



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion

Rathausgasse 1  
Postfach  
3000 Bern 8  
+41 31 633 79 20 (Telefon)  
+41 31 633 79 09 (Fax)  
info.gsi@be.ch  
www.be.ch/gsi

Unsere Referenz: 2019.GEF.26946 / kr, stm

## **Beschwerdeentscheid vom 3. Februar 2020**

in der Beschwerdesache

**X.**\_\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_

gegen

**Y.**\_\_\_\_\_

Vorinstanz

betreffend Zuschlag im Vergabeverfahren Nr. [Vergabenummer] «Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_»

(Verfügung der Vorinstanz vom 11. Dezember 2019)

## I. Sachverhalt

1. Am 9. August 2019 hat die Y.\_\_\_\_ (fortan: Vorinstanz) im offenen Verfahren das Beschaffungsobjekt «Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_» (KISS) auf der Seite [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ausgeschrieben.<sup>1</sup> Hiergegen hat die X.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin) am 23. September 2019 bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) Beschwerde erhoben und den Abbruch des Ausschreibungsverfahrens verlangt. Das Rechtsamt der GEF hat das Verfahren am 25. September 2019 an die Hand genommen. Vorsorgliche Massnahmen zum Stopp des Ausschreibungsverfahrens wurden indessen keine angeordnet.

2. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2019 hat die Vorinstanz der Z.\_\_\_\_ (fortan: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag im Vergabeverfahren Nr. [Vergabenummer] «Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_» erteilt.<sup>2</sup> Die Erteilung des Zuschlags wurde am 11. Dezember 2019 auf der Seite [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publiziert.<sup>3</sup>

3. Gegen die Erteilung des Zuschlags hat die Beschwerdeführerin am 20. Dezember 2019 bei der GEF Beschwerde erhoben und folgende Rechtsbegehren gestellt:

1. Es sei die Zuschlagsverfügung vom 11. Dezember 2019 gemäss simap Meldungsnummer [Meldungsnummer] im Vergabeprojekt Nr. [Vergabeprojektnummer] an die Anbieterin Z.\_\_\_\_ vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und damit der Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu untersagen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht, zusätzliche Mitwirkungsrechte und eine angemessene Frist zur Ergänzung der vorliegenden Beschwerde zu gewähren.
4. Für den Fall, dass die Beschaffung weiterhin aktuell ist, sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, ein Vergabeverfahren durchzuführen, das den gesetzlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen entspricht, und dabei insbesondere sachgerechte, nichtdiskriminierende und wettbewerbstaugliche Eignungskriterien zu verwenden.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen  
zulasten der Beschwerdegegnerin

4. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2019 hat das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitete,<sup>4</sup> das Beschwerdeverfahren auf die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin beschränkt.

<sup>1</sup> Ausschreibung Simap vom 17. September 2019, "Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_" (Projektnummer [Projektnummer]); Beschwerdebeilage 3

<sup>2</sup> Vgl. Eingabe der Vorinstanz vom 20. Dezember 2019 im Verfahren 2019.GEF.1436

<sup>3</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 1

<sup>4</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121; Version in Kraft bis 31.12.2019)

5. Aufgrund der Direktionsreform wird die GEF seit dem 1. Januar 2020 als Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) bezeichnet.<sup>5</sup> Die Instruktion der Beschwerdeverfahren erfolgt nach wie vor durch das Rechtsamt (Art. 10 OrV GSI<sup>6</sup>).

6. Mit Stellungnahme vom 9. Januar 2020 beantragt die Beschwerdeführerin was folgt:

1. An den in der Beschwerde vom 20. Dezember 2019 gestellten Rechtsbegehren wird vollumfänglich festgehalten.
2. Auf die Beschwerde sei umgehend und vollständig einzutreten.
3. Die aufschiebende Wirkung sei zu verfügen und anschliessend das Verfahren zu sistieren, bis ein rechtskräftiger Entscheid im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung Referenz; 2019.GEF.1436 vorliegt.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

7. Am 9. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die GSI erhoben.<sup>7</sup>

8. Mit Stellungnahme vom 10. Januar 2020 beantragt die Vorinstanz was folgt:

1. Auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.
2. Auf das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei nicht einzutreten.

**eventualiter**

3. Das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei zurückzuweisen, sollte wider Erwarten auf die Beschwerde eingetreten werden.

- *unter Kostenfolge* -

9. Mit Beschwerdeentscheid vom 21. Januar 2020 ist die GSI nicht auf die Beschwerde vom 23. September 2019 gegen die Ausschreibung eingetreten.<sup>8</sup>

10. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 24. Januar 2020 hält die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde vom 20. Dezember 2019 und in der Stellungnahme vom 9. Januar 2020 gestellten Rechtsbegehren fest.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

<sup>5</sup> Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Dekrets vom 11. September 2019 über die Aufgaben der Direktionen und der Staatskanzlei und die Direktionsbezeichnungen (ADSD; BSG 152.010)

<sup>6</sup> Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft seit 01.01.2020)

<sup>7</sup> Verwaltungsgerichtsverfahren 100.2020.9

<sup>8</sup> Vgl. Verfahrensakten des Beschwerdeverfahrens 2019.GEF.1436

## **II. Erwägungen**

### **1. Sachurteilsvoraussetzungen**

#### **1.1 Allgemeines**

Das ÖBG<sup>9</sup> und die ÖBV<sup>10</sup> enthalten verschiedene Vorschriften zur Rechtspflege und zum Beschwerdeverfahren in Submissionsverfahren. Diese spezialgesetzliche Ordnung ist diesbezüglich abschliessend und erschöpfend und geht der allgemeine Regelung des VRPG<sup>11</sup> vor. Lässt das ÖBG dagegen Fragen des Beschwerdeverfahrens offen, greifen ergänzend die Bestimmungen des VRPG.<sup>12</sup>

#### **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 unbestrittenermassen 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).

#### **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).

#### **1.4 Vollmacht**

Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

<sup>10</sup> Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

<sup>11</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>12</sup> Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, N. 167

<sup>13</sup> Vollmacht vom 17. September 2019, Beschwerdebeilage 3

## 1.5 Form und Frist

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

## 1.6 Beschwerdelegitimation

**1.6.1** Weder das Vergaberecht des Bundes noch die IVöB<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

Das schutzwürdige Interesse weist drei unterschiedliche, innerlich jedoch untrennbar miteinander verbundene Aspekte auf:

- formelle Beschwer
- materielle Beschwer
- aktuelles und praktisches Interesse.

Die formelle Beschwer wird bejaht, wenn die beschwerdeführende Person am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, ihren Anträgen aber nicht oder nicht vollumfänglich stattgegeben wurde.<sup>17</sup> Diesem Gedanken folgend ergibt sich für das Vergaberecht, dass bei Verfügungen, wel-

<sup>14</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

<sup>15</sup> 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

<sup>16</sup> Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 161

<sup>17</sup> 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.

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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup> 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

<sup>18</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 642 Rz. 1297, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

<sup>19</sup> 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

<sup>20</sup> BGE 137 II 313 E. 3.3.1 S. 320 f., mit Hinweisen

<sup>21</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 643 f. Rz. 1301, mit Hinweisen

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 Beschwer vorausgesetzt, weil in der Ausschreibung erst der Aufruf an die Anbieter zu sehen ist, sich als Verfahrensbeteiligte zu konstituieren.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup>

**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).<sup>24</sup> Bezüglich der formellen, aber verzichtbaren Beschwer 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

<sup>22</sup> Urteil (Bundesverwaltungsgericht) B-2197/2011 vom 19. Mai 2011, E. 4.1, mit Hinweisen

<sup>23</sup> Urteil (Bundesverwaltungsgericht) B-2197/2011 vom 19. Mai 2011, E. 4.5, mit Hinweisen

<sup>24</sup> Beschwerde vom 20. Dezember 2019, S. 3, Rz. 3 ff.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020, S. 2 f.

selbst eine Beschwer 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.<sup>25</sup>

**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 Beschwerdelegitimation 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 2018<sup>26</sup>, worin die Legitimation der Beschwerdeführerin zur Anfechtung eines im offenen Verfahren erteilten Zuschlags mit der Begründung abgelehnt werde, dass nur Anbieter, die

<sup>25</sup> Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020, S. 2-4

<sup>26</sup> Urteil (Einzelrichter) B-3972/2018 S. 3 f.

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 Beschwer 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.<sup>27</sup>

**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-

<sup>27</sup> Stellungnahme vom 10. Januar 2020

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 Beschwer 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-

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.<sup>28</sup>

**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 Informationstechnik<sup>29</sup> 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

<sup>28</sup> Replik zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 24. Januar 2020

<sup>29</sup> Vgl. Zweckumschreibung gemäss Handelsregisterauszug

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.»<sup>30</sup>

«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.»<sup>31</sup>

«Bezüglich der in der Verfügung umschriebenen formellen, aber verzichtbaren Beschwer 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.»<sup>32</sup>

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.

<sup>30</sup> Beschwerdeverfahren 2019.GEF.1436, Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. September 2019 an die Vorinstanz (Beschwerdebeilage 6) S. 1 Abs. 1 und 2

<sup>31</sup> Beschwerdeverfahren 2019.GEF.1436, Beschwerde vom 23. September 2019, S. 6 Ziff. 4

<sup>32</sup> Stellungnahme vom 10. Januar 2020, S. 3 zweitletzter Absatz

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.

**1.6.6** Betreffend der von der Beschwerdeführerin zusätzlich vorgebrachten Argumente ist im Einzelnen folgendes festzuhalten:

- Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, auf die formelle Beschwer 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 Beschwer 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 Beschwer 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 Beschwer 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 Beschwer 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 aufgehobene 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

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 Beschwerde 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.

**1.6.7** Aus diesen Gründen ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu verneinen und auf die Beschwerde vom 20. Dezember 2019 ist nicht einzutreten.

## **2. Aufschiebende Wirkung und Sistierung**

Mit vorliegendem Entscheid in der Hauptsache erübrigt sich die Beurteilung der Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung<sup>33</sup> sowie um Sistierung des vorliegenden Verfahrens (Rechtsbegehren Nr. 3).

<sup>33</sup> Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.142 vom 20. September 2016, E. 7, vgl. zudem BVR 2012 S. 314 E. 5.4.

### 3. Kosten

**3.1** Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>34</sup>). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten, oder wird ein Verfahren gegenstandslos oder durch Vergleich, Abstand oder Unterziehung erledigt, so kann die Gebühr angemessen reduziert oder es kann ganz auf sie verzichtet werden (Art. 21 Abs. 1 GebV).

Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Die Verfahrenskosten, vorliegend pauschal festgesetzt auf CHF 1'200.00 (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GebV), sind daher der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

**3.2** Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz (keine Parteientschädigung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliebigen Privaten aus unlauteren Gründen anfecht (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, weshalb von dieser Regel abgewichen werden sollte. Ausserdem ist die Vorinstanz nicht berufsmässig vertreten. Es sind daher keine Parteikosten zu sprechen.

<sup>34</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

### III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde vom 20. Dezember 2019 wird **nicht eingetreten**.
2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.  
  
Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

### IV. Eröffnung

- RA X.\_\_\_\_, z. Hd. der Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Einschreiben

Der Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektor

Pierre Alain Schnegg  
Regierungsrat

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung schriftlich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Beschwerde ist mindestens in 3 Exemplaren einzureichen und muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen.