



**Gerichte**

**Geschäftsnummer:** **VD.2021.248** (AG.2022.334)

**Instanz:** Appellationsgericht

**Entscheiddatum:** 25.03.2022

**Erstpublikationsdatum:** 03.12.2022

**Aktualisierungsdatum:** 03.12.2022

**Titel:** **Submission: Erbringungen von Sicherheitsdienstleistungen für das Universitätsspital (Beschwerde beim Bundesgericht hängig)**



# Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt

---

## als Verwaltungsgericht Dreiergericht

VD.2021.248

## URTEIL

vom 25. März 2022

Mitwirkende

Dr. Claudius Gelzer (Vorsitz), Dr. Stephan Wullschleger, Prof. Dr. Jonas Weber und  
Gerichtsschreiber Dr. Nicola Inglese

---

Beteiligte

**A** \_\_\_\_\_

[...]

vertreten durch [...], Rechtsanwältin,  
[...]

Rekurrentin

gegen

**Universitätsspital Basel**

Hebelstrasse 34, 4031 Basel

Rekursgegnerin

**B** \_\_\_\_\_

[...]

vertreten durch [...], Advokat,  
[...]

Beigeladene

Gegenstand

**Rekurs** gegen einen Entscheid des Universitätsspitals Basel  
vom 28. Oktober 2021

betreffend Submission: Erbringungen von Sicherheitsdienstleistungen für das  
Universitätsspital

### Sachverhalt

Mit Publikation vom 21. Juli 2021 im Kantonsblatt und unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) schrieb das Universitätsspital Basel (nachfolgend Universitätsspital) als Beschaffungs- und Vergabestelle den Auftrag zur «Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen für das Universitätsspital Basel» im offenen Verfahren gemäss dem GATT/WTO-Abkommen aus. Gemäss Ziff. 4.3 der Publikation sowie Ziff. 1.3. der Ausschreibungsunterlagen gehörte zum Verfahren eine Begehung. Als Uhrzeit wurde «09:00 Uhr bis voraussichtlich 12:30 Uhr» und als Treffpunkt «Hebelstrasse 20, 4031 Basel; Eingang Cafeteria Centрино» angegeben. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Begehung obligatorisch sei und dass Anbietende, deren fachkundige Vertreter der obligatorischen Begehung fernbleiben, nicht zum

Vergabeverfahren zugelassen, d.h. ausgeschlossen würden. Der Vertreter der B\_\_\_\_\_ (Beigeladene) erschien um 9:00 Uhr nicht am vorgesehenen Treffpunkt und stiess mit Verspätung zur Begehungsgruppe.

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2021 erteilte das Universitätsspital der Beigeladenen den Zuschlag. Dagegen erhob die zweitplatzierte A\_\_\_\_\_ (Rekurrentin) am 15. November 2021 Rekurs beim Verwaltungsgericht und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung der angefochtener Zuschlagsverfügung, den Ausschluss der Beigeladenen und die Zuschlagsvergabe an sie selbst; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vergabebehörde. Mit instruktionsrichterliche Verfügung vom 16. November 2021 wurde dem Rekurs auf entsprechenden Antrag hin vorläufig die aufschiebende Wirkung insofern gewährt, als es dem Universitätsspital untersagt wurde, den Vertrag gemäss der Zuschlagsverfügung vom 28. Oktober 2021 mit der Beigeladenen abzuschliessen. Mit Vernehmlassung vom 23. Dezember 2021 beantragte die Beigeladene die kostenpflichtige Abweisung des Rekurses. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie u.a. die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Das Universitätsspital beantragte in der Rekursantwort vom 23. Dezember 2021, dass in Gutheissung des Rekurses die angefochtene Verfügung anzupassen, die Beigeladene vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag der Rekurrentin zu erteilen sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beigeladenen. Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 9. Januar 2022 wurde der Antrag der Beigeladenen auf Entzug der vorläufig angeordneten aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Zudem wurde das Universitätsspital dazu ermächtigt, mit Wirkung ab 1. Februar 2022 die erforderlichen Sicherheitsdienstleistungen bei dem aus seiner Sicht hierfür bestgeeigneten Anbieter mit einem Leistungsvertrag mit einer maximalen Laufzeit von 8 Monaten zu beziehen. Mit instruktionsrichterliche Verfügung vom 14. Januar 2021 wurden die Parteien und verschiedene Auskunftspersonen zur Verhandlung geladen.

Anlässlich der Verhandlung vom 25. März 2022 wurden die Auskunftspersonen befragt. Im Anschluss gelangten die Vertreterin der Rekurrentin, die Vertreterin des Universitätsspitals sowie der Vertreter der Beigeladenen zum Vortrag. Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das Urteil von Relevanz sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SO 914.100) kann in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]).

**1.2** 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]). Der Umstand, dass jemand an dem Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, genügt grundsätzlich nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbietende ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE 2021 VD.2021.40 vom 4. September 2021 E. 1.2; jeweils mit Hinweisen). Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte, zweitplatzierte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids und ist daher zum Rekurs legitimiert. Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist einzutreten.

**1.3** Das vorliegende Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist 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 blosse 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.2019.68 vom 11. November 2019 E. 1.3). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen insofern nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinne ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. BGE 125 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVer B-1687/2010 vom 19. Juni 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; zum Ganzen VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 2.7.3; vgl. unten E. 2.2.1).

**1.4** Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SF 0.101), wozu auch vergaberechtliche Rekursverfahren zu zählen sind, eine mündliche Parteiverhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Die mündliche Verhandlung dient auch zur Abnahme von Beweisen (vgl. STAMM, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.] Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff. 511). Mit Vernehmlassung vom 23. Dezember 2021 hat die Beigeladene einen Antrag auf mündliche Parteiverhandlung gestellt, welchem mit der Verhandlung vom 25. März 2022 entsprochen wurde.

## 2.

### 2.1

**2.1.1** Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie gemäss konstanter Rechtsprechung bereits die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung resp. Ausschlussverfügung zuwarten (VGE VD.2021.29 vom 4. Februar 2022 E. 2.3). Aktenkundig ist, dass die Rekurrentin nach Erhalt des Zuschlagsentscheids vom 28. Oktober 2021 – d.h. fast drei Monate später – mit Rekurs vom 15. November 2021 schriftlich die Berücksichtigung des Angebots der Beigeladenen moniert und dessen Ausschluss vom Verfahren beantragt hat. An der Verhandlung haben C\_\_\_\_, Objektverantwortlicher bei der Rekurrentin, sowie D\_\_\_\_, [...] der Abteilung [...] des Universitätsspitals übereinstimmend ausgesagt, C\_\_\_\_ habe bereits am Tag der Begehung in Frage gestellt, ob die Beigeladene trotz der Verspätung ihres Vertreters weiterhin zum Verfahren zugelassen werden müsse. Nach Abschluss der Begehung erfolgte aber bis zur Anfechtung des Zuschlagsentscheids keine entsprechende Eingabe der Rekurrentin. Ob und inwiefern in Analogie zur genannten Rechtsprechung die nicht berücksichtigte Rekurrentin rechtzeitig den Ausschluss der Beigeladenen beantragt hat, kann mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen offenbleiben.

**2.1.2** Die Rekurrentin begründet ihre Anträge auf Aufhebung des Zuschlagsentscheids und Ausschluss der Beigeladenen vom Vergabeverfahren damit, dass die Teilnahme an der Begehung von 29. Juli 2021 mit Startzeit 9:00 Uhr bis voraussichtlich 12:30 Uhr sowie Besammlungsort an der Hebelstrasse 20, Eingang Cafeteria Centrino, obligatorischer Teil der Ausschreibung gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich festgehalten worden, dass Anbietende, deren fachkundige Vertreter der obligatorischen Begehung fernbleiben würden, nicht zum Vergabeverfahren zugelassen, d. h. ausgeschlossen werden müssten. Am 29. Juli 2021 um 9:00 Uhr hätten sich die Vertreter der Anbietenden beim vereinbarten Treffpunkt versammelt und seien seitens der Vergabestelle von D\_\_\_\_ begrüsst worden. Für die Rekurrentin sei C\_\_\_\_, Objektverantwortlicher, zur Begehung angemeldet und rechtzeitig vor Ort gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei aber kein Vertreter der Beigeladenen anwesend gewesen. Nach der Begrüssung sei die umfangreiche Besichtigung der Alarmzentrale als Kernstück der ausgeschriebenen Dienstleistung besichtigt worden. Von dort aus würden sämtliche Schaltungen, Alarmer, Interventionen und übrigen, funktionswichtigen Prozesse des Universitätsspitals gesteuert. Die Vorgänge seien beschrieben, die Prozesse erläutert und die spezifischen Anforderungen nochmals erklärt worden. Es sei bei dieser Besichtigung kein Vertreter der Beigeladenen anwesend gewesen. Danach sei die Gruppe in Richtung Corona-Testcenter gegangen, bei welchen weitere Erklärungen durch D\_\_\_\_ erfolgt seien. Insbesondere seien die Pandemiesituation, die Prozesse vor Ort und weitere zentrale Spezifikationen erläutert worden. Auch dort sei kein Vertreter der Beigeladenen dabei gewesen. Nach der Besichtigung der zwe

Kernelemente des Universitätsspitals (Alarmzentrale und Covid-Testzentrum) sei die Gruppe Richtung Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) gegangen, als E\_\_\_\_, welcher als [...] der Vergabestelle an der Begehung ebenfalls zugegen gewesen sei, einen Anruf auf seinem Geschäftstelefon erhalten habe. Dieser Anruf sei rund 30 Minuten nach Beginn der obligatorischen Begehung, d.h. ca. 9:30 Uhr erfolgt. Nach diesem Telefonat von F\_\_\_\_ seitens der Beigeladenen habe E\_\_\_\_ die Gruppe einige Minute warten lassen. In der Folge habe der Vertreter der Beigeladenen trotz massiver Verspätung an der restlichen Begehung teilgenommen. Der Vertreter der Beigeladenen sei somit rund 30 Minuten nach Beginn zur Gruppe dazu zugestossen und habe so massiv verspätet an der rund eineinhalbstündigen Begehung teilgenommen. Da es sich bei dieser Begehung um eine Teilnahmebedingung handle und die Beigeladene darüber informiert gewesen sei, müsse sie vom Verfahren ausgeschlossen werden. Es handle sich um eine Formvorschrift, welche die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und die Transparenz des Verfahrens gewährleiste. Wenn eine Anbieterin an einem obligatorischen Begehungstermin an einem spezifischen Ort nicht oder zu spät erscheine, aber trotzdem zugelassen würde, wären zweifelsfrei der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot der Wettbewerbsneutralität verletzt. Das Nichteinhalten des Termins stelle einen wesentlichen Formmangel dar und dies selbst dann, wenn die Verspätung lediglich wenige Minuten gedauert hätte. Es bestehe weder ein Ermessensspielraum noch käme das Verbot des überspitzten Formalismus zur Anwendung.

**2.1.3** Das Universitätsspital schloss sich in seiner Rekursantwort vom 23. Dezember 2021 dem Antrag und den Ausführungen der Rekurrentin an. Es habe die Vorbringen der Rekurrentin geprüft und erachte diese grundsätzlich als stichhaltig. Aus diesem Grund habe es mit Schreiben vom 30. November 2021 der Beigeladenen in Aussicht gestellt, den Zuschlag zu widerrufen und die Beigeladene vom Verfahren auszuschliessen. Die Beigeladene habe in einer Stellungnahme vorgebracht, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf des Zuschlags und den Verfahrensausschluss aus ihrer Sicht nicht gegeben seien und ein Ausschluss zudem überspitzt und formalistisch sei. Aus Sicht des Universitätsspitals würden die von der Beigeladenen vorgebrachten Gründe das Zuspätkommen bei der Begehung nicht rechtfertigen, sodass ein Ausschluss notwendig erscheine. Da unklar sei, ob nachträglich ein Verfahrensausschluss verfügt werden könne, wenn der Ausschlussgrund schon vorher bestanden und bekannt gewesen sei, beantrage das Universitätsspital entgegen der Ankündigung gegenüber der Beigeladenen nunmehr, den Rekurs gegen die eigene Verfügung gutzuheissen. In den Ausschreibungsunterlagen sei vorgeschrieben gewesen, dass am 29. Juli 2021 um 9:00 Uhr (Treffpunkt: Hebelstrasse 20, Eingang Cafeteria Centrinio) eine obligatorische Begehung stattfinde. Es sei festgehalten worden, dass vom Verfahren ausgeschlossen werde, wer die Begehung fernbleibe. Die Begehung sei seitens des Universitätsspitals durch D\_\_\_\_, Leiter [...] der Abteilung [...] des Universitätsspitals und durch E\_\_\_\_, [...] beim Universitätsspital geleitet worden. Die Begehung habe zum Ziel gehabt, dass sich die Anbietenden im Hinblick auf die Angebotserstellung und Auftragsbefreiung ein klares Bild der komplexen Gegebenheiten vor Ort machen könnten. Über die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltenen Angaben hinausgehend seien anlässlich der Begehung weitere und konkrete Informationen hinsichtlich der Anforderungen an die erforderlichen Personalkapazitäten und Qualifikationen und den mit den kritischen Einsatzorten auf dem Campus des Universitätsspitals verbundenen Aufgaben des eingesetzten Sicherheitspersonals vermittelt worden. Der Vertreter der Beigeladenen sei am Tag der Begehung mit einer Verspätung von 25 bis 30 Minuten zur Begehungsguppe hingestossen, welche in dieser Zeitspanne bereits die Besichtigung der Alarmzentrale inklusive Einsatzdienste und des Covid-Testzentrums und damit zwei für die Auftragsbefreiung zentraler Örtlichkeiten abgeschlossen habe. Grund für das nicht rechtzeitige Eintreffen des Fachvertreters der Beigeladenen sei gemäss Angaben der Beigeladenen ein Unfall gewesen. Eine Rückverfolgung der am 29. Juli 2021 stattgehabten Telefonanrufe habe ergeben, dass der Vertreter der Beigeladenen um 9:23 Uhr an der Porte im Klinikum 1 des Universitätsspitals – somit nicht an dem in den Unterlagen vorgesehenen Treffpunkt – abgeholt und zur Gruppe geführt worden sei. Die Begehung habe insgesamt rund 90 Minuten gedauert. Am Ende der Begehung sei ein Anwesenheitsprotokoll ausgefüllt und von den Teilnehmenden unterzeichnet worden. Der Vertreter der Beigeladenen habe rund ein Drittel der tatsächlichen Begehungszeit und in diesem Zeitraum zudem elementare in Augenschein genommene Örtlichkeiten und vermittelte Informationen versäumt. Für alle Anbietenden sei erkennbar gewesen, dass die Teilnahme an der Begehung im Hinblick auf die

Angebotserstellung und Auftragserfüllung von der Vergabetestelle als bedeutsam und notwendig betrachtet werde. Es sei den Anbietenden zumutbar gewesen, sich im Hinblick auf die Teilnahme so zu organisieren, dass eine Teilnahme in jedem Fall gewährleistet sei. Es käme daher nicht auf die Umstände an, die zur Verspätung des Vertreters der Beigeladenen geführt hätten. Es wäre dem Vertreter der Beigeladenen ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, sich rechtzeitig telefonisch um Ersatz für die Teilnahme zu kümmern und/oder die Verspätung vor Beginn der Begehung anzukündigen, sodass mit dem Beginn, nach Rücksprache mit den weiteren Teilnehmenden der Begehung, womöglich hätte zugewartet werden können. In den Ausschreibungsunterlagen sei der Name des für die Ausschreibung zuständigen Fachvertreters des Universitätsspitals sowie die Telefonnummer des Rechtsdienstes des Universitätsspitals aufgeführt gewesen. Eine rechtzeitige Kontaktaufnahme sei möglich und zumutbar gewesen. Vorkehrungen bei der Beigeladenen wären erst recht zu treffen gewesen, wenn der Fachvertreter der Beigeladenen offenbar schon mehrfach Probleme mit seinem Knie gehabt habe, wie dies dem Arzteugnis vom 3. Dezember 2021 zu entnehmen sei. Das Arzteugnis belege auch nicht, dass der Vertreter der Beigeladenen am Tag der Begehung Knieschmerzen gehabt habe. Dies werde mit Nichtwissen bestritten. Den Teilnehmenden der Begehung seien auch keine Einschränkungen in der Fortbewegung aufgefallen. Insgesamt sei die erheblich verspätete Teilnahme so zu qualifizieren, dass die Zulassungsvoraussetzungen im vorliegenden Fall auch unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht als erfüllt betrachtet werden können, da der Fachvertreter der Beigeladenen der Begehung während rund 25 bis 30 von rund 95 Minuten ferngeblieben sei und in dieser Zeit zudem wesentliche Inhalte versäumt habe. Unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Anbietenden sei die verspätete Teilnahme als gravierend zu betrachten und einem Verbleiben gleichzustellen. Daher sei, entgegen der eigenen Zuschlagsverfügung, der Zuschlag zu widerrufen und die Beigeladene infolge der Nichterfüllung einer Zulassungsvoraussetzung vom Verfahren auszuschliessen.

**2.1.4** Die Beigeladene macht in ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2021 geltend, dass sich ihr Vertreter am 29. Juli 2021 mit einer genügenden Zeitreserve mit dem öffentlichen Verkehr auf dem Weg vom Sitz [...] Basel zum Universitätsspital Basel gemacht habe. Unterwegs habe er einen Unfall erlitten. Aufgrund eines Fehltritts sei ihm seine linke Kniescheibe aus dem Gelenk nach aussen gesprungen (sogenannte habituelle Patella-Luxation). Die starken Schmerzen hätten den Vertreter der Beigeladenen zu einer Pause gezwungen, ehe dieser seinen Weg – dann aber deutlich langsamer als vorher – habe fortsetzen können. Er sei dann um 9:03 Uhr, also 3 Minuten verspätet, am vorgesehenen Treffpunkt (Cafeteria Centrinio) eingetroffen. Die Begehungsguppe sei da aber bereits aufgebrochen. Deshalb habe der Vertreter der Beigeladenen erst seinen Anschluss organisieren müssen, was einige Zeit gekostet habe. Da er bei der Nachsuche vor Ort und im benachbarten Zentrum für Lehre und Forschung (ZLF) die Gruppe nicht habe auffinden können, habe er sich unmittelbar zum Klinikum 1 gewandt, wo er sich beim Empfang des Universitätsspitals gemeldet habe. Der vor Ort anwesende Leiter Empfang habe dann E\_\_\_\_\_ telefonisch kontaktiert und dieser habe den Vertreter der Beigeladenen spätestens um 9:20 Uhr zur Gruppe geführt, welche sich zu diesem Zeitpunkt an der Ecke Schanzenstrasse/Spitalstrasse aufgehalten habe. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin sei die Kontaktaufnahme mit E\_\_\_\_\_ nicht erst nach einer halben Stunde, sondern viel früher erfolgt und der Vertreter der Beigeladenen habe spätestens um 9:20 Uhr Anschluss an die Begehungsguppe gefunden. Die Begehung sei geplant gewesen von 9:00 Uhr bis 12:30 Uhr und habe dann insgesamt etwa zweieinhalb Stunden, also bis ca. 11:30 Uhr gedauert. Der Vertreter der Beigeladenen habe max. 15 bis 20 Minuten davon verpasst. Dadurch, dass die Begehung 1 Stunde weniger lang als geplant gedauert habe, hätte zusätzlich auch ohne Weiteres die Möglichkeit bestanden, den verpassten Teil der Begehung nachzuholen. Es werde bestritten, dass der verpasste Teil der Begehung – insbesondere der Besuch der Alarmzentrale – von zentraler Bedeutung für die spätere Dienstleistungserbringung gewesen sein soll. Dafür sei auch wenig Zeit aufgewendet worden. Zunächst hätten die Taschen und Effekten in den Räumlichkeiten des Einkaufs (Gebäude Hebelstrasse) deponiert werden müssen, bevor das Covid-Testzentrum besichtigt und darauf die Alarmzentrale besucht worden sei. Das dicht gedrängte Programm zeige auf, dass den einzelnen Besuchsposten nur wenig Zeit eingeräumt worden sei. Tatsache sei, dass der Vertreter der Beigeladenen an der Begehung teilgenommen habe. Nur wer an der Begehung nicht teilgenommen habe, dürfe gemäss dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Ausschreibung

ausgeschlossen werden. Es sei unzulässig, aus der Tatsache einer im Verhältnis zur gesamten Begehungszeit nicht relevanten Verspätung eine Nichtteilnahme zu konstruieren. Dies widerspreche dem klaren Wortlaut der Ausschreibung. Der Vertreter der Beigeladenen habe an der Begehung teilgenommen und sei trotz Verspätung auch nicht von der Vergabestelle an der Teilnahme gehindert worden. Im Gegenteil sei er sogar freundlich begrüsst worden. Die Vergabestelle hätte ihn wegweisen und ausschliessen müssen, wenn sie der Auffassung gewesen wäre, dass ein Ausschlussgrund vorliege. Indem sie dies nicht getan habe, sei der angebliche Mangel geheilt und ein Zurückkommen auf denselben nicht mehr möglich. Sinn und Zweck einer obligatorischen Begehung sei es, die Anbietenden in die Lage zu setzen, die wesentlichen Erkenntnisse aus der Begehung zuhanden der Anbietenden festzuhalten. Es müsse sichergestellt sein, dass die Anbietenden die Erkenntnisse aus der Besichtigung umsetzen und in ihre Offerte einfliessen lassen könnten. Der fachlich versierte Vertreter der Beigeladenen habe infolge seiner Teilnahme an der Begehung die notwendigen Informationen erlangt. Dementsprechend sei der Beigeladenen auch der Auftrag erteilt worden. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin sei auch nicht ersichtlich, weshalb die Beachtung des Gleichbehandlungsgebots, des Transparenzgebots oder der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zum Ausschluss der Beigeladenen führen müsse.

## 2.2

**2.2.1** Gemäss § 23 Abs. 1 BeschG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung und ihrer Unterlagen ist die Vergabebehörde weitgehend frei. Es steht ihr ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Vorbehältlich einer Rechtsfehlers hat das Gericht in dieses Ermessen nicht einzugreifen (vgl. KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.2.1; vgl. oben E. 1.3). Die Vergabestelle kann sachlich begründete Verfahrensvorschriften für das Beschaffungsverfahren im Einzelfall festlegen und für den Fall der Verletzung von solchen Vorschriften oder Vorgaben einen Ausschluss vom Verfahren ankündigen. In den in Basel-Stadt noch nicht in Kraft getretenen Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019) werden solche Teilnahmebedingungen und die Ausschlussfolge bei der Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nun explizit vorgesehen (vgl. § 26 und § 44 Abs. 1 lit. a IVöB [in der revidierten Fassung vom 15. November 2019]). Dies entspricht aber der bereits bestehenden Rechtsprechung zum BeschG (vgl. VGE VD.2020.246 vom 1. Dezember 2021 E. 3.3). Es ist vergaberechtlich zulässig, die Teilnahme an einer Begehung als obligatorisch zu erklären (vgl. KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.3; BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016, N 109 f.; jeweils mit Hinweisen). Ein Teilnahme-Obligatorium kann sich insbesondere dann als sachgerecht erweisen, wenn im konkreten Einzelfall die Art und Komplexität des Auftrags eine Begehung erfordert (KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.3; VGE GR U 14 75 vom 25. November 2014 E. 3a). Letztere bietet der Vergabebehörde auch Gelegenheit, gegenüber allen interessierten Anbietenden auf einzelne spezielle Aspekte hinzuweisen, auf welche bei der Offertstellung seitens der Offerierenden und im Zuge der Erfüllung des Auftrags zu achten ist. Bei der für obligatorisch deklarierten Teilnahme an einer Begehung handelt es sich weder um ein formales Eignungskriterium noch um ein Zuschlagskriterium, sondern um eine allgemeine Teilnahmebedingung (vgl. BGer 2C\_678/2015 vom 13. Januar 2016 E. 3.3; KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.1; BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018, N 242-245, mit zahlreichen Hinweisen) bzw. einer Zulassungsvoraussetzung (VGE GR U 14 75 vom 25.11.2014 E. 3a). Wenn die mangelhafte Erfüllung der Teilnahmebedingungen aber in der Ausschreibung mit dem Ausschluss vom Verfahren verknüpft wird, sind sie im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt. Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 9 Abs. 1 lit. a und d, § 23 Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Teilnahmebedingungen ebenso wie die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Einem Teilnahme-Obligatorium kommt die gleiche Bedeutung zu wie anderen Verfahrensregeln, welche in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen im Voraus festgelegt werden und welche die formellen und materiellen Anforderungen an Anbieter und Angebot, die Teilnahmebedingungen sowie die Auswahl des künftigen Vertragspartners definieren (KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.1; JÄGER, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey et al. [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 374 N 41).

Zu beachten ist aber auch das aus Art. 29 der Bundesverfassung (BV, SR, 101) abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus. Das Verbot des überspitzten Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (vgl. BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9). Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird (vgl. STEINMANN, in: Ehrenzeller et al, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 29 BV N 28). Ansonsten sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten (VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 5.3.4.3). Bei eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen kann jedoch wiederum keine Anbieterin gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden. Eindeutige Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen bedeuten, dass sowohl die Teilnahmebedingung klar als auch der Ausschluss des Angebots bei Nichteinhaltung dieser angedroht ist (vgl. OECHSLIN/LOCHER, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 30 N 9).

**2.2.2** Es ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass die Begehung am 29. Juli 2021 gemäss den Ausschreibungsunterlagen für die Anbietenden obligatorisch war und dass das Fernbleiben von der Begehung bzw. eine Nichtteilnahme daran zum Ausschluss vom Verfahren führt. Unbestritten ist auch, dass diese Teilnahmebedingungen und die Ausschlussfolge bei Nichtteilnahme den Anbietenden zu Kenntnis gebracht worden sind. Die Zulassung einer Anbieterin, welche nicht an der Begehung teilgenommen hat, wäre mit der Bindungswirkung der Ausschreibungsvorgaben und dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar. Der vorliegende Fall ist jedoch insofern anders, als erwiesen ist, dass der Vertreter der Beigeladenen an der Begehung teilgenommen hat, dabei aber mit Verspätung zur Gruppe stiess.

Damit ist zu prüfen, in welchem Umfang der Vertreter der Beigeladenen wegen Verspätung nicht an der Begehung teilgenommen hat und ob dies als hinreichender Verstoss gegen die Teilnahmebedingungen gewertet werden kann, welcher einen Ausschluss vom Verfahren rechtfertigt.

## 2.3

**2.3.1** Anlässlich der Verhandlung vom 25. März 2022 wurden E\_\_\_\_, [...] des Universitätsspitals D\_\_\_\_, Leiter [...] der Abteilung [...] des Universitätsspitals, F\_\_\_\_, Mitarbeiter der Beigeladenen sowie C\_\_\_\_, Objektverantwortlicher der Rekurrentin, als Auskunftspersonen befragt. Aus dieser Befragung und dem vom Universitätsspital eingereichten Telefonprotokoll ergibt sich folgender Sachverhalt.

Unbestritten ist, dass der Vertreter der Beigeladenen bei Beginn der Begehung um 9:00 Uhr noch nicht beim veranschlagten Treffpunkt («Hebelstrasse 20, 4031 Basel; Eingang Cafeteria Centрино») anwesend war. Die dort pünktlich erschienenen Teilnehmenden wurden gemäss den übereinstimmenden Ausführungen von E\_\_\_\_, D\_\_\_\_ und C\_\_\_\_ um 9:00 Uhr begrüsst. Es folgte eine kurze Vorstellung seitens der E\_\_\_\_ und D\_\_\_\_ sowie Ausführungen zum Ablauf der Begehung und zu den Covid-Regeln. Wenige Minuten nach 9:00 Uhr und der Möglichkeit, Gepäck und Kleider zu deponieren, begab sich die Gruppe – noch ohne den Vertreter der Beigeladenen – zur nahegelegenen Alarmzentrale und danach zum Covid-Testzentrum. Im Rahmen seiner Befragung an der Verhandlung führte der Vertreter der Beigeladenen nochmals aus, dass es aufgrund eines schmerzhaften Unfalls (Patella-Luxation) auf dem Weg von seinem Arbeitsort [...] zum Treffpunkt der Begehung zu einer Verzögerung gekommen sei. Als er dort um ca. 9:03 Uhr eingetroffen sei, habe er die Begehungsguppe nicht mehr angetroffen. Er habe sich dann bei der Cafeteria Centрино und dem daneben gelegenen ZLF nach der Begehungsguppe umgesehen und diese nicht gefunden. Danach sei er zum Empfang des Universitätsspitals gegangen, um sich nach der Gruppe zu erkundigen. Diese Ausführungen erscheinen vor dem Hintergrund des Protokolls des Universitätsspitals insgesamt



stimmig und glaubhaft. Dem Protokoll ist zu entnehmen, dass am Empfang (Klinikum 1, K1) um 09:11 Uhr der Versuch unternommen wurde, E\_\_\_\_\_ zu erreichen. Gemäss diesem Protokoll konnte E\_\_\_\_\_ um 9:18 Uhr erreicht und über die Anwesenheit des Vertreters der Beigeladenen an der «Porte im K1» informiert werden. E\_\_\_\_\_ sagte aus, dass die Begehungsgruppe im Zeitpunkt der Entgegennahme des Telefonats bei der Schanzenstrasse/Spitalstrasse angekommen sei und dass er darauf hin angeordnet habe, dass die Begehung gestoppt werde, bis der Vertreter der Beigeladenen zur Gruppe stiess. Gestützt auf die Aussagen der Auskunftspersonen und die Zeitangaben im Telefonprotokoll, wonach der Vertreter der Beigeladenen sich spätestens um 9:12 Uhr bei der Porte des Klinikums 1 gemeldet habe, darf davon ausgegangen werden, dass dieser zwischen ca. 3 bis 8 Minuten verspätet am Treffpunkt eingetroffen ist, als die Begehungsgruppe bereits aufgebrochen war. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass von der Cafeteria Centrino über das ZLF die Porte des Klinikums 1 in einer Gehdistanz von wenigen Minuten erreicht werden kann. Gestützt auf das Telefonprotokoll, wonach E\_\_\_\_\_ um 9:18 Uhr telefonisch erreicht werden konnte, dieser in der Folge um 9:23 Uhr [...] mitteilte, dass er den Vertreter abgeholt habe und unter Berücksichtigung einer Gehdistanz bis zur Kreuzung Schanzenstrasse/Spitalstrasse, kann davon ausgegangen werden, dass der Vertreter der Beigeladenen um ca. 9:25 Uhr zur Gruppe stiess, wobei die genaue Zeit der Verspätung offenbleiben kann. Schliesslich ist unbestritten, dass er von der Begehung die Besichtigung der Alarmzentrale sowie des Covid-Testzentrums versäumt hat.

F\_\_\_\_\_ führte an der Verhandlung aus, dass er E\_\_\_\_\_ bei der Kontaktaufnahme darüber informiert habe, dass er aufgrund eines Unfalls verspätet zur Begehung gekommen sei. Gemäss übereinstimmenden Angaben der Auskunftspersonen wurde die Begehung nach Eintreffen von F\_\_\_\_\_ beim UKBB fortgesetzt. Es wurden der Notfall, die interne Postverteilung sowie der Helikopterlandeplatz besichtigt. Die Begehung endete um ca. 10:30 Uhr. C\_\_\_\_\_, welcher für die Rekurrentin als Objektverantwortlicher an der Begehung teilnahm, wies darauf hin, dass seitens der Teilnehmenden nur wenig Fragen gestellt worden seien. Beim Abschluss der Begehung unterzeichnete u.a. auch der Vertreter der Beigeladenen die Anwesenheitsliste. C\_\_\_\_\_ wies an der Verhandlung darauf hin, dass er gegenüber D\_\_\_\_\_ infrage gestellt habe, ob der Vertreter der Beigeladenen angesichts der Verspätung die Anwesenheitsliste unterzeichnen könne. D\_\_\_\_\_ gab bei seiner Befragung an der Verhandlung an, dass er geäussert habe, dass dies geprüft werde. Unbestritten ist, dass in der Folge das Anwesenheitsprotokoll ohne jeglichen Hinweis auf eine Verspätung des Vertreters der Beigeladenen unterzeichnet wurde. Aus den vom Universitätsspital anlässlich der Verhandlung eingereichten E-Mails geht hervor, dass sich F\_\_\_\_\_ am Tage nach der Begehung an E\_\_\_\_\_ gewandt hat. Darin führt er aus, dass er sich nochmals in aller Form für die Verspätung entschuldige, es sei «leider höhere Gewalt im Spiel» gewesen. Ihn plage seither der Gedanke, dass seine Verspätung zum Anlass genommen werden könnte, die Teilnahme der Beigeladenen in der Ausschreibung infrage zu stellen. Mit E-Mail vom 2. August 2021 antwortete E\_\_\_\_\_, dass er im Moment keinen Anlass sehe, die Beigeladene von der Submission auszuschliessen. Das Universitätsspital verzichtete im Einklang mit dieser Mitteilung in der Folge auf einen Ausschluss der Beigeladenen und erteilte dieser den Zuschlag.

## **2.3.2**

**2.3.2.1** Vom Verfahren wird gemäss § 8 BeschG in der Regel ausgeschlossen, wer die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nicht gewährleistet (lit. a); Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat (lit. b); die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt (lit. c); falsche Auskünfte erteilt (lit. d); Angaben und Nachweise nicht rechtzeitig beibringt oder von der zuständigen Stelle angeordnete Kontrollen nicht zulässt (lit. e); Absprachen trifft, die einen wirksamen Wettbewerb verhindern oder beeinträchtigen (lit. f); sich in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren befindet (lit. g); Arbeiten und Lieferungen Privaten grundsätzlich preisgünstiger anbietet (lit. h); ein Angebot einreicht, das ungenügende Sachkenntnis oder Merkmale unlauteren Wettbewerbs erkennen lässt (lit. i). Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeschG). Die exemplarische Aufzählung hat keinen abschliessenden Charakter. Gemäss Praxis können die Anbietenden auch aus anderen wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden. Dabei können Teilnahmebedingungen angesichts ihrer Bedeutung mit Eignungskriterien gleichgesetzt werden. Angebote, bei denen feststeht, dass der oder die

Anbietende die Teilnahmebedingungen nicht einhalten kann, sind damit in der Regel ebenfalls vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Folglich sind bei einer Verletzung einer Zulassungsvoraussetzung bzw. Teilnahmebedingung die Anforderungen an einen Ausschluss unter Einbezug des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit analog heranzuziehen (KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2, mit Hinweisen).

**2.3.2.2** Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Die Vergabebehörden haben bei ihrem Entscheid das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 BV), das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV), aber auch das gerade im Vergabewesen zentrale Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) zu beachten (vgl. KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2 mit Hinweis auf BGer 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4; VGE LU V 11 1 vom 16. Februar 2011 E. 3a; LOCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 44 N 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 433 ff., insbesondere Rz. 468-472). Ein schwerer Verstoss liegt mithin vor, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten lässt (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 S. 182). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Insofern ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab gerechtfertigt (vgl. VGE ZH VB.2019.00464 vom 6. Februar 2020 E. 4.3.1; KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2; jeweils mit Hinweisen). Wie erwähnt, kann bei eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Anbieterin gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden (vgl. E. 2.2.1).

Demgegenüber rechtfertigen geringfügige oder im Ergebnis unbedeutende Mängel der Offerte und Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten, keinen Ausschluss (VGE ZH VB.2019.00464 vom 6. Februar 2020 E. 4.3.1; LOCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 44 N 6). Ein Ausschluss wäre unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 S. 182; BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3; 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3; zum Ganzen KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2).

Nebst den genannten «zwingenden» und «verbotenen» Ausschlussgründen gibt es schliesslich «fakultative» Ausschlussgründe. In solchen weniger schweren Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung im BeschG steht den Vergabeinstanzen betreffend den Ausschluss der Anbietenden vom Vergabeverfahren ein Ermessen zu (vgl. VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 5.3.4.3).

Die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts unterscheidet in diesem Sinne bei nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien. Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum. Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, mit Hinweisen).

**2.3.2.3** Anders als beispielsweise bei Eingabefristen, bei welchen die Rechtzeitigkeit des Handelns an einen festen Zeitpunkt anknüpft, ist im vorliegenden Fall die Bedeutung des Beginns und des Verlaufes

einer anberaumten Zeitperiode für eine Begehung streitig. Die Situation ist gewissermassen mit der Frage des Zeitpunkts der Säumnis an einem Augenschein oder an einer Gerichtsverhandlung vergleichbar, welche den entscheidenden Instanzen ein grosses Ermessen eröffnet. Mangels einer gesetzlichen Regelung hat im Zivilprozess die Gerichtspraxis zu bestimmen, ob bei Ausbleiben einer Partei Säumnis sofort oder erst nach einer gewissen Zeit anzunehmen ist, wobei im überwiegenden Schrifttum an eine gewisse Toleranz appelliert wird (SOGO/NAEGELI, in: Oberhammer et al. [Hrsg.] Kurzkomentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.] Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 234 N 3; andere Auffassung WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, 3. Auflage, 2017, Art. 234 ZPO N 13, welcher eine «Respektstunde» verneint und Rechtzeitigkeit verlangt). Im Rahmen des erheblichen Ermessensspielraums wird auf die «[...] sagesso du juge [...]» vertraut (vgl. TAPPY, in: Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2019, Art. 234 CPC N 13).

Da die Verspätung bei der Teilnahme gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht zu den gesetzlich verbürgten Gründen gehört, welche zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass die Vergabebehörde über einen Ermessensspielraum verfügt. Sie kann denn auch am besten beurteilen, ob der Vertreter des betreffenden Anbieters trotz der festgestellten Verspätung in der Lage war, die wesentlichen Erkenntnisse aus der Begehung zuhanden der für die Offerte letztlich verantwortlichen Personen aufzunehmen, damit die Anbieterin die Erkenntnisse aus der Begehung umsetzen und in ihrer Offerte einfliessen lassen kann (vgl. KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.3; Präsidialverfügung B 2018/83 des Verwaltungsgerichts SO vom 11. April 2018 E. 2.2.4).

Weiter ist zu beachten, dass die Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, sich nicht nachträglich, während des Rekursverfahrens, auf bei der Vergabe bereits bestehende Gründe für einen Ausschluss der Anbieterin berufen kann. Dies gilt jedenfalls, wenn der Mangel des Angebots nicht zwingend zum Ausschluss führt (vgl. VGE ZH VB.2020.00503 vom 22. Oktober 2020, E. 3, VB.2017.00367, E. 5.1; 8. März 2006 VB.2005.00286, E. 2.5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 452). Demnach hält § 28 BeschG ausdrücklich fest, dass der Zuschlag nur widerrufen werden kann, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliegt, der vor dem Entscheid noch nicht bestand oder der Vergabestelle nicht bekannt war.

Zu prüfen bleibt damit, ob die Vergabebehörde betreffend den Nichtausschluss der Beigeladenen ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat.

### **2.3.4**

**2.3.4.1** Wie festgestellt, hat der Vertreter der Beigeladenen an der Begehung teilgenommen, auch wenn er erst mit einer Verspätung von rund 20 Minuten zur Gruppe gestossen ist. Zur Begründung legt er glaubhaft dar, eine unverschuldete Verletzung erlitten zu haben, die ihn vom rechtzeitigen bzw. pünktlichen Erscheinen abhielt. Der Vertreter der Beigeladenen führt an der Verhandlung aus, dass F\_\_\_\_\_ mit dem Hinweis auf seinen Unfall an der Begehung und der E-Mail am Tag danach sinngemäss um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ersucht habe. Eine hinreichend belegte Verletzung würde als unverschuldete Fristversäumnis grundsätzlich eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen (vgl. statt vieler VGE VD.2022.71 vom 4. April 2022 E. 4.1). Dass F\_\_\_\_\_ nicht umgehend ein Arztzeugnis eingereicht hat, dass ihm den konkreten Unfall bestätigen konnte, kann ihm nicht angelastet werden, nachdem ihm mitgeteilt wurde, dass seine Verspätung keine Folgen für die Beigeladene haben werde. Es bestand kein Anlass, umgehend ein Arztzeugnis einzuholen. Ob und inwiefern die Vorinstanz vom Ausschluss der Beigeladenen im Sinne einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand absehen durfte, braucht nicht abschliessend erörtert zu werden.

Vielmehr ist angesichts der in Aussicht gestellten Dauer der Begehung von «9:00 Uhr bis voraussichtlich 12:30 Uhr» die Verspätung von F\_\_\_\_\_ als wenig bedeutend zu qualifizieren. Über die Tatsache und den Umfang der Verspätung war das Universitätsspital bereits im Zeitpunkt der Begehung direkt informiert. Es erachtete die Verspätung aber offenbar weder im Zeitpunkt der

Begehung selbst (die Teilnahme der Beigeladenen wurde ohne entsprechenden Hinweis vermerkt noch im Zeitpunkt des angefochtenen Vergabeentscheids als derart bedeutend, als dass dies einen Ausschluss der Beigeladenen begründet hätte. Als der Vertreter der Beigeladenen zur Gruppe stiess hat diese zwei Stationen der Begehung bereits besichtigt. F\_\_\_\_\_ hat neben der Begrüssung, die Instruktion in materieller Hinsicht die Vorstellung der Alarmzentrale sowie des Covid-Testzentrum verpasst. Zwar machte D\_\_\_\_\_ an der Verhandlung im Wesentlichen geltend, dass es ihm stets ein grosses Anliegen sei, auf die Wichtigkeit der Alarmzentrale hinzuweisen. Die Vertreterin des Universitätsspitals wies an der Verhandlung zudem darauf hin, dass sich gewisse relevante Informationen nicht in den Unterlagen befunden hätten, wie etwa Hinweise auf die erforderlichen Qualifikationen (Wächtergruppen), die Tatsache der hohen Ausbildungskosten für das erste Jahr (Anbieter müsse zuerst investieren können), die Problematik von Personalschwankungen, Flexibilitätsanforderungen, Kurzfristigkeit der Einsätze und im Rahmen der Begehung verschiedene «Alltagsbeispiele zur Verdeutlichung» gemacht worden seien. Es wurde aber weder vom Universitätsspital noch von der Rekurrentin substantiiert geltend gemacht, dass aufgrund der Verspätung bei der Teilnahme an der Begehung ein relevanter Wissensmangel der Beigeladenen vorliege, der sich negativ auf die Offerte der Beigeladenen oder auf die Vergleichbarkeit der Angebote ausgewirkt haben könnte oder Zweifel an der Korrektheit des Angebots resp. der korrekten Vertragserfüllung hervorrief. Auch an der Verhandlung wurde nicht aufgezeigt, weshalb die zwei verpassten Stationen, deren Besichtigung gemäss dem oben festgehaltenen Zeitablauf jeweils nur wenige Minuten dauerte, das Angebot der Beigeladenen konkret in Frage stellen sollten. Da die Begehung bereits um 10:30 Uhr beendet wurde (entgegen der angekündigten Dauer bis 12:30 Uhr) hätte im Übrigen die Möglichkeit bestanden, den vom Vertreter der Beigeladenen verpassten Teil (unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots zusammen mit den anderen Anbietenden) zu wiederholen, wenn dies aus Sicht des Universitätsspitals angezeigt gewesen wäre. Das Universitätsspital resp. dessen Vertreter haben gegenüber der Beigeladenen schon während der Begehung selbst, aber auch im Anschluss daran in voller Kenntnis der Sachlage entschieden, dass die Verspätung des Vertreters der Beigeladenen bei der Begehung nicht als derart gravierend zu qualifizieren ist und damit, anders als die Nicht-Teilnahme an der Begehung, einen Ausschluss der Beigeladenen nicht rechtfertigen würde. An diese – gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sicherlich vertretbare – Einschätzung, welche durch den angefochtenen Zuschlagsentscheid bekräftigt wurde, ist das Universitätsspital gebunden. Weder die Rekurrentin noch das Universitätsspital vermögen überwiegende Gründe aufzuzeigen, weshalb von diesem sachlich begründeten Entscheid im Rahmen des vorliegenden Rekursverfahren abzuweichen wäre.

### 3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Vergabeentscheid im pflichtgemässen Ermessen erfolgt ist, in welches das Verwaltungsgericht nicht hineingreift. In Ermangelung einer Rechtsverletzung und aufgrund der Tatsache, dass alle Informationen im Zeitpunkt des Vergabeentscheids vorlagen, ist ein Zurückkommen auf diesen auch der Vergabebehörde nicht gestattet. Unter diesen Umständen wäre es insbesondere mit dem Verbot des überspitzten Formalismus und dem Grundsatz von Treu und Glauben – namentlich dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens «venire contra factum proprium» – nicht vereinbar, wenn die Beigeladenen nach erfolgtem Zuschlag, wie dies von der Rekurrentin und dem Universitätsspital beantragt wird, vom Verfahren ausgeschlossen würde. Der Rekurs ist nach dem Gesagten abzuweisen.

### 4.

**4.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten gemäss § 30 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (SG 154.810) mit einer Gebühr von CHF 4'000.– zu tragen. Die Kosten werden mit dem Kostenvorschuss der Rekurrentin von CHF 4'000.– verrechnet.

**4.2** Die unterliegende Rekurrentin hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung zu entrichten. Da das Universitätsspital den Beizug der Rechtsvertretung aufgrund ihres widersprüchlichen Verhaltens mitverursacht hat, hat sie die Hälfte der Parteientschädigung zu übernehmen. Dabei sind dem gemäss Kostennote des Rechtsvertreters [...], Advokat, geltend gemachten Aufwand von 9.26 Stunden für die

Verhandlung sowie die Nachbesprechung noch 4.5 Stunden hinzuzurechnen, was bei Anwendung des Überwälzungstarifs von CHF 250.– pro Stunde zu einer angemessenen Parteienschädigung von CHF 3'446.– (inkl. Auslagen) führt. Da die Beigeladene im UID-Register als Mehrwertsteuerpflichtige aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte MWST in der Regel als Vorsteuer abziehen. Aus diesem Grund wird die Parteienschädigung ohne MWST zugesprochen (vgl. VGE VD.2019.238 vom 31. März 2020 E. 2, VD.2019.68 vom 11. November 2019 E. 5).

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 4'000.– einschliesslich Auslagen. Die Kosten werden mit dem Kosten-vorschuss der Rekurrentin von CHF 4'000.– verrechnet.

Die Rekurrentin und das Universitätsspital Basel werden verpflichtet, der Beigeladenen je eine Parteienschädigung von CHF 1'723.– auszurichten.

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.

