

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.104 vom 16. Dezember 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2019.104](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.104)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.104 du 16 décembre 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.104 del 16 dicembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Ausschreibung des Universitätsspitals Basel vom 1. Juni 2019 betreffend die Beschaffung der Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung). Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB, SG 914.500) ist gegen Verfügungen des Auftraggebers eines öffentlichen Auftrags die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig, welche endgültig entscheidet. Rechtsmittelinstanz ist nach baselstädtischem Recht gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen vom 20. Mai 1999 (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) das Verwaltungsgericht. Auch wenn § 31 BeschG die Ausschreibung als Anfechtungsobjekt nicht explizit erwähnt, ergibt sich deren Anfechtbarkeit doch aus den Bestimmungen der IVöB sowie aus § 31 lit. a BeschG, welcher vorsieht, dass gegen "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt" Rekurs erhoben werden kann.

Die Rekurrentin beanstandet einerseits offengelegte Informationen in den Ausschreibungsunterlagen und andererseits eine unzulässige technische Spezifikation mit der Verwendung der Markenbezeichnung in der Ausschreibung selbst. 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.; VGE VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 4.4.3, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2 m.w.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, 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). Folglich liegt mit der Ausschreibung ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor. Die Verfahrensökonomie gebietet es zudem, im Rahmen des Rekurses gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, die zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1). Dies ist vorliegend der Fall, weshalb auch auf die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen einzugehen ist.

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]). Bei der Anfechtung einer Ausschreibung ist als Rekurslegitimation im Sinne der Betroffenheit mit Blick auf § 31 BeschG grundsätzlich zu verlangen, dass die rekurrierende Partei als Anbieterin für die

Ausschreibung tatsächlich in Frage kommt und somit in der Regel auf dem betreffenden Markt bereits tätig sein sollte (vgl. VGE VD.2019.77 und VD.2019.82 vom 25. September 2019 E. 1.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1311). Diese Voraussetzung erfüllt die Rekurrentin als Anbieterin von Reinigungsmopps und deren Aufbereitung. Zudem ist die Rekurrentin die aktuelle Erbringerin der ausgeschriebenen Dienstleistung und führt aus, zu beabsichtigen, im streitigen Ausschreibungsverfahren mitzubieten, um den Auftrag weiterhin ausführen zu können. Sie ist damit zur Rekurshebung legitimiert.

Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Demnach ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

1.4 Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und schriftlich auf die Rekursantwort der Vergabebehörde repliziert. Sie hat damit implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auch wenn ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, kann daher das vorliegende Urteil auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 N. 90; VGE VD.2015.158 vom 30. November 2015 E. 1.3; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

## **E. 2**

2.1 Die Rekurrentin beantragt den Abbruch des Vergabeverfahrens. Sie rügt, die Rekursgegnerin habe in der auf der Ausschreibungsplattform Simap publizierten Ausschreibung in unzulässiger Weise Daten der Rekurrentin veröffentlicht. Es handle sich dabei um eine Kopie des Originalschreibens der Rekurrentin an die Vergabestelle vom 12. September 2018, worin der infolge Vertragsbeendigung per 31. Oktober 2019 fällig werdende Rückkaufswert der Mopps von CHF 72'953.85 exkl. MWST sowie die Anzahl der im Umlauf befindlichen Mopps von 13'392 Stück genannt werden. Neben dem Rückkaufswert und der Anzahl der Mopps im Umlauf habe die Rekursgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen den Namen der bisherigen, aktuellen Anbieterin der Dienstleistung Wischmopps, d.h. den Namen der Rekurrentin, die ausstehende Laufzeit der Mopps von zwei Jahren sowie die Marke der Mopps (Typ "Y\_\_\_\_") offenbart. Diese Daten seien Geschäftsgeheimnisse, deren Offenlegung im Ausschreibungsverfahren eine Verletzung der vertraglichen Pflichten der Rekursgegnerin sowie eine Verletzung von datenschutzrechtlichen Bestimmungen darstelle. Dieses Verhalten verstosse zudem gegen die Regeln des Beschaffungsrechts, da mithilfe der genannten Daten jeder, der via Simap auf die Ausschreibungsunterlagen zugreifen könne, wesentliche Rückschlüsse auf die Preiskalkulation der bisherigen Anbieterin und neuen Mitbewerberin ziehen und sein Angebot darauf abstimmen könne. Durch die Bekanntgabe werde somit die Beschwerdeführerin diskriminiert und ein wirksamer Wettbewerb unterbunden.

Aufgrund der Intervention der Rekurrentin am 5. Juni 2019 habe die Rekursgegnerin das Schreiben der Rekurrentin als solches aus den Unterlagen zwar gelöscht, jedoch die Löschung der Daten Rückkaufswert, Anzahl, Laufzeit und Marke der Mopps abgelehnt. Eine Weiterführung des Verfahrens trotz der Publikation und anschliessender Entfernung von Ausschreibungsunterlagen verletze die beschaffungsrechtlichen Gebote der Neutralität und Transparenz. Auch aus diesem Grund sei das Verfahren abzubrechen.

2.2 Die Rekursgegnerin macht dagegen geltend, dass weder die relative Unbekanntheit noch das Geheimhaltungsinteresse noch der Geheimhaltungswille bezüglich der Daten belegt seien. Zudem würden die Daten nicht den kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Bereich der Rekurrentin betreffen und hätten auch nicht das Potenzial, das Ergebnis wirtschaftlicher Vorgänge zu beeinflussen. Der Rekursgegnerin sei im Schreiben vom 12. September 2018 einzig der Restwert der Mopps per 31. Oktober 2019 mitgeteilt worden, nicht aber die dahinterstehende Kalkulationsmatrix, die zu diesem Betrag geführt hätte, oder andere Informationen. Weiter lasse sich weder aus dem Rahmenvertrag zwischen dem Universitätsspital und der Rekurrentin noch aus dem Dokument "Geschäftspartner USB ■ Grundregeln" eine Geheimhaltungsverpflichtung der Rekursgegnerin ableiten. Der Umstand, dass der Zuschlagsempfänger bereit sein müsse, das noch vorhandene Volumen an Mopps zum Restwert zu übernehmen, sei indes ein Kernelement der angefochtenen Ausschreibung. Diese Information sei aus Gleichberechtigungsgründen allen potenziellen Anbietern offenzulegen. Inzwischen habe das Universitätsspital aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit mit der Rekurrentin das Schreiben vom Server entfernt. Bis zu diesem Zeitpunkt habe niemand der anderen Anbieter das fragliche Dokument gesehen. Nach der Entfernung des Schreibens vom 12. September 2018 sowie der Neutralisierung der Ausschreibungsunterlagen sei kein Bezug mehr zur Rekurrentin herstellbar. Insgesamt sei kein Grund ersichtlich, das Verfahren abzubrechen.

2.3 § 29 Abs. 1 BeschG sieht vor, dass das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen, wiederholt oder neu aufgelegt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde, wesentlich geändert haben (lit. b) oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (lit. c). Diese Aufzählung der gesetzlich vorgesehenen Abbruchgründe ist allerdings nicht abschliessend (VGE VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1, 620/2004 vom 16. August 2004 E. 3c, VGE 699/2004 vom 15. Juni 2005 E. 2.2; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, S. 45; Zellweger/Wirz, a.a.O., S. 604 f.). Der Abbruch ist vielmehr immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199; Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784 [nachfolgend Überlegungen]; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 798). Einen weiteren Grund für den Abbruch eines Vergabeverfahrens bilden ursprüngliche Fehler der Ausschreibung, die von einem derartigen Gewicht sind, dass sie eine rechtmässige Zuschlagserteilung geradezu ausschliessen (Beyeler, Überlegungen, S. 788; Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren ■ Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Stöckli/Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 287 ff., 289 N 8; Suter, a.a.O., N 182 ff., insb. 184, 256 und 264; vgl. VGE VD.2017.215 vom 7. März 2018 E. 2.2.1). Insgesamt ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Verfahrensabbruch nicht leichthin anzunehmen.

2.4 Die Rekurrentin erachtet die gerügte Geheimnisverletzung in den Ausschreibungsunterlagen als wichtigen Grund, der zum Verfahrensabbruch führen müsse. Dabei ist zunächst bereits fraglich, ob die Rekursgegnerin vertrauliche Geschäftsdaten der Rekurrentin offengelegt und dabei gegen eine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht verstossen hat. Die von der Rekurrentin eingereichten Unterlagen belegen einzig eine vertragliche Geheimhaltungspflicht der Rekurrentin selbst. Im Rahmenvertrag zwischen dem USB und der Rechtsvorgängerin der Rekurrentin wird Letztere zum Stillschweigen bezüglich aller ihr während ihrer Tätigkeit im USB gemachten Wahrnehmungen über betriebliche, organisatorische und technische Einrichtungen verpflichtet (act. 3/10 S. 2). Auch die "Grundregeln" (act. 3/11) verpflichten nur den unterzeichnenden Geschäftspartner, also die Rekurrentin. Es ist darüber hinaus auch keine gesetzliche Geheimhaltungspflicht erkennbar, die den Rückkaufswert der Bodenmopps aus dem früheren Vertrag der Rekurrentin schützen würde, auch wenn sich daraus laut den Angaben der Rekurrentin der Neuwert der Mopps berechnen lassen würde. Gemäss § 27 Abs. 2 lit. b und c BeschG können die Beteiligten einer Submission verlangen, dass ihnen eröffnet wird, wer die Zuschlagsempfängerin ist und zu welchem Preis der Auftrag vergeben worden ist, soweit es sich nicht schon aus der Eröffnung des Zuschlags ergibt. Somit hätten die Konkurrenten bei der früheren Vergabe des Auftrags die entsprechenden Informationen bereits in Erfahrung bringen können. Der in § 9 lit. f BeschG vorgesehene Schutz der Vertraulichkeit der Unterlagen von Konkurrenten, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, gilt denn auch nicht für die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen (VGE VD.2017.2011 vom 4. Juli 2018 E. 2.1.2). Nachdem die Rekursgegnerin das strittige Schreiben vom Server entfernt und die Ausschreibungsunterlagen anonymisiert hat, sind darin auch keine Personendaten mehr vorhanden, die vom Informations- und Datenschutzgesetz geschützt sind (vgl. Rudin, Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), Zürich 2014, § 3 N 30). Abgesehen davon wäre in einer Geheimhaltungspflichtverletzung an sich noch kein Grund für einen Verfahrensabbruch ersichtlich. Das im vorliegenden Verfahren relevante rechtlich geschützte Interesse der Anbieterin beschränkt sich vielmehr auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Regeln durch die Auftraggeberin (Stöckli, BR 2003 S. 66, 67). Für den Abbruch des Verfahrens müsste daher die Verletzung einer submissionsrechtlichen Vorschrift nachgewiesen werden.

## **E. 2.5**

2.5.1 Zu prüfen ist folglich, ob die Ausschreibungsbedingungen beschaffungsrechtlich zu beanstanden sind. In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben (BGer 2D\_36/2016 vom 27. März 2018 E. 2.3.1). Sowohl Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB als auch § 9 lit. a BeschG verlangen, dass das Submissionsverfahren transparent gestaltet wird, damit unter den Anbietern ein wirksamer Wettbewerb stattfinden kann. Anbietende dürfen in keiner Phase des Verfahrens diskriminiert werden (§ 9 lit. b BeschG). Dadurch sollen der wirtschaftliche Einsatz öffentlicher Mittel sowie ein faires, wettbewerbsneutrales Verfahren gewährleistet werden. Das Transparenzprinzip sowie das Gleichbehandlungsgebot bezwecken, die Gefahr von Missbräuchen und Manipulationen von Seiten des Auftraggebers zu bannen (BGE 125 II 86 E. 7c S. 100 ff.; VGE VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 2.3.2). Die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens hat diesen Grundsätzen zu entsprechen.

2.5.2 In den strittigen Ausschreibungsunterlagen ist als Muss-Kriterium vorgesehen, dass der Anbieter bereit ist, den Restwert der bestehenden Bodenmopps Typ "Y\_\_\_\_" mit Kletttrücker vollumfänglich zu übernehmen, vorbehaltlich des Rückkaufs durch das USB selbst. Der Restwert per 31. Oktober 2019 für 13'392 Stück Bodenmopp betrage CHF 72'953.85 exkl. MWST. Damit verlangt die Rekursgegnerin, dass der Zuschlagsempfänger sein Einverständnis zur Übernahme des noch vorhandenen Volumens an Mopps gibt. Beschaffungsrechtlich ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine Ausschreibung mit der Verpflichtung, ein Rechtsgeschäft ■ vorliegend ein Kaufgeschäft ■ eingehen zu müssen, verbunden wird (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern in LGVE 2005 II Nr. 5 E. 4b/aa). Die Beschaffungsstelle ist frei, das Beschaffungsvorhaben zu umschreiben und die Berücksichtigung eines Angebots von der Erfüllung von Bedingungen oder Beachtung von Auflagen abhängig zu machen. Diesen Gestaltungsspielraum überschreitet eine Vergabestelle nur dann, wenn mit den gestellten Anforderungen die massgebenden Grundsätze des Beschaffungsrechts, namentlich das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot, missachtet werden.

2.5.3 Im vorliegenden Fall sehen sich alle potenziellen Anbieter gleichermassen mit der Verpflichtung konfrontiert, die vorhandenen Bodenmopps zum genannten Preis zu übernehmen. Es ist Sache der Vergabebehörde, die Modalitäten der Ausschreibung zu bestimmen, weshalb sie auch die Übernahme des Arbeitsmaterials und den Übernahmepreis nach ihren Bedürfnissen festsetzen kann (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern in LGVE 2005 II Nr. 5 E. 4b/bb). Es ist für die Vergabestelle zentral, dass die vorhandenen Mopps zum Restwert übernommen werden. Dieses Vorgehen kann sich auch auf das Ziel des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln stützen, welches neben dem Anliegen der Gleichbehandlung der Anbietenden ebenfalls zu beachten ist. Da die Bedingung alle möglichen Anbieter der Leistung und somit auch die bisherige Auftragnehmerin betrifft, liegt keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor. Vielmehr bedarf es der Angabe des Restwerts gegenüber den potentiellen Anbietern, damit sie alle ■ und nicht nur die Rekurrentin ■ den Übernahmepreis in ihre Kalkulation einbeziehen können. Den Konkurrenten werden allerdings keine Informationen über die Preisgestaltung der Rekurrentin im laufenden Beschaffungsverfahren mitgeteilt. Es ist damit nicht ersichtlich, dass die Rekurrentin diskriminiert würde.

Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist auch nicht erkennbar, inwiefern durch die Bekanntgabe des bisherigen Anbieters der Bodenmopps sowie des Restkaufwerts der Wettbewerb verfälscht werden soll. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass dadurch die Einreichung eines sinnvollen Angebots verunmöglicht wird bzw. die Anbieter angemessene Offerten zu unterbreiten nicht mehr imstande sind. Selbst wenn die Angaben Rückschlüsse auf den von der Rekurrentin im vorherigen Vertragsverhältnis angebotenen Stückpreis der Bodenmopps zulassen würde, ist damit noch nichts über den Preis der Aufbereitung der Mopps gesagt, worauf nach Angaben der Rekursgegnerin der Hauptfokus des Vergabeverfahrens liegt. Ein wirksamer Wettbewerb ist damit durchaus möglich.

2.5.4 Soweit die Rekurrentin vorbringt, eine Weiterführung des Verfahrens trotz der Publikation und anschliessender Entfernung von Ausschreibungsunterlagen und trotz bilateralen Verhandlungen über den Abbruch des Verfahrens, ohne Information an alle Mitbewerber, verletze die Gebote der Neutralität und der Transparenz, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist nicht per se unzulässig, mit einem Anbieter bilateral in Kontakt zu treten, etwa für Rückfragen, solange keine verbotenen Preisverhandlungen getätigt werden

(vgl. § 25 BeschG). Es bestehen hier keine Anhaltspunkte, dass die Vergabebehörde das Submissionsverfahren nicht unabhängig und unvoreingenommen durchführen könnte.

2.6 Insgesamt liegt damit mit der Offenlegung der strittigen Informationen kein wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch bzw. eine Aufhebung der Ausschreibung vor.

### **E. 3**

3.1 Weiter rügt die Rekurrentin, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung ausschliesslich den Bodenmopp der Marke "X\_\_\_\_" für die ausgeschriebene Leistung verlange. Damit verwerde sie eine unzulässige technische Spezifikation, womit das Produkt der Mopps komplett dem Wettbewerb entzogen werde. Die Rekursgegnerin führt dagegen aus, dass von ihr durchgeführte Tests ergeben hätten, dass die Produkte von "X\_\_\_\_" den hohen hygienischen Anforderungen am besten entsprechen würden. Der Entscheid für ein bestimmtes Produkt aus hygienischen Gründen sei als Ausfluss der Therapiefreiheit eines Spitals zu werten, die den Geltungsbereich des Submissionsrechts begrenze. Zudem würde der Hersteller des Mopps "X\_\_\_\_" (im Gegensatz zu den Mopps der Y\_\_\_\_) keine Vorgabe hinsichtlich der Reinigungsmittel machen, was der Rekursgegnerin eine grössere Flexibilität biete.

3.2 Wie bereits dargelegt fällt die Definition des Vergabegegenstands in den Ermessensbereich der Vergabestelle. Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt aber nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen umschrieben werden. Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung infrage kommen (vgl. VGE VD.2018.228 und VD.2018.230 vom 5. November 2019 E. 3.1; BVGer vom 7. Oktober 2015 B-1570/2015 E. 2.2). Das grundsätzliche Verbot der Verwendung von Marken zur Umschreibung der im konkreten Beschaffungsgeschäft verlangten technischen Spezifikation des Beschaffungsgegenstands ergibt sich damit aus dem Diskriminierungsverbot. Zudem hält Art. VI Ziff. 3 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422) explizit fest, dass Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung, bestimmte Produzenten oder Anbieter verboten sind. Nur wenn es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, darf die Vergabebehörde im Rahmen ihrer Leistungsbeschreibung ausnahmsweise z.B. auf ein Markenprodukt verweisen, muss in diesem Fall aber die Worte "oder gleichwertig" beifügen (vgl. dazu auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 405).

3.3 Gegenstand der Beschaffung ist gemäss Ziff. 2.8 der Ausschreibung die Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung) für den Typ "X\_\_\_\_". Dem Pflichtenheft Mopp-Submission 2019 ist zu entnehmen, dass die Rekursgegnerin ausschliesslich diesen im USB bereits getesteten Bodenmopp in Betracht ziehe (act. 3/4 S. 2). Zwar muss auch die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin bestimmen können, welche Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie etwa bezüglich Hygiene stellt. Anders als ein privater Auftraggeber ist sie aber bei der Festlegung der Anforderungen nicht völlig ungebunden. Durch die vorgenommene genaue Festlegung des Typs des Bodenmopps werden Anbieter, die andere Bodenmopps mit gleichwertigen Spezifikationen anbieten bzw. beziehen können, in unzulässiger Weise vom Wettbewerb

ausgeschlossen. Ansonsten müssten alle potenziellen Anbieter das Produkt beim selben Hersteller einkaufen, was eine attraktive Preisgestaltung faktisch verunmöglicht. Die von der Vergabestelle geltend gemachten Gründe vermögen diese Beschränkung des Wettbewerbs im Rahmen einer als offenes Verfahren ausgestalteten Submission nicht zu rechtfertigen. Sie macht namentlich nicht geltend, dass einzig dieser Typ ihre Anforderungen erfüllen könne und es keine gleichwertigen Produkte gäbe. Die Ausschreibungsunterlagen hätten somit nicht markenbezogen formuliert werden dürfen, sondern neutrale Vorgaben und Bedingungen bezüglich des anzubietenden Produkts enthalten müssen.

In diesem Sinn schlägt die Rekursgegnerin mit ihrem Eventualantrag selbst vor, sie sei anzuweisen, die Ausschreibung dergestalt zu modifizieren, dass die Anbieter neben dem Referenzmopp "X\_\_\_\_" auch qualitativ gleichwertige Produkte verwenden dürfen. Dem ist zu folgen. Ist der Beschaffungsgegenstand in einem wichtigen Punkt zu ändern, folgt aus dem Geboten der Transparenz und der Publizität in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand, dass die Vergabebehörde das laufende Verfahren unterbrechen und es neu beginnen muss, damit neue potenzielle Anbieter die Möglichkeit haben, ein Angebot einzureichen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. Rz. 804). Entsprechend ist die angefochtene Ausschreibung aufzuheben. Eine neue Ausschreibung ist mit einem zusätzlichen Verweis zu ergänzen, dass auch eine andere Marke mit gleichwertigen Spezifikationen zulässig sei. Die Rekursgegnerin hat den Verfahrensabbruch sowie die Verfahrenswiederholung bzw. die Verfahrensneuaufgabe allen Anbietenden schriftlich mitzuteilen (§ 29 Abs. 2 BeschG).

#### **E. 4**

Zusammenfassend erweist sich die Rüge der unzulässigen technischen Spezifikation als begründet. Folglich ist der Rekurs in diesem Punkt gutzuheissen. Die Ausschreibung "Dienstleistung Bodenmopp (Miete und Aufbereitung)" des Universitätsspitals Basel ist aufzuheben und die Sache der Rekursgegnerin zur Neuausschreibung der Beschaffung zurückzuweisen.

Die Rückweisung zu erneuter Entscheidung gilt für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als vollständiges Obsiegen, wenn die infolge der Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Antrags des Rekurrenten führen kann (BGer 2C\_846/2013 vom 28. April 2014 E. 3.2; VGE VD.2017.184 vom 28. März 2019 E. 1.2). Dies ist vorliegend nicht gegeben, da es nicht zu der von der Rekurrentin begehrten Löschung der strittigen Informationen kommt. Demnach ist von einem Obsiegen der Rekurrentin zu 2/3 auszugehen. Entsprechend diesem Verfahrensausgang wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet. Sodann ist der Rekurrentin eine reduzierte Parteientschädigung zulasten der Rekursgegnerin zuzusprechen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Da die Rekurrentin keine Honorarnote ihres Vertreters eingereicht hat, ist dessen angemessener Aufwand praxisgemäss vom Gericht zu schätzen. Dabei ist aufgrund der Eingaben und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen von einem Aufwand von 12 Stunden auszugehen, welcher zum Überwälzungstarif von CHF 250.■ pro Stunde zu entschädigen ist. Unter Einschluss der notwendigen Auslagen und unter Berücksichtigung des Verzichts auf die Erhebung von Verfahrenskosten und der Reduktion der Parteientschädigung führt dies zu einer angemessenen Parteientschädigung von CHF 1'600.■. Weil die Rekurrentin im UID-Register als Mehrwertsteuerpflichtig aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie

die von ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen. Aus diesem Grund wird die Parteienschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen (vgl. VGE VD.2018.236 vom 10. Mai 2019 E. 3.2).

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