



Geschäftsnummer: VD.2016.251 (AG.2017.229)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 03.04.2017
Erstpublikationsdatum: 25.04.2017
Aktualisierungsdatum: 25.04.2017
Titel: **Submission: Unterhaltsreinigung, offenes Verfahren
GATT / WTO**



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt
als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2016.251

URTEIL

vom 3. April 2017

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer,
lic. iur. Barbara Schneider und Gerichtsschreiberin lic. iur. Michèle Guth

Beteiligte

A_____
vertreten durch Fürsprecher [...]

Rekurrentin

gegen

Universität Basel
Verwaltungsdirektion
Petersgraben 35, Postfach 2148, 4001 Basel

Rekursgegnerin

B_____
[...]

Beigeladene

Gegenstand

Rekurs gegen einen Beschluss der Universität Basel
vom 28. September 2016 (publiziert am 1. Oktober 2016)

betreffend Submission: Unterhaltsreinigung Universität Basel,
offenes Verfahren GATT/WTO

Sachverhalt

Die Universität Basel schrieb als Bedarfs- und Vergabestelle am 18. Juni 2016 den Dienstleistungsauftrag Unterhaltsreinigung Universität Basel Los-Nr. 3 (Bernoullistrasse 14–16, Bernoullistrasse 28 und Klingelbergstrasse 61) mit Publikation im Kantonsblatt sowie der Veröffentlichung unter www.simap.ch im offenen Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen aus. Innert Frist reichten unter anderen auch die A_____ AG (Rekurrentin) und die B_____ AG (Beigeladene) je ein Angebot ein. Nach Eröffnung der Offerten wurde der Zuschlag am 28. September 2016 an die Beigeladene erteilt und am 1. Oktober 2016 im Kantonsblatt publiziert. In der Folge verlangte die Rekurrentin mit Eingabe vom 3. Oktober 2016 eine Begründung des Zuschlagsentscheids. Mit Email vom 5. Oktober 2016 sicherte die Universität Basel, vertreten durch [...], der Rekurrentin zu, ihr möglichst zeitnah eine ausführliche Begründung für den Vergabeentscheid zuzustellen. Am 8. November 2016 erliess sie eine entsprechende Verfügung. Daraufhin ersuchte die Rekurrentin die Universität um Zustellung weiterer Unterlagen. Nachdem am 2. Dezember 2016 ein persönliches Gespräch stattgefunden hatte, bat die Rekurrentin die Universität erneut um Zustellung der Auswertungsdetails. Mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 teilte diese der Rekurrentin mit, dass kein Anlass bestehe, auf die Verfügung vom 8. November 2016 zurückzukommen.

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2016 erhob die Rekurrentin – inzwischen anwaltlich vertreten – beim Verwaltungsgericht Rekurs gegen die Zuschlagsverfügung und beantragte deren kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung, die neue Vornahme der Berechnung der Punktzahl und die Erteilung des Zuschlags bezüglich der ausgeschriebenen Leistung an sie. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei ihrem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vergabestelle anzuweisen, während der Dauer des Verfahrens von einem Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin abzusehen. Weiter ersuchte sie um Einsicht in die Verfahrensakten, „soweit sie das Los 3 und insbesondere die (Unter-)Kriterien ‚Reinigungsplan/Objekt‘ und ‚Personaleinsatzplan‘ betreffen“ würden. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 erkannte der Instruktionsrichter dem Rekurs vorläufig die aufschiebende Wirkung zu und untersagte der Vergabestelle vorsorglich, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag über den Gegenstand der Ausschreibung „Beschaffung Unterhaltsreinigung Universität Basel Los-Nr. 3, Bernoullistrasse 14–16, Bernoullistrasse 28, Klingelbergstrasse 61“ abzuschliessen. Am 13. Dezember 2016 ergänzte die Rekurrentin ihre Rekurshebung. Mit Eingaben vom 22. Dezember 2016 und 20. Januar 2017 nahm die Universität Basel zum Rekurs Stellung und beantragte dessen kostenfällige Abweisung. Ihr Gesuch um Aufhebung der vorsorglich bewilligten aufschiebenden Wirkung wurde vom Instruktionsrichter mit Verfügung vom 25. Januar 2017 abgewiesen. Auf entsprechende instruktionsrichterliche Aufforderung hin reichte die Universität mit Eingabe vom 3. Februar 2017 die Offerten der Rekurrentin und der Beigeladenen nach. Mit Replik vom 9. Februar 2017 hielt die Rekurrentin an ihren Rechtsbegehren fest.

Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der vorliegende Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann gegen den Entscheid über den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig.

Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG, SG 270.100]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu

bejahen. Der unterlegene Anbieter ist nur rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.). Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte Offerentin, die bei Obsiegen ihrer Anträge den Zuschlag erhalten könnte, ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids und ist daher zum Rekurs legitimiert.

Die Frist zur Rekuserhebung beträgt 10 Tage nach Eröffnung des Zuschlags oder der schriftlichen Begründung (§ 30 Abs. 1 BeschG). Vorliegend kann die Verfügung vom 8. November 2016 für die Fristberechnung nicht massgebend sein, da sich die Rekurrentin bereits am 11. November 2016 telefonisch und am 14. November 2016 schriftlich bei der Vergabestelle meldete und die Zustellung weiterer Unterlagen verlangte. Die Universität Basel bestätigte der Rekurrentin mit E-Mail vom 17. November 2016, dass die Rekursfrist von 10 Tagen nach der Zustellung der weiteren Details erneut zu laufen beginne. Am 2. Dezember 2016 fand ein Gespräch zwischen den Parteien statt, anlässlich dessen die Vergabekriterien nochmals erläutert wurden. Ausgehend von diesem Datum ist der am 8. Dezember 2016 eingereichte Rekurs rechtzeitig erhoben worden, wobei er gar die erneute Verfügung der Vergabestelle vom 9. Dezember 2016, mit welcher eine neue Rechtsmittelfrist zu laufen begann, überholt hat.

Da die Prozessvoraussetzungen somit erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

1.2 Das vorliegende Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Dabei ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderung vom 15. März 2001 [IVöB, AS 2003 196 und SG 914.500]; statt vieler VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

1.3 Mit Verfügung vom 25. Januar 2017 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, dass ohne entsprechenden Antrag von ihrer Seite der Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung angenommen und der Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen werde. Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und damit implizit auf eine solche verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

2.

2.1 Die Rekurrentin macht geltend, dass ihr Angebot bei richtiger Bewertung den Zuschlag hätte erhalten müssen. Die Berechnungsmethode der Vergabestelle beim Zuschlagskriterium „Preis“ führe zu einem unzulässigen Ergebnis. Weiter sei es willkürlich, dass die Vergabestelle bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Objektorganisation“ den Reinigungsplan sowie den Personaleinsatzplan mit 0 Punkten bewertet habe, obwohl im Angebot der Rekurrentin ein beispielhafter Reinigungsplan und eine grobe Personaleinsatzplanung vorhanden sei, wie sie regelmässig in Offerten angezeigt werde. Eine Feinplanung würde jeweils erst in der Implementierungsphase in Absprache mit der Auftraggeberin vorgenommen.

2.2 Mit ihrer Vernehmlassung stellt sich die Universität auf den Standpunkt, sie habe das Angebot der Rekurrentin vom Verfahren ausgeschlossen. Unter Verweis auf § 23 BeschG macht sie geltend, die Rekurrentin habe nicht alle verlangten Unterlagen vollständig eingereicht. Im Angebot habe der Reinigungsplan mit Angaben zur Unterhaltsreinigung der einzelnen Räume vollständig gefehlt. Nicht näher eingegangen werde auf den Personaleinsatzplan, der zeige, dass die Rekurrentin unsorgfältig und nicht korrekt kalkuliert habe und die Ausschreibung nicht ernst genommen habe. In den Ausschreibungsunterlagen werde in der Rubrik „Eignungskriterien und Leistungsnachweis“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Angebot nicht berücksichtigt werde, wenn einer der aufgelisteten Punkte, wozu auch die Objektorganisation gehöre, nicht erfüllt oder angegeben werde.

2.3 Wie die Rekurrentin replicando zu Recht geltend macht, setzt sich die Universität damit in Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten und den Akten. Der Ausschluss unvollständiger oder verspätet eingetretener Angebote gemäss § 23 Abs. 2 BeschG muss zwar nicht in jedem Fall förmlich mittels entsprechender Verfügung erfolgen. Er kann auch implizit durch die Erteilung des Zuschlags an einen anderen Mitbewerber erfolgen, was allerdings in Lehre und Rechtsprechung teilweise kritisiert wird (BEYELER, in: BR 2017, S. 52; VGer GR U 15 31 vom 3. September 2015 E. 3d). Einen expliziten Ausschluss hat die Vergabestelle vorliegend nicht vorgenommen; ihr Vorgehen weist aber auch nicht auf einen impliziten Ausschluss hin. Mit Verfügung vom 8. November 2016 führte die Universität zur Erläuterung der Nichtberücksichtigung des Angebots der Rekurrentin aus, gemäss den Ausschreibungsunterlagen werde das Angebot zur Vergabe vorgeschlagen, welches die Eignungskriterien und Referenzen erfülle und bei der Bewertung der Zuschlagskriterien die höchste Punktzahl erreiche. Bei der Prüfung der Angebote sei festgestellt worden, dass die Unterlagen zur Objektorganisation (Zuschlagskriterium 2) unvollständig gewesen seien. Es hätten die verlangten Reinigungspläne und Personaleinsatzpläne für jedes einzelne Objekt gefehlt. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass das Los 3 an die Beigeladene mit 878 Punkten vergeben worden sei, während die Rekurrentin bloss 870 Punkte erreicht habe. Damit bestehen aufgrund der Begründung des Zuschlags durch die Universität gegenüber der Rekurrentin keine Anhaltspunkte, dass die Universität sie vom Verfahren ausgeschlossen hätte. Dass die Preisbewertung der Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zum Preis der Rekurrentin vorgenommen wurde, zeigt zudem, dass deren Angebot nicht ausgeschlossen wurde. Mit ihrem Schreiben vom 9. Dezember 2016 bezog sich die Universität auf die Verfügung vom 8. November 2016 und stellte fest, „da sich die Ausgangslage seither mangels weiterer Details nicht verändert habe“, werde an dieser festgehalten. Soweit die Universität die aufgeführte Bewertung damit begründen will, sie habe eine „theoretische Punkteberechnung vorgenommen, um der Rekurrentin aufzuzeigen, dass sie das Los 3 erhalten hätte, wenn sie die verlangten objektspezifischen Reinigungspläne ausgearbeitet und das Angebot vollständig eingereicht hätte“, kann ihr nicht gefolgt werden. Auch Anhaltspunkte dafür, dass es sich dabei um eine reine Information für den Fall eines unterbliebenen Ausschlusses gehandelt hätte, sind nicht ersichtlich. Vielmehr begründet die Universität den Zuschlag allein damit, dass die Beigeladene eine höhere Punktzahl als die Rekurrentin erhalten hat. Daraus wird deutlich, dass das Angebot der Rekurrentin bewertet worden und somit im Vergabeverfahren gerade nicht ausgeschlossen worden ist.

2.4

2.4.1 Es ist fraglich, ob die Vergabestelle sich erstmals im Rekursverfahren auf einen Ausschlussgrund berufen kann, den sie zuvor nicht geltend gemacht hat. Handelt es sich dabei um einen zwingenden Ausschlussgrund, muss die Vergabestelle diesen jederzeit vorbringen können, zumal ansonsten eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Zuschlagsempfängerin erfolgen würde. Eine Unvollständigkeit im Sinn von § 23 Abs. 2 BeschG und damit ein Ausschlussgrund ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Mangel eine gewisse Schwere aufweist (GALLI/MOSER/

LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 444). Denn es vermag nicht jede Unregelmässigkeit einen Ausschluss zu rechtfertigen. Vom Ausschluss einer Offerte soll als Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist. Bei „mittelschweren“ Mängeln kann die Vergabestelle entscheiden, ob das betreffende Angebot auszuschliessen ist oder nicht, wobei ihr ein erhebliches Ermessen zukommt. Ein Ermessen besteht auch hinsichtlich der Frage, ob die Unvollständigkeit eines Angebots als Ausschlussgrund zu qualifizieren oder bei der Bewertung der Zuschlagskriterien negativ zu werten ist (vgl. LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2008, S. 225).

2.4.2 Liegt ein Mangel vor, der nicht zwingend zu einem Ausschluss führen muss, kann sich eine Vergabestelle nach der Rechtsprechung nicht mehr im Rekursverfahren auf diesen Ausschlussgrund berufen, wenn sie sich nicht bereits im Rahmen des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat (vgl. BVGer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 7.5; VGer GR U 15 104 vom 30. März 2016 E. 3b, U 15 31 vom 3. September 2015 E. 3c; VGer ZH VB.2011.00714 vom 9. Mai 2012 E. 2.3.1, VB.2005.00286 vom 8. März 2006 E. 2.5 in fine; so auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 452; JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, S. 325 ff., 352). Dieser Ansicht ist zu folgen. Hat sich die Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens dafür entschieden, eine Offerte trotz unvollständiger Unterlagen nicht vom Verfahren auszuschliessen,

verstösst sie gegen Treu und Glauben, wenn sie einer Rekurrentin erstmals im Rekursverfahren einen Umstand als Ausschlussgrund vorhält, der ihr schon vor der Zuschlagserteilung bekannt war (oder bekannt sein musste).

2.4.3 Die Universität möchte die Rekurrentin vorliegend vom Verfahren ausschliessen, da ihr Angebot unvollständig sei, weil sowohl der Reinigungsplan mit Angaben zur Unterhaltsreinigung als auch der Personaleinsatzplan gefehlt hätten.

Mit den Ausschreibungsunterlagen wurde unter dem Titel „Eignungskriterien und Leistungsnachweis“ als Beilage 5 eine Dokumentation der Objektorganisation verlangt (vgl. Ausschreibungsunterlagen S. 9 unten). Beilage 5 wurde konkretisiert als „Objektorganisation für jedes einzelne Objekt“ (vgl. S. 10 oben). In Ziff. 1.2.1 „Rangfolge und Gewichtung der Zuschlagskriterien“ erfolgt eine weitere Konkretisierung der Anforderungen an die „Objektorganisation für jedes einzelne Objekt (Beilage 5)“ indem ein Implementierungskonzept, ein Reinigungskonzept, ein Reinigungsplan, ein Personaleinsatzplan, eine Darstellung der für die Objektbetreuung zuständigen Personen und ein Qualitätskonzept verlangt wird. Die Rekurrentin hat unbestrittenermassen nur ein Grobkonzept eines Reinigungs- und Personaleinsatzplanes eingereicht, da sie der Ansicht war, eine Feinplanung könne nach dem Zuschlag vorgenommen werden. Damit war die Offerte der Rekurrentin unvollständig. Dabei handelt es sich indes nicht um einen gravierenden Fehler, der den Ausschluss des betreffenden Angebots zwingend hervorruft (vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1747 f.). Es lag vielmehr im Ermessen der Vergabebehörde, über einen Ausschluss der Offerte zu entscheiden.

Die Universität hätte die von ihr nunmehr gerügten Mängel damit fairerweise bereits im Vergabeverfahren thematisieren und klären müssen (und allenfalls dort einen Ausschluss verfügen sollen). Sie kann sie nicht erst hinterher im Rahmen des Rekursverfahrens vor Verwaltungsgericht aufbringen. Es ist treuwidrig, wenn die Vergabestelle zuerst zu Fragen zur Bewertung Stellung nimmt und die Rekurrentin zu Verhandlungen oder Gesprächen trifft und im Nachhinein deren Ausschluss geltend macht. Weil es vorliegend deutlich ist, dass sich die Universität nicht bereits im Rahmen des Submissionsverfahrens für einen Ausschluss entschieden hat, ist der Ausschlussgrund verwirkt.

2.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Vergabestelle, das unvollständige Angebot der Rekurrentin würde zum Ausschluss führen, im vorliegenden Verfahren unbeachtlich ist. In der Folge ist damit materiell zu prüfen, ob die Bewertung des Angebots der Rekurrentin korrekt erfolgte.

3.

3.1 Nach § 26 Abs. 1 erfolgt der Zuschlag zu Marktpreisen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Dabei müssen die in der Ausschreibung festgehaltenen Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung angewandt werden. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden können. Der Behörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.

3.2 In den Ausschreibungsunterlagen wurden folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben:

1. Angebotspreis (60 %)
2. Objektorganisation (30 %)
3. Nachhaltige Gebäudereinigung (10 %)

Für das Preis-Kriterium wurde in den Ausschreibungsunterlagen folgende Bewertungsregel angegeben: „Lineare Notenverteilung, d.h. folgende Berechnung gilt: Das gültige Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erhält die maximale Punktzahl. Jedes weitere gültige Angebot wird in der Relation zur Abweichung mit entsprechend weniger Punkten bewertet.“

Die Rekurrentin erhielt für ihren Angebotspreis von CHF 201'040.– als günstigstes Angebot die maximale Punktzahl von 600. Die Zuschlagsempfängerin erhielt mit einem Angebotspreis von CHF 252'252.– für dieses Kriterium 478 Punkte.

3.3 Die Rekurrentin beanstandet die Berechnung der Punktzahl des zu 60% gewichteten Zuschlagskriteriums des Preises. Die von der Universität vorgenommene Bewertungsregel führe entgegen der Ausschreibungsunterlagen nicht zu einer linearen Notenverteilung. Sie verstosse gegen den Transparenzgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Wirtschaftlichkeitsgebot. Bei richtiger Anwendung der linearen Berechnung könne der Zuschlagsempfängerin nicht 478 Punkte sondern allerhöchstens 447 Punkte angerechnet werden.

3.4 Der Vergabestelle steht bei der Preisbewertung wiederum ein erhebliches Ermessen zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Das bedeutet insbesondere, dass beim Preiskriterium die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (vgl. DENZLER, Bewertung der Angebotspreise, in: BR, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistisch erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Dienstleistungen in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei komplexen Leistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (vgl. VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2.2).

3.5 Im vorliegenden Fall hat die Universität keine Bandbreite möglicher Preise festgelegt. Sie hat vielmehr das günstigste Angebot durch das zu beurteilende Angebot dividiert und mit der maximalen Punktzahl multipliziert. Ein Angebot, welches doppelt so teuer wäre wie das günstigste, erhielte nach dieser Formel noch immer 300 Punkte und damit die Hälfte des Maximalwerts. Damit fallen Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt ist, wodurch sehr teure Angebote vergleichsweise besser beurteilt werden. Diese Art der Preisbewertung gewährleistet somit nicht, dass der Preis das für die Bewertung der Angebote vorgesehene Gewicht erhält. Zudem ergibt sich damit eine exponentielle Abnahme der Punkte, womit keine lineare Berechnung vorliegt. Die Vergabebehörde ist aber aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss § 9 lit. a und b BeschG an die ausgeschriebenen Anforderungen und Zuschlagskriterien gebunden (VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 5.2, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. auch BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2). Die von der Universität vorgenommene Bewertung der Angebotspreise, die nicht der ausgeschriebenen linearen Notenverteilung entspricht, erweist sich damit als nicht zulässig.

3.6 Eine lineare Berechnung der Punktzahl kann durch die Berücksichtigung einer Preisspanne erreicht werden. Die Vergabestelle hat sich nicht weiter zu der Preisbewertung geäussert. Die Rekurrentin macht geltend, dass es vorliegend um eher gängige, wenige komplexe Leistungen gehe, weshalb eine Preisspanne über 150 % fragwürdig erscheine. Bei einer Preisspanne von 150 % würde die Zuschlagsempfängerin 294 Punkte erhalten. Selbst bei Annahme einer Preisspanne von 200 % würde die Zuschlagsempfängerin lediglich 447 Punkte erhalten, womit die Rekurrentin an erster Stelle liegen würde.

Dieser Berechnung mit der Formel $([\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{Beurteiltes Angebot}] / \text{Preisspanne}) \times \text{Gewichtung}$ ist zu folgen. Sie ergibt eine lineare Notenverteilung, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist. Dabei kann vorliegend offengelassen werden, wieviel Prozent die Preisspanne beträgt, da auch bei der Annahme einer Preisspanne von 200 % die Zuschlagsempfängerin 31 Punkte weniger erhält, als bei der Berechnung der Vergabestelle. Da die Rekurrentin und die Beigeladene indes nur 8 Punkte auseinanderliegen (vgl. Verfügung vom 8. November 2016 bzw. Beilage 12 zum Rekurs „Zuschlagskriterien für Los 3“), rückt die Rekurrentin bei linearer Notenverteilung auf die erste Stelle vor. Somit ist der Rekurs bereits aufgrund dieser Erwägungen gutzuheissen, weshalb es sich erübrigt, auf die weiteren Einwände der Rekurrentin, welche die Bewertung ihres Angebots bezüglich der Objektorganisation betreffen, näher einzugehen.

3.7 Zusammenfassend ist der Zuschlag aufzuheben. Der verwaltungsgerichtliche Entscheid über einen Rekurs gegen einen Zuschlag hat in der Regel kassatorische Wirkung. Bei liquidem Sachverhalt kann ausnahmsweise mit reformatorischem Entscheid unmittelbar über den Zuschlag neu entschieden werden,

soweit der Vertrag über die ausgeschriebene Leistung nicht bereits abgeschlossen worden ist (VGE VD.2013.219 vom 11. April 2014 E. 3, VD.2010.192 vom 27. Januar 2011 E. 3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 1401 ff.). Wie die Universität selbst ausführt, ist es unbestritten, dass die Rekurrentin den Zuschlag für das Los 3 erhalten hätte, wenn sie die Unterlagen vollständig eingereicht hätte (Stellungnahme vom 20. Januar 2017 S. 5). Da das Angebot der Rekurrentin im vorliegenden Verfahrensstadium nicht mehr ausgeschlossen werden kann und nun an erster Stelle steht, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Insgesamt ist der angefochtene Zuschlag demnach in Gutheissung des Rekurses aufzuheben und der Zuschlag an die Rekurrentin zu erteilen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine ordentlichen Kosten zu erheben. Aufgrund ihres Obsiegens ist der Rekurrentin sodann eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren können die Parteien eine Kostennote einreichen (vgl. auch Art. 105 Abs. 2 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Wenn sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen, haben sie die Kostennote von sich aus einzureichen. Die Parteien werden dazu nicht aufgefordert. Zumindest wenn der Verfahrensausgang nicht unvorhersehbar ist, stellt es keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, die Parteientschädigung ohne Einforderung einer Kostennote festzusetzen (vgl. BGer 5P.206/2005 vom 8. Juli 2005 E. 2.1.3; FISCHER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 105 N 6 zum Zivilprozessrecht).

Mit ihrem Rekurs ersuchte die Rekurrentin um Gelegenheit, eine aktuelle Kostennote einzureichen. Mit Verfügung vom 25. Januar 2015 wurde der Rekurrentin die Gelegenheit gegeben, eine Replik einzureichen oder eine Parteiverhandlung zu verlangen. Sie reichte daraufhin eine schriftliche Replik ein, ohne eine Honorarnote beizulegen. Die Rekurrentin hat damit trotz vorhandener Möglichkeit ihren Vertretungsaufwand nicht mittels Kostennote ihres Vertreters dokumentiert. Dieser ist daher praxismässig vom Gericht zu schätzen (vgl. VGE VD.2015.179 vom 16. September 2016 mit weiteren Hinweisen). In Anbetracht der beiden Eingaben und unter Berücksichtigung des Vermögensinteresses erscheint ein Aufwand von rund 12 Stunden gerechtfertigt. Bei einem praxismässig zu Anwendung kommenden Überwälzungstarif von CHF 250.– und unter Einschluss der notwendigen Auslagen erweist sich eine Parteientschädigung von CHF 3'100.– als angemessen. Die Parteientschädigung dient dazu, den der obsiegenden Partei erlittenen Schaden aus der rechtsanwaltlichen Parteiververtretung im Verfahren zu ersetzen. Die Prozessentschädigung ist deshalb als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren und als solche nicht mehrwertsteuerpflichtig. Die Mehrwertsteuer wird bei der Bemessung der Parteientschädigung berücksichtigt, wenn die obsiegende Partei durch die ihr in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird. Eine mehrwertsteuerpflichtige Partei – wie vorliegend die Rekurrentin – kann allerdings die abgelieferte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG), weshalb hier die Parteientschädigung ohne entsprechenden Zuschlag geschuldet ist (vgl. PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich etc. 2014, § 17 N 75).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird gutgeheissen. Der Zuschlagsentscheid der Universität Basel vom 28. September 2016 betreffend Los-Nr. 3 wird aufgehoben und der Zuschlag wird der Rekurrentin erteilt.

Für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren werden keine Kosten erhoben. Der Rekurrentin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 2'000.– zurückerstattet.

Die Universität Basel wird verpflichtet, der Rekurrentin eine Parteientschädigung von CHF 3'100.– zu entrichten.

Mitteilung an:

- Rekurrentin

- Universität Basel
- Beigeladene

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. Michèle Guth

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel infrage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.