zuschlagskriterien	Bewertungsstufe	Punkte	Bewertungsstufe	Punkte	Bewertungsstufe	Punkte
ZK01 Preis						
ZK02 Arbeitsintegration	1	99	2	198		
ZK03 Regionale Vernetzung	3	150	3	150		
ZK04 Sprachförderung	2	99	3	150		
ZK05 Erfahrung	3	50	3	50		
Total max.		1000				
		705		781		

307

233 ZK02 Arbeitsintegration 1 99 2 198 ZK03 Regionale Vernetzung 3 150 3 150 ZK04 Sprachförderung 2 99 3 150 ZK05 Erfahrung 3 50 3 50 Total max. 1000 Punkte 705 781

Eine Korrektur der Punktzahl des Beschwerdeführers beim Zuschlagskriterium ZK03 hat demnach keinen Einfluss auf das Ergebnis. Das Angebot des Beschwerdegegners bleibt das wirtschaftlich günstigste gemäss Art. 30 Abs. 1 ÖBV. Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.142 vom 20. September 2016, E. 7, vgl. zudem BVR 2012 S. 314 E. 5.4.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 41 von 43

7. Kosten 7.1. Verfahrenskosten Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV50). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Vorliegend unterliegt der Beschwerdeführer mit seinen Anträgen vollumfänglich. Somit wird er kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind pauschal festzulegen auf CHF 1'200.00. 7.2. Parteikosten Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Tilgung oder die Wett-schlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV51). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG52). Die Kostennote des Vertreters des Beschwerdegegners vom 6. August 2019 beläuft sich auf CHF 5'732.85

(Honorar: CHF 5'600.00, Auslagen: CHF 132.85), zuzüglich Mehrwertsteuer von CHF 441.45. Die Beschwerdegegnerin ist mehrwertsteuerpflichtig<sup>53</sup> und kann deshalb die von ihren Rechtsvertretern auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des

50 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21) 51 Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) 52 Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) 53 Vgl.

Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>): UID-Nummer: CHE-106.146.192

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 42 von 43

Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostensatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen.<sup>54</sup> Ansonsten hält sich die Kostennote an den dargelegten Rahmen und gibt angesichts der Bedeutung der Streitsache und dem in der Sache gebotenen Aufwand zu keinen Bemerkungen Anlass. Gestützt auf Art. 104 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 PKV und Art. 41 Abs. 3 KAG sind die Parteikosten des Beschwerdegegners daher auf CHF 5'732.85 festzulegen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteikostensatz (Art. 104 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG).

54 Vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern 2019.GEF.746 Seite 43 von 43

III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 6. Mai 2019 wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Der Vorinstanz werden keine Parteikosten gesprochen. 4. Der Beschwerdeführer hat dem Beschwerdegegner nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf CHF 5'732.85, zu ersetzen.

IV. Eröffnung - Beschwerdeführer, per Einschreiben - Vorinstanz, per Kurier - Beschwerdegegner, per Einschreiben

**DER GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTOR**

Pierre Alain Schnegg Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.