

## Praktikerübungen im Öffentlichen Recht

### Fall 1: Fiktive Gleichbehandlung

#### Sachverhalt

Eine kantonale Direktion bezieht seit fünf Jahren ausgewählte IT-Sicherheitsdienstleistungen von einem privaten Anbieter. Da der Vertrag mit dem bisherigen Anbieter per Ende 2025 ausläuft, schreibt die Direktion am 26. Juni 2024 auf der offiziellen Publikationsplattform SIMAP den Gesamtauftrag im offenen Verfahren neu aus. Die aktuelle Anbieterin, die C AG, ist hierbei wieder zur Offertstellung zugelassen. Bei der Publikation der Ausschreibung führt die Direktion zu den Zuschlagskriterien Folgendes aus:

*"Um die in Artikel 2 IVöB aufgeführten Grundprinzipien im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten, insbesondere die Prinzipien der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und des wirksamen und fairen Wettbewerbs, hat die Auftraggeberin entschieden, allen Anbietern, auch dem jetzigen Anbieter die Einführungskosten für Lizenzen, Support und Produkte aufzuerlegen.*

*Um die Gleichbehandlung des jetzigen Anbieters mit den neuen Anbietern zu gewährleisten, ist sowohl für den jetzigen Anbieter als auch für die anderen Anbieter ein Einführungspreis anzugeben. Der jetzige Anbieter verfügt bereits über die nötige Infrastruktur. Folglich entstehen für ihn in Wirklichkeit keine Einführungskosten, wenn er der Zuschlagsempfänger dieses Auftrags sein sollte. Deswegen muss er einen fiktiven Betrag für den Aufbau des Systems angeben, während die anderen Anbieter einen tatsächlichen Betrag anzugeben haben, der effektiv von der Auftraggeberin zu bezahlen wäre, wenn der jetzige Anbieter nicht ausgewählt würde."*

#### 1. Frage

Die S AG interessiert sich, als neue Anbieterin ein Angebot einzureichen. Sie gelangt an Sie als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt und fragt, wie Sie die obenstehende Regelung betreffend das Zuschlagskriterium der Einführungskosten rechtlich beurteilen. Erläutern Sie dies und diskutieren Sie allfällige Alternativen.

## **Fortsetzung Sachverhalt**

Die S AG reicht bei der Vergabestelle fristgerecht ein technisch und preislich attraktives Angebot ein. Unter anderem gibt die S AG in ihrer Offerte an, dass sie der Vergabestelle die Einführungskosten erlässt, die sie pro forma auf CHF 100'000.00 schätzt. Auch die C AG reicht fristgerecht ein neues technisch und preislich attraktives Angebot ein.

Mit Verfügung vom 9. September 2024 (Zustellung am Folgetag) teilt die Vergabebehörde den teilnehmenden Anbieterinnen mit, dass der Zuschlag an die C AG erfolgt. Das Angebot der C AG wurde von der Vergabebehörde mit der Gesamtnote 4.09 bewertet. Das Angebot der S AG wurde demgegenüber mit der Gesamtnote 4.0 bewertet. Der S AG fällt bei genauem Studium der Verfügungsbegründung auf, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung ihres Angebotes bei den Einführungskosten nicht CHF 0.00, sondern CHF 100'000.00 berücksichtigt hat. Entsprechend wurde dieses Teilkriterium bei der S AG mit der Note 3.5 bewertet. Demgegenüber ist ersichtlich, dass die C AG für ihre fiktiven Einführungskosten die Bestnote 5.0 erhalten hat – ohne dass bekanntgegeben wird, welchen fiktiven Betrag die C AG offerierte. Die S AG ist der Meinung, dass die Vergabebehörde bei der Bewertungsberechnung CHF 0.00 hätte einsetzen müssen, was zur Bestnote 5.0 in dieser Kategorie geführt hätte. Diesfalls würde sich die Gesamtnote des Angebotes der S AG auf 4.19 belaufen.

## **2. Frage**

Die S AG mandatiert Sie zur Vertretung im Rechtsmittelverfahren. Welche Anträge stellen Sie, insbesondere auch, damit die kantonale Direktion einstweilen keinen Vertrag mit der C AG abschliessen kann? Führen Sie sodann aus, worauf mit Blick auf das aktuelle und praktische Interesse der S AG in der vorliegenden Fallkonstellation besonders zu achten ist. Skizzieren Sie schliesslich kurz Ihre Rügen.