



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion

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

Referenz: 2019.GEF.1436 / kr, stm

## **Beschwerdeentscheid vom 21. Januar 2020**

in der Beschwerdesache

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

Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Vorinstanz

betreffend Ausschreibung des Klinikinformations- und Steuerungssystem (KISS) der Y.\_\_\_\_\_ (Projekt-  
nummer A.\_\_\_\_\_)

(Verfügung der Vorinstanz vom 9. August 2019)

## I. Sachverhalt

1. Am 9. August 2019 hat die Y.\_\_\_\_ (fortan: Vorinstanz) das Beschaffungsobjekt «Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_» (KISS) im offenen Verfahren auf der Seite [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ausgeschrieben (Projektnummer A.\_\_\_\_).<sup>1</sup>

2. Mit Beschwerde vom 23. September 2019 hat sich die X.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin) an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern(GEF) gewandt und folgende Anträge gestellt.

1. Das Ausschreibungsverfahren sei abubrechen.
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Für den Fall, dass die Beschaffung weiterhin aktuell ist, sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, ein Vergabeverfahren durchzuführen, dass [sic!] den gesetzlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen entspricht und dabei insbesondere sachgerechte, nichtdiskriminierende und wettbewerbstaugliche Eignungskriterien zu verwenden.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen  
zulasten der Beschwerdegegnerin.

3. Mit Verfügung vom 25. September 2019 ist das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitete,<sup>2</sup> nicht auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde eingetreten, da vorliegend der Suspensiveffekt wie bei sog. Negativverfügungen nichts bewirke und es demzufolge an einem schutzwürdigen Interesse fehle. Überdies hat das Rechtsamt das Beschwerdeverfahren auf die Rechtzeitigkeit der Beschwerde beschränkt.

4. Mit Stellungnahme vom 4. Oktober 2019 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da diese nicht innert der gesetzlichen Beschwerdefrist erhoben worden sei.

5. Mit Vernehmlassung vom 7. Oktober 2019 beantragt die Beschwerdeführerin die Durchführung des Beschwerdeverfahrens ohne Beschränkungen, die Vornahme der erforderlichen Untersuchungen und die Gutheissung der in der Beschwerde gestellten Anträge.

6. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 hat die Vorinstanz den Antrag auf Abschreibung des vorliegenden Verfahrens gestellt.

<sup>1</sup> Ausschreibung Simap vom 17. September 2019, «Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_»; Beschwerdebeilage 1

<sup>2</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121; Version in Kraft bis 31.12.2019)

7. Aufgrund der Direktionsreform wird die Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) seit dem 1. Januar 2020 als Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) bezeichnet.<sup>3</sup> Die Instruktion der Beschwerdeverfahren erfolgt nach wie vor durch das Rechtsamt (Art. 10 OrV GSI<sup>4</sup>).

8. Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 9. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren gestellt:

1. Der Antrag auf Abschreibung des Beschwerdeverfahren [sic!] sei abzuweisen.
2. Es sei die sofortige Aufhebung des Zuschlags als vorsorgliche Massnahme anzuordnen.
3. Die Rechtswidrigkeit des Ausschreibungsverfahrens sei durch die Beschwerdeinstanz endlich festzustellen.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.
5. Die bisherigen, durch die nicht zielführende Verfahrensführung unnötigerweise zusätzlich entstandenen Kosten der Beschwerdeführerin (interne Kosten und Anwaltskosten im Beschwerdeverfahren) sind, sofern sie nicht der Vorinstanz auferlegt werden können, aufgrund der Staatshaftung durch die Beschwerdeinstanz selbst zu entschädigen.

9. Mit Verfügung vom 17. Januar 2020 hat das Rechtsamt der GSI den Antrag der Vorinstanz vom 20. Dezember 2019 auf Abschreibung des Verfahrens abgewiesen. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei die sofortige Aufhebung des Zuschlags als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Rechtsbegehren 2) ist das Rechtsamt nicht eingetreten.

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

## **II. Erwägungen**

### **1. Sachurteilsvoraussetzungen**

Die GEF wendet das Recht von Amtes wegen an und entscheidet in der Sache, wenn die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 20a VRPG<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Dekrets vom 11. September 2019 über die Aufgaben der Direktionen und der Staatskanzlei und die Direktionsbezeichnungen (ADSD; BSG 152.010)

<sup>4</sup> Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121; Version in Kraft seit 01.01.2020)

<sup>5</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

## 1.1 Anfechtungsobjekt

Angefochten ist die Ausschreibung der Vorinstanz vom 9. August 2019. Die Ausschreibung des Auftrags gilt gemäss Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> IVÖB<sup>6</sup> i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG<sup>7</sup> als selbstständig anfechtbare Verfügung, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht werden. Diese Schwellenwerte sind vorliegend unbestrittenermassen erreicht (vgl. Anhang 2 der IVÖB), weswegen die Ausschreibung vom 9. August 2019 als selbstständig anfechtbare Verfügung gilt.

## 1.2 Zuständigkeit

Die Ausschreibung der Vorinstanz vom 9. August 2019 ist bei der GEF als der in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar (Art. 62 Abs. 1 Bst. d VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Somit ist die GEF zur Beurteilung der Beschwerde vom 23. September 2019 zuständig.

## 1.3 Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin hätte als Erbringerin von Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik<sup>8</sup> und Anbieterin von Klinikinformations- und Steuerungssystemen (KISS)<sup>9</sup> ein Angebot einreichen können und damit grundsätzlich Chancen auf den Zuschlag gehabt. Damit ist sie durch die Ausschreibung vom 9. August 2019 besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Abbruch oder Änderung. Sie ist somit zur Beschwerdeführung befugt (Art. 65 VRPG).

## 1.4 Vollmacht

Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.<sup>10</sup>

## 1.5 Staatshaftungsbegehren

Die Beschwerdeführerin fordert, dass die durch die «nicht zielführende Verfahrensführung» unnötigerweise zusätzlich entstandenen Kosten (interne Kosten und Anwaltskosten im Beschwerdeverfahren), sofern sie nicht der Vorinstanz auferlegt werden könnten, aufgrund der Staatshaftung durch die Beschwerdeinstanz selbst zu entschädigen seien.<sup>11</sup> Damit verlangt sie sinngemäss Schadenersatz.

Die Forderung von Schadenersatz muss im Staatshaftungsverfahren nach Art. 100 ff. PG<sup>12</sup> geltend gemacht werden. Gemäss Art. 104 Abs. 2 PG sind Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung

<sup>6</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

<sup>7</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

<sup>8</sup> Vgl. Zweckumschreibung gemäss Handelsregisterauszug

<sup>9</sup> Vgl. Beschwerde S. 4 Ziff. 3

<sup>10</sup> Vollmacht vom 17. September 2019, Beschwerdebeilage 3

<sup>11</sup> Vgl. Rechtsbegehren 5 der unaufgeforderten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020

<sup>12</sup> Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01)

der zuständigen Direktion schriftlich, begründet und im Doppel einzureichen. Auf das Staatshaftungsbegehren vom 9. Januar 2020 ist somit im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht einzutreten.

## 1.6 Frist

**1.6.1** Verfügungen der Vorinstanz können mit Beschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung bei der GEF angefochten werden (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 67 VRPG).

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist ein Anbieter, welcher in der Ausschreibung eines Auftrags eine Unregelmässigkeit erblickt, verpflichtet, unverzüglich den Richter anzurufen, sofern die Unregelmässigkeit bei gebotener Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre, ansonsten die entsprechende Rüge in einem späteren Rechtsmittelverfahren als verwirkt anzusehen ist.<sup>13</sup> Bei einem Beschwerdeverzicht kann die Ausschreibung des Auftrags nicht mehr im Rahmen der Zuschlagsverfügung angefochten werden. Diese Regelung dient dem Beschleunigungsgebot; Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung oder in den Unterlagen sollen unverzüglich korrigiert werden, und Wiederholungen eines ganzen Verfahrens infolge der Aufhebung eines Zuschlagsentscheids wegen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen möglichst vermieden werden.<sup>14</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum (inter)kantonalen Vergaberecht gehören zur Ausschreibung auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben werden. Die Rügeobliegenheit und der Ausschluss dieser Rügen in einem späteren Verfahrensstadium (Verwirkungsfolge) gelten allerdings nur für Unregelmässigkeiten, welche die Parteien tatsächlich festgestellt haben oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätten feststellen müssen.<sup>15</sup> Konnte die Ausschreibung selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte.<sup>16</sup> Aus dem Gebot von Treu und Glauben leitet das Verwaltungsgericht zudem eine Rügepflicht ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens ab. Danach hat der Anbieter Verfahrensmängel, z.B. die unzulässige Vorbefassung eines Mitbewerbers, gegenüber der Beschaffungsstelle sofort zu rügen. Unterlässt er dies, kann er diesen Mangel im Rahmen der Anfechtung der nächstfolgenden Verfügung nicht mehr geltend machen.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> BGer 2C\_978/2018 E. 3, BGE 129 I 313 E. 6.2;

<sup>14</sup> BGer 2C\_409/2015 E. 4.1, mit Hinweisen u.a. auf BGE 125 I 203 E. 3a S. 206; BGer 2C\_225/2009 E. 4.2 und BGE 130 I 241 E. 4.3

<sup>15</sup> BGer 2C\_409/2015 E. 4.2, mit Hinweisen u.a. auf BGE 130 I 241 E. 4.2 S. 245; 129 I 313 E. 6.2 S. 321 f.; 125 I 203 E. 3a S. 206; BGer 2C\_225/2009 E. 4.2; BGer 2C\_877/2008 E. 6.1; BGer 2C\_107/2007 E. 2.1; BGer 2P.222/1999 E. 3a)

<sup>16</sup> BGer 2P.222/1999 E. 3a

<sup>17</sup> Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, N. 173 mit Hinweisen u.a. auf BVR 2005, S. 561

**1.6.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe die angefochtene Ausschreibung am 9. August 2019 auf der Webseite [www.simap.ch](http://www.simap.ch) als Projekt B.\_\_\_\_ publiziert. Die detaillierten Anweisungen seien den Anbietern mittels Pflichtenheft bekannt gegeben worden. Die Vergabestelle habe im Ausschreibungsverfahren zwei Fragerunden durchgeführt. Die Antworten auf die zweite Frageunde seien am 12. September 2019 auf der entsprechenden Webseite in den Forumsbeiträgen unter Projekt: B.\_\_\_\_ – Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_ publiziert worden. Die rechtswidrige (nicht sachgerechte, diskriminierende und wettbewerbsverhindernde) Auslegung der publizierten Eignungskriterien habe sich erst aus den Antworten aus der Fragerunde 2 am 12. September 2019 ergeben. Im Zeitpunkt der Ausschreibung sei diese Auslegung der Eignungskriterien noch nicht eindeutig gewesen. Oft würden Vergabestellen die Ausschreibungsbedingungen, insbesondere die Eignungskriterien, aufgrund entsprechender Fragen nichtdiskriminierend auslegen und könnten so gefährdete Ausschreibungen doch noch rechtskonform durchführen. Die Beschwerdeführerin habe entsprechende Fragen gestellt (insbesondere Fragen Nr. 1 und 7). Die Antworten der Vergabestelle hätten jedoch gezeigt, dass das Ausschreibungsverfahren nicht rechtskonform durchgeführt werden sollte, dass die Eignungskriterien diskriminierend ausgelegt würden, dass nur ein Anbieter die Eignungskriterien erfüllen könne und alle anderen Mitbewerber ohne erkennbare sachliche Gründe aufgrund der Eignungskriterien aus dem Verfahren ausgeschlossen werden könnten. Dies habe zur Folge, dass kaum ein anderer Bewerber eine echte Chance auf den Zuschlag habe und sich gut überlegen müsse, überhaupt den Aufwand für die Offertstellung zu leisten. Von einer Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern könne keine Rede mehr sein. Aufgrund der Analyse der Ausschreibungsunterlagen habe sich die Beschwerdeführerin entschlossen, nicht an der KISS-Ausschreibung teilzunehmen und deren Abbruch mittels Beschwerde zu verlangen. Dies sei der Vorinstanz mitgeteilt worden. Bei dieser Ausgangslage könne die Beschwerdefrist bezüglich der rechtswidrigen Auslegung der publizierten Eignungskriterien erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnismöglichkeit durch die Beschwerdeführerin beginnen, also ab der Publikation der Antworten aus der Fragerunde 2 am 12. September 2019.<sup>18</sup>

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei nur sehr wenig vergaberechtliches Know-How in das Ausschreibungsverfahren eingeflossen, was mit dem Abbruch des Verfahrens und einer Neuauflage sehr leicht zu verbessern sei. Grundsätzlich müsse eine Ausschreibung den Beschaffungsgegenstand, den Kreis der möglichen Anbieter (mittels Festlegung der Eignungskriterien) und die Art und Weise, wie das wirtschaftlich günstigste Angebot (mittels Festlegung der Zuschlagskriterien) bestimmt werde, definieren. Schon diese grundlegenden Prinzipien seien in die KISS-Ausschreibung nicht oder kaum eingeflossen:

<sup>18</sup> Beschwerde vom 23. September 2019, S. 2 f. und 5 f.

Erstens sei der Umsatz als Zuschlags- statt als Eignungskriterium definiert worden. Zusätzlich würden die verlangten Umsätze für die Bewertung nach nicht erkennbaren Gründen ein- oder ausgeschlossen, was krass diskriminierende Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin habe. So sei im Offerteingabeformular "A2\_Excel\_Offerteingabe.xlsx" Register "Z6 Anforderungen Anbieter" der vorliegenden Submissionsunterlagen der Gesamtumsatz pro Jahr anzugeben, wobei Umsätze aus dem Verkauf von Praxisinformationssystemen explizit ausgeschlossen seien. Dieser Ausschluss lasse sich nicht sachgerecht begründen, da Praxisinformationssysteme klarerweise auch Healthcare Systeme seien. Der Vergabestelle sei bekannt, dass die Beschwerdeführerin aus dem Markt der Praxisinformationssysteme gewachsen sei und damit speziell in Deutschland namhafte Umsätze erzielt habe. Daher sei die unsachgerechte Unterscheidung für die Beschwerdeführerin besonders nachteilig und lasse vermuten, dass damit ein anderer Anbieter in eine bessere Position gebracht werden solle.

Zweitens liege eine fragwürdige Gewichtung der Zuschlagskriterien vor. Für eine Gewichtung des Preises mit nur 20 % müsse es – unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel – sehr gute Gründe geben. Derartige Gewichtungen seien allenfalls bei sehr stark personenbezogenen Leistungen sachgerecht, jedoch bei der Beschaffung eines Informatiksystems mit einem hohen Reifegrad kaum zu rechtfertigen. Für die Beschwerdeführerin seien keine rechtfertigenden Gründe erkenn- oder denkbar.

Drittens fehle es an einer nachvollziehbaren Bestimmung des Beschaffungsgegenstands. So schaffe die Antwort auf Frage 2, wonach dezidiert nicht nach einem noch in Entwicklung befindlichen System gesucht werde, Verwirrung und müsse sogar als Verstoss gegen das Transparenzgebot betrachtet werden, da "im Einsatz befindliche komplexe Softwaresysteme, die nicht mehr gewartet und nicht mehr weiterentwickelt werden müssen" in der realen Welt und insbesondere im Spitalumfeld kaum vorkämen, weil sich jedes Softwaresystem bis zum Marktaustritt praktisch immer in Entwicklung befinde durch Erweiterungen, die Abdeckung geänderter gesetzlicher Vorgaben und Umsetzungen von neuen Kundenwünschen. Zudem stehe die Beschwerdeführerin mit der Vorinstanz seit Jahren in einer Kundenbeziehung, weswegen die Vorinstanz vom KISS, welches die Beschwerdeführerin seit einiger Zeit entwickle, Kenntnis habe und auch dessen ungefähren Entwicklungsstand kenne. Die Vorinstanz habe es als Vorteil bezeichnet, wenn ein KISS noch nicht in allen Bereichen fertig entwickelt sei und die künftigen Nutzer die "Fertigentwicklung" mitgestalten könnten. Wenn nun gerade dieser Aspekt ein Grund sein solle für die Nichterfüllung eines "Eignungskriteriums", so sei dies diskriminierend und nicht nachvollziehbar. Vermutlich sei die Ausschreibung so verwirrend und zum Teil widersprüchlich formuliert worden, dass allfällige Diskriminierungen nicht auffallen würden.

Nach Analyse der Ausschreibungsunterlagen und der Antworten beider Fragerunden könne die Vermutung nicht entkräftet werden, dass die KISS-Ausschreibung auf einen bestimmten Anbieter zugeschnitten worden sei, was unzulässig sei. Die Vorinstanz könnte alle Anbieter ausser den Zuschlagsempfänger des Ausschreibungsverfahrens von C.\_\_\_\_ wegen Nichterfüllung der "Eignungskriterien"

oder unmöglich zu erbringender Nachweise vom Verfahren ausschliessen. Dadurch werde das Gleichbehandlungsgebot verletzt.

Unabhängig von dieser Vermutung seien die Kriterien und deren Auslegung diskriminierend. Sachgerechte Begründungen für verschiedene Kriterien seien nicht erkennbar. So halte das Pflichtenheft zum Eignungskriterium E4 fest, dass der Anbieter mittels folgender Referenzen nachweisen müsse, dass er eine Spitalgruppe in der Grösse und Ausprägung der Vorinstanz sicher bei Einführung und Betrieb eines neuen KISS unterstützen könne:

- 1) Drei Universitätsspitäler in vergleichbarer Grösse und Komplexität der Y.\_\_\_\_ (auch ausserhalb der Schweiz)
- 2) Ein Spital in der Schweiz (Universitätsspital oder Spital der Zentrumsversorgung mit Kennzeichnung K111 oder K112 gemäss Krankenhaustypologie des BFS)
- 3) Drei Referenzen für den kombinierten Einsatz des KISS in den Bereichen Notfall- und Intensivmedizin, Anästhesie, Labormedizin und Radiologie (RIS)
- 4) Drei Referenzen für den Einsatz von mobilen KISS Apps zur Nutzung innerhalb des Spitals.

Der Anbieter müsse nachweisen, dass das offerierte KISS in allen Referenzspitälern in grosser Breite, d.h. für die überwiegende Mehrheit der stationären und ambulanten Bereiche, eingesetzt werde.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei Zentrumsversorgern mit der Kennzeichnung K112 sei diese Breite und Tiefe vielfach nicht vorhanden. Dieses Eignungskriterium diskriminiere alle Anbieter ausser einen und sei nicht sachgemäss. Auch drei Universitätsspitäler in vergleichbarer Grösse und Komplexität der Vorinstanz seien als Referenz nicht sachgerecht und diskriminierend. Es würde genügen, eine einzige derartige Referenz nachzuweisen. Zudem sei unverständlich, dass die Vergabestelle Sprache und Standort der Mitarbeiter (sehr wichtig für Support, Service und Entwicklung) nicht als Evaluationskriterium aufgenommen habe.

Die Beschwerdeführerin habe in beiden Fragerunden Fragen zum Eignungskriterium E4 gestellt (Fragen 1 und 7). In der Antwort zu Frage 1 vom 26. August 2019 sei das Datum für den produktiven Einsatz eines Referenzsystems noch nicht präzise festgelegt worden. Erst aus der Beantwortung von Frage 7 am 12. September 2019 ergebe sich, dass das späteste Datum für den produktiven Einsatz eines Referenzsystems der 31. Oktober 2019 sein müsse. Damit könne der Anbieter des KISS von C.\_\_\_\_ mit etwas Glück just rechtzeitig eine Referenz für ein produktives System nachwei-



sen. Ob dies ein Zufall sei, könne die Beschwerdeinstanz besser beurteilen als die Beschwerdeführerin. Die Vermutung bleibe, dass die Auslegung dieses Eignungskriteriums auf einen Anbieter zugeschnitten sei.<sup>19</sup>

**1.6.3** Die Vorinstanz beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da sie nicht innert der gesetzlichen Beschwerdefrist erhoben worden sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin gegen die rechtskonforme Durchführung des Verfahrens vorgebrachten Vorwürfe zuträfen oder nicht. Entscheidend sei, ob die Beschwerdeführerin ihre Vorwürfe erst aufgrund der Antworten aus den Fragerunden, insbesondere aus der zweiten Fragerunde, habe formulieren können. Dies sei nicht der Fall: Die Beschwerdeführerin beziehe sich im Rahmen ihrer Ausführungen nirgends auf die Antworten aus den Fragerunden, sondern ausschliesslich auf die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen. Mit dem allgemein formulierten Hinweis auf die Eignungskriterien und deren "Auslegung gemäss Fragebeantwortung" werde nicht belegt, dass die Antworten aus der Fragerunde für die Formulierung der Beschwerde notwendig gewesen seien. Erst auf S. 13 f. der Beschwerdeschrift gehe die Beschwerdeführerin näher auf die Fragerunden ein und erwähne, dass der Anbieter für das KISS des Kantonsspitals C.\_\_\_\_ mit etwas Glück die Aufnahme des produktiven Betriebs bis zum 31. Oktober 2019 nachweisen könne und damit als einziger Anbieter das Eignungskriterium EK 4 erfülle. Die Beschwerdeführerin lasse jedoch offen, ob es sich bei der Koinzidenz zwischen dem Termin für die Aufnahme des produktiven Betriebs und der Planung des Projekts des Kantonsspitals C.\_\_\_\_ um einen Zufall handle und wie diese (möglicherweise bloss zufällige) zeitliche Koinzidenz als notwendige Voraussetzung für die Beschwerde gegen die Ausschreibung gelten solle. Auch zeige die Beschwerdeführerin nicht auf, warum der Zeitpunkt, bis zu welchem die Anbieter das angebotene System spätestens im produktiven Einsatz haben müssten, von Bedeutung sei. Wäre das Eignungskriterium EK4 tatsächlich diskriminierend, so wäre es das unabhängig von der Festlegung des spätesten Zeitpunktes für den produktiven Betrieb am 31. Oktober 2019. Insbesondere habe diese Information für den Entscheid der Beschwerdeführerin, nicht am Verfahren teilzunehmen, nicht massgeblich sein können. Die Festsetzung des Termins auf den 31. Oktober 2019 möge sich für einen bestimmten Anbieter als günstig herausstellen, beeinträchtige jedoch die Voraussetzungen, damit die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK 4 erfüllen könnte, in keiner Weise. Wäre die Festsetzung des Termins vom 31. Oktober 2019 tatsächlich diskriminierend, so wäre das Eignungskriterium EK 4 rechtlich inkorrekt angewandt worden. Solche inkorrekten Anwendungsfälle müssten im Rahmen der Beschwerde gegen den Zuschlag geltend gemacht werden. Hierzu seien jedoch nur Anbieter legitimiert, welche am Verfahren teilgenommen hätten.<sup>20</sup>

**1.6.4** In ihrer Vernehmlassung äussert sich die Beschwerdeführerin zur Frage der Rechtzeitigkeit ergänzend wie folgt. Ein Anbieter dürfe davon ausgehen, dass nicht schon vor Beginn des Verfahrens

<sup>19</sup> Beschwerde vom 23. September 2019, S. 2 f. und 5 ff.

<sup>20</sup> Stellungnahme der Vorinstanz vom 4. Oktober 2019

für die Vergabestelle klar sei, wer den Zuschlag erhalten werde. Daher suche ein Anbieter grundsätzlich nicht "jedes Haar in der Suppe", welches auf eine rechtswidrige Ausschreibung hindeuten könnte. Eine Vergabestelle habe im Rahmen der Fragerunden einen erheblichen Ermessensspielraum, um ungünstig formulierte Vorgaben oder Kriterien rechtskonform zu präzisieren. Daher sei es unabdingbar, zuerst die Antworten aus der Fragerunde abzuwarten. Es sei zu vermeiden, dass rechtskonforme Ausschreibungen vorsorglich schon vor den Fragerunden angefochten werden. Zudem wäre fraglich, ob im Zeitpunkt der Ausschreibung schon ein aktuelles Rechtsschutzinteresse nachgewiesen werden könnte. Vorliegend habe im Zeitpunkt der Ausschreibung keine erkennbare Rechtsverletzung und kein aktuelles Rechtsschutzinteresse bestanden. Auch ein Zuwarten bis zum Zuschlagsentscheid mache keinen Sinn. Sonst müssten beim Zuschlag noch Mängel in der Ausschreibung gerügt werden können, was unzulässig sei.

In der ersten Fragerunde habe die Beschwerdeführerin gefragt, ob das geforderte Eignungskriterium E4 (Referenzen) zum Zeitpunkt der Publikation dieser Submission produktiv sein müsse. Die Vorinstanz habe geantwortet, dass sie erwarte, dass das System in den genannten Referenzspitälern installiert sei. Die Frage nach dem Zeitpunkt, wann das Referenzsystem produktiv sein müsse, wäre einfach zu beantworten gewesen, jedoch sei die Vorinstanz eine klare Antwort schuldig geblieben. Zudem habe sie mit dem Erfordernis der Installation eine neue Komponente ins Spiel gebracht, welche ihr im Hinblick auf eine Prüfung des Referenzsystems in C.\_\_\_\_ zusätzliches Ermessen eingeräumt habe. Dies sei klarerweise eine Ergänzung der Eignungskriterien und habe einen erneuten Klärungsversuch in der zweiten Fragerunde erforderlich gemacht. Auch sei fraglich, ob der Umstand, dass das System in C.\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der Beantwortung der ersten Fragerunde noch nicht produktiv, aber wohl schon installiert gewesen sei, einen Einfluss auf die Fragebeantwortung gehabt habe und ob dadurch potentielle Anbieter bevorzugt resp. benachteiligt worden seien. Da die Frage nach dem Datum für die Referenz eines produktiven Systems in der ersten Fragerunde nicht beantwortet worden sei, habe die Beschwerdeführerin in der zweiten Fragerunde nachgefragt, ab wann spätestens die produktive Nutzung starten müsse. Erst aus der Antwort der Vorinstanz, wonach die an die Referenzen gestellten Anforderungen spätestens per 31. Oktober 2019 erfüllt sein müssten, sei die Diskriminierung für die Beschwerdeführerin erkennbar geworden. Eine nichtdiskriminierende Auslegung sei nicht mehr möglich gewesen. Das neue Datum würde auch willkürlich erscheinen, gäbe es in C.\_\_\_\_ nicht einen Anbieter, der gerade dabei gewesen sei, in diesem Zeitraum ein System zu installieren. Dieser Anbieter habe durch die neue Definition des Eignungskriteriums 4 eine gute Chance, seine Schweizer Referenz just auf dieses Datum hin nachzuweisen, da laut Medienberichten in C.\_\_\_\_ das neue KISS in der Woche nach dem Offerteingabetermin produktiv in Betrieb genommen worden sei. Ohne die Anpassung des Eignungskriteriums in der zweiten Fragerunde auf dem 31. Oktober 2019 hätte der Anbieter von C.\_\_\_\_ auch keine Möglichkeit gehabt, fristgerecht eine Schweizer Referenz als Eig-

nungskriterium nachzuweisen. Da das Eignungskriterium 4 mittels Fragebeantwortung neu – einen Anbieter bevorzugend und damit alle anderen klar diskriminierend – ausgestaltet worden sei, müsse die Publikation der Antworten der zweiten Fragerunde als beschwerdefristauslösend angesehen werden.<sup>21</sup>

**1.6.5** Vorliegend hat die Vorinstanz das Beschaffungsobjekt "Klinikinformations- und Steuerungssystem für die Y.\_\_\_\_" am 9. August 2019 auf der Beschaffungsplattform SIMAP ausgeschrieben.<sup>22</sup> Die Ausschreibung ist nach dem Gesagten als Verfügung zu qualifizieren und grundsätzlich innert 10 Tagen anzufechten.<sup>23</sup> Damit ist die zehntägige Beschwerdefrist grundsätzlich am 20. August 2019 abgelaufen (Art. 41 VRPG), es sei denn, die geltend gemachten Unregelmässigkeiten der Ausschreibung seien im Zeitpunkt der Publikation bei der gebotenen Aufmerksamkeit noch nicht erkennbar gewesen. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, erst mit der Publikation der Antworten der zweiten Fragerunde sei erkennbar geworden, dass das Ausschreibungsverfahren nicht rechtskonform durchgeführt werden sollte und die Eignungskriterien diskriminierend ausgelegt würden. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Unregelmässigkeiten erst mit den Antworten der zweiten Fragerunde erkennbar wurden.

Dem Ausschreibungsinserat vom 9. August 2019 ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz ein Klinikinformations- und Steuerungssystem (KISS) sucht, welches ihren Anspruch unterstützt, eine der weltweit führenden digitalisierten Spitalgruppe zu werden. Das KISS wird dabei als Kernelement dieser Strategie betrachtet. Das zu erwerbende KISS soll die Ansprüche der Vorinstanz umfassend abdecken. Aus diesem Grund wird ein hoch integriertes Gesamtsystem (KISS Plattform) gesucht. Diese Plattform muss alle internen und externen Prozesse der Y.\_\_\_\_ im Kontext der medizinischen Leistungserbringung abdecken. Forschung und universitäre Lehre werden dabei selbstverständlich unterstützt. Die Plattform soll auf einer homogenen technologischen Basis aufgebaut sein. Komplexe, aus verschiedenen integrierten Produktteilen oder Technologien bestehende Lösungen werden nicht befürwortet.<sup>24</sup> Die Plattform muss vollständig entwickelt und auf einer konsistenten technologischen Basis aufgebaut sein.<sup>25</sup>

- Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich, die im Eignungskriterium E4 verlangten Referenzen seien diskriminierend und nicht sachgemäss,<sup>26</sup> insbesondere aber sei das Eignungskriterium E4 in der Fragerunde 2 rechtswidrig (nicht sachgerecht, diskriminierend und wettbewerbsverhindernd)

<sup>21</sup> Vernehmlassung der Beschwerdeführerin zur Frage der Rechtzeitigkeit vom 7. Oktober 2019

<sup>22</sup> KISS-Ausschreibung Simap vom 9. August 2019 (Beschwerdebeilage 1)

<sup>23</sup> vgl. Erw. 1.1 und 1.5.1 sowie KISS-Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, Ziff. 4.7 (Beschwerdebeilage 1)

<sup>24</sup> KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, 2.6 detaillierter Produktebeschrieb (Beschwerdebeilage 1)

<sup>25</sup> KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, Zusammenfassung 2.2 Detaillierte Beschreibung der Produkte (Beschwerdebeilage 1)

<sup>26</sup> Vgl. Beschwerde S. 12 f. Beispiel 1

ausgelegt worden. Im Ausschreibungsinserat vom 9. August 2019<sup>27</sup> wird das Eignungskriterium E4 wie folgt definiert:

### 3.7 Eignungskriterien

aufgrund der nachstehenden Kriterien:

[...]

#### E4 Referenzen:

Der Anbieter weist nach, dass er eine Spitalgruppe in der Grösse und Ausprägung der Y.\_\_\_\_ sicher bei Einführung und Betrieb eines neuen KISS unterstützen kann. Dazu weist der Anbieter folgende Referenzen für Installationen des offerierten Klinikinformations- und Steuerungssystems nach:

- 1) Mindestens drei Universitätsspitäler in vergleichbarer Grösse und Komplexität der Y.\_\_\_\_ (auch ausserhalb der Schweiz)
- 2) Mindestens ein Spital in der Schweiz (Universitätsspital oder Spital der Zentrumsversorgung mit Kennzeichnung K111 oder K112 gemäss Krankenhaustypologie des BFS)
- 3) Mindestens drei Referenzen für den kombinierten Einsatz des KISS in den Bereichen Notfall- und Intensivmedizin, Anästhesie, Labormedizin und Radiologie (RIS)
- 4) Mindestens drei Referenzen für den Einsatz von mobilen KISS Apps zur Nutzung innerhalb des Spitals

Der Anbieter weist nach, dass das offerierte KISS in allen Referenzspitälern (unter Punkt 1 und 2) in grosser Breite, d.h. für die überwiegende Mehrheit der stationären und ambulanten Bereiche, eingesetzt wird.

Der Anbieter stellt sicher, dass die angegebenen Referenzspitäler (unter Punkt 1 und 2) Referenzbesuche durchführen werden.

In allen Fällen werden Kontaktpersonen genannt. Die Referenzen dürfen nicht älter als vier Jahre sein.

Hinweis: Bei den Referenzen unter Punkt 1 wird die Angabe europäischer Universitätsspitäler bevorzugt.

Zudem enthält das Pflichtenheft eine fast identische Definition des Eignungskriteriums E4.<sup>28</sup>

Die verlangten Referenzen waren der Beschwerdeführerin somit seit der Publikation der Ausschreibung am 9. August 2019 bekannt. Eine allfällige Diskriminierung wie auch eine allenfalls fehlende Sinnhaftigkeit der Referenzen wären demnach seit dem 9. August 2019 erkennbar gewesen. Die Rüge, die im Eignungskriterium E4 verlangten Referenzen seien diskriminierend und nicht sachgemäss, hätte somit ohne weiteres innert 10 Tagen nach der Publikation der Ausschreibung erhoben werden können und müssen und erfolgte demnach verspätet.

- Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Eignungskriterium 4 sei rechtswidrig (diskriminierend) ausgelegt worden, indem das späteste Datum für den produktiven Einsatz eines Referenzsystems erst in der 2. Fragerunde bekannt gegeben und auf den 31. Oktober 2019 gelegt worden sei, ist Folgendes festzuhalten: Im Eignungskriterium E4 wird u.a. verlangt, dass das offerierte KISS in allen Referenzspitälern in grosser Breite, d.h. für die überwiegende Mehrheit der stationären und ambulanten Bereiche, eingesetzt wird.<sup>29</sup> Dieser Wortlaut kann dahingehend ausgelegt

<sup>27</sup> KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019 (Beschwerdebeilage 1)

<sup>28</sup> Vgl. Pflichtenheft, S. 137 f. Ziff. 5.3 (Beschwerdebeilage 4)

<sup>29</sup> Vgl. KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, Ziff. 3.7 (Beschwerdebeilage 1); Pflichtenheft S. 137 f. Ziff. 5.3 (Beschwerdebeilage 4)

werden, dass das offerierte KISS bereits im Zeitpunkt der Publikation oder zumindest im Zeitpunkt der Offerteinreichung in produktivem Betrieb sein muss. Dementsprechend hat die Beschwerdeführerin in der 1. Fragerunde nachgefragt, ob sie richtig gehe in der Annahme, dass das geforderte Eignungskriterium E4 (Referenzen) zum Zeitpunkt der Publikation dieser Submission produktiv sein müsse.<sup>30</sup> Die Vorinstanz antwortete, sie erwarte, dass das System in den genannten Referenzspitälern installiert sei.<sup>31</sup> Da damit allen Anbietern gleichermaßen mehr Zeit eingeräumt wurde, um die Systeme in den produktiven Betrieb zu nehmen, ist nicht ersichtlich, weshalb insofern eine Diskriminierung vorliegen sollte. Überdies ist der Umstand, dass im Zeitpunkt der Offerteinreichung die Installation der Systeme ausreicht, für alle Anbieter eher als Pluspunkt zu werten, da allen mehr Zeit für die produktive Inbetriebnahme zur Verfügung steht.

In der 2. Fragerunde stellte die Beschwerdeführerin sodann die folgende Frage:<sup>32</sup>

«Bitte konkretisieren Sie den nachfolgend Teil Ihrer Antwort auf unsere 1. Frage der 1. Fragerunde: ".... in den genannten Referenzspitälern installiert ist. ...." Was müssen wir darunter verstehen? Reicht es bereits, wenn wir bei unseren Kunden Installationen des anzubietenden Softwarepaketes haben, welche in der Breite und Tiefe die Referenzanforderungen erfüllen, aber noch nicht produktiv genutzt werden? Wenn die Voraussetzung "produktive Nutzung" gegeben sein sollte: Bitte definieren Sie genau den Zeitpunkt, ab wann spätestens dieses [sic!] produktive Nutzung hat starten müssen (exakte Angabe des Datums). Oder gehen wir richtig in der Annahme, dass der exakte Zeitpunkt der Publikationstermin dieser Submission ist?»

Die von der Beschwerdeführerin mehrfach kritisierte Antwort der Vorinstanz zu Frage 7 lautet wie folgt:<sup>33</sup>

«Die Y.\_\_\_\_ muss bei Einführung des Klinikinformations- und Steuerungssystems (KISS) ab 2020 damit rechnen können, ein produktives System in der spezifizierten Tiefe und Breite zur Verfügung zu haben. Es ist daher zwingend, dass der Anbieter in den genannten Referenzspitälern ein lauffähiges und vom jeweiligen Referenzkunden konfiguriertes und in den produktiven Einsatz überführtes System in der genannten Spezifikation mit den bereits genannten Präzisierungen in der «Excel\_Offerteingabe» unter dem Reiter «E4 Referenzen» (siehe vorherige Antworten) im Einsatz hat. Die reine Installation eines Systems erfüllt diese Voraussetzungen nicht, da die reine Installation noch nicht dem Einsatz eines Systems entspricht, wie es sowohl im Eignungskriterium E4 als auch in den bereits erwähnten erläuternden Bemerkungen dazu ausdrücklich verlangt wird. Das ergibt sich auch daraus, dass nach der «Excel\_Offerteingabe» unter dem Reiter «E4 Referenzen» gemäss Zeile 8 bei den Angaben zum Projekt für die genannten Referenzen das erstmalige Inbetriebnahmedatum anzugeben ist und in Zeile 9 von der «eingeführten Lösung» gesprochen» wird. Entsprechend den in Ziff. 6.13 des Pflichtenhefts genannten Terminen für die Ausschreibung und Evaluation finden die Referenzbeurteilungen zur abschliessenden Überprüfung des Evaluationskriteriums «Referenzen» im November 2019 statt. Die an die Referenzen gestellten Anforderungen müssen daher spätestens per 31.10.2019 erfüllt sein. Es ist somit zulässig, dass ein Anbieter ein Projekt als Referenz angibt, für welches das Datum der Inbetriebnahme (im oben erwähnten Sinn) nach

<sup>30</sup> Vgl. Fragen und Antworten der 1. und 2. Fragerunde, S. 1 (Beschwerdebeilage 5)

<sup>31</sup> Vgl. Fragen und Antworten der 1. und 2. Fragerunde, S. 1 (Beschwerdebeilage 5)

<sup>32</sup> Vgl. Fragen und Antworten der 1. und 2. Fragerunde, S. 6, 2. Fragerunde, Frage 7 (Beschwerdebeilage 5)

<sup>33</sup> Vgl. Fragen und Antworten der 1. und 2. Fragerunde, S. 6, 2. Fragerunde, Antwort zu Frage 7 (Beschwerdebeilage 5)

der Einreichung der Offerte, aber nicht später als der 31.10.2019, liegt. Sollte es sich herausstellen, dass die Inbetriebnahme erst nach dem 31.10.2019 erfolgt, so ist dies das Risiko des Anbieters, da in einem solchen Fall die betreffende Referenzlösung für die Prüfung der Erfüllung des Eignungskriteriums «Referenzen» nicht berücksichtigt werden kann. Die Angaben zu allen Referenzlösungen müssen bei Abgabe der Offerte vollständig und korrekt sein, da ein Nachreichen von Unterlagen nicht zulässig ist, welche eine Referenzlösung betreffen und die in der Offerte gemachten Angaben ergänzen oder korrigieren. Dies ist auch dann nicht zulässig, wenn der Inbetriebnahmetermin für eine Referenzlösung später als der Zeitpunkt der Offerteingabe liegt.»

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin bringt diese Antwort keine neuen, der Ausschreibung widersprechenden Aspekte ein, sondern präzisiert lediglich die Modalitäten des bereits in der Ausschreibung definierten Eignungskriteriums E4. So begründet die Vorinstanz einerseits in nachvollziehbarer Art und Weise, dass sie zwischen der Installation und produktiven Inbetriebnahme eines Systems unterscheidet, weil sie ab 2020 ein produktives System (in der spezifizierten Tiefe und Breite) zur Verfügung haben möchte. Andererseits legt die Vorinstanz dar, weshalb das System bis spätestens am 31. Oktober 2019 im produktiven Betrieb sein muss, nämlich, weil die Referenzbesuche zur abschliessenden Überprüfung des Evaluationskriteriums "Referenzen" im November 2019 stattfinden sollen.

Die Referenzbesuche sind in Ziff. 5.12.2 des Pflichtenhefts geregelt (vgl. Beschwerdebeilage 4), ohne dass dort bereits der genaue Zeitraum, in dem diese Besuche stattfinden sollen, festgelegt wird. Angesichts des vorgesehenen Prozessablaufs (vgl. Pflichtenheft S. 136 f.) und insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Vorinstanz im Jahr 2020 ein fertig entwickeltes und produktives KISS zur Verfügung haben möchte, ist es jedoch durchaus nachvollziehbar, dass die Referenzbesuche im November durchgeführt werden sollen und die Referenzsysteme daher bis spätestens Ende Oktober in produktivem Betrieb sein müssen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Festlegung des spätesten Datums für die produktive Inbetriebnahme (31. Oktober 2019) zu einer Diskriminierung der Beschwerdeführerin führen sollte. Selbst wenn der Anbieter des KISS in C.\_\_\_\_ insoweit einen Vorteil hätte, als dass er das KISS in C.\_\_\_\_ nach dessen Inbetriebnahme als Referenz im vorliegenden Submissionsverfahren angeben könnte, hätte dies die Beschwerdeführerin nicht daran gehindert, ihrerseits die verlangten Referenzen einzureichen. Die Antwort zu Frage 7 führt damit weder zu einer neuen und rechtswidrigen (nicht sachgerechten, diskriminierenden und wettbewerbsverhindernden) Auslegung der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Eignungskriteriums E4 noch zu einer Ungleichbehandlung, Diskriminierung und Verhinderung des Wettbewerbs. Damit liegen auch keine Unregelmässigkeiten vor, die erst nach Publikation der Antworten der Fragerunde 2 am 12. September 2019 erkennbar gewesen wären. Die Rüge, das Eignungskriterium E4 sei mit der Antwort zu Frage 7 in der 2. Fragerunde rechtswidrig ausgelegt worden, trifft somit nicht zu. Daher führte die Antwort zu Frage 7 in der 2. Fragerunde auch nicht dazu, dass die Beschwerde erst mit der Publikation der Antworten in der 2. Fragerunde zu laufen begonnen hätte. Die Rüge, das Eignungskriterium E4 sei rechtswidrig, erfolgt damit verspätet.

- Betreffend die Rüge, der Umsatz sei fälschlicherweise als Zuschlags- statt als Eignungskriterium definiert worden; zudem seien Umsätze aus dem Verkauf von Praxisinformationssystemen zu Unrecht ausgeschlossen worden,<sup>34</sup> ist Folgendes festzuhalten: Sowohl das Ausschreibungsinserat (vgl. Ziff. 2.10 und 3.7) wie auch das Pflichtenheft (vgl. Ziff. 5.3, S. 137 f.) umschreiben das Eignungskriterium E7 wie folgt:

**E7 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:**

Der Anbieter weist nach, dass er die wirtschaftlichen Voraussetzungen erfüllt, um die KISS-Einführung in der Y.\_\_\_\_ zu gewährleisten:

- Der Anbieter weist nach, dass der jährlich erzielte Umsatz mit den unter E4 / Punkte 1 und 2 angegebenen Referenzen maximal 50% des Umsatzes ausmacht
- Der Anbieter weist nach, dass die unter E4 / Punkte 1 und 2 angegebenen Referenzen maximal 50% des Personalstamms binden (gerechnet als eingesetzte Vollzeitäquivalente — FTEs)

Das Pflichtenheft enthält zudem den Hinweis, dass die Nachweise durch eine explizite Aufstellung der nötigen Informationen im Blatt «E7 & E8 Leistungsfähigkeit» der «Excel\_Offerteingabe» und ggf. durch die Beilage von Geschäftsberichten zu erbringen seien.

Das entsprechende Offerteingabeformular<sup>35</sup> stand als Teil der Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen ebenfalls ab Publikation der Ausschreibung zur Verfügung. Damit wären die geltend gemachten Unregelmässigkeiten (ungerechtfertigte Qualifizierung eines Eignungskriteriums als Zuschlagskriterium, ungerechtfertigter Ausschluss aus dem Verkauf von Praxisinformationssystemen) ebenfalls mit der Publikation der Ausschreibung erkennbar gewesen. Die Rüge ist somit verspätet. Im Übrigen wird der Nachweis des jährlich erzielten Umsatzes explizit unter dem Eignungskriterium E7 (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) aufgeführt, womit die Rüge der Beschwerdeführerin, der Umsatz sei fälschlicherweise als Zuschlagskriterium definiert worden, ohnehin nicht zuzutreffen scheint.

- Betreffend die Rüge, es liege eine fragwürdige Gewichtung der Zuschlagskriterien vor, insbesondere sei eine Gewichtung des Preises mit nur 20 % nicht zu rechtfertigen, ist Folgendes festzuhalten: Sowohl das Ausschreibungsinserat (Ziff. 2.10) wie auch das Pflichtenheft (S. 139 Ziff. 5.4) regeln die Gewichtung der Zuschlagskriterien wie folgt:

**Zuschlagskriterien**

Preis Gewichtung 20%

Anforderungen an das System Gewichtung 45%

Implementierungsstand Gewichtung 5%

Lösungskonzept Gewichtung 10%

Anforderungen an den Anbieter Gewichtung 10%

Benutzerakzeptanz Gewichtung 10%

<sup>34</sup> Vgl. Beschwerde S. 7 Ziff. 2

<sup>35</sup> A2\_Excel\_Offerteingabe.xlsx, Register Z6 Anforderungen Anbieter

Da die beanstandete Gewichtung zweifelsfrei bereits aus der Ausschreibung hervorgeht, ist die genannte Rüge ebenfalls verspätet.

- Betreffend die Rüge, es fehle an einer nachvollziehbaren Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes, was sich insbesondere aus der Antwort zu Frage 2 ergebe, wonach nicht nach einem noch in Entwicklung befindlichen System gesucht werde, ist Folgendes festzuhalten: Dem Ausschreibungsinserat vom 9. August 2019 ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz ein vollständig entwickeltes und auf einer konsistenten technologischen Basis aufgebautes Produkt suche, welches ihren Anspruch unterstütze, eine der weltweit führenden digitalisierten Spitalgruppe zu werden.<sup>36</sup> Dementsprechend lautet ihre Antwort zu Frage 2 wie folgt:<sup>37</sup>

«Wie bereits in der Antwort zur Frage SIMAP01/ A/01 ausgeführt, erwartet die Y.\_\_\_\_, dass der Anbieter ein produktives System demonstrieren kann, das bereits in den unter E4 erwähnten Referenzspitälern zum Einsatz kommt und im weitesten Sinne dem offerierten und zu liefernden System entspricht. Die «tolerierten Abweichungen» lassen sich nicht abstrakt a priori festlegen und werden sich je nach Architektur und Implementierung der Systeme unterscheiden. Als Richtlinie gilt, dass das offerierte und zu liefernde System derselben Produktgeneration angehören muss, wie das in den Referenzspitälern bereits implementierte und demonstrierbare System. Die Y.\_\_\_\_ sucht mit dieser Ausschreibung nach einem etablierten, zukunftsfähigen System, welches bereits an mehreren vergleichbaren Institutionen im Einsatz ist. Dezidiert nicht gesucht wird nach einem noch in Entwicklung befindlichen System. Die Y.\_\_\_\_ strebt eine starke Partnerschaft mit dem KISS-Anbieter an, nicht jedoch eine Entwicklungspartnerschaft.»

Mit ihrer Antwort zu Frage 2 bringt die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine neuen, der Ausschreibung widersprechenden Aspekte ins Spiel, sondern präzisiert lediglich die bereits in der Ausschreibung gemachten Anforderungen, wonach das gesuchte Produkt u.a. vollständig entwickelt sein muss. Die Forderung nach einem sich "nicht mehr in Entwicklung befindlichen System" ist klarerweise dahingehend zu verstehen, dass die grundlegenden Eigenschaften des Systems fertig entwickelt sein müssen, während kleinere Weiterentwicklungen sowie Anpassungen an Kundenwünsche und geänderte gesetzliche Grundlagen einer Klassifizierung als fertig entwickeltes System keineswegs entgegenstehen. Zudem geht aus der Umschreibung des Eignungskriteriums E9 (Kontinuität des Systems) in der Ausschreibung und im Pflichtenheft hervor, dass der Anbieter zusichert, dass das System während mindestens 8 Jahren, ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Projektes (Gesamtabnahme), gewartet und weiterentwickelt wird.<sup>38</sup> Zudem schreibt die Vorinstanz in ihrer Antwort zu Frage 5, dass eine Weiterentwicklung des Produktes (unter Einbezug der Vorinstanz) explizit erwartet und gewünscht wird.<sup>39</sup> Demnach ist nicht ersichtlich, weshalb die Antwort der Vorinstanz zu

<sup>36</sup> KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, Beschwerdebeilage 1, Ziff. 2.6 und 2.2 (Zusammenfassung)

<sup>37</sup> Vgl. 1. Fragerunde, Antwort zu Frage 2, Beschwerdebeilage 5

<sup>38</sup> Vgl. KISS- Ausschreibung Simap vom 9. August 2019, Ziff. 3.7 (Beschwerdebeilage 1); Pflichtenheft S. 139 Ziff. 5.3 (Beschwerdebeilage 4)

<sup>39</sup> Vgl. Fragen und Antworten der 1. und 2. Fragerunde, S. 4, Antwort zu Frage 5 (Beschwerdebeilage 5)



Frage 2 «Verwirrung und Unklarheiten in besonderem Masse» schaffen und weshalb erst die Publikation dieser Antwort den Lauf der Beschwerdefrist auslösen sollte. Damit erfolgt auch diese Rüge verspätet.

**1.6.6** Aus diesen Gründen hätte die KISS-Ausschreibung vom 9. August 2019 zehn Tage nach ihrer Publikation, also bis spätestens am 20. August 2019, angefochten werden müssen. Auf die verspätet erhobene Beschwerde vom 23. September 2019 ist daher nicht einzutreten.

**1.6.7** Abschliessend sei angemerkt, dass, selbst wenn die geltend gemachten Unregelmässigkeiten der Ausschreibung erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erkennbar gewesen wären, die vorliegenden Rügen erst im Rahmen der Anfechtung der nächstfolgenden Verfügung (Zuschlagsverfügung, vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. b ÖBG) hätten geltend gemacht werden können bzw. müssen.<sup>40</sup> Indem die Beschwerdeführerin auf die Einreichung eines Angebots verzichtet hat, bleibt ihr diese Möglichkeit jedoch verwehrt. Auch aus diesem Grund ist nicht auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

## **2. Kosten**

**2.1** Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>41</sup>). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten, oder wird ein Verfahren gegenstandslos oder durch Vergleich, Abstand oder Unterziehung erledigt, so kann die Gebühr angemessen reduziert oder es kann ganz auf sie verzichtet werden (Art. 21 Abs. 1 GebV).

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

**2.2** Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die WettSchlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz (keine Parteienschädigung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt

<sup>40</sup> Vgl. Erw. 1.5.1 e contrario

<sup>41</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliebigen Privaten aus unlauteren Gründen anfecht (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).

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

### III. Entscheid

1. Auf das Staatshaftungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2020 wird **nicht eingetreten**.
2. Auf die Beschwerde vom 23. September 2019 wird **nicht eingetreten**.
3. Die Verfahrenskosten, festgesetzt CHF 1'200.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.

4. Parteikosten werden keine gesprochen.

### IV. Eröffnung

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

Der Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektor

Pierre Alain Schnegg  
Regierungsrat

#### Rechtsmittelbelehrung

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