

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.219 vom 5. November 2013**

BS Appellationsgericht, 2013-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2013.219](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.219)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.219 du 5 novembre 2013

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.219 del 5 novembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeschG, SG 914.100) kann in einem öffentlichen Vergabeverfahren innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags Rekurs beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zuschlagsverfügung (§ 13 Abs. 1 VRPG) und ist daher zum Rekurs legitimiert.

Dem steht auch die im Grundsatz zutreffende Feststellung der Rekursgegnerin nicht entgegen, dass im Einladungsverfahren kein Anspruch eines bestimmten Anbieters auf Teilnahme besteht. Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin folgt daraus nämlich nicht, dass die Rekurrentin, bei allfälliger Aufhebung der Zuschlagsverfügung wegen Formfehlern und Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur erneuten Durchführung des Submissionsverfahrens, keinen Anspruch auf Teilnahme daran hätte. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt vielmehr, dass solchenfalls das Einladungsverfahren mit zumindest den bisherigen Offerentinnen wiederholt werden muss, sofern diese daran teilnehmen wollen. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten (§ 30 Abs. 1 BeschG).

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG; SG 270.100), soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist gemäss § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB, AS 2003 196]; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 1.1).

1.3 Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine mündliche Verhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Vorliegend hat die anwaltlich vertretene Rekurrentin die Gelegenheit wahrgenommen, sich replicando noch einmal schriftlich zur Sache zu äussern. Einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Parteiverhandlung hat sie nicht gestellt, weshalb von einem impliziten Verzicht auf eine solche ausgegangen (BGer 8C\_112/2013 vom 2. Mai 2013 E. 2.2) und der

Entscheid auf dem Zirkulationsweg gefällt werden kann (§ 25 Abs. 3 VRPG; VGE VD.2013.51 vom 16. Oktober 2013 E. 1.2).

1.4 Die Rekurrentin hat ein Gesuch um Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens gestellt. Die Rekursgegnerin hat einzig die Beurteilungsmatrix aufgelegt. Wie sich nachfolgend ergibt, wird der Rekurs in der Sache gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben sein. Damit entfällt das rechtlich geschützte Interesse der Rekurrentin auf weitergehende Akteneinsicht. Darauf ist somit nicht weiter einzugehen.

## **E. 2**

In der Sache steht das Vergabeverfahren der Rekursgegnerin betreffend ophthalmologische Operationsmikroskope (Augenmikroskope) zur Beurteilung.

2.1 Die Rekurrentin macht zusammengefasst geltend, die Rekursgegnerin habe kein förmliches und korrektes Einladungsverfahren durchgeführt. Die Rekursgegnerin habe die Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht bekannt gegeben, und sie habe ihr auch die Gründe nicht mitgeteilt, weshalb sie nicht berücksichtigt worden sei. In Anbetracht des Auftragswertes hätte ein Einladungsverfahren durchgeführt werden müssen, bei dem die beschaffungsrechtlichen Grundsätze wie das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten seien. In der Aufforderung zur Einreichung von Angeboten im Einladungsverfahren seien die in § 21 BeschG vorgesehenen Angaben anzuführen, nämlich die Verfahrensart, Gegenstand und Umfang des Auftrages, Ausführungs- und Liefertermine, die wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, die finanziellen Garantien und die Angaben, die von den Anbietenden verlangt würden, sowie die Bezugsquelle und der Preis der Unterlagen. Die Ausschreibungsunterlagen müssten alle wesentlichen Angaben enthalten. Die für den Zuschlag massgebenden Kriterien müssten in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufgeführt werden. Vorliegend habe die Vergabestelle praktisch sämtliche Vorgaben missachtet. Erst aus der Zuschlagsverfügung gehe hervor, dass die Vergabestelle offenbar ein Einladungsverfahren habe durchführen wollen. Die in der Zuschlagsverfügung genannten Eignungskriterien seien indes vorgängig des Zuschlags ebensowenig mitgeteilt worden wie die Zuschlagskriterien. Das eingeleitete Einladungsverfahren leide daher an derart gravierenden Mängeln, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben werden müsse.

2.2 Dem hält die Rekursgegnerin entgegen, im vergangenen Sommer seien Teststellungen mit vier Anbietern durchgeführt worden, zu denen auch die Rekurrentin gehört habe. Daraus habe die Rekurrentin schliessen können, dass die Rekursgegnerin Augenmikroskope habe beschaffen wollen. Der Rekurrentin als erfahrem Unternehmen habe bekannt sein müssen, dass sich eine solche Beschaffung mit einem Volumen von mindestens ca. CHF 150'000.■ im submissionsrechtlich relevanten Bereich bewege. Die Rekurrentin sei daher nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sich nach den anwendbaren Kriterien zu erkundigen. Dieser Pflicht sei die Rekurrentin nicht nachgekommen. Unverständlich erscheine auch, weshalb sie keine zusätzlichen Informationen im Sinne von § 27 Abs. 2 BeschG verlangt habe. Die Rekursgegnerin hat der Rekursantwort die Bewertungsmatrix beigelegt und hält dafür, dass damit ein allfälliger Mangel der Nichtzustellung der Zuschlagskriterien geheilt sei. In der Bewertungsmatrix seien die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ersichtlich: Technische Bedienungen für den Operateur und Assistenten 30 %, Service 30 %, Preis 40 %. Ohnehin sei es im Einladungsverfahren zulässig, allein auf den Preis abzustellen, weshalb ein eigentlicher Kriterienkatalog nicht notwendig sei.

Schliesslich enthalte das Kriterium "Technische Bedienungen für den Operateur und Assistenten" gewisse subjektive Komponenten, die sich nur sehr bedingt in der Definition objektiver Massstäbe niederschlagen. Die Qualifikation der Rekurrentin auf dem zweiten und jene der Zuschlagsempfängerin auf dem ersten Rang seien daher korrekt, woran auch die Durchführung eines erneuten Submissionsverfahrens nichts zu ändern vermöchte.

### E. 2.3

2.3.1 Bei Lieferungen mit einem Auftragswert zwischen CHF 100'000.■ und CHF 250'000.■ kommt das Einladungsverfahren zur Anwendung (§ 13 Abs. 1 BeschG i. Verb. m. § 11 Abs. 1 der Verordnung zum Gesetz über öffentliche Beschaffungen [Beschaffungsverordnung, VöB; SG 914.110], Art. 7 Abs. 1 bis IVöB sowie Anhang 2 zur IVöB). Dies ist beim vorliegenden Auftragswert von ca. CHF 150'000.■ der Fall, wovon die Parteien zutreffend ausgehen. Beim Einladungsverfahren werden einer von der Vergabebehörde bestimmten Zahl von Unternehmen die Ausschreibungsunterlagen zur Einreichung von Angeboten zugestellt (§ 17 Abs. 1 BeschG). Gemäss § 21 Abs. 2 BeschG muss die Aufforderung zur Einreichung von Angeboten im Einladungsverfahren den Namen und die Anschrift der Auftraggeberin oder des Auftraggebers enthalten, dazu auch die Verfahrensart, Gegenstand und Umfang des Auftrages mit Informationen über Varianten und Daueraufträge und über den Zeitpunkt der Ausschreibung von Nebenarbeiten, Ausführungs- und Liefertermine, die Sprache des Vergabeverfahrens, die wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, die finanziellen Garantien und die Angaben, die von den Anbietenden verlangt werden, die Bezugsquelle und der Preis der Unterlagen sowie Ort und Zeitpunkt der Einreichung der Angebote. Gemäss § 22 Abs. 1 BeschG müssen die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten, und die für den Zuschlag massgebenden Kriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufgeführt sein. Erfolgt eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen, so müssen alle Anbietenden gleichzeitig und rechtzeitig darüber informiert werden (§ 22 Abs. 2 BeschG). Diese Bestimmungen konkretisieren die in § 1 lit. a und d sowie § 9 lit. a und b BeschG, sowie in Art. 11 lit. a und b IVöB enthaltenen Transparenz- und Gleichbehandlungsgebote, welche einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietenden und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel gewährleisten sollen.

2.3.2 Diesen Anforderungen genügt das Vorgehen der Rekursgegnerin bei der Beschaffung von Operationsmikroskopen für die Augenklinik nicht. Die Rekursgegnerin bestreitet nicht, dass die Kontaktnahme mit möglichen Offerenten informell erfolgt ist. Laut den unbestrittenen Angaben der Rekurrentin wurde einer ihrer Vertreter anlässlich eines Kongresses von Frau D\_\_\_\_, leitende Ärztin an der Universitäts-Augenklinik, angesprochen. In der Folge hat die Rekurrentin in der Klinik ein ophthalmologisches Operationsmikroskop zu Testzwecken installiert. Daraufhin wurde die Rekurrentin gemäss ihrer unbestrittenen Darstellung von der Rekursgegnerin gebeten, eine Offerte für zwei solcher Mikroskope zu unterbreiten. Wie die Rekurrentin zu Recht geltend macht, ergibt sich daraus und auch aus den Akten bis zum Erlass der Zuschlagsverfügung keinerlei Hinweis darauf, dass das Universitätsspital ein förmliches Beschaffungsverfahren überhaupt eröffnet hätte.

2.3.3 Den Überlegungen der Rekursgegnerin kann zwar insoweit gefolgt werden, als die Rekurrentin angesichts des Beschaffungsvolumens Anlass gehabt hätte, von der Durchführung eines förmlichen Submissionsverfahrens auszugehen und entsprechende

Nachfragen an die Vergabestelle zu richten. Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin folgt indessen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht, dass die Rekurrentin dazu verpflichtet gewesen wäre und entsprechende Rügen nun verwirkt hätte. Art. 5 Abs. 3 BV und § 5 Abs. 2 KV verpflichten sowohl staatliche Organe als auch Private zum Handeln nach Treu und Glauben. Lässt eine Behörde im Rahmen einer Beschaffung sämtliche formellen Verfahrensregeln ausser Acht, so verhält sie sich selber grob treuwidrig und vermag gegenüber dem Betroffenen keine Ansprüche aus Treu und Glauben abzuleiten.

In diesem Sinne als mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar erweisen sich die von der Rekursgegnerin ins Feld geführten Referenzen. Sowohl im angeführten Urteil des Bundesgerichts 2P.74/2002 vom 13. September 2002 als auch in der angeführten Literaturstelle (Schneider Heusi, Vergaberecht in a Nutshell, Zürich etc. 2014, S. 85) und im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, auf welches diese Autorin verweist (VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008), wurden jeweils förmliche Verfahren eröffnet, wobei die Ausschreibungsunterlagen insoweit fehlerhaft waren, als die Zuschlagskriterien teilweise nicht vermerkt waren. Diese Fälle sind daher mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, da vorliegend weder ein Verfahren förmlich eröffnet wurde, noch irgendwelche Ausschreibungsunterlagen vorliegen. Weiter liegt dem genannten Bundesgerichtsurteil ein Fall einer Beschaffung zugrunde, bei welcher der Preis für die Vergabebehörde das einzige Zuschlagskriterium gebildet hatte; laut Bundesgericht hätte der Anbieter dies selber annehmen oder dann bei der Vergabestelle nachfragen können. Vorliegend wird der Preis aber nur zu 40 % gewichtet, die übrigen 60 % entfallen gemäss Beurteilungsmatrix (einzige Beilage zur Rekursantwort) auf qualitative Kriterien und Unterkriterien betreffend Bedienung und Service ■ was den Anbietern aber nicht mitgeteilt wurde. Auch insofern ist jenes Urteil nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar, und es sei noch einmal erwähnt, dass die Rekurrentin keinerlei Anlass hatte, bei der Vergabestelle nachzufragen, nachdem ja förmlich kein Verfahren eröffnet und keinerlei Ausschreibungsunterlagen vorhanden waren. Zu einem analogen Ergebnis führt die nähere Betrachtung des genannten Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich: Dort ging es um drei parallele Vergabeverfahren im Bereich des Abfuhrwesens, in denen jeweils vier Unternehmungen förmlich eingeladen worden waren. Die Einladungsverfahren waren allerdings nicht als solche bezeichnet, und in den Ausschreibungsunterlagen eines der drei Verfahren hatten die Zuschlagskriterien gefehlt. Letzteres war allerdings auf ein offensichtliches Versehen zurückzuführen, und in allen drei Verfahren waren die Modalitäten des Angebots in einer Weise umschrieben, die nur in formellen Verfahren üblich ist; die Anbieter konnten somit aus den Umständen auf formelle Verfahren schliessen und bei der Vergabebehörde entsprechend nachfragen. Anders vorliegend, wo keinerlei Verfahren förmlich eröffnet, noch den Eingeladenen Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt worden sind. Das Installieren einer Testanlage und die informelle Aufforderung, eine Offerte einzureichen, sind zu wenig Anhaltspunkte dafür, dass ein formelles Verfahren im Gange sein könnte. Bei dieser Ausgangslage wäre es stossend, der Rekurrentin die Verantwortung dafür zu überbinden, sich bei der Vergabestelle entsprechend erkundigen zu müssen. Da ein förmliches Verfahren gar nie eingeleitet worden ist, konnte dessen Mangelhaftigkeit auch nicht vor der Eröffnung des Zuschlages gerügt werden.

2.3.4 Sowohl in der Lehre als auch in der Praxis wird die Frage diskutiert, ob jeder Verfahrensmangel zur Aufhebung des Zuschlags führen muss, oder ob es sich um Mängel

von grundlegender Bedeutung handeln muss. Damit verbunden steht auch die Frage im Raum, ob bei weniger gravierenden Mängeln geprüft werden muss, ob sich die Mängel zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben, ob er also ohne die betreffenden Mängel eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, a.a.O., E. 5 f.;Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, N 1395 ff.).

Das Bundesgericht führt dazu inBGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001 folgendes aus: "Beim Gebot, das Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, handelt es sich um eine Regel formeller Natur. Deren Missachtung muss Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen. Nach der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen soll die Aufhebung des Zuschlags die Regel sein (s. Entscheid vom 27. Juni 2000, publiziert in RDAF 2000, 1ère partie, S. 331 E. 4b S. 335). Ob allenfalls dann davon abzuweichen ist, wenn die Zuschlagsbehörde darlegen kann, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte (s. dazuPoltier, a.a.O., S. 308 Ziff. 4.4.), braucht vorliegend nicht abschliessend geprüft zu werden. Der Zuschlagsentscheid kann regelmässig nämlich dann nicht aufrechterhalten werden, wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. nachträglich (während des hängigen Verfahrens) massgeblich verändert worden sind. Eine prozentuale Neugewichtung des Kriteriums Preis im Ausmass des vorliegenden Falls (60 % statt 30 %) erscheint zum Vornherein derart bedeutend, dass sie für den Zuschlagsentscheid massgeblich ist."

Vorliegend wurden die Zuschlagskriterien überhaupt nicht kommuniziert, ja nicht einmal ein förmliches Verfahren eröffnet. Dies stellt eine klare Missachtung des Transparenzgebotes dar, die zur Aufhebung des Zuschlags führen muss. Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin vermag die nachträgliche Zustellung der Bewertungsmatrix mit den Zuschlagskriterien im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren den Mangel nicht zu heilen, denn die Zuschlagskriterien sind den Offerenten vorgängig der Offertstellung mit den Ausschreibungsunterlagen zu eröffnen, sodass sie ihre Offerten entsprechend ausgestalten können.

2.3.5Der Praxis des Bundesgerichts entspricht auch jene des Verwaltungsgerichts. So hat dieses etwa inVGE 693/2002 vom 11. Dezember 2002 den Zuschlag infolge unklarer Zuschlagskriterien aufgehoben. Ebenso verfuhr das Verwaltungsgericht in VGE 695/2001 vom 25. Januar 2002, weil die Ausschreibungsunterlagen in dem Sinne intransparent gestaltet waren, als der Leistungsauftrag unpräzise und teils widersprüchlich umschrieben war, sodass die Anbieter bei der Ausarbeitung ihrer Angebote von unrichtigen und voneinander abweichenden Voraussetzungen ausgegangen waren.

Im vorliegenden Fall wurde überhaupt kein Leistungsumfang definiert, indem nicht einmal ein förmliches Verfahren eröffnet wurde. Der fundamentale Zweck des Leistungsauftrags, nämlich die Vergleichbarkeit der Angebote, wird damit zum Vornherein vereitelt. Daher erscheint es unerheblich, dass die gemäss Bewertungsmatrix zweitplatzierte Rekurrentin nach Auffassung der Rekursgegnerin auch bei erneuter Durchführung des Submissionsverfahrens keine vorteilhaftere Platzierung erreichen würde: Erstens erweist sich die Verletzung des Transparenzgebotes als genügend schwerwiegend, dass der Zuschlag im Sinne der vorstehend dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon deshalb nicht aufrechterhalten werden kann und sich die Prognose des Ausgangs einer hypothetischen erneuten Ausschreibung erübrigt. Zweitens ist eine solche Prognose vorliegend grundsätzlich unmöglich, weil die Offerten ja nicht auf der Grundlage eines

einheitlichen Leistungsauftrags erarbeitet wurden, nachdem es einen solchen nie gegeben hat; die Offerten sind somit im submissionsrechtlichen Sinne grundsätzlich nicht vergleichbar. Entsprechend fehlerhaft war denn auch die Bewertung der Angebote: Wie sich aus einer E-Mail der Rekursgegnerin an den Vertreter der Rekurrentin ergibt, bezog sich die Offerte der Rekurrentin auf zwei Mikroskope, die Offerten der übrigen Anbieter dagegen auf ein einziges; der Preis sei aber "versehentlich" dennoch nicht durch zwei geteilt worden. Sodann hätten andere Anbieter Angebote inklusive Weitwinkelbeobachtungssystem unterbreitet, die Rekurrentin aber nicht ■ was die Rekurrentin replicando wiederum bestreitet: Ein solches System sei in ihrem Gerät ebenso integriert wie bei der Zuschlagsempfängerin, weil es sich um dieselbe technische Lösung handle. Diese schwerwiegenden Ungereimtheiten dokumentieren, dass die Offerten auch tatsächlich nicht vergleichbar sind.

### **E. 3**

Zusammenfassend ist der Zuschlag aufzuheben. Wie das Verwaltungsgericht in VGE VD.2010.192 vom 27. Januar 2011 festgehalten hat, hat der Entscheid über den Zuschlag in der Regel kassatorische Wirkung. Ausnahmsweise, und zwar bei liquidem Sachverhalt, ist er reformatorisch; ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festgestellt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1401 ff.).

Da vorliegend der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, kann das Verwaltungsgericht gestützt auf § 30 Abs. 4 BeschG den Zuschlag selber erteilen oder die Sache an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen. Liquidität in der Sache liegt allerdings nicht vor. Somit ist die Sache zur erneuten Durchführung des Vergabeverfahrens an die Rekursgegnerin zurückzuweisen. Dabei wird sie die förmlichen Vorgaben des Submissionsverfahrens zu beachten haben, insbesondere auch das Transparenzgebot.

### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben. Das Universitätsspital hat die Rekurrentin für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu entschädigen. Die Rekurrentin hat darauf verzichtet, ihren Vertretungsaufwand mittels Kostennote ihres Vertreters zu dokumentieren. Dieser ist daher praxisgemäss vom Gericht zu schätzen. In Anbetracht der beiden Eingaben und unter Berücksichtigung des Vermögensinteresses erscheint ein Aufwand von rund 12 Stunden gerechtfertigt. Bei einem Überwälzungstarif von CHF 250.■ und unter Einschluss der notwendigen Auslagen sowie der Mehrwertsteuer erweist sich eine Parteientschädigung von CHF 3'500.■ als angemessen.

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