

BE_WEITERE 2019.GEF.1386 vom 25. März 2020

Be Weitere, 2020-03-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_2019.GEF.1386

FR: BE_WEITERE 2019.GEF.1386 du 25 mars 2020

IT: BE_WEITERE 2019.GEF.1386 del 25 marzo 2020

Regeste

Beschaffungsverfahren: Beschwerde gegen Zuschlag

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen

Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG5). Als «Trägerin kantonalen Aufgaben» ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB6).⁷

E. 3

Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Dekrets vom 11. September 2019 über die Aufgaben der Direktionen und der Staatskanzlei und die Direktionsbezeichnungen (ADSD; BSG 152.010)

E. 4

Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft seit 01.01.2020)

E. 5

Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

E. 6

Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

E. 7

Vgl. Gutachten Trüb/Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) unter <https://www.gdk-cds.ch>; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 140

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

5/34 Angefochten ist vorliegend der Zuschlag im selektiven Vergabeverfahren. Verfügungen betreffend 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 und e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG⁸). Diese Schwellenwerte sind vorliegend unbestrittenermassen erreicht (vgl. Anhang 2 der IVöB sowie Beschwerde). Die GSI ist damit als die in der Sache zuständige Direktion zur Beurteilung der Beschwerde vom 9. September 2019 zuständig (Art. 62 Abs. 1 Bst. d VRPG⁹ i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG).

Die GSI wendet das Recht von Amtes wegen an und entscheidet in der Sache, wenn die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 20a VRPG).

Das Beschaffungsrecht sieht betreffend der Beschwerdeführungsbefugnis keine Besonderheiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG richtet.¹⁰ Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz als Anbieterin teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag an einen anderen Anbieter vergeben wurde, formell beschwert. Damit auf die Beschwerde vom 9. September 2019 eingetreten werden kann, muss die Beschwerdeführerin 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 die Beschwerdeführerin «bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen»¹¹. Gefordert ist mit anderen Worten eine «reelle Chance auf den Zuschlag» im strittigen Beschaffungsverfahren. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, ohne Einbezug des Kriteriums Offertpräsen- tation hätte sie aufgrund höherer Punkteanzahl den Zuschlag erhalten. Ob die Rügen der Beschwerdeführerin inhaltlich zutreffen, ist keine Frage des Eintretens auf die Beschwerde, sondern eine Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde. Zur Begründung der Beschwerdelegi- timation reicht es aus, wenn die Beschwerdeführerin substantiiert darlegt, dass sie bei einer Gut- heissung der Beschwerde eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte. Diesen Anforderungen ge- nügt die Beschwerde vom 9. September 2019. Demzufolge ist die Beschwerdeführerin gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. Au- gust 2019 legitimiert.

E. 8

Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

E. 9

Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

E. 10

BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Mül- ler/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

E. 11

Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zü- rich/Basel/Genf 2013, S. 646

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert vom 27. August 2019 und wurde am 28. August 2019 eröffnet. Die Beschwerdefrist hat somit am Montag, 9. September 2019 geendet (Art. 41 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 9. September 2019 ist somit einzutreten.

Die GSI prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens), während die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung nicht überprüft wird (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Der GSI steht somit keine volle Kognition zu. 2. Rüge der Einführung eines neuen Zuschlagskriteriums

Argumentation der Parteien

Die Beschwerdeführerin rügt, in den Ausschreibungsunterlagen vom 4. Februar 2019 seien unter dem Kapitel «Bewertung» drei Zuschlagskriterien aufgeführt, nämlich: technische und funktionale Kriterien mit einer Gewichtung von 40 %, anbieterspezifische Kriterien mit einer Gewichtung von 30 % und Kosten mit einer Gewichtung von 30 %. Demgegenüber seien in der angefochtenen Verfügung die anbieterspezifische Kriterien neu mit 20 % und die Offertpräsentation mit 10 % gewichtet worden. Die Umverteilung der Gewichtung zugunsten des neuen Zuschlagkriteriums «Offertpräsentation» in der Verfügung sei nicht nachvollziehbar. Ohne dieses Kriterium hätte die Beschwerdeführerin die höchste Punktzahl erreicht und den Zuschlag erhalten. Eine nachträgliche Anpassung der Kriterien durch die Einführung eines sehr subjektiven Kriteriums zulasten der Beschwerdeführerin führe zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung ohne sachlichen Grund. Gemäss Art. 30 Abs. 1 ÖBV12 erhalte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Gemäss Art. 30 Abs. 2 ÖBV seien die Zuschlagkriterien mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die nachträgliche Einführung des Zuschlagkriteriums «Offertpräsentation» verletze diese Norm, da dadurch die in der Ausschreibung definierten Zuschlagkriterien und deren Gewichtung verändert worden seien. Das Zuschlagkriterium «Offertpräsentation» hätte bereits bei der Ausschreibung als Teil der Bewertung angekündigt werden sollen. Dies sei vorliegend nicht geschehen, wodurch Art. 30 Abs. 2 ÖBV und das Transparenzgebot verletzt worden seien. Auch sei zu bezweifeln, ob

E. 12

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

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

7/34 eine Präsentation geeignet sei, um für sich gestellt ein Zuschlagkriterium darzustellen: Einerseits werde das Kriterium nicht in Art. 30 Abs. 3 ÖBV aufgeführt und andererseits sei dieses Kriterium sehr schwammig und berge das Risiko der Einführung von unzulässigen wettbewerbsverzerrenden Kriterien sowie Preisverhandlungen im Rahmen von Kostenoptimierungen. Sodann sei der Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verletzt worden: Dieser Grundsatz verpflichte die Vergabestellen, für einen effizienten Mitteleinsatz zu sorgen und die ihnen anvertrauten Steuergelder haushälterisch zu verwenden. Daher seien öffentliche Aufträge demjenigen Anbieter zu erteilen, der das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis eingereicht habe. Der Wettbewerb

erlaube der Beschaffungsstelle, die Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Voraussetzung dafür sei die Geltung derselben Bedingungen für alle Anbieter, das Fehlen von Absprachen sowie Chancengleichheit hinsichtlich des Zuschlags; bei der Auswahl dürfe nur die jeweilige ökonomische Leistungsfähigkeit entscheidend sein. Durch die nachträgliche Einführung des Zuschlagkriteriums «Offertpräsentation» sei die sehr gute Bewertung der Beschwerdeführerin bei den Zuschlagskriterien «Technische und Funktionale Kriterien» sowie den «Kosten» abgeschwächt worden. Eine solche nachträgliche Umverteilung, basierend auf einem sehr subjektiven Kriterium, könne zu unwirtschaftlichen, weil überbeuerten Leistungseinkäufen führen. Beides widerspreche den Zielen des Beschaffungsrechts und den damit zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interessen am haushälterischen und schonenden Mitteleinsatz. Weiter seien solche Präsentationen zu protokollieren, und die Antworten auf Anbieterfragen seien den anderen Anbietern mitzuteilen. Die eingegebenen Angebote seien unveränderbar. Schliesslich sei auch das Transparenzgebot verletzt worden. Dieses verlange die vorgängige Bekanntgabe der Zuschlagkriterien und die Vornahme einer späteren kohärenten Bewertung. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssten die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung klar und vollständig ersichtlich sein (BGE 130 I 241 E 5.1). Art. 30 Abs. 2 ÖBV gehe noch einen Schritt weiter und verlange ausdrücklich, dass die Zuschlagskriterien mit Ihrer Gewichtung und allfällige Unterkriterien in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien für die Beteiligten verbindlich; das Transparenzgebot verbiete die nachträgliche Änderung der Zuschlagkriterien. Das Transparenzgebot sei in der Regel formeller Natur. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führe dessen Missachtung grundsätzlich zur Aufhebung des Zuschlags. Nach der Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts führe eine Verletzung des Transparenzgebotes zur Aufhebung des Verfahrens, wenn der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin gewesen sei. Vorliegend hätte die Beschwerdeführerin ohne Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

8/34 Berücksichtigung des Zuschlagkriteriums «Offertpräsentation» die höchste Punkteanzahl (7647 Punkte) erreicht, womit die Kausalität gegeben sei.13

Die Vorinstanz führt in der Beschwerdevernehmlassung aus, die Ausschreibung nenne folgende Kriterien: Hauptkriterien Gewichtung Technische und funktionale Kriterien 40 % Anbieterspezifische Kriterien 30 % Kosten 30 % Die Zuschlagsverfügung nenne folgende vier Kriterien: ID Zuschlagskriterien Anteil in % 1 Technische und funktionale Kriterien 40 % 2 Anbieterspezifische Kriterien 20 % 30 % 3 Offertpräsentation 10 % 4 Kosten 30 % Aus der Evaluation (Bewertung der Gesamtofferten, Beilage 7) gehe hervor, dass die einzelnen Zuschlagskriterien bei der Bewertung aufgefächert worden seien. Unter dem Kriterium «Anbieterspezifische Kriterien» seien insgesamt 19 Aspekte der Offerten beurteilt worden, darunter die «Offertpräsentation». Die «Offertpräsentation» sei somit kein neues Kriterium, sondern falle unter das Kriterium «Anbieterspezifische Kriterien». Da die «Offertpräsentation» weder ein technisches/funktionales Kriterium sei noch etwas mit den Kosten zu tun habe, sei es korrekt gewesen, die «Offertpräsentation» unter dem Kriterium «Anbieterspezifische Kriterien» zu bewerten. Die Gewichtung sei nicht verändert worden, da die anbieterspezifischen Kriterien wie ausgeschrieben mit insgesamt 30 % bewertet worden seien. Eine «Umverteilung der Gewichtung» habe nicht stattgefunden. Auch sei

unzutreffend, dass die Beschwerdeführerin ohne Bewertung der «Offertpräsentation» die höchste Punktzahl erzielt hätte. Aus der Evaluation und der Zuschlagsverfügung ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin im Kriterium «Anbieterspezifische Kriterien» insgesamt 2413 Punkte erzielt habe, wovon 800 Punkte im Kriterium «Offertpräsentation». Die Beschwerdegegnerin habe im Kriterium «Anbieterspezifische Kriterien» insgesamt 2773 Punkte (gewichtet) erzielt, wovon 1000 im Kriterium «Offertpräsentation»:

X.____ Z.____ Anbieterspezifische Kriterien (20 %) 1613 1773

E. 13

Beschwerde vom 9. September 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

9/34 Offertpräsentation (10 %) 0800 1000 Werde die «Offertpräsentation» nicht bewertet, so verändere sich die Punktzahl bei den anbieter-spezifischen Kriterien, da diese neu mit 30 % gewichtet werden müssten.¹⁴ Diesfalls ergäbe sich die folgende Punkteverteilung:

X.____ Z.____ Anbieterspezifische Kriterien (30 %) 2420 2660 Ohne Bewertung der «Offertpräsentation» ergebe sich somit die folgende Gesamtpunktzahl:

X.____ Z.____ Technische und funktionale Kriterien (40 %) 3033 2933 Anbieterspezifische Kriterien (30 %) 2420 2660 Kosten (30 %) 3000 2862 Total 8453 8455 Selbst wenn die «Offertpräsentation» nicht bewertet werde, erreiche das Angebot der Beschwerde- gegnerin – mit zwei Punkten Differenz – die höchste Punktzahl. Der Terminplan in der Ausschreibung sehe die Präsentation des Angebotes vor. Die Beschwerdefüh- rerin habe daher nicht davon ausgehen dürfen, dass die Präsentation keinen Einfluss auf die Bewer- tung haben werde, zumal sich die Offertpräsentation ohne weiteres unter das in der Ausschreibung genannte Hauptkriterium «Anbieterspezifische Kriterien» subsumieren lasse. Es wäre der Beschwer- deführerin freigestanden, sich im Rahmen der Fragemöglichkeit nach Details zu erkundigen, was aber nicht geschehen sei. Auch sage die Offertpräsentation durchaus etwas über die Qualitäten einer An- bieterin aus, etwa über die Art ihrer Leistungserbringung «wenn es darauf ankomme». Gemäss Art. 30 Abs. 1 ÖBV sei das wirtschaftlich günstigste Angebot dasjenige, welches die Zu- schlagskriterien am besten erfülle. Daher seien neben dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auch weitere Faktoren zu bewerten. Die Offertpräsentationen seien protokolliert worden, jedoch sei der Pro- jektleiter der Beschwerdeführerin an der bereits am 6. Mai 2019 anberaumten Offertpräsentation vom 27. Mai 2019 nicht anwesend gewesen. Mit ihm sei am 16. August 2019 eine Nachbefragung durch- geführt worden. Die Bewertung des Lösungsangebots/Beantwortung von Fragen, Projektorganisation sowie Supportorganisation der Beschwerdeführerin seien im Vergleich mit der Konkurrenz tiefer aus- gefallen, während die Beschwerdegegnerin bei der anbieterspezifischen Bewertung überall die

E. 14

Anbieterspezifische Kriterien mit Berücksichtigung der «Offertpräsentation»: 20 % = 1613 bzw. 1773; Anbieterspezi- fische Kriterien ohne Berücksichtigung der «Offertpräsentation»: 30% = 2419.5 bzw. 2'659.5

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

10/34 höchste Punktzahl erreicht habe. Von einer Verletzung des Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeits- grundsatzes könne keine Rede sein. Die Bekanntgabe der Zuschlags-

und allfälliger Unterkriterien in der Ausschreibung diene der Transparenz. Die Beurteilung von Angeboten anhand von Gesichtspunkten, die sich nicht aus den publizierten Kriterien ergäben, sei unzulässig, wobei bei der Auslegung der publizierten Kriterien bei Unklarheiten das Vertrauensprinzip gelte. Die Bekanntgabe von Unterkriterien in der Ausschreibung sei indes nur möglich und gefordert, wenn diese Unterkriterien im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits bekannt seien, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Auch sei die Bewertung der Offertpräsentation als Aspekt der «Anbieterspezifischen Kriterien» weder überraschend noch ungewöhnlich und lasse sich sehr wohl unter das in der Ausschreibung genannte Hauptkriterium subsumieren. Jedenfalls könne nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe nachträglich ein Bewertungskriterium eingeführt, mit dem aufgrund der Angaben in der Ausschreibung nicht gerechnet werden müssen. Das Transparenzgebot sei daher nicht verletzt worden.¹⁵

Mit Replik führt die Beschwerdeführerin aus, ihr habe im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt sein können, dass die Zuschlagskriterien von den Ausschreibungskriterien abweichen würden und dass die Offertpräsentation 10 % der Gesamtbewertung ausmachen würde. Auch sei die Bewertung der Präsentation nicht gleich wie die Bewertung aller anderen Zuschlagskriterien erfolgt. Die in der Beschwerdevernehmlassung erwähnte Protokollierung suche man in der Beilage 9 vergeblich – lediglich die konsolidierte Bewertung sei eingereicht worden. Einerseits sei nicht nachvollziehbar, wer anwesend gewesen sei bzw. welche Personen die Präsentationen bewertet hätten (im Gegensatz zu sämtlichen anderen Zuschlagskriterien der Ausschreibung, wo dies transparenter dargelegt worden sei), andererseits sei eine enorme Abwertung vorgenommen worden, weil der Projektleiter nicht deutscher Muttersprache sei. Auch sei diese Abwertung gar nicht im Rahmen der Offertpräsentation vorgenommen worden, sondern aufgrund einer Nachbefragung drei Monate nach Offertpräsentation. Zudem habe den anderen Anbietern erheblich mehr Zeit für die Vorbereitung der Offertpräsentation zur Verfügung gestanden (die Beschwerdeführerin habe Ende Mai präsentiert, die anderen Anbieter drei bis vier Wochen später). Dieses Vorgehen führe zu einer Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes. Bezüglich der Ansicht der Vorinstanz, wonach einzelne Zuschlagskriterien aufgefächert worden seien, weshalb es sich bei der «Offertpräsentation» nicht um ein neues Kriterium handle, sondern lediglich ein Subkriterium der «Anbieterspezifischen Kriterien», führt die Beschwerdeführerin Folgendes aus: Es greife zu kurz, ein Drittel der «Anbieterspezifischen Kriterien» bzw. 10 % der Gesamtpunktezahls als Auffächerung zu bezeichnen, da dies erheblich ins Gewicht falle. Weder in den Ausschreibungskriterien noch in den Zuschlagskriterien sei ersichtlich, dass die «Offertpräsentation» ein Subkriterium der «Anbieterspezifischen Kriterien» darstelle. Zudem würden in der Einladung im Teil 2,

E. 15

Beschwerdevernehmlassung vom 7. Oktober 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

11/34 Telefonie und UCC, nicht nur anbieterspezifische Aspekte einverlangt, sondern ebenso technische und preisrelevante Aspekte: Teil 2, Telefonie und UCC 8.

Charakterisierung des Lösungsangebotes 30'

(Deckungsgrad der Anforderungen, Alleinstellungsmerkmale, Ad-on, Optionen,

Abweichungen, Unternehmervariante) 9. Leistungsfähigkeit und Vorgehen des Projektmanagements 5'

(Differenzen zu Teil 1 falls erforderlich 10. Unternehmensvarianten und Möglichkeiten zur Kostenoptimierung 10' 11. Fragen des Kunden an den Anbieter 20' Aus diesem Grund könne die «Offertpräsentation» nicht ohne Weiteres ausschliesslich den «Anbieterspezifischen Kriterien» zugeordnet werden. Vielmehr habe die Vorinstanz nachträglich ein neues Zuschlagskriterium hinzugefügt und damit gegen das Transparenzgebot verstossen.16

Die Vorinstanz erwidert in der Duplik, die Offertpräsentation sei nicht nachträglich hinzugefügt worden, sondern habe gemäss Ausschreibung Kapitel 2.1, S. 7 ein angekündigtes und terminiertes Element der Evaluation gebildet. Eine Bewertung der Offertpräsentation sei der Beschwerdeführerin auch aus anderen Projekten bestens bekannt. Die Beschwerdeführerin habe daher nicht von vornherein davon ausgehen dürfen, dass die Offertpräsentation keinen Einfluss auf die Bewertung haben werde, zumal sich die Präsentation ohne weiteres unter das in der Ausschreibung genannte Hauptkriterium «Anbieterspezifische Kriterien» subsumieren lasse. Die Beschwerdeführerin hätte sich im Rahmen der Fragemöglichkeit (dazu Ziffer 2.4 der Ausschreibung, Beilage 2) nach Details erkundigen können, was sie nicht getan habe. Sodann sei die Bewertung der Präsentation entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nachvollziehbar. Seitens der Beschwerdeführerin hätten zwei Vertreter – ohne Projektleiter – an der Offertpräsentation vom 27. Mai 2019 teilgenommen, weshalb davon ausgegangen werden könne, dass der Beschwerdeführerin bekannt gewesen sei, wer seitens der Vorinstanz teilgenommen habe (BV, Beilage 7, S. 1). Die konsolidierte Bewertung sei jeweils im Anschluss an die Präsentationen durch die Teilnehmenden der Vorinstanz (ohne Externe) erfolgt. Die Aussage der Beschwerdeführerin, es sei eine Abwertung vorgenommen worden, weil der Projektleiter nicht deutscher Muttersprache sei, treffe zu. Die Funktion eines Projektleiters sei bedeutsam. Anlässlich der Nachbefragung am 16. August 2019 habe der Projektleiter erklärt, es komme erfahrungsgemäss zu Missverständnissen, wenn Mundart gesprochen werde. Er habe sich auch

E. 16

Replik vom 31. Oktober 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

12/34 dafür entschuldigt, dass sein Hochdeutsch nicht perfekt sei. Die Kommunikationsfähigkeit der Projektleitung sei in der Realisierungsphase des anspruchsvollen technischen Projektes ein grundlegender Erfolgsfaktor. Angesichts des ohnehin sehr gedrängten Terminplans bestehe vorliegend kein Spielraum für sprachliche Risiken und die Korrektur daraus folgender Missverständnisse. Dies spiegle sich in der Bewertung der Offertpräsentation entsprechend. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Abwertung sei nicht im Rahmen der Offertpräsentation am 27. Mai 2019 erfolgt, sondern aufgrund einer Nachbefragung ihres Projektleiters drei Monate später, sei ebenfalls unbegründet. Insoweit habe sich die Vorinstanz wohlwollend gezeigt, indem sie dem Projektleiter der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gewährt habe, sich nachträglich vorzustellen. Die Beschwerdeführerin habe die Abwesenheit ihres Projektleiters am vereinbarten 27. Mai 2019 und damit die Verzögerung zu verantworten. Notabene sei der Termin vom 27. Mai 2019 gemäss Ausschreibung bereits seit anfangs Februar 2019

bekannt gewesen. Die Behauptung, die anderen Anbieterinnen hätten drei bis vier Wochen mehr Zeit für die Vorbereitung der Offertpräsentationen zur Verfügung gehabt, sei unerheblich. Die Einladung an die Beschwerdeführerin für die Präsentation am 27. Mai 2019 sei nach telefonischer Vorabkoordination mit Schreiben vom 6. Mai 2019 (BV, Beilage 8) erfolgt. Damit hätten der Beschwerdeführerin nach der definitiven Terminkoordination für die Vorbereitung drei Wochen zur Verfügung gestanden, was ausreichend sei. Die Präsentation der Beschwerdegegnerin habe infolge Abwesenheit des Projektleiters der Vorinstanz erst am 19. Juni 2019 durchgeführt werden können. Schliesslich könne die wiederholt geäusserte Ansicht der Beschwerdeführerin, mit der angeblich nachträglichen Einführung eines neuen Subkriteriums «Offertpräsentation» sei gegen das Transparenzgebot verstossen worden, nicht geteilt werden: Aus der Traktandenliste «Telefonie und UCC» mit der inhaltlichen Fragestellung zur Offertpräsentation (Beschwerdevernehmlassungsbeilage 8) ergebe sich, dass die Offertpräsentation ein Subkriterium der anbieterspezifischen Kriterien darstelle. Die Bewertung der Offertpräsentation als Aspekt der «Anbieterspezifischen Kriterien» sei weder überraschend noch ungewöhnlich und lasse sich sehr wohl unter das in der Ausschreibung genannte Hauptkriterium subsumieren. Es könne jedenfalls nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe damit nachträglich ein Bewertungskriterium eingeführt, mit dem aufgrund der Angaben in der Ausschreibung nicht gerechnet werden müssen. Eine Verletzung des Transparenzgebots liege daher nicht vor oder wäre, selbst bei Vorliegen, nicht kausal für die Nichterteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin.¹⁷

E. 17

Duplik vom 15. November 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

13/34

Rechtsgrundlagen

Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Als solches gilt dasjenige, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 ÖBV). Die Zuschlagskriterien konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält in der Folge den Zuschlag. Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien. Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet.¹⁸

Die Vergabebehörde hat bei der Bewertung der Zuschlagskriterien insbesondere den Grundsatz der Transparenz zu beachten. Dieser ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 BGBM19 sowie Art. 11 Bst. b IVöB und ist vom Bundesgericht als allgemeines Prinzip des Submissionsrechts anerkannt worden. Damit soll einerseits unter den Anbietenden ein echter Wettbewerb gewährleistet und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel ermöglicht werden. Andererseits verfolgt der Grundsatz der Transparenz das Ziel, ein

fares Vergabeverfahren sicherzustellen und Manipulationen von Seiten der Vergabebehörde zu verhindern. Um dieser Zweckbestimmung Rechnung zu tragen und die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung klar und vollständig festgesetzt werden.²⁰ Nach den vom Bundesgericht zum submissionsrechtlichen Transparenzgebot entwickelten Grundsätzen ist die Vergabebehörde nicht nur verpflichtet, die entscheidenden Zuschlagskriterien zu nennen, sondern hat bei der Ausschreibung zudem die Massgeblichkeit der einzelnen Zuschlagskriterien nach ihrer Priorität, d.h. deren relativer Gewichtung, bekannt zu geben. Der Vergabebehörde ist es nach dieser Rechtsprechung nicht untersagt, gewissen Zuschlagskriterien grösseres Gewicht beizumessen als andern oder sogar gewisse Kriterien überhaupt nicht zu berücksichtigen; dies hat sie jedoch allen Submittenten zum Voraus bekanntzugeben.²¹

E. 18

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.1, mit Hinweisen

E. 19

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02)

E. 20

Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18. Dezember 2018 (VGE 100 2018 326), Erw. 3.1, sowie vom 3. April 2017 (VGE 100.2016.291), Erw. 2.1, jeweils mit Hinweisen

E. 21

BVR 2004 S. 348 ff., 351 f., mit Hinweisen

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

14/34

Generell gilt, dass nicht voraussehbare Aspekte eines Kriteriums im Voraus bekannt zu geben sind, wenn diese in der Bewertung eine Rolle spielen sollen.²² Jedoch verlangt das Transparenzprinzip grundsätzlich nicht die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht. Ein einfaches Evaluationsraster oder andere Hilfsmittel, welche dazu bestimmt sind, die verwendeten Kriterien und Subkriterien festzuhalten (beispielsweise eine Notenskala oder eine Kalkulationsmatrix), müssen den Anbietenden daher nicht notwendigerweise im Voraus bekanntgegeben werden. Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, so dass das Transparenzprinzip eine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen.²³

Im Kanton Bern sind gemäss Art. 30 Abs. 2 ÖBV die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Hat die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkrete Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt, auf welches sie abzustellen gedenkt, muss sie dies demnach den Bewerbern ebenfalls zum Voraus bekannt geben.²⁴ Nach der Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts kann dem mit dem Transparenzprinzip u.a. angestrebten Schutz der Bewerbenden vor Missbrauch und Manipulation der Bewertung durch die Vergabebehörde nur dann entsprochen werden, wenn den Anbietenden im Rahmen der Ausschreibung nebst den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die für die Vergabe als massgeblich erachteten Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung offen gelegt werden, soweit solche vorhanden sind. Die fehlende Bekanntgabe der Unterkriterien verstösst jedenfalls dann gegen das Transparenzgebot, wenn die Vergabebehörde diese Teilkriterien und ihre Gewichtung bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung festgelegt hat. Auch nach Bekanntgabe der Unterkriterien bleibt der Vergabebehörde bei der Beurteilung der Angebote immer noch ein erheblicher Ermessensspielraum, in welchen das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Rechtskontrolle nicht eingreift. Erweisen sich bekannt gegebene Unterkriterien oder ihre Gewichtung im Verlaufe des Vergabeverfahrens als nicht sachgerecht, so steht auch bei den dargelegten

E. 22

Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2013, Rz. 916

E. 23

BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.3, mit Hinweisen; BVR 2004 S. 348 ff., 351 f., mit Hinweisen;

E. 24

BVR 2004 S. 348 ff., 352

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

15/34 Anforderungen einer Anpassung nichts entgegen; Voraussetzung bildet allerdings, dass die Anbietenden in rechtsgleicher Weise auf die Änderungen aufmerksam gemacht werden und ihnen die Gelegenheit eingeräumt wird, ihr Angebot den neuen Bewertungskriterien anzupassen.²⁵

Die Festsetzung der massgeblichen Zuschlags- und Unterkriterien (samt Gewichtung und allfälligen Bewertungsregeln) ist für die Vergabebehörde verbindlich. Der Vergabebehörde ist es im Lichte der gebotenen Transparenz sodann verwehrt, derart bekannt zu gebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung – insbesondere nach Eingang der Angebote – noch wesentlich abzuändern und beispielsweise die festgelegten Prozentsätze nachträglich zu verschieben. Sie hat die Angebote vielmehr ausschliesslich nach den bekannt gegebenen Kriterien zu beurteilen. Wenn sie bekannt gegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig. Die Anbieterinnen dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabebehörde die ausgewählten Beurteilungskriterien nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht. Unklare Zuschlagskriterien sind nach dem

Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. so, wie sie der angesprochene Kreis von Fachleuten verstehen durfte und musste.²⁶

Nach der Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts setzt die Gutheissung einer Beschwerde wegen Verletzung des Grundsatzes der Transparenz in einer Submissionsstreitigkeit stets voraus, dass der Verfahrensmangel kausal für die Nichterteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin war.²⁷

Würdigung

Vorliegend hat die Vorinstanz in Ziffer 2.3 der Ausschreibung vom 4. Februar 2019²⁸ die folgenden drei Bewertungskriterien (Zuschlagskriterien) definiert: Hauptkriterien Gewichtung Technische und funktionale Kriterien 40 % Anbieterspezifische Kriterien 30 % Kosten 30 %

E. 25

BVR 2002 S. 453 ff., 457 und 459

E. 26

BVR 2004 S. 348 ff., 352, mit Hinweisen; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18. Dezember 2018 (VGE 100 2018 326), Erw. 3.3, mit Hinweisen BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B- 3302/2019 vom 24. September 2019 E. 8.3, mit Hinweisen

E. 27

BVR 2004 S. 348 ff., 355 f., mit Hinweisen; VGE vom 14. Januar 2016 (Nr. 100.2016.35), Erw. 3.1, mit Hinweisen

E. 28

Beschwerdebeilage Nr. 1 / Beschwerdevernehmlassungsbeilage Nr. 3, S. 7 Ziff. 2.3

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

16/34 Demgegenüber hält die Zuschlagsverfügung Folgendes fest: Zuschlagskriterien Anteil in % Technische und funktionale Kriterien 40 Anbieterspezifische Kriterien 20 Offertpräsentation 10 Kosten

E. 30

Beschwerdevernehmlassungsbeilage Nr. 7

E. 31

Ausschreibung vom 4. Februar 2019, Ziff. 2.1, Punkt 5

E. 32

Vgl. Beilage 6 zur Replik vom 31. Oktober 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

19/34 Da die Offertpräsentation kein eigenständiges Zuschlagskriterium ist und sich Art. 30 Abs. 3 ÖBV seinem Wortlaut nach nur auf Zuschlagskriterien bezieht, erübrigen sich weitere Ausführungen zur grundsätzlichen Eignung der Offertpräsentation als Zuschlagskriterium. Das Zuschlagskriterium B ist gemäss Ausschreibung mit 30 % zu gewichten. Dementsprechend beträgt die maximale Punktzahl für das Zuschlagskriterium B 3000 Punkte, während die Unterkriterien B1 bis B19 je mit maximal 10 Punkten³³

bewertet werden können (vgl. «Bewertung der Offerten vom 20. August 2019»³⁴). Die gleiche Gewichtung aller 19 Unterkriterien ergäbe somit den Faktor 15,8.35 Aus der Zuschlagsverfügung wie auch der «Bewertung der Offerten vom 20. August 2019»³⁶ geht demgegenüber hervor, dass die Unterkriterien B1-B15 mit 20 % bzw. mit maximal 2000 Punkten, die Unterkriterien B16-B19 mit 10 % bzw. mit maximal 1000 Punkten gewichtet werden. Dementsprechend werden die bei den Subkriterien B1 bis B16 verteilten Punkte mit dem Faktor 13,337, die bei den Subkriterien B16 bis B19 verteilten Punkte jedoch mit dem Faktor 2538 multipliziert. Nicht die grundsätzliche Berücksichtigung der auf die Anbieterpräsentation entfallenden Subkriterien B16 bis B19, sondern die unterschiedliche Gewichtung der auf die Anbieterpräsentation entfallenden Subkriterien B16 bis B19 (10 %) im Vergleich zu den übrigen Subkriterien B1 bis B15 (20 %) ist problematisch. Zwar liegt es grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz, der Bewertung der Anbieterpräsentation innerhalb des Zuschlagskriteriums «B Anbieterspezifische Kriterien» ein grösseres Gewicht zuzubilligen, jedoch hätte diese Gewichtung in der Ausschreibung oder zumindest vor Einreichung der Angebote den Anbieterinnen bekannt sein müssen. Entgegen der von der Vorinstanz vorgenommenen Gewichtung hätten richtigerweise alle 19 Unterkriterien des Zuschlagskriteriums «B Anbieterspezifischen Kriterien» (inkl. der auf die Offertpräsentation entfallenden Kriterien) gleich gewichtet werden müssen. Die für die Subkriterien B1 bis B19 erhaltenen Punkte müssen alle mit demselben Faktor 15,8 multipliziert werden. Bei dieser Berechnungsweise ergibt sich für das Zuschlagskriterium «B Anbieterspezifische Kriterien» folgendes Bild:

E. 33

Insgesamt beträgt die maximale Punktzahl für die Unterkriterien B1-B19 somit 190 Punkte.

E. 34

Beschwerdevernehmlassungsbeilage Nr. 7

E. 35

3000/190

E. 36

Beschwerdevernehmlassungsbeilage Nr. 7

E. 37

2000/150

E. 38

1000/4

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

20/34 Zuschlagskriterium B Anbieterspezifische Kriterien Gewichtung 30 %

Angebot Beschwerdeführerin

Angebot Beschwerdegegnerin

erhaltene Punkte max. 190 Multiplikationsfaktor Produkt max. 3000
erhaltene Punkte max. 190 Multiplikationsfaktor Produkt max. 3000
Subkriterien B1 bis B19 total 153 15,8 2416 173 15,8 2732
Insgesamt ergibt sich folgendes Bild: Zuschlagskriterium
(Gewichtung) Beschwerdeführerin Beschwerdegegnerin A Technische und funktionale

Kriterien (40 %) 3033 2933 B Anbieterspezifische Kriterien (30 %) 2416 2732 C Kosten (30 %) 3000 2862 Total 8449 8527 Das Angebot der Beschwerdegegnerin erreicht auch bei dieser Berechnungsvariante die höchste Gesamtpunktzahl.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Offertpräsentation zwar bei der Bewertung der «Anbieterspezifischen Kriterien» berücksichtigen durfte, jedoch die auf die Offertpräsentationen entfallenden Subkriterien B16-B19 nicht höher gewichten durfte als die übrigen Subkriterien B1-B15. Auch bei korrekter Berechnungsweise hätte die Beschwerdegegnerin und nicht die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten. Die Berücksichtigung des Subkriteriums «Offertpräsentation» ist demnach nicht kausal für die Zuschlagserteilung, weswegen die angefochtene Verfügung nicht aufgrund der Berücksichtigung der Offertpräsentation aufzuheben ist.

Die Beschwerdeführerin bringt überdies vor, die Vorinstanz habe die Offertpräsentation nicht korrekt protokolliert und lediglich die konsolidierte Bewertung eingereicht, weswegen nicht nachvollziehbar sei, wer anwesend gewesen sei bzw. welche Personen die Präsentationen bewertet hätten. Zudem sei aufgrund einer Nachbefragung drei Monate nach Offertpräsentation eine enorme Abwertung vorgenommen worden, weil der Projektleiter nicht deutscher Muttersprache sei. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin weniger Zeit für die Offertpräsentation gehabt als die anderen Anbieter. 2.3.3.1 Dazu ist Folgendes festzuhalten: Der Beschwerdeinstanz steht keine Überprüfung der Angemessenheit der Bewertung zu (Art. 14 Abs. 2 ÖBG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 IVöB). Eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens ist hingegen zu prüfen (Art. 14 Abs. 2 Bst. a ÖBG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. a IVöB). Das bernische Verwaltungsgericht führte zur Beurteilung und Bewertung folgenden aus: «Den Vergabestellen kommt bei der Beurteilung und Bewertung der Angebote

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

21/34 wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den anzuwendenden Bewertungsmethoden ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift, es sei denn, dieser werden überschritten oder missbraucht.»³⁹ Unter Ermessen versteht man einen Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt. Ermessen verschafft der Verwaltung die Möglichkeit, sich unter mehreren rechtlich zulässigen Handlungsalternativen für jene zu entscheiden, die optimal auf den Einzelfall passt.⁴⁰ Auch wo der Gesetzgeber Ermessen zugesteht, darf die Behörde damit nicht nach Belieben verfahren. Gegenteils ist Ermessen immer pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Willkürverbot, Gleichbehandlungsgebot und Verhältnismässigkeit sind selbstverständliche Begleiter der Ermessensbetätigung; darüber hinaus ist besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu richten. «Freies» Ermessen gibt es nicht.⁴¹ Wird das Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt, kann dies – je nach Schwere des Fehlers – blosser Unangemessenheit bedeuten oder aber Rechtswidrigkeit: Bleibt eine Behörde innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums, übt sie ihr Ermessen jedoch in einer Weise aus, die den Umständen des Einzelfalls nicht optimal entspricht und deshalb unzweckmässig ist, spricht man von Unangemessenheit. Verkennt eine Behörde Vorliegen oder Bedeutung eines Ermessensspielraums, liegt eine Rechtsverletzung vor (d.h. eine Verletzung der Norm, auf welche sich die rechtsanwendende Behörde stützt). Qualifizierte Ermessensfehler dieser Art können typischerweise als Ermessensüberschreitung,

Ermessensunterschreitung oder Ermessensmissbrauch zutage treten.⁴² 2.3.3.2 Vorliegend wurden die Offertpräsentationen wie folgt bewertet:⁴³ Kriterien Beschwerdegegnerin Beschwerdeführerin

Punkte Bemerkung Punkte Bemerkung Unternehmen 10 Sehr gut dargestellt 10 Sehr gut dargestellt Lösungsangebot / Beantwortung von Fragen 10 sehr gute Detailkenntnisse des Angebotes, Fragen gut beantwortet, auf IGEL Kompatibilitätskomittment hingewiesen, Erfahrungsbeispiele unterlegt 8 gute Detailkenntnisse des Angebots, Fragen gut beantwortet

E. 39

BVR 2006, S. 327 E. 4.e; Vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1

E. 40

Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 26 Rz. 3 ff.

E. 41

Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 Rz. 11

E. 42

Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 Rz. 13 ff.

E. 43

Bewertung der Offertpräsentationen (Stand: 16. August 2019),
Beschwerdevernehmlassungsbeilage 9

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

22/34 Projektorganisation 10 Projektorganisation sehr gut dargestellt und begründet, erfahrene Projektleiterin mit guter Kommunikationsfähigkeit 6 PL ist am Präsentationstermin vom 27.5.2019 nicht anwesend. Die Nachfrage am 16.08.2019 zeigt Unsicherheiten in der Kommunikation. Mangelhafte Deutschkenntnisse des PL sind im Hinblick auf die zu bewältigende, intensive Kommunikation mit den verschiedenen Projektgruppierungen ein erhebliches Risiko Supportorganisation 10 Supportorganisation sehr gut dargestellt und begründet 8 Gut dargestellt Total 40 32
Bewertungsmassstab: 10 sehr gut, übertrifft Erwartung 8 gut 6 genügend 4 ungenügend 2 schwach 1 unbrauchbar 2.3.3.3 Die Bewertung der Präsentationen ist nachvollziehbar begründet. Insbesondere hat die Vorinstanz sowohl in der oben dargestellten Evaluation als auch in der Duplik schlüssig dargetan, weshalb sie den Punkt «Projektorganisation» im Angebot der Beschwerdeführerin mit 6 Punkten bzw. mit «genügend» bewertet hat. Tatsächlich führt die fehlende deutsche Muttersprache des Projektleiters der Beschwerdeführerin zu einer gewissen Einschränkung der Kommunikationsfähigkeit, welche ein wichtiges Kriterium bei der Projektorganisation darstellt. Zudem hat der Projektleiter anlässlich der Nachfrage am 16. August 2019 selbst darauf hingewiesen, dass Missverständnisse entstehen, wenn Mundart gesprochen werde. Auch bei einem Vergleich der Offertpräsentationen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin erscheinen die Bewertungen schlüssig, wurden doch für sehr gute Leistungen durchwegs 10 Punkte, für gute Leistungen 8 Punkte vergeben. Insgesamt kann die Beschwerdeinstanz bei der Bewertung der Offertpräsentationen keinen Rechtsfehler bei der Ausübung des

Ermessens feststellen. Aus der Einladung zur Offertpräsentation vom 5. Mai 2019 geht hervor, wer seitens der Vorinstanz teilnehmen wird.⁴⁴ Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen an der Offertpräsentation vom 27. Mai 2019 teilgenommen hatte, hatte sie Kenntnis, wer alles anwesend war und was besprochen wurde. Die Erstellung eines Protokolls durch die Vorinstanz erweist sich unter diesen Umständen als entbehrlich. Die genaue Zusammensetzung des Evaluationsteams sodann ergibt sich aus dem Dokument «Evaluation IPT und UCC»⁴⁵.

E. 44

Vgl. Beilage 6 zur Replik vom 31. Oktober 2019

E. 45

Beschwerdevernehmlassungsbeilage 7

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

23/34 Gemäss Ausschreibung vom 4. Februar 2019, Ziff. 2.1 wurden die Präsentationen des Angebotes zwischen dem 27. und dem 29. Mai 2019 eingeplant. Die Offertpräsentation der Beschwerdeführerin fand am 27. Mai 2019, die Präsentation der Beschwerdegegnerin infolge Abwesenheit des Projektleiters der Vorinstanz am 19. Juni 2019 statt. Es trifft zwar zu, dass die Beschwerdegegnerin rund drei Wochen mehr Zeit hatte, um die Offertpräsentation vorzubereiten. Jedoch spielt dies angesichts der gesamten Zeitspanne von knapp vier Monaten, welche den Anbieterinnen für die Vorbereitung der Präsentation zur Verfügung stand, keine massgebende Rolle. Zudem hatte die Vorinstanz dem Projektleiter der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gewährt, sich nachträglich am 16. August 2019 vorzustellen. Genau diese Präsentation erzielte im Übrigen die geringste Punktzahl. Das Argument, die Beschwerdeführerin habe weniger Zeit für die Vorbereitung der Offertpräsentation gehabt, ist demnach unbegründet. 2.3.3.4 Zusammenfassend erweisen sich auch die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Bewertung der Offertpräsentation als unbegründet. 3. Rügen betreffend Preisbestimmung und Preisbewertungsregel

Argumentation der Parteien

Mit Replik vom 31. Oktober 2019 stellt die Beschwerdeführerin ergänzend den Antrag auf Offenlegung der Bewertung der technischen und funktionalen Kriterien pro Anbieter. Zur Begründung führt sie aus, die Preisbewertungsregel sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht definiert worden. Sie sei weder vorgängig publiziert noch anderweitig bekanntgegeben worden. Daher sei nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Preiskurve nachträglich festgelegt worden sei, weswegen sich die früheste Möglichkeit zur Prüfung erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren ergeben habe. Ziel der Preisbewertungsregeln sei, dass die festgelegte Preisgewichtung effektiv zum Tragen komme. Vorliegend sei dies nicht der Fall, da es bei der Bewertung des Angebotspreises nicht nachvollziehbare Abweichungen gebe. Die Bewertung des Angebotspreises und die damit verbundene Vergabe der Punktzahlen habe die Beschaffungsstelle nach einer vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vorgeschlagenen Formel ermittelt:
$$\frac{\text{Angebot} - \text{Niedrigstes Angebot}}{\text{Höchstes Angebot} - \text{Niedrigstes Angebot}} \times \text{Gewichtung} + \text{Gewichtung} \times \text{Angebot} - \text{Gewichtung} \times \text{Niedrigstes Angebot}$$
 Das tiefste Angebot erhalte somit die Höchstpunktzahl (=Gewichtung), während das Angebot mit einem Abstand «Preisspanne zum niedrigsten

Angebot» 0 Punkte erhalte. In der Bewertung bedeute das, je höher die Preisspanne angesetzt werde, desto niedriger wirke sich eine Preisdifferenz auf die Punktedifferenz vom beurteilten zum niedrigsten Angebot aus.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

24/34 Folgende Angebote seien eingereicht worden (die Angebotspreise seien sowohl im Eröffnungsprotokoll vom 13. Mai 2019 festgehalten als auch in der Zuschlagsverfügung vom 27. August 2019 an die anbietenden Unternehmen kommuniziert worden, der untenstehende Auszug sei aus der Zuschlagsverfügung): Die offerierten Gesamtkosten (TCO46 5 Jahre) betragen in CHF inkl. MwSt: Nr. Anbieter Gesamtkosten inkl. MwSt 1 A.____

Phase 1: CHF 2'992'240.00 Phase 2: CHF 1'063'891.00 Phase 3: CHF 0'387'950.00 2 X.____
Phase 1: CHF 1'757'628.00 Phase 2: CHF 0'427'513.00 Phase 3: CHF 0'180'242.00 3 Z.____
Phase 1: CHF 1'563'955.00 Phase 2: CHF 0'555'007.00 Phase 3: CHF 0'346'308.00 Daraus ergebe sich der folgende Gesamtpreis TCO für 5 Jahre inkl. MwSt.: Anbieter TCO über 5 Jahre inkl. MwSt Bemerkung X.____ CHF 2'365'383.00 tiefstes Angebot Z.____ CHF 2'465'270.00 beurteiltes Angebot A.____ CHF 4'444'081.00 beurteiltes Angebot, Die Preisspanne habe die Beschaffungsstelle für dieses Gewerk auf 180 % festgesetzt. Setze man die obenstehenden Beträge in die Formel ein, ergäben sich folgende Punktzahlen: Anbieter Punkte Bemerkung X.____ 3'000 tiefstes Angebot, höchste Punktzahl Z.____ 2'842 beurteiltes Angebot A.____ 0000 beurteiltes Angebot, höher als die festgelegte Preisspanne von 180 %, ergibt negativen Wert In der Anlage «Bewertung des Preises» verwende die Vorinstanz jedoch die untenstehenden, nicht mit den Offerten übereinstimmenden Preise. Die Vorinstanz lege nicht dar, welche Betrachtungen oder Berechnung zu diesen veränderten Preisen führe. Anbieter TCO über 5 Jahre inkl. MwSt Bemerkung X.____ CHF 2'503'616.00 Es ist nicht dargelegt, wie die ausschreibende Stelle auf diesen Angebotswert kommt

E. 46

Total Cost of Ownership / Gesamtkosten des Betriebs

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

25/34 Z.____ CHF 2'595'446.00 dito A.____ CHF 4'750'649.00 dito Setze man die obenstehenden Beträge in die Formel ein, ergäben sich folgende Punktzahlen, die auch in die Bewertung eingeflossen seien: Anbieter Punkte Bemerkung X.____ 3'000 Tiefstes Angebot Z.____ 2'862 Beurteiltes Angebot A.____ 0000 Beurteiltes Angebot, negativer Wert Durch die Verwendung dieser veränderten Werte vererbe die Vorinstanz 20 Punkte mehr an die Beschwerdegegnerin als bei Verwendung der in den Zuschlagsverfügungen kommunizierten Preise. Setze man jedoch die auf den Preisen der Zuschlagsverfügung beruhenden Punktezahlen ein und berücksichtige man die Korrektur durch den Wegfall der Wertung der Offertpräsentation, ergebe sich folgender Endpunktstand: Anbieter X.____ Z.____ Bemerkung Technische und funktionale Kriterien (40 %) 3033 2933 Wie in der Zuschlagsverfügung Anbieterspezifische Kriterien (30%) 2420 2862e Wie in der Vernehmlassung vorgeschlagen, auf 30 % hochgerechnete Werte ohne Wertung der Anbieterpräsentation. Kosten (30%) 3000 2842 Punkte für Kosten nach den Werten aus der Zuschlagsverfügung. Gesamtpunkte 8453 8435

Bei dieser Gewichtung wäre folglich der Zuschlag zugunsten der Beschwerdeführerin ausgefallen. Obwohl im Rahmen der Akteneinsicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Preisbewertungsregel offengelegt worden sei, sei nach wie vor nicht nachvollziehbar, wie es zu einer Abweichung bei den Gesamtkosten gekommen sei. Diese Abweichung führe zu einer Verzerrung der Preiskurve und entsprechend auch der Punkteverteilung. Damit sei das Transparenzgebot verletzt worden.⁴⁷

Mit Duplik vom 15. November 2019 führt die Vorinstanz ergänzend Folgendes aus: Soweit die Beschwerdeführerin erst in der Replik und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist verlange, dass die angefochtene Verfügung auch in Bezug auf Preisbewertung zu überprüfen sei, gehe sie über den Streitgegenstand hinaus. Auf die entsprechenden Vorbringen sei daher nicht einzutreten, jeden-

E. 47

Replik vom 31. Oktober 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

26/34 falls nicht auf diejenigen Rügen, welche die Beschwerdeführerin bereits in der Beschwerde hätte vorbringen können. Dazu gehöre namentlich der Einwand, die Preisbewertungsregel sei in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden. Diese Rüge sei verspätet. Sollte die Beschwerdeinstanz dennoch auf die Rüge eintreten, argumentiere die Vorinstanz wie folgt: In der Ausschreibung vom 4. Februar 2019, S.12, Pflichten des Anbieters, 5.2 werde unter anderem ausdrücklich festgehalten, dass mit der formellen Offerteingabe sämtliche formulierten Bedingungen der Ausschreibung akzeptiert würden. Die Beschwerdeführerin habe sich damit mit dem vorgesehenen Vorgehen und dem Umstand, dass die Preisbewertung in den Unterlagen nicht im Einzelnen dargestellt gewesen sei, einverstanden erklärt. Auch im Rahmen der «Rückfragen zur Ausschreibung» habe sie keine Fragen bezüglich der Preisbewertungsformel gestellt, obwohl ihr dies nach Treu und Glauben hätte zugemutet werden können. Ihr erst in der Replik erhobene Einwand, die Preisbewertungsregel sei nicht bekannt gewesen, sei verspätet, so dass auch aus diesem Grund nicht darauf einzutreten sei. Zur Bewertung des Preises habe die Vorinstanz eine lineare Skala angewendet, was allgemein und auch im Kanton Bern anerkannt sei. Die Beschwerdeführerin erhebe denn auch keine Einwände grundsätzlicher Art gegen diese Bewertungsmethode. Das Preisangebot der Beschwerdeführerin sei mit der maximalen Punktzahl bewertet worden, unbesehen davon, dass bei der Bewertung die Angebotspreise angepasst worden seien. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei die Anpassung der Angebotspreise im Hinblick auf den Preisvergleich weder missbräuchlich noch manipulativ: Die Anbieterinnen seien in der Ausschreibung aufgefordert worden, auch Angebote für weitere Leistungen (Optionen) abzugeben. In der Zuschlagsverfügung seien die offerierten Preise ohne Optionen genannt. Demgegenüber sei der Preisvergleich unter Berücksichtigung der Optionen durchgeführt worden, da beabsichtigt sei, die Optionen zu bestellen. Darin liege keine Verletzung des Transparenzgebots. Es liege auf der Hand, dass ein Anbieter, der eine Option offeriere, damit rechnen müsse, dass deren Preis mitbewertet werde, zumal die Ausschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen habe (BV, Beilage 3 Ziffer 3.2.2). Auch sei nicht ersichtlich, welches schutzwürdige Interesse die Beschwerdeführerin an der Feststellung haben sollte, dass die in der Zuschlagsverfügung unter Ziffer 9 genannten Beträge die Preise für die Optionen nicht enthalten würden. Dies möge zwar unter dem Gesichtspunkt

einer stringenten Verfügungsbegründung diskutabel sein, habe aber selbstredend nicht zur Folge, dass bei der Preisbewertung die Optionen ausser Acht gelassen werden müssten. Die Preisbewertung erweise sich daher als rechtmässig.⁴⁸

Mit Schlussbemerkungen vom 28. November 2019 beantragt die Beschwerdeführerin zusätzlich, die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Kosten sei dahingehend anzupassen, als dass die

E. 48

Duplik vom 15. November 2019

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

27/34 offerierten Preise (Gesamtpreis TCO gemäss Eröffnungsprotokoll und Zuschlagsverfügung) als Berechnungsgrundlage dienen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie bemängle nicht die Preisbewertungsregel, sondern die eingesetzten Preise (Preisberechnung bzw. Preisbestimmung), welche wesentlich von den offerierten Gesamtkosten abweichen würden. Es werde nicht transparent dargelegt und sei nicht nachvollziehbar, wie diese eingesetzten Zahlen zustande gekommen seien bzw. wie sich die abweichenden Preise zusammensetzen würden (beispielsweise, ob Optionen mit in die Berechnung einbezogen worden seien oder nicht). Auch im Rahmen der Duplik werde dies nicht transparent dargelegt. Die höheren Preise würden zu einer erhöhten Punktzahl bei der Beschwerdegegnerin führen – sprich einer verzerrten besseren Bewertung des Preiskriteriums, die dann bei der Schlussberechnung der Punkte derart ins Gewicht falle, dass die Beschwerdeführerin an die zweite Stelle rücke. Diese als Gesamtpreis in die Preisbewertungsformel eingeflossenen Zahlen hätten der Beschwerdeführerin während des Ausschreibungsverfahrens kaum bekannt sein können, sondern hätten erst vor der Einreichung der Replik der Überprüfung durch ein Rechtsmittel zugeführt werden können. Daher könne die Rüge nicht als verspätet betrachtet werden. Die Vorinstanz bringe vor, dass die Preise in der Zuschlagverfügung ohne Option genannt seien, jedoch der Preisvergleich unter Berücksichtigung der Optionen vorgenommen worden sei. Weder in der Ausschreibung noch in der Zuschlagverfügung seien Optionen erwähnt oder werde erklärt, wie sie bewertet würden. Diese Optionen hätten jedoch gemäss Art. 11 Bst. b ÖBV bereits in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt werden müssen. Die Angebotsunterlagen müssten festlegen, welcher Betrag als Offertpreis der Bewertung zugrunde gelegt werde. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Weiter habe die Beschaffungsstelle nicht transparent ausgewiesen, wie die Optionen einberechnet worden seien. Der für die Beschwerdeführerin definierte Preis entspreche keiner der eingereichten Kostensummenstellungen, auch nicht unter Berücksichtigung der Optionen. Der Einfluss auf die Gesamtbewertung der Anbieter sei jedoch gross. Nehme man die offerierten Gesamtkosten als Grundlage für die Preisbewertung, betrage die Differenz zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin CHF 99'887.00; betrachte man die Preise, welche die Beschaffungsstelle ihrer Preisberechnung zugrunde lege, betrage die Differenz noch CHF 91'830.00, was bei einer linearen Preisbewertung erheblich ins Gewicht falle. Nehme man die offerierten Gesamtkosten als Grundlage, erhalte die Beschwerdegegnerin erheblich weniger Punkte, was dazu führe, dass die Beschwerdeführerin an die erste Stelle rücken würde. Zusammengefasst seien die von der Beschaffungsstelle eingesetzten Preise nicht nachvollziehbar, weshalb das Transparenzgebot verletzt worden sei. Trotz der Offenlegung der Preisbewertungsregel im

Rahmen der Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren sei es nach wie vor nicht nachvollziehbar, wie es zu einer Abweichung der Gesamtkosten gekommen sei, welche zu einer Verzerrung der Preiskurve und entsprechend auch der Punkteverteilung geführt habe. Damit sei das Transparenzgebot verletzt

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

28/34 worden. Ohne Berücksichtigung des Zuschlagskriteriums «Offertpräsentation» und mit Einfügung der der ausgewiesenen Gesamtkosten in die Preisbewertungsformel würde die Beschwerdeführerin mit 8453 Punkten die höchste Punkteanzahl erreichen.⁴⁹

Streitgegenstand Umstritten und zu prüfen sind die Rechtzeitigkeit der Rüge und die Berechnung der Angebotspreise. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf die Berücksichtigung von Optionen zu legen. Nicht umstritten ist dagegen die Preisbewertungsregel. Ausführungen zur Zulässigkeit der Preisbewertungsregel erübrigen sich damit.

Rechtzeitigkeit der Rüge Die Beschwerdeführerin rügt die fehlende Übereinstimmung der in der Zuschlagsverfügung vom 28. August 2019 und der «Bewertung des Preises» vom 20. August 2019⁵⁰ genannten Angebotspreise. Dazu ist Folgendes zu sagen: Die Beschwerdeführerin hatte erst während dem vorliegenden Beschwerdeverfahren – mit Zwischenverfügung vom 9. Oktober 2019 – Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens und damit Einsicht in die «Bewertung des Preises» vom 20. August 2019. Somit konnten ihr sowohl die Preisbewertungsregel als auch die Diskrepanz zwischen den in der Zuschlagsverfügung und den in der Preisbewertung genannten Angebotspreisen erst während dem vorliegenden Beschwerdeverfahren bekannt sein. Die Beschwerdeführerin konnte demnach die Rüge betreffend Festlegung der Angebotspreise erst nach Einreichung der Beschwerde erheben. Aus diesem Grund ist auf ihre Rüge einzutreten.

Preisbestimmung

Die Angebotsunterlagen müssen festlegen, welcher Betrag als Offertpreis der Bewertung zugrunde gelegt wird. Der Preis einer Leistung kann sich aus verschiedenen einmaligen und wiederkehrenden Komponenten (z. B. Lizenz- und Wartungsgebühren) zusammensetzen. Um das insgesamt wirtschaftlichste Angebot wählen zu können, sollte (soweit dies möglich ist) als bewertungsrelevanter Offertpreis die «total cost of ownership» (TCO), also die Summe aller Kosten während der vermuteten Einsatzdauer der Leistung, herangezogen werden – z. B. die Kosten für die Installation und den fünfjährigen Betrieb einer ICT-Lösung. Auch die Kosten für Optionen, wenn ihre Auslösung nicht sehr unwahrscheinlich ist, sowie die Migrations-, Schulungs- und anderen Folgekosten sollten

E. 49

Schlussbemerkungen vom 28. November 2019

E. 50

Beschwerdevernehmlassungsbeilage 7

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

29/34 nach Möglichkeit in die TCO einfließen. Damit die offerierten Preise überhaupt vergleichbar sind, müssen alle Offerten möglichst dasselbe Preismodell anwenden. Dieses ist durch die Angebotsunterlagen (im Vertrag und am besten auch in Form eines auszufüllenden Excel-Preisformulars) vorzulegen.⁵¹

Zum Thema Optionen bei der Preiswertberechnung gibt es in der Schweiz bisher wenig Rechtsprechung und Literatur. Es kann folgendes festgehalten werden: Ein Optionsrecht ist ein Gestaltungsrecht: Der «Berechtigte hat die Macht, ein bestimmtes Vertragsverhältnis durch einseitige Willenserklärung in Geltung zu setzen oder zu verlängern». Art. 7 BöB⁵² regelt die Berechnung des Auftragswertes. Das ist der Wert, der u.a. massgebend ist für die Beurteilung der Frage, ob die Schwellenwerte des WTO-Abkommens (GPA⁵³) erreicht oder überschritten werden (vgl. Art. II GPA). Zur Frage der Auftragsbewertung sieht Art. II Ziff. 6 GPA vor: «In Fällen, in denen eine geplante Beschaffung den Bedarf von Optionsklauseln ausdrücklich vorsieht, gilt als Grundlage für die Bewertung (des Auftrages) der Gesamtwert der maximal erlaubten Beschaffung, einschliesslich der Optionskäufe.» Art. 7 Abs. 4 BöB, der diese Vorschrift mindestens teilweise aufnimmt und vom Auftragswert handelt, lautet: «Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend.» Daraus folgt: Bei der Berechnung des Wertes eines Auftrages sind die Werte der für einen noch auszuschreibenden Vertrag geplanten Optionsrechte mit zu berücksichtigen. Mit andern Worten: Entscheidend ist nicht nur das, was sicher vergeben werden soll, sondern auch das, was lediglich möglicherweise – gestützt auf das Optionsrecht – vergeben wird.⁵⁴ Gemäss Anhang 4 Ziff. 1 der VöB⁵⁵ muss die Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder im selektiven Verfahren u.a. Gegenstand und Umfang des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Mengen sowie – wenn möglich – Schätzung des Zeitpunktes, in dem solche Optionen ausgeübt werden, enthalten. Im Kanton Bern sieht Art. 11 Abs. 1 Bst. g ÖBV vor, dass die Ausschreibungsunterlagen Optionen für zusätzliche Leistungen enthalten müssen. Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich könnte eine grundsätzliche Bewertungspflicht für optionale Beschaffungsteile zwar bejaht werden, wenn die Vergabebehörde Optionen aus welchen Gründen auch immer, trotz der Absicht der Einlösung von der Bewertung ausnimmt. Indessen sei auch

51 Vgl. Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern, Leitfaden für die Beschaffungsstellen vom 5. August 2015, S. 25, Ziff. 5.3.6.1 52 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) 53 Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996 (GAP; SR 0.632.231.422) 54 Peter Rechsteiner, Option und Auftragswert (Option et valeur du marché), BR 1999 S. 49 ff., 49 55 Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

30/34 hier wiederum zu beachten, dass der Vergabebehörde bei der Auswahl der für die Bewertung massgeblichen Umstände ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt.⁵⁶ Je unbestimmter die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Option darstellt bzw. je mehr sie ihre Auslösung offenlässt, umso weniger ist ein Optionspreis in die Bewertung miteinzubeziehen.⁵⁷

Würdigung Nach dem Gesagten sind Optionen daher in die Preiswertberechnung aufzunehmen, wenn die Ausschreibungsunterlagen Optionen enthalten und wenn «nicht unwahrscheinlich ist», dass diese auch ausgelöst werden. Vorliegend ist den Ausschreibungsunterlagen Folgendes zu entnehmen: Aus dem Dokument «Kostenzusammenstellung»⁵⁸ geht hervor, dass Optionen vorgesehen sind. Im Leistungsverzeichnis wird zudem Folgendes festgehalten: «Die Dienstleistungen in Kap. 4 sind zusätzliche Leistungen. Die Dienstleistungen sind zu Fixpreisen zu offerieren. Der

Umfang einer Dienstleistung ist klar festzulegen.»⁵⁹ Bei der Konzeption stellt die «Koppelung von Fachapplikationen» explizit eine Option dar.⁶⁰ Bei der Standardisierung der Arbeitsplätze wird zudem auf die Optionen «USB-Lautsprecher als Freisprech-einrichtung» sowie «Kamera für Videokommunikation hingewiesen».⁶¹ Da die Vorinstanz die Optionen kaufen möchte, erscheint die Berücksichtigung der Optionen bei der Preisbemessung grundsätzlich richtig. Jedoch ist der Beschwerdeführerin insoweit beizupflichten, als dass aus den Ausschreibungsunterlagen nicht klar hervorgeht, welche Optionen auf welche Weise bewertet werden. Auch aus der «Bewertung des Preises vom 20. August 2019»⁶² geht nicht klar hervor, welche Optio- nen auf welche Art berücksichtigt wurden:

56 Vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts Nr. VB.2016.00300 vom 10. Februar 2017, E. 12 57 Vgl. Claudia Schneider Heusi in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler, Aktuelles Vergabe- recht 2018, Schulthess Verlag Zürich 2018, S. 336, N. 28 58 Anh. 2: Kostenzusammenstellung (Vorlage), Ordner «Ausschreibung Telefonie + UCC, Ausschreibungsunterlagen, Stufe 2», Register 3 59 Leistungsverzeichnis vom 4. Februar 2019, S. 50, Ordner «Ausschreibung Telefonie + UCC, Ausschreibungsunterla- gen, Stufe 2», Register 5 60 Anh. 4: Konzeption, S. 41, Ordner «Ausschreibung Telefonie + UCC, Ausschreibungsunterlagen, Stufe 2», Register 5 61 Anh. 5: Standardisierung Arbeitsplätze, S. 4, Ordner «Ausschreibung Telefonie + UCC, Ausschreibungsunterlagen, Stufe 2», Register 6 62 Beschwerdevernehmlassungsbeilage Nr. 7

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

31/34 Anbieter TCO über 5 Jahre inkl. MwSt X.____ CHF 2'503'616 Z.____ CHF 2'595'446 A.____ CHF 4'750'649 Auch erscheint störend, dass demgegenüber in der Zuschlagsverfügung folgende Angebotspreise be- rücksichtigt wurden: Anbieter TCO über 5 Jahre inkl. MwSt X.____ CHF 2'365'383 Z.____ CHF 2'465'270 A.____ CHF 4'444'081 Jedoch ist Folgendes festzuhalten: Selbst nach der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Berechnungsweise (Berücksichtigung der in der Zuschlagsverfügung genannten Angebotspreise) würde die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium «Kosten» lediglich 20 Punkte mehr erhalten. Diese Punktedifferenz reicht jedoch nicht aus, um bei der von der Beschwerdeinstanz als richtig er- kannten Bewertungsweise des Zuschlagskriteriums «Anbieterspezifische Kriterien» (gleiche Gewich- tung aller auf die anbieterspezifischen Kriterien entfallenden Subkriterien B1 bis B19) die höchste Ge- samtpunktzahl und damit den Zuschlag zu erhalten. Auch bei Verwendung der in der Zuschlagsverfü- gung aufgeführten Angebotspreise, aber mit der gleichen Gewichtung aller auf die anbieterspezifi- schen Kriterien entfallenden Subkriterien B1 bis B19 hätte die Beschwerdegegnerin somit den Zu- schlag erhalten. Das Angebot der Beschwerdegegnerin bleibt das wirtschaftlich Günstigste gemäss Art. 30 Abs. 1 ÖBV. Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Die angefochtene Verfügung ist daher nicht aufzuheben. Jedoch ist die Diskrepanz zwischen den in der Zuschlagsverfügung und in der «Bewertung des Preises» verwendeten Angebotspreisen bei der Kostenverlegung zu beachten. 4. Aufschiebende Wirkung und Verbot des Vertragsschlusses Die Beschwerdeführerin beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, d.h. der Beschaffungsstelle sei zu verbieten, das Vergabeverfahren durch- bzw. weiterzuführen bis über die vorliegende Beschwerde rechtskräftig entschieden ist. Eventualiter sei der Beschaf- fungsstelle vorsorglich zu untersagen, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren

könnten, vorzunehmen, namentlich den Zuschlag zu erteilen und/oder den Vertrag abzuschliessen.⁶³ Sowohl die aufschiebende Wirkung als auch vorsorgliche Massnahme regeln als Formen des einstweiligen Rechtsschutzes nur den vorläufigen Zustand während der Rechtshängigkeit eines

63 Beschwerde vom 9. September 2019, Rechtsbegehren Ziff. 4 und 5

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

32/34 Verfahrens. Sie können daher nur für die Dauer des Beschwerdeverfahrens angeordnet werden.⁶⁴ Da vorliegend ein das Beschwerdeverfahren abschliessender Entscheid in der Sache ergeht, sind das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme und die Frage der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden und als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG). 5. Kosten

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 GebV⁶⁵). 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. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG) Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin zwar. Jedoch ist vorliegend sowohl die Bewertung der «Anbieterspezifischen Kriterien» als auch die Nachvollziehbarkeit der Preisbemessung zu bemängeln, ohne dass sich dadurch etwas an der Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin und der Abweisung der Beschwerde ändern würde. Aus diesem Grund sind die Verfahrenskosten, vorliegend pauschal festgesetzt auf CHF 1'200.00 (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GebV), der Beschwerdeführerin nur zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung 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 Parteiver-tretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz (keine Parteientschädigung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in

64 Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 27 Nrn 1 f., Art. 68 N. 3 65 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

33/34 jedem Fall ins Feld geführt werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliehenen Privaten aus unlauteren Gründen anfecht (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).⁶⁶ Beim vorliegenden Ausgang gelten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin als obsiegend. Die Vorinstanz hat als Private in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser Regel abzuweichen. Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht am Verfahren beteiligt und ist nicht anwaltschaftlich vertreten. Es sind daher keine Parteikosten zu sprechen.

⁶⁶ Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Änderung) vom 12. Dezember 2007, S. 18; vgl. auch Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 240

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1386

34/34 III. Entscheid

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