

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.192 vom 12. Mai 2021

BS Appellationsgericht, 2021-05-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.192

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.192 du 12 mai 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.192 del 12 maggio 2021

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 u.a. gegen den Entscheid über den Ausschluss vom Vergabeverfahren oder den Entscheid über den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes). Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält.

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 VRPG). Der ausgeschlossene oder unterlegene Anbieter ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, bei Gutheissung seiner Anträge den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2021.5 vom 8. April 2021 E. 1.3, VD.2019.241 vom 16. Juni 2020 E. 1.2; jeweils mit Hinweisen). Die Rekurrentin hat als Zweitplatzierte in der vorliegenden Ausschreibung ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids. Sie ist somit zum Rekurs legitimiert. Der Rekurs ist innerhalb der zehntägigen Rekursfrist gemäss § 30 Abs. 1 BeschG und damit fristgerecht erhoben worden. Auf diesen ist einzutreten.

1.3 Im Folgenden ist gemäss § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt richtig festgestellt, das öffentliche Recht richtig angewendet, von ihrem Ermessen zulässigen Gebrauch gemacht oder nicht 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 [IVöB, SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2021.5 vom 8. April 2021 E. 1.4).

E. 1.3

der technischen Anforderungen, Pflichtenheft). Dass die Messungen von Sauerstoff- und Kohlenstoffisotopenverhältnissen an Karbonaten mit Probenmengen zwischen ca. 80 und 500 µg vorgenommen würden und dass daher Präzisionsanforderungen für diese Messungen gelten, geht bereits aus der Umschreibung des Lieferumfangs in Ziff. 5.1 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen hervor. Dieselben Angaben sind dann auch in Ziffer 1.3 des Pflichtenhefts explizit aufgeführt. Die Rekurrentin macht in ihrer Rekursbegründung geltend, dass sie aus langjähriger Erfahrung wisse, dass die meisten von ihr angebotenen IRMS die strengeren, von der Vergabestelle geforderten Anforderungen an die Präzision bereits heute und ohne weitere Anpassung erfüllen würden. Aus den letzten

Testergebnissen der von ihr für anderen Kunden ausgelieferten Messgeräte ergebe sich, dass zahlreiche Geräte präziser als 0,1 ■ gewesen wären und somit in Erfüllung der Spezifikationen der Vergabestelle hätten geliefert werden können. Mit der zutreffenden Feststellung der Universität ergibt sich daraus eben auch, dass andere Geräte desselben Typs den von der Universität geforderten Präzisionsgrad nicht erreichen. Mit einer blossen Testung des Geräts mit einer Probengrösse von 100 µg kann die in der Ausschreibung geforderte Präzision bei einem Probengewicht von ca. 80-500 µg nicht umfassend gewährleistet werden. Es ist damit nicht zu beanstanden, dass die Rekurrentin bei der Beurteilung der Offerte resp. der darin enthaltenen Angaben zum Schluss gekommen ist, dass die Rekurrentin die geforderte Präzision für Probengewichte im geforderten Spektrum von ca. 80-500 µg nicht gewährleisten könne. Daran ändert nichts, dass die Rekurrentin die entsprechende Spalte auf dem Pflichtenheft mit «Ja» ausgefüllt hat. Aus den vorgenannten Angaben zur erforderlichen resp. angebotenen Testung des für die Auslieferung vorgesehenen Geräts und den Angaben zur ordentlichen Präzision dieser Geräte geht hervor, dass diese geforderte Präzision im angegebenen Messspektrum nicht sichergestellt ist. Die Rekurrentin behauptet zwar in ihrer Eingabe vom 8. März 2021, dass die Präzision jedes einzelnen ausgelieferten IRMS-Messgeräts durch Tests zuverlässig und abschliessend bestimmt werden könne. Diese Tests würden zum Routineablauf eines Herstellers von Messgeräten wie der Rekurrentin gehören und auch bei der Zuschlagsempfängerin standardmässig durchgeführt. Damit weist die Rekurrentin aber nicht substantiiert nach, dass mit den in der Offerte vorgesehenen Tests mit einer Probengrösse von 100 µg tatsächlich die von der Universität geforderte generelle Messpräzision bei verschiedenen Probengrössen (vgl. Pflichtenheft, Ziffer 1.3: Probengewicht ca. 80-500 µg; ebenso Allgemeine Ausschreibungsunterlagen, Ziffer 5.1) gewährleistet ist. Die Rekurrentin vermag auch nicht aufzuzeigen, inwiefern diese Gewährleistung bei der Lieferung eines anderen Gerätes oder einer Nachkonfiguration eines individuellen IRMS-Geräts sichergestellt werden kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Universität, welche eine Überprüfung der Offerte durch entsprechende Fachpersonen vorgenommen hat, zum Ergebnis gelangt ist, dass die technischen Anforderungen in diesem Bereich nicht erfüllt sind. Diese Schlussfolgerung ist vielmehr sachlich begründet. Vorliegend hat die Vergabestelle bereits in der Ausschreibung zum Ausdruck gebracht, dass die Sicherstellung der Messgenauigkeit von weniger als 0,1 ■ an Karbonaten zwischen ca. 80 und 500 µg ein zentrales Anliegen darstellt. Da es sich hier um ein hochsensibles Gerät für einen Bereich der universitären Forschung handelt, bei welchem die Präzision und Stabilität der Messergebnisse nachweislich von grosser Bedeutung ist, kommt der Einschätzung der fachlich versierten Bedarfsstelle eine besondere Bedeutung zu. Unter Berücksichtigung des erwähnten Ermessensspielraums der Beschaffungsstelle bei der Beurteilung der Einhaltung der Eignungskriterien resp. der ihr gleichgestellten Muss-Kriterien ist nicht zu beanstanden, dass diese in der angefochtenen Verfügung festgehalten hat, dass das Kriterium 1.3 des Pflichtenhefts als nicht erfüllt angesehen werden müsse. Die Universität hat mit Rekursantwort zu Recht darauf hingewiesen, dass die von der Universität festgestellte Nichterfüllung eines Muss-Kriteriums gemäss den verbindlichen Angaben in der Ausschreibung grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots der Rekurrentin führen muss (vgl. dazu Ziffer 6 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen: «Die Technischen Anforderungen [Pflichtenheft] sind must-criteria»; resp. Ziffer 6.2: «Alle technischen Anforderungen des Pflichtenhefts müssen mit JA beantwortet werden können [must-criteria], sonst ist das Pflichtenheft nicht erfüllt und die Offerte ist nicht vollständig»;

vgl. zum Erfordernis der Vollständigkeit Ziffer 4.2). Daran ändert nichts, dass die Universität dennoch eine Bewertung der Zuschlagskriterien vorgenommen hat.

2.2.7 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist sodann auch nicht erkennbar, dass ein Ausschluss der Rekurrentin aufgrund der fehlenden Erfüllung aller Muss-Kriterien den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung vielmehr deutlich darauf hingewiesen, dass die verlangte Messgenauigkeit des zu beschaffenden Messgeräts für die effiziente und qualitativ hochstehende universitäre Forschung von zentraler Bedeutung sei. Dies wird von der Rekurrentin auch in ihrer Replik nicht grundsätzlich infrage gestellt. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Universität bei der Festlegung und Anwendung dieser Kriterien einen strengen Massstabs angewandt hat. Dies war für die Rekurrentin ebenso wie für die anderen Anbietenden aufgrund der Ausgestaltung der Ausschreibung erkennbar und somit auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist auch nicht erkennbar, dass mit den geforderten Messgenauigkeiten der Wettbewerb in unzulässiger Weise behindert oder gar ausgeschlossen wird. Die Rekurrentin vermag insbesondere nicht aufzuzeigen, dass lediglich die Beigeladene in der Lage wäre, ein IRMS mit Gewährleistungen der erforderlichen Messpräzision im angegebenen Probenbereich anzubieten. Eine solche Schlussfolgerung kann auch nicht aus der Tatsache abgeleitet werden, dass vorliegend lediglich zwei Offerten eingereicht wurden. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist ein qualifizierter Ermessensfehler nicht erkennbar. Bereits aufgrund der Nichterfüllung dieses Muss-Kriteriums muss der Rekurs gegen die angefochtene Verfügung abgewiesen werden.

2.3 Die Rekurrentin rügt weiter, dass es unzulässig sei, die geforderte Präzision einerseits als faktisches Eignungskriterium («must criteria») aufzuführen und die Präzision gleichzeitig bei den Zuschlagskriterien zu bewerten. Der Rekurrentin sei daher beim Zuschlagskriterium

E. 2.1

2.1.1 Die Universität hat in der erweiterten Begründung ihres Zuschlagsentscheids ausgeführt, dass die drei in der Ausschreibung geforderten Eignungskriterien von beiden Anbietenden erfüllt worden seien. Weiter hätte die Ausschreibung im Pflichtenheft unter Kapitel 6.2 technische Mindestanforderungen definiert. Das Angebot der Beigeladenen habe sämtliche der technischen Mindestanforderungen erfüllt. Demgegenüber habe das Angebot der Rekurrentin lediglich 15 der 16 Kriterien erfüllt. Das Kriterium

E. 2.1.3

die maximale Punktzahl von 15 Punkten zu erteilen. Dem kann nicht gefolgt werden. In der Ausschreibung wurde transparent und verbindlich festgelegt, dass bei den Zuschlagskriterien technische Anforderungen mit 70 % bewertet würden. Dazu wurde ausgeführt, dass diejenigen Spezifikationen, Funktionen und Leistungen bewertet würden, welche die in der Ausschreibung (Pflichtenheft) definierten technischen Mindestanforderungen übertreffen würden (Allgemeine Ausschreibungsunterlagen, Ziffer 6.3, Zuschlagskriterien). Die an diese Vorgabe anschliessend aufgeführte Scala für die Zuschlagskriterien (ohne Preiskriterium) ist somit als Ausführung zu diesem Grundsatz zu verstehen. In Teil C Anhang 3 wurde in der Ausschreibung transparent und verbindlich festgelegt, dass bei der Erfüllung der technischen Spezifikationen in Bezug auf hohe Empfindlichkeit und exzellente Linearität jeweils maximal 5 Punkte und beim Kriterium der Messungen von mindestens 60 Proben pro Tag (inklusive automatisierte

Probenaufbereitung, Messung mit Präzision von $< 0,1$ (■) maximal 15 Punkte zu erreichen waren. Die Bewertung dieser Zuschlagskriterien ergab sich somit aus der von der Rekurrentin nicht angefochtenen Ausschreibung. Die erst im Zeitpunkt der Anfechtung der Ausschluss- resp. Zuschlagsverfügung dagegen erhobenen Rügen erweisen sich daher als verspätet. Sie erweisen sich überdies auch inhaltlich als unzutreffend. Es ist vergaberechtlich zulässig, bei den Zuschlagskriterien die Erfüllung von technischen Spezifikationen, welche über die Mindestanforderungen der Muss-Kriterien hinausgehen, zu berücksichtigen. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Vergabestelle in dem ihr zustehenden Ermessen zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, dass das Produkt der Rekurrentin die erforderliche Messgenauigkeit nicht erreicht. Es ist daher auch nicht zu beanstanden, dass die Rekurrentin beim entsprechenden Zuschlagskriterium keine Punkte erhalten hat. Die Universität konnte in der Rekursantwort zudem darlegen, dass die Beigeladene demgegenüber ein Gerät offeriert hat, welches die vorausgesetzten Mindestanforderungen betreffend Messgenauigkeit bei Einhaltung der quantitativen Anforderungen übertraf. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beigeladenen bei diesem Zuschlagskriterium die volle Punktezahl zuerkannt wurde. Es ist bei diesem Zuschlagskriterium somit kein Ermessensfehler erkennbar.

2.4 Von der Rekurrentin wurde im Rekurs weiter die unterschiedliche Bewertung ihres Produkts im Vergleich zu demjenigen der Beigeladenen bei den Unterkriterien 2.1.1 (hohe Empfindlichkeit; Rekurrentin: 4 Punkte; Beigeladene: 5 Punkte) und 2.1.2 (exzellente Linearität; Rekurrentin: 2 Punkte; Beigeladene: 2 Punkte) gerügt. An dieser Rüge wird in der Replik nicht mehr festgehalten. Vielmehr wird anerkannt, dass die entsprechende Bewertung in Anbetracht des Ermessens der Vergabestelle nicht zu bemängeln sei (Replik, Rz. 62 und 64). Darauf ist somit nicht weiter einzugehen.

2.5 Die Rekurrentin rügt in ihrem Rekurs die Bewertung des Unterkriteriums 2.2.3 betreffend Kompatibilität mit anderen Gas IRMS am DUW zwecks erleichterter Wartung, Bedienbarkeit und Lösung von technischen Problemen.

2.5.1 Die unterschiedliche Bewertung dieses Unterkriteriums bei der Rekurrentin (5 Punkte) und der Beigeladenen (25 Punkte) wurde in der erweiterten Begründung der Zuschlagsverfügung damit erklärt, dass die Universität bzw. das DUW aufgrund der betrieblichen Abläufe gerne ein Produkt hätte, das bezüglich der Kalibrierung und Messung gleich funktioniere wie das bereits im Einsatz befindliche Produkt (der Beigeladenen). Beim Produkt der Rekurrentin wäre eine Messung ohne vorherige Kalibrierung nicht möglich gewesen bzw. es würde zu zusätzlichen Aufwendungen im täglichen Betrieb führen, dass die Messungen durch zwei unterschiedliche Produkte permanent abzugleichen gewesen wären. Das Messen von Proben an zwei unterschiedlichen Produkten würde sich negativ auf die Präzision und die Reproduzierbarkeit der Messungen auswirken und somit die Qualität von Forschungsergebnissen beeinträchtigen. Der Einwand der Rekurrentin, wonach eine Kompatibilität zu bestehenden Systemen nicht gefordert werden könne, treffe nicht zu. Zwar handle es sich dabei nicht um eine technische Kompatibilität im klassischen Sinne, wohl aber um Synergieverluste bei den betrieblichen Abläufen durch den Betrieb zweier unterschiedlicher Produkte. Aus diesem Grund habe die Vergabestelle diesen Punkt auch nicht als Eignungskriterium definiert (was dann marktbeschränkend gewesen wäre), sondern als separates Zuschlagskriterium. Im Sinne der Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei die Vergabestelle verpflichtet, auch zusätzliche, wiederkehrende Kosten ausserhalb des Angebotspreises zu berücksichtigen. Da dieser Punkt bei der

Publikation des Pflichtenhefts klar und transparent dargelegt worden sei, könne hier nicht von einer unzulässigen Forderung gesprochen werden. Vielmehr liege es im Ermessen der Vergabestelle, Kostenvor- und -nachteile in den Zuschlagskriterien angemessen zu berücksichtigen.

2.5.2 Die Rekurrentin anerkennt, dass es einem grundsätzlich legitimen Interesse einer Vergabestelle entsprechen könne, dass die Kompatibilität mit bestehenden Systemen sichergestellt sei. Ebenso anerkennt sie den Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der Festlegung der Kriterien. Daher habe sie auch die Ausschreibungsunterlagen als solche nicht angefochten (vgl. Replik vom 31. Dezember 2020 Rz. 68). Zudem macht die Rekurrentin geltend, dass eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nicht angezeigt gewesen wäre, da das Zuschlagskriterium 2.1.3 (Kompatibilität) aus Sicht der Rekurrentin durchaus in einer vergaberechtskonformen, d. h. objektiven und nicht diskriminierenden Weise hätte angewendet werden können. Die Bewertung des Zuschlagskriteriums widerspreche aber einer Auslegung nach Treu und Glauben und der Systematik der Zuschlagskriterien und sei diskriminierend. Das Zuschlagskriterium habe nach Auslegung nach Treu und Glauben und seinem Wortlaut und einer systematischen Einordnung als Teilaspekt der Benutzerfreundlichkeit nur so verstanden werden können, dass das zu beschaffende System in objektiver, technischer Hinsicht mit den bestehenden Systemen am DUW kompatibel sein und somit Wartung, Bedienung und die Lösung technischer Probleme ohne grossen Mehraufwand zulassen müsse. Die Vergabestelle mache zu Unrecht geltend, dass das Gerät der Rekurrentin nur sehr bedingt kompatibel sei mit den bereits vorhandenen IRMS. Die Vergabestelle könne sich vor allem nicht auf eine angeblich schlechtere Messpräzision des IRMS-Geräts der Rekurrentin berufen. Das Kriterium der Messpräzision sei bereits im Rahmen des Muss-Kriteriums 1.3 geprüft worden. Darüber hinaus seien weitere Aspekte der Erfüllung technischer Spezifikationen in den Zuschlagskriterien unter dem Unterkapitel ZK 2.1 geprüft bzw. bewertet worden. Eine erneute Bewertung der Messpräzision unter dem Aspekt der Kompatibilität, wie es die Vergabestelle nachweislich vorgenommen habe, sei in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 2.2.3 sachfremd und ergebe sich weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch der Systematik der Zuschlagskriterien (ZK 2.2 «Benutzerfreundlichkeit»). Zudem habe die Rekurrentin aufgezeigt, dass das von ihr offerierte IRMS-Gerät sämtliche Anforderungen an die Messpräzision vollumfänglich erfülle bzw. übertreffe. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, dass Messungen an Geräten mit leicht unterschiedlicher Präzision vorgenommen werden müssten, so würden diese Unterschiede weder zum behaupteten zeitlichen Mehraufwand noch zu Synergieverlusten bei der Messung führen. Kalibrierung und Messung würden ungeachtet der Messpräzision gleich ablaufen (namentlich auch im Hinblick auf den Zeitaufwand), solange die Geräte innerhalb der geforderten Spezifikationen arbeiten würden. Falsch sei somit auch die Ausführung in der Begründung der Vergabestelle, wonach «Messungen durch zwei unterschiedliche Geräte ständig abzugleichen» wären. Sodann habe es die Vergabestelle selbst in der Hand gehabt, die Kriterien für die erforderliche Messpräzision in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, was sie auch getan habe. Die Vergabestelle würde nicht ausführen, worin die behaupteten «Synergieverluste infolge Kalibrierungs- und Messanpassungen bei den betrieblichen Abläufen» konkret bestehen sollten. Bei korrekter Auslegung des Zuschlagskriteriums ZK

E. 2.2

2.2.1 Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass ihr bei der Festlegung der technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstands ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat (VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 2.5.1, VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). 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. BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 7.3, mit 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). Wenn sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt, dass ein mangelhafter Nachweis der Erfüllung der technischen Spezifikationen zum Ausschluss vom Verfahren führt, werden die technischen Spezifikationen zu Muss-Kriterien, die im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt sind (vgl. § 8 Abs. 1 lit. c BeschG; VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). Die Ausschreibung enthielt vorliegend unbestrittenermassen technische Kriterien, welche gemäss Ziffer 6 des Pflichtenhefts als Muss-Kriterien («must criteria») definiert waren. Die einzelnen Muss-Kriterien wurden im separaten Dokument «Technische Anforderungen (Pflichtenheft)», Teil C Anhang 2 definiert. Die Ausschreibung schrieb als Muss-Kriterium unbestrittenermassen vor, dass das zu beschaffende Produkt die genaue Messung von Sauer- und Kohlenstoffisotopenverhältnissen mit < 0.1 ■ Präzision (1 Sigm; Probengewicht ca. 80-500 μg) gewährleisten müsse (Ziffer 1.3 in Teil C, Anhang 2 der Ausschreibungsunterlagen).

2.2.2 Die Universität macht geltend, dass aus den Angebotsunterlagen der Rekurrentin hervorgehe, dass das Gerät bei der Messung von Sauer- und Kohlenstoffisotopenverhältnissen lediglich eine Präzision von 0.12 ■ für 180 bei einer Probenmenge von $100 \mu\text{g}$ garantieren könne (vgl. C___ Systembeschreibung in der Offerte der Rekurrentin, Offerte Teil 1.6.5 sowie Technical Note «[...]», Offerte Teil 1.6.10). Dies im Unterschied zur gemäss Ausschreibungsunterlagen geforderten Präzision von < 0.1 ■ bei einem Probengewicht von ca. 80-500 μg . In der wissenschaftlichen Forschung sei eine solche Präzisionsdifferenz entscheidend bzw. führe zu wissenschaftlich weniger aussagekräftigen Ergebnissen. Ein Messfehler von 0.12 ■ führe bei einer Temperaturrekonstruktion beispielsweise zu einer Unsicherheit von ± 0.6 °C. Bei einem Messfehler von 0.08 ■ sinke diese Unsicherheit auf ± 0.4 °C. Die Voraussetzung der Messpräzision sei folglich von zentraler Bedeutung gewesen. Die Vergabestelle hätte gestützt auf die von der Rekurrentin eingereichten Gerätedokumentationen zu Recht davon ausgehen dürfen, dass das von der Rekurrentin offerierte Gerät die vorausgesetzte Präzision nicht zu garantieren vermöge. Die in den Ausschreibungsunterlagen vorausgesetzte Messpräzision im Bereich der Isotopenmessungen an Kalzitproben stelle einen absoluten Minimalstandard dar.

2.2.3 Die Rekurrentin bestreitet nicht die Gültigkeit des vorgenannten Muss-Kriteriums. Sie ist jedoch der Ansicht, dass ihr Angebot sämtliche technischen Spezifikationen und namentlich auch das vorliegend strittige Kriterium 1.3 des Pflichtenhefts vollständig erfüllt

habe. Entsprechend habe die Rekurrentin im Rahmen ihres Angebots die Erfüllung des Kriteriums 1.3 explizit zugesichert. Weiter habe sie in ihrem Angebot bestätigt, die entsprechenden Karbonat-Spezifikationen für C_____ zu testen und zu gewährleisten. Die ebenfalls in den eingereichten Offertunterlagen enthaltenen Dokumente würden aufzeigen, dass die geforderte Präzision übertroffen werde. Die Rekurrentin wisse aus langjähriger Erfahrung, dass die meisten von ihr angebotenen IRMS die strengeren, von der Vergabestelle geforderten Anforderungen an die Präzision bereits heute und ohne weitere Anpassung erfüllen würden. In ihrer Standard-Dokumentation verwende die Rekurrentin zwar konservative Präzisionswerte und gebe eine etwas grössere Standardtoleranz (0.12 ■ Präzision) an, weil diese Toleranz für die meisten ihrer Kunden bzw. deren Anwendungen genüge und auch unter schlechten Laborbedingungen bzw. bei einzelnen Geräten mit generell etwas höherer Abweichung noch problemlos eingehalten würde. Eine andere Angabe in ihrer Standard-Dokumentation würde bei sämtlichen Produkten aufwendigere und längere Tests notwendig machen. Dies bedeute aber nicht, dass die Rekurrentin nicht in der Lage sei, Geräte zu liefern, welche problemlos die Einhaltung der strengeren Anforderungen der Vergabestelle garantieren würden. Zahlreiche an andere Kunden ausgelieferte IRMS-Geräte hätten entsprechende Testergebnisse geliefert. Die «Batch Reports», die zur Messung der Geräte vor der Auslieferung an den Kunden erstellt worden seien, zeigten auf, dass die von der Vergabestelle geforderte Präzision bei den Geräten eingehalten, ja sogar teilweise noch deutlich übertroffen werde. Es sei auch bei ihrer für die Produktion und Entwicklung verantwortlichen Tochtergesellschaft vorgekommen, dass Kunden anstelle der Standard-Präzision die Einhaltung gewisser internationaler Standards gefordert hätten. Hierzu hätten dann in der Regel zusätzliche Messungen gemacht werden müssen, um die spezifischen Anforderungen zu bestätigen. Für eine Kundin wie die Vergabestelle, die höhere Anforderungen an die Präzision ihres IRMS stelle, würde die Rekurrentin somit ein Gerät liefern, das dieser besonderen Präzisionsanforderung entspreche und die Erfüllung dieser höheren Anforderungen des Geräts durch geeignete Tests sicherstellen. Die Einhaltung dieser Präzision wäre während des gesamten Gewährleistungszeitraums garantiert. Die Offerte der Rekurrentin habe selbst den Nachweis enthalten, dass die geforderte Präzision von ihren Produkten erreicht werden könne. Es sei die Bestätigung enthalten gewesen, dass die Geräte der Rekurrentin in der Lage seien, mit einer ■ im Vergleich zu den technischen Anforderungen der Vergabestelle ■ sogar noch höheren Präzision zu messen. Diese Angaben seien von der Vergabestelle ignoriert worden. Für die Sicherstellung der geforderten Präzision sei entgegen den Angaben der Vergabestelle keine nachträgliche kundenindividuelle Anpassung der Produkte erforderlich. Sie verfüge bereits heute über zahlreiche Geräte, welche die geforderten Spezifikationen erfüllen würden. Um ein den Anforderungen der Vergabestelle genügendes Gerät zu liefern, müsse die Rekurrentin somit lediglich durch geeignete interne Standardtests sicherstellen, dass sie der Vergabestelle eines ihrer «präziseren» Geräte liefere. Für den hierfür erforderlichen zusätzlichen Prüfungs- und Bestätigungsaufwand sowie die Garantie dieser Präzision (zumindest) während des Zeitraums der Produktgewährleistung habe die Rekurrentin in ihrer Offerte in transparenter Weise einen Zusatzaufwand von CHF 1'503.60 eingepreist. Eine nachträgliche kundenindividuelle Anpassung des Produkts sei somit nicht notwendig. Dass die Vergabestelle ■ trotz expliziter Zusicherung durch die Rekurrentin und entsprechender Belege ■ aus den Offertunterlagen ein allgemeines Data Sheet mit Standard-Spezifikationen herausgreife, um damit einen für die Rekurrentin schwerwiegenden Ausschlussgrund zu schaffen, sei

unzulässig. Ein allgemeines Data Sheet für das IRMS habe keinen gesteigerten Beweiswert für die tatsächliche Präzision eines entsprechenden Systems. Data Sheets würden von den Herstellern selbst herausgegeben. Sie dienten als reine Informations- und Marketinginstrument betreffend Standard-Spezifikationen für die Standard-Kunden. Demgegenüber stelle die kundenspezifische Zusicherung einer konkreten Gerätespezifikation vertragsrechtlich die speziellere Vereinbarung dar, welche Vorrang vor allfälligen allgemeinen Angaben in einem Daten Sheet genieße. Es habe daher keine Unklarheit darüber gegeben, dass die Rekurrentin im konkreten Fall ihre höhere Präzisionsanforderung zugesichert habe. Der von der Vergabestelle vorgenommene Rückgriff auf die Angaben in Data Sheets stelle eine schwerwiegende Verletzung des vergaberechtlichen Transparenzverbots und des Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Hätten tatsächlich begründete Zweifel an der Fähigkeit der Rekurrentin bestanden, die IRMS mit der geforderten Präzision herzustellen, so hätte die Vergabestelle diese durch Rückfragen oder eine entsprechende Demo-Messung verifizieren müssen, anstatt zu Ungunsten einer Anbieterin einschneidende und unzutreffende Annahmen zu treffen. Das Abstellen auf das Data Sheet bzw. Standard-Spezifikationen würde auch den Wettbewerb in unzulässiger Weise behindern, da es einer Anbieterin damit verwehrt werde, darüber hinausgehende Zusicherungen von besseren Spezifikationen an einzelne Kunden vornehmen zu können. Die Rekurrentin habe sämtliche technischen Mindestanforderungen vollständig erfüllt. Damit sei ein allfälliger Ausschluss aus dem Verfahren aufzuheben.

2.2.4 Die Universität hält dem mit Rekursantwort vom 30. Oktober 2020 entgegen, dass sich eine Vergabestelle nicht mit blossen Zusicherungen von Anbieterinnen begnügen dürfe. Sie müsse für die Evaluation der Angebote auf die offiziell deklarierten Informationen zur Messpräzision abstellen. Diese führten bei der Rekurrentin zu einem ■ für die vorliegenden Bedürfnisse ■ ungenügenden Wert. Anbieterseitige Zusicherungen, diesen Messwert mittels entsprechender nachträglicher Tests und Anpassungen o.ä. noch verbessern zu können, könnten nicht berücksichtigt werden. Es sei nicht zu beanstanden und liege im pflichtgemässen Ermessen der Vergabestelle, wenn diese die Zusage der Rekurrentin in deren Angebot, die verlangte Präzision zu testen und zu gewährleisten, nicht als Erfüllung des Muss-Kriteriums gelten lasse. Verlangt werde, dass das Gerät die vorausgesetzte Messpräzision erfülle. Dies sei bei der Rekurrentin gemäss Produktdokumentation nicht der Fall. Darauf zu vertrauen, dass mittels Tests und Anpassungen die vorausgesetzte Messpräzision allenfalls erreicht werde, genüge nicht. Dass die Rekurrentin als Teil ihres Angebots einen Test offeriert habe, welcher bestätigen soll, dass die vorausgesetzte höhere Messqualität erreicht werden könne, sei unbehelflich. Die Vergabestelle habe sich zu Recht auf die offiziell deklarierte Präzisionsinformation in den Produktinformationen abgestützt. Nicht von Relevanz sei insbesondere die Erfahrung der Rekurrentin, wonach die meisten von ihr angebotenen IRMS-Geräte die geforderte Messpräzision ohne Anpassung erfüllten. Massgebend sei einzig, ob die Vergabestelle gestützt auf die eingereichten Unterlagen habe davon ausgehen dürfen, dass das Gerät die geforderte Messpräzision erreicht oder nicht. Nichts zu ihren Gunsten ableiten könne die Rekurrentin des Weiteren aus eingereichten Dokumenten im Zusammenhang mit Drittaufträgen, bei denen die geforderte Präzision angeblich übertroffen worden sei. Dabei handle es sich um andere, der Vergabestelle nicht bekannte Verfahren bzw. andere Sachverhalte, die im vorliegenden Submissionsverfahren keine Berücksichtigung finden könnten. Es entspreche nicht den Tatsachen, dass die Offerte der Rekurrentin selbst den geforderten Präzisionsnachweis enthalten habe. Die von der Rekurrentin in ihrer Offerte geltend gemachte höhere Messpräzision gelte für

Probenmengen zwischen 190 und 230 µg, was einer deutlich grösseren Probenmenge als der vorgeschrieben entspreche. Die vorliegend verlangte Präzision bei einer Probenmenge von < 0.1 ■ bei einem Probengewicht von bereits 80 µg sei in der Offerte nicht erstellt. Im Umstand, dass die Vergabestelle auf die Produktangaben in den von der Rekurrentin eingereichten Geräteinformationen abgestellt habe, sei denn auch kein willkürliches Vorgehen oder eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erblicken. In Anbetracht der von der Vergabestelle vorzunehmenden zahlreichen Isotopenmessungen (mehrere tausend pro Jahr), sei die effektive Einhaltung der vorgeschriebenen Messpräzision ■ welche einen Minimalstandard darstelle ■ von elementarer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund habe die Vergabestelle nicht auf eine unsichere Zusicherung der Rekurrentin vertrauen müssen bzw. dürfen. Dabei sei auch zu beachten, dass es in der heutigen Forschung zum Standard gehöre, Kalzitprobenmessungen von weniger als 80 µg mit einer Präzision von bereits < 0.08 ■ durchzuführen. Die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Präzision sei folglich nicht aussergewöhnlich, sondern stelle einen Minimalstandard im Bereich der Isotopenanalyse an Karbonaten dar. Die Vergabestelle habe auf die effektiv eingereichten offiziell deklarierten Informationen abstellen dürfen. Die von der Rekurrentin geltend gemachte Verletzung des Transparenzverbots und des Grundsatzes von Treu und Glauben liege nicht vor. Die Vergabestelle sei in der vorliegenden Ausgangslage denn auch nicht dazu verpflichtet gewesen, mit der Rekurrentin Rücksprache zu nehmen. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liege keine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs vor. Sämtliche Geräte von Anbieterinnen, welche die vorausgesetzte Messqualität gemäss Ausschreibunterlagen zu erfüllen vermögen, hätten selbstverständlich Chancen auf Erhalt des Zuschlags gehabt.

2.2.5 Der Vergabestelle steht nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien und -nachweise sowie der Zuschlagkriterien, 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. 1.3). Das Verwaltungsgericht darf diesen Ermessensspielraum der Vergabebehörde ■ im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle ■ nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 36; VGer ZH VB.2018.00450 vom 15. November 2018 E. 4.2.1 Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 ff. und 564 ff.). 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). Wie bei der Bewertung von Eignungskriterien steht der Vergabestelle auch bei der Festlegung und Bewertung von Muss-Kriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. VGer ZH VB.2018.00450 vom 15. November 2018 E. 4.2.2, mit Hinweisen).

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht unbestrittenermassen hervor, dass die Universität bei der Beschaffung eines IRMS grossen Wert auf dessen Messpräzision gelegt hat. So wird etwa bereits bei der Beschreibung des Beschaffungsumfangs in den allgemeinen Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass das zu beschaffende Gerät und die Peripheriegeräte erlauben sollen, die Sauerstoff- und Kohlenstoffisotopenverhältnisse in

Karbonaten mit einer hohen Präzision (< 0.08 ■; 1-sigma) zu messen. Gemäss Ziffer 5.8, «Dokumentation», der «Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen» hat der Anbietende der Offerte eine technische Dokumentation beizulegen mit einem Beschrieb, den Massen und den Leistungsdaten. Gemäss Ziffer 6.2 betreffend «Technische Anforderungen (Pflichtenheft)» sind die technischen Anforderungen im separaten Dokument Technische Anforderungen (Pflichtenheft), (Teil C Anhang zwei), aufgeführt. Die Erfüllung der technischen Anforderungen muss mit «Ja» oder «Nein» einzeln beantwortet werden. Alle technischen Anforderungen des Pflichtenhefts müssen mit Ja beantwortet werden können (must criteria), sonst ist das Pflichtenheft nicht erfüllt und die Offerte ist nicht vollständig. Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin im Formular betreffend die technischen Anforderungen (Pflichtenheft) sämtliche aufgeführten technischen Anforderungen bejaht und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass das von ihr gelieferte IRMS diese Anforderungen erfülle. Der Offerte lag zudem im Einklang mit den entsprechenden Dokumentationsanforderungen ein Systembeschrieb bei, in welchem einzelne Kriterien der Leistungsbeschreibung näher erläutert werden (Systembeschrieb, Seite 1). Darin wird u.a. ausgeführt, dass Details und technische Spezifikation des angebotenen IRMS in den beiliegenden Dokumenten enthalten seien:[...]. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin handelt es sich damit bei den der Offerte beiliegenden Data Sheets nicht lediglich um «reine Information- und Marketinginstrumente» betreffend Standard-Spezifikationen für die Standard-Kunden. Vielmehr wurde im individuell angefertigten Systembeschrieb für diese Offerte ausdrücklich auf diese Dokumente hingewiesen, welche die weiteren Leistungsnachweise enthalten sollten. Auf Seite 5 des technischen Beschriebs zur Messung von unterschiedlichen Karbonatgehalten wird zwar ausgeführt, dass bei der Messung von Calcitd18O eine «externe Präzision» von ≤ 0.1 ■ erreicht werde. Allerdings wird auch an dieser Stelle des Leistungsbeschriebs bezüglich Details und Spezifikationen auf die beiliegenden Dokumente verwiesen (Systembeschrieb, Seite 5 mit Verweis auf «[...]»). Von der Rekurrentin wird nicht bestritten, dass im beigelegten Dokument C____ für die Karbonanalyse bei einer Probenmenge von 100 ■ 1000 µg beid18O eine Präzision von 0.12 ■ angegeben wird (vgl. C____, Offerte Teil 1.6.5, S. 3). Dies entspricht auch den Angaben in der Technical Note «[...]», (Offerte Teil 1.6.10, S. 1): «The excellent temperature stability of the C____ together with the high performance of the [...] leads to excellent accuracy levels of 0.075 ■ ford18O water analysis (n=5 sigma, 200 µl pure water) and 0.08 ■ and 0.12 ford13C and d18O carbonate analysis, respectively (n=5, 1 sigma, 100 µg pure carbonate material), with-out the need for drift corrections». Dass diesen der Offerte beigelegten Produktunterlagen nicht entnommen werden konnte, dass das angebotene Produkt den geforderten Präzisionsgrad von < 0.08 ■ bei der d18O Karbonat Analyse gewährleistet, wird von der Rekurrentin nicht bestritten. Die Rekurrentin hat in der Preisofferte dazu denn auch ausgeführt, dass sie den C____ wird «[] für diesen Kunden speziell testen und bestätigen, dass folgende Spezifikationen erreicht werden: Probentyp ■ reines Kalzit Probengrösse ■ 100 Mikrogramm Präzision (1 Sigma, n=5); d13C ≤ 0.08 ■ d18O ≤ 0.1 ■».

2.2.6 Die Universität weist in ihrer Duplik zu Recht darauf hin, dass aus den Angaben der Rekurrentin in ihrer Offerte zu folgern ist, dass das angebotene Gerät nicht standardmässig darauf ausgerichtet ist, den von der Universität verlangten Präzisionsgrad sicherzustellen. Des Weiteren weist die Universität zu Recht darauf hin, dass der im Preisangebot umschriebene Testvorgang lediglich die Probengrösse von 100 µg umfasst und dass damit noch nicht gewährleistet ist, dass diese Präzision bei einem Probengewicht von ca. 80-500

µg durchwegs gewährleistet ist (vgl. Ziffer

E. 2.2.3

mit maximal 25 von 100 insgesamt zu vergebenden Punkten gewichtet. Diese Gewichtung wurde, wie erwähnt, bereits in der Ausschreibung verbindlich festgelegt und wird von der Rekurrentin daher im vorliegenden Verfahren zu Recht nicht mehr beanstandet. Wie Teil C, Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen ist, wird das ZK 2.2.3 dort unter der Überschrift «3. Benutzerfreundlichkeit» unter Ziff. 3.3 definiert. Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Dabei verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraum (vgl. BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.3.1, mit Hinweisen; oben E. 2.2.5). Die Vergabestelle hat unter Berücksichtigung des angegebenen Massstabes der Benutzerfreundlichkeit geprüft, ob es beim offerierten Gerät zu Synergieverlusten infolge Kalibrierungs- und Messanpassungen bei den betrieblichen Abläufen kommt. Die Universität macht geltend, dass sie bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen sehr wohl Rechnung getragen habe. Aus diesem Grund habe sie bei der Bewertung an ein anderes als das bereits vorbestehende Gerät nicht den gleichen Kompatibilitätsmassstab angesetzt. Eine möglichst gute Kompatibilität beim Gerät der Rekurrentin hätte dieser bereits die Maximalpunktzahl eingebracht und das hätte selbstverständlich für Geräte anderer Anbieterinnen gegolten. Die Universität ist bei ihrer Prüfung in Beachtung der vorgängigen Vorgaben zum Schluss gekommen, dass die Kalibrierung beim Gerät der Rekurrentin wegen der geringeren Messgenauigkeit qualitativ schlechter sei als beim Gerät der Beigeladenen. Dies sei mit deutlich mehr Zeitaufwand und folglich mit Synergieverlust bei den betrieblichen Abläufen verbunden. Geräte mit unterschiedlichen Präzisionsstandards seien betreffend Kalibrierung fehleranfälliger. Die schlechtere Präzision könne durch die Kalibrierung denn auch nicht beseitigt werden. Aufgrund der doppelt so schlechten Linearität des Geräts der Rekurrentin für 180 müssten bei Messungen mit dem Gerät der Rekurrentin zudem zusätzliche Kalibrationsmessungen durchgeführt werden. Jede nachträgliche Korrektur von Messungen erhöhe die Unsicherheiten bzw. wirke sich negativ auf die Qualität der Messungen aus. Die Qualität von Forschungsergebnissen werde beeinträchtigt, wenn an zwei Produkten von unterschiedlicher Qualität gearbeitet werde. Die ungenügende Messpräzision des Geräts der Rekurrentin würde damit auch einer guten Bewertung der Kompatibilität entgegenstehen, da aufgrund des zusätzlichen Zeitaufwandes bei der Kalibrierung ein Synergieverlust bei den betrieblichen Abläufen entstehe. Vor diesem Hintergrund habe die Rekurrentin trotz des im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin tiefer angesetzten Bewertungsmassstabs «nur» mit fünf Punkten bewertet werden können. Diese Beurteilung durch die Vergabestelle ist nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle hat im vorliegenden Fall zu Recht erkannt, dass beim Produkt der Rekurrentin die geforderte Messpräzision nicht umfassend gewährleistet ist. Es kann diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zur Einhaltung der Muss-Kriterien verwiesen werden (vgl. oben E. 2.2.2). Abweichungen bestehen auch in Bezug auf die Empfindlichkeit und die Linearität. Die entsprechende Einschätzung der Universität in Bezug auf diese beiden Punkte wurde von der Rekurrentin in der Replik nicht mehr in Frage gestellt (vgl. Replik vom 31. Dezember 2020 Rz. 62 und 64). Es ist nachvollziehbar, dass bei Forschung auf universitärem Niveau bei der Verwendung von Messgeräten mit unterschiedlichen Präzisionsstand grösserer Aufwand bei der Auswertung der Ergebnisse anfällt. Die

Universität hat die Prüfung der Offerten der Rekurrentin und der Beigeladenen unter Beizug von qualifizierten bereits in der Ausschreibung (Ziffer 4.6) angegebenen Fachpersonen durchgeführt. Die fachliche Einschätzung, dass die Differenzen der Messpräzision zu einer Beeinträchtigung der Forschung und zu einem erhöhten Aufwand führen, wurde nachvollziehbar begründet. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Universität in voreingenommener Weise nach vorgeschobenen Gründen gesucht hat, um das Produkt der Rekurrentin schlechter zu bewerten. Die Universität hat das Produkt der Rekurrentin in den anderen Unterkategorien der Benutzerfreundlichkeit durchaus positiv bewertet und ihr in diesen Punkten die gleich hohe Punktzahl zuerkannt, wie dies bei der Beigeladenen der Fall war. Eine unterschiedliche Bewertung bezüglich Benutzerfreundlichkeit erfolgte ausschliesslich in Bezug auf das Unterkriterium der Kompatibilität, was von der Universität mit sachlichen Gründen erläutert werden konnte. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist es nicht zu beanstanden, dass die Unterschiede bei der Messqualität sich nicht nur bei den Zuschlagskriterien der technischen Spezifikationen, insbesondere beim Unterkriterium 1.3 (Messungen), sondern auch bei der Benutzerfreundlichkeit beim Unterkriterium Kompatibilität zu Ungunsten des Produkts der Rekurrentin ausgewirkt hat, zumal die bessere Kompatibilität des von der Beigeladenen gelieferten Geräts mit den bestehenden gleichen Geräten zweifelsfrei bestätigt werden kann. Qualitative Unterschiede eines Produkts wirken sich häufig auf verschiedene Aspekte der Nutzung dieser Produkte aus und können daher auch bei verschiedenen Beurteilungspunkten in die Bewertung einfließen. Es ist nicht zu beanstanden, dass Unterschiede bei dem vorliegend zentralen Merkmal der Messqualität ■ sowohl beim Zuschlagskriterium der Messung als auch beim Kriterium der Benutzerfreundlichkeit resp. beim Unterkriterium der Kompatibilität mit den bestehenden Anlagen ■ zu einer schlechteren Beurteilung des Produkts der Rekurrentin (5 Punkte) gegenüber demjenigen der Beigeladenen (25 Punkte) geführt haben, da diese Unterschiede (auch) zu Synergieverlusten infolge aufwändigerer Kalibrierungs- und Messanpassungen führen. Bei der Bewertung dieses Zuschlagskriteriums ist kein Ermessensfehler erkennbar.

2.6 Die Rekurrentin rügt in ihrem Rekurs die Gewichtung und die Bewertung des Preisangebots als vergaberechtswidrig.

2.6.1 Vorliegend lasse sich aus der Bewertung der Angebotspreise der Rekurrentin (30 Punkte für den Angebotspreis von CHF 175'000.■) und der Zuschlagsempfängerin (17 Punkte für den Angebotspreis von CHF 214'375.■) und der Berechnungsformel berechnen, dass die Vergabestelle eine Preisspanne von rund CHF 90'000.■ festgelegt habe. Diese Preisspanne liege bei 52 %. Diese Preisspanne von über 50 % führe, in Kombination mit der Gewichtung des Angebotspreises von 30 %, zu einer unzulässigen Verwässerung des Kriteriums Angebotspreis. Da die Angebotspreise im Zeitpunkt der Festlegung der Preisspanne deutlich auseinandergelegen hätten und es sich zudem um die Beschaffung von Standardprodukten gehandelt habe, wäre nach Ansicht der Rekurrentin eine Preisspanne von maximal 30 % angemessen gewesen. Entsprechend sei die Punktzahl der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf den Angebotspreis ■ unter Anwendung einer Preisspanne von maximal 30 % ■ neu zu berechnen. Gemäss den Ausführungen in der Replik würde dies zur Vergabe von 8 statt von 17 Punkten (von maximal 30 Punkten) an die Beigeladenen führen (Replik vom 31. Dezember 2020 Rz. 106).

2.6.2 Den Rügen der Rekurrentin gegen die Bewertung resp. Festlegung der Preisspanne kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass die von der Rekurrentin als

«angemessener» qualifizierte Preisspanne von 30 % aufgrund der unterschiedlichen Bewertung der Angebote der Rekurrentin einerseits und der Beigeladenen andererseits bei den technischen Anforderungen am Zuschlagsergebnis nichts ändern würde. Zudem ist abermals darauf hinzuweisen, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung nicht geprüft werden kann (vgl. oben E. 1.3). Dass die Vergabebehörde bei der Festlegung der Preisspanne von 50 % im vorliegenden Fall einen Ermessensfehler begangen haben soll, wird von der Rekurrentin in keiner Weise substantiiert dargelegt. Hinsichtlich der Gewichtung und Bewertung des Preisangebots kommt der Vergabebehörde ein grosser Beurteilungsspielraum zu; dies umso mehr, als ■ wie vorliegend ■ die Vergabestelle die Gewichtung im Voraus bekannt gegeben hat. Das Gericht überprüft nur die Einhaltung der Minimalanforderungen (BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3; VGE VD.2019.241 vom 16. Juni 2020 E. 3.5.1). Diesen entspricht vorliegend die Gewichtung des Preises mit 30 %, hat doch das Bundesgericht diesbezüglich eine Untergrenze von 20 % statuiert (BGE 129 I 313 E. 9 S. 328). In der Ausschreibung hat die Universität bekannt gegeben, dass bei der Bewertung des Preises maximal 30 Punkte und bei der Bewertung der technischen Spezifikationen maximal 70 Punkte zu vergeben seien. Mit dieser Gewichtung des Preises mit 30 % hat die Vergabestelle deutlich zum Ausdruck gebracht, dass qualitative Kriterien bei der Bewertung der Angebote von grosser Bedeutung sind. Diese bereits in der Ausschreibung transparent und verbindlich festgelegte Gewichtung des Preises wurde von der Rekurrentin nicht angefochten und kann daher in der Anfechtung des Zuschlagsentscheids nicht mehr gerügt werden, was auch von der Rekurrentin anerkannt wird (Replik vom 31. Dezember 2020 Rz. 102).

2.6.3 Weiter hat die Universität in der Ausschreibung («Allgemeine Ausschreibungsunterlagen», S. 19) verbindlich festgehalten, dass die Bewertung des Angebotspreises linear auf der Basis des niedrigsten Angebotspreises aufgrund der folgenden Formel erfolge: «((Tiefstes Angebot + Preisspanne - beurteiltes Angebot) / (tiefstes Angebot + Preisspanne - tiefstes Angebot)) x Maximalpunktezahl». Die in dieser Formel anzuwendende Preisspanne wurde in der Ausschreibung noch nicht festgelegt. Die Vergabebehörde geniesst bezüglich der Festsetzung der Preiskurve grundsätzlich eine grosse Gestaltungsfreiheit (KGE BL 810 17 297 vom 18. Juli 2018 E. 6). Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Das bedeutet insbesondere, dass beim Preiskriterium die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (vgl. Denzler, Bewertung der Angebotspreise, in: BR, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.). Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (vgl. VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2.2; VGer ZH VB.2009.00704 vom 19. Mai 2010 E. 4). Die Universität weist zu Recht darauf hin, dass dabei auf die Angebotspreise abzustellen ist unabhängig von der Begründung dieser Angebotspreise durch die Anbieter. Bei einfachen Dienstleistungen ist in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei komplexen Leistungen (VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 3.4). Die Universität hat vorliegend eine Preisspanne von 50 % zur Anwendung gebracht und im Einklang mit der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Formel der Rekurrentin mit dem Angebotspreis von CHF 175'000. ■ die maximal möglichen 30 Punkte und der Beigeladenen mit einem Angebotspreis von CHF 214'375. ■ 17 Punkte zuerkannt (linear; tiefster Preis = 30 Punkte; 150 % des niedrigsten Preises = 0 Punkte). Ein Ermessensfehler bei der Festlegung der Preisspanne von 50 % ist nicht

erkennbar, zumal die Rekurrentin selbst anerkennt, dass auch bei nichtkomplexen Themen in der Gerichtspraxis Preisspannen bis zu 50 % als rechtmässig anerkannt werden (Rekurs vom 21. September 2020 Rz. 87). Eine solche Preisspanne ist bei der hier vorliegenden Beschaffung sogar eher als tief resp. die Preiskurve als eher steil zu qualifizieren. Bei komplexeren Beschaffungen werden in der Rechtsprechung auch Preiskurven mit einer Preisspanne von über 70 % als zulässig erachtet (vgl. etwa KGer BL 810 19 25 vom 29. April 2020 E. 7.2;Denzler,in: BR, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 22). Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist vorliegend nicht von einer besonders einfachen Beschaffung oder einer geringfügigen Differenz der zu erwartenden Preisangebote auszugehen. Die Beschaffung bezieht sich auf ein System für komplexe hochpräzise Messungen im universitären Forschungsbereich der Isotopenanalyse mit entsprechenden Hardware-, Software- und Servicebestandteilen. Der Systembeschrieb der von der Rekurrentin angebotenen Systemlösung umfasst zehn Seiten, in welchem wiederum auf ergänzende komplexe Data Sheets verwiesen wird. In diesen Data Sheets wird verschiedentlich auf die besonderen technischen Anforderungen und die Vorzüge der Lösung der Rekurrentin hingewiesen (vgl. etwa Offerte Teil 1.6.8: «The challenge here is to reliably measured¹³C and¹⁸O from samples with less than 5 % CaCO₃ in a phosphatic matrix constiuted of hydroxity apatite»; Teil 1.6.4, C____: «so we have leveraged our industry-defining leadership in elemental analysis to develop a new concept in separation science[]»). Es liegt somit keine einfache Beschaffung eines weitgehend standardisierten Geräts vor, was ja auch schon aus der nicht angefochtenen Gewichtung der qualitativen Kriterien mit 70 % hervorgeht. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Universität mit der Festlegung einer Preisspanne von 50 % einen Ermessensfehler begangen haben soll. Die Festlegung einer noch geringeren Preisspanne, wie sie von der Rekurrentin als angemessener betrachtet wird, gäbe dem Preiskriterium eine Bedeutung, die im Widerspruch zur angekündigten relativ geringen Gewichtung des Preiskriteriums steht (VGer ZH VB.2019.00109 vom 23. Mai 2019 E. 4.1.1). Die Wahl der Preisspanne von 50 % ist somit nicht zu beanstanden. Die Preisdifferenz von CHF 39'375.■ bzw. 22.5 % hat sich damit bei der Preisbewertung im Ergebnis mit einem Faktor von fast 50 % ausgewirkt. Es kann keine Rede davon sein, dass der Gewichtung des Kriteriums Preis damit zu wenig Rechnung getragen worden sei.

E. 3

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs in allen Punkten abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 4'000.■ zu tragen.

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