

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.88 vom 14. Dezember 2020

BS Appellationsgericht, 2020-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.88

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.88 du 14 décembre 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.88 del 14 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Mit der angefochtenen Verfügung vom 7. April 2020 teilte die Vergabestelle der Rekurrentin mit, dass ihr Angebot aufgrund der Nichterfüllung des Eignungskriteriums vom Verfahren ausgeschlossen worden sei. Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 BeschG kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]). 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 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.2015.198 vom

E. 2

2.1 Das Bau- und Verkehrsdepartement hat im angefochtenen, weiteren Entscheid vom 7. April 2020 den Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren damit begründet, dass der von ihr angegebene Referenzauftrag (Projekt C_____») nicht der geforderten Leistungsart der Liftmodernisierung entspreche, sondern den kompletten Ersatz von 13 Aufzugsanlagen einschliesslich Demontage der Bestandesanlagen umfasse. Damit sei die geforderte Leistungsart der Liftmodernisierung nicht gegeben, die Eignung sei nicht erfüllt und die Rekurrentin müsse vom Verfahren ausgeschlossen werden. Die Rekurrentin hält dem mit ihrem Rekurs vom 20. April 2020 entgegen, dass beim Projekt «C_____» gemäss Baukostenplan 261 bestehende Bauteile (Schachttüren, welche Bestandteil der Aufzugsanlage seien) beibehalten und weiterverwendet worden seien. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle liege daher kein Komplettersatz der 13 Aufzugsanlagen vor, sondern gleich wie beim ausgeschriebenen Auftrag eine Modernisierung. Das Referenzobjekt erfülle daher die Anforderungen gemäss Ausschreibung. In einer daraufhin eingeholten Auskunft der Vergabestelle bei der Referenzperson führte diese mit E-Mail vom 15. Mai 2020 aus, dass die bestehenden Schachttüren übernommen und revidiert worden seien. Wenn dies für die Definition «Modernisierung» bereits ausreiche, müsse die Referenzperson ihre Auskunft vom 10. März 2020 revidieren (Rekursantwortbeilage 5). Das Bau- und Verkehrsdepartement kommt in seiner Rekursantwort vom 8. Juni 2020 gestützt auf diese Auskunft zum Schluss, dass das Referenzobjekt der Rekurrentin entgegen

der Begründung der angefochtenen Verfügung den Anforderungen der Ausschreibung entspreche und dass sich daher der Ausschluss der Rekurrentin nicht damit begründen lasse. Das Bau- und Verkehrsdepartement habe aufgrund dieser neuen Sachlage das Angebot der Rekurrentin eingehend geprüft. Dies sei erst mit der neuen Ausgangslage möglich geworden. Die weitergehende Prüfung habe ergeben, dass das Angebot der Rekurrentin die zwingenden Anforderungen der Ausschreibung nicht erfülle und aus diesem Grund auch nicht mit dem Angebot der Beigeladenen verglichen werden könne. Das Angebot der Rekurrentin müsse als unvollständig eingestuft und gemäss § 23 Abs. 2 BeschG vom Verfahren ausgeschlossen werden.

2.2 Die Rekurrentin macht in ihrer Replik zunächst geltend, dass sie den Ausschluss vom Verfahren zu Recht angefochten habe. Sie trage keine Verantwortung für die ungenügende Sachverhaltsabklärung der Behörde. Die nunmehr vorgebrachte Begründung für den Verfahrensausschluss sei unzulässig. Es sei der Vergabestelle verwehrt, sich erstmals im Rekursverfahren auf eine angebliche Unvollständigkeit des Angebots zu berufen, wenn sie diesen Grund bereits vor der Zuschlagserteilung gekannt habe oder hätte kennen müssen. Die nachträgliche Berufung auf einen Ausschlussgrund, der in der angefochtenen Verfügung nicht aufgeführt sei, widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben und verletze den Anspruch der Rekurrentin auf rechtliches Gehör. Zudem seien die Behauptungen in dieser nachträglichen Begründung nicht zutreffend.

2.3 Zunächst ist zu prüfen, ob es zulässig ist, dass die Vergabebehörde entgegen ihrer eigenen, vorliegend angefochtenen Verfügung die Rekurrentin nun doch nicht wegen des Referenzauftrags ausschliessen will.

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann die Vorinstanz in analoger Anwendung von Art. 58 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021; VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 1.2.2.1) bis zu ihrer Vernehmlassung den angefochtenen Entscheid in Wiedererwägung ziehen (VGE VD.2018.49 vom 8. August 2018 E. 2.2; VD.2013.213 vom 11. Juni 2014 E. 1.3.4). In diesem Sinne ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung der präzisierten Angaben der Auskunftsperson nunmehr zum Schluss kommt, dass die Rekurrentin nicht unter Verweis auf ein nicht einschlägiges Referenzobjekt vom Verfahren ausgeschlossen werden kann. Grundsätzlich ist das Verwaltungsgericht an diese geänderte Einschätzung der Vorinstanz aber nicht gebunden, da diese nicht in Form einer neuen Verfügung ergangen ist. Es sind indessen keine Gründe ersichtlich, weshalb in diesem Punkt von der geänderten Einschätzung der Vorinstanz abgewichen werden sollte. Zwar handelt es sich beim Referenzprojekt «C_____» weitgehend um die Erstellung einer neuen Liftanlage, selbst wenn die bestehenden Schachttüren beibehalten und weiterverwendet wurden. Angesichts des der Vorinstanz zustehenden Ermessens bei der Beurteilung der Angebote ist aber nicht zu beanstanden, dass sie nunmehr unter Berücksichtigung der ergänzenden Angaben davon ausgeht, dass der Referenzauftrag die Eignungskriterien erfüllt.

2.4 Entgegen der Darstellung der Rekurrentin liegt hier keine Situation vor, in welcher die Vergabestelle eine Anbieterin zunächst nicht vom Verfahren ausgeschlossen hat und dann erst im Rahmen des Rekurses gegen den Zuschlagsentscheid einen Ausschlussgrund anführt. Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde die Rekurrentin vielmehr von Anfang an wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien vom Verfahren ausgeschlossen. Die von der Rekurrentin zitierten Gerichtsurteile und Literaturstellen sind für die vorliegende Situation

somit nicht einschlägig; dies gilt insbesondere für das Urteil des Verwaltungsgerichts VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 2.4. In jenem Urteil hat das Verwaltungsgericht Folgendes festgehalten: «Hat sich die Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens dafür entschieden, eine Offerte trotz unvollständiger Unterlagen nicht vom Verfahren auszuschliessen, verstösst sie gegen Treu und Glauben, wenn sie einer Rekurrentin erstmals im Rekursverfahren einen Umstand als Ausschlussgrund vorhält, der ihr schon vor der Zuschlagserteilung bekannt war oder bekannt sein musste» (a.a.O. E. 3.2.4). Eine solche Situation liegt aber hier, wie bereits ausgeführt, nicht vor. Vielmehr hat die Vergabestelle das Angebot der Rekurrentin zunächst wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums vom Verfahren ausgeschlossen und deshalb das Angebot bezüglich der Zuschlagskriterien gar nicht bewertet. Die Vergabestelle hatte lediglich darauf hingewiesen, dass das Angebot der Beigeladenen rechtzeitig und vollständig eingereicht worden sei und dass es die geforderten Eignungsnachweise vollumfänglich erfülle. Unter diesen Umständen ist es mit dem Gebot von Treu und Glauben ohne weiteres zu vereinbaren, wenn die Vergabebehörde nach neuer und nun positiver Beurteilung der Offerte der Rekurrentin in Bezug auf den Referenzauftrag nun neu geprüft hat, ob das Angebot der Rekurrentin auch den weiteren Anforderungen der Ausschreibung entspricht.

2.5 Zu dieser ergänzenden Prüfung der Offerte der Rekurrentin und den Schlussfolgerungen der Vergabestelle konnte sich die Rekurrentin in der Replik umfassend äussern. Das rechtliche Gehör ist damit gewahrt. Die Frage, ob die Vorinstanz in ihrer ergänzenden Prüfung zu Recht zum Schluss gekommen ist, das Angebot der Rekurrentin nach wie vor vom Verfahren auszuschliessen, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Prüfung zu beurteilen.

2.6 Auch wenn der Ausschluss vom Verfahren nicht mehr aus dem in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Grund aufrechterhalten wird, kann dies entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht dazu führen, dass ihr der Zuschlag auch dann erteilt werden müsste, wenn andere Gründe für ihren Ausschluss sprechen oder wenn einschlägige Gründe für den Zuschlag an die Beigeladene vorliegen sollten.

E. 3

3.1 Das Bau- und Verkehrsdepartement begründet den neuerlichen Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren in der Rekursantwort damit, dass im Leistungsverzeichnis in der einleitenden Beschreibung der Aufgabenstellung die Verwendung von sogenannten «marktoffenen Komponenten» verlangt werde. Für die Beschaffungsstelle sei es zentral, dass bei der Modernisierung der Liftanlagen Komponenten verwendet würden, welche von sämtlichen sachverständigen Unternehmen der Branche im Unterhalt betreut und fachgerecht gewartet werden könnten. Die Rekurrentin habe den Aufzug «D____» angeboten. Dabei handle es sich um ein durch die Rekurrentin patentrechtlich geschütztes Aufzugssystem mit spezifischen Eigenschaften und Komponenten. Die Beschaffung eines spezifischen, baumustergeprüften Aufzugssystems einer Unternehmung lasse keinen uneingeschränkten Wechsel des Serviceunternehmens im Anlagenunterhalt zu. Somit widerspreche ein solches System sowohl dem konkret ausgeschriebenen Leistungsauftrag als auch beschaffungsrechtlichen Grundsätzen (Stärkung des Wettbewerbs und Gleichbehandlung aller Anbietenden). Ausgeschrieben sei unter anderem eine marktöffene Steuerung, auf deren Service und Ersatzteile alle Aufzugsunternehmen gleichermassen uneingeschränkt zugreifen könnten. Zudem sei ein marktöffener Treibscheibenantrieb ausgeschrieben worden, der mit konventionellen Stahl-Tragseilen bestückt und von

verschiedenen Trageillieferanten mit Ersatztragseilen beliefert werden könne. Die Rekurrentin biete demgegenüber patentrechtlich geschützte Produkte in Bezug auf den Steuerschrank, die Tragmittel (PU-Gurten) und eine Gearless-Maschine an, welche nicht mit frei erhältlichen Ersatzteilen bestückt werden könnten. Dasselbe gelte für das E____-System zur Überwachung der Stahl-Drahtseile, welches nur für die Überwachung der PU-Gurte der Rekurrentin verwendet werden könne. Die damit verbundenen Einschränkungen würden einen Anbieterwechsel beim Anlagenunterhalt in späteren Jahren verunmöglichen. Die ausgeschriebenen Leistungen des Anlagenunterhalts müssten faktisch für die gesamte Lebensdauer der Anlage bei der Rekurrentin bezogen werden, was sowohl dem konkret ausgeschriebenen Leistungsauftrag als auch den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen der Wettbewerbsstärkung und Gleichbehandlung aller Anbietenden widersprechen würde. Damit werde auch ein direkter Preisvergleich zwischen Angeboten mit und solchen ohne marktoffene Komponenten verunmöglicht.

3.2 Im gleichen Sinne macht die Beigeladene in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2020 geltend, dass sie sich aufgrund der Anforderungen in der Ausschreibung für von unabhängigen Komponentenherstellern im Markt frei erhältliche Steuerungskomponenten entschieden habe, welche von jedem fachmännischen Wartungsunternehmen gemäss den Herstellerinstruktionen gewartet werden könnten. Die Aufzugskomponenten von diesen Herstellern könnten in der Wartungsphase ■ soweit nötig ■ jederzeit nachbezogen werden. Die Beigeladene stelle zwar ebenfalls Steuerungen für das gesamte Spektrum an Liftanlagen her. Aufgrund der strengen Anforderungen in der Ausschreibung (gefordert seien «marktoffene Lösungen») habe die Beigeladene aber Aufzugskomponenten von offenen Anbietern mit qualitativ hochstehenden und damit während der Lebensdauer der Aufzüge wirtschaftlichen Lösungen angeboten.

3.3 Die Rekurrentin bestreitet in ihrer Replik, dass marktoffene Komponenten eine zentrale Forderung der Ausschreibung sei, denn sie komme nur in der allgemeinen Beschreibung des Projekts vor. Zudem könnten auch die von der Rekurrentin gelieferten Aufzugskomponenten einwandfrei mit marktoffenen Komponenten ersetzt werden. Diejenigen Komponenten, welche auf die Lebensdauer der Anlage ausgelegt seien, könnten nur als System-Paket ersetzt werden. Die übrigen Komponenten könnten einzeln ersetzt werden. Dabei sei nicht die Frage relevant, ob die Komponenten patentiert seien oder nicht. Entscheidend sei die Funktion des Elements. Die Komponenten F____, der PU-Gurt, die elektronischen Komponenten des G____-Steuerschanks und das E____-System seien ersetzbar. Die übrigen Komponenten seien auf die Lebensdauer der Anlage ausgelegt und könnten nur als System-Paket ersetzt werden. Die kompakte Gearless-Maschine sei wartungsfrei und die Konstruktionslebensdauer auf 20 Jahre ausgelegt. Die Anlage könne zudem entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sehr wohl durch Dritte gewartet werden. Die nicht marktoffenen Komponenten könnten jederzeit ohne grösseren Aufwand durch marktfreie Komponenten ersetzt werden. Der Zugang zu Ersatzteilen sei somit ohne Restriktionen sichergestellt. Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle liege keine Abweichung von den ausgeschriebenen Leistungen vor. Der Ausschluss der Rekurrentin sei daher unverhältnismässig.

3.4 In der Duplik vom 31. August 2020 hält das Bau- und Verkehrsdepartement daran fest, dass aus der Ausschreibung das Erfordernis der marktoffenen Komponenten deutlich hervorgehe. Die Patentierung von Komponenten sei für deren Verfügbarkeit auf dem Markt und mithin auch für die Preisbildung sehr wohl bedeutsam. Gemäss Leistungsverzeichnis

werde eine Steuerung mit integriertem Klartextdisplay gefordert, bei der Steuerungszustände ohne zusätzliches Servicetool ablesbar und programmierbar sein sollten («Betriebsstunden-, Fahrten- und Türbewegungszähler über Klartextdisplay abrufbar»). Das Produkt der Rekurrentin erfülle diese Bedingungen nicht. Es werde ein zusätzliches Servicetool oder -programm des Steuerungsherstellers benötigt. Die Wichtigkeit des Klartextdisplays sei für die Anbieterinnen mit den von ihnen zu erwartenden Fachkenntnissen ohne weiteres erkennbar. Der Ersatz der «System-Paket-Lösung» sei nur mit längeren Lieferzeiten und Bearbeitungszeiten möglich. Ein Betriebsunterbruch von 10-16 Wochen könne aus Betreibersicht aber nicht akzeptiert werden. Bei marktoffenen Steuerungen könne dagegen ein Ersatz innerhalb von 24 Stunden bzw. innerhalb einer Woche zugesichert werden. Die von der Rekurrentin erwähnten Komponenten seien nur über Dritte zu beschaffen und würden daher nicht kurzfristig zur Verfügung stehen. Die gemäss Ausschreibung verlangten Aufzugsantriebe mit Stahl-Tragseilen seien kurzfristig aus der Schweiz bzw. aus Deutschland beziehbar. Antriebe mit PU-Gurten als Tragmittel anstelle von Stahltragseilen würden dagegen nur von den Konzernherstellern angeboten und eingesetzt, weshalb sie nicht als marktoffen qualifiziert werden könnten. Auch bei den Komponenten, die auf die Lebensdauer der Anlage ausgelegt seien, könne ein vorzeitiger Ausfall nicht ausgeschlossen werden. Im Schadensfall müsste ein erheblich grösserer finanzieller Aufwand für die Reparatur mit einem Systempaket in Kauf genommen werden. Es treffe nicht zu, dass die aufgeführten Ersatzteile auf dem Markt frei erhältlich seien. Es reiche für die Möglichkeit der Wartung durch Dritte nicht aus, dass die Rekurrentin eine Betriebsanleitung zur Verfügung stelle. Für die Wartung seien eine spezielle Qualifikation durch die Rekurrentin und der Besitz des erforderlichen Tools/Programms erforderlich. Die Handhabung mittels Betriebsanleitung sei zudem mühsam und zeitaufwendig. Ein problemloser Wechsel der Wartungsfirma sei daher nicht gewährleistet. Entgegen den Ausschreibungsunterlagen offeriere die Rekurrentin keine marktoffenen Komponenten. Daher müsse ihr Angebot als unvollständig vom Verfahren ausgeschlossen werden.

3.5 In der Triplik vom 21. September 2020 hält dem die Rekurrentin entgegen, dass das Bau- und Verkehrsdepartement mit der Replik neue Kriterien einbringe, welche nicht Teil der Ausschreibung seien. Das Bau- und Verkehrsdepartement schätze die Lieferfristen massiv zu lang ein. Zudem seien diese Lieferfristen nicht Teil der Ausschreibung. Markttoffenheit bedeutete lediglich, dass Ersatzteile bei Konkurrenten zu finden seien, was bewiesen sei. Die vom Bau- und Verkehrsdepartement aufgestellten Anforderungen an Markttoffenheit würden erfüllt. Die Aufzüge könnten von Dritten gewartet werden und die Beschaffung von Ersatzkomponenten auf dem Markt sei möglich. Entgegen den Ausführungen des Bau- und Verkehrsdepartements sei die Lieferung einer Steuerung mit integriertem Klartextdisplay vorgesehen und im Preis inbegriffen. Die Rekurrentin habe sich gemäss Ausschreibung hierzu verpflichtet und sie habe daher vor, das Steuerungssystem G_____ mit einem solchen Display zu ergänzen. Die Wartung der Aufzüge der Rekurrentin durch andere Firmen sei möglich und finde auch in der Praxis statt.

3.6 In der Quadruplik vom 28. September 2020 unterstreicht das Bau- und Verkehrsdepartement, dass sich die Notwendigkeit der kurzfristigen Verfügbarkeit der Ersatzteile bereits aus dem Installationsort der Aufzüge ergebe. Die betreffenden Parkhäuser seien öffentlich und stark frequentiert. Die Verfügbarkeit der Lifte sei von zentraler Bedeutung, was aus den örtlichen Gegebenheiten ohne weiteres ersichtlich sei.

Die Anbietenden hätten sich zudem anlässlich der Begehung vor Ort ein Bild machen können. Das von der Rekurrentin angebotene Steuerungsgerät enthalte kein Klartextdisplay. Zudem bedürfe es eines zusätzlichen Servicetools. Dies sei bei marktoffenen Steuerungen nicht der Fall. Die Offerte entspreche daher den transparent dargestellten Anforderungen nicht.

E. 4

4.1 Der 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 des Beschaffungsgegenstands ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat (VGE 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. 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. Gal-li/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 582). Wenn ein mangelhafter Nachweis der Erfüllung von Spezifikationen zum Ausschluss vom Verfahren führt, werden diese 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). Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 1 Abs. 1 lit. a und d, § 9 Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Eignungskriterien und damit auch die diesen gleichgestellten Muss-Kriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen.

4.2 Als generelle Teilnahmebedingungen für die vorliegende Ausschreibung werden die Einhaltung der Arbeitsbedingungen gemäss § 5 BeschG, Nachweise und Kontrollen gemäss § 6 BeschG sowie die Bereitschaft zur Vorlage von Bankauskünften und -erklärungen verlangt. Als einziges Eignungskriterium wird in Ziffer 3.7 und 3.8 der Ausschreibung der Nachweis eines ausgeführten, vergleichbaren Referenzauftrags aufgeführt. Andere Eignungskriterien erscheinen in der Ausschreibung selber nicht. Zu den Ausschreibungsunterlagen gehört ein Leistungsverzeichnis. Darin wird die Aufgabenstellung unter Ziff. 10.10.10 wie folgt umschrieben: «Bei der geplanten Modernisierung mit marktoffenen Komponenten werden die Führungsschienen für Fahrkorb und Gegengewicht, das Gegengewicht, die bestehenden Schacht- und Kabinentüren sowie die Aufzugskabinen selbst weiterverwendet. Ebenfalls weiterverwendet werden die bestehenden Kamera- und Lautsprecheranlagen in den Aufzugskabinen. Dafür erforderliche Hängekabel sind bei der Demontage zu belassen bzw. bei der Montage neu vorzusehen.» «Zur Erneuerung stehen an: Die kompletten Aufzugsantriebe (derzeit mit Dreipunkt-Lagerung) einschliesslich der Tragmittel; die Aufzugssteuerungen und Antriebsregelungen sowie die Bedien- und Anzeigeeinrichtungen; die Fern-Notrufsysteme; die Sicherheitseinrichtungen in Aufzugsschacht und Triebwerksraum; die Kabinentürantriebe mit Türzubehör f. die bestehenden Schacht- und Kabinentüren; die Führungsschuheinlage für Fahrkorb und Gegengewicht». In Ziff. 10.10.20 wird unter dem Titel «Vertragsbedingungen» ausgeführt, dass unvollständige

Angebote nicht berücksichtigt würden. Weiter würden die Anbieter mit Abgabe ihres Angebots versichern, dass sie sich über alle örtlichen Verhältnisse des Bauvorhabens, alle wesentlichen Umstände seines Gewerks und die zugrundeliegende Planung sowie allen sonstigen für die Angebotsabgabe und mangelfreie Leistungserbringung wesentlichen Umstände unterrichtet hätten. In Ziff. 10.10.30 wird darauf hingewiesen, dass die Modernisierung im laufenden Betrieb der beiden Parkhäuser erfolgen soll. Es müsse daher sichergestellt werden, dass immer ein Aufzug je Zweiergruppe betriebsbereit sei. Die geplante Umbaudauer betrage sechs Wochen je Aufzug. In Ziff. 10.10.40 werden verbindliche Normen und Unterlagen genannt, darunter Sicherheitsregeln für die Konstruktion und den Einbau von Aufzügen sowie die Norm «SN EN 13015: 2001/SIA 370.201, Instandhaltung von Aufzügen und Fahrtreppen ■ Regeln für Instandhaltungsanweisungen». In Ziff. 10.10.50 wird darauf hingewiesen, dass Anbieter, die sich nicht an die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses hielten, von der Wertung ausgeschlossen würden. Gemäss Ziff. 10.10.140 bestätigt der Anbieter mit seinem Angebot unter anderem, dass er die Situation vor Ort besichtigt hat, die zur Ausschreibung gehörenden Anforderungen/Bedingungen akzeptiert und die Ausschreibung als Vertragsbestandteil anerkennt. In den Ziffern 10.30 ■ 10.40 folgen umfangreiche Detailangaben zur Modernisierung der bestehenden Liftanlagen. Neben den eigentlichen Modernisierungsarbeiten umfasst das Lastenheft auch den anschliessenden Anlagenunterhalt (Ziff. 10.50). Verlangt ist eine «Vollunterhaltung» mit allen erforderlichen Wartungs- und Nachstellarbeiten. Es ist vorgesehen, dass der Unterhaltsvertrag nach einer Mindest-Vertragslaufzeit von fünf Jahren gekündigt werden kann. Am 6. Februar 2020 wurde eine Begehung vor Ort durchgeführt, an welcher auch ein Vertreter der Rekurrentin teilgenommen hat.

4.3 Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin das umfassende Leistungsverzeichnis unterzeichnet und damit dessen Inhalt akzeptiert hat. Das Bau- und Verkehrsdepartement weist zu Recht darauf hin, dass die Modernisierung der Liftanlage mit marktoffenen Komponenten im Leistungsverzeichnis bei der Aufgabenstellung erkennbar aufgeführt ist, wenn auch in normalem Text ohne Hervorhebung. Aus dieser allgemeinen Umschreibung kann aber nicht mit der in einem Vergabeverfahren erforderlichen Klarheit abgeleitet werden, welche Komponenten in welchem Umfang marktoffen sein müssen, um damit den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses zu genügen. Entgegen den Ausführungen des Bau- und Verkehrsdepartements in der Rekursantwort werden im Leistungsverzeichnis bei den detaillierten Angaben zu den einzelnen Komponenten keine spezifischen Anforderungen an die Marktoffenheit verlangt. Es trifft nicht zu, dass ausdrücklich eine marktoffene Steuerung oder ein marktoffener Treibscheibenantrieb verlangt wurden (Rekursantwort Rz. 25). In Bezug auf die Aufzugssteuerung wird eine elektronische Mikroprozessorsteuerung mit Steuerungsfunktion für Kabinen- und Etagenrufe über Taster verlangt, wobei die Betriebsstunden-, Fahrten- und Türbewegungszähler über ein Klartextdisplay abrufbar sein müssen. Gemäss den Angaben im Leistungsverzeichnis wird ein Treibscheibenantrieb mit FU-Regelung, ausgelegt für 240 Fahrten/Std. verlangt sowie ein Satz Tragmittel einschliesslich neuer Tragmittelaufhängungen für Fahrkorb und Gegengewicht (vgl. Leistungsverzeichnis Ziff. 10.30.20.1 und 10.40.10.1). Die Behauptungen in der Rekursantwort des Bau- und Verkehrsdepartements, wonach eine «marktoffene Steuerung (z.B. H____, I____, J____ etc.), auf deren Service und Ersatzteile alle Aufzugsunternehmen gleichermassen uneingeschränkt zugreifen können» verlangt sei, findet im Leistungsverzeichnis keine Stütze. Das gilt auch für die Behauptung, wonach ein

«marktoffener Treibscheibenantrieb (z.B.K____, L____, M____ etc.) ausgeschrieben [sei], der mit konventionellen Stahl-Tragseilen bestückt, von verschiedenen Tragseil-Lieferanten mit Ersatz-Tragseilen beliefert werden kann (z.B.N____, O____ etc.)» (Rekursantwort, Rz. 25). Derart detaillierte Anforderungen an die Marktoffenheit von einzelnen Bestandteilen sind dem Leistungsverzeichnis nicht zu entnehmen. Es ist deshalb zu prüfen, ob solche Anforderungen der allgemeinen Umschreibung der Aufgabe als geplante «Modernisierung mit marktoffenen Komponenten» sowie dem Charakter der ausgeschriebenen Leistung entsprechen. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Vergabebehörde bei der Umschreibung der Spezifikationen eines zu beschaffenden Produkts, wie bereits ausgeführt, über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt. Dies gilt bis zu einem gewissen Grad auch für die Frage der Erfüllung dieser Spezifikationen. Aus dem im Vergabeverfahren zentralen Transparenzgebot folgt aber auch, dass spezifische Anforderungen, deren Nichterfüllung zum Ausschluss vom Verfahren führen, in der Ausschreibung mit der erforderlichen Deutlichkeit aufgeführt sein müssen. Dem Bau- und Verkehrsdepartement ist darin beizupflichten, dass sich aus der Ausschreibung eine allgemeine Verpflichtung zur Verwendung von marktoffenen Komponenten ergibt und dass es möglich sein muss, den Unterhalt der Anlage nach Ablauf der Mindestdauer des Unterhaltsvertrags durch eine andere Firma ausführen zu lassen. Das Bau- und Verkehrsdepartement vermag aber weder in seiner Rekursantwort noch in der Duplik noch in der Quadruplik aufzuzeigen, dass das Angebot der Rekurrentin diesen Anforderungen nicht genügen würde. Insbesondere liegt kein erkennbarer Verstoß gegen die Marktoffenheit im Umstand begründet, dass für den Ersatz einzelner Komponenten eine vergleichsweise längere Liefer- und Bearbeitungsfrist zu erwarten sein soll. Das Bau- und Verkehrsdepartement vermag mithin nicht aufzuzeigen, dass die von der Rekurrentin angebotenen Komponenten nach Ablauf der fünfjährigen Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags die Vergabe der Wartungsarbeiten an einen anderen Anbieter rechtlich oder faktisch ausschliessen würden. Das Bau- und Verkehrsdepartement rügt zwar, dass die von der Rekurrentin angebotene Steuerung nicht über das gemäss Leistungsverzeichnis geforderte Klartextdisplay zur Anzeige von Betriebszuständen und Fehlermeldungen verfüge. Die Rekurrentin hält dem aber zutreffend entgegen, dass das Leistungsverzeichnis die Anforderung enthält, wonach die Betriebsstunden-, Fahrten- und Türbewegungszähler über ein Klartextdisplay abrufbar sein müssen, dass sie dieses Leistungsverzeichnis unterzeichnet hat und dass sie damit die Lieferung eines solchen Displays zugesichert hat (Rekursbeilage 8, S. 27 und 35). Im Übrigen lässt sich dem Leistungsverzeichnis keine Verpflichtung dafür entnehmen, dass im Klartextdisplay auch Angaben über Betriebszustände und Fehlermeldungen angezeigt werden müssten. Es liegt aber auf der Hand, dass solche Angaben (auch dann) abrufbar sein müssen, wenn die Wartung durch eine andere Firma durchgeführt werden soll. Den Ausführungen der Rekurrentin ist zu entnehmen, dass die geforderten Angaben über das von ihr vorgesehene Klartextdisplay ablesbar sind. Zwar bestreitet die Rekurrentin in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2020 die Behauptung des Bau- und Verkehrsdepartements in der Replik nicht substantiiert, wonach für die Betreuung der Komponenten der Rekurrentin, speziell der Steuerung, eine entsprechende Qualifikation der Rekurrentin und der Besitz des einschlägigen Servicetools respektive Programms erforderlich sei. Umgekehrt vermag das Bau- und Verkehrsdepartement die Ausführungen der Rekurrentin nicht zu widerlegen, wonach bereits aufgrund der rechtlichen Vorgaben Aufzugsanlagen so erstellt und übergeben werden müssen, dass die Wartung auch durch Drittunternehmen durchgeführt werden kann (Rz. 20 der Replik und Rz. 17 der Stellungnahme vom 21. September 2020

mit Verweis auf die Aufzugsverordnung [SR 930.112] sowie die Aufzugsrichtlinie 2014/33/EU des europäischen Parlaments und des Rats). Selbiges gilt auch für die Erklärung der Rekurrentin, wonach von ihr installierte Liftanlagen tatsächlich auch von anderen Unternehmen gewartet würden. Das Bau- und Verkehrsdepartement vermag damit nicht aufzuzeigen, dass das Angebot der Rekurrentin der allgemein gehaltenen Anforderung, wonach die Modernisierung der Aufzugsanlagen mit marktoffenen Komponenten erfolgen soll, nicht genügen würde. Entgegen der Darstellung des Bau- und Verkehrsdepartements kann daher der Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren auch nicht mit einem angeblich unvollständigen Angebot begründet werden.

Schliesslich macht das Bau- und Verkehrsdepartement nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass die von der Rekurrentin offerierten Komponenten den Qualitätsanforderungen nicht genügen würden oder für die Liftanlagen technisch nicht geeignet wären. Es liegen keinerlei Anzeichen für qualitative Mängel beim Angebot der Rekurrentin vor.

E. 5

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass das Angebot der Rekurrentin zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden ist. Einziges Zuschlagskriterium ist laut Ausschreibungsunterlagen der Preis. Gemäss Offerteröffnungsprotokoll (Rekursantwortbeilage 2) ist das Angebot der Rekurrentin preislich günstiger als jenes der Beigeladenen. Dem Verwaltungsgericht liegen aber nicht beide Offerten vor. Zudem ist nicht erkennbar, ob die Vorinstanz die Preisangaben der Rekurrentin geprüft und mit jenen der Beigeladenen verglichen hat. Entgegen dem Hauptantrag der Rekurrentin kann das Verwaltungsgericht somit den Zuschlag nicht direkt der Rekurrentin erteilen. Hingegen ist im Einklang mit dem Eventualantrag der Zuschlag an die Beigeladene aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen. Diese wird anhand der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu prüfen haben, ob der Zuschlag der Rekurrentin oder der Beigeladenen erteilt werden soll.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Rekurrentin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Beigeladene hat sich zwar in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2020 sinngemäss gegen den Rekurs gewandt und ist in diesem Sinne als unterliegend zu bezeichnen. Sie hat aber das vorliegende Rekursverfahren nicht verursacht und mit ihrer Eingabe nur unwesentlich zusätzlichen Aufwand verursacht. Es ist deshalb angebracht, der Beigeladenen gestützt auf § 30 Abs. 1 VRPG lediglich eine reduzierte Urteilsgebühr von CHF 500.■ aufzuerlegen.

Der Rekurrentin ist aufgrund des Obsiegens eine Parteientschädigung zuzusprechen, die gemäss den obigen Ausführungen zu drei Vierteln dem Bau- und Verkehrsdepartement und zu einem Viertel der Beigeladenen aufzuerlegen ist. Die Rekurrentin hat keine Kostennote eingereicht. Ihr Aufwand ist deshalb praxisgemäss zu schätzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Bau- und Verkehrsdepartement aufgrund des Rekurses dem Einwand gegen die Begründung des Ausschlusses in der ursprünglich angefochtenen Verfügung nach ergänzenden Sachverhaltsermittlungen gefolgt ist. Mit der in der Rekursantwort vorgetragenen neuen Eventualbegründung konnte sich die Rekurrentin demgemäss erst mit der Replik auseinandersetzen, was zu zusätzlichem Aufwand geführt hat. Insgesamt ist von einem angemessenen Aufwand von 30 Stunden auszugehen, welcher

gemäss Überwälzungstarif zu CHF 250.■ zu entschädigen ist. Demgemäss ist der Rekurrentin eine Parteientschädigung von CHF 7'500.■ inklusive Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist im Umfang von CHF 1'875.■ (zzgl. MWST) der Beigeladenen und im Umfang von CHF 5'625.■ (zzgl. MWST) dem Bau- und Verkehrsdepartement aufzuerlegen.

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