

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.197 vom 30. Oktober 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-10-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2019.197](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.197)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.197 du 30 octobre 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.197 del 30 ottobre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. g in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann gegen den Widerruf eines Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]).

1.2 Die Rekurrentin als Adressatin der angefochtenen Verfügung und als Empfängerin des widerrufenen Zuschlags ist unmittelbar von dieser Verfügung berührt. Sollte der Widerruf des Zuschlags den Rekursbegehren der Rekurrentin entsprechend ungültig sein, so hätte dies voraussichtlich den Fortbestand des ursprünglich ihr erteilten Zuschlags zur Folge. Die Rekurrentin hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Widerrufs, so dass sie gemäss § 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) zum Verwaltungsrekurs legitimiert ist.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Demnach ist nach § 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 [IVöB; SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

1.4 Auch für Rekurse gegen vergaberechtliche Entscheide gilt wie allgemein im Verwaltungsgerichtsverfahren das Rügeprinzip (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1, 3.1.1, VD.2015.260 vom 19. Oktober 2016 E. 1.4 m.H., VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504, m.H.). Das Verwaltungsgericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten, konkreten Beanstandungen (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1; VD.2018.49 vom 8. August 2018 E. 1.4; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305). Die Rügen sind innert der Begründungsfrist mit der Rekursbegründung zu erheben. Versäumtes kann mit der Replik nicht mehr nachgeholt werden. Zusätzliche Vorbringen sind in der Replik nur noch insoweit

zulässig, als erst die Rekursvernehmlassung der Vorinstanz dazu Anlass gegeben hat (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1 m.w.H.).

1.5 Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren können von Bundesrechts wegen auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1 m.w.H.). Bis zu welchem Zeitpunkt im Verfahren diese vorgebracht werden dürfen, regelt das Bundesrecht indessen nicht. Es ist vielmehr Sache des anwendbaren kantonalen Verfahrensrechts, hierüber die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen (BGer 2C\_52/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 5.2 m.H., 2C\_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.4 m.H., 2C\_354/2009 vom 30. Juni 2010 E. 3.1; VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1, VD.2014.99 vom 21. Mai 2015 E. 1.3.2). Gemäss § 18 VRPG gilt zwar auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich die Untersuchungsmaxime. Danach hat das Gericht unabhängig von Beweisanträgen der Parteien "die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen". Dieser Grundsatz wird aber durch die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien begrenzt (VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1, VD.2014.99 vom 21. Mai 2015 E. 1.3.2). In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen daher nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden (VGE VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.4, VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.6, VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1, VD.2014.99 vom 21. Mai 2015 E. 1.3.2). In späteren Eingaben kann die rekurrierende Partei keine Noven mehr vorbringen, es sei denn, die neuen Tatsachen oder Beweismittel hätten sich erst später ereignet oder seien erst später bekannt geworden oder es habe zu den betreffenden Vorbringen vorher kein Anlass bestanden (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1 m.w.H.; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 277, 307). Nach der jüngeren Praxis des Verwaltungsgerichts sind sogar nur noch echte Noven zulässig (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.3.1 m.w.H.).

## **E. 2**

Das Universitätsspital begründet den Widerruf der Zuschlagsverfügung mit § 28 Abs. 1 BeschG, wonach ein Zuschlag widerrufen werden könne, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliege, der vor dem Entscheid noch nicht bestanden habe oder der Vergabestelle nicht bekannt gewesen sei. Eine erneute Nachfrage bei den von der Rekurrentin genannten Referenzkliniken habe ergeben, dass das von ihr offerierte System die Anforderungen des Universitätsspitals nicht erfülle. Obwohl als SRS-Referenz angegeben, befinde sich das System in der ganz überwiegenden Anzahl der Zentren nicht im klinischen Einsatz bei SRS. Das Universitätsspital verweist auf die Ziffern 2.13 bis 2.15 des Pflichtenheftes, wo eine Referenzliste für die klinische Anwendung und eine Mindestanzahl von 25 Patienten verlangt worden sei.

Im Einzelnen macht die Vorinstanz geltend, dass das von der Rekurrentin angebotene Produkt H\_\_\_\_ in B\_\_\_\_ (USA) überhaupt nicht bei SRS verwendet werde. Vielmehr werde dort ein anderes System eingesetzt. Am C\_\_\_\_ sei H\_\_\_\_ weder für Stereotaxie eingesetzt worden noch werde es eingesetzt. Es sei derzeit auch nicht geplant, einen solchen Einsatz in naher Zukunft zu realisieren. In den Referenzspitälern in D\_\_\_\_ (Schweden) habe sich SRS mit Unterstützung von H\_\_\_\_ mit offenen Masken bis heute nicht im klinischen Routinebetrieb befunden. Auch am Referenzspital E\_\_\_\_ erfolge derzeit kein Routineeinsatz von H\_\_\_\_ mit offenen Masken. Schliesslich sei H\_\_\_\_ am Referenzspital F\_\_\_\_ (USA) bisher lediglich bei drei Patienten mit offenen Masken versuchsweise

verwendet worden. Gemäss diesen Referenzauskünften befinde sich das von der Rekurrentin offerierte System weder im klinischen Einsatz noch erreiche es die vorausgesetzte Mindestpatientenanzahl. Diesen Referenzauskünften stehe die Deklaration der Rekurrentin im Dokument «H\_\_\_\_\_ SRS Referenzzentren weltweit und Europa» entgegen. Die Referenzangaben seien damit in einem wesentlichen Punkt nicht korrekt gewesen.

Gestützt auf diese Ausführungen widerrief das Universitätsspital den Zuschlag auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 BeschG und § 27 lit. b der Vergaberichtlinien (VRÖB; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/>) zur IVöB und schloss die Rekurrentin gemäss § 8 Abs. 1 lit. d BeschG vom Verfahren aus.

### **E. 3**

3.1 Mit ihrer Rekursbegründung macht die Rekurrentin zunächst geltend, nach der über ein Jahr zurückliegenden Erteilung des Zuschlags sei es ihr aufgrund der fehlenden Erreichbarkeit der zuständigen Personen des Universitätsspitals nicht mehr möglich gewesen, sich mit dem Rekursgegner «über den weiteren Ablauf kurz-zuschliessen». Damit sei ihr vor Erlass der Verfügung keine Möglichkeit gegeben worden, das rechtliche Gehör wahrzunehmen.

#### **E. 3.2**

3.2.1 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV ist als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht ausgestaltet, welches alle Befugnisse umfasst, die einer Partei eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens einzuräumen sind, um vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Akts ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 309; Steinmann, in: *St. Galler Kommentar*, 3. Aufl. 2014, Art. 29 BV N 42, mit Hinweisen auf BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 f., 135 II 286 E. 5.1 S. 293, 126 V 130 E. 2b S. 131 f.). Gehalt und Tragweite des Gehörsanspruchs lassen sich nicht abstrakt umschreiben, sondern sind gestützt auf die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten einzelfallweise zu konkretisieren (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 315; Steinmann, a.a.O., Art. 29 BV N 42, mit Hinweisen auf BGE 135 I 279 E. 2.3 f. S. 281 ff., in: *Pra* 99 [2010] Nr. 46, 111 Ia 273 E. 2b S. 274).

3.2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und seine Verletzung führt im Regelfall ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197, 135 I 187 E. 2.2 S. 190). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Gehörsanspruchs kann aber ausnahmsweise geheilt werden, wenn das rechtliche Gehör vor einer Rechtsmittelinstanz nachgeholt wird, die sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht über dieselbe Überprüfungsbefugnis verfügt wie die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 314). Selbst bei schwerwiegenden Verletzungen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Heilung möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f., 132 V 387 E. 5.1 S. 390, 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; VGE VD.2019.221 vom 19. Juni 2019 E. 2.1, VD.2017.216 und 217 vom

30. August 2018 E. 3.1).

3.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) umfasst auch das Recht der Parteien, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor dem Entscheid zu äussern (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 2.2).

3.3.1 Grundsätzlich trifft die Vergabestelle im Submissionsverfahren trotz des auch im Vergaberecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes keine Pflicht, bei mangelnden Nachweisen der Erfüllung von Eignungskriterien im eingereichten Angebot oder bei Einreichung ungeeigneter Referenzen bei den Anbietenden nachzufragen (Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 343 ff., 368; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 573 bezüglich Eignungsnachweise; BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Es ist vielmehr Sache der Rekurrentin, sich vorgängig zu vergewissern, dass der von ihr zu belegende Eignungsnachweis mittels ihrer Referenzauskünfte erbracht werden kann (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2, VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Insoweit folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein Anspruch der Anbietenden, sich vor dem Zuschlag zu den von der Vergabestelle eingeholten Referenzauskünften zu äussern.

3.3.2 Vorliegend legt das Universitätsspital nicht dar, welche Abklärungen es vorgängig der Erteilung des Zuschlags zu den von der Rekurrentin angegebenen sechs Referenzzentren eingeholt hat. Mit seiner Vernehmlassung führt das Universitätsspital bloss aus, dass es im Zuge der Auswertung auf Unklarheiten im Angebot der Rekurrentin gestossen sei, weshalb es ihr mit E-Mail vom 20. September 2018 Gelegenheit zur Klärung der Frage der Einsetzbarkeit des angebotenen Systems im klinischen Betrieb nach der Installation gegeben habe.

3.3.3 Das Universitätsspital macht allerdings geltend, erst nach erteiltem Zuschlag durch eine Drittperson darauf hingewiesen worden zu sein, dass das angebotene System nicht der Ausschreibung entspreche. Das Universitätsspital sei daraufhin diesen Hinweisen nachgegangen, habe das Angebot der Rekurrentin erneut geprüft und «(vertiefte) Referenzabfragen zu den Positionen 2.15 und 4.73 des Lastenheftes» vorgenommen. Diese Referenzabfrageergebnisse hätten gezeigt, dass die Rekurrentin die genannten Anforderungen nicht erfülle und eine falsche Auskunft erteilt habe. Daher habe das Universitätsspital den Zuschlag mangels Einhaltung produktespezifischer Anforderungen durch die Rekurrentin und aufgrund unrichtiger Angaben widerrufen und sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

3.3.4 Mit diesem Widerruf des Zuschlags ist das Universitätsspital auf seine Beurteilung zurückgekommen, ob das Angebot der Rekurrentin die Eignungskriterien erfüllt. Zwischen der Zuschlagsverfügung vom 30. Oktober 2018 und der angefochtenen Widerrufsverfügung vom 17. September 2019 liegt ein Zeitraum von über 10 Monaten. Die Referenzauskünfte, worauf sich das Universitätsspital für die angefochtene Verfügung bezieht, datieren zudem grösstenteils vom November 2018, teilweise vom März 2019. Damit wäre offensichtlich ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden, um der Rekurrentin Gelegenheit zur Äusserung zu diesen Auskünften und zu dem in Aussicht genommenen Entscheid zu geben. Im Unterschied zum eigentlichen Vergabeverfahren, bei welchem innert kurzer Frist mitunter Referenzen einer Vielzahl von Anbieterinnen eingeholt werden müssen, steht vorliegend der Gewährung des rechtlichen Gehörs keine Dringlichkeit des Vergabeverfahrens

entgegen.

Daraus folgt, dass das Universitätsspital das rechtliche Gehör der Rekurrentin verletzt hat, indem es ihr keine Gelegenheit gegeben hat, sich zum Ergebnis der nach erteiltem Zuschlag eingeholten Referenzauskünfte im Hinblick auf den ins Auge gefassten Widerruf des Zuschlags zu äussern.

### **E. 3.4**

3.4.1 Damit stellt sich die Frage, ob diese Verletzung des rechtlichen Gehörs der Rekurrentin im vorliegenden Verfahren (vgl. E. 3.2.2) geheilt werden kann. Wie ausgeführt (vgl. oben E. 1.3) kommt dem Verwaltungsgericht gemäss § 8 VRPG sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht die gleiche, volle Überprüfungsbefugnis zu wie der Vorinstanz. Seine Kognition unterscheidet sich daher von jener der Vergabebehörde allein im Bereich der Angemessenheitsprüfung. Fragen der Ausübung des Ermessens stellen sich dagegen im vorliegenden Verfahren nicht.

3.4.2 Das Universitätsspital hat der Rekurrentin die Gründe für den Widerruf des Zuschlags in der angefochtenen Verfügung erläutert. Sie hat sich dabei aber bloss auf die Ziffern 2.13 bis 2.15 des Pflichtenheftes bezogen. Eine Bezugnahme auf Ziff. 4.73 fehlt dagegen. Anhand von Auskünften der von der Rekurrentin genannten Referenzkliniken hat das Universitätsspital in der Verfügung im Einzelnen erläutert, welche an das zu beschaffende Produkt vorausgesetzten Anforderungen in den jeweiligen Spitälern nicht erfüllt würden.

3.4.3 Bei dieser Ausgangslage kann von der Rekurrentin nach der vorstehend festgestellten Verletzung ihres rechtlichen Gehörs nicht verlangt werden, bereits innert der zehntägigen Frist zur Begründung ihres Rekurses detaillierte Rügen am angefochtenen Entscheid zu erheben und Gegenbeweise ihrer Referenzkliniken ins Verfahren einzubringen. Weitere Abklärungen waren ihr in der Folge aber offensichtlich möglich, zumal das Verfahren zwischenzeitlich sistiert worden war. Schliesslich hatte sie replicando Gelegenheit, zu den Ausführungen des Universitätsspitals in dessen Rekursantwort vom 23. Januar 2020 und zu den damit eingereichten Referenzauskünften innert der insgesamt rund anderthalbmonatigen Replikfrist detailliert und substantiiert Stellung zu nehmen.

Daraus folgt, dass die im Widerrufsverfahren erlittene Verletzung des rechtlichen Gehörs der Rekurrentin im vorliegenden Rekursverfahren geheilt ist und anhand der Rügen der Rekurrentin in ihrer Rekursbegründung und in ihrer Replik in der Sache entschieden werden kann.

3.5 Der Anspruch auf rechtliches Gehör kommt den Verfahrensbeteiligten zu (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 309). Am Submissionsverfahren beteiligt sind die Anbieterinnen und Anbieter. Demgegenüber sind deren Lieferantinnen und Lieferanten nicht am Verfahren beteiligt. Der Herstellerin eines von einer Anbieterin in einem Vergabeverfahren angebotenen Produkts kommt daher kein Anspruch auf rechtliches Gehör zu, zumal sie auch keine Parteistellung hat. Als Lieferantin ist die Herstellerin in ihren eigenen Interessen auch nicht unmittelbar von der angefochtenen Verfügung berührt. Vielmehr ist es Sache der Anbieterin, sich bei ihrer Lieferantin kundig zu machen und deren Stellungnahme allenfalls in ihre eigene zu integrieren. Folglich ist davon abzusehen, die in [...] domizilierte Lieferantin der Rekurrentin zum Verfahren beizuladen.

### **E. 4**

Damit ist in der Sache zu prüfen, ob das Universitätsspital zum Widerruf des Zuschlags und zum Ausschluss der Rekurrentin vom Vergabeverfahren berechtigt war. Gemäss § 28 BeschG kann ein Zuschlag widerrufen werden, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliegt, der vor dem Entscheid noch nicht bestanden hat oder der Vergabestelle nicht bekannt gewesen ist.

4.1 Vorliegend behauptet die Rekurrentin zwar, dass der geltend gemachte Mangel dem Universitätsspital schon vor dem Zuschlag bekannt gewesen sein müsse. Hierfür bestehen in den Akten aber keinerlei Anhaltspunkte und auch die Rekurrentin trägt solche in keiner Weise substantiiert vor. Unerheblich ist wie bereits dargestellt die Frage, ob die Vergabebehörde diese Umstände bereits vor der Erteilung des Zuschlags hätte ermitteln können oder nicht, denn zur Einholung von Referenzauskünften ist sie wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet. Mithin kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Universitätsspital der von ihm nun gerügte Mangel bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bekannt war.

4.2 Daraus ergibt sich, dass das Vorliegen eines Verfahrensausschlussgrundes zu prüfen ist.

Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt, wird gemäss § 8 lit. c BeschG in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen. Auch wenn diese Bestimmung den Ausschluss eines Anbieters im Fall der nicht vollständigen Erfüllung der Eignungskriterien nur "in der Regel" vorsieht, muss das entsprechende Entschliessungsermessen aufgrund seiner Natur und zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller (potenzieller) Anbieter beschränkt bleiben (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 435, 603; VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3). Die Berücksichtigung eines unvollständigen Angebots, das geforderte Eignungsnachweise nicht enthält, widerspricht grundsätzlich dem Gebot der Gleichbehandlung und der Transparenz im Vergaberecht. Diesbezüglich gelten im Vergaberecht strenge Voraussetzungen (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 3.2.1). Vorbehalten bleibt einzig das Verbot des überspitzten Formalismus als verfahrensrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3).

#### **E. 4.3**

4.3.1 Mit dem Dokument «Atemtriggerungs-Patientenlagerungssystem» als Teil der Ausschreibungsunterlagen verlangte die Vergabebehörde in Ziff. 2.15 den Nachweis einer «europäische[n] und weltweit[en] Referenzliste von Institutionen, die das angebotene System für SRS klinisch einsetzen (mindestens an jeweils 25 Patienten eingesetzt inkl. Angabe der Kontaktpersonen Email, Telefonliste)» (act. 8/1). SRS steht für Stereotactic Radiosurgery. Weiter wurde in Ziff. 4.73 dieses Dokuments mit Bezug auf das Stereotaxie-Modul die Frage gestellt, ob «mit der angebotenen Technologie Openmask Treatments möglich (SRS)» seien. Gefragt wurde nach der «Registrierung auf Patientenoberfläche und nicht auf der Maske». Ziff. 4.73 wurde explizit als Eignungskriterium bezeichnet.

Die Rekurrentin hat in ihren Angebotsunterlagen mit Bezug auf Ziff. 2.15 weltweit 6 Institutionen angegeben und auf den Anhang «H\_\_\_\_ SRS Referenzzentren» verwiesen. In der entsprechenden Liste der Rekurrentin vom 21. Juni 2018 wurden weltweit das I\_\_\_\_ in China, das B\_\_\_\_, USA, und das F\_\_\_\_, USA, aufgezählt und jeweils eine Referenzperson mit Kontaktdaten angegeben, ebenso für Europa die D\_\_\_\_, Schweden, die C\_\_\_\_, Deutschland, sowie die E\_\_\_\_, Deutschland (act. 8/2).

Mit Bezug auf Ziff. 4.73 gab die Rekurrentin an, das SRS Modul erlaube «eine Auto-Segmentierung zwischen Maske und Patientenoberfläche, d.h. der Benutzer [müsse] keine manuelle Auswahl treffen. Durch die Optimierung des Algorithmus [müssten] die Augen nicht manuell als Region of Non-Interest selektiert werden» (act. 8/2). Auf die mit Bezug auf Ziff. 4.74 erfolgte Nachfrage des Universitätsspitals, ob die Maskenhalterung für das eigene derzeitige stereotaktische Maskensystem (Fa. Q\_\_\_\_) enthalten sei (act. 8/3), gab die Rekurrentin mit Email vom 25. September 2018 an, sie habe das Maskenhaltesystem nicht im H\_\_\_\_-Sortiment, da die Kunden die Maske in der Regel direkt vom Lieferanten beziehen würden (act. 8/4).

4.3.2 Zu diesen Ausschreibungskriterien hat das Universitätsspital nachgängig des erteilten Zuschlags verschiedene Auskünfte eingeholt, welche nachfolgend dargestellt werden sollen. Entgegen der replicando vorgetragenen Auffassung der Rekurrentin kann auf diese Abklärungen abgestellt werden. Dies gilt auch für die Telefonnotizen von Dr. J\_\_\_\_, da bei Referenznachfragen eine Datierung auf dem Protokoll nicht notwendig ist und Telefonnotizen immer nur die Bestätigung eines Gesprächspartners des Telefongesprächs enthalten können. Ebenfalls nicht notwendig erscheint zur weiteren Beweisführung in diesem Verfahren, bei den angefragten Referenzpersonen weitere schriftliche Auskünfte einzuholen. Die Rekurrentin selber hat diese Personen genannt. Entsprechende, ergänzende Auskünfte hätte die Rekurrentin ohne weiteres selber einholen können und müssen, wenn sie deren im Submissionsverfahren dokumentierten Aussagen hätte widerlegen wollen.

Das Gleiche gilt auch für die von der Rekurrentin beantragte Einholung schriftlicher Auskünfte bei Organen ihrer Lieferantin. Auch diesbezüglich ist unerfindlich, wieso sie diesen ohnehin ihrer Sphäre zugehörigen Beweis nicht selber führen will. Daher kann offen bleiben, ob vorliegend die Zusicherung des Lieferanten des angebotenen Produktes Beweiswert für die Erfüllung eines vorausgesetzten Eignungskriteriums haben kann.

4.3.3 Laut Telefonnotiz von Dr. J\_\_\_\_ vom 29. November 2018 gab K\_\_\_\_, die von der Rekurrentin genannte Referenzperson des B\_\_\_\_, an, dass H\_\_\_\_ bei SRS im Zeitpunkt der Referenzabfrage nicht angewendet worden sei (act. 8/5).

Gemäss der Telefonnotiz von Dr. J\_\_\_\_ vom 28. März 2019 erklärte der von der Rekurrentin als Referenzperson genannte L\_\_\_\_, dass am F\_\_\_\_ das angebotene System H\_\_\_\_ in der klinischen Routine nicht mit offenen Masken angewendet werde. H\_\_\_\_ sei bisher bei drei Patienten testweise mit offenen Masken eingesetzt worden, aber nicht in der klinischen Routine (act. 8/7).

Gemäss Telefonnotiz von Dr. J\_\_\_\_ vom 7. Dezember 2018 hat die von der Rekurrentin beim Referenzzentrum E\_\_\_\_ angegebene Referenzperson M\_\_\_\_ die Anfrage an N\_\_\_\_ weitergeleitet. Dieser habe angegeben, dass die Klinik mit dem Patientenpositionierungssystem H\_\_\_\_ grundsätzlich sehr zufrieden sei. Mit offenen Masken seien bisher Tests durchgeführt worden. Das angebotene System werde bei SRS in der klinischen Routine jedoch noch nicht mit offenen Masken angewendet. Es bestünden noch Probleme mit der Farbe der Masken. Demnächst werde die Klinik von einem Zulieferer farbige Masken beziehen können (act. 8/13).

Die telefonische Beantwortung erfolgte in allen Fällen nach vorgängiger Unterbreitung der entsprechenden Fragen per E-Mail (act. (8/6 [Email vom 26. November 2018], 8/8 [Email vom 7. März 2019], act. 8/14 [Email vom 19. November 2018])).

Gemäss elektronischer Auskunft von O\_\_\_\_\_ vom 27. November 2018 werden die Patienten in D\_\_\_\_\_ mit geschlossenen Masken behandelt («in full mask»). Man sei daran, «black open masks» zu erwerben und warte auf die Auslieferung. Im Herbst habe man die Präzision («accuracy») verschiedener offener Masken evaluiert, das positive Resultat sei noch nicht publiziert (act. 8/10). Daraus schloss Dr. J\_\_\_\_\_ mit seiner Aktennotiz, dass im Zeitpunkt der Referenzabfrage auch in diesem Referenzzentrum H\_\_\_\_\_ bei SRS nicht mit offenen Masken in der klinischen Routine angewendet werde.

Bei C\_\_\_\_\_ konnte von der durch die Rekurrentin angegebenen Referenzperson P\_\_\_\_\_ keine Antwort auf eine entsprechende Anfrage erhältlich gemacht werden. Dr. J\_\_\_\_\_ hat aber mit Aktennotiz vom 19. November 2018 festgehalten, dass ein namentlich genannter Oberarzt der Radio-Onkologie des Universitätsspitals Basel bis zum 30. Oktober 2018 in jenem Referenzzentrum als Radioonkologe gearbeitet habe. Gemäss dessen Auskunft sei das angebotene System H\_\_\_\_\_ nicht für SRS eingesetzt worden (act. 8/11).

Keine Angaben bestehen bezüglich des als Referenzzentrum angegebenen I\_\_\_\_\_.

4.3.4 Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 588, 628; VGE VD.2017.63 vom 4. Dezember 2017 E. 2.5.1 m.w.H.). Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3, B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

4.3.5 Vorliegend ist mit dem Dokument «Atemtriggerungs-Patientenlagerungssystem» in Ziff. 2.15 eine Referenzliste mit Institutionen verlangt worden, welche das angebotene System für SRS klinisch einsetzen und bisher an jeweils mindestens 25 Patienten eingesetzt haben. Dieser Nachweis ist nicht als Eignungskriterium bezeichnet. Hierzu hat die Rekurrentin die Liste «H\_\_\_\_\_ SRS Referenzzentren weltweit und Europa» eingereicht. Die vom Universitätsspital gestützt auf diese Referenzliste eingeholten Referenzauskünfte ergeben keine Hinweise darauf, dass das angebotene Produkt in keinem der angefragten Spitäler in der klinischen Routine eingesetzt würde. Vielmehr werden ein solcher Einsatz und positive Erfahrungen damit insbesondere vom E\_\_\_\_\_ explizit bestätigt. Strittig ist also allein die SRS-Anwendung im klinischen Betrieb mit offenen Masken. Die Möglichkeit der Verwendung des zu beschaffenden Stereotaxie-Moduls mit Openmask Treatments wurde in Ziff. 4.73 immerhin als Eignungskriterium gefordert. Allerdings wird auch diese Möglichkeit mit den nachträglich eingeholten Referenzauskünften nicht widerlegt. Immerhin schreibt O\_\_\_\_\_ in seiner Email an das Universitätsspital von positiven

Testergebnissen, auch wenn diese noch nicht publiziert seien (vgl. act. 8/10). Gemäss L\_\_\_\_ sind am F\_\_\_\_ ebenfalls Tests mit offenen Masken erfolgt, ohne dass er über negative Ergebnisse berichtet hätte.

4.3.6 Entscheidend ist nun, dass weder in Ziff. 4.73 noch in Ziff. 2.15 im Sinne eines Eignungskriteriums der bereits erprobte Einsatz der angebotenen Technologie mit offenen Masken im klinischen Betrieb vorausgesetzt wird. Namentlich fehlt einerseits im die offenen Masken betreffenden Eignungskriterium Ziff. 4.73 die Anforderung von deren Einsatz im klinischen Betrieb (gefragt wird bloss, ob Openmask Treatments möglich seien, nicht aber, ob sie im klinischen Betrieb eingesetzt würden), während andererseits Ziff. 2.15 kein Eignungskriterium ist und darin auch nicht nach offenen Masken gefragt wird. Die somit nachträgliche Verknüpfung der beiden Anforderungen gemäss Ziff. 2.15 und 4.73 als zusammenhängendes Eignungskriterium ergibt sich aus den massgebenden und bindenden Ausschreibungsunterlagen also nicht. Diesbezüglich ist der replicando vorgetragene Kritik der Rekurrentin zu folgen.

4.3.7 Nachdem das Universitätsspital den Zuschlag bereits erteilt hat, hat es die Voraussetzungen für den Widerruf selber zu belegen. Dazu gehört der positive Nachweis, dass das von der Rekurrentin angebotene Produkt die ausgeschriebenen Anforderungen nicht erfüllt. Konkret trägt das Universitätsspital die Beweislast dafür, dass das angebotene Produkt das Eignungskriterium gemäss Ziff. 4.73 nicht erfüllen würde, indem damit Openmask Treatments nicht möglich wären. Das Universitätsspital erbringt diesen Beweis nicht. Daher braucht die umgekehrte Beweisofferte der Rekurrentin, welche replicando auf die Liste ihrer Lieferantin verweist (act. 8/2 i.f.) und eine Forschungsarbeit einreicht (vgl. act. 12/6), nicht geprüft zu werden.

4.4 Im Ergebnis vermag das Universitätsspital keinen Verfahrensausschlussgrund zu belegen. Die Voraussetzungen für einen Widerruf des von ihr erteilten Zuschlags und den Ausschluss der Rekurrentin vom Vergabeverfahren sind daher nicht gegeben. Die angefochtene Verfügung ist folglich in Gutheissung des Rekurses aufzuheben.

## **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben und ist das Universitätsspital zu verpflichten, der Rekurrentin eine Parteientschädigung auszurichten. Die Rekurrentin hat darauf verzichtet, dem Gericht eine Honorarnote ihrer Vertretungen einzureichen. Deren angemessener Aufwand ist daher praxismässig vom Gericht zu schätzen. Irrelevant ist dabei der Wechsel in der Vertretung. Auszugehen ist vielmehr vom angemessenen Aufwand aufgrund der Eingaben, der massgebenden Verfahrensakten und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen. Angemessen erscheint ein Aufwand von rund 12 Stunden. Bei Anwendung des Überwälzungstarifs von CHF 250.■ pro Stunde ergibt sich unter Anrechnung notwendiger Auslagen eine Parteientschädigung von CHF 3■100.■. Da die Rekurrentin im UID-Register als mehrwertsteuerpflichtig aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen. Aus diesem Grund wird die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen (vgl. VGE VD.2019.68 vom 11. November 2019 E. 5).