

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.144 vom 14. Februar 2019

BS Appellationsgericht, 2019-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.144

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.144 du 14 février 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.144 del 14 febbraio 2019

Erwägungen

E. 2

2.1 Die Rekurrentin verlangt mit ihrer Rekursbegründung Einsicht in die Vorakten einschliesslich derjenigen Dokumente, welche eine Überprüfung der Eignungskriterien wie auch der Zuschlagskriterien ermöglichen würden. Nach Ansicht der Rekurrentin gehören auch die Bewertungen der anderen Anbieterinnen dazu. Die Vergabestelle stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass sie in der schriftlichen Begründung die für eine wirksame Wahrnehmung der Verfahrensrechte erforderlichen Angaben gemacht habe und dass in die Offerten der Konkurrentinnen und deren Bewertung zum Schutz der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse keine Einsichtnahme gewährt werden könne.

2.2 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 (vgl. VGE VD.2014.50 vom

E. 6

August 2014 E. 2.1.2). 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 BV 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).

2.3 Zu den vertraulichen Informationen gehören auch die von den Anbietenden genannten Referenzobjekte, die Schlüsselpersonen, die eingereichten Muster sowie die entsprechenden Auswertungen, soweit diese technische Detailangaben und Spezifikationen und somit Geschäftsgeheimnisse der Anbietenden enthalten. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2018 wurden der Rekurrentin die für die Wahrnehmung ihrer Rechte erforderlichen Unterlagen und Beilagen unter Abdeckung der Textstellen, welche Geschäftsgeheimnisse der Konkurrentinnen enthalten, zugestellt. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin besteht

kein weiterer Anspruch auf Akteneinsicht. Insbesondere kann in die von den anderen Anbieterinnen eingereichten Muster oder deren detaillierte Bewertung kein Einblick gegeben werden, da sowohl die Muster selbst als auch die detaillierten Angaben dazu zu den geschützten Geschäftsgeheimnissen gehören. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, ist eine Einsichtnahme in diese Muster zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses aber auch gar nicht erforderlich.

3.

3.1 In materieller Hinsicht macht die Rekurrentin zunächst geltend, dass die Mitbewerberinnen die MUSS-Kriterien nicht erfüllten und daher vom Verfahren auszuschliessen seien. Aus den Angaben der Beigeladenen, wonach sie ihr Produkt ab Lager verfügbar habe, ergebe sich, dass diese ihr Standardprodukt eingereicht und höchstens geringfügige Anpassungen an diesem vorgenommen habe. Der tiefe Offertpreis der weiteren Angebote weise ebenfalls darauf hin, dass sich jene Anbieterinnen nicht eingehend mit dem individuellen Anforderungskatalog der Vergabestelle auseinandergesetzt, sondern bloss ein Standardmodell eingereicht hätten.

3.2 Die Vergabestelle vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass sie im Lastenheft die für die Spezifikation der Brandschutzbekleidung zwingenden Anforderungen formuliert habe. Entscheidend sei diesbezüglich, dass die Anbieterinnen im Sinne einer allgemeinen Teilnahmebedingung in Selbstdeklaration hätten bestätigen müssen, dass sie die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten MUSS-Kriterien erfüllen würden. Alle Anbietenden, auch die Rekurrentin, hätten eine solche Bestätigung abgegeben, und damit seien die zwingenden MUSS-Kriterien ■ es handle sich nicht um Eignungskriterien ■ erfüllt. Davon zu unterscheiden sei die Abgabe von Mustern, welche im Hinblick auf den Tragetest erforderlich gewesen seien. Sinn und Zweck davon sei, die Produkte im Hinblick auf die Zuschlagskriterien prüfen zu können. Hierfür hätten alle Anbieterinnen individuell angepasste Tragmuster eingereicht. Es sei aber nicht erforderlich gewesen, dass diese Tragmuster bereits alle MUSS-Kriterien für das zu beschaffende Produkt hätten erfüllen müssen. Vielmehr sei entscheidend, dass alle Anbieterinnen die Umsetzung aller MUSS-Kriterien verbindlich zugesagt hätten. Dass gewisse untergeordnete Anforderungen noch nicht in die Tragmuster eingearbeitet worden seien, habe keinerlei Bedeutung und führe nicht zur Folgerung, die Anbieterinnen würden MUSS-Kriterien nicht erfüllen.

3.3 Die Rekurrentin bemängelt die von der Vergabestelle gewählte Verfahrensart des Einladungsverfahrens ebensowenig wie die Ausschreibungsunterlagen. Zur Offertstellung wurden neben der Rekurrentin noch vier andere Anbieterinnen eingeladen. Den Eingeladenen wurden die Ausschreibungsunterlagen zugestellt, welche unter anderem allgemeine Teilnahmebedingungen (ATB) enthalten. In der Ausschreibung heisst es unter Ziff. 1.7: ■ Die Erfüllung der allgemeinen Teilnahmebedingungen ist Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren. Sie müssen spätestens vor der Auftragsvergabe erbracht werden und stellen erweiterte, für dieses Projekt zwingend zu erfüllende Kriterien dar. Die Teilnahmebedingungen werden insgesamt als ■ erfüllt ■ respektive ■ nicht erfüllt ■ bewertet. Werden die Nachweise nur teilweise und/oder unzureichend erbracht, führt dies zum Ausschluss vom Verfahren. ■ Als solche Teilnahmebedingungen werden insgesamt 13 Punkte formuliert, darunter ■ ATB 9: Mindestanforderungen (MUSS-Kriterien) ■. Der Anhang zu den Teilnahmebedingungen enthält ein Dokument ■ Anforderungen Brandschutzausrüstung ■ im Umfang von zwei A4 Seiten, welches gemäss den Ausschreibungsunterlagen vom Anbieter auszufüllen ist. Dieses Dokument enthält knapp

50 detaillierte Anforderungen, bei welchen jeweils angegeben ist, ob es sich um ein MUSS- oder ein SOLL-Kriterium handelt. Diese Anforderungen finden sich analog auch im Lastenheft, welches den Eingeladenen ebenfalls abgegeben wurde. Ziffer 10.1 des Lastenhefts bestimmt als ■allgemeine Hinweise zum Angebot■, dass die Angebote dem Ausschreibungsverfahren angepasst an die entsprechende Stelle einzureichen und dass sechs neue Musterjacken (in diversen Grössen) mitzuliefern seien. Diese würden zum Testen benötigt. Auf Anfrage der Rekurrentin bei der Vergabestelle hin wurden die geforderten Grössen angegeben.

3.4Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen der zu beschaffenden Ware ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat. Lehre und Rechtsprechung sprechen insoweit von trotz Vergaberecht ■gesicherten Handlungsspielräumen■. Dabei ist es auch zulässig, dass die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung sogenannte MUSS-Kriterien festlegt (vgl. BVGE B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen). Bei solchen MUSS-Kriterien, mit welchen die zwingend zu erfüllenden Anforderungen an das zu liefernde Produkt festgehalten werden, handelt es sich nicht um eigentliche Eignungskriterien im Sinne von § 7 BeschG, da damit nicht die fachliche Qualifikation oder die Leistungsfähigkeit der Auftraggebenden nachgewiesen werden soll (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 582). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen führt aber die Nichteinhaltung der geforderten MUSS-Kriterien zum Ausschluss vom Verfahren. Damit werden die MUSS-Kriterien im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt (vgl. § 8 Abs. 1 lit. c BeschG).

3.5Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 1 Abs. 1 lit. a und d, §

E. 9

Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Dies muss auch für die vorliegend fraglichen MUSS-Kriterien gelten. Soweit in der Evaluation Versuche mit Mustern zur Qualitätsprüfung unternommen werden sollen, sind solche Abläufe ebenfalls vorgängig bekanntzugeben. Im vorliegenden Fall hat die Beschaffungsstelle einerseits von den Anbietern eine Selbstdeklaration verlangt, womit sie bestätigen sollen, die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten MUSS-Kriterien zu erfüllen. Gleichzeitig wurde bekannt gegeben, dass Musterjacken mitzuliefern seien, welche zum Testen benötigt würden. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht indessen nicht hervor, dass kumulativ zur Selbstdeklaration auch noch mittels dieser Muster-jacken der Nachweis geführt werden müsste, dass die MUSS-Kriterien erfüllt werden. Die Vergabestelle weist daher zu Recht darauf hin, dass es mit dem Transparenzgebot nicht vereinbar wäre, eine Anbieterin vom Verfahren auszuschliessen, falls ein von ihr eingereichtes Mustermodell eines oder mehrere MUSS-Kriterien nicht erfüllen sollte. Die von den Anbietenden einzureichenden Muster mussten allein für die Prüfung der Zuschlagskriterien geeignet sein, namentlich für die Tragetests. Die bei den Tragetests zu beantwortenden Fragen beziehen sich denn auch gemäss Ziff. 8.1 des Lastenhefts auf Komfort und Beweglichkeit (10 %), Schnitt (Verarbeitung, Design und Serviceöffnungen) (10 %), Dichtheit (Wasser / Brandgase) (10 %) und Zugang zu Einsatzmitteln (10 %), nicht aber auf die Vollständigkeit der als

MUSS-Kriterien definierten Spezifikationen. Aus der vorliegenden Dokumentation der Tests geht klar hervor, dass diese zu einem aussagekräftigen Ergebnis geführt haben. Dass sich der jeweilige Offertpreis demgegenüber auf die zu beschaffende Ware inklusive aller als MUSS-Kriterien formulierter Spezifikationen bezieht, also entgegen der von der Rekurrentin vertretenen Auffassung nicht auf die zwecks Tragetests einzureichenden und gegebenenfalls insoweit nicht ganz vollständigen Muster, versteht sich dabei von selbst. Anzufügen bleibt, dass sich die geforderte Selbstdeklaration auch erübrigen würde, wenn bereits in die Tragmuster ausnahmslos sämtliche Spezifikationen im Sinne der MUSS-Kriterien eingearbeitet sein müssten.

3.6 Gegen ein solches Verständnis der Ausschreibungsunterlagen spricht auch nicht, dass die Vergabestelle eine Anbieterin wegen der Lieferung eines für die Testung nicht geeigneten Mustermodells vom Verfahren ausgeschlossen hat. Abgesehen davon, dass die vom Ausschluss betroffene Anbieterin nicht dagegen rekurriert hat und das Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin insoweit fraglich erscheint, weist die Vergabestelle zu Recht darauf hin, dass sie mit den nicht der geforderten Grösse entsprechenden Mustern (mittellanger statt des in Anforderung Ziff. 5.1.4.1 geforderten kurzen Schnitts) keine aussagekräftigen Vergleichstests habe durchführen und deshalb die Zuschlagskriterien nicht habe bewerten können. Damit wurde diese Anbieterin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen, obwohl auch sie schriftlich zugesichert hat, die MUSS-Kriterien einzuhalten. Bei den übrigen Tragmustern dagegen kann die Vergabestelle plausibel aufzeigen und anhand der Testdokumentation belegen, dass sie anhand der eingereichten Muster die Tragetestung zur Beurteilung der Zuschlagskriterien hat durchführen können. Zudem kann die Vergabestelle ebenfalls plausibel aufzeigen, dass die von den übrigen Anbietenden eingereichten Muster auch die MUSS-Kriterien im Wesentlichen erfüllen und dass bei gewissen Tragmustern die geforderten Spezifikationen nur in solchen untergeordneten Nebenpunkten noch nicht vorhanden waren, die ohne weiteres in das schlussendlich zu liefernde Produkt eingearbeitet werden können. Die Vergabestelle durfte bei dieser Ausgangslage aufgrund der schriftlichen Zusicherung der Anbietenden von der Erfüllung aller MUSS-Kriterien bei den zu liefernden Produkten ausgehen. Dass sich das Trageerlebnis durch das nachträgliche Einarbeiten von Spezifikationen untergeordneter Art noch entscheidend beeinflussen liesse, wie die Rekurrentin triplicando vorträgt, ist kaum zu erwarten; angesichts der unangefochten gebliebenen Ausgestaltung der Ausschreibung nimmt die Beschaffungsstelle indessen offensichtlich selber gewisse Auswirkungen des späteren Einarbeitens von Spezifikationen in beschränktem Ausmass bewusst in Kauf, was in ihrem Ermessen liegt. Entgegen den Anträgen der Rekurrentin lagen somit keine Gründe vor, welche zu einem Ausschluss der Beigeladenen oder der beiden weiteren Offerentinnen C___ und D___ vom Verfahren hätten führen können.

4.

4.1 Die Rekurrentin rügt weiter, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien mit Noten zwischen 0 ■ 5 die mathematisch ermittelten Durchschnittsnoten teilweise auf Zehntelnoten (Preis), teilweise auf halbe Noten (Tragetest) und teilweise auf ganze Noten (SOLL-Kriterien, Referenzen, Servicelevel) gerundet habe. Die Rundungen hätten sich im vorliegenden Fall durchgehend zu Ungunsten der Rekurrentin ausgewirkt. Die Rekurrentin würde ohne diese Rundungen im Bereich Tragetest ein besseres Ergebnis erzielen als die Zuschlagsempfängerin. Benachteiligt worden sei die Rekurrentin auch bei der Rundung in Bezug auf die Referenzen. Insgesamt

habe die Rekurrentin durch solche ■Rundungsverluste■ 15 Punkte verloren.

4.2 Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass die von der Rekurrentin gewünschten rechnerischen Anpassungen insgesamt zu keiner anderen Rangierung der Anbieterinnen führen würden. Zudem weist sie darauf hin, dass die Rundungen für alle Angebote gleichermassen vorgenommen worden und somit nicht als diskriminierend anzusehen seien. Ob die Anwendung von unterschiedlichen Rundungskoeffizienten für die verschiedenen Kriterien als zulässig zu bezeichnen ist, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Auch ein Zusammenrechnen ohne die gerügten Rundungen bei den Teilbewertungsschritten hätte zu keinem anderen Ergebnis geführt, liegen doch die beigeladene Zuschlagsempfängerin mit 392 Punkten und die drittplatzierte Rekurrentin mit 327.8 Punkten mit einer Differenz von stattlichen 64.2 Punkten auseinander; davon entfallen allein 48.2 Punkte auf den Preisunterschied (Beigeladene: CHF 311'072.-; Rekurrentin: CHF 349'720.- [teuerstes Angebot]). Der Preis ist, wie von der Rekurrentin in Ziff. 17 der Replik anerkannt wird, richtig bewertet worden und dies ist auch korrekt in die Gesamtbewertung eingeflossen.

5.

Schliesslich macht die Rekurrentin geltend, dass die Beschaffungsstelle bei den einzelnen Bewertungen ihr Ermessen überschritten habe. Die einzelnen Vorbringen in der Rekursbegründung werden in der Rekursantwort aber nachvollziehbar widerlegt. Namentlich hat die Beschaffungsstelle mit nachvollziehbarer Begründung aufgezeigt, weshalb bei den in der Ausschreibung vorgesehenen Unterkriterien zum Tragetest jeweils zwei Unterkriterien zusammengefasst wurden. Die Beschaffungsstelle weist zu Recht darauf hin, dass dies nichts daran geändert hat, dass alle Unterkriterien in das Endergebnis eingeflossen sind und dass die Zusammenfassung von je zwei Unterkriterien sich nicht zum Nachteil der Rekurrentin ausgewirkt hat. Dies wird von der Rekurrentin in der Replik auch zu Recht nicht in Frage gestellt. Die Beschaffungsstelle hat ebenfalls nachvollziehbar dargelegt, mit welchem Testverfahren der Waschtest in das Ergebnis eingeflossen ist. Dies ist in keiner Weise zu beanstanden. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin sind auch die Überprüfung der Referenzen und deren Überführung in die Bewertung korrekt vorgenommen worden. Die Beschaffungsstelle hat nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass aussagekräftige und vergleichbare Angaben zu den Referenzaufträgen eingeholt worden sind. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin bestanden kein Anlass und auch keine Berechtigung, die Massstäbe der Referenzpersonen zu glätten. Es ist ferner nicht zu beanstanden, dass die Referenzangaben telefonisch eingeholt wurden, zumal dies so üblich ist, aus den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes hervorgeht und der Inhalt der Gespräche nachvollziehbar protokolliert ist. Für die Forderung der Rekurrentin in der Replik, wonach sich die Vergabestelle neben der Einholung von Referenzangaben ■auch noch aus eigener Anschauung ein Bild über die Referenzaufträge■ hätte machen sollen und anschliessend eine ■objektive Bewertung nach einheitlichen Massstäben■ hätte erstellen müssen, fehlt jegliche Grundlage. Die Prüfung der Referenzen anhand der jeweils von den Anbieterinnen angegebenen Auskunftspersonen entspricht den Ausschreibungsbedingungen, welche von der Rekurrentin nicht angefochten wurden (vgl. Formular: Unternehmensangaben Einladungsverfahren Brandschutzbekleidung Berufsfeuerwehr Basel-Stadt, S. 9).

6.

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Rekurrentin die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'000.00 zu tragen.

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