



<b>Fall-Nr.:</b>	B 2021/41
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Rubrik:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	12.03.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	08.03.2021

### **Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 08.03.2021**

**Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde ausgeschlossen, weil bei einem Testeingriff Interferenzen zwischen dem von ihr offerierten Endoskopsystem und der eingesetzten chirurgischen Lasertechnologie Interferenzen und in der Folge Bildstörungen auftraten. Die Problematik war der Beschwerdeführerin bekannt. Sie musste aufgrund der Ausschreibung davon ausgehen, dass ihr System auch zusammen mit Laser eingesetzt würde und hätte mindestens bei der Einreichung des Angebots darauf hinweisen müssen. Sie selbst betrachtet zudem das nachträglich angebotene Ersatzprodukt als Übergangslösung. Der Ausschluss ihres Angebots ist deshalb vergaberechtlich jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung haltbar. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen. Der Vergabebehörde bleibt der Abschluss des Vertrags indessen weiterhin einstweilen untersagt, weil die Beschwerdeführerin auch die Zuschlagsverfügung angefochten und dort ebenfalls um aufschiebende Wirkung nachgesucht hat (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2021/41).**

#### **Verfügung vom 8. März 2021**

Verfahrensbeteiligte

**Anklin AG**, Bodenmattstrasse 34, 4153 Reinach BL,

**Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philippe Nordmann und/oder Rechtsanwältin Dr. Pandora Kunz-Notter, Walder Wyss AG, Aeschenvorstadt 48, Postfach 633, 4010 Basel,



gegen

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

**Vorinstanz und Gesuchsgegner,**

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

Gegenstand

**Vergabe "Endoskopiesysteme Los 3" (Ausschluss vom Verfahren) /  
aufschiebende Wirkung**

**Der Abteilungspräsident stellt fest:**

Die Anklin AG (Beschwerdeführerin) hat gegen den vom Kantonsspital St. Gallen (Vorinstanz) am 8. Februar 2021 verfügten und von ihr am 10. Februar 2021 entgegengenommenen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe der Endoskopiesysteme Los 3 (Urologie/Gynäkologie) mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 22. Februar 2021 beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben und unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt. Der zuständige Abteilungspräsident hat der Vorinstanz, welche am 10. Februar 2021 auch über den – von der Beschwerdeführerin ebenfalls angefochtenen (B 2021/42) – Zuschlag verfügt hat, mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. Februar 2021 den Abschluss des Vertrags einstweilen untersagt. Die Beschwerdeführerin hat am 26. Februar 2021 für ihre Offertunterlagen und weitere sie direkt oder indirekt betreffende Verfahrensakten und Informationen Geschäftsgeheimnisse und Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht. Die Vorinstanz hat mit Stellungnahme vom 1. März 2021 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 um aufschiebende Wirkung wesentlichen Akten eingereicht.



Für die Beurteilung, ob die Beschwerde gegen den Zuschlag als ausreichend begründet erscheint und ihr die aufschiebende Wirkung erteilt werden kann, ist der weitere Verlauf des Beschwerdeverfahrens betreffend den Ausschluss von Bedeutung. Deshalb sistierte der zuständige Abteilungspräsident das Beschwerdeverfahren betreffend den Zuschlag mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. Februar 2021 und hielt fest, der Vorinstanz sei der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin auch aufgrund dieses Verfahrens einstweilen untersagt.

In der Folge ist deshalb zunächst zu entscheiden, ob der Beschwerde gegen den Ausschluss die von der Beschwerdeführerin beantragte aufschiebende Wirkung zu erteilen ist.

### **Der Abteilungspräsident erwägt:**

#### **1. Zuständigkeit**

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).

#### **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. *Interessen am umgehenden Vertragsabschluss*

Die Beschaffungsplanung sah die Lieferung für den Bereich Gynäkologie für das erste Quartal 2020 vor. Für den Bereich Urologie ist das Jahr 2022 vorgesehen (vgl. Ziffer 1.2 der Eckdaten und Ausschreibungsanweisungen; act. 8, Beilage 3.1). – Die Vorinstanz stuft den Ersatz der Endoskopiesysteme vor allem im Bereich der Frauenklinik als dringlich ein. Die aktuellen teilweise seit 17 Jahren im Einsatz stehenden Systeme mit entsprechend hohem Ausfallrisiko entsprächen nicht mehr dem Stand der Technik. Eine optimale Patientenversorgung sei nicht mehr gegeben. Die Beschwerdeführerin hält dem einerseits das öffentliche Interesse an einem vergaberechtskonformen Beschaffungsverfahren und ihr privates wirtschaftliches Interesse und andererseits den ohnehin nicht einhaltbaren Zeitplan, der mehr eine Richtlinie als eine fixe Terminvorgabe darstelle, und die Pflicht der Vorinstanz, allfällige Beschwerdeverfahren in die Planung einzubeziehen, entgegen. – Das Beschaffungsrecht selbst relativiert die Bedeutung seiner praktischen Umsetzung, indem es Beschwerden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zuerkennt. Der Beschaffungsgegenstand ist Teil einer mittel- bis langfristigen Anpassung des von der Vorinstanz eingesetzten medizinischen Geräts an den Stand der Technik. Dieser Prozess ist zwar für die Erfüllung des Ziels, in der medizinischen Versorgung einen universitären Standard zu bieten, von Bedeutung (vgl. Ziffer 1.1 der Eckdaten und Ausschreibungsanweisungen; act. 8, Beilage 3.1). Er verläuft indessen kontinuierlich und ist nicht von der Einhaltung präziser Termine abhängig. Die Vorinstanz muss und kann in der Planung auch die Möglichkeit von Beschwerden gegen ihre Verfügungen im Vergabeverfahren berücksichtigen. Erscheint allerdings die Beschwerde gegen den Ausschluss offensichtlich als nicht ausreichend begründet, ist dem Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht zu entsprechen, auch wenn die öffentlichen Interessen an einem umgehenden Vertragsabschluss nicht besonders gewichtig sind.

### 4. *Ausreichende Begründung der Beschwerde*

#### 4.1. *Ausschlussgrund*

Die Vorinstanz macht geltend, die Beschwerde erscheine nicht als ausreichend begründet, weil auf sie – mangels Aussicht der Beschwerdeführerin auf den Zuschlag – nicht eingetreten werden könne. Soweit sich der Streit nicht um die Rechtzeitigkeit der Rügen gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen dreht, fällt die Frage mit der materiellen Frage zusammen, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin gerechtfertigt erscheint. Beides ist im Folgenden summarisch zu prüfen.

Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass es beim Testeingriff – einer Laserenukleation



der Prostata – aufgrund von Interferenzen zwischen der vom Spital eingesetzten Lasertechnologie und der offerierten Kamera zu Bildstörungen gekommen ist. Die Vorinstanz hielt fest, das sei für eine konzentrierte und sichere Durchführung der Eingriffe gemäss Ausschreibung im Fachbereich Urologie nicht akzeptabel. Mit den offerierten Produkten seien nicht sämtliche Operationen durchführbar. Das Angebot erfülle deshalb als zwingend definierte Anforderungen nicht. Das offerierte Ersatzprodukt erfülle hinsichtlich Gewicht, Form und Konstruktion die Anforderungen an einen Kamerakopf zur optimalen Durchführung der notwendigen Eingriffe im Fachbereich Endo-Urologie nicht. Dessen Berücksichtigung würde zudem das Gleichbehandlungsgebot verletzen. Die Vorinstanz schloss die Beschwerdeführerin deshalb vom Vergabeverfahren aus.

### **4.2. Rechtsgrundlage**

Art. 12 Abs. 1 VöB zählt – nicht abschliessend – die Gründe auf, aus denen ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Produkteanforderungen als Eignungskriterien sind absolute Kriterien, deren Nichterfüllung zum Ausschluss eines Angebots führen muss (vgl. BGer 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 1.2.2 mit Hinweis). Unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch ist der Ausschluss, wenn die Abweichungen von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend sind (vgl. BGer 2C\_969/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 1.2.3). Die Vergabehörde kann auf eine strikte Einhaltung streng interpretierter Bedingungen zur Gewährung des wirksamen Wettbewerbs verzichten (vgl. BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 3.2).

### **4.3. Würdigung**

#### **4.3.1. Erkennbares Musskriterium gemäss Ausschreibungsunterlagen**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Angebot könne nicht mangels Erfüllung eines Musskriteriums ausgeschlossen werden. In den Ausschreibungsunterlagen sei der eingesetzte Laser nicht offengelegt worden und sie habe bis zur Durchführung des Testeingriffs nicht damit rechnen müssen, dass für Enukleationen Lasertechnologie eingesetzt würde. Der "Mangel" sei deshalb auf eine erst nach Einreichung des Angebots erkennbare Unvollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen zurückzuführen.

Wer vorbehaltlos die Ausschreibungs- oder Einladungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots macht, dem ist es grundsätzlich verwehrt, nach einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens Mängel der Unterlagen zu rügen. Im Beschwerdeverfahren muss aber auf die Ausschreibung und die



## St.Galler Gerichte

Ausschreibungsunterlagen zurückgekommen werden können, wenn die volle Bedeutung und Tragweite ihres Inhalts auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben (vgl. GVP 2015 Nr. 41).

Im Anhang 2 zu den Eckdaten und Ausschreibungsanweisungen mit dem Titel "Lastenheft (Urologie / Frauenklinik) " werden die Anforderungen an die Endoskopiesysteme des Loses 3 umschrieben. Teilweise sind sie als Musskriterien gekennzeichnet. Das gilt insbesondere für die Bestätigung des Lieferanten unter dem Titel "Untersuchungen und Interventionen (gemäss Liste Zuordnung Eingriffe – Endoskopiesysteme)" in Nr. 2.16.01 und 03, dass die Fachbereiche Urologie und Frauenklinik mit den angebotenen spezifischen Endoskopiesystemen alle Eingriffe (gemäss Liste Anhang 8 inklusive Spezialfunktionen) durchführen können (vgl. act. 8, Beilagen1, Seiten 19 und 20/31, und Beilage 3.3, Seite 14/23). In Anhang 8 werden unter anderem die "Enukleation" und die "Laservaporisation" genannt (vgl. act. 8, Beilage 3.10). Im Lastenheft und auf der Inventarliste zum Los 3, die als Anhänge 2 und 7 Teil der Eckdaten und Ausschreibungsanweisung waren, werden die Geräte der Elektrochirurgie, nicht aber Lasergeräte erwähnt (vgl. act. 8, Beilage 3.3, Ziffer 2.15.01, und Beilage 3.9). Im Lastenheft wird nach Schwierigkeiten bei der Integration der aufgeführten Drittgeräte gefragt (Anhang 2 Ziffer 2.15.08).

In den Ausschreibungsunterlagen wird zwar der in der urologischen und gynäkologischen Chirurgie von der Vorinstanz eingesetzte Laser – im Gegensatz zu den Geräten der Elektrochirurgie – nicht aufgeführt und nur nach Schwierigkeiten bei der Integration der aufgeführten Drittgeräte gefragt. Trotzdem musste die Beschwerdeführerin, die sich als eines der im Dienst der Endoskopie für die Humanmedizin führenden Unternehmen in der Schweiz bezeichnet (vgl. <https://anklin.ch>, aufgesucht am 8. März 2021), davon ausgehen, dass die von ihr angebotenen Endoskopiesysteme bei chirurgischen Interventionen auch zusammen mit chirurgischer Lasertechnologie eingesetzt würden. Dass jedenfalls bei Vaporisationen Laser zum Zug kommen wird, ergab sich ausdrücklich aus der Liste der Untersuchungen und Interventionen. Die Vorinstanz führte in den Eckdaten und Ausschreibungsanweisungen (Ziffer 1.1) zudem aus, sie weise in Bezug auf Versorgung und Qualität universitären Standard auf. Die Beschwerdeführerin musste unter diesen Umständen damit rechnen, dass die Vorinstanz Enukleationen der Prostata auch mittels Lasertechnologie – und nicht nur mit der klassischen Elektroschlinge – durchführen werde. Da der Beschwerdeführerin das Problem der Interferenz zwischen



Laser und angebotenem Kamerakopf bekannt war, war für sie auch die – aus ihrer Sicht bestehende – Lücke in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar. Dies gilt umso mehr, als in den Eckdaten und Ausschreibungsanweisungen im Zusammenhang mit der Gliederung ausdrücklich und allgemein auf die Bedeutung der Kompatibilitäten zu Drittgeräten hingewiesen wurde (Ziffer 5.3.3). Unter diesen Umständen hätte es nahegelegen, sich – wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen – bei der Vorinstanz nach dem konkret von ihr eingesetzten Lasersystem zu erkundigen. In den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, jede Firma habe die Möglichkeit, über alle mit der Ausschreibungen verbundenen Aspekte, die sie nicht vollständig verstanden habe oder die ihrer Auffassung nach unterschiedlich interpretiert werden könnten, Fragen einzureichen. Gleichzeitig schloss die Vorinstanz aus, für Fehler, Mehrdeutigkeiten oder Widersprüche haftbar gemacht werden zu können. Der Anbieter habe sich bei Unklarheiten eingehend im Rahmen der Fragestellung zu informieren. Nachträgliche Einwendungen, die auf ungenügende Information zurückzuführen seien, würden nicht anerkannt (vgl. Ziffern 4.4 und 4.7 der Eckdaten und Ausschreibungsrichtlinien). Die Beschwerdeführerin wäre zumindest aber gehalten gewesen, im Angebot auf die ihr bekannte mögliche fehlende Kompatibilität hinzuweisen.

Damit erweist sich die Rüge, die Ausschreibungsunterlagen seien unvollständig gewesen und die Unvollständigkeit habe erst beim Testeingriff festgestellt werden können, jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung als verspätet.

### **4.3.2. Vergaberechtlich haltbarer Ausschluss der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin bringt einerseits vor, der Testeingriff habe trotz der Bildstörung erfolgreich durchgeführt werden können. Indem sie eine Ersatzlösung offeriert, anerkennt sie andererseits, dass ihr Angebot den Anforderungen, die an die Durchführung einer Laserenukleation der Prostata gestellt werden, nicht genügt. Wenn sie das Problem als bekannt bezeichnet und – bis "eine Lösung gefunden" ist – einen alternativen Kamerakopf offeriert (act. 8, Beilage 2), erachtet sie selbst auch die Ersatzlösung zumindest als unbefriedigend.

Dass die Vorinstanz davon ausgeht, mit dem von der Beschwerdeführerin angebotenen Kamerakopf könne eine Laserenukleation der Prostata aufgrund der nicht akzeptablen Bildstörungen nicht konzentriert und sicher ohne Gefährdung der Patientensicherheit durchgeführt werden, ist ohne weiteres nachvollziehbar. Der Mangel erscheint mit Blick auf die praktische Bedeutung des Einsatzes der Lasertechnologie bei operativen



Eingriffen in der Urologie und insbesondere bei der relativ häufig durchgeführten Enukleation der Prostata auch so schwer, dass die Vorinstanz nicht gehalten war, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einer Nachbesserung ihres Angebots einzuräumen. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren erscheint deshalb bei der gebotenen summarischen Prüfung vergaberechtlich jedenfalls als haltbar.

Ob das nachgebesserte Angebot ebenfalls ein Musskriterium nicht erfüllen würde und ausgeschlossen oder aber so schlecht bewertet werden dürfte, dass die Beschwerdeführerin keine Aussicht auf den Zuschlag hätte, kann unter diesen Umständen offenbleiben. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die alternative Lösung den gestellten Anforderungen zumindest nicht optimal gerecht wird. Insbesondere ist nicht nachgewiesen, dass die Interferenzen zwischen dem ersatzweise offerierten Kamerakopf und der von der Vorinstanz eingesetzten Lasertechnologie nicht auftreten. Die Beschwerdeführerin bringt zu Recht auch nicht vor, die Vorinstanz hätte auf den Ausschluss im Interesse an der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs – dem letztlich auch das öffentliche Beschaffungsrecht dienen soll (vgl. Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. a IVöB) – im Bereich der Endoskopiertechnik verzichten müssen. Eine solche vergaberechtliche Verpflichtung kann insbesondere dann nicht bestehen, wenn – wie vorliegend – das offerierte Produkt unbestrittenermassen nicht geeignet ist, bei einem Standardeingriff seine wesentliche Aufgabe zu erfüllen.

### **5. Ergebnis und weiterer Verlauf des Verfahrens**

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Der Vorinstanz bleibt indessen der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin aufgrund der verfahrensleitenden Verfügung vom 23. Februar 2021 im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag (B 2021/42) und bis zu einem allfälligen gegenteiligen Entscheid in jenem Verfahren einstweilen weiterhin untersagt. Wird der Entscheid über die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung im vorliegenden Beschwerdeverfahren betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren rechtskräftig, ist über die Weiterführung des sistierten Beschwerdeverfahrens betreffend den Zuschlag zu befinden.

### **6. Kosten des Zwischenverfahrens**

Die amtlichen Kosten des Zwischenentscheides gehen zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie



## St.Galler Gerichte

ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'000 zu verrechnen. CHF 2'000 sind bei der Hauptsache zu belassen. Ausseramtliche Kosten für das Zwischenverfahren sind nicht zu entschädigen: Die Beschwerdeführerin ist unterlegen, die berufsmässig vertretene Vorinstanz obsiegt zwar, 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).

### **Der Abteilungspräsident verfügt:**

**1.**

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin bleibt der Vorinstanz bis zu einer allfälligen gegenteiligen Anordnung im Verfahren B 2021/42 einstweilen weiterhin untersagt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten dieser Zwischenverfügung von CHF 1'000 unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'000. CHF 2'000 verbleiben bei der Hauptsache.

**4.**

Ausseramtliche Kosten werden für das Zwischenverfahren nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Eugster