



Geschäftsnummer: VD.2019.17 (AG.2019.589)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 09.08.2019
Erstpublikationsdatum: 09.10.2019
Aktualisierungsdatum: 09.10.2019

Titel: **Widerruf des Zuschlags und Abbruch
des Verfahrens - Masterplan Energie,
Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231**
-



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt
als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2019.17

URTEIL

vom 9. August 2019

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer, lic. iur. Barbara Schneider
und Gerichtsschreiber Dr. Nicola Inglese

Beteiligte

A____
Rekurrentin
[...]
vertreten durch [...], Advokat,
[...]

gegen

Universitätsspital Basel
Rechtsdienst & Compliance
Klingelbergstrasse 23, 4031 Basel

Rekursgegnerin

B____
Beigeladene
[...]
vertreten durch [...], Rechtsanwalt,

[...]

Gegenstand

Rekurs gegen einen Entscheid des Universitätsspitals Basel
vom 7. Januar 2019

betreffend Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens –
Masterplan Energie, Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231

Sachverhalt

Mit Publikation vom 22. September 2018 im kantonalen Amtsblatt sowie mit gleichentags erfolgter Veröffentlichung unter www.simap.ch wurde der Auftrag betreffend Masterplan Energie, Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231 unter dem Projekttitel „MPE, NEA, BKP 231“ im offenen Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen ausgeschrieben. Als Bedarfsstelle/Vergabestelle wurde die Healthcare Infra AG und als Beschaffungsstelle/Organisator das Universitätsspital Basel angegeben. Das Projekt betrifft die Realisierung einer Notstromversorgung über zwei Stützpunkte auf Mittelspannungsebene. Dabei werden sechs Aggregate 11,7 kV mit je 2 MW Dauerleistung und ein Reserveplatz geplant. Die Laufzeit des Vertrags soll vom 1. Januar 2019 bis 30. Juli 2032 betragen. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 teilte das Universitätsspital Basel (Rekursgegnerin) der A____ (Rekurrentin) mit, dass der Zuschlag an die B____ (Beigeladene) erteilt worden sei, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht und den ersten Rang in der Bewertungsskala erzielt habe.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 ersuchte die Rekurrentin die Rekursgegnerin um Zustellung einer erweiterten Begründung im Sinne von § 27 Abs. 2 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100). Mit Schreiben vom 8. Januar 2019 teilte die Rekursgegnerin der Rekurrentin mit, dass die Vergabestelle nach der Zuschlagserteilung von Tatsachen erfahren habe, welche die Vergabestelle zu einer wiederholten Auswertung der Angebotsunterlagen auf der Grundlage veränderter bzw. korrigierter Angaben veranlasst habe. Als Konsequenz folge daraus, dass die Vergabestelle den Zuschlag im erwähnten Submissionsverfahren widerrufe und das Verfahren abbrechen müsse. Daher sei auch eine Stellungnahme zum Schreiben der Rekurrentin vom 18. Dezember 2018 obsolet geworden. Dem Schreiben vom 8. Januar 2019 lag eine Verfügung der Rekursgegnerin betreffend Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens vom 7. Januar 2019 bei. Darin wurde ausgeführt, dass der Zuschlag an die B____ mit einem Angebotspreis in der Höhe von CHF 11'054'377.– exkl. MWST, verfügt mit Datum vom 6. Dezember 2018, widerrufen werde und das Verfahren auf der Grundlage von § 29 Abs. 1 lit. a des BeschG abgebrochen werden müsse. Bei korrekter Auswertung der Angebotsunterlagen hätten die beiden einzigen Anbieterinnen im Submissionsverfahren kein anforderungsgerechtes Angebot eingereicht. Beide Anbieterinnen hätten daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Daher sei das Verfahren mangels Vorliegen eines geeigneten Angebots abzuberechnen.

Gegen diese Verfügung erhob die Rekurrentin mit Eingabe vom 21. Januar 2019 Rekurs an das Verwaltungsgericht und beantragte, es sei festzustellen, dass der im Beschaffungsvorhaben „Masterplan Energie, Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231“ mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 erfolgte Zuschlag an die B____ nichtig sei. Es sei die Verfügung vom 7. Januar 2019 i.S. Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens im Beschaffungsvorhaben „Masterplan Energie, Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231“ aufzuheben, soweit sie den Abbruch des

Vergabeverfahrens betreffe. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, das Vergabeverfahren rechtskonform weiterzuführen und das Vergabeverfahren mittels Zuschlagsverfügung an die Rekurrentin zu beenden. Eventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, das Verfahren zu wiederholen und/oder neu auszuschreiben. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten seien der Rekursgegnerin aufzuerlegen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, dem Rekurs sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Es sei die Vergabestelle superprovisorisch anzuweisen, alle den Ausgang des hängigen Rekursverfahrens präjudizierenden Vollzugsvorkehrungen – wie insbesondere die freihändige Vergabe oder eine Neuausschreibung – zu unterlassen. Der Rekurrentin sei Einsicht in sämtliche Akten des vorliegenden Verfahrens sowie in sämtliche Akten, welche die Grundlage dieser beiden Verfahren bildeten, zu gewähren. Der Rekurrentin sei nach Edition der verlangten Unterlagen die Gelegenheit zur ergänzenden Rekursbegründung zu geben und es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen. Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 22. Januar 2019 wurde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme der Vergabestelle vorläufig untersagt, den Zuschlag für die gemäss Ausschreibung „Masterplan Energie, Teilprojekt Netzersatzanlagen, BKP 231“ zu beschaffende Leistung zu erteilen resp. für diese Beschaffung Verträge abzuschliessen. Mit gleicher Verfügung wurde die Beigeladene angefragt, ob sie sich am Rekursverfahren beteiligen möchte. Mit Eingabe vom 31. Januar 2019 hat die Beigeladene mitgeteilt, dass sie sich als Beigeladene konstituiere und am Rekursverfahren teilnehme. Mit Rekursantwort vom 26. Februar 2019 hat die Rekursgegnerin beantragt, es sei der Rekurs unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Akteneinsicht sei in dem Umfang zu gewähren, dass die Geschäftsgeheimnisse der Rekurrentin und der Beigeladenen gewahrt würden. Mit Vernehmlassung vom 8. März 2019 hat die Beigeladene beantragt, es sei der Rekurs unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Eventualiter sei die Sache zwecks Wiederholung des Verfahrens zurückzuweisen, unter Gewährung der uneingeschränkten Teilnahmerechte der Beigeladenen. Die Angebotsunterlagen der Beigeladenen seien dem Akteneinsichtsrecht der Rekurrentin zu entziehen. Mit Schreiben vom 8. März 2019 (Postaufgabe: 10. März 2019) hat die Beigeladene zwei Berichtigungen zu ihrer Vernehmlassung mitgeteilt. Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 13. März 2019 wurden der Rekurrentin die Beilagen zu den Rekursantworten zugestellt, soweit diese nicht zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgeschlossen waren resp. zu deren Schutz teilweise abgedeckt werden mussten. Innert der ihr hierfür gesetzten Frist hat die Rekurrentin keine Durchführung einer öffentlichen Rekursverhandlung beantragt. Mit Replik vom 3. Mai 2019 hat die Rekurrentin an ihren Rechtsbegehren festgehalten. In der Folge hat die Rekursgegnerin auf die Einreichung einer Duplik verzichtet. Die Beigeladene hat mit Eingabe vom 28. Mai 2019 eine Duplik eingereicht, zu welcher die Rekurrentin mit Triplik vom 13. Juni 2019 Stellung genommen hat. Die Triplik wurde der Rekursgegnerin und der Beigeladenen zur Kenntnisnahme zugestellt.

Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Angefochten ist die Verfügung der Rekursgegnerin vom 7. Januar 2019 betreffend Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens sowie die darin widerrufenen Verfügung vom 6. Dezember 2018 betreffend Zuschlag. Gemäss § 31 lit. d in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des BeschG kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung gegen den Abbruch eines Vergabeverfahrens Rekurs an das

Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2

1.2.1 Die Rekurrentin hat als Offerentin im abgebrochenen Verfahren ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung vom 7. Januar 2019 betreffend Abbruch des Verfahrens. Dies gilt umso mehr, als die Rekurrentin geltend macht, dass bei einer korrekten Bewertung der Angebote der Zuschlag an sie zu erfolgen habe. Sie ist daher zum Rekurs gegen die Verfügung vom 7. Januar 2019 legitimiert (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG, SG 270.100]). Auf das Begehren der Rekurrentin auf Aufhebung der Verfügung vom 7. Januar 2019 ist, soweit sie den Abbruch des Vergabeverfahrens betrifft, einzutreten.

1.2.2

1.2.2.1 Der Rekurs der Rekurrentin richtet sich aber ebenfalls gegen die Verfügung vom 6. Dezember 2018 betreffend Zuschlagserteilung an die Beigeladene. Diese Verfügung wurde allerdings in der vorerwähnten Verfügung vom 7. Januar 2019 aufgehoben. Diese Aufhebungsverfügung wurde von der Beigeladenen nicht angefochten. Auch die Rekurrentin selbst beantragt in Bezug auf die Verfügung vom 7. Januar 2019 lediglich deren Aufhebung, soweit sie den Abbruch des Vergabeverfahrens betrifft. Es besteht insofern kein Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin mehr an einer allfälligen Nichtigerklärung der ohnehin aufgehobenen Verfügung vom 6. Dezember 2018. Die Rekurrentin vermag kein tatsächliches Interesse an der Nichtigerklärung dieser aufgehobenen und damit wirkungslosen Verfügung aufzuzeigen. Auf das Begehren betreffend Nichtigerklärung der Verfügung vom 6. Dezember 2018 ist somit nicht einzutreten.

1.2.2.2 Der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Rekurrentin zwar geltend macht, dass die Verfügung vom 6. Dezember 2018 nichtig gewesen sei, da die Rekursgegnerin für diesen Zuschlag gar nicht zuständig gewesen sei. Gleichzeitig wird aber nicht vorgebracht, dass die Verfügung vom 7. Januar 2019, welche ebenfalls von der Rekursgegnerin ausgesprochen worden ist, nichtig sei, womit die anwaltlich vertretene Rekurrentin nicht in jeglicher Hinsicht konsequent argumentiert. Es ist zudem anzumerken, dass in der Ausschreibung vom 22. September 2018 explizit darauf hingewiesen wurde, dass es sich bei der Bedarfsstelle um die Healthcare Infra AG handle, während als Beschaffungsstelle das Universitätsspital Basel, Rechtsdienst & Compliance, ausgeführt wurde. Im vorgesehenen Werkvertrag war aufgeführt, dass dieser von der Healthcare Infra AG handelnd durch die Rekursgegnerin abgeschlossen werde. Dem Vertragstext lagen die besonderen Bedingungen der Rekursgegnerin bei. Diese Ausschreibung wurde von keiner Seite angefochten. Die Rekurrentin hat ihre Offerte widerspruchlos an die Rekursgegnerin adressiert. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts muss eine Ausschreibung bereits vorweg angefochten werden und darf damit grundsätzlich nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zugewartet werden (vgl. statt vieler VGE VD.2018.64 vom 25. September 2018 E. 2.2, mit Hinweisen). Damit ist fraglich, ob der nach Auffassung der Rekurrentin „leicht erkennbare Mangel“ nach Treu und Glauben nicht früher hätte gerügt werden müssen. Abgesehen davon ist auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden, dass die Rekursgegnerin als Beschaffungs- und damit Vergabestelle handelnd für ihre Tochtergesellschaft als Bedarfsstelle das Submissionsverfahren durchführte und somit sowohl über den Zuschlag als auch dessen Aufhebung resp. den Abbruch des Verfahrens verfügt hat. Die Rekurrentin vermag denn auch in keiner Weise aufzuzeigen, inwiefern diese Wahrnehmung der Rolle als Beschaffungs- und Vergabestelle durch das Universitätsspital für dessen Tochtergesellschaft als Bedarfsstelle irgendeinen Nachteil für die Rekurrentin zur Folge gehabt haben soll. Dem Antrag auf Feststellung der

Nichtigkeit wäre denn auch inhaltlich kein Erfolg beschieden, was aber mangels Rechtsschutzinteresses (E. 1.2.2.1) nicht abschliessend erörtert werden kann.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen 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 bloss Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2; vgl. im vorliegenden Urteil auch unten E. 2.2 und 2.3.1.2).

1.4 Die Rekurrentin hat auf entsprechende Fristansetzung durch den Instruktionsrichter hin keine Durchführung einer öffentlichen Rekursverhandlung beantragt. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.3, mit Hinweisen).

2.

2.1

2.1.1 Die Rekursgegnerin hat in der angefochtenen Verfügung vom 7. Januar 2019 im Wesentlichen geltend gemacht, dass sich nach der Zuschlagserteilung an die Beigeladene bei einer erneuten Prüfung ergeben habe, dass kein anforderungsgerechtes Angebot eingereicht worden sei. Die Beigeladene würde das Eignungskriterium Nr. 4 nicht erfüllen. Die Rekurrentin würde die Eignungskriterien Nr. 2 und Nr. 3 nur teilweise erfüllen. Die Vergabestelle habe unter dem Eignungskriterium Nr. 2 den Nachweis von zwei in den letzten fünf Jahren bereits ausgeführten Referenzaufträgen der Schlüsselpersonen für die Funktionen Projektleiter und Leiter Ausführung verlangt. Gemäss Selbstdeklaration der Rekurrentin würden jedoch zwei Referenzobjekte nicht den zeitlichen Vorgaben entsprechen. Das Referenzobjekt 2, Projektleitung, sei zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung gar noch nicht ausgeführt gewesen und das Referenzobjekt 2, Leiter Ausführung, sei bereits im Jahre 2008 fertiggestellt worden. Die Referenzangaben zur letztgenannten Referenz hätten im Weiteren nicht überprüft werden können, da die angegebene Referenzperson keine Auskunft habe erteilen wollen. Entgegen der beim Eignungskriterium 3 geforderten Bestätigung der Anbietenden, wonach diese bei der Auftragsausführung betriebseigenes Personal einsetzen sollten, welches mindestens 50% der Arbeitsausführung selbst ausführe, sei dem Angebot der Rekurrentin zu entnehmen, dass der geforderte Prozentwert nicht eingehalten werde. Entgegen den technischen Anforderungen würde die Rekurrentin keine Hochlaufsynchrisation einsetzen und die Einreichung von „Präzisierungen des Anbieters“ müsse als Verstoss gegen die Zulassungsvoraussetzungen gemäss den Ziffern 1.5.7.2 und 1.5.7.3 des Basisdokuments zu den Ausschreibungsunterlagen qualifiziert werden. Beide Anbieterinnen hätten wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Mangels Vorliegen eines geeigneten Angebots müsse das Verfahren abgebrochen werden.

2.1.2 Die Rekurrentin äussert in ihrem Rekurs den Verdacht, dass der Abbruch des offenen Verfahrens dazu eingesetzt werden solle, die Rekurrentin unzulässigerweise zu übergehen mit dem Ziel, in einem Folgeverfahren die Beigeladene mit dem Auftrag zu betrauen. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es, angesichts der bloss zwei Offerten, unglaubwürdig sei, dass die Vergabestelle erst nach der Zuschlagserteilung Tatsachen erfahren habe, welche zur erneuten Prüfung geführt hätten, und dass sie die

Nichterfüllung der Eignungskriterien durch die Beigeladene erst dann erkannt habe. Zudem habe die Rekursgegnerin besondere Anstrengungen an den Tag gelegt, die Nichterfüllung der Eignungskriterien durch die Beigeladene zu konstruieren. Der Abbruch sei daher als Instrument der Diskriminierung eingesetzt worden und sei daher unzulässig. Zudem seien die Voraussetzungen für einen Verfahrensabbruch gemäss § 29 Abs. 1 BschG nicht erfüllt. Es liege kein sachlicher Grund vor, welcher den Abbruch rechtfertigen würde. Es treffe nicht zu, dass die Rekurrentin kein Angebot eingereicht habe, welches die ausgeschriebenen Kriterien nicht erfülle. Zudem sei die Rekurrentin auch gar nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden.

2.2 Gemäss Art. 13 lit. i IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen vorzusehen, dass Abbruch und Wiederholung des Verfahrens nur aus wichtigen Gründen erfolgen können. § 29 Abs. 1 BeschG sieht vor, dass das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen, wiederholt oder neu aufgelegt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde, wesentlich geändert haben (lit. b) oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (lit. c). Diese Aufzählung der gesetzlich vorgesehenen Abbruchgründe ist allerdings angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht abschliessend (VGE VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1, 620/2004 vom 16. August 2004 E. 3c, 699/2004 vom 15. Juni 2005 E. 2.2; SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, S. 45; ZELLWEGER/WIRZ, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 559 S. 604 f.). Der Abbruch ist vielmehr immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199; BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3; BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 798; vgl. zum Ganzen VD.2018.10 vom 27. Oktober 2018 E. 5.2). Im vorliegenden Fall macht die Vergabebehörde geltend, dass kein Angebot eingereicht worden sei, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfülle (§ 29 Abs. 1 lit. a BeschG). Es handelt sich dabei um einen vom Gesetzgeber aufgeführten und damit von diesem als wichtig taxierten Grund. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin ist für den Abbruch des Verfahrens unter diesem Titel ein vorgängiger formeller Ausschluss der Anbietenden keine Voraussetzung. Vielmehr kann der Abbruch direkt verfügt werden, wenn sich bei der Prüfung der Offerten herausstellt, dass die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen nicht erfüllt werden. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemäsem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 8 VRPG; BEYELER, a.a.O., S. 784 ff., insbesondere S. 789; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3; VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2018 E. 2.3.1; VGer ZH VB.2018.00787 vom 28. Februar 2019 E. 3.1). Nicht relevant für die Frage der Zulässigkeit des Abbruchs des Verfahrens ist die Frage, ob die Vergabestelle bereits vor dem (nachträglich) aufgehobenen Zuschlagsentscheid hätte erkennen können und müssen, dass die Angebote die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen nicht erfülle. Dies könnte lediglich in Bezug auf allfällige Schadenersatzansprüche infolge der aufgehobenen Zuschlagsverfügung relevant sein, was aber für die Frage der Zulässigkeit des Verfahrensabbruchs keine Rolle spielt (BEYELER/ZUFFEREY, Interruption de la procédure/Abbruch des Verfahrens, in: BR 2018 S. 259; BGer 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.7.1).

2.3 Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass lediglich zwei Offerten eingegangen sind und dass die Offerte der Beigeladenen die Eignungskriterien nicht erfüllt. Dies wurde sowohl von der Rekurrentin in Rz. 18 ihres Rekurses als auch von der Beigeladenen in Rz. 10 der Rekursantwort anerkannt. Nachfolgend zu prüfen bleibt, ob auch die Rekurrentin kein Angebot eingereicht hat, das die ausgeschriebenen Kriterien oder die technischen Anforderungen erfüllt (§ 29 Abs. 1 lit. a BeschG).

2.3.1

2.3.1.1 In den nicht angefochtenen Ausschreibungsunterlagen werden unter Ziff. 1.5 die Verfahrensbedingungen aufgeführt. Darin wird festgehalten, dass nur Angebote in die Bewertung einbezogen würden, welche die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien vollständig erfüllen würden. Weiter wird ausgeführt, dass Anbieter, welche die Ausschreibungsunterlagen abändern würden, vom Verfahren ausgeschlossen würden. In Ziff. 1.5.7 wird dazu explizit festgehalten, dass ein Anbieter, welcher die Teilnahmebedingungen nicht erfülle, grundsätzlich vom Verfahren ausgeschlossen werde. In Ziff. 1.5.7.2 und Ziff. 1.5.7.3 wird weiter als generelle Teilnahmebedingung im Wesentlichen verlangt, dass das Werkvertragsmuster als Vertragsgrundlage und die angefügten Bedingungen der Rekursgegnerin vom Anbietenden zu akzeptieren seien und dass dies mittels Unterschrift zu bestätigen sei. Unter Ziff. 1.7 betreffend Eignungskriterien wird (1) die Angabe von zwei in den letzten fünf Jahren bereits ausgeführte Referenzaufträge der anbietenden Firma und (2) von zwei in den letzten Jahren bereits ausgeführten Referenzaufträge der Schlüsselpersonen verlangt. Dazu wird festgehalten, dass die Anbieter die Erreichbarkeit von Referenzpersonen zu gewährleisten hätten und dass die fehlende Erreichbarkeit von Referenzpersonen zur Folge habe, dass die betreffenden Referenzen nicht bewertet würden. Unter (3) wird verlangt, dass die Anbieter den Nachweis über Verfügbarkeit der einzusetzenden Schlüsselpersonen für das vorliegende Projekt (mindestens 50% der Arbeitsausführung durch betriebseigenes Personal) zu erbringen hätten.

2.3.1.2 Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Dienstleistung oder Ware sowie der Anforderungen an den Leistungserbringer ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen hat. Lehre und Rechtsprechung sprechen insoweit von trotz Vergaberecht „gesicherten Handlungsspielräumen“ (VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien und -nachweise sowie der Zuschlagkriterien, sondern auch bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal im Rekursverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. oben E. 1.3). Das Verwaltungsgericht greift nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. statt vieler BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BVGer B-1823/2017 vom 10. Mai 2017 E. 5.1.1, B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.4; VGE VD.2017.211 vom 4. Juli 2018 E. 2.3.2, VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 2.3; jeweils mit Hinweisen).

2.3.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Rekurrentin in ihrem Angebot resp. der Selbstdeklaration Angaben gemacht hat, aus welchen sich eine Nichterfüllung der vorgenannten Eignungskriterien resp. Bedingungen ergibt. So hat die Rekurrentin bei den „Schlüsselpersonen-Referenzen“ betreffend Projektleitung beim Referenzobjekt 2 als Bauzeit angegeben: 2019-2014. Aufgrund des Zeitpunkts der Abgabe der Offerte im November 2018 wurde damit zum Ausdruck gebracht, dass dieses Projekt im Widerspruch zu den Anforderungen in diesem Zeitpunkt noch nicht (fertig) ausgeführt wurde. Es ist der Rekurrentin zwar insofern Recht zu geben, als dass die zeitliche Abfolge (2019-2014) offensichtlich falsch war. Dass es sich beim Abschlussdatum 2019 aber um einen offensichtlichen Tippfehler gehandelt haben soll, ist dagegen nicht

ersichtlich. Die anwaltlich vertretene Rekurrentin macht zwar geltend, dass sich das ohne weiteres aus den weiteren zugestellten Unterlagen ergeben würde (Register 4 und 6). Sie legt aber in Verletzung ihrer Rügeobliegenheit nicht nachvollziehbar dar, woraus genau abzuleiten ist, dass es sich bei dem Abschlusszeitpunkt um einen offensichtlichen Tippfehler gehandelt haben soll. Im Ergebnis kann die Frage aber offenbleiben, da die Rekurrentin die Eignungskriterien resp. Bedingungen in anderen Punkten nachweislich nicht erfüllt.

So hat die Rekurrentin in der Rekursbegründung selbst bestätigt, dass das von ihr angegebene Referenzobjekt 2, Leiter Ausführung, die zeitlichen Vorgaben für den Referenzauftrag (ausgeführt in den letzten fünf Jahren) nicht erfüllt, da dieses bereits im Jahr 2008 ausgeführt worden ist (Rekurs Rz. 29). Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 1 Abs. 1 lit. a und d und § 9 Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Die zeitlichen Vorgaben für die Referenzobjekte, welche von der Rekurrentin – zumindest teilweise – nicht erfüllt werden, gingen aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervor. Die Rekurrentin hat keine Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen erhoben resp. diese nicht angefochten. Entgegen dem Antrag der Rekurrentin kann die Vergabestelle die Eignungskriterien nicht einfach im Rahmen der Vergabe nur noch teilweise oder nicht beachten, auch wenn sie nachträglich feststellt, dass ein Kriterium allenfalls zu einer übermässigen Einschränkung des Wettbewerbs oder sogar dazu geführt hat, dass gar kein zulässiges Angebot eingereicht worden ist. Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 626 ff.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011, 699/2007 vom 7. Januar 2008). Bei einer wesentlichen Abweichung von diesen Eignungskriterien müsste im Rahmen einer neuen Ausschreibung geprüft werden, ob bei einer Änderung der Ausschreibungsbedingungen weitere Angebote eingehen (VGE VD.2018.64 vom 25. September 2018 E. 2.3.2). Wenn in einer Ausschreibung im Jahr 2018 Referenzobjekte verlangt werden, welche in den letzten fünf Jahren ausgeführt wurden, dann liegt bei einem Projekt, welches im Jahr 2008 und damit rund 10 Jahre zuvor ausgeführt wurde, kein geringfügiger Verstoss gegen die zeitlichen Vorgaben des Eignungskriteriums vor (vgl. VGE VD.2017.128 vom 19. Oktober 2017 E. 2.4.2). Diese werden vielmehr beinahe um das doppelte nicht eingehalten. Wenn die Vergabebehörde derartige Verstösse gegen die Vorgaben an die Eignungskriterien einfach übergehen würde, würde sie damit Anbieterinnen und Anbieter diskriminieren, welche allenfalls aufgrund dieser Vorgaben gar keine Offerte eingereicht haben. Damit würden das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot klar verletzt. Es war damit bereits aufgrund dieser klaren Nichterfüllung eines Eignungskriteriums angezeigt, die Rekurrentin vom Verfahren auszuschliessen. Da auch die Beigeladene als Anbieterin die Eignungskriterien nachweislich nicht vollumfänglich erfüllt hat, ist der Abbruch des Verfahrens in keiner Weise zu beanstanden.

2.3.3 Ebenso zutreffend sind die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, wonach die Weigerung einer angefragten Referenzperson, die verlangten Angaben zu machen, dazu führen muss, dass die Referenz nicht als überprüfbar gilt. In den (nicht angefochtenen) Ausschreibungsunterlagen wurde diese Folge deutlich aufgezeigt. Es wurde – wie erwähnt (vgl. E. 2.3.1.1) – explizit aufgeführt, dass die Erreichbarkeit der Referenzpersonen – zu welcher auch die Bereitschaft dieser Personen gehört, die erforderlichen Angaben zu machen – durch die Anbieter zu gewährleisten sei und dass andernfalls die betreffende Referenz nicht bewertet werden könne. Die Verantwortung würden die Anbieter tragen. An dieser mangelnden Bewertbarkeit der Referenz ändert entgegen den Ausführungen der Rekurrentin in Rz. 33 der Replik auch nichts, dass die Referenzperson eine hervorragende Referenzauskunft erteilt hätte, wenn sie denn verstanden hätte, weshalb sie sie erteilen soll. Wenn eine Referenzperson der deutschen Sprache nicht mächtig ist und auf eine Referenzanfrage auf Deutsch daher nicht

antwortet, liegt es nicht im Aufgabenbereich der Vergabestelle, nachzuforschen, weshalb die Referenzanfrage nicht beantwortet wird. Es obliegt vielmehr der Offertstellerin, sicherzustellen, dass die Referenzperson erreichbar und zur Abgabe der erforderlichen Angaben auf entsprechende Anfrage hin bereit ist. Sollten für die Referenzanfragen besondere Erfordernisse bestehen, etwa dass diese auf Englisch eingeholt wird, müsste die Offertstellerin dies bei der Referenzangabe ausführen. Ansonsten trägt sie das Risiko der ausgebliebenen Referenzauskunft und damit der fehlenden Bewertbarkeit des Referenzobjekts (vgl. VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Damit liegt in Bezug auf das von der Rekurrentin angegebene Referenzobjekt 2, Leiter Ausführung, ein weiterer wesentlicher Mangel vor.

Bereits aus den genannten Gründen ergaben sich genügend sachliche Gründe für die Schlussfolgerung, dass beide Anbieterinnen die geforderten Eignungskriterien und Bedingungen nicht erfüllt haben, was gemäss der gesetzlichen Vorgabe den Abbruch des Verfahrens rechtfertigt. Von einer Überschreitung des der Vergabestelle zustehenden Ermessens kann keine Rede sein. Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin allenfalls mit anderen Referenzobjekten oder einer Aufteilung des Referenzobjekts 1 in verschiedene Referenzobjekte den Nachweis der Erfüllung der Eignungskriterien hätte erbringen können. Es liegt in der Verantwortung der Rekurrentin als Offerentin, in der Offerte die Referenzobjekte aufzuführen, welche zum Nachweis der Erfüllung der Eignungskriterien geeignet sind. Es wäre mit dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren, wenn die Vergabestelle Aufteilungen von einem angegebenen Referenzobjekt auf mehrere Referenzobjekte vornehmen würde. Die vorstehenden Ausführungen weisen somit darauf hin, dass die Vergabestelle in dieser Situation dazu verpflichtet war, festzustellen, dass kein Angebot die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt, womit die Anforderungen an einen Abbruch gemäss § 29 Abs. 1 lit. a BeschG gegeben sind. Von einer Überschreitung des Ermessensspielraums der Vergabestelle kann keine Rede sein.

2.3.4 Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Rekurrentin – ebenfalls zugestandenermassen – bei der Selbstdeklaration auf die Anforderung „Firmeneigenes Personal führt mindestens 50% der Arbeitsausführung“ mit Nein geantwortet hat. Damit hat die Rekurrentin in der Offerte selbst angegeben, dass sie den als Eignungskriterium 3 verlangten Nachweis über Verfügbarkeit der einzusetzenden Schlüsselpersonen für das vorliegende Projekt (mindestens 50% der Arbeitsausführung durch betriebseigenes Personal) nicht erbringen kann. Die Vergabestelle muss sich in solchen Fällen auf die Angaben der Anbieter in den Eigendeklarationen verlassen können. Sie hat nicht selbst nachzuforschen, ob die Angaben fehlerhaft sein könnten, um diese dann gegebenenfalls zu Gunsten der Anbietenden zu korrigieren. Von der Rekurrentin wird diesbezüglich selbst ausgeführt, dass die Angabe in der Offerte nicht auf ein offensichtliches Versehen zurückzuführen ist. Wenn die Angabe, wie von der Rekurrentin im Rekurs geltend gemacht wird, auf eine Unsicherheit in der Auslegung der Anforderung zurückzuführen war, hätte sie diese im Rahmen der Fragen oder einer entsprechenden Erklärung von sich aus klären können. Eine nachträgliche Korrektur dieser Angabe in der Rekursbegründung, wonach die Rekurrentin das Eignungskriterium 3 entgegen den eigenen Angaben in der Offerte doch erfülle, erfolgt klarerweise verspätet und ändert an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen in der angefochtenen Verfügung nichts mehr. Zudem weist die Rekursgegnerin in der Rekursantwort zu Recht darauf hin, dass die Rekurrentin mit dem pauschalen Hinweis auf die Register 4 bis 6 den Nachweis über die Verfügbarkeit der einzusetzenden Schlüsselpersonen für das vorliegende Projekt ohnehin nicht erbringen kann. Die tabellarische Darstellung des Verhältnisses zwischen der Rekurrentin und den von ihr beigezogenen Subunternehmern erfolgt zum ersten Mal in der Replik und damit ebenfalls klar verspätet. Zudem wird für diese Angaben keinerlei Beweis offeriert. Die Rekursgegnerin ist bei der Prüfung der Offerten zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Rekurrentin der Nachweis der Verfügbarkeit der

einzusetzenden Schlüsselpersonen für das vorliegende Projekt gemäss Eignungskriterium 3 (mindestens 50% der Arbeitsausführung durch betriebseigenes Personal) nicht gelungen ist, was ja auch in der Eigendeklaration der Rekurrentin zum Ausdruck gekommen ist. Auch daraus ergibt sich ein zulässiger Grund für den Verfahrensabbruch gemäss § 29 Abs. 1 lit. a BeschG.

2.3.5 Die Vergabestelle hat sodann zu Recht auch darauf hingewiesen, dass die Anbieter gemäss den (nicht angefochtenen) Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 1.5.7.2) das Werkvertragsmuster als Vertragsgrundlage und die angefügten Bedingungen der Rekursgegnerin vom Anbietenden akzeptieren und dies mittels Unterschrift bestätigen müssen. Damit steht eine Abänderung von Vertragsbedingungen in Bezug auf Haftung, Versicherungsdeckung, Gewährleistung, Verzugsfolgen und Konventionalstrafe offensichtlich im Widerspruch. Solche Abänderungen seitens der Anbieter führen dazu, dass die eingegangenen Offerten nicht mehr vergleichbar sind. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin in Rz. 16 der Replik wird mit solchen Abänderungen der Vertragsgrundlagen keine „transparente und überschaubare Struktur“ geschaffen, sondern es werden Teilnahmebedingungen missachtet. Auch dies hat dazu geführt, dass die Vergabestelle zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass auch die Rekurrentin kein Angebot eingereicht hat, welches die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt, womit die Anforderungen an einen Abbruch gemäss § 29 Abs. 1 lit. a BeschG gegeben sind.

2.4 Aufgrund der verschiedenen Verstösse der Rekurrentin gegen die Ausschreibungsbedingungen resp. Nichterfüllung der Eignungskriterien war der Verfahrensabbruch ohne weiteres gerechtfertigt. Von einer Überschreitung des der Vergabestelle zukommenden Ermessensspielraumes kann keine Rede sein. Es kann aufgrund des vorgenannten Ergebnisses offenbleiben, ob die Rekurrentin auch das Eignungskriterium 4 nicht erfüllt, wie dies von der Rekursgegnerin in der Rekursantwort erstmals vorgebracht wird resp. ob die Ersetzung der Hochlaufsynchronifikation durch eine aus Sicht der Rekurrentin sogar besseren technischen Lösung im Widerspruch zu den technischen Vorgaben in der Ausschreibung stand.

3.

3.1 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin kann der Verfahrensabbruch schliesslich auch nicht als diskriminierend qualifiziert werden. Da die beiden einzigen Anbieterinnen gemäss den obigen Ausführungen weder die ausgeschriebenen Kriterien noch die technischen Anforderungen erfüllt haben, wären der blosse Ausschluss von einer der beiden Anbieterinnen und die Erteilung des Zuschlages an den anderen der beiden Anbieter mit dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot nicht zu vereinbaren. Dies hat die Vergabebehörde nach der (fälschlichen) Erteilung des Zuschlages an die Beigeladene auch zu Recht erkannt und den Zuschlag aufgehoben. Aus dem gleichen Grund konnte resp. kann auch kein Zuschlag an die Rekurrentin erfolgen, womit als einzige angebrachte resp. zulässige Folge das Verfahren abgebrochen werden musste. Der Verfahrensabbruch betrifft die beiden Anbieterinnen gleichermassen und kann auch aus diesem Grund nicht als diskriminierend angesehen werden.

3.2 Da das Beschaffungsinteresse bei der Rekursgegnerin unbestrittenermassen weiter besteht, handelt es sich hier lediglich um einen vorläufigen Verfahrensabbruch. Die Rekurrentin weist zu Recht darauf hin, dass die Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren selbstverständlich auch nach dem (rechtmässigen) Verfahrensabbruch weiter bestehen. Die Frage, in welchem Verfahren die Beschaffung nun zu erfolgen hat, wurde in der angefochtenen Verfügung nicht beantwortet, was aber nicht zu beanstanden ist. Der Rekursgegnerin steht nach dem Abbruch des Vergabeverfahrens wiederum ein unternehmerischer Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung des neuen Beschaffungsverfahrens zu, wobei sie

selbstverständlich weiter an die beschaffungsrechtlichen Vorgaben und Grundlagen gebunden ist. Es obliegt aber nicht dem Verwaltungsgericht, im Rekursverfahren gegen die Abbruchverfügung darüber zu beschliessen, in welchem Verfahren die nach wie vor vorgesehene Beschaffung vorzunehmen ist.

4.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass der Rekurs sich als unbegründet erweist und daher abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dessen Kosten der Rekurrentin aufzuerlegen und diese hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung auszurichten (§ 30 Abs. 1 VRPG). Die Gerichtsgebühr bemisst sich gemäss § 41 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) nach § 11 Abs. 1 Ziff. 15.1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GGV, SG 154.810). Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des angefochtenen Entscheids und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen ist die Gerichtsgebühr auf CHF 5'000.– festzulegen. Der Rechtsvertreter der Beigeladenen hat keine Honorarnote eingereicht. Der zu entschädigende Aufwand ist somit zu schätzen, wobei von einem angemessenen Aufwand von rund 25 Stunden auszugehen ist, welcher bei Anwendung des Überwälzungstarifs von CHF 250.– pro Stunde zu einer angemessenen Parteientschädigung von CHF 6'250.– inkl. Auslagen führt. Da die Beigeladene im UID-Register als Mehrwertsteuerpflichtig aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die von ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte MWST in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer [MWSTG; SR 641.20]). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3; vgl. zum Ganzen HONAUER/PIETRO-PAOLO, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; SCHMID, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 95 N 26; SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Da hier eine solche Ausnahme nicht vorliegt, ist der Beigeladenen die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. zum Ganzen VGE VD.2018.49 vom 8. August 2018 E. 3).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 5'000.– (einschliesslich Auslagen).

Die Rekurrentin hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 6'250.– zu bezahlen.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Universitätsspital Basel
- Beigeladene

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Nicola Inglese

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 in Frage 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.