

BE_WEITERE 2019.GEF.26946 vom 3. Februar 2020

Be Weitere, 2020-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_2019.GEF.26946

FR: BE_WEITERE 2019.GEF.26946 du 3 février 2020

IT: BE_WEITERE 2019.GEF.26946 del 3 febbraio 2020

Regeste

Beschaffungsverfahren: Beschwerde gegen Zuschlag

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen

E. 1.1

Allgemeines Das ÖBG9 und die ÖBV10 enthalten verschiedene Vorschriften zur Rechtspflege und zum Beschwerdeverfahren in Submissionsverfahren. Diese spezialgesetzliche Ordnung ist diesbezüglich abschliessend und erschöpfend und geht der allgemeinen Regelung des VRPG11 vor. Lässt das ÖBG dagegen Fragen des Beschwerdeverfahrens offen, greifen ergänzend die Bestimmungen des VRPG.12

E. 1.2

Anfechtungsobjekt und Zuständigkeit Angefochten ist die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 10. Dezember 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). Diese Schwellenwerte sind vorliegend unbestritten ermassen erreicht (vgl. Anhang 2 der IVÖB). Die GSI ist damit als die in der Sache zuständige Direktion zur Beurteilung der Beschwerde vom 20. Dezember 2019 zuständig (Art. 62 Abs. 1 Bst. d VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG).

E. 1.3

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

E. 1.4

Vollmacht Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.13

9 Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) 10 Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) 11 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 12 Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, N. 167 13 Vollmacht vom 17. September 2019, Beschwerdebeilage 3

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

E. 1.5

Form und Frist Die Beschwerde wurde gemäss Art. 67 VRPG form- und fristgerecht eingereicht.

E. 1.6

Beschwerdelegitimation

E. 1.6.1

Weder das Vergaberecht des Bundes noch die IVöB14 regeln, wer zur Anfechtung eines Vergabeentscheids befugt ist. Die Frage beurteilt sich daher nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes bzw. nach dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht.¹⁵ Auf das vorliegende Beschaffungsverfahren ist das kantonale Verfahrensrecht bzw. das VRPG anwendbar. Gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ist zur Beschwerde befugt, wer a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, b) durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und c) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat. Es ist nicht Sache der Verwaltungs(justiz)behörden, über theoretisch mögliche Vorkommnisse oder abstrakte Rechtsfragen zu befinden. Auch gehört es nicht zu den «Jedermannsrechten», in allen beliebigen Verfahren Beschwerde einreichen zu können. Das Einlegen eines Rechtsmittels ist dementsprechend nur zulässig, wenn ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse vorliegt. Dieses ist – als Prozessvoraussetzung – unter dem Titel «Beschwerdelegitimation» (Beschwerdebefugnis) von Amtes wegen zu prüfen.¹⁶ Das schutzwürdige Interesse weist drei unterschiedliche, innerlich jedoch untrennbar miteinander verbundene Aspekte auf: - formelle Beschwerde - materielle Beschwerde - aktuelles und praktisches Interesse. Die formelle Beschwerde wird bejaht, wenn die beschwerdeführende Person am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, ihren Anträgen aber nicht oder nicht vollumfänglich stattgegeben wurde.¹⁷ Diesem Gedanken folgend ergibt sich für das Vergaberecht, dass bei Verfügungen, wel-

14 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2) 15 Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 641 f. Rz. 1296; BVR 2000 S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Jäger, a.a.O., S. 863 16 Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 161 17 Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 65 N. 5; Müller, a.a.O., S. 163 ff.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

6/16 che ihrer Natur gemäss keine Möglichkeit zur Teilnahme am Verfahren einräumen, auf das Erfordernis der formellen Beschwerde verzichtet wird. Dies gilt nach der Rechtsprechung sowohl für die öffentliche Ausschreibung als auch für die freihändige Vergabe.¹⁸ Die klassische Art, sich oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte am Vergabeverfahren zu beteiligen, ist das Einreichen einer Offerte im offenen oder im selektiven Verfahren. Die nicht berücksichtigten Anbieter sind wie die Zuschlagsempfängerin Verfügungsadressaten. Damit stellt sich die Frage, ob auch der Umkehrschluss zwingend ist, wonach nicht legitimiert ist, wer keine Offerte eingereicht

hat.¹⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Submissionsrecht zur Beschwerde gegen den Zuschlag legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen hat und damit ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt worden ist; umstritten ist, ob die Beschwerdelegitimation des unterlegenen Anbieters davon abhängt, ob er eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können. Legitimiert kann deshalb nur sein, wer das ausgeschriebene Produkt angeboten hat; wer ein anderes Produkt offerieren will, ist hingegen zur Beschwerde nicht legitimiert, weil er von vornherein nicht erreichen kann, was er anstrebt. Ebenso wenig ist legitimiert, wer zwar in der Lage gewesen wäre, eine Offerte einzureichen, dies aber nicht getan hat.²⁰ Das Bundesverwaltungsgericht geht (wie zuvor die Rekurskommission) davon aus, dass in diesem Fall zusätzlich zu prüfen ist, inwieweit es der Anbieterin allenfalls ausnahmsweise nicht zumutbar war, ein Angebot einzureichen. Diese Argumentation hilft dem Beschwerdeführer jedoch dann nicht, wenn sein Verhalten als Verzicht auf die Teilnahme am Verfahren beurteilt wird.²¹ Mit Urteil vom 19. Mai 2011 hielt das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich Folgendes fest: Im Beschaffungsrecht ergeben sich bei der Anfechtung von Verfügungen betreffend den Zuschlag im offenen Verfahren keine Besonderheiten: Beschwerdeberechtigt ist in dieser Konstellation grundsätzlich nur, wer sich durch Einreichung eines Angebots am Beschaffungsverfahren beteiligt hat. Ähnlich wie eine Wahlverfügung wird der Zuschlag insoweit als Verwaltungsakt mit kehrseitiger Wirkung (gegenüber den unterlegenen Anbietern) beschrieben, durch welchen formell beschwert wird, wessen Angebot keine Berücksichtigung fand. Demgegenüber zeichnet sich das freihändige Verfahren dadurch aus, dass es nur mit dem Zuschlagsempfänger durchgeführt wird. Am Auftrag interessierte Dritte erhalten in der Regel erst durch die Publikation des Zuschlages Kenntnis von der Vergabe. Da für diese Dritte demnach gar keine Möglichkeit der Teilnahme am

18 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 642 Rz. 1297, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 19 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 643 f. Rz. 1301, mit Hinweisen u.a. auf BGE 137 II 313, E. 3.3.1 20 BGE 137 II 313 E. 3.3.1 S. 320 f., mit Hinweisen 21 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 643 f. Rz. 1301, mit Hinweisen

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

7/16 Verfahren bestand, kann der Rechtsschutz gegen die Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren nicht an die Verfahrensbeteiligung anknüpfen. Auch für die Anfechtung einer Ausschreibung wird keine formelle Beschwerde vorausgesetzt, weil in der Ausschreibung erst der Aufruf an die Anbieter zu sehen ist, sich als Verfahrensbeteiligte zu konstituieren.²² Selbst wenn ausnahmsweise bei der Anfechtung eines Zuschlages im offenen Verfahren auf die tatsächliche Teilnahme am Vergabeverfahren verzichtet werden kann, so muss die Beschwerdeführerin, welche keine Offerte eingereicht hat, jedenfalls ein Interesse an der Ausführung des konkreten Auftrags glaubhaft machen. Ein Anbieter, der sich ausserstande sieht zu offerieren, hat namentlich klar zu kommunizieren, dass er so behandelt werden möchte, wie wenn er offeriert hätte. Denn ist das Verhalten eines potentiellen Anbieters als Verzicht auf die Teilnahme am Verfahren zu interpretieren, verliert er damit die Legitimation auch dann, wenn diese nicht schon aufgrund der fehlenden Offerte zu verneinen ist.²³

E. 1.6.2

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich ihre Beschwerdelegitimation daraus, dass sie Anbieterin von Klinikinformations- und Steuerungssystemen sei und das zurzeit bei der Vorinstanz genutzte Klinikinformationssystem (i-pdos) von ihr vertrieben und lizenziert worden sei. Sie hätte als Anbieterin grundsätzlich gute Chancen auf den Zuschlag, sofern das Verfahren rechtskonform durchgeführt worden wäre. Daher sei sie durch dieses Ausschreibungsverfahren und den nun erfolgten Zuschlag besonders berührt und in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen (vgl. Art. 12 VRPG).²⁴ Bezüglich der formellen, aber verzichtbaren Beschwerde bei der Beschwerdelegitimation könne angemerkt werden, dass sie am Verfahren teilgenommen habe: Sie habe nachweisbar die Ausschreibungsunterlagen analysiert, auf die potentiell rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen im Rahmen der Fragerunde hingewiesen und schliesslich aufgrund der Antworten der Vergabestelle auf eine sinnlose Offerteinreichung verzichtet und umgehend die Ausschreibung angefochten. Dies sei so klar und aktenkundig, dass das hier nicht explizit hätte wiederholt werden müssen, sondern sich durch das Studium eben dieser Verfahrensakten sehr leicht erschliessen lasse. Dass eine Offerteinreichung sinnlos gewesen wäre, zeige sich am Beispiel der W.____, welche als einzige Anbieterin neben Z.____ doch noch ein Angebot eingereicht habe und – wie vorausgesagt – aufgrund der auf Z.____ zugeschnittenen Eignungs- und Muss- Kriterien ausgeschlossen worden sei. Zusätzlich ergebe sich die Beschwerdelegitimation aus der Rechtsverweigerung der Beschwerdeinstanz im ersten Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung. Die Beschwerdeführerin müsse die Möglichkeit haben, sich gegen den widerrechtlichen Zuschlag der Vorinstanz, welcher erst durch die Rechtsverweigerung der Beschwerdeinstanz möglich geworden sei, rechtlich zur Wehr zu setzen. Damit habe die Beschwerdeinstanz

22 Urteil (Bundesverwaltungsgericht) B-2197/2011 vom 19. Mai 2011, E. 4.1, mit Hinweisen 23 Urteil (Bundesverwaltungsgericht) B-2197/2011 vom 19. Mai 2011, E. 4.5, mit Hinweisen 24 Beschwerde vom 20. Dezember 2019, S. 3, Rz. 3 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020, S. 2 f.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

8/16 selbst eine Beschwerde geschaffen, welche die Beschwerdelegitimation zwingend begründe. Dazu gebe es wohl weder eine Fundstelle in einem Verfahrensgesetz noch habe je ein Gericht in der Schweiz ein derartiges Verhalten beurteilen müssen. Diverse juristische Grundsätze würden durch das Vorgehen der Beschwerdeinstanz missachtet: Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der Rechtsverweigerung, das Willkürverbot. Damit seien nur die Wichtigsten genannt.²⁵

E. 1.6.3

Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, Anbieter, welche kein Angebot eingereicht hätten, seien grundsätzlich nicht zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert, da diese Anbieter nicht an dem der anzufechtenden Verfügung vorausgehenden Verfahren teilgenommen hätten. Auch die in Art. 65 Abs. 1 Bst. a VRPG genannte weitere Alternative, wonach zur Beschwerde legitimiert sei, wer keine Möglichkeit zur Teilnahme am Verfahren gehabt habe, sei vorliegend nicht anwendbar. Diese Regelung sei für solche Fälle gedacht, in denen einer Partei in einem Verfahren, an welchem sie sich habe beteiligen wollen, explizit

die Parteirechte verweigert worden seien. Nur bei der Anfechtung der Ausschreibung und der Anfechtung des Zuschlags im Fall der freihändigen Vergabe könne vom Erfordernis der formellen Beschwer als Voraussetzung für die Beschwerde- legitimation abgesehen werden. Der Grund für diese Ausnahmen liege darin, dass dem Anfechtungsobjekt (Ausschreibung bzw. freihändiger Zuschlag) kein Verfahren vorausgegangen sei, an welchem sich Anbieter hätten beteiligen können. Für die Anfechtung des Zuschlags in einem offenen Verfahren, wie es vorliegend die Vorinstanz durchgeführt habe, gebe es dagegen keine Ausnahme vom Erfordernis der formellen Beschwer, weshalb davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin mangels Einreichung eines Angebots weder legitimiert noch durch den Zuschlagsentscheid formell beschwert sei. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie früher der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen werde ausnahmsweise einem Anbieter die Einreichung eines Angebots nicht zugemutet, wenn ein Anbieter, der sich im offenen Verfahren ausserstande sehe, ein Angebot einzureichen, gegenüber der Vergabestelle klar kommuniziert habe, dass er so behandelt werden möchte, wie wenn er offeriert hätte. Solche Ausnahmefälle seien jedoch nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. In keinem Fall in Frage komme hingegen die Beschwerde gegen einen Zuschlag durch einen Anbieter, der darauf verzichtet habe, ein Angebot einzureichen bzw. am Vergabeverfahren teilzunehmen. Das Gesagte werde bestätigt durch ein einzelrichterliches Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juli 2018²⁶, worin die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Anfechtung eines im offenen Verfahren erteilten Zuschlags mit der Begründung abgelehnt werde, dass nur Anbieter, die

25 Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020, S. 2-4 26 Urteil (Einzelrichter) B-3972/2018 S. 3 f.

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

9/16 ein Angebot eingereicht hätten, beschwerdelegitimiert seien. Das Bundesgericht sei im Übrigen auf eine Beschwerde gegen dieses Urteil mit Entscheid vom 7. Januar 2019 nicht eingetreten. Die gemäss dieser Rechtsprechung notwendigen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin seien vorliegend nicht erfüllt. In dem als Beilage 5 zur Beschwerde eingereichten Schreiben an die Vorinstanz vom 20. September 2019 habe die Beschwerdeführerin klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie durch die Vorinstanz nicht so behandelt werden wolle, als ob sie ein Angebot eingereicht hätte. Die Beschwerdeführerin habe mithin auf die Einreichung eines Angebots und die Beteiligung am Vergabeverfahren verzichtet. Dies werde bestätigt durch die Ausführungen in Kap. II.A. Rz. 4 der vorliegenden Beschwerde. Sodann habe es die Beschwerdeführerin versäumt, in dem von ihr mit Beschwerde vom 23. September 2019 angestossenen Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung geeignete vorsorgliche Massnahmen zu beantragen, welche den Fortgang des Beschaffungsverfahrens und die Erteilung des Zuschlags bis zum Entscheid über die Beschwerde gegen die Ausschreibung aufgeschoben hätten. Diese Versäumnisse könnten nicht als Ausnahmegründe für das Vorliegen der Beschwerdelegitimation herangezogen werden. Es wäre geradezu stossend, wenn die Beschwerdeführerin befugt wäre, den Zuschlag anzufechten, um so ihre Versäumnisse im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung zu korrigieren. Zusammenfassend fehle der Beschwerdeführerin die Legitimation zur Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 11. Dezember 2019. Es fehle sowohl an der formellen Beschwerde der Beschwerdeführerin, da

sie sich am Verfahren mangels Einreichung eines Angebots nicht beteiligt habe, als auch an den Voraussetzungen für die in der Rechtsprechung formulierte ausnahmsweise Zulässigkeit einer Beschwerde ohne Einreichung eines Angebots. Auf die Beschwerde sei somit nicht einzutreten.²⁷

E. 1.6.4

Mit unaufgeforderter Replik zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 24. Januar 2020 begründet die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdelegitimation wie folgt: Sie habe als Anbieterin von Klinikinformations- und Steuerungssystemen am Ausschreibungsverfahren teilgenommen, indem sie die Ausschreibungsunterlagen beschafft und im Detail analysiert habe, indem sie an beiden Fragerunden aktiv teilgenommen und durch ihre Fragen der Vergabestelle ermöglicht habe, die diskriminierenden Ausschreibungsbedingungen diskriminierungsfrei auszulegen oder zu präzisieren und indem sie die vergaberechtsrechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen umgehend an die Fragerunde angefochten habe. Bei vergaberechtskonformer Durch-

²⁷ Stellungnahme vom 10. Januar 2020

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

10/16 führung des Ausschreibungsverfahrens hätte die Beschwerdeführerin ein Angebot mit sehr grosser Chance auf den Zuschlag einreichen können. Daher sei sie durch das vergaberechtswidrige Verfahren und den vergaberechtswidrigen Zuschlag besonders berührt. Sie habe ein durch die Wirtschaftsfreiheit geschütztes und einem Hauptzweck des Vergaberechts (der Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern) entsprechendes, rechtlich geschütztes Interesse an der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Daher habe sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des vergaberechtswidrigen Zuschlags als Voraussetzung für die erneute Durchführung eines vergaberechtskonformen Ausschreibungsverfahrens. Zusätzlich ergebe sich ihre Beschwerdelegitimation durch die Rechtsverweigerung und der damit einhergehenden, durch die Beschwerdeinstanz verursachten Beschwer im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung. Bei der Beurteilung der Legitimation in den von der Vorinstanz zitierten Entscheiden sei es im Wesentlichen um die Entwicklung von Kriterien zur Verhinderung einer Popularbeschwerde gegangen. Die Rechtsprechung sei daher am Beispiel von Freihandvergaben entwickelt worden, liefere aber auch vorliegend die entscheidenden Hinweise. So sei die Einreichung einer Offerte nur eine von mehreren Möglichkeiten, um die Teilnahme am Verfahren nachzuweisen. Die Beschwerdeführerin habe eine dieser anderen Möglichkeiten wahrgenommen. Die fehlende Akzeptierung dieses Nachweises von einer Beschwerdeinstanz hätte zur Folge, dass eine Anbieterin in jedem Fall ein quasi pro forma Angebot einreichen müsste, um die Voraussetzung für die Beschwerdelegitimation zu erfüllen, dies auch in vergaberechtswidrigen Verfahren ohne Aussicht auf einen Zuschlag (wie vorliegend). Dies wäre ein Paradebeispiel für verbotenen, überspitzten Formalismus der Beschwerdeinstanz. Zudem wäre dadurch auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt. Die in der Rechtsprechung zur Freihandvergabe entwickelten Grundsätze und Kriterien würden die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin auch ohne Teilnahme am Verfahren begründen. So werde in der Rechtsprechung und in der Literatur die materielle Beschwerde und damit die Legitimation bei Beschwerden gegen Freihandvergaben davon abhängig gemacht, dass es sich bei den Beschwerdeführenden um «potentielle Anbieter» der nachgefragten Leistung handle. Die

Beschwerdeführenden müssten darlegen, dass sie die technische, wirtschaftliche und finanzielle Fähigkeit gehabt hätten, die fragliche Vergabe auszuführen. Diesen Nachweis habe die Beschwerdeführerin erbracht. Zudem interessiere vorliegend die zur sogenannten Konkurrentenbeschwerde entwickelte Praxis und Lehre. Danach sei für die Beurteilung der Legitimation massgebend, ob die Beschwerdeführenden hinsichtlich der konkret nachgefragten Leistung auf dem Markt als Konkurrenten der Zuschlagsempfängerin anzusehen seien, das heisst, ob sie als Anbieterinnen der von der Vergabe-

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

11/16 stelle nachgefragten Leistung auf dem Markt auftreten und geltend machen würden, diese Leistung für die Vergabestelle erbringen zu wollen. Auch diese Voraussetzung sei bei der Beschwerdeführerin zweifellos gegeben. Ebenso wie die Legitimation eines Beschwerdeführers bei der Anfechtung einer Ausschreibung wegen diskriminierender technischer Spezifikationen zu bejahen sei, soweit er darzulegen vermöge, dass er mit seinem (die vorgegebenen technischen Spezifikationen gerade nicht erfüllenden) Produkt funktional dieselbe Leistung erbringen könne, müsse für die Beschwerdelegitimation gegen eine Freihandvergabe ausreichen, wenn der Beschwerdeführer aufzuzeigen vermöge, dass er Willens und in der Lage sei, mit seinen Produkten beziehungsweise mit den von ihm angebotenen Dienstleistungen das hinter der Nachfrage der Vergabestelle stehende Bedürfnis zu befriedigen. Auch diese Voraussetzung sei bei der Beschwerdeführerin zweifellos gegeben. Zusammenfassend sei die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin auch nach den für die Freihandvergabe entwickelten Grundsätzen, bei analoger Anwendung auf dieses Verfahren, gegeben. Die Interpretation der Vorinstanz bezüglich des «endgültigen Verzichts» der Beschwerdeführerin, ein Angebot einzureichen und nur die Ausschreibung anzufechten, sei unzutreffend. Selbstredend sei die Ausschreibung mit dem Ziel angefochten worden, in einer vergaberechtskonformen Ausschreibung ein Angebot einzureichen. Es wäre Sache der Beschwerdeinstanz gewesen, das Verfahren zu leiten und innert nützlicher Frist einen Entscheid zu treffen sowie bis zu diesem Zeitpunkt die erforderlichen vorsorglichen Massnahmen zu verfügen. Die Versäumnisse müsse sich die Beschwerdeinstanz vorwerfen lassen.²⁸

E. 1.6.5

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen kein Angebot eingereicht und sich damit nicht am Verfahren beteiligt, obschon sie als Erbringerin von Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik²⁹ und Anbieterin von Klinikinformations- und Steuerungssystemen dazu ohne weiteres die Möglichkeit gehabt hätte. Damit fehlt es an ihrer formellen Beschwerde und sie ist grundsätzlich nicht beschwerdeberechtigt. Um ausnahmsweise bei der Anfechtung des Zuschlages im offenen Verfahren auf die tatsächliche Teilnahme am Vergabeverfahren verzichten zu können, muss die Beschwerdeführerin, welche keine Offerte eingereicht hat, ein Interesse an der Ausführung des konkreten Auftrags glaubhaft machen. Diese Glaubhaftmachung setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin klar kommuniziert

²⁸ Replik zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 24. Januar 2020 ²⁹ Vgl.

Zweckumschreibung gemäss Handelsregisterauszug

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

12/16 hat, dass sie so behandelt werden möchte, wie wenn sie offeriert hätte. Ist ihr Verhalten demgegenüber als Verzicht zu werten, verliert sie ihre Legitimation auch dann,

wenn diese nicht schon aufgrund der fehlenden Offerte zu verneinen ist. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin, wie die nachfolgend aufgeführten Zitate belegen, mehrfach und ausdrücklich erklärt, von der Teilnahme an der Ausschreibung und der Einreichung eines Angebots abzusehen, weil sie die Ausschreibung vom 9. August 2019 als rechtswidrig und eine Offerteinreichung als sinnlos erachtet: «Wir haben Ihre Submission «Klinikinformations- und Steuerungssystem (KISS)» geprüft und teilen Ihnen mit, dass die X.____ an Ihrer Ausschreibung nicht partizipieren kann. Aus unserer Sicht liegen dieser Submission nicht sachgerechte Eignungs- und Bewertungskriterien zugrunde. Damit werden sowohl die X.____ als auch ein Grossteil anderer Anbieter diskriminiert. Diese Ausschreibung ist somit nicht rechtskonform und die X.____ wird dagegen rekurrieren.»³⁰ «Aufgrund der Analyse der Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdeführerin sich entschlossen, nicht an der KISS-Ausschreibung teilzunehmen und deren Abbruch mittels einer Beschwerde zu verlangen. Dies wurde der Beschwerdegegnerin mitgeteilt.»³¹ «Bezüglich der in der Verfügung umschriebenen formellen, aber verzichtbaren Beschwerde bei der Beschwerdelegitimation kann angemerkt werden, dass die Beschwerdeführerin am Verfahren teilgenommen: Sie hat nachweisbar die Ausschreibungsunterlagen analysiert, auf die potentiell rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen im Rahmen der Fragerunde hingewiesen und schliesslich aufgrund der Antworten der Vergabestelle auf eine sinnlose Offerteinreichung verzichtet und umgehend die Ausschreibung angefochten. Dies ist so klar und aktenkundig, dass das hier nicht explizit hätte wiederholt werden müssen, sondern sich durch das Studium eben dieser Verfahrensakten sehr leicht erschliessen lässt.»³² Diese expliziten Äusserungen sind als Verzicht auf die Einreichung eines Angebotes zu werten. Sie können nicht dahingehend verstanden werden, als dass die Beschwerdeführerin trotz unterlassener Einreichung einer Offerte im vorliegenden Verfahren wie eine Anbieterin hätte behandelt werden wollen. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin versucht, mit (verspäteter) Beschwerde vom 23. September 2019 den Abbruch des vorliegenden Verfahrens und die Neuauflage der Ausschreibung zu erreichen. Erst im Rahmen dieser neuen Ausschreibung hätte die Beschwerdeführerin allenfalls ein Angebot eingereicht.

30 Beschwerdeverfahren 2019.GEF.1436, Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20.

September 2019 an die Vorinstanz (Beschwerdebeilage 6) S. 1 Abs. 1 und 2 31

Beschwerdeverfahren 2019.GEF.1436, Beschwerde vom 23. September 2019, S. 6 Ziff. 4

32 Stellungnahme vom 10. Januar 2020, S. 3 zweitletzter Absatz

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

13/16 Da der Beschwerdeführerin die Einreichung einer Offerte durchaus möglich und zumutbar gewesen wäre, ist ihr Verhalten als klarer und endgültiger Verzicht auf den Status als interessierte und damit durch den Zuschlag formell beschwerte Anbieterin im vorliegenden Verfahren zu werten. Daher ist sie nicht legitimiert, den Zuschlag anzufechten.

E. 1.6.6

Betreffend der von der Beschwerdeführerin zusätzlich vorgebrachten Argumente ist im Einzelnen folgendes festzuhalten: - Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, auf die formelle Beschwerde bei der Beschwerdelegitimation könne verzichtet werden, ist festzuhalten, dass im Vergaberecht nur bei Verfügungen, welche ihrer Natur gemäss keine Möglichkeit zur Teilnahme am Verfahren einräumen, auf das Erfordernis der formellen Beschwerde verzichtet wird. Die Erteilung des Zuschlags im offenen Vergabeverfahren

gehört nicht zu diesen Verfahren, weshalb vorliegend nicht auf das Erfordernis der formellen Beschwer verzichtet werden kann. - Soweit die Beschwerdeführerin (sinngemäss) geltend macht, sie habe am Verfahren teilgenommen und sei formell beschwert durch die Beschaffung und Analyse der Ausschreibungsunterlagen, aktive Teilnahme an den Fragerunden und Ermöglichung einer diskriminierungsfreien Auslegung oder Präzision der Ausschreibungsunterlagen sowie Verzicht auf eine Offerteinreichung und Anfechtung der Ausschreibung, ist Folgendes festzuhalten: Die Beteiligung am (offenen oder im selektiven) Vergabeverfahren erfolgt durch das Einreichen einer Offerte. Die für die Bejahung der Beschwerdelegitimation vorausgesetzte formelle Beschwerde besteht darin, dass ein Verfügungsadressat mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen ist und dadurch durch die angefochtene Verfügung (formell) beschwert ist (vgl. Erwägung 1.6.1 hievore). Das von der Beschwerdeführerin dargelegte Verhalten erfüllt die Voraussetzungen der Teilnahme am Verfahren bzw. der formellen Beschwerde nicht und ist für die Begründung der Beschwerdelegitimation unbehelflich. - Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Beschwerdeinstanz habe mit ihrer Rechtsverweigerung im ersten Beschwerdeverfahren selbst eine Beschwerde geschaffen, welche die Beschwerdelegitimation zwingend begründe, ist Folgendes festzuhalten: Vorab ist nicht ersichtlich, worin die Rechtsverweigerung der Beschwerdeinstanz bestehen soll. Sodann hatte das mit Beschwerde vom 23. September 2019 angehobene Verfahren 2019.GEF.1436 die Rechtmässigkeit der Ausschreibung der Vorinstanz vom 9. August 2019 zum Gegenstand. Mit unangefochten in Rechtskraft erwachsener Instruktionsverfügung vom 25. September 2019 ist die Beschwerdeinstanz mangels Rechtsschutzinteresses nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung eingetreten. Andere vorsorgliche Massnahmen hatte diese nicht beantragt. Aufgrund des mutmasslichen Verfahrensausgangs erwiesen sich die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen nicht als angezeigt. Mit Beschwerdeentscheid vom 21. Januar 2020

Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.26946

14/16 ist die GSI insbesondere wegen Nichteinhaltung der Rechtsmittelfrist nicht auf die Beschwerde vom 23. September 2019 eingetreten. Um die Erteilung des Zuschlags während der Dauer des Beschwerdeverfahrens zu verhindern, hätte die Beschwerdeführerin demnach entsprechende vorsorgliche Massnahmen, wie etwa die Anordnung eines Verbots der Zuschlagserteilung bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens, beantragen und begründen müssen. Ohne Anordnung einer vorsorglichen Massnahme stand es der Vorinstanz frei, jederzeit den Zuschlag zu erteilen. Daran hätte auch ein früherer Entscheid der Beschwerdeinstanz nichts geändert. Demnach ist die Geltendmachung einer angeblichen Rechtsverweigerung der Beschwerdeinstanz für die Begründung der Beschwerdelegitimation unbehelflich. Vielmehr hat es die Beschwerdeführerin selbst zu verantworten, dass die Vorinstanz den Zuschlag erteilen durfte. - Soweit sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf die analoge Anwendbarkeit der Lehre und Rechtsprechung zur Legitimation der Beschwerde gegen den Zuschlag im freihändigen Vergabeverfahren beruft, ist Folgendes festzuhalten: Vorab ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargetan, weshalb die für das freihändige Vergabeverfahren entwickelten Grundsätze analog auf das offene Vergabeverfahren angewandt werden sollen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin stehen massgebende Unterschiede zwischen dem freihändigen und dem offenen Vergabeverfahren einer analogen Anwendung der für die jeweilige

Beschwerdelegitimation entwickelten Grundsätze entgegen. Insbesondere fehlt es bei der freihändigen Vergabe an einem Verfahren, an dem sich die Beschwerdeführenden hätten beteiligen können, weshalb dort auf das Erfordernis der formellen Beschwer verzichtet wird. Im Gegensatz dazu kann sich jeder geeignete Anbieter am offenen Verfahren beteiligen, indem er eine Offerte einreicht. Somit ist auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf die im freihändigen Verfahren entwickelten Grundsätze zur Beschwerdelegitimation unbehelflich.

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