

chen des Beruhigungsmittels Temesta gesprochen wird, während die medikamentöse Psychotherapie mit Remeron statt Sertralin und die Opiat-Substitution mit Subutex fortgesetzt wurde.

OGer, 03.07.2013

3606

Submission. Wurde ein Eignungskriterium als Ausschlusskriterium vorgesehen, und dürfen laut Pflichtenheft nur geeignete Offerten bei der weiteren Evaluation berücksichtigt werden, so ist die Vergabebehörde verpflichtet, vorab über den Ausschluss ungeeigneter Offerten zu entscheiden. Wird dies unterlassen, so kann sich aus Treu und Glauben ergeben, dass sich die Vergabebehörde bei der definitiven Vergabe dann nicht mehr auf dieses Ausschlusskriterium berufen kann.

Sachverhalt:

Zur Verminderung der Entwicklungsrisiken und zur Schonung der eigenen Personalarressourcen will die Vergabebehörde eine integrierte Steuersoftware beschaffen, welche im Wesentlichen schon entwickelt ist. Daher wurde als Eignungskriterium M2 der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt verlangt, das schon in einem Kanton der Deutschschweiz in produktivem Einsatz ist.

Aus den Erwägungen:

5.3 Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Anforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden. Eine Kompensation durch eine Mehreignung bei einem andern Eignungskriterium ist nicht möglich (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 554 ff., 588).

Das hier umstrittene Eignungskriterium M2 ist als Ausschlusskriterium ausgestaltet. Um am Vergabeverfahren teilnehmen zu können, muss die angebotene Software bei mindestens einer kantonalen Verwaltung der Deutschschweiz im produktiven Einsatz sein. Im Ingress zu den 18 Eignungskriterien wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Eignungskriterien zwingend erfüllt sein müssten, da sonst kein Zuschlag erfolgen könne.

5.4 Die Vergabebehörden sind grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen, was bedeutet, dass ein Mitbieter im Beschwerdeverfahren u.a. zur Rüge berechtigt sein muss, der Zuschlagsempfänger hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

Der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen andern Anbieter erfolgen. In der Regel haben die Anbieter keinen Anspruch darauf, dass über einen allfälligen Ausschluss von der Teilnahme am Beschaffungsverfahren mit separater Entscheidung vorweg entschieden wird. Die Vergabebehörden machen häufig von der Möglichkeit des impliziten Ausschlusses Gebrauch, da der Erlass von gesonderten Ausschlussverfügungen das Verfahren verzögern kann. Umgekehrt ist es in einem offenen Verfahren auch zulässig, Anbietende, welche die Eignungsanforderungen nicht erfüllen, vom weiteren Verfahren direkt, mittels anfechtbarer Verfügung, auszuschliessen und ihnen dies nicht erst im Zuschlagsentscheid zu eröffnen. Ist die Vergabebehörde in dieser Weise vorgegangen, so ist es nicht zulässig, die Eignung der im Verfahren verbleibenden Anbieter erst nach Eintritt der Rechtskraft des mangels Eignung ausgeschlossenen Anbieters zu prüfen, denn dieses Vorgehen schneidet dem ausgeschlossenen Anbieter die Möglichkeit ab, auf dem Rechtsmittelweg überprüfen zu lassen, ob bei der Eignungsprüfung das Gleichbehandlungsgebot eingehalten worden ist. Der Ausschluss mangels Eignung darf folglich erst dann verfügt werden, wenn auch in Bezug auf die Konkurrenten die Eignungsprüfung durchgeführt worden ist (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 435, 449 f.).

Aus dem oben Dargelegten ist ersichtlich, dass die Vergabestellen verschiedene Möglichkeiten zur Handhabung und Beurteilung von Eignungskriterien haben. Aus dieser Vielfalt können sich aber auch Unsicherheiten im Verfahrensablauf ergeben. Um solche Unsicherheiten möglichst zu vermeiden, hat die Vorinstanz für sich und die Teilnehmer am Beschaffungsverfahren präzise Regeln über das weitere Vorgehen nach Eingang der Offerten aufgestellt. Diese Regeln schreiben vor, dass nach Eingang der Offerten die Untersuchung der Angebote auf Ausschlussgründe (Ziff. 9.2.1 lit. a) und die Prüfung der Eignung (Ziff. 9.2.1 lit. b) zu erfolgen hatte. Nach diesen beiden Vorgehen kam Ziff. 9.2.2 des Pflichtenhefts zur Anwendung. Diese lautet:

Die Eignungskriterien (Anhang 1) müssen durch den Anbieter und dessen Angebot zwingend erfüllt sein, damit die Offerte für die weitere Evaluation berücksichtigt werden kann.

Aufgrund dieser von der Vorinstanz selbst für sich und die Anbieter verbindlich ins Pflichtenheft aufgenommenen Bestimmung hätte nach der Prüfung der Eignung der Bewerber und deren Angebote über einen allfälligen Ausschluss derjenigen Angebote entschieden werden müssen, denen die Vorinstanz die Eignung abgesprochen hätte. Der Wortlaut von Ziff. 9.2.2 des Pflichtenhefts ist klar. Die Eignung der Anbieter und deren Angebote musste zwingend erfüllt sein, damit eine Offerte für die weitere Evaluation (Ziff. 9.2.1 lit. c-h) berücksichtigt werden konnte. Mit den klaren Regeln im Pflichtenheft zur Eignungsprüfung und deren Folgen hatte die Vorinstanz nicht mehr die Möglichkeit, die ungeeigneten Anbieter erst in der Zuschlagsverfügung implizit

vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Sie selbst hatte die Vorschrift aufgestellt, dass nicht geeignete Anbieter resp. deren Angebote nicht zur weiteren Evaluation i.S.v. Ziff. 9.2.1 lit. c-h des Pflichtenheftes zugelassen werden konnten. Das bedeutet, dass nach der Prüfung der Eignungsvoraussetzungen über den Ausschluss der als ungeeignet erachteten Anbieter separat zu entscheiden war. Das hat die Vorinstanz unterlassen.

5.5 Die Beschwerdeführerin behauptet heute, wie schon im ersten Beschwerdeverfahren, und hat auch zum Beweise verstellt, dass die Vorinstanz anlässlich des sog. Debriefings vom 16. April 2012 auf besondere Nachfrage bestätigt habe, dass bei ihrem Angebot sämtliche Eignungskriterien, also auch M2, erfüllt seien. Die Vorinstanz bestreitet dies.

Wie weiter unten dargelegt wird, kann sich die Vorinstanz aus andern Gründen nicht mehr auf das Eignungskriterium M2 berufen. Es ist daher nicht notwendig, die von der Beschwerdeführerin offerierten Beweise abzunehmen.

5.6 Obwohl die Vorinstanz nach ihren eigenen Regeln im Pflichtenheft zunächst die Eignung der Beschwerdeführerin hätte prüfen und gegebenenfalls über deren Ausschluss hätte entscheiden sollen, hat sie diese zum weiteren Evaluationsverfahren zugelassen und ihr Angebot in einem aufwendigen Verfahren anhand der Zuschlagskriterien geprüft. Diese Prüfung hat für das Angebot der Beschwerdeführerin 645.1 Punkte ergeben und die Beschwerdeführerin auf Rang zwei nach der Zuschlagsempfängerin gebracht. In der ersten (nichtigen) Zuschlagsverfügung vom 4. April 2012 und im Laufe des Schriftenwechsels des ersten Beschwerdeverfahrens hat sich die Vorinstanz nicht zur Erfüllung des Eignungskriteriums M2 durch die Beschwerdeführerin geäußert. Sie hatte damals die Beschwerdeführerin auch nicht implizit aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Mit ihrem Vorgehen hat sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalten. Obwohl im Pflichtenheft zwingend vorgesehen ist, dass zunächst die Eignung der Anbieter zu prüfen, dann ungeeignete Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen und erst in einem dritten Schritt die Angebote der verbleibenden Anbieter aufgrund der Zuschlagskriterien zu bewerten sind, hat die Vorinstanz die angeblich ungeeignete Beschwerdeführerin, resp. deren angeblich ungeeignetes Angebot, anhand der Zuschlagskriterien bewertet und ihr für dieses (ungeeignete) Angebot 645.1 Punkte zugeteilt. Das sind nur 36.5 Punkte weniger als die Zuschlagsempfängerin. Nach der umfangreichen Bewertung hat die Vorinstanz dann die Beschwerdeführerin nachträglich doch noch implizit vom Verfahren ausgeschlossen.

Behörden dürfen sich gegenüber Privaten nicht widersprüchlich verhalten. Sie dürfen insbesondere nicht einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund ändern (*Häfelein/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St.Gallen 2010, N 707). Verhält sich eine Verwaltungsbehörde widersprüchlich und vertrauen Private auf deren ursprüngliches Verhalten, stellt

das widersprüchliche Verhalten zugleich eine Verletzung des Vertrauensprinzips dar. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr. Er wirkt sich im Verwaltungsrecht in zweifacher Hinsicht aus. Zunächst verleiht er den Privaten in Form des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Sodann verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Beziehungen widersprüchlich zu verhalten. Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in förmliche behördliche Akte oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (*Wiederkehr/Richli [Hrsg.]*, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, N 1964 f., 2122). Der Vertrauensschutz bedarf zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen etwa Verfügungen und Entscheide, verwaltungsrechtliche Verträge, Auskünfte und Zusagen, Raumpläne oder die Duldung eines rechtswidrigen Zustandes in Betracht. In der Regel kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Der Vertrauensschutz kann unterschiedliche Rechtsfolgen haben. Er kann in der Form des Bestandesschutzes eine Bindung der Behörde an die Vertrauensgrundlage bewirken oder den Privaten einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat verschaffen. In der schweizerischen Rechtsprechung steht der Bestandesschutz im Vordergrund (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., N 697).

Vorliegend stellt die Ausschreibung des Auftrags, die gemäss Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; bGS 712.1) in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen wurde, eine Vertrauensgrundlage dar, auf die sich die Anbieter verlassen durften. Sie durften somit darauf vertrauen, dass sich die Vorinstanz insbesondere an das von ihr selbst aufgestellte Pflichtenheft halten würde (Bestandesschutz). Das aber hat die Vorinstanz ohne sachlichen Grund nicht getan. Nach den Regeln des Pflichtenhefts waren nach Ablauf der Offerteingabefrist die Eignung zu prüfen, die ungeeigneten Angebote vom Vergabeverfahren auszuschliessen und die geeigneten Angebote anhand der Zuschlagskriterien zunächst provisorisch und dann definitiv zu bewerten. Entgegen diesen Regeln hat die Vorinstanz alle drei Anbieter zu aufwendigen Workshops und Besprechungen aufgeboten und hat die Angebote anschliessend anhand der Zuschlagskriterien geprüft und bewertet, anstatt, wie von ihr vorgesehen, die ungeeigneten Angebote vom weiteren Verfahren auszuschliessen. Die Teilnahme mehrerer Mitarbeiter der Beschwerdeführerin an den Workshops stellt eine Disposition dar, die

nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Nachdem die Vorinstanz die Offerte der Beschwerdeführerin nach den Zuschlagskriterien geprüft und bewertet hat, hat sie sich in Widerspruch zur Vertrauensgrundlage (Pflichtenheft) gesetzt. Ihre nachträgliche Berufung auf das Eignungskriterium M2 und gestützt darauf, der nachträgliche Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren stellt somit einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar. Sie kann sich aufgrund ihrer Vorgehensweise heute nicht mehr auf M2 berufen. Indem sich die Vorinstanz nicht an die von ihr vorgegebenen Regeln gehalten hat und das ihrer Ansicht nach ungeeignete Angebot der Beschwerdeführerin provisorisch und dann auch definitiv anhand der Zuschlagskriterien bewertet hat, hat sie sich widersprüchlich verhalten und damit das Recht, sich auf den Ausschlussgrund des Kriteriums M2 zu berufen, verwirkt (*Galli/Moser/Lang/Steiner*, a.a.O., N 452).

5.7 [...]

5.8 Nachdem sich die Vorinstanz nicht mehr auf das Eignungskriterium M2 berufen kann, kann offen bleiben, ob mit der Aufnahme des Kriteriums M2 in den Anhang 1 des Pflichtenhefts die massgeblichen Rechtsgrundsätze des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots sowie das Diskriminierungsverbot verletzt worden sind, wie das die Beschwerdeführerin behauptet. Ferner kann offen bleiben, ob das Kriterium M2 von der Vorinstanz falsch angewendet und nachträglich unzulässigerweise abgeändert worden ist, wie die Beschwerdeführerin zusätzlich geltend macht. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz durch ihr widersprüchliches Verhalten die Möglichkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin aufgrund des Kriteriums M2 verwirkt hat.

OGP, 18.11.2013

3607

Fürsorgerische Unterbringung. Örtliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Obergericht zur Anfechtung einer Unterbringung, welche ein ausserkantonaler Notfallarzt angeordnet hat.

Aus den Erwägungen:

1.3 Das gerichtliche Verfahren richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB, sekundär nach denjenigen des EG zum ZGB und schliesslich – gemäss Art. 64 EG zum ZGB – nach dem VRPG.

1.4 Das Bundesrecht enthält keine Vorschriften zur örtlichen Zuständigkeit der Beschwerdeinstanzen (*Geiser/Etzensberger*, Erwachsenenschutz, Basler Kommentar, Basel 2012, N 36 zu Art. 439). Eine *innerkantonale* Ordnung zur Verhinderung von Zuständigkeitskonflikten musste nicht geschaffen werden,