

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.211 vom 4. Juli 2018

BS Appellationsgericht, 2018-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.211

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.211 du 4 juillet 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.211 del 4 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. e und f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung des Zuschlags oder der schriftlichen Begründung gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren und gegen den Zuschlag begründeter Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziffer 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG], SG 154.100)).

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz 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 Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderung vom 15. März 2001 [IVöB, AS 2003 196 und SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 1.3).

E. 1.3

1.3.1 Der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden, wenn sie mit Replik vom 16. März 2018 ausführt, dass die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren keine Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen stellen dürfe. Erweist sich ein Rekurs nicht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so setzt der Präsident der Vorinstanz und den Beigeladenen eine Frist zur schriftlichen Vernehmlassung. Die Vorinstanz hat, auch wenn sie keine Anträge stellt, die Akten des Verwaltungsverfahrens vorzulegen (§ 23 Abs. 2 VRPG). Diese Bestimmung setzt implizit voraus, dass das Universitätsspital Anträge stellen darf. Weshalb auf die Anträge in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen **■ förmlich nicht ■** eingetreten werden dürfe, ist unerfindlich. Die notwendigen vorsorgliche Massnahmen können gestützt auf § 24 VRPG vom Präsidenten auch von Amtes wegen getroffen werden, wobei unter diesen Umständen unerheblich ist, wer dazu anregt. Mit vorliegendem Urteil in der Hauptsache kann schliesslich auf weitere Erörterungen dazu ohnehin verzichtet werden.

1.3.2 Die Rekurrentin hält auch in ihrer Triplik noch daran fest, dass die Vertretung der Vergabestelle im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren durch einen externen Anwalt unzulässig sei und die entsprechenden Eingaben aus dem Recht zu weisen seien.

Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia")(vgl. statt vieler VGE VD.2017.147 vom 3. Dezember 2017 E. 1.3, mit Hinweisen), sodass das Gericht treffende Rechtsauffassungen in Stellungnahmen wesensgemäss gar nicht aus dem Recht weisen kann. Im Verwaltungsrecht gilt zudem der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht unabhängig von Beweisanträgen der Parteien die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen hat. Dieser wird nur durch die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien begrenzt (vgl. zum Ganzen BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2017.94 vom 21. September 2017 E. 3.5.3, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2; unten E. 1.4.3.2). Dabei darf es grundsätzlich keine Rolle spielen, ob die rechtserheblichen Tatsachen unmittelbar von der Vorinstanz oder einer externen Rechtsvertretung der Vergabestelle an das Gericht gelangen. Es sind keine entgegenstehenden privaten Interessen ersichtlich, die von der Vorinstanz eingereichten Eingaben hier nicht zu berücksichtigen.

Abgesehen davon, dass damit auch in Bezug auf die Rüge, wonach die Rechtsvertretung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt durch Externe unzulässig sei, kein schützenswertes Feststellungsinteresse erkennbar ist, kann ihr auch inhaltlich nicht gefolgt werden. Die Vertretung in Rechtsmittelverfahren gehört nicht zu den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kernkompetenzen des Gemeinwesens und seinen öffentlich-rechtlichen Anstalten. Sie ist daher grundsätzlich an Dritte delegierbar. Zwar fehlt dazu soweit ersichtlich eine unmittelbare explizite gesetzliche Grundlage. Es ist aber vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Legalitätsprinzips im Rahmen der jeweiligen Finanzkompetenzen unproblematisch und mithin ständige Praxis, dass sich der Regierungsrat, der Kanton und umso mehr auch seine öffentlich-rechtlichen Anstalten in gerichtlichen Verfahren im Auftragsverhältnis vertreten lassen können (vgl. VGE VD.2009.724 vom 9. Juli 2010 E. 1.4). Bei der Wahrnehmung der Vertretung im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren handelt es sich denn auch nicht um eine vertretungsfeindliche hoheitliche Aufgabe. Von der praxisgemäss zugelassenen Vertretung auch des Gemeinwesens resp. von öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch Anwältinnen und Anwälte (vgl. etwa VGE VD.2016.248 vom 16. Januar 2018) muss mithin nicht abgewichen werden. Mit treffendem Verweis der Vorinstanz wurde dieses Vorgehen in einer analogen Konstellation auch im bundesgerichtlichen Verfahren zugelassen (vgl. BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006), wobei der Rekurrentin in diesem Zusammenhang entgegnet werden kann, dass die Zulässigkeit einer Rechtsvertretung jeweils von Amtes wegen geprüft wird. Weshalb für die Vertretung ausgegliederter Verwaltungsteile andere Masstäbe gelten sollen, als für die Vertretung der Kantonsverwaltung, ist nicht ersichtlich.

1.3.3 Die Eingaben und Anträge des Universitätsspitals können mit dem Gesagten im vorliegenden Verfahren nicht formell aus den Akten gewiesen werden.

1.4 Der Rekurs vom 11. September 2017 bezieht sich auf eine Verfügung des Universitätsspitals vom 29. August 2017, gemäss welchem die Rekurrentin vom Verfahren ausgeschlossen wurde resp. gegen die per E-Mail erfolgte ergänzende Begründung vom 7. September 2017. Gemäss den Anträgen in der Rekursbegründung werden die Aufhebung der Verfügung vom 29. August 2017, die Nichtigerklärung der E-Mail vom 7. September 2017 und die Aufhebung des Zuschlags sowie die Anordnung der Neuausschreibung des Auftrags verlangt. Angefochten ist somit einerseits der Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren und andererseits der Zuschlag resp. die ganze Ausschreibung. Die Rekurrentin

hat als vom Verfahren ausgeschlossene resp. nicht berücksichtigte Referentin grundsätzlich ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 VRPG).

1.4.1 Zu beachten ist allerdings, dass die Vorinstanz nach Eingang des Rekurses sich ■unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht■ dazu bereit erklärt hat, die Rekurrentin zu einer Präsentation einzuladen. Die Rekurrentin hat sich ihrerseits mit Eingabe vom 25. Oktober 2017 dazu bereit erklärt, die ausstehende Präsentation ihrer Offerte nachzuholen und das Universitätsspital anschliessend die Bewertung ihrer Offerte vollständig abschliessen zu lassen. Am 12. Dezember 2017 hat die Angebotspräsentation der Rekurrentin beim Universitätsspital stattgefunden. Gestützt darauf hat die Vorinstanz eine vollständige Auswertung des Angebots der Rekurrentin vor und nach der Präsentation durchgeführt und am Vergabeentscheid festgehalten.

1.4.2 Die Rekurrentin weist in der Replik daher zu Recht darauf hin, dass die Vorinstanz damit faktisch dem Rechtsbegehren nach Aufhebung des Ausschlusses der Rekurrentin Folge geleistet hat (vgl. act. 18: Replik vom 16. März 2018 Rz. 33). Von der Rekurrentin wird diesbezüglich die Frage aufgeworfen, ob das Verfahren hinsichtlich des Rechtsbegehrens a (Aufhebung der Verfügung vom 29. August 2017) nicht auch dahingehend erledigt werden könne, dass dieses wegen Unterziehung der Vorinstanz unter das Rechtsbegehren als erledigt abgeschrieben würde.

1.4.2.1 Dem kann im Ergebnis gefolgt werden. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann gestützt auf § 21 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) eine Vorinstanz bis zur Einreichung der Rekursantwort eine angefochtene Verfügung auch während des laufenden Rekursverfahrens in Wiedererwägung ziehen (vgl. VGE VD.2013.24/2013.222 vom 14. Dezember 2014 E. 1.2). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zwar darauf hingewiesen, dass die Zulassung der Rekurrentin zur Präsentation ■unpräjudiziell■ erfolge und damit die Ausschlussverfügung nicht explizit zurückgenommen. Faktisch wurde damit die Rekurrentin aber ebenso wie die anderen Anbieterinnen behandelt und ihre Offerte materiell geprüft. Es ist bei dieser Sachlage kein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin mehr an der Aufhebung der angefochtenen Ausschlussverfügung zu erblicken. Das Verfahren kann diesbezüglich als obsolet abgeschrieben werden. Auf die entsprechenden Kostenfolgen wird weiter unten eingegangen (vgl. E. 3.3.1).

1.4.2.2 Die genannten Ausführungen gelten ebenso für den Antrag auf Nichtigklärung der per E-Mail erfolgten weiteren Begründung der Ausschlussverfügung. Da die Vorinstanz faktisch nicht mehr an ihrer Ausschlussverfügung festgehalten, sondern die Offerte der Rekurrentin materiell ebenso geprüft hat wie diejenige ihrer Konkurrenten, besteht an der Überprüfung der ergänzenden Begründung der Ausschlussverfügung kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr. Immerhin ist festzuhalten, dass eine ergänzende Begründung gemäss § 30 Abs. 1 BeschG schriftlich zu erfolgen hat, was im Regelfall eine Unterschrift voraussetzt (vgl. BVGer C-115/2014 vom 15. Januar 2014). Der lediglich per E-Mail erfolgte Versand der ergänzenden Begründung ist daher formell nicht korrekt. Eine Rücksendung der Sache zur erneuten richtigen Eröffnung der Verfügung wird aber von der Rekurrentin nicht beantragt und würde angesichts der beschriebenen Entwicklung nach der Erhebung des Rekurses vielmehr einen unnötigen Leerlauf darstellen.

1.4.3 Materiell zu behandeln ist somit grundsätzlich alleine der in der Rekursbegründung aufgeführte Antrag der Rekurrentin, es sei einerseits der Zuschlag aufzuheben, und andererseits, es sei die Vergabe abzubrechen und der Auftrag sei neu auszuschreiben.

1.4.3.1 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts ist für die Legitimation zur Anfechtung des Zuschlags erforderlich, dass die Gutheissung des Antrags für den Rekurrenten einen praktischen Vorteil bewirken kann. Das praktische Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters ist in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten. Voraussetzung für die Rekurslegitimation in vergaberechtlichen Streitsachen ist daher, dass der Rekurrent bei Gutheissung des Rekurses eine reelle Chance haben muss, den Zuschlag selbst zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; BGer 2C_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.2; VGE VD.2017.121 vom 24. September 2017 E. 1.2.4; jeweils mit Hinweisen). Das Interesse wird demgegenüber regelmässig dann nicht als schutzwürdig angesehen, wenn der Ansprechpartner gar nicht in der Lage wäre, den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäss zu erfüllen (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.4 S. 3.2.3 f.; BVGE 2012/13 E. 4.6 S. 272).

1.4.3.2 Von der Rekurrentin wurde in ihrer Rekursbegründung nicht geltend gemacht, dass ihre Offerte im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung besser zu bewerten wäre als diejenige der Zuschlagsempfängerin. Die Rekurrentin machte zwar geltend, dass die Offerte der Rekurrentin in verschiedenen Punkten zu tief bewertet worden sei. Es wurde aber nicht substantiiert geltend gemacht, dass eine korrekt vorgenommene Bewertung der Offerte der Rekurrentin dazu führen müsste, dass der Zuschlag der Rekurrentin zu erteilen sei. Konsequenterweise forderte die Rekurrentin daher in ihrer Rekursbegründung und den darin enthaltenen Anträgen nicht, dass der Zuschlag aufzuheben und ihr zu erteilen sei, sondern dass der Auftrag neu auszuschreiben sei. Selbst in der Replik hat die Rekurrentin auch gemäss eigenen Angaben nicht ausgeführt, dass der Zuschlag bei einer ordnungsgemässen Bewertung der Offerte ihr hätte erteilt werden müssen; vielmehr wird alleine geltend gemacht, dass sie Chancen gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten und daher zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden sei (vgl. dazu die Ausführungen in act. 21: Triplik vom 30. Mai 2018 Rz. 27). Es muss daher als fraglich bezeichnet werden, ob der Rekurrentin überhaupt die erforderliche Legitimation zur Erhebung des vorliegenden Rekurses zukommt. Auch der erstmals in der Triplik aufgeführte Antrag, es sei der Zuschlag aufzuheben und der Auftrag sei an die Rekurrentin zu geben, vermag daran nichts zu ändern. Eine solche Ausweitung der Rechtsbegehren in der Triplik steht im Widerspruch zu § 16 Abs.

E. 2

und 3 VRPG i.V.m. § 30 Abs. 1 sowie Abs. 5 des BeschG (vgl. zum Rügeprinzip im Verwaltungsgerichtsverfahren statt vieler VGE VD.2017.48 vom 23. März 2018 E. 4.9.2; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; mit Hinweisen). Gemäss diesen Vorgaben hat die schriftliche Rekursbegründung die Anträge des Rekurrenten zu enthalten. Eine Ausweitung dieser Anträge der anwaltlich vertretenen Rekurrentin in der Triplik ist daher nicht mehr zulässig, weshalb dieser Antrag als verspätet nicht mehr behandelt bzw. darauf nicht eingetreten werden kann. Die Frage, ob auf den Rekurs mangels Rekurslegitimation der Rekurrentin gar nicht eingetreten werden könnte, kann aber im Ergebnis offen bleiben, da der Rekurs mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen (vgl. E. 2) in der Sache ohnehin abzuweisen ist.

1.5 Mit Verfügung vom 29. Januar 2018 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, dass ohne entsprechenden Antrag von ihrer Seite der Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung angenommen und der Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen werde. Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und damit implizit auf eine solche verzichtet. Dies gilt auch für die anwaltlich vertretene Beigeladene, die in Kenntnis der Verfügung vom 29. Januar 2018 ebenfalls auf einen entsprechenden Antrag verzichtet hat. 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., Basel 2016, § 24 N 105; VGE VD.2017.215 vom 7. März 2018 E. 1.3, VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

E. 2.1

2.1.1 Der instruierende Verwaltungsgerichtspräsident hat mit Verfügung vom 18. Juni 2018 unter Vorbehalt einer anderslautenden Entscheidung des Gerichts angekündigt, dass die vom Universitätsspital eingereichten jeweiligen Offerten der Parteien zu den Gerichtsakten genommen und beim anstehenden Entscheid berücksichtigt werden, dabei aber zum Schutz der in den Offerten enthaltenen Geschäftsgeheimnissen der Rekurrentin bzw. der Beigeladenen keine Einsichtnahme in die jeweilige Konkurrenzofferte gewährt wird. Dies ist von den Parteien nicht bestritten worden und wurde nach Erhalt der Unterlagen mit Schreiben vom 27. Juni 2018 erneut instruktionsrichterlich verfügt.

2.1.2 Diese Verfügungen sind hier zu bestätigen. Die Vertraulichkeit der Unterlagen von Konkurrenten, welche vertrauliche Angaben, namentlich Geschäftsgeheimnisse enthalten, wird durch § 9 lit. f BeschG explizit geschützt; dies mit Ausnahme des Offertöffnungsprotokolls und der nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen. Damit hat der kantonale Gesetzgeber die Vertraulichkeit der Informationen gemäss Art. 11 lit. g IVöB im kantonalen Recht weiter konkretisiert. Auch § 17 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (VRöB) sieht vor, dass die eingereichten Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich behandelt werden müssen und nicht ohne Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage Dritten bekannt gemacht werden dürfen. Die Vertraulichkeit der Offerten zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Mitbewerber begrenzt auch den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV, SR 101) im Rechtsmittelverfahren. Daher besteht nach bundesgerichtlicher und auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens kein Recht auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (BGer 2C_450/2011 vom 25. September 2011 E. 3; 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.1; VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013; VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 2). Es ist Sache des Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Unterlagen, also auch der Offerte der Beigeladenen, zu prüfen, ob der Vergabeentscheid korrekt zustande gekommen ist oder nicht (vgl. zum Ganzen VGE VD.2014.50 vom 6. August 2014 E. 2.1.2).

2.2 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit der Vergabestelle der Rekurrentin gegenüber vor. Dass das Universitätsspital vor der Präsentation eine vorläufige Bewertung der Angebote vorgenommen hat und

gestützt auf diese Bewertung zum Ergebnis gekommen ist, dass die Rekurrentin mit ihrem Angebot keine realistische Erfolgsaussichten hat, entspricht der in der ■ von der Rekurrentin nicht angefochtenen ■ Ausschreibung transparent dargestellten Vorgehensweise. Dass die Rekurrentin erst auf Rekurs hin zu der Präsentation zugelassen wurde, führt daher auch bei der genannten vorläufigen Einschätzung zum damaligen Verfahrenszeitpunkt nicht zur Befangenheit des Bewertungsteams des Universitätsspitals bei der Beurteilung des gesamten Angebots der Rekurrentin. Vielmehr war das Universitätsspital unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots dazu gehalten, die Präsentation der Rekurrentin nach denselben Kriterien und von demselben Prüfungsgremium durchzuführen, wie das auch bei den übrigen Anbietern der Fall gewesen war.

2.3Der Rekurrentin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie die im Beurteilungsraster (act. 12: Beilage 6 der Rekursantwort vom 22. Januar 2018) und in der Duplik vorgenommene ergänzende Begründung der Bewertung der Offerte der Rekurrentin sowie derjenigen der Zuschlagsempfängerin (act. 20: Duplik vom 20. April 2018 Rz. 14) beanstandet.

2.3.1In der Rekursbegründung vom 11. September 2017 wurden die Hinweise in der Verfügung vom 29. August 2017 betreffend die Preisangaben der Offerte der Rekurrentin zu Recht nicht gerügt. Die Bewertung des Preises der Offerte in Bezug auf den Preis (78% resp. 234 Punkte) wird auch in der Replik nicht in Frage gestellt (vgl. act. 18: Replik vom 16. März 2018 Rz. 20). Das Universitätsspital hat weiter zu Recht darauf hingewiesen, dass die bei der Präsentation der Rekurrentin gegenüber der Offerte vorgenommene Preisreduktion bei der Bewertung der Offerte selbstverständlich nicht hat berücksichtigt werden können, da als Ausfluss des Verhandlungsverbots gemäss § 25 BeschG Preisänderungen nach der Offertöffnung nicht mehr zulässig sind (vgl. zum Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 710 ff.; BVGer B-1528/2017 vom 27. September 2017 E. 4.2). Darauf ist somit nicht weiter einzugehen.

2.3.2Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien und -nachweise sowie der Zuschlagskriterien, 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. 1.2). 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.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 2.3; jeweils mit Hinweisen).

Insofern ist weder die Bewertung von Referenzen anhand von qualitativen Kriterien noch die gleiche Bewertung von Referenzen aus dem Ausland einerseits und der Schweiz andererseits zu beanstanden, wie die Rekurrentin fälschlicherweise annimmt. Ebenso erweist sich die vom Universitätsspital vorgenommene Bewertung der sog. Schlüsselpersonreferenzen als zulässig. Auch diesbezüglich steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es liegt dabei in ihrem Ermessen, bei der Bewertung der Schlüsselpersonen zu Ungunsten der Rekurrentin zu berücksichtigen, dass diese, anders als im ausgeschriebenen Auftrag, in den Referenzprojekten nicht als Berater tätig waren, sondern in anderer Funktion etwa als Stiftungsräte. Daran ändert auch nichts, dass es sich

bei den Schlüsselpersonen der Rekurrentin gemäss deren Einschätzung um **Top-Berater** [] im Spitalbereich, um **erfahrenste** [] Führungspersonen in Spitälern der Schweiz (act. 18: Replik vom 16. März 2018 Rz. 26 f.), um **Spitalprofis** resp. ausgewiesene Experten **für Politik und Verwaltung** (act. 21: Triplik vom 30. Mai 2018 Rz. 36) handeln soll. Die Vergabebehörde durfte berücksichtigen, dass die Erfahrungen der Rekurrentin vorwiegend verwaltungslastig sind, auch wenn die genannten Schlüsselpersonen zum Teil auch in privaten Spitälern tätig waren, und dass die unternehmerischen Erfahrungen der Zuschlagsempfängerin für die Vergabebehörde von besonderem Interesse sind. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabebehörde bei dieser Beurteilung das ihr zustehende Ermessen überschritten haben soll. Ebenso ist es sachlich begründbar, dass das Kernteam der Rekurrentin **welches aus selbständig tätigen Personen besteht, die auf Mandatsbasis für die Rekurrentin tätig sind** **weniger gut vermitteln konnte, dass es als Team funktioniert als dasjenige der Zuschlagsempfängerin.** Auch hier ist nicht ersichtlich, dass die Vergabebehörde das ihr zustehende Ermessen bei der Bewertung der Eignungskriterien und -nachweise sowie der Zuschlagskriterien überschritten oder nicht pflichtgemäss ausgeübt haben soll. Dabei ist auch zu beachten, dass es sich bei der ausgeschriebenen Dienstleistung der Beratung im Bereich strategische Unternehmensführung für die Spitalgruppe um einen mit der Führung der Spitäler resp. der zukünftigen Spitalgruppe eng verknüpften Aufgabenbereich handelt. Der Ermessensbereich der Vergabebehörde ist bei einer solchen Entscheidung daher grösser als bei einer Beschaffung, welche mehr auf eine selbstständige Leistungserbringung oder Lieferung ausgerichtet ist. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung der Offerte der Rekurrentin resp. ihrer Folienpräsentation zu ihren Ungunsten gewertet hat, dass die Ausführungen über den angeblichen Bedarf der Vergabestelle über die in der Ausschreibung verlangten Punkte teilweise hinausgingen und andere Punkte nicht angesprochen wurden. Die Beurteilung der Vergabebehörde, dass die Rekurrentin zu wenig auf die Bedürfnisse der Vergabestelle eingegangen ist und zu sehr auf ihr eigenes Modell abstellte, basiert auf sachlichen Argumenten. Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin nach wie vor der Ansicht ist, dass die erforderlichen Strategieprozesse gegenüber den Ausführungen in der Ausschreibung ausgeweitet werden sollten. Es obliegt der fachlichen Verantwortung und auch dem Ermessen der Ausschreibungsbehörden, den Umfang und Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen festzulegen und die Offerten anhand dieser Vorgaben zu bewerten, auch wenn eine Anbieterin inhaltlich weitere oder andere Inhalte empfehlen würde. Von einer Überschreitung des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens kann auch hier keine Rede sein. Dasselbe gilt für die unterschiedliche Bewertung der Punkte **Berichterstattung und Kommunikation**, welche sowohl im Beurteilungsraster (act. 12: Beilage 6 der Rekursantwort vom 22. Januar 2018) als auch in der Duplik nachvollziehbar erläutert wird (act. 20: Duplik vom 20. April 2018 Rz. 18). Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin gemäss Angaben in der Triplik in ihrem Team einen Kommunikationsspezialisten anbiete, **[] welcher in Changeprozessen in grossen Organisationen mit politischen Rahmenbedingungen sehr erfahren ist []** (act. 21: Triplik vom 30. Mai 2018 Rz. 42). Auch sonst sind keine irgendwie gearteten Ermessensfehler erkennbar.

2.3.3 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist die Bewertung ihrer Offerte daher auch unter Berücksichtigung der nachgeholten Präsentation nicht zu beanstanden. Der erst in der Triplik aufgeführte Antrag, der Zuschlag an die Beigeladene sei aufzuheben und neu der Rekurrentin zu erteilen, müsste somit abgewiesen werden, wenn darauf eingetreten

würde.

2.4 Abzuweisen ist ferner auch der in der Rekursbegründung gestellte Antrag, der Zuschlag sei aufzuheben und das Verfahren sei neu auszuschreiben. Weder der Rekursbegründung noch der Replik lassen sich sachliche Gründe dafür entnehmen, weshalb die Vorinstanz nicht nur die Verfügung betreffend den Ausschluss der Rekurrentin korrigieren soll, sondern das gesamte Vergabeverfahren abbrechen und den Auftrag neu ausschreiben soll.

2.4.1 Es trifft zwar zu, dass im offenen Verfahren gemäss § 14 BeschG der von der Vorinstanz gewählte Weg, im Sinne einer Präqualifikation analog dem selektiven Verfahren nur diejenigen Offerierenden zur Präsentation zuzulassen, welche nach Prüfung der übrigen Bereiche der Offerte eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags erhalten, angesichts der Formstrenge des Vergabeverfahrens wahrscheinlich nicht zulässig ist. Der Vorinstanz ist aber insofern beizupflichten, als dass dieses Vorgehen bereits in den Ausschreibungsunterlagen am 24. Juni 2017 in Form einer Allgemeinverfügung mit Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich genannt wurde, ohne dass seitens der Rekurrentin oder einer anderen Partei eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erfolgt wäre, womit die für das offene Verfahren ungewöhnlichen Modalitäten grundsätzlich in Rechtskraft erwachsen sind. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie gemäss konstanter Rechtsprechung im offenen Verfahren bereits die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; BGer 2C_919/2014, 2C_920/2014 vom 21. August 2015 E. 6.7; VGE VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 1.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 389, 1254 ff.; Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 606). Ein Anbieter, der eine Unregelmässigkeit in der Ausschreibung feststellt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese der Vergabestelle sofort zur Kenntnis zu bringen und sie zu rügen. Er kann daher in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann mit der entsprechenden Rüge ausgeschlossen werden, wenn ihm die gerügte Unregelmässigkeit bereits früher bekannt gewesen ist oder bei Beachtung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt gewesen sein müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; VGE VD.2016.183 vom

E. 5

Januar 2017 E. 2.3.3, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.1). Dabei dürfen aber aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren bezüglich der Geltendmachung von Mängeln der Ausschreibung keine strengen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316). Ob eine solche Rüge verspätet erfolgt ist, beurteilt sich danach, ob aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben Anlass zu einer früheren Rüge bestanden hat (VGE VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.3, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.5; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1258). Wer sich unter diesen Umständen stillschweigend auf ein seines Erachtens unrechtmässiges Verfahren einlässt, hat im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben ■ an welchen im Rechtsverkehr auch die Privaten gebunden sind ■ seinen Anspruch auf Anrufung des korrekten Verfahrensablaufs im Sinne des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) gewissermassen auch verwirkt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 717 ff.; die Frage

aufwerfend BVGer B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 6.6). Mit der nachträglichen Zulassung der Rekurrentin zur Präsentation hat die Vorinstanz dem Einwand der Rekurrentin zudem faktisch Folge geleistet und mit Zustimmung der Rekurrentin die Präsentation ermöglicht und eine vollumfängliche Bewertung des Angebots der Rekurrentin vorgenommen. Der von der Rekurrentin monierte Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren wurde somit faktisch zurückgenommen und kann, da die Rekurrentin diesbezüglich gar nicht mehr beschwert ist, schliesslich nicht mehr als Argument für die Forderung nach einem Abbruch des Verfahrens und einer Neuausschreibung verwendet werden.

2.4.2 Es sind auch keine anderen Gründe für die Gutheissung des Antrages ersichtlich, wonach die Vorinstanz dazu angehalten werden sollte, das Vergabeverfahren abzubrechen und den Auftrag neu auszuschreiben. Daran ändert auch nichts, dass die Rekurrentin geltend macht, dass die Bewertung der Offerte und der Präsentation der Rekurrentin ■sachlich ungenügend, objektiv falsch und über weite Teile willkürlich■ gewesen sei, da dies, wie auch in Ziff. 36 der Replik ausgeführt, lediglich zur Aufhebung des Zuschlags und zur neuen Prüfung der Offerte der Rekurrenden der Rekurrentin (im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens) führen könnte. Eine solche Rückweisung der Sache zur erneuten Prüfung der eingereichten Offerte der Rekurrentin wird aber von dieser eben nicht beantragt. Der Antrag, den Zuschlag aufzuheben und neu der Rekurrentin zu erteilen, ist gemäss den obigen Ausführungen verspätet erfolgt. Zudem sind die Ausführungen, wonach die Bewertung der Offerte der Rekurrentin inhaltlich falsch vorgenommen worden sei, aus den oben genannten Gründen nicht zutreffend.

3.

3.1 Mit dem Gesagten ergibt sich, dass der Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren sowie die Form der ergänzenden Begründung dieser Verfügung zwar zu Recht gerügt wurden, ein entsprechender Rekursentscheid zwischenzeitlich aber obsolet geworden ist, da die Vorinstanz faktisch auf diese Verfügung zurückgekommen und die Offerte der Rekurrentin materiell geprüft hat. Der erstmals in der Triplik gestellte Antrag, wonach der an die Beigeladene erfolgte Zuschlag aufzuheben und neu der Rekurrentin zu erteilen sei, ist als verspätet nicht mehr zu behandeln und zudem auch inhaltlich unbegründet. Für die von der Rekurrentin geforderte Anordnung, der Zuschlag an die Mitbewerberin der Rekurrentin sei aufzuheben und die Vergabestelle sei aufzufordern, den Auftrag neu auszuschreiben, besteht gemäss den obigen Ausführungen keine Grundlage, weshalb dieser abzuweisen ist.

3.2 Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf eingetreten oder dieser nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird.

3.3

3.3.1 Gemäss den obigen Ausführungen war die Rekurrentin dazu berechtigt, den vorliegenden behandelten Rekurs gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu erheben. Die Vorinstanz hat mit der nachträglichen Zulassung der Rekurrentin zur Präsentation faktisch anerkannt, dass der zuvor erfolgte Ausschluss der Rekurrentin zu Unrecht erfolgt ist. Für diesen Verfahrensschritt ist somit auf die Erhebung von Gebühren zu verzichten. Die Rekurrentin war allerdings im Zeitpunkt der Rekuserhebung und des Schriftenwechsels betreffend die Zulassung zur nachträglichen Präsentation nicht anwaltlich vertreten, weshalb ihr diesbezüglich keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

3.3.2 Betreffend die weiteren Begehren auf Aufhebung des Zuschlags und Anordnung der Neuausschreibung des Auftrages, welcher insbesondere in der Replik thematisiert wird, resp. des erstmals in der Triplik aufgeführten Antrags aus Zuschlagserteilung an die Rekurrentin ist die Rekurrentin unterlegen. Es ist ihr daher auch diesbezüglich keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dies auch nicht zugunsten der mit einem Rechtsdienst ausgestatteten Vorinstanz. Zudem sind der Rekurrentin aufgrund des Unterliegens in diesen Punkten gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Verfahrenskosten mit einer reduzierten Gebühr in Höhe von CHF 2'000. (einschliesslich Auslagen) teilweise aufzuerlegen.

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