


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2018.00455

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 31.01.2019
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[ABBRUCH](#)
[ABGEBOTSRUNDE](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[WICHTIGE GRÜNDE](#)
[WICHTIGER GRUND](#)
[WIDERRUF](#)
[WIEDERHOLUNG](#)
[ZUSCHLAG](#)

Erneuerung Patientenüberwachungsanlage: Widerruf der Zuschlagsverfügung; Zulässigkeit des Verfahrensabbruchs (vereinigt mit VB.2018.00503).

Art. 13 lit. i IVöB
 § 16 Abs. I SubmV
 § 37 Abs. I SubmV

Rechtsnormen:

Publikationen:

- keine -

Der definitive/provisorische Abbruch mit anschliessender Wiederholung des Vergabeverfahrens ist nur aus wichtigen Gründen zulässig. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind oder eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemäsem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (E. 5.1).

Mit dem Widerruf der Zuschlagsverfügung ist das Beschwerdeobjekt im Verfahren VB.2018.00455 weggefallen (E. 4). Gründe, welche den provisorischen Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens zu rechtfertigen vermöchten, liegen keine vor (E. 5.3 ff.). Da ein Vergabeverfahren nur durch Zuschlag oder rechtskräftigen Abbruch beendet werden kann, ist das strittige Submissionsverfahren nach wie vor rechtshängig. Die Sache ist daher zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen (E. 6).

Abschreibung als gegenstandslos. Gutheissung soweit eintreten. Rückweisung i.S. der Erwägungen (VB.2018.00503).

Verwaltungsgericht

des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2018.00455
VB.2018.00503

Beschluss

der 1. Kammer

vom 31. Januar 2019

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Kantonsspital Winterthur, Spitaldirektion,

Beschwerdegegner,

und

C AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

A. Der Beschwerdegegner eröffnete am 20. April 2018 ein offenes Submissionsverfahren betreffend Erneuerung der Patientenüberwachungsanlage des Kantonsspitals Winterthur (Lieferauftrag). Innert Frist gingen vier Angebote mit Offertsummen zwischen Fr. 3'174'143.12 und Fr. 4'812'453.90 ein. Am 19. Juli 2018 ging der Zuschlag an die C AG, Spreitenbach, zum Preis von Fr. 3'195'496.-. Die A AG offerierte die Leistungen für Fr. 4'812'351.10.

B. Mit Verfügung vom 13. August 2018 hob der Beschwerdegegner den Zuschlag vom 19. Juli 2018 auf und ordnete die Wiederholung des Verfahrens an.

II.

A. Mit Beschwerde vom 30. Juli 2018 gelangte die zweitplatzierte A AG, Zürich, ans Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung vom 19. Juli 2018 sei aufzuheben, das Angebot der Mitbeteiligten vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag an sie zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Subeventuell den Zuschlag als widerrechtlich zu qualifizieren und ihr Schadenersatz zuzusprechen. Prozessual ersuchte sie, der Beschwerde (superprovisorisch) aufschiebende Wirkung zu erteilen sowie um Akteneinsicht. Schliesslich verlangte sie eine Parteientschädigung [Verfahren VB.2018.00455].

Unter Verweis auf den zwischenzeitlich ergangenen Entscheid betreffend Widerruf des Zuschlags und Wiederholung des Verfahrens ersuchte der Beschwerdegegner am 13. August 2018 um Abschreibung des Beschwerdeverfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit. Eventuell sei dieses zur Wiederholung an ihn zurückzuweisen. Ferner verlangte er eine Parteientschädigung zulasten der Mitbeteiligten.

Dem widersetzte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 24. August 2018 und beantragte ihrerseits die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die von ihr gegen die Wiederholung des Verfahrens eingereichte Beschwerde. Am 10. September 2018 hielt der Beschwerdegegner an seinen Hauptanträgen fest und beantragte, auf das Sistierungsbegehren nicht einzutreten und diesem nur eventuell stattzugeben. Dem Antrag auf Sistierung wurde mit Präsidialverfügung vom 13. September 2018 entsprochen.

B. Ebenfalls am 24. August 2018 reichte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die Verfügung vom 13. August 2018 betreffend Widerruf des Zuschlags und Wiederholung des Verfahrens ein [Verfahren VB.2018.00503] und beantragte deren Aufhebung, eventualiter sei sie nur mit Bezug auf die angeordnete Wiederholung des Verfahrens aufzuheben, subeventuell zur Wiederholung und Neuurteilung zurückzuweisen. Ferner wurde beantragt, der Beschwerde (superprovisorisch) aufschiebende Wirkung zu erteilen sowie Einsicht in die Akten. Der Beschwerdegegner schloss in seiner Beschwerdeantwort vom 10. September 2018 auf Abweisung

der Beschwerde. Eventuell beantragte er, den Widerruf zu bestätigen und das Verfahren zur Wiederholung an ihn zurückzuweisen. Sodann verlangte er eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin. Gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung opponierte er nicht.

Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2018 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise entsprochen. In den Stellungnahmen des zweiten und dritten Schriftenwechsels hielten die Parteien jeweils an ihren Sachbegehren fest.

Die nachfolgenden Zitate beziehen sich, wo nicht anders vermerkt, auf die Akten im Verfahren VB.2018.00503.

Die Kammer erwägt:

1.

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

2.

Die beiden Beschwerden betreffen die Durchführung und die Wiederholung desselben Vergabefahrens und es sind an ihnen dieselben Parteien beteiligt. Überdies ist von einer Abhängigkeit der beiden Verfahren hinsichtlich der Art ihrer jeweiligen Erledigung auszugehen, sie sind daher zweckmässigerweise zu vereinigen.

3.

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9).

3.1 In ihrer Beschwerde gegen die Zuschlagserteilung vom 19. Juli 2018 (VB.2018.00455) verlangt die Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei aufzuheben und stattdessen an sie zu erteilen, eventuell sei die Sache zur neuen Entscheidung im Sinn der Beschwerdebegründung an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Nachdem sie gemäss Evaluationsbericht den zweiten Platz

belegt, waren ihre Chancen auf den Zuschlag im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung durchaus intakt und ihre Beschwerdelegitimation daher gegeben.

3.2 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens VB.2018.00503 bildet sodann nicht mehr die Begründetheit des Zuschlagsentscheids, sondern der Widerruf eben dieses Zuschlags sowie die gleichzeitige Anordnung das Verfahren zu wiederholen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit diesem Entscheid würden ihre Ansprüche auf Zuschlagserteilung, die sie im Verfahren VB.2018.00455 durchzusetzen versuche, unterlaufen. In Bezug auf den Entscheid betreffend Verfahrenswiederholung bzw. Neuausschreibung trifft das zweifellos zu, weshalb ihr insofern auch ein Anfechtungsinteresse zu attestieren bzw. die Beschwerdelegitimation ohne Weiteres zu bejahen ist.

Dies gilt indes nicht für die Widerrufsanhfechtung. Zwar basieren beide Entscheide auf dem nämlichen Entschluss des Beschwerdegegners zur Neuausrichtung ihrer Beschaffung. Sie sind indes separat anfechtbar, wobei die jeweiligen Legitimationsregeln zu beachten sind (Hubert Stöckli/Martin Beyeler, Vergaberecht 2014: neue Themen, neue Urteile, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 93). Im Gegensatz zur Neudurchführung des Verfahrens tangiert der Widerruf des Zuschlags vorliegend kein eigenes Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin bzw. höchstens positiv, indem damit ihrem ursprünglichen Beschwerdeantrag teilweise entsprochen wurde. Beschwerwert im legitimationsbegründenden Sinn wird durch den Widerruf höchstens die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin und Mitbeteiligte im Verfahren VB.2018.00455. Aus Sicht der Beschwerdeführerin handelt es sich dagegen um blosse Drittinteressen, zu deren Verfolgung sie nicht legitimiert ist. Soweit sich die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlags richtet, ist darauf folglich nicht einzutreten.

4.

Mit dem Widerruf der Zuschlagsverfügung ist das Beschwerdeobjekt im Verfahren VB.2018.00455 weggefallen, woraus unweigerlich die Gegenstandslosigkeit folgt. Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens VB.2018.00455 ist daher aufzuheben und das Verfahren ohne Weiterungen infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

5.

5.1 Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den definitiven Abbruch oder provisorischen Abbruch mit anschliessender Wiederholung des Vergabeverfahrens nur *aus wichtigen Gründen* zulassen. Dementsprechend sieht § 37 Abs. 1 der (kantonalen) Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die Möglichkeit eines definitiven und provisorischen Verfahrensabbruchs aus wichtigen Gründen vor und nennt "namentlich", mithin beispielhaft (VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 2a = BEZ 2002 Nr. 10; 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 3a = RB 2003 Nr. 57 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 15), vier Fälle, bei welchen dieses Vorgehen gerechtfertigt ist. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind oder eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich ist.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 50 VRG; Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 784 ff., insbesondere S. 789; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3).

5.2 Der Beschwerdegegner hat seinen Entscheid zur Wiederholung des Vergabeverfahrens einerseits damit begründet, dass "eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen und damit eine Änderung des Zuschlagskriterienkatalogs erforderlich" geworden sei. Andererseits sieht er sich zum provisorischen Verfahrensabbruch und zur Neuauflage der Ausschreibung berechtigt, weil die Offerte der infolge des Ausscheidens der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin auf den ersten Platz nachrückenden Beschwerdeführerin erheblich über dem "Budgetrahmen" liege.

Die angeführten Gründe sind nachfolgend im Einzelnen zu prüfen:

5.3 Vorab führt der Beschwerdegegner an, es seien diverse Module, welche für die Anästhesie und die Intensivstation unabdingbar seien, nur im Sinn von Zuschlagskriterien abgefragt und bewertet worden, statt deren Vorhandensein als Muss-Kriterium zu definieren. Verschiedene Anbietende würden diese Anforderungen nicht erfüllen, hätten jedoch zufolge Fehlens eines Muss-Kriteriums nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden können. Das hätte beim Obsiegen einer dieser Parteien zu Mehrkosten geführt sowie das Ziel des Submissionsverfahrens, nämlich die Patientenüberwachungsanlage aus einer Hand zu beziehen, infrage gestellt.

5.3.1 Konkret nennt der Beschwerdegegner nur das "Cardiac Output Modul", welches fälschlicherweise nicht als Muss-Kriterium nachgefragt worden sei. Ob diesem oder anderen Modulen nachträglich die Qualität eines Muss-Kriteriums attestiert werden muss, kann indes dahingestellt bleiben. Wie der Beschwerdegegner in Ziffer 19 seiner Beschwerdeantwort ausführt, erfüllt das Angebot der Beschwerdeführerin nämlich bereits "alle zusätzlichen Anforderungen", was im Übrigen auch für das letztplatzierte Angebot gelte. Letzteres sei zudem, wie das Angebot der Zuschlagsempfängerin, rund 30 % tiefer als dasjenige der Beschwerdeführerin, habe aber insgesamt dennoch schwächer abgeschnitten. Aus der Sicht des Beschwerdegegners ändert das qualitativ schlechtere Abschneiden dieses tieferen Angebots jedoch nichts daran, "dass erst eine neue Ausschreibung zeigen kann, ob auch bei erweiterten Muss-Kriterien nicht doch ein wesentlich tieferer Preis als der von der Beschwerdeführerin angebotene erhältlich gemacht werden kann". Damit räumt der Beschwerdegegner gleichzeitig ein, dass es ihm gar nicht um eine Leistungsänderung geht, sondern um einen tieferen Preis für die bereits offerierte Leistung. Das belegt auch seine Feststellung, es stehe der Beschwerdeführerin frei, ein neues Angebot mit einem tieferen Preis einzureichen, um siegreich aus einem neuen Verfahren hervorzugehen. Der Beschwerdegegner verkennt offenbar, dass ein solches Vorgehen dem Verbot von Abgebotsrunden (§ 31 Abs. 1 SubmV) zuwiderläuft.

5.3.2 Es kann dem Beschwerdegegner im Übrigen auch nicht gefolgt werden, wenn er geltend macht, erst mit der Definition weiterer Module als Muss-Kriterien entstehe ein wirksamer Wettbewerb unter den grossen Anbietenden der Branche, die tatsächlich die "Gesamtsysteme aus einem Guss" anbieten könnten. Wie der Beschwerdegegner mehrfach betont, wurde in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten:

"Ziel ist es, fachübergreifend über gleichartige Patientenüberwachungssysteme der gleichen Generation zu verfügen, um die Handhabung möglichst sicher zu machen. Gleichzeitig soll der Grundstein für die zukunftsgerichtete Weiterentwicklung der Anlagen gelegt werden: Die neue elektronische Patientenüberwachungsanlage muss deshalb einerseits den aktuellen Anforderungen der einzelnen Fachbereiche entsprechen und andererseits mit verschiedensten bereits [...] installierten Überwachungsanlagen kompatibel und vernetzbar sein, obwohl die heutige Anlage noch nicht entsprechend vernetzt ist. Gegenüber zukünftigen technischen Entwicklungen muss sie die grundlegenden technischen Voraussetzungen zu deren Integration beinhalte."

Dass bzw. weshalb sich ausgerechnet Anbietende von "Gesamtsystemen" von dieser Umschreibung nicht angesprochen gefühlt haben sollen, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr legt die Vorgabe, auf der Stufe eines Kantonsspitals fachübergreifend gleichartige Systeme anzubieten, den gegenteiligen Schluss nahe. Auch führt die Statuierung zusätzlicher Muss-Kriterien regelmässig nicht zu einer Ausweitung des Anbieterkreises, sondern hat den gegenteiligen Effekt, was für den "wirksamen Wettbewerb" nicht förderlich ist (vgl. hinten E. 5.5.4). Die Annahme des Beschwerdegegners, bei einer Neuausschreibung sei ein wesentlich günstiger Preis zu erzielen, hat vorliegend wohl weniger mit dem Kreis der Anbietenden zu tun, als mit der unverhohlenen Aufforderung zur Einreichung von Abgeboten.

5.4 Im Weiteren wendet der Beschwerdegegner ein, versehentlich seien auch technische Spezifikationen unterblieben. So seien die anzubietenden Kabellängen und die Ausführungsart von Sensoren in den Ausschreibungsgrundlagen nicht beschrieben worden, sodass die Angebote diesbezüglich wesentlich voneinander abwichen.

Technische Spezifikationen sind allein deswegen, weil sie naturgemäss eine Beschränkung des Wettbewerbs mit sich bringen, nicht unzulässig. Sie müssen jedoch sachgerecht, also durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt sein, und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden wahren (vgl. Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich etc. 2008, Rz. 96 f. mit Hinweis). Entsprechend sieht § 16 Abs. 1 SubmV vor, dass technische Spezifikationen eher in Bezug auf die Leistung als in Bezug auf die Konstruktion umschrieben werden (lit. a) und ihre Definition wenn möglich auf der Grundlage von internationalen oder, wo solche fehlen, in der Schweiz verwendeten technischen Normen erfolgt (lit. b). Allerdings werden leistungsorientierte Spezifikationen durch diese Bestimmungen nur favorisiert, nicht zwingend vorgeschrieben. Auch ist nach der Praxis eine technische Spezifikation nicht erst dann gerechtfertigt, wenn damit die einzige sinnvolle technische Lösung ausgewählt wird; es genügt,

wenn sachliche und nachvollziehbare Gründe dafür geltend gemacht werden können (VGr, 16. Januar 2013, VB.2012.00628, E. 6.2, mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend hat der Beschwerdegegner weder konkretisiert, wie denn die Anforderungen an die besagten Zubehörteile zu spezifizieren wären, noch hat er dargetan, inwiefern dies für den Verwendungszweck der Geräte erforderlich wäre. Dementsprechend ist auch nicht ersichtlich, dass solche Vorgaben einen sachgerechten Nutzen hätten. Überdies ist auch nicht auszuschliessen, dass insbesondere die Vorgabe bestimmter Sensoren-Typen eine nicht gerechtfertigte und demzufolge unzulässige Einschränkung des Anbieterkreises zur Folge hätte. Ein wichtiger Grund im Sinn von § 37 Abs. 1 SubmV kann in diesem Zusammenhang jedenfalls verneint werden.

5.5 Ferner begründet der Beschwerdegegner die Notwendigkeit einer Neuausschreibung im angefochtenen Entscheid damit, die Wartungsarbeiten an den Geräten seien nicht genügend klar definiert worden, was zur Folge habe, dass die eingegangenen Offerten keine vergleichbaren Angaben enthielten. Dieser Teil der Angebote habe deshalb nicht berücksichtigt werden können, obwohl es sich dabei um einen wesentlichen Aspekt der Leistungserbringung handle.

In seiner Beschwerdeantwort (Ziffer 18) erklärt der Beschwerdegegner dann aber, dass die Formulierung "missverständlich" sei. Es gehe ihm nicht um die Wartungsarbeiten an den Geräten, sondern um das Thema Verbrauchsmaterial. Die Wartungsarbeiten an den Geräten seien, entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid, von allen Anbietern offeriert und bei der Auswertung berücksichtigt worden. Dies kann unter Verweis auf Ziff. 1.4 des Anforderungsbeschreibs/Leistungsverzeichnisses bestätigt werden. Dort findet sich ein umfangreicher und klar formulierter Anforderungskatalog für Service und Wartung, welcher fast durchwegs mit der Qualifikation "Musskriterium" versehen ist. Mithin liegt auch insofern kein die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigender wichtiger Grund vor.

5.6 Weiter macht der Beschwerdegegner geltend, aus Versehen sei das Verbrauchsmaterial, welches für den Einsatz der Geräte am Patienten benötigt werde, nicht in die Ausschreibung aufgenommen worden. Damit sei ein wichtiger Kostenblock nicht abgefragt worden. Das Verbrauchsmaterial für die Monitoringsysteme koste mehrere Hunderttausend Franken im Jahr. Hochgerechnet auf die Lebensdauer einer Monitoringanlage von acht Jahren ergebe das Kosten von mehreren Millionen Franken. Wie eine Marktrecherche gezeigt habe, würden die Kosten für Ein- und Mehrwegmaterial je nach Produzent um den Faktor 2 divergieren. Ausgehend vom ungefähren Jahresverbrauch des Beschwerdegegners sei mit einer Preisdifferenz von über Hunderttausend Franken pro Jahr bzw. über einer Million Franken in acht Jahren zu rechnen.

5.6.1 Aus dem Ausschreibungsdokument "Monitoringausschreibung: Gesamtmenge der am KSW zu beschaffenden Geräte im Zeitraum 2018 bis 2021, Richtgrössen" geht hervor, welche Geräte und Module wann, in welcher Zahl und mit Kabel und/oder Sensoren zu liefern sind. Gemäss Ziffer 15 der Angebotsvorlage zählte zu den zwingend nachgefragten Unterlagen sodann insbesondere auch eine "Preisliste der Verschleissteile und Verbrauchsmaterialien (**als separate**

Excel Datei)". Im Anforderungsbeschrieb/Leistungsverzeichnis findet sich überdies in Ziffer 1.1.1.9 unter dem Titel "Kabel" eine Liste mit immerhin 20 Positionen betreffend Kabeltypen und -längen, Sensorentypen, Manschettentypen und -grössen sowie zwingend benötigten Einwegartikeln. Die verlangten Angaben – überwiegend in Form von abzugebenden Listen – wurden in 3 Fällen als Musskriterien, in deren 14 als Bewertungskriterien und bei 3 Positionen als blosser Anfrage deklariert. Im Rahmen der Fragerunde hat der Beschwerdegegner sodann auf die Frage, was in "Beilage 5" mit "Wiederkehrenden Kosten" gemeint sei, geantwortet:

"Wiederkehrende Kosten: Sollten ausser Service, Wartung, Verbrauchsmaterial und anderen bereits angefragten Kosten weitere für den laufenden Betrieb notwendige regelmässige anfallende Kosten entstehen, ist dies hier anzugeben."

Es trifft demnach nicht zu, dass das Verbrauchsmaterial in der Ausschreibung vergessen wurde. Ebenso wenig kann dem Beschwerdegegner gefolgt werden, wenn er ausführt, bei der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin habe er das Fehlen entsprechender Angaben toleriert, weil "bekannt ist, dass die Mitbeteiligte die Verbrauchsmaterialien für die Anwendung der Geräte an den Patienten zu sehr moderaten Preisen anbietet und der Angebotspreis den erwünschten Rahmen einhielt". Angesichts der verlangten Preislisten zu Verschleissteilen und Verbrauchsmaterialien hatten die Preisangaben der Anbieter weit spezifischer zu sein als bloss "bekannt moderat". So umfasst die von der Beschwerdeführerin mit dem Angebot abgegebene Preisliste "Medizinisches Verbrauchsmaterial und Zubehör" immerhin 22 A4-Seiten. Der Beschwerdegegner räumt denn auch ein, dass Preislisten vorliegen, bemängelt aber stattdessen, es fehlten Angaben zu den Austauschfrequenzen.

5.6.2 Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf Ziffer 2.1.1 ihres Preisblattes. Daraus geht bezüglich der "Patientenmonitore" hervor, dass sich die entsprechenden Preise "inklusive Patienten-kabel, Lieferung und Installation" verstehen. Ferner wird dort angegeben, bei welchen Positionen wiederkehrenden Kosten anfallen und wie sich das auf die gesamten Lebenszykluskosten pro Position auswirkt. Wie die Beschwerdeführerin ausführt, ist darüber hinaus innert des vorgegebenen Lebensdauerzyklus von acht Jahren kein weiterer Austausch von Zubehör vorgesehen. Soweit ein vorzeitiger Austausch von Gerätezubehör (lediglich) empfohlen werde, sei dies im Offertpreis zwar nicht enthalten, gehe aus ihrem Angebot aber dennoch hervor. Was dagegen in jedem Fall zusätzlich anfallt, seien die Kosten des Einwegzubehörs, welche jedoch einen vernachlässigbaren Anteil ausmachten.

5.6.2.1 Dem tritt der Beschwerdegegner nicht substantiiert entgegen, sondern beharrt auf seiner in der Beschwerdeantwort angeführten "Marktrecherche". Dabei handelt es sich um eine die Stückpreise der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin vergleichende Kostenschätzung, welche acht Positionen umfasst und angeblich den "ungefähren Jahresverbrauch" dieser Artikel abbilden soll. Neben den Positionen "Wasserfalle" und "Blutdruckmanschette" tragen sechs dieser Positionen die Bezeichnung "Kabel". Bei diesen Zubehörteilen generell von einer einjährigen Austauschfrequenz auszugehen, kann ohne Weiteres

als übertrieben gewertet werden. Dies gilt folglich auch für die damit begründete Preisdifferenz von "über Hunderttausend Franken pro Jahr bzw. über einer Million Franken in acht Jahren".

Selbst wenn auch bei den besagten Artikeln mit einem gewissen Verschleiss zu rechnen ist, kann der Argumentation des Beschwerdegegners nicht gefolgt werden. Verschleissbedingte Austauschfrequenzen sind sowohl produkt- als auch gebrauchtsabhängig. Einheitliche Vorgaben dazu in den Ausschreibungsunterlagen bringen daher unter dem Aspekt der Vergleichbarkeit keinen erkennbaren Vorteil gegenüber dem gewählten System mit Preislisten für Verschleiss- und Einwegmaterial.

Im Weiteren führt der Beschwerdegegner aus, würden die Listenpreise bei einer Neuausschreibung erklärtermassen in die Preisbewertung einfließen, seien zusätzliche bzw. höhere Rabatte zu erwarten. Dieser Einwand betrifft indes hauptsächlich den Kostenpunkt, worauf noch zurückzukommen ist (vgl. E. 5.5). Soweit es auf die hier zur Diskussion stehende Vergleichbarkeit der Angebote überhaupt einen Einfluss hat, ob die Preislisten mit oder ohne Rabatte zum Vergleich stehen, ist dieser Effekt jedenfalls nicht zwingend positiv. Ein Grund für die behauptete "wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen und damit eine Änderung des Zuschlagskriterienkatalogs" kann daher insofern ausgeschlossen werden.

5.6.2.2 Vom verbrauchsabhängigen Materialverschleiss zu unterscheiden ist der Fall, dass die Austauschfrequenzen für Ersatzteile rein zeitabhängig definiert werden. Entsprechende Angaben finden sich im Angebot der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nur mit Bezug auf die Produktpositionen 866424, 867030 und 865352. Dort empfiehlt die Beschwerdeführerin für insgesamt 18 PCs einen Ersatz nach fünf Jahren und für zwei bestimmte Typen von Akkus jeweils einen Austausch alle drei Jahre. Der Beschwerdegegner macht hierzu geltend, aus haftungsrechtlichen Gründen könne sich ein Spital gar nicht erlauben, von solchen Empfehlungen abzuweisen, welche das einwandfreie Funktionieren der Geräte sicherstellen. Die Austauschfrequenz sei folglich fix, weshalb die entsprechenden Kosten auch als regelmässiger Aufwand hätten offeriert werden müssen.

Dieser Einwand ist berechtigt, was indes nicht bedeutet, dass die Ausschreibung deswegen mangelhaft gewesen wäre. Wie bereits unter Verweis auf act. ... ausgeführt (vgl. oben E. 5.4.2), wurden im Preisblatt neben den Anschaffungskosten auch allfällige "Wiederkehrende Kosten" nachgefragt. In der Anbieter-Fragerunde hat der Beschwerdegegner sodann erklärt, dass damit "notwendige regelmässig anfallende Kosten" gemeint sind. Dass der rein zeitlich bedingte Austausch von Ersatzteilen als "wiederkehrend" im Sinn der Ausschreibung zu qualifizieren ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Vielmehr kann festgehalten werden, dass solche Kosten in der Ausschreibung sachgerecht und bewertungsrelevant nachgefragt wurden.

5.6.2.3 Eine andere Frage ist, ob die Anbieter derart "wiederkehrende" Kosten richtig deklariert haben. Auf die umstrittenen "Empfehlungen" der Beschwerdeführerin trifft dies jedenfalls nicht zu. Das hat der Beschwerdegegner jedoch bislang nicht als wesentlichen Mangel des

beschwerdeführerischen Angebots gewertet. Vielmehr hat er wiederholt bestätigt, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle sämtliche Ausschreibungsanforderungen. Ein Ausschlussgrund liegt somit erklärermassen nicht vor, worauf der Beschwerdegegner zu behaften ist. Geht man folglich von einem heilbaren Mangel aus, verteuert sich das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss den zutreffenden Berechnungen des Beschwerdegegners um insgesamt Fr. 127'280.-. Auf die Gesamtbewertung der Angebote hat dies jedoch keinen Einfluss. Bei der vorgegebenen Gewichtung von Qualität und Preis im Verhältnis 3:2 erzielt das beschwerdeführerische Angebot schon bei der Qualitätsbewertung mehr gewichtete Punkte als die nachfolgende Anbieterin insgesamt.

5.6.2.4 Zusammenfassend ist demnach weder substantiiert dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Detailgenauigkeit der Ausschreibungsvorgaben unter dem Titel "Verbrauchsmaterial" unzureichend gewesen wäre, bzw. dass sachliche Gründe für eine mehr als nur geringfügige Änderung der Leistungsbeschreibung vorlägen. Vielmehr erscheint das in der Ausschreibung gewählte Vorgehen mit der Unterscheidung zwischen regelmässig "wiederkehrenden Kosten", welche in der entsprechenden Rubrik des Preisblattes aufzuführen waren und der Einforderung von Preislisten für die verbrauchsabhängigen Kosten des Verschleiss- und Einwegmaterials, als durchaus zweckmässig. Ein wesentlicher Mangel, welcher die Wiederholung des Verfahrens rechtfertigen würde, kann in diesem Zusammenhang somit ebenfalls ausgeschlossen werden.

5.7 Damit bleibt nur noch der Kernpunkt der beschwerdegegnerischen Argumentation: die Einhaltung des gewünschten Kostenrahmens. Die Beschwerdeführerin stellt dazu fest, das vorhandene Budget lasse eine Vergabe an die ursprünglich zweitplatzierte Offertstellerin nicht zu. Der maximale Budgetrahmen liege bei Fr. 3,7 Mio. und werde vom Angebot der Beschwerdeführerin (Fr. 4,8 Mio.) um Fr. 1,1 Mio. bzw. rund 30 % überschritten. Es liege sodann "auf der Hand, dass der Markt weitere valable Angebote hergeben" werde, wenn man die Möglichkeit der Neuausschreibung nutze.

5.7.1 Ein rechtsgenügender sachlicher Grund für einen provisorischen Verfahrensabbruch kann auch dann vorliegen, wenn die Zielsetzungen für die Beschaffung verfehlt werden, weil sich die Angebote preislich erheblich über der Kostenschätzung der Vergabebehörde bewegen (VGr, 25. Oktober 2011, VB.2011.00330, E. 4.3, mit weiteren Hinweisen und auch zum Folgenden). So kann eine Vergabestelle beispielsweise mit dem Verzicht auf eine ausgeschriebene Position das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren, was den Zielsetzungen des Vergaberechts, nämlich der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel grundsätzlich nicht zuwiderläuft, sondern in vielen Fällen deren Verwirklichung dient.

Zeigt sich aufgrund der eingegangenen Offerten, dass die vorgesehene Vergabe *unerwartet hohe Kosten* verursacht, kann dies ein Grund für den Abbruch des Verfahrens sein. Das trifft allerdings nur zu, wenn die Kosten erheblich über den von der Vergabestelle im Voraus ermittelten liegen;

geringfügige Überschreitungen, wie sie sich häufig einstellen, rechtfertigen keinen Verfahrensabbruch. Von Bedeutung ist ferner, ob die Kostenerwartungen der Vergabestelle auf seriösen Abklärungen beruhen und als realistisch zu qualifizieren sind (vgl. VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 4 = BEZ 2002 Nr. 10).

5.7.2 Von den vier eingegangenen Angeboten lagen zwei im Bereich vom Fr. 3'200'000.- und zwei beliefen sich auf rund Fr. 4'812'000.-. Der Preisbewertung wurde eine Preisspanne von 100 % zu Grunde gelegt. Das günstigste Angebot erzielte die maximale Punktzahl. Die Punktzahl für höhere Angebote wurde sodann innerhalb der vorgegebenen Preisspanne linear interpoliert. Die Vorgabe einer als realistisch erachteten Preisspanne von 100 % eröffnete vorliegend einen konkreten Preisrahmen von rund Fr. 6,4 Mio. Mit rund Fr. 4,8 Mio. liegen die teureren Angebote folglich immer noch deutlich unter diesem Maximalwert. Sie können daher nicht ohne Weiteres als überrissen gewertet werden, zumal es sich nicht um einen einzelnen "Ausreisser" handelt, sondern immerhin um zwei Angebote, die zudem sehr nahe beieinander liegen. Zu den beiden günstigeren Angeboten ist festzuhalten, dass sich dasjenige der Zuschlagsempfängerin nicht aufrechterhalten liess, was bekanntlich zum Widerruf des Zuschlags führte. Das andere Tiefpreisangebot hat sodann bei der Zuschlagsbewertung in qualitativer Hinsicht derart schlecht abgeschnitten, dass demgegenüber die Preisbewertung der beiden teureren Angebote gar nicht mehr ins Gewicht fällt.

Der Beschwerdegegner stützt seine Preiskritik denn auch hauptsächlich auf interne Budgetüberlegungen. Dazu heisst es im entsprechenden Kreditantrag vom 12. Juli 2018:

"Werden die Aufwände der heutigen mit der künftigen Infrastruktur verglichen, so bewegen sie sich in einem ähnlichen Rahmen. In einer Übergangsphase ist jedoch mit Mehrkosten zu rechnen. Diese sind primär auf die ausserordentlichen Abschreibungen zurück zu führen. Der Neuwert der gegenwärtigen Infrastruktur beläuft sich auf 3,7 Mio. CHF. Das vorgegebene Projektziel unter dieser Summe zu bleiben kann somit erfüllt werden, wodurch der Kredit höflich beantragt werden dürfte [...]"

Wenn der Beschwerdegegner den Kostenrahmen demnach beim Neuwert der gegenwärtigen Infrastruktur von Fr. 3,7 Mio. ansetzt, erstaunt es nicht, dass dieser deutlich überschritten wird. Gemäss Ausschreibung umfasst das Projekt nicht nur den Ersatz dieser vorhandenen Infrastruktur. Hinzu kommt die zusätzliche Ausrüstung des Neubaus Didymos, wo laut Beschwerdeantwort ein "erheblicher Teil der Monitoringsysteme" eingesetzt werden soll. Überdies strebt der Beschwerdegegner mit der Einführung der fortschrittlicheren Masimo-Technologie einen technischen Ausbau an. Die höheren Angebotspreise wären folglich bei einer realistischeren Einschätzung durchaus voraussehbar gewesen.

5.7.3 Es kann sodann auch nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner verfüge gar nicht über die entsprechenden finanziellen Mittel. Ein betragsmässig fixierter Finanzierungsrahmen liegt dem Gericht nicht vor. Den Kreditantrag vom 12. Juli 2018 über Fr. 3,7 Mio. hat der Beschwerdegegner vielmehr selbst und trotz seines Wissens um die höheren Angebotspreise formuliert. Daraus kann nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass der Finanzierungsrahmen damit bereits erreicht wäre. Zwar verweist der Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang auf den die Ausstattung des

Neubaus betreffenden Sparbeschluss vom 4. Juli 2018. Dieser lag indes bei Erlass des Kreditantrags bereits vor, was den Beschwerdegegner nicht daran hinderte im letzteren den Kostenrahmen von Fr. 3,7 Mio. lediglich als "Projektziel" zu bezeichnen. Es kann ihm daher nicht gefolgt werden, wenn er in seiner Quadruplik geltend macht, das "Projektziel, CHF 3,7 Mio. nicht zu überschreiten" habe sich mit dem Sparbeschluss vom 4. Juli 2018 "in den Auftrag, CHF 3,7 Mio. klar zu unterschreiten" gewandelt.

5.7.4 Nachdem der Beschwerdegegner den Beschaffungsgegenstand nicht ändern bzw. höchstens noch zusätzliche Muss-Kriterien definieren will, ist nicht ersichtlich, dass bei einer Neuausschreibung mit zusätzlichen Anbietenden zu rechnen wäre. Vielmehr spricht die Statuierung zusätzlicher Muss-Kriterien eher für höhere Offertpreise und eine Einschränkung des Anbieterkreises (vgl. vorne E. 5.1.2). Ist demnach keine Öffnung des Marktes zu erwarten, erweist sich auch die Berufung des Beschwerdegegners auf seine Chancen im Markt als nicht stichhaltig. Veränderte Rahmen- oder Randbedingungen, welche günstigere Angebote erwarten liessen, sind jedenfalls weder substantiiert dargetan noch ersichtlich. Die vom Beschwerdegegner behaupteten Einsparmöglichkeiten erscheinen denn auch nur in einer Hinsicht nachvollziehbar, nämlich dahingehend, dass sich die bisherigen Anbietenden in Kenntnis der Angebotspreis zur Einreichung von Unterangeboten hinreissen lassen würden. Ein solches Vorgehen verstösst jedoch gegen das Verbot von Abgebotsrunden und verdient keinen Schutz.

6.

Zusammenfassend liegen somit keine Gründe vor, welche den provisorischen Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens zu rechtfertigen vermöchten. Demgemäss ist der provisorische Verfahrensabbruch in Gutheissung der Beschwerde im Verfahren VB.2018.00503 aufzuheben.

Da ein Vergabeverfahren nur durch Zuschlag oder rechtskräftigen Abbruch beendet werden kann, ist das strittige Submissionsverfahren nach wie vor rechtshängig (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 352 f. Rz. 797). Die Sache ist daher zur Fortsetzung des Verfahrens an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Nach dem Ausscheiden der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin belegt das Angebot der Beschwerdeführerin nunmehr unbestrittenermassen den ersten Platz. Der Zuschlag kann somit unter den gegebenen Umständen nur an sie erfolgen.

7.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Antragsgemäss ist er ausserdem zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Bei der betragsmässigen Festsetzung der Parteientschädigung ist einerseits dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich um zwei Beschwerden handelt. Andererseits liefen die Verfahren in der Folge weitgehend parallel. Vor diesem Hintergrund erweist sich eine Parteientschädigung für beide Verfahren von insgesamt Fr. 8'000.- als angemessen.

8.

Da der Wert des zu vergebenden Lieferauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Demgemäss beschliesst die Kammer:

1. Die Beschwerdeverfahren VB.2018.00455 und VB.2018.00503 werden vereinigt.
2. Die Sistierung des Beschwerdeverfahrens VB.2018.00455 wird aufgehoben.
3. Das Verfahren VB.2018.00455 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
4. Die Beschwerde VB.2018.00503 wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die Verfügung des Beschwerdegegners vom 13. August 2018 wird betreffend den provisorischen Abbruch und die angeordnete Wiederholung des Verfahrens aufgehoben. Die Sache wird im Sinn der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 10'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 280.-- Zustellkosten,
Fr. 10'280.-- Total der Kosten.
6. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
7. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 8'000.- zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids.
8. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
9. Mitteilung an ...