

Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB; Art. 27 lit. h VRöB. Beschaffung von Patiententerminals; Ausschluss eines Angebots, das nicht der Ausschreibung entspricht (OGE 60/2013/1 vom 29. November 2013)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Der Beschwerdegegenstand wird durch die Beschwerdeanträge bestimmt. Werden diese nach Ablauf der Beschwerdefrist erweitert, so kann insoweit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (E. 1b).

Es ist zulässig, ein nicht der Ausschreibung entsprechendes Angebot erst implizit im Rahmen der Zuschlagserteilung vom Verfahren auszuschliessen; es besteht kein Anspruch darauf, dass darüber mit separater Entscheidung vorweg entschieden werde (E. 2a).

Die Anbieter haben sich an den Produktebeschrieb in der Ausschreibung zu halten und die inhaltlichen Vorgaben zu übernehmen, ungeachtet dessen, ob sie die Minimalanforderungen als sachgerecht erachten. Eine Offerte oder Variante, die den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht, kann von der Teilnahme ausgeschlossen werden (E. 2b). Anwendungsfall eines Angebots, das die Anforderungen an die Bildschirmgrösse nicht erfüllt (E. 2c und d).

Die Spitäler Schaffhausen schrieben die Beschaffung neuer Patiententerminals für das Kantonsspital und neuer Telefonie-/Radio-Endgeräte für das Pflegezentrum aus. Für den Auftrag bewarben sich die X. AG (mit drei Angeboten) und die Y. AG. Die Spitäler Schaffhausen vergaben den Auftrag der Y. AG für das Produkt A. Die von der X. AG optional offerierten Geräte B 15 und C 15 wurden mitbewertet, obwohl keine Lösung gemäss Konzept für das Pflegezentrum existiere; sie wurden aber schlechter bewertet als das Produkt A. Das von der X. AG hauptsächlich offerierte Gerät B 10 wurde nicht berücksichtigt, weil es hinsichtlich der minimal geforderten Bildschirmgrösse nicht der Ausschreibung entspreche. Die X. AG erhob Beschwerde ans Obergericht; sie beantragte, die Zuschlagsverfügung aufzuheben (Antrag 1), den Zuschlag infolgedessen an die Beschwerdeführerin für das Gerät B 10 zu erteilen (Antrag 2), eventuell die Sache zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, unter Zulassung und Prüfung von B 10 und fairer Bewertung bei allen Kriterien (Antrag 3). Das Obergericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

Aus den Erwägungen:

1.– a) Die Beschwerde gegen den Vergabeentscheid ist grundsätzlich zulässig. Sie wurde im vorliegenden Fall frist- und formgerecht erhoben.¹

b) In der Präsidialverfügung betreffend aufschiebende Wirkung wurde ausgeführt, weil sich die Beschwerdeanträge nicht auch auf die Geräte B 15 und C 15 bezögen, bestehe kein Grund, die Frage der aufschiebenden Wirkung – die nur bei hinreichenden Aussichten auf Gutheissung der konkreten Beschwerdeanträge zu gewähren sei – auf diese Geräte auszurichten. Der Beschwerdegegner erklärte hierauf, aus den Anträgen könne geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin den Entscheid bezüglich der Ablehnung der beiden 15-Zoll-Geräte akzeptiere. Darauf erklärte jedoch die Beschwerdeführerin, sie verlange im Hauptantrag 1 *generell* die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Zulassung des 10-Zoll-Geräts sei Gegenstand des Antrags 2 und ein wesentlicher Beschwerdepunkt. Der Antrag 2 heisse aber nicht, dass der angefochtene Entscheid im Übrigen akzeptiert werde. Es gehe ebenfalls um die Beurteilung vor allem des B 15. Der Submissionsentscheid sei somit im Lichte der angebotenen B 10 und B 15 zu beurteilen.

Die (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin verlangt zwar mit dem Antrag 1 allgemein die Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids. Mit dem Antrag 2 ersucht sie jedoch ausdrücklich, ihr "in Folge dessen" – d.h. mit dem anstelle des aufgehobenen zu treffenden Folge-Entscheid – den Zuschlag für das Gerät B 10 zu erteilen. Auch mit dem Eventualantrag 3 ersucht sie darum, bei einer Neubeurteilung durch den Beschwerdegegner (nur) das Gerät B 10 zuzulassen, zu prüfen und fair zu bewerten. Mit den präzisierenden Beschwerdeanträgen 2 und 3 macht sie hinreichend klar, dass sich die Beschwerde nur auf die Nichtberücksichtigung des hauptsächlich offerierten Geräts B 10, nicht auch auf die Nichtberücksichtigung der nur als Option zusätzlich offerierten 15-Zoll-Geräte bezieht. Dementsprechend stellt sie denn auch in der Beschwerdebegründung die aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Nichtberücksichtigung des Geräts B 10 in den Vordergrund.

Mit der nachträglichen "Klarstellung" in der Replikschrift, dass es auch um das Gerät B 15 gehe, erweitert die Beschwerdeführerin somit den Beschwerdegegenstand bzw. die Beschwerdeanträge. Das ist nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr zulässig. Auf die in diesem Sinn erweiterten An-

¹ § 5 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (ViVöB, SHR 172.511) i.V.m. Art. 15 Abs. 1, Abs. 1^{bis} lit. e und Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB, SHR 172.510).

träge kann daher nicht eingetreten werden. Vielmehr ist im vorliegenden Verfahren nur die Nichtberücksichtigung des Geräts B 10 zu überprüfen.

c) Die Überprüfungsbefugnis des Obergerichts ist insoweit beschränkt, als mit der Beschwerde nur Rechtsverletzungen (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden können. Die blosser Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung kann nicht geltend gemacht werden (§ 5 Abs. 2 ViVöB i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 IVöB).

2.– Der Beschwerdegegner hat das Gerät B 10 bei der Bewertung nicht berücksichtigt, weil es nicht der Ausschreibung entspreche. Damit hat er im Ergebnis die Beschwerdeführerin mit ihrem entsprechenden Angebot vom Verfahren ausgeschlossen. Es fragt sich, ob das zu Recht geschehen sei.

a) Es ist grundsätzlich zulässig, den Ausschluss vom Verfahren erst implizit im Rahmen der Zuschlagserteilung vorzunehmen. Die Anbieter haben keinen Anspruch darauf, dass über einen allfälligen Ausschluss von der Teilnahme am Submissionsverfahren mit separater Entscheidung vorweg entschieden werde, wie es an sich möglich wäre (vgl. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. d IVöB). Der nicht berücksichtigte Anbieter kann gegebenenfalls bei Anfechtung der Zuschlagsverfügung noch geltend machen, er sei zu Unrecht ausgeschlossen worden.²

b) Der Beschaffungsgegenstand wird – wie schon in der Präsidialverfügung betreffend aufschiebende Wirkung festgehalten – in der Ausschreibung umschrieben. Dabei gibt die Vergabestelle bekannt, welche Geschäftsparameter für sie grundsätzlich schon feststehen und welche anderen Parameter sie ins Belieben der Anbieter stellen will. Es liegt insbesondere in ihrem Ermessen, die verlangte Leistung im Produktebeschrieb gewissen Minimalanforderungen zu unterwerfen, etwa hinsichtlich der Grösse. Die Anbieter haben sich prinzipiell an den Beschrieb zu halten und in ihrem Angebot die Vorgaben zu übernehmen, ungeachtet dessen, ob sie die Minimalanforderungen und die dadurch bedingte Einschränkung als sachgerecht oder zweckmässig erachten. Eine Offerte oder Variante, die den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht, mit welcher also letztlich etwas anderes angeboten wird als vorgegeben, kann wegen Ausschreibungswidrigkeit von der Teil-

² *Stefan Scherler*, Die Verfügungen im Vergaberecht, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012*, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 358 f., Rz. 31 und 36; *Galli/Moser/Lang/Steiner*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 202, Rz. 449.

nahme ausgeschlossen werden, widerspricht sie doch dem bekanntgegebenen Geschäftswillen des Auftraggebers.³

Zumindest bei Abweichungen von den *inhaltlichen* Vorgaben der Ausschreibung – die nicht nur als blosse Formfehler zu betrachten sind – ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen.⁴

c) Der Beschwerdegegner hat in den Ausschreibungsunterlagen unter anderem folgende Anforderung an den Fernseher gestellt: Bildschirmdimension mit einer Mindestgrösse von 12 Zoll. Diese Anforderung erfüllt das von der Beschwerdeführerin angebotene 10-Zoll-Gerät B 10 nicht.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Auffassung, diese Anforderung sei als blosse Wunschvorstellung anzusehen. Werde sie als "Killerkriterium" verwendet, wie das mit dem Ausschluss des Geräts B 10 der Fall sei, sei dieses Kriterium diskriminierend und willkürlich, weil nur die Y. AG ein solches Gerät im Programm habe. Im Übrigen seien die geforderten 12-Zoll-Bildschirme im Markt wenig nachgefragt und auch sachwidrig, denn es sei letztlich nur eine Frage der Distanz; die geforderte Bildschirmgrösse von 12 Zoll bringe dem Patienten und dem Spital keinen Mehrwert.

Verlangt haben die Beschwerdegegner nicht eine Bildschirmgrösse von *genau* 12 Zoll, sondern von *mindestens* 12 Zoll. Die Beschwerdeführerin hat als Option selber zwei 15-Zoll-Geräte offeriert, welche diese Anforderung erfüllen. Der Beschwerdegegner hat sodann unwidersprochen darauf hingewiesen, dass nicht nur die Y. AG ein 12-Zoll-Gerät im Programm habe, sondern beispielweise auch die Z. AG mit dem Gerät D 12. Für die Lieferung eines ausschreibungskonformen Produkts kam demnach nicht zum vornherein nur ein einziger Anbieter in Frage. Von einer Diskriminierung deswegen, weil nur die mit dem Zuschlag bedachte Y. AG Geräte mit der geforderte Bildschirmgrösse im Programm habe, kann daher keine Rede sein.

Nicht massgeblich ist, ob die Anforderung einer Bildschirmgrösse von mindestens 12 Zoll wirklich sachgerecht sei oder nicht. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, die Ausschreibung sei hinsichtlich dieser Anforderung geradezu willkürlich und derart fehlerhaft, dass ein davon abweichendes Angebot letztlich doch berücksichtigt werden müsste. Der entsprechende, mit der

³ Vgl. § 2 Abs. 1 ViVöB i.Vm. Art. 27 lit. h der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (VRöB, SHR 172.512); *Galli/Moser/Lang/Steiner*, S. 200, Rz. 444, S. 209, Rz. 471; *Martin Beyeler*, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 991 f., 994 f., 1003 f., 1025 ff., Rz. 1914, 1916 f., 1930, 1965 ff.

⁴ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00316 vom 28. September 2011, E. 5.1.1, mit Hinweisen.

Umschreibung des Beschaffungsgegenstands bekundete Wille des Beschwerdegegners ist daher von den Anbietern grundsätzlich zu akzeptieren.

d) Zusammenfassend kann auch bei näherer Betrachtung nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner habe sein Ermessen bzw. seinen Beurteilungsspielraum überschritten oder sonst wie rechtsfehlerhaft gehandelt⁵, wenn er das von der Beschwerdeführerin offerierte Gerät B 10 nicht berücksichtigt hat, weil es inhaltlich der Ausschreibung nicht entspricht; dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die in Frage stehende Abweichung jedenfalls nicht nur als völlig geringfügig zu bezeichnen ist.⁶ Der Ausschluss bzw. die Nichtberücksichtigung des Geräts B 10 ist daher – soweit hier überprüfbar – nicht zu beanstanden.

In dieser Situation ist auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, wie das Gerät B 10 im Vergleich mit dem Gerät A. zu bewerten sei, nicht einzugehen. Offengelassen werden kann sodann, ob die Beschwerdeführerin bezüglich Anforderung der Bildschirmgrösse nicht bereits die Ausschreibung hätte anfechten müssen und daher mit der entsprechenden Rüge in der Beschwerde gegen den Zuschlag ausgeschlossen sei.⁷

3.– Die Nichtberücksichtigung der von der Beschwerdeführerin optional offerierten Geräte B 15 und C 15 ist – wie erwähnt⁸ – nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertung ihrer 15-Zoll-Geräte im Vergleich mit derjenigen des Geräts A. in Frage stellt, ist darauf ebenfalls nicht einzugehen.

4.– Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet; sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. ...

⁵ Vgl. zur beschränkten Überprüfungsbefugnis des Gerichts oben, E. 1c.

⁶ Vgl. *Beyeler*, S. 915, Rz. 1751.

⁷ Vgl. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB.

⁸ Oben, E. 1b.