

BE_WEITERE 2019.GEF.306 vom 4. Juli 2019

Be Weitere, 2019-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_2019.GEF.306

FR: BE_WEITERE 2019.GEF.306 du 4 juillet 2019

IT: BE_WEITERE 2019.GEF.306 del 4 luglio 2019

Regeste

Beschaffungsverfahren: Beschwerde gegen Zuschlag

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen

E. 1.1

Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG8). Als „Trägerin kantonalen Aufgaben“ ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2

8 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 6 von 32

IVöB9).10 Angefochten sind vorliegend Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren. Verfügungen betreffend den Zuschlag und den Ausschluss vom Vergabeverfahren sind bei Erreichung der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder der tieferen kommunalen Schwellenwerte bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. b und e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG11). Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Das Beschaffungsrecht sieht betreffend der Beschwerdeführungsbefugnis keine Besonderheiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG12 richtet.13 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders betroffen. Demzufolge ist sie gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung legitimiert.

E. 1.3

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert vom 30. Januar 2019. Die Beschwerdefrist hat somit am Montag, 11. Februar 2019 geendet (Art. 41 Abs. 1 VRPG).

E. 1.4

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 11. Februar 2019 ist somit einzutreten.

E. 1.5

Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt.

E. 1.6

Die Beschwerdeinstanz überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hin; Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

9 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2) 10 Vgl. Gutachten Trüb/Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) unter <https://www.gdk-cds.ch>; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 140 11 Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2) 12 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 13 BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 7 von 32

E. 2

Streitgegenstand Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und ihre Wiederaufnahme in das Verfahren, die Aufhebung des Zuschlags sowie die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz.¹⁴ Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist demnach vorliegend, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt hat.

E. 2.6

Detaillierter Projektbeschrieb Herstellung, Lieferung und Montage einer kompletten Fassadenkonstruktion für den Neubau des Spitalgebäudes Baubereich 12 des Y.____. Bestehend aus Fenster In Aluminium, Dämmungen und Abdichtungen, Fassadenverkleidung mit "Acrytherm"-Elementen, inkl. Sonnenschutzanlagen. Total Fassadenfläche 16'900 m².³¹ Varianten waren nicht zugelassen.³² Dem Leistungsverzeichnis vom 21. August 2018 ist bezüglich der Materialisierung der Fassade Folgendes zu entnehmen: 250.300 Fertigteile als hinterlüftete Fassadenbekleidung 250.301 Fertigteilelemente aus ACRYTHERM "D" von F.____ Vorgehängte Fassadenbekleidungen aus grossformatigen Platten ACRYTHERM®, des Herstellers F.____, F-90150 Bethonvilliers

29 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 474 und 476., mit Hinweisen 30 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 548 ff., mit Hinweisen 31 Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.6 32 Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.11, Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen der KBOB, Teil A, Y.____, Ziff. B.8

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 16 von 32

Auf Mass hergestellt im Giessverfahren auf Basis einer Mischung aus mineralischem Grundmaterial, Methylacrylatharz und metallischen Farbpigmenten. Dimensionen gemäss Bauteilkataloge Architekt Plattenstärke: 18 mm flach resp. 18-48 mm gewellt Oberflächenstruktur flach / 3D gewellt, Formen gem. Bauteilkataloge Beilage 011,013 und G15 Gewicht: ca. 90 kg/m² (vertikales Wellelement) Oberflächenstruktur sämtlicher sichtbaren Bereiche: "Pierre Extra Fein" Kugelgestrahlt gem. den freigegebenen Toleranzmustern des Herstellers. Farbe: Portland Die Ausschreibung verlangte somit ausdrücklich eine Fassadenverkleidung mit "Acrytherm"- Elementen. Das Leistungsverzeichnis präziserte diese Vorgabe. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht damit deutlich hervor, dass die Fassadenverkleidung aus grossformatigen Platten des Materials ACRYTHERM "D" des Herstellers F.____ aus I.____, bestehen musste.

E. 3

Ausschluss vom Submissionsverfahren und Widerruf des Zuschlags

E. 3.1

Argumentation der Verfahrensbeteiligten

E. 3.1.1

Aus der formellen Prüfung geht hervor, dass die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund unerlaubter Veränderung der Angebotsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin habe Alternativen zum verlangten Fassadenmaterial angeboten, was eine gemäss den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nicht zulässige Variante darstelle. Trotzdem sei die Gleichwertigkeit der Materialien geprüft worden. Die Prüfung habe ergeben, dass die Alternativen zum Zeitpunkt der Ausschreibung und der Prüfung nicht als gleichwertig einzustufen seien.¹⁵

E. 3.1.2

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV16 könne eine Anbieterin vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn ihr Angebot wesentlichen Formerfordernissen nicht entspreche. Die Ausschreibung habe unter Position 250.301 des Leistungsverzeichnisses Fertigteilelemente aus "Acrytherm D" von F.____ verlangt. Sie habe ein Angebot mit dem Werkstoff "E.____, F.____ oder gleichwertig" unterbreitet. Gleichwertige Leistungen seien nicht als Varianten zu qualifizieren. Sie habe mithin keine Variante, sondern ein gleichwertiges Produkt angeboten. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei nicht klar hervorgegangen, dass einzig "Acrytherm" zu verwenden sei. Auf sechs Anbieter hätten vier mit einem gleichwertigen Material offeriert, was diese Unklarheit noch verdeutliche.

14 Beschwerde vom 11. Februar 2019, Anträge in der Hauptsache Ziff. 2.1 - 2.4 15 Vgl. KBOB-Formular Formelle Prüfung vom 29. Januar 2019, Vorakten, Ordner Ausschreibungsunterlagen, Register 4 16 Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 8 von 32

Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses erlaube ausdrücklich das Offerieren mit gleichwertigen oder besseren Produkten zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs. Gleichwertige Lösungen seien bei allen Positionen erlaubt. Es gebe keine Hinweise darauf, dass gleichwertige Lösungen nur bei Positionen erlaubt wären, in denen nochmals

ausdrücklich darauf hin- gewiesen werde. Position 10.016 erlaube zudem Angebote mit "eigenen Produkten". Dieser Begriff sei dahingehend auszulegen, dass die Anbieter zur Gewährleistung des freien Wett- bewerbs abweichende Produkte, im Sinn von eigenen Lösungsangeboten mit gleichwertigen Materialien, anbieten dürften. Das Angebot der Beschwerdeführerin sehe die Anwendung eines gleichwertigen, jedoch in- novativen und wirtschaftlich günstigeren Werkstoffes vor. Bei der Offertöffnung habe die Be- schwerdeführerin mit einem Preis von CHF 23'226'513.00 brutto den ersten Platz belegt. Ihr Angebot sei um CHF 2'725'945.30 günstiger gewesen als das Angebot der Beschwerdegegnerin. Der Baustoff "Acrytherm" sei durch technische Normen definiert. Diese Normen seien für die ausgeschriebene Leistung ausschlaggebend. Die Produkte "Mineralit" und "Acrytherm" seien aus demselben Material hergestellt. Da es sich bei "Acrytherm R" und "Acrytherm D" um das- selbe Material, jedoch nicht das gleiche System handle, sei der Vergleich von "Acrytherm R" durchaus tauglich. Bei "Mineralit" handle es sich um ein bauaufsichtlich zugelassenes Bau- produkt, das sich beim Einsatz als Balkonplatte und als Fassadenelement in den letzten zwanzig Jahren bewährt habe. "Mineralit" erfülle nachweislich sämtliche der in der Ausschrei- bung geforderten Produkteigenschaften. Aus den technischen Daten gehe hervor, dass "Mi- neralit" einer mehrmonatigen Bewitterung zweifelsfrei standhalte. Zeitaufwendige Versuchs- durchführungen brauche es nicht, weil die zum Vergleich der Anforderungen in der Submissi- on aufgeführten Materialeigenschaften aus den Zertifikaten und Zulassungen der Hersteller- firma entnommen werden könnten. Durch den Einsatz als Balkonplatte werde das Material teilweise noch stärker beansprucht als beim Einsatz als Fassadenelement. Die Gleichwertig- keit der Produkte werde durch die gelieferten technischen Daten und die eingereichten Gut- achten belegt. Überdies habe das Gutachten von E. ___ ergeben, dass "Acrytherm" selbst die Brandschutzvorgaben nicht erfülle. Die Belege für die Qualität der Fertigteile seien gemäss den Positionen 10.013, 60 und 70.014 des Leistungsverzeichnisses nicht zum Zeitpunkt der Offerteinreichung, sondern erst „nach Auftragserteilung“ und „nur auf Anforderungen“ mit den Genehmigungsplänen einzureichen. Die Beschwerdeführerin habe die Gleichwertigkeit ihres Angebots daher nicht im Zeitpunkt der Offertabgabe belegen müssen. Zudem werde in den Ausschreibungsunterlagen keine Länge von 8 m verlangt, weshalb ein solcher Nachweis bisher nicht erbracht worden sei. Es sei vor- gesehen, die Schalungsdimensionen für angefragte Bauvorhaben ohne Aufpreis entspre-

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 9 von 32

chend anzupassen. Es könnten genau angepasste Elemente hergestellt werden. Schliesslich werde "Mineralit" ebenfalls mit gewellter Oberfläche offeriert. Damit könne der Beschwerdeführerin im Moment der Offertabgabe keine Verletzung der For- merfordernisse vorgeworfen werden, weshalb die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht erfüllt seien. Der Ausschluss ihres Angebots sowie der Zuschlag an die Beschwerde- gegnerin seien widerrechtlich. Da die Beschwerdeführerin rechtmässig ein gleichwertiges Produkt angeboten habe und unrechtmässig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, werde durch die Berücksichtigung ihres Angebots "das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- verbot nicht verletzt, sondern geheilt". Den übrigen Teilnehmern hätte es ebenfalls freigestan- den, mit einem gleichwertigen Produkt zu offerieren.¹⁷

E. 3.1.3

Die Vorinstanz bringt vor, die Ausschreibungsunterlagen würden zwingend die Ver- wendung des Materials "Acrytherm" vorschreiben. So sei in Ziffer 2.6 der

SIMAP-Publikation expressis verbis "Acrytherm" ausgeschrieben. Unter der Position 250.300 ff. des Leistungs- verzeichnisses seien die Anforderungen an die "Fertigteile als hinterlüftete Fassadenverklei- dung" dahingehend definiert, dass vorgehängte Fassadenbekleidungen aus grossformatigen Platten "Acrytherm D" des Herstellers F.____ zu offerieren seien. Dem Beschrieb sei nicht zu entnehmen, dass gleichwertige Leistungen zulässig seien. Vielmehr werde die Zulässigkeit von Varianten ausdrücklich verneint. Wo gleichwertige Lösungen zulässig gewesen seien, enthalte das Leistungsverzeichnis einen entsprechenden expliziten Vermerk, so etwa betref- fend die Metallverbundstoren (Pos. 282.022), die Fassadenbahn (Pos. 250.103) oder die au- tomatischen Schiebetüren (Pos. 216.610). Betreffend das Fassadenmaterial sehe das Leis- tungsverzeichnis keine Möglichkeit gleichwertiger Lösungen vor. Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses halte unter dem Titel "Produkte" fest, dass eige- ne Produkte angeboten werden könnten, um den freien Wettbewerb zu gewährleisten. Zuge- lassen seien nur eigene Produkte, also Produkte des Anbieters selber. Das Produkt "Mineralit" sei jedoch kein Produkt der Beschwerdeführerin, sondern werde von der Firma G.____ aus N. vertrieben. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot die Hersteller "E.____, F.____ oder gleichwertig" als Hauptlieferanten für das Fassadenmaterial angegeben. Ihr Angebot sei nicht bloss von der klaren Vorgabe betreffend Materialisierung abgewichen; der Offerte sei gar nicht erst zu ent- nehmen gewesen, welches Material verwendet werden sollte. Selbst auf Nachfrage hin habe die Beschwerdeführerin nicht angegeben, welches Material sie im Falle des Zuschlags ver- wenden würde. Auch der Beschwerdeschrift sei höchstens implizit zu entnehmen, dass sie bei

17 Beschwerde vom 11. Februar 2019, Stellungnahmen der Beschwerdeführerin zur Beschwerdevernehmlassung und Beschwerdeantwort vom 25. März 2019

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 10 von 32

einem Zuschlag das (nicht gleichwertige) Material "Mineralit" verwendet hätte. Somit sei im Zeitpunkt des Zuschlags unklar gewesen, welches Material die Beschwerdeführerin offeriert habe. Dadurch habe die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsvorgaben klar verletzt und die Vergabestelle im Ungewissen belassen. Dennoch habe die Vorinstanz einen Vergleich der Materialien "Acrytherm" und "Mineralit" vor- genommen. Aus diesem Vergleich gehe hervor, dass keine Gleichwertigkeit vorliege: • Für die Realisierung der Fassade würden Elemente mit einer Länge von bis zu 8 Metern benötigt. Gemäss Produktinformation der Herstellerin von "Mineralit" seien Grossformate je- doch lediglich bis zu einer Länge von 4 Metern möglich. In ihrem Produktvergleich vom

E. 3.1.4

Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Beschwerdeführerin habe entgegen den Aus- schreibungsunterlagen und entgegen dem ausdrücklichen Wunsch der Vergabestelle kein Angebot mit "Acrytherm" eingereicht. Das Angebot der Beschwerdeführerin ("E.____, F.____ oder gleichwertig") sei unverständlich und unklar. Es werde nicht ein Werkstoff angeboten, vielmehr würden Werkstoffhersteller genannt, die auch andere Werkstoffe als "Acrytherm" oder "Mineralit" vertreiben dürften. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe mitnichten hervor, dass gleichwertige oder Produkte besserer Qualität erlaubt seien. Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses erlaube die Verwendung von "eigenen Produkten". Diese müssten jedoch die Anforderungen der Aus- schreibung in allen Belangen erfüllen und nachweisbar gleicher oder besserer Qualität sein als die

ausgeschriebenen Produkte. Entscheidend sei auch die Ausschreibungsbedingung, dass der Auftraggeber über die qualitative und formale Gleichwertigkeit entscheide. "Mineralit" sei offenbar kein eigenes Produkt der Beschwerdeführerin. Ausserdem sei fraglich, ob Position 10.016 für die Fassadeverkleidung überhaupt in Frage komme, da für die Fassadenerkleidung anders als bei den anderen Positionen der Werkstoff "Acrytherm" schon in der Ausschreibung explizit vorausgesetzt werde. Die Ausschreibungsunterlagen könnten nach Treu und Glauben kaum in dem Sinn verstanden werden, dass von dieser Vorgabe abgewichen werden dürfe. Die Beschwerdeführerin offeriere kein eigenes Produkt, die Vergabestelle habe die Gleichwertigkeit verneint und "Mineralit" sei nicht vergleichbar mit "Acrytherm". Jeder einzelne Grund würde für sich allein schon ausreichen, um die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren auszuschliessen. Im Übrigen scheine "Mineralit" nicht für Fassadenerkleidungen gemacht worden zu sein und die Firma "G. ___" habe mit E-Mail vom 22. Februar 2019 darauf hingewiesen, dass die maximale Produktionsgrösse der Elemente bei 4.200 x 2.000 mm liege. Gemäss dem Bauteilkatalog G14 benötige aber die Vorinstanz rund 200 "Fertigteile vertikal", die grösser seien. Mit "Mineralit" könnten also nicht einmal alle ausgeschriebenen Arbeiten ausschreibungsgemäss erfüllt werden. Ein wissenschaftlich seriöser Vergleich beider Produkte würde aufwändige Tests unter realistischen Bedingungen (Witterung) und mindestens mittelfristiger Beobachtung bedingen, um verlässliche Aussagen zur Gleichwertigkeit machen zu können. Ausserdem scheine der Gutachter H. ___ "Mineralit" mit dem Produkt "Acrytherm R" verglichen zu haben, wohingegen

19 unaufgeforderte Stellungnahme der Vorinstanz vom 2. April 2019

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 13 von 32

gemäss Position 250.301 des Leistungsverzeichnisses das Produkt "Acrytherm D" verwendet werden sollte.²⁰

E. 3.2

Rechtsgrundlagen für den Ausschluss vom Submissionsverfahren und Widerruf des Zuschlags Der Ausschluss von Anbietenden bzw. ihren Angeboten vom Submissionsverfahren ist für die Kantone in § 27 VRöB²¹ bzw. in den einzelnen kantonalen Submissionserlassen geregelt (die IVöB selbst nennt keine Ausschlussgründe).²² Gemäss § 27 Bst. h VRöB wird eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme insbesondere ausgeschlossen, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV schliessen die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn diese ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht. Vergabebehörden sind grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen.²³ Der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen.²⁴ In gewissen Fällen besteht eine Pflicht der Vergabebehörde zur Einholung von Erläuterungen vor dem Anordnen eines Ausschlusses. Nach der Praxis der BRK²⁵ und des Bundesverwaltungsgerichts kann sich

eine Vergabestelle u.U. einer Verletzung des rechtlichen Gehörs so- wie des Verbots des überspitzten Formalismus schuldig machen, wenn sie einen Anbietenden ohne vorgängige Rücksprache ausschliesst, weil sie der Auffassung ist, dessen Angebot leide an einem Formmangel.²⁶ Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Verhalten mit Bagatelldarakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss. Angebote, die nicht den Ausschreibungsunter- lagen entsprechen, sind vorbehältlich der Regeln über die Varianten auch nach der Praxis der

20 Beschwerdeantwort vom 7. März 2019 21 Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. Novem- ber 1994/15. März 2001 22 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 433, mit Hinweisen 23 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435 24 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435 25 Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen 26 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 440 ff.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 14 von 32

BRK vom Verfahren auszuschliessen. Vorbehalten bleiben zudem die Fälle, in denen die Ab- weichungen von der Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen geringfügig sind oder der Ausschluss auf einen überspitzten Formalismus hinausliefere, und schliesslich Fälle, in denen die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten.²⁷ Die eigenmächtige Änderung des Angebotstextes durch einen Anbieter und Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle im Angebot sind grundsätzlich unzulässig. Abweichun- gen von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen führen zum Ausschluss, so- fern sie nicht unwesentlich sind. Angebote oder solche, bei welchen die Anbieter von den Be- dingungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sind oder Vorbehalte zu einzelnen von der Vergabebehörde aufgestellten Regeln erklärt haben, kommen vor. Solchen Angebo- ten gegenüber ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz.²⁸ Nicht zum Ausschluss führen dagegen Vorbehalte und auslegende Erklärungen, wenn die Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen ihrerseits schwere Mängel enthalten und sich die Korrekturen des Anbietenden eben gerade gegen diese Mängel richten. Denn nur Ausschrei- bungsbedingungen mit zulässigem Inhalt rechtfertigen ein Verbot von Abweichungen. Von zu weitgehenden bzw. unzulässigen Bedingungen der Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen kann der Anbieter abweichen und/oder Vorbehalte anbringen, ohne dass dies die Vergabebe- hörde berechtigen würde, den betreffenden Anbieter bzw. das entsprechende Angebot vom Verfahren auszuschliessen. Oft werden Abweichungen von der Ausschreibung/den Aus- schreibungsunterlagen durch die Anbieter indes nicht offen deklariert. Solche Abweichungen können irrtümlich erfolgt sein. Es ist jedoch auch nicht auszuschliessen, dass in Einzelfällen Abweichungen von Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen absichtlich vorgenommen wor- den sind und nachträglich ein Versehen vorgetäuscht wird. Der Anbieter kann über solche Manipulationen nach dem Bekanntwerden von Details aus den Konkurrenzangeboten im Nachhinein sein Angebot (je nach den konkreten Bedürfnissen) "optimieren", d.h. je nach Si- tuation auf der Korrektur des "Irrtums" beharren oder den "irrtümlichen" Preis anerkennen, wenn dies für den Erhalt des Zuschlags notwendig ist. Gegenüber der Anerkennung von an- geblichen Irrtümern der Anbieter ist namentlich im Interesse der Gleichbehandlung der Letzte- ren eine grosse Zurückhaltung am Platz; nur wenn die

Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne Weites und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Ver-

27 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444, mit Hinweisen 28 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 468 ff., mit Hinweisen

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 15 von 32

hältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb.²⁹ Ausschlussgründe betreffen die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Verfahren. Diese Gründe sind nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten, oder wenn sich nachträglich etwa herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht entspricht. Für den Widerruf des Zuschlags müssen aus Gründen der Rechtssicherheit strengere Voraussetzungen gelten als für den Abbruch des Verfahrens.³⁰

E. 3.3

Würdigung

E. 3.3.1

Vorliegend hat die Vorinstanz am 25. August 2018 die Erstellung einer kompletten Fassadenkonstruktion im Rahmen des Neubaus ihres Spitalgebäudes auf der Seite www.simap.ch ausgeschrieben. Der Ausschreibung lässt sich u.a. Folgendes entnehmen:

E. 3.3.2

Das Angebot der Beschwerdeführerin vom 29. Oktober 2018 lautet demgegenüber wie folgt: "Hauptlieferanten: E.___, F.___ oder gleichwertig Ware: Fertigteile als hinterlüftete Fassadenbekleidung Wichtigkeit der gelieferten Ware: 2 %" ³³ Auf Nachfrage seitens der Vorinstanz hielt die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 22. November 2018 ³⁴ u.a. Folgendes fest: "Hiermit bestätigen wir Ihnen, dass die von uns offerierten Produkte ähnlich und gleichwertig oder besser sind gegenüber den ausgeschrieben Leistungen und dass diese alle Anforderungen erfüllen. Insbesondere bestätigen wir Ihnen, dass wir Kunstharzmörtel-Elemente liefern werden, die gleichwertige Eigenschaften haben, wie das ausgeschriebene Produkt." Mit E-Mail vom 23. November 2018 ³⁵ erwiderte die Vorinstanz u.a. Folgendes: "Leider ist die Antwort für uns noch zu wenig klar definiert und ich erlaube mir nochmals eine eindeutige Erklärung zu verlangen. Bitte bestätigen Sie mir schriftlich, und rechtsgültig unterzeichnet, bis Dienstag, 27.11.2018 (Poststempel), dass Sie für die Fertigelemente das Material Acrytherm der Firma F.___ eingerechnet haben oder zu den angegebenen

³³ Vorakten, Ordner "Angebot X.___", Register 12 "HAUPTLIEFERANTEN" Ziff. 4 ³⁴ Beschwerdebeilage Nr. 7 ³⁵ Beschwerdebeilage Nr. 7

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 17 von 32

Preisen liefern und montieren werden. Ich weise Sie darauf hin, dass das Material Acrytherm der Firma F.____ zum Einsatz kommen wird. Es sind keine Alternativen vorgesehen." Mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 äusserte sich die Beschwerdeführerin dazu u.a. wie folgt: "Beiliegend finden Sie das technische Datenblatt des Werkstoffes MINERALIT. MINERALIT ist ein ähnliches und gleichwertiges Produkt gegenüber dem ausgeschriebenen AC- RYTERM. MINERALIT erfüllt alle ausgeschriebenen Anforderungen, wie zum Beispiel Biege- und Druckfestigkeit Volumenmasse, Brandschutzklasse, Frostbeständigkeit, Porosität, usw. Die qualitativen Eigenschaften sind ebenfalls garantiert. [...] ACRYTERM von F.____ bleibt ohne Weiteres eine Alternative für uns."

E. 3.3.3

Die Beschwerdeführerin hat offensichtlich nicht das in der Ausschreibung ausdrücklich verlangte Material "Acrytherm" angeboten. Vielmehr muss aus ihrem Angebot und den nachträglichen Erläuterungen geschlossen werden, dass sie primär die Verwendung eines anderen Materials vorgesehen hat und "Acrytherm" höchstens eine Alternative darstellt. Damit ist die Beschwerdeführerin von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen. Dabei kann nicht von einer unwesentlichen Abweichung gesprochen werden, da die Verwendung von "Acrytherm" für die Vorinstanz wesentlich ist, was aus der expliziten Vorgabe, dem detaillierten Produktbeschreibung und dem Ausschluss von Varianten in der Ausschreibung sowie den Äusserungen der Vorinstanz im Rahmen des vorliegenden Verfahrens hervorgeht.

E. 3.3.4

Betreffend das Argument der Beschwerdeführerin, sie habe keine Variante, sondern zu Recht ein gleichwertiges Produkt angeboten, ist Folgendes festzuhalten. Wie in Erwägung 3.3.1 aufgezeigt, verlangt die Ausschreibung ausdrücklich das Material "Acrytherm" für die Fassadenverkleidung. Betreffend die Positionen, bei denen Angebote mit gleichwertigen Produkten oder Systemen erlaubt sind, enthält das Leistungsverzeichnis einen expliziten Verweis auf die Möglichkeit, mit gleichwertigen Produkten oder Systemen zu offerieren, so beispielsweise bei den Positionen 20.015, 20.024, 200.022, 214.091, 216.610, 250.103, 282.022 oder 283.10137. Position 250.301 betreffend die Fertigteile für die Fassadenbekleidung enthält demgegenüber keinen solchen Verweis. E contrario muss daraus geschlossen werden, dass für die Fassadenverkleidung keine gleichwertigen Lösungen zugelassen wurden.

36 Beschwerdebeilage Nr. 8 37 Der Verweis in Position 283.101 (Fassadenmarkisen) lautet beispielsweise wie folgt: "erwiesenermassen gleichwertige Produkte sind zugelassen."

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 18 von 32

Lediglich wenn es sich um ein eigenes Produkt des Anbieters handelt, sieht Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses die Möglichkeit vor, ein anderes Material als "Acrytherm" anzubieten, wobei das eigene Produkt nachweislich mindestens dieselbe Qualität aufweisen muss: "Produkte: Produktnamen wurden verwendet, um eine geforderte Vorgabe oder Leistung bestimmt zu definieren. Damit der freie Wettbewerb gewährleistet ist, können eigene Produkte angeboten werden. Diese müssen jedoch die Anforderungen der vorliegenden Ausschreibung in allen Belangen erfüllen und gegenüber den ausgeschriebenen Produkten nachweisbar gleicher oder besserer Qualität sein. Über die qualitative und formale Gleichwertigkeit entscheidet der Auftraggeber." Unter "eigenen

Produkten" sind Produkte zu verstehen, die durch den jeweiligen Anbieter oder die Anbieterin selbst hergestellt werden. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, Position 10.016 Satz 2 erlaube den Anbietern, eigene Lösungsangebote mit gleichwertigen Materialien zu unterbreiten, findet keine Grundlage im Wortlaut von Position 10.016. Vielmehr darf aus Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses nicht auf die Zulässigkeit von Angeboten mit gleichwertigen, aber nicht selbst hergestellten "eigenen" Materialien für die Fassadenverkleidung geschlossen werden. Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen kein eigenes Produkt offeriert hat, kann sie sich nicht auf die Gleichwertigkeit ihres Angebots berufen. Die Gleichwertigkeit ihres Angebots ist daher nicht weiter zu prüfen. Im Übrigen ist der Vorinstanz wie auch der Beschwerdegegnerin insoweit beizupflichten, dass die Gleichwertigkeit des Angebotes der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Zuschlags weder belegt war noch hätte geprüft werden können: Erstens blieb auch nach mehreren Nachfragen seitens der Vorinstanz unklar, mit welchem Material die Beschwerdeführerin überhaupt offeriert hat. Zweitens hat die Beschwerdeführerin die Gleichwertigkeit ihres Angebots bis zur Erteilung des Zuschlags nicht belegt. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Gleichwertigkeit sei nicht zum Zeitpunkt der Offerteinreichung, sondern erst nach Erteilung des Zuschlags zu belegen. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufene Position 10.013 des Leistungsverzeichnisses hält fest, unter Position 60 "Beilagen zum Angebot" seien Beilagen und Nachweise aufgelistet, welche zum Zeitpunkt des Angebotes bzw. Werkvertrages verlangt würden. Gemäss den Positionen 60.011 bis 60.013 sind folgende Beilagen zusammen mit dem Angebot einzureichen: Montage- und Sicherheitskonzept, Berechnung U-Wert Fassade sowie ein Grobterminprogramm. Position 70 des Leistungsverzeichnisses sodann nennt die nach Auftragserteilung einzu-

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 19 von 32

reichenden Muster und vorzunehmenden Messungen. Position 70.014 hält fest, dass der Auftragnehmer nach Auftragserteilung sämtliche von den Fachplanern, Spezialisten und Bauleitungen angeforderten bauphysikalischen Prüfzeugnisse, Berechnungen und Nachweise zusammen mit den Genehmigungsplänen einreichen muss. Vorliegend kann nicht e contrario aus Position 10.013 i.V.m. 60 abgeleitet werden, die Gleichwertigkeit des Angebotes sei nicht im Zeitpunkt der Einreichung des Angebotes zu belegen. Auch geht es nicht um die in Position 70.014 genannten, erst nach Auftragserteilung einzureichenden Nachweise, sondern um die Nennung des von der Beschwerdeführerin offerierten Materials und den Beleg der Gleichwertigkeit desselben. Gemäss Art. 12 Abs. 3 ÖBV haben Anbieterinnen und Anbieter die Gleichwertigkeit ihrer technischen Spezifikationen dann nachzuweisen, wenn sie von den in den Ausschreibungsunterlagen genannten technischen Spezifikationen abweichen. Der Vergabestelle muss vor der Zuschlagserteilung (und nicht erst nach Auftragserteilung) bekannt sein, mit welchem Material offeriert wird und ob dieses gleichwertig ist. Nur so kann sie überhaupt eine korrekte Bewertung der Angebote vornehmen und den Zuschlag erteilen. Drittens bestehen Zweifel an der Eignung und Gleichwertigkeit von "Mineralit". Insbesondere hat "Mineralit" keinen längerfristigen Bewitterungstest durchlaufen, weshalb nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass "Mineralit" längerfristig dieselben Eigenschaften aufweist wie "Acrytherm"; zudem bleibt fraglich, ob "Mineralit" überhaupt im erforderlichen Format geliefert werden kann.³⁸ Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war es nicht erforderlich, in den Ausschreibungsunterlagen eine Länge von 8 m vorzuschreiben, da die Ausschreibung

explizit eine Fassadenverkleidung mit "Acrytherm" vorschrieb und "Acrytherm" unbestrittenermassen in dieser Grösse geliefert wird.

E. 8

Februar 2019 weise die Beschwerdeführerin eine maximale Bauteillänge von 4.2 Metern aus. Rund 200 der benötigten Fertigteile seien vertikal grösser als die mögliche Maximaldimensionierung, die die Firma "G.____" überhaupt liefern könne. • Das Bauvorhaben werde mit einer gewellten Oberfläche mit einer flachen Rückseite ausgeführt. Es sei zweifelhaft, dass diese Ausführungsart mit dem Material "Mineralit" möglich sei, da in der Produktinformation der Herstellerin lediglich flache oder gebogene Elemente erwähnt würden. • In Bezug auf das Material "Mineralit" liege kein Muster zur Beurteilung vor, weshalb bis heute unbelegt sei, ob die Oberflächenstruktur sämtlicher sichtbarer Bereiche gemäss Ausschreibung ausgeführt werden könne. • Das Material "Mineralit" erfülle die Anforderungen an den Brandschutz nicht. Die eingereichte Klassifizierung beziehe sich auf die Verwendung des Materials "Mineralit" als Bodenbelag, nicht aber als Fassade. • Schliesslich habe das Material "Mineralit" keinem mehrmonatigen Bewitterungstest unterlegen. Langzeitenerfahrungen würden gänzlich fehlen. Im Falle einer Abweichung vom Angebot hätten die Anbieterinnen und Anbieter die Gleichwertigkeit ihrer technischen Spezifikationen nachzuweisen (Art. 12 Abs. 3 ÖBV). Dieser Nachweis müsse mit der Offerte eingereicht werden. Der Offerte der Beschwerdeführerin hätten keine Belege für die angebliche Gleichwertigkeit der nicht näher spezifizierten Materialien beigelegt. Das mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 nachgereichte Datenblatt des Materials "Mineralit" sei unbeachtlich. Die mit der Beschwerde ins Recht gereichte Expertise von H.____ vom Februar 2019 habe der Vorinstanz weder zum Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung vorgelegen noch sei sie zur Beurteilung der Gleichwertigkeit tauglich, da der Experte das Material "Acrytherm R" anstelle des ausgeschriebenen "Acrytherm D" untersucht habe. Die Anbieterin könne und dürfe sich nicht darauf verlassen, dass ihr später die Möglichkeit des Nachweises

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 11 von 32

der Gleichwertigkeit gewährt werde. Der fehlende Nachweis der Gleichwertigkeit müsse zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren führen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Mangels Angabe des offerierten Materials und Rechtzeitigkeit des Nachweises der Gleichwertigkeit hätte die Beschwerdeführerin somit den Zuschlag selbst für den bestrittenen Fall, dass gleichwertige Lösungen zulässig gewesen wären, nicht erhalten. Schliesslich habe die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz mit Schreiben vom 22. Februar 2019 mitgeteilt, dass sie gestützt auf eine Kostenangabe der Firma "G.____" die Gesamtleistung der Ausschreibung mit "Mineralit" zu einem Preis von CHF 23'083'347.25 brutto (ohne Rabatt, MWST und Skonto) ausführen könnte. Die Offerte der Beschwerdegegnerin mit "Mineralit" wäre damit CHF 143'165.75 günstiger als die Offerte der Beschwerdeführerin, womit wiederum die Beschwerdegegnerin den Zuschlag erhalten hätte. Sollte die Vorinstanz verpflichtet werden, die Offerte der Beschwerdeführerin – enthaltend eine im Vergleich zur Ausschreibung minderwertige Leistung – zu berücksichtigen, käme der Beschwerdeführerin ein nicht zu rechtfertigendes Vorteil gegenüber den anderen Anbietern zu. Die Beschwerdegegnerin sähe sich an ihre Offerte, beinhaltend das ausgeschriebene, bessere und teurere Material "Acrytherm", gebunden, während die Beschwerdeführerin das billigere Material "Mineralit" einpreisen dürfte. Dies würde zu einer Ungleichbehandlung der Anbieter und damit zu einer

rechtswidrigen Vergabe führen.¹⁸ Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin erfülle "Acrytherm" die Brandschutzvorgaben der Ausschreibung. In Position 250.302 des Leistungsverzeichnisses vom 21. August 2018 werde verlangt, dass die Brandklasse M1 bis A1, auf jeden Fall "nicht brennbar", erreicht werden müsse. "Nicht brennbar" entspreche RF1. In der Ausschreibung sei für alle Fassadenbauteile RF1 nach SN EN 13501-6 gefordert worden. "A1" entspreche der Klassifizierung gemäss DIN EN 13501 der Norm der Europäischen Union (Skala von A bis F). Frankreich verfüge daneben über eine eigene Brandschutznorm NF P92-507:2004 (Skala M0 bis M4). Sowohl "Acrytherm" wie auch "Mineralit" würden die Brandklasse A2-s1,d0 aufweisen. Brandklasse A2-s1,d0 entspreche M0 bzw. der höchsten Stufe der französischen Klassifizierung. Damit werde die Anforderung "M1" gemäss Ausschreibung erfüllt bzw. übertroffen und es sei erstellt, dass "Acrytherm" als Fassadenbaustoff für das Bauvorhaben der Vorinstanz geeignet sei. Sollte die Beschwerdeführerin tatsächlich eine gegenteilige Auffassung vertreten, spreche sie "Mineralit" die Tauglichkeit ab. Die Zulassung für "Acrytherm" sei nicht zurückgezogen worden, vielmehr ersetze die Zulassung vom 26. Oktober 2017 diejenige vom

E. 11

September 2013 ("Annule et remplace l'Avis Technique 2/13-1547"). Damit sei das massgebende Schweizer VKF-Zertifikat (Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen) nahtlos gültig.¹⁹

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 12 von 32

gebende Schweizer VKF-Zertifikat (Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen) nahtlos gültig.¹⁹

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.