



**Fall-Nr.:** B 2021/140  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 17.08.2021  
**Entscheiddatum:** 01.07.2021

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 01.07.2021**

**Öffentliches Beschaffungsrecht, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Dass die im Einsatz stehenden Ultraschallgeräte wohl nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprechen, ist zwar nachvollziehbar. Allerdings ist die Ablösung überholter Technik in aller Regel nicht umgehend erforderlich, was sich vorliegend nicht zuletzt auch in der zeitlich gestaffelten Umsetzung der ausgeschriebenen Rahmenverträge zeigt. Schliesslich weist die Vorinstanz selbst darauf hin, dass bei unaufschiebbarem Handlungsbedarf vorübergehend Mietgeräte eingesetzt werden können. Die vorgängige Mitteilung der Zuschlagsverfügung per E-Mail, in welcher auf die schriftliche Eröffnung hingewiesen wurde, löst den Lauf der Rechtsmittelfrist nicht aus. Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass die Bewerberinnen im Evaluationsverfahren gleichbehandelt wurden. Die Bewertungstabellen zeigen keine Auffälligkeiten, die auf eine systematische und damit möglicherweise rechtswidrige Schlechterbewertung der Geräte der Beschwerdeführerin hindeuten. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/140).**

**Verfügung vom 1. Juli 2021**

Verfahrensbeteiligte

**Canon Medical Systems AG**, Chriesbaumstrasse 4, 8604 Volketswil,

**Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,**

vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. iur. Markus Schott und/oder MLaw Raphael Wyss, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, Postfach 1548, 8027 Zürich,

gegen



## St.Galler Gerichte

**Kantonsspital St. Gallen**, Direktion, Rorschacher Strasse 95, 9007 St. Gallen,

### **Vorinstanz und Gesuchsgegner,**

vertreten durch Rechtsanwältinnen lic. iur. Claudia Schneider Heusi und/oder Dr. iur. HSG Suzana Mark Ndue, Schneider Rechtsanwälte AG, Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

und

**GE Medical Systems (Schweiz AG)**, Europa-Strasse 31, 8152 Glattbrugg,

### **Beschwerdegegnerin 1,**

**Philips AG**, Seestrasse 87, 8810 Horgen,

### **Beschwerdegegnerin 2 und Gesuchsgegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Eric Buis und/oder lic. iur. Jeanine Latour, Buis Bürgi AG, Mühlebachstrasse 8, Postfach 672, 8024 Zürich,

**Siemens Healthcare AG**, Freilagerstrasse 40, 8047 Zürich,

### **Beschwerdegegnerin 3,**

Gegenstand

## **Vergabe Ultraschall-Diagnostikgeräte - Rahmenverträge (SIMAP Projekt 213495)**

### **Der Abteilungspräsident stellt fest:**

Die Canon Medical Systems AG (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin) hat gegen den vom Kantonsspital St. Gallen (Vorinstanz und Gesuchsgegner) am 31. Mai 2021



verfügten und am 1. Juni 2021 mit eingeschriebenem Brief versandten Zuschlag der Rahmenverträge zur Beschaffung von Ultraschall-Diagnostikgeräten an die GE Medical Systems (Schweiz) AG (Beschwerdegegnerin 1) und an die Philips AG (Beschwerdegegnerin 2 und Gesuchsgegnerin) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 14. Juni 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem beantragt, der Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inklusive Mehrwertsteuer) die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Der zuständige Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts hat der Vorinstanz in der Folge mit verfahrensleitender Verfügung vom 15. Juni 2021 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt, der Vorinstanz und den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sowie der Siemens Healthcare AG (Beschwerdegegnerin 3), deren Angebot ebenfalls nicht berücksichtigt worden war, Gelegenheit gegeben, bis 25. Juni 2021 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen, und sämtliche Verfahrensbeteiligten aufgefordert, innert gleicher Frist Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen.

Die Vorinstanz hat mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterinnen vom 25. Juni 2021 unter anderem die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt und dem Gericht die aus ihrer Sicht für den Entscheid über das Gesuch wesentlichen Akten eingereicht. Ebenfalls am 25. Juni 2021 hat die Beschwerdegegnerin 2 die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) beantragen lassen. Die Beschwerdeführerin – mit der Beschwerdeerhebung vom 14. Juni 2021 – und die Beschwerdegegnerinnen – mit Eingaben vom 24. Juni 2021 (Beschwerdegegnerinnen 1 und 3) und vom 25. Juni 2021 (Beschwerdegegnerin 2) – haben für Teile ihrer Unterlagen das Geschäftsgeheimnis geltend gemacht.

### **Der Abteilungspräsident erwägt:**

#### **1. *Zuständigkeit und Frist zum Entscheid***

Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen



gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die zehntägige Ordnungsfrist kann allein schon deshalb nicht eingehalten werden, weil der zuständige Abteilungspräsident den übrigen Verfahrensbeteiligten nach Eingang der Beschwerde am 15. Juni 2021 angesichts des aussergewöhnlichen Umfangs der Angebote – jenes der Beschwerdeführerin umfasst mehrere tausend Seiten – bereits eine zehntägige Vernehmlassungsfrist eingeräumt hatte.

### **2. Prüfungsprogramm**

Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist und je weniger schwer die gerügten Rechtsfehler und deren Folgen aus der Sicht des öffentlichen Interesses wiegen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349; M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 425).

### **3. Interessenabwägung**

Die Vorinstanz macht in der Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 (Rz. 68 f.) geltend, die Beschaffung der Ultraschall-Diagnostikgeräte sei dringlich. Die zu ersetzenden Anlagen seien alt, entsprächen nicht mehr den heutigen Anforderungen bezüglich Stand der Technik und müssten teilweise aufgrund von Störungen dringend ersetzt werden. Zur Sicherstellung des Betriebs sei sie auf Mietgeräte angewiesen, was mit zusätzlichen Kosten verbunden sei.

Die Terminplanung gemäss Ausschreibungsunterlagen (act. 12, Ordner I, Register 8, Seite 15/32) ging davon aus, der Zuschlag könne voraussichtlich am 11. Mai 2021 erteilt werden. Die Lieferung der ersten Geräte war für Juli 2021 vorgesehen. Die Vorinstanz selbst hat – indem sie über den Zuschlag rund drei Wochen später als vorgesehen entschieden hat – ihren Terminplan nicht eingehalten. Gründe dafür führt sie nicht an. Anders als – worauf die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde (Rz. 22) zu Recht hinweist – vergaberechtlich geboten (vgl. beispielsweise Präsidialverfügung B 2018/53 vom 1. März 2018 E. 2.1 mit Hinweisen), hat die Vorinstanz zudem bei der



zeitlichen Planung des Verfahrens die Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens offenkundig nicht in Betracht gezogen. Das Beschaffungsvorhaben dient sodann in erster Linie dem Ersatz im Einsatz stehender Geräte. Dass diese wohl nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprechen, ist zwar nachvollziehbar. Allerdings ist die Ablösung überholter Technik in aller Regel nicht umgehend erforderlich, was sich vorliegend nicht zuletzt auch in der zeitlich gestaffelten Umsetzung der ausgeschriebenen Rahmenverträge zeigt. Schliesslich weist die Vorinstanz selbst darauf hin, dass bei unaufschiebbarem Handlungsbedarf vorübergehend Mietgeräte eingesetzt werden können.

Den öffentlichen Interessen, welche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und für einen umgehenden Abschluss der Rahmenverträge sprechen, kann deshalb kein besonders schweres Gewicht beigemessen werden.

#### 4. *Ausreichende Begründung*

##### 4.1. *Rechtzeitigkeit der Beschwerde*

Die Vorinstanz geht grundsätzlich zu Recht davon aus, dass eine verspätet erhobene Beschwerde als nicht ausreichend begründet im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB erscheinen kann. Sie bringt im Wesentlichen vor, die Zuschlagsverfügung sei den Anbieterinnen am 1. Juni 2021 per E-Mail eröffnet und der zuständige Account Manager Ultrasound der Beschwerdeführerin gleichentags telefonisch zur Vereinbarung eines allfälligen Debriefings kontaktiert worden. Die zehntägige Rechtsmittelfrist sei deshalb am 11. Juni 2021 abgelaufen und die Beschwerde am 14. Juni 2021 daher verspätet erhoben worden.

Auch die Vorinstanz geht – zu Recht – davon aus, dass Verfügungen im Sinn von Art. 15 Abs. 2 IVöB und insbesondere der Zuschlag im Sinn von Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. e IVöB schriftlich zu eröffnen sind (vgl. Art. 35 VöB in Verbindung mit Art. 25 Abs. 2 VRP) und eine Eröffnung per E-Mail den Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht genügt. Die Vorinstanz verweist indessen auf Art. 26<sup>bis</sup> VRP, wonach mit schriftlicher Zustimmung des Beteiligten Zustellungen elektronisch erfolgen können. Die elektronische Eröffnung im Sinn dieser Bestimmung setzt die Zustellung über eine anerkannte Zustellplattform voraus, wobei die Verfügung zur Sicherstellung ihrer Authentizität mit einer elektronischen Signatur versehen werden muss (vgl. für die elektronische Einreichung von Eingaben und Beilagen an die Behörden Art. 11<sup>bis</sup> VRP; T. Tschumi, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N 42 und 43 zu



Art. 24-26<sup>bis</sup> VRP). Diesen Anforderungen genügt das E-Mail der Vorinstanz vom 1. Juni 2021 offensichtlich nicht (vgl. act. 12, Ordner I, Register 1). Abgesehen davon hat die Regierung die für die Ermöglichung des elektronischen Schriftverkehrs in der Verwaltungsrechtspflege erforderlichen ergänzenden Vorschriften auf Verordnungsstufe noch nicht geschaffen (vgl. Art. 31<sup>bis</sup> VRP). Die Mitteilung per E-Mail vom 1. Juni 2021 kann deshalb nicht als rechtsgültige Eröffnung der Zuschlagsverfügung behandelt werden. Wie die Frage der Eröffnung von Verfügungen im Vergabeverfahren dereinst auf der Grundlage von Art. 51 Abs. 1 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und des dazu ergehenden st. gallischen Ausführungsrechts zu beantworten sein wird, kann offenbleiben.

Zutreffend ist sodann die Auffassung der Vorinstanz, dass einer Partei aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil entstehen darf (vgl. BGE 144 II 401 E. 3.1 mit Hinweisen); ebenso ihr Hinweis auf die Rechtsprechung, wonach ein Rechtsmittel nach Treu und Glauben unter Umständen auch dann zu erheben ist, wenn die Eröffnung einer Verfügung mangelhaft erfolgte (vgl. GVP 2015 Nr. 62). Insbesondere verlangt der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, dass der Vertreter ein Rechtsmittel ergreift, nachdem er von einer Verfügung, welche nicht ihm, sondern dem Adressaten zugestellt wurde, Kenntnis erhalten hat. Er darf sich nicht darauf beschränken, eine neue, die Rechtsmittelfrist auslösende Eröffnung an ihn zu verlangen. Indessen hat die Vorinstanz ihre Zuschlagsverfügung vom 31. Mai 2021 nicht mangelhaft eröffnet, sondern den Anbieterinnen mit eingeschriebenem Brief vom 1. Juni 2021 formgerecht zugestellt. Sie hat darauf hingewiesen, dass es sich beim E-Mail vom 1. Juni 2021 samt angefügten pdf-Dateien lediglich um eine Mitteilung "vorab" handle und die "Dokumente ... parallel per Einschreiben verschickt" würden (vgl. act. 12, Ordner I, Register 1). Unter solchen Umständen ist weder eine mündliche Auskunft noch ein vorausgehendes Orientierungsschreiben der Vergabebehörde, wonach der Zuschlag erfolgt und das Angebot der – beschwerdeführenden – Anbieterin nicht berücksichtigt worden sei, geeignet, den Lauf der Rechtsmittelfrist auszulösen (vgl. GVP 1999 Nr. 33; BVGer B-5017/2017 Zwischenverfügung vom 13. Dezember 2017 E. 2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1271). Aus ihrer Verpflichtung, nach Treu und Glauben zu handeln (vgl. Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101, BV), kann deshalb nicht abgeleitet werden, die Beschwerdeführerin hätte bei der Berechnung der zehntägigen Rechtsmittelfrist von einer Eröffnung der Zuschlagsverfügung am 1. Juni 2021 ausgehen müssen.



Es besteht deshalb kein Anlass, die gegen die von der Beschwerdeführerin am 3. Juni 2021 entgegen genommene Zuschlagsverfügung (vgl. act. 12, Ordner I, Register 7) am 16. Juni 2021 erhobene Beschwerde – unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende (vgl. Art. 30 Abs. 1 VRP und Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO) – als verspätet zu beurteilen.

### **4.2. Unvollständiger Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin rügt eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. Sie macht geltend, bei der Demostellung hätten einzelne Fachbereiche die ausgestellten Geräte nicht in Augenschein genommen, sondern die Beurteilung nur gestützt auf die eingereichten Unterlagen vorgenommen. Erst eine genaue Analyse der vorinstanzlichen Bewertungsunterlagen könne Aufschluss darüber geben, ob dieser Umstand zu einer ungerechtfertigt tiefen Punktzahl geführt habe. Die Zuschlagsverfügung müsse deshalb aufgehoben und die Angelegenheit zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellungen an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. – Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 (Rz. 32 ff.) entgegen, die – verbliebenen – Anbieterinnen seien am 23. März 2021 darüber informiert worden, dass während der Demostellung sieben von insgesamt 52 Arbeitsplätzen nicht vor Ort am Gerät überprüft, sondern anhand der Unterlagen beurteilt würden. Die Beschwerdeführerin habe dieses Vorgehen in jenem Zeitpunkt nicht beanstandet.

Auch im Vergabeverfahren ermittelt die Behörde den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen (vgl. Art. 12 VRP). In der Würdigung der Beweise ist sie frei (vgl. Art. 21 Abs. 3 VRP). Welche Sachverhaltselemente für die Beurteilung der Angebote wesentlich sind und anhand welcher Beweismittel sie festgestellt werden, ergibt sich vorab aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus der Umschreibung der Eignungs- und Zuschlagskriterien. Beim Vergleich und der Würdigung der Angebote kommt der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. BGer 2D\_35/2017 vom 5. April 2018 = Pra 2018 Nr. 130 E. 5.1). Dieser Spielraum umfasst auch den Entscheid darüber, welchen Beweismitteln – vorliegend unter anderem schriftliche Unterlagen zu den Systemen sowie deren Demonstration und Testung – welches Gewicht beigemessen wird.

Gemäss Ausschreibungsanweisungen waren die Anbieterinnen verpflichtet, ihre Systeme in einer Messehalle an einem Stand aufzubauen und zu präsentieren. Es war klar auszuweisen, welche Gerätetypen für welchen Arbeitsplatz offeriert wurden (vgl. act. 12, Ordner I, Register 8, Ziffer 6c "Evaluationsverfahren"). Präsentation und Demonstration erfolgten nach Gerätetypen und nicht nach Fachbereichen und



Arbeitsplätzen. Bei sämtlichen Anbieterinnen nahmen dieselben vier Fachbereiche – Brustzentrum, Chirurgie, HNO, Muskelzentrum – an den Demonstrationen nicht teil (vgl. act. 12, Ordner I, Register 16 und 17). Keiner der von der Beschwerdeführerin offerierten Gerätetypen war einzig für den Einsatz in einem oder mehreren dieser Fachbereiche vorgesehen (vgl. act. 12, Ordner I, Register 12, Zusammenfassung der Offerte nach Gerätetypen). Alle von der Beschwerdeführerin offerierten Gerätetypen wurden – wenn auch nicht von allen betroffenen Fachbereichen – während der Demonstrationsphase von Fachpersonen in Augenschein genommen. Keiner der von der Beschwerdeführerin offerierten Gerätetypen wurde also allein aufgrund der schriftlichen Unterlagen beurteilt. Die vier Fachbereiche, die nicht teilnahmen, gehörten – worauf die Beschwerdeführerin selbst hinweist (Ziff. 14) – zudem nicht zu den "wichtigsten".

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die Anbieterinnen bei der Feststellung des Sachverhalts sowie der Erhebung und Würdigung der Beweise ungleich behandelt oder das vergaberechtliche Transparenzgebot verletzt hätte (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b und c IVöB). Bei der Erhebung der Tatsachen und der Würdigung der Arbeitsplätze in der Demonstrationsphase wurden alle Anbieterinnen gleichbehandelt, indem für die Arbeitsplätze von vier Fachbereichen die schriftlichen Unterlagen ausschlaggebend waren und die Anbieterinnen entsprechend informiert wurden. Die Beschwerdeführerin hatte im Übrigen – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – den Umstand, dass die Geräte für sieben Arbeitsplätze in der Demonstrationsphase einzig anhand der schriftlichen Unterlagen beurteilt wurden, nicht beanstandet. Insbesondere hatte sie nicht geltend gemacht, dass sie unter diesen Umständen ihre schriftlichen Unterlagen beispielsweise mit Dokumenten, die einzig an den betreffenden Ständen zur Verfügung standen, ergänzen wolle.

Allein aus dem Umstand, dass einzelne Fachbereiche die Gerätetypen nur anhand der schriftlichen Unterlagen, zu denen beispielsweise auch die Bedienungsanleitungen gehörten (vgl. act. 3/5, Ordnerregister 4), beurteilten, kann deshalb bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht geschlossen werden, die Vorinstanz habe den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und die Beweise in rechtswidriger Weise gewürdigt.

### **4.3. Rechtsungleiche Behandlung der Anbieterinnen**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestünden konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Geräte der Anbieterinnen nicht an denselben Arbeitsplätzen getestet worden seien. Es frage sich, nach welchen Kriterien welcher Anbieterin welche Arbeitsplätze zum Test zugewiesen worden seien. An dem ihr zugewiesenen Arbeitsplatz 01 in der



Frauenklinik habe sie ihr Vorzeigerät gar nicht einsetzen können. Die Bewertungen der verschiedenen Geräte der verschiedenen Anbieterinnen seien deshalb in keiner Weise vergleichbar. – Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 (Rz. 24 f.) fest, es seien – um die Gleichbehandlung zu gewährleisten – für die Teststellung für alle – verbliebenen – Anbieterinnen dieselben Arbeitsplätze definiert worden. Die Anbieterinnen seien per E-Mail am 5. März 2021 darüber informiert worden, in welchen Fachbereichen die offerierten Geräte an welchen Arbeitsplätzen getestet würden.

Die vorinstanzlichen Ausführungen sind anhand der eingereichten Kopien der E-Mails vom 5. März 2021 an die Anbieterinnen ohne weiteres nachvollziehbar (vgl. act. 12, Ordner I, Register 10 und 11). Für alle Anbieterinnen wurden in den Fachbereichen Anästhesie (Arbeitsplatz 02), Angiologie (Arbeitsplatz 01), Frauenklinik (Arbeitsplatz 01), Gastroenterologie (Arbeitsplatz 04), Neurologie (Arbeitsplatz 01), Kardiologie (Arbeitsplatz 01), Zentrale Notaufnahme (Arbeitsplatz 02) und Radiologie/ Nuklearmedizin (Arbeitsplatz 01) die offerierten Geräte für ein und dieselben Arbeitsplätze zum Test zugelassen. Die Befürchtung der Beschwerdeführerin, die Anbieterinnen seien rechtsungleich behandelt worden, indem die offerierten Geräte nicht an denselben Arbeitsplätzen getestet wurden, erscheint deshalb als unbegründet.

#### **4.4. Fehlerhafte Bewertung der Angebote**

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Festlegung der Arbeitsplätze in der Frauenklinik für die Teststellung. Am Arbeitsplatz 01, an welchem getestet wurde, würden lediglich zwei, am nicht getesteten Arbeitsplatz 02 aber sieben Geräte ersetzt. Letzterer habe in der Gesamtbewertung deshalb ein deutlich höheres Gewicht und sei repräsentativer. Mit dieser Auswahl habe die Vorinstanz ihr Ermessen willkürlich ausgeübt. – Die Vorinstanz legt in ihrer Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 (Rz. 22) dar, im Fachbereich der Frauenklinik sei der Arbeitsplatz 01 für die Tests vorgesehen worden, weil dort – High-End-Untersuchungen – und nicht wie beim Arbeitsplatz 02 lediglich Routine-Untersuchungen in der Mid-Range-Diagnostik – durchgeführt würden. Bereits in der Ausschreibung seien die Fachbereiche und die Anzahl der je Fachbereich für die Tests vorgesehenen Arbeitsplätze festgehalten worden. Den Anbieterinnen – und auch der Beschwerdeführerin – sei vorgängig mitgeteilt worden, an welchen Arbeitsplätzen die Geräte testweise eingesetzt würden (Rz. 28). Die Beschwerdeführerin hätte deshalb entsprechend ihrer Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, entsprechende Beanstandungen nicht erst in der Beschwerde gegen die Nichtberücksichtigung vorbringen dürfen.



## St.Galler Gerichte

Die Auflistung der Bewertung der Angebote zeigt, dass sich die Anzahl der eingesetzten Geräte bei der je Arbeitsplatz erzielbaren maximalen Punktzahl in einer entsprechenden Gewichtung niedergeschlagen hat (vgl. act. 12, Ordner II, Register 24). Dass sich die Vorinstanz beim testweisen Einsatz in der Frauenklinik für den Arbeitsplatz 01 und nicht für den Arbeitsplatz 02 entschieden hat, hat sie nachvollziehbar begründet. Die Frauenklinik hat zudem an der Demonstration teilgenommen und den für ihren Arbeitsplatz 02 vorgeschlagenen Gerätetyp nicht bloss anhand der schriftlichen Unterlagen bewertet. Die Vorinstanz hat die Details zur Ermittlung der Punktzahl je Anbieterin und Arbeitsplatz anhand der Benotungen durch die in den Fachbereichen beigezogenen Ärztinnen und Ärzte zwar nicht eingereicht. Indessen schildert sie das Vorgehen in ihrer Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 nachvollziehbar einerseits in allgemeiner Weise (Rz. 45) und andererseits anhand des konkreten Arbeitsplatzes 01 im Fachbereich Neurologie (vgl. act. 12, Ordner II, Register 25). Die Bewertung der Systeme auf der Grundlage der Demonstration beziehungsweise des Tests erfolgte hinsichtlich zahlreicher Haupt- und Teilaspekte. Die Einzelheiten dieser durch Fachpersonen vorgenommenen Benotungen entsprechend der in Ziffer 6.3.4 und 6.3.5 der Ausschreibungsanweisungen bekanntgegebenen Skala (vgl. act. 3, Register 4) liegen grundsätzlich im weiten Ermessensspielraum der Vorinstanz und sind einer gerichtlichen Überprüfung deshalb nicht zugänglich. Auffallend ist zwar, dass die Systeme der Beschwerdegegnerin 1 bei der weit überwiegenden Zahl der Arbeitsplätze deutlich besser als jene der übrigen Anbieterinnen beurteilt wurden. Dies gilt vor allem für die Arbeitsplätze in jenen Fachbereichen, welche die Benotung einzig auf die schriftlichen Unterlagen stützten. Hier wurden die Geräte der Beschwerdegegnerin 1 ausnahmslos am besten bewertet. Bei den acht Testarbeitsplätzen erreichten die Geräte der Beschwerdegegnerin 2 demgegenüber in drei Fällen die besten Noten, in fünf Fällen wurden die Geräte anderer Anbieterinnen besser beurteilt. Die Beschwerdegegnerin 2 hat damit insbesondere mit ihrer Demonstration überzeugt. Dass die Demonstration bei der Beurteilung der Systeme die grösste Bedeutung haben würde, ging aber bereits aus der Beschreibung des Evaluationsvorgehens in den Ausschreibungsunterlagen hervor. Insgesamt zeigen sich keine Auffälligkeiten, die auf eine systematische und damit möglicherweise rechtswidrige Schlechterbewertung der Geräte der Beschwerdeführerin hindeuten. Die Beschwerde erscheint deshalb – auch wenn die Bewertungsbögen nicht vorliegen – nach summarischer Prüfung nicht als ausreichend begründbar.

### 5. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde – selbst unter Berücksichtigung der nicht besonders schwer wiegenden öffentlichen Interessen an



einem umgehenden Abschluss der Rahmenverträge – nicht als hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist.

### 6. *Weiterer Verlauf des Beschwerdeverfahrens*

Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsabschluss dem Verwaltungsgericht umgehend mit. Sie ist sodann einzuladen, bis 27. Juli 2021 gegebenenfalls ihre Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 in der Hauptsache zu ergänzen. Den Beschwerdegegnerinnen ist Gelegenheit zu geben, sich innert derselben Frist zur Beschwerde in der Hauptsache vernehmen zu lassen. Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen. Entsprechend Art. 30 Abs. 3 VRP sind die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 15 Abs. 4 IVöB beziehungsweise gemäss Art. 30 Abs. 2 Ingress und lit. c VRP keine Gerichtsferien gelten.

### 7. *Kosten*

Die amtlichen Kosten des Zwischenentscheides gehen zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000 zu verrechnen. CHF 18'000 sind bei der Hauptsache zu belassen.

Die Beschwerdeführerin ist unterlegen, die berufsmässig vertretene Vorinstanz obsiegt zwar und beantragt die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung unter Entschädigungsfolge, hat jedoch als Vergabebehörde und verfügende Partei nach der ständigen und langjährigen Praxis des Verwaltungsgerichts keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98<sup>bis</sup> VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829). Die berufsmässig vertretene Beschwerdegegnerin 2 hat die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung unter Entschädigungsfolge beantragt und obsiegt. Eine Kostennote hat sie nicht eingereicht. Die Beschwerdeführerin hat sie für das Zwischenverfahren mit einem pauschalen Honorar von CHF 3'000 zuzüglich pauschalen Barauslagen von CHF 120 ausseramtlich zu entschädigen (Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. c und Art. 28<sup>bis</sup> der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO). Da die Beschwerdegegnerin 2 selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld wieder abziehen kann, kann die Mehrwertsteuer unberücksichtigt bleiben (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194).



### Der Abteilungspräsident verfügt:

**1.**

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Die Vorinstanz wird eingeladen, ihre Vernehmlassung vom 25. Juni 2021 gegebenenfalls bis **2. August 2021** in der Hauptsache zu ergänzen; die Beschwerdegegnerinnen erhalten Gelegenheit, sich innert gleicher Frist in der Hauptsache vernehmen zu lassen (in fünffacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.

**3.**

Es gelten keine Gerichtsferien.

**4.**

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 2'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000. CHF 18'000 verbleiben bei der Hauptsache.

**5.**

Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 3'120 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Zürn