

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.40 vom 4. September 2021

BS Appellationsgericht, 2021-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.40

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.40 du 4 septembre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.40 del 4 settembre 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]).

1.4 Das vorliegende Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosser 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.2019.68 vom 11. November 2019 E. 1.3).

1.5 Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und damit implizit auf eine solche verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.3).

E. 2

Juni 2021 E. 3.3 f., mit Hinweisen).

E. 2.1

2.1.1 Die Rekurrentin macht in ihrem Rekurs im Wesentlichen geltend, dass es sich bei der den Zuschlag erhaltenen Offerte der Beigeladenen um eine unzulässige Unternehmervariante handle. In der Ausschreibung im Kantonsblatt vom 23. Dezember 2020 sei unmissverständlich festgehalten worden, dass weder Varianten noch Teilangebote zugelassen würden. Gemäss der Ausschreibung sei die Einreichung einer Unternehmervariante somit unzulässig und die Einreichung einer solchen habe zwingend zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu führen. Daran ändere nichts, dass in den Angebotsbedingungen von einer freien Wahl der Produkte die Rede sei und ausgeführt werde, dass zwingend schriftlich mittels separatem Schreiben auf eine Unternehmervariante

mit Angabe von Mehr- und / oder Minderpreise hingewiesen werden müsse. Diese Ausführungen würden nichts daran ändern, dass in der im Kantonsblatt veröffentlichten Ausschreibung Varianten ausdrücklich ausgeschlossen worden seien. Nur diese Publikation im Kantonsblatt könne relevant sein. Bei einer Änderung dieser Bedingungen hätte die Beschaffung neu ausgeschrieben werden müssen. Eine weitere Publikation sei jedoch nicht erfolgt.

2.1.2 Den Ausführungen der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass in der Ausschreibung vom 23. Dezember 2020 angegeben war, dass weder Varianten noch Teilangebote zugelassen würden. In den «Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen» der Ausschreibungsunterlagen wurden die Anbieterinnen jedoch darauf hingewiesen, dass sie das Recht hätten, gegenüber den in der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkten abzuweichen und «gleichwertige Produkte einzusetzen, die identische Spezifikationen und Funktionalitäten haben, wie die Ausgeschriebenen» (vgl. Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen, Ziffer 6.2 «Freie Wahl der Produkte»). Dazu wurde weiter ausgeführt, dass die Anbieterinnen bei der Verwendung von anderen Materialien und Produkten für die Kalkulation diese «zwingend schriftlich mittels separatem Schreiben auf eine Unternehmervariante mit Angabe von Mehr- und / oder Minderpreisen» zur Kenntnis zu bringen hätten. Dieses Schreiben sei dem Angebot beizulegen (vgl. Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen, Ziffer 7 «Bedingungen zur Submissionseingabe»). Die Vergabestelle weist in ihrer Rekursantwort zu Recht darauf hin, dass die Einreichung einer Offerte, bei welcher nicht von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen wird, keine Unternehmervariante im Sinn des Vergaberechts darstellt (Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zürich 2020, Rz. 303 S. 201). Erklärt die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen bestimmte technische Spezifikationen für nicht zwingend, so können die Anbieterinnen davon auch in ihrer Grundofferte abweichen; es ist nicht erforderlich, dass eine die Spezifikation beachtende Grundofferte und zudem eine Variante eingereicht werden (VGer GR U 18 42 vom 18. September 2018; Beyeler, a.a.O., Rz. 296 S. 199). Dass, wie erwähnt, die im Leistungsverzeichnis aufgeführten spezifischen Produkte- bzw.

Markenbezeichnungen durch «gleichwertige Produkte» ersetzt werden dürften, die identische Spezifikationen und Funktionalitäten haben wie die ausgeschriebenen, ist unbestritten. Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass diese Zulassung von alternativen, aber gleichwertigen Produkten bei der Verwendung von Marken zur Umschreibung der im konkreten Beschaffungsgeschäft verlangten technischen Spezifikation des Beschaffungsgegenstands in den Ausschreibungsunterlagen vergaberechtlich in der Regel zwingend zu erfolgen hat (vgl. Rekursantwort, Rz. 18 f.). Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt in der Ausschreibung 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.2019.104 vom 16. Dezember 2019 E. 3.2, 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). Nur wenn es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, darf die Vergabebehörde im Rahmen ihrer Leistungsumschreibung ausnahmsweise z.B. auf ein Markenprodukt verweisen, muss in diesem Fall aber die Worte «oder gleichwertig» beifügen (VGE VD.2019.104 vom 16.

Dezember 2019 E. 3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 405 S. 182 f.). Die Vergabestelle ist somit in der Ausschreibung mit dem Hinweis auf die Zulassung von gleichwertigen Alternativen zu den aufgeführten spezifischen Produkten den vorgenannten vergaberechtlichen Vorgaben gefolgt. Diese Zulassung von gleichwertigen Produkten wurde in den Ausschreibungsunterlagen bei den Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen verbindlich und transparent dargestellt. Im vorliegenden Fall hat die Beigeladene zwei Offerten eingereicht und diese als «Grundofferte» und «Alternative» bezeichnet. Im Begleitschreiben zur Offerteinreichung wurde ausgeführt, dass die alternative Produktevariante nach Ansicht der Beigeladenen «absolut gleichwertig und für das Projekt vorteilhaft» sei. Dass das Angebot mit den alternativen Produkten als «Variante» bezeichnet wird, ändert an der sachlichen Qualifikation dieser Offerte nichts. Eine Unternehmervariante liegt nach Praxis und Lehre lediglich dann vor, wenn eine Offerte vom Leistungsverzeichnis abweicht, d. h. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht (VGer ZH VB.2015.00522 vom 24. November 2015 E. 2.3, mit Hinweisen). Soweit die Vergabestelle bei ihrer Prüfung zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, dass die alternativ eingesetzten Produkte gegenüber den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkten gleichwertig sind und somit den Bedingungen der Ausschreibung entsprechen, ist die Offerte der Beigeladenen mit diesen Produkten nicht als Variante im Sinn von § 23 Abs. 4 BeschG resp. als Unternehmervariante zu qualifizieren, welche gemäss den Ausschreibungsbedingungen nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Ob in materieller Hinsicht diese Gleichwertigkeit gegeben ist, wird weiter unten geprüft (vgl. unten E. 2.3). Ebenfalls nicht gegen die Rechtmässigkeit der Berücksichtigung dieser Offerte mit alternativen Produkten spricht die Tatsache, dass die Beigeladene daneben eine andere Offerte unter Zugrundelegung der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkte eingereicht hat. Den Anbietenden ist es auch beim Ausschluss von Unternehmervarianten unbenommen, zwei Offerten einzureichen, bei welchen in beiden Fällen nicht von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen wird. Zudem ist zugunsten der Beigeladenen zu berücksichtigen, dass die Terminologie in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich nicht klar war, zumal in den Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen von einem separaten Schreiben «auf einer Unternehmervariante» gesprochen wurde, auf welchen bei der (zulässigen) Verwendung von anderen Materialien und Produkten für die Kalkulation Mehr- und / oder Minderpreise zur Kenntnis zu bringen seien. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beigeladene und die Vergabestelle in der Folge bei der Beurteilung der Offerte der Beigeladenen mit alternativen Produkten von einer Unternehmervariante gesprochen haben. Es wäre unter diesen Umständen nicht vertretbar und auf jeden Fall überspitzt formalistisch gewesen, das Angebot der Beigeladenen mit den vorgesehenen Alternativprodukten von der Vergabe auszuschliessen (vgl. BGer 2C_920/2020 vom

E. 2.2

2.2.1 Die Rekurrentin macht weiter geltend, dass das Angebot der Beigeladenen mit den Alternativprodukten nicht hätte zur Evaluation zugelassen werden dürfen, da es im Offertöffnungsprotokoll nicht erwähnt worden sei. Das ursprüngliche Offertöffnungsprotokoll sei von drei Zeugen bestätigt worden. Eine nachträgliche Korrektur dieses Offertöffnungsprotokoll sei nicht zulässig. Der Eingang der Unternehmervariante und deren rechtzeitige Einreichung würden alleine mit einer Eingangsbestätigung belegt, welche jedoch nur den Eingang einer Offerte bestätige. Der Beweis der rechtzeitigen

Einreichung der Unternehmervariante durch Zeugen fehle hier nachweislich. Damit liege ein schwerer Formfehler vor, welcher gemäss Rechtsprechung und Lehre sowie § 23 Abs. 2 BeschG zwingend zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen führen müsse.

2.2.2 Die Rekurrentin weist zu Recht darauf hin, dass den Formvorschriften im Submissionsverfahren ein hoher Stellenwert zukommt, da sie wichtige Vergabeprinzipien ■ namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot ■ sichern. Das Offertöffnungsprotokoll soll unter anderem verhindern, dass eine verspätet eingereichte Variante doch noch berücksichtigt wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 662 S. 287). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat deshalb in einer Entscheidung vom 17. Mai 2010 die nachträgliche Korrektur alleine durch den Projektleiter eines bereits von Anfang an nicht im Einklang mit den entsprechenden Formvorschriften erstellten Offertöffnungsprotokolls als unzulässig kritisiert. Aufgrund der unklaren Umstände bei dieser Korrektur respektive Ergänzung des Offertöffnungsprotokolls könne nicht als belegt gelten, dass die Angebotsvariante der Mitbeteiligten innerhalb der Frist vollständig eingereicht worden sei (VGer ZH VB.2010.00171 vom 17. Mai 2010 E. 3.1.5). Von dieser Sachlage, die das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zu beurteilen hatte, ist der vorliegende Sachverhalt allerdings klar zu unterscheiden. Im unterzeichneten Offertöffnungsprotokoll vom 2. Februar 2021 wurde ordnungsgemäss festgestellt, dass die Offerte der Beigeladenen eingetroffen ist. Dass die Vertreter der Anbietenden bei der Offertöffnung lediglich per Video zugeschaltet waren, ist aufgrund der pandemiebedingten Einschränkungen nicht zu beanstanden und wurde auch von keiner Partei moniert. Für die Beigeladene war es bei diesen Umständen in nachvollziehbarer Weise lediglich entscheidend, dass ihr Angebot rechtzeitig eingegangen ist, was durch die Zeugen bestätigt worden ist. Fraglich ist angesichts der mangelnden Erwähnung im ursprünglichen Offertöffnungsprotokoll, ob der rechtzeitige Eingang des zweiten Angebots der Beigeladenen erstellt ist. Dies ist aufgrund der vorliegenden Umstände klar zu bejahen. Die Beigeladene hatte im Begleitschreiben vom 1. Februar 2021 zu den eingereichten Unterlagen lediglich von einem Angebot gesprochen. In diesem Angebot befand sich aber einerseits ein Preisangebot basierend auf den im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Produkte und andererseits ein Preisangebot basierend auf Produkten, welche gemäss den Ausführungen der Beigeladenen absolut gleichwertig und für das Projekt vorteilhaft seien. Dass die Beigeladene diese beiden Preisangebote mit einer Eingabe einreichte und diese im obersten Begleitschreiben vom 1. Februar 2021 gesamthaft als Angebot bezeichnete, ist aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung nicht zu beanstanden. Es ist in diesem Zusammenhang nochmals festzustellen, dass in Ziffer 7 der Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen ausgeführt wurde, dass die Anbieterinnen bei der Verwendung anderer Materialien und Produkte für die Kalkulation diese «zwingend schriftlich mittels separatem Schreiben auf eine Unternehmervariante mit Angabe von Mehr- und / oder Minderpreisen» zur Kenntnis zu bringen hätten. Dieses Schreiben sei dem Angebot beizulegen. Mit der Beilage der beiden Deckblätter «Preisangebot» mit den zwei Berechnungen und den dazugehörigen detaillierten Angaben im unveränderten Leistungsbeschrieb einerseits und dem Leistungsbeschrieb mit gewissen Alternativprodukten mit dazugehörigem (separatem) Begleitschreiben (vgl. hierzu oben E. 2.1.2) andererseits ist die Beigeladene den ■ durchaus interpretationsbedürftigen ■ Vorgaben in den Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen vollumfänglich nachgekommen. Aufgrund des sich in den Akten befindlichen so ausgestalteten «Angebots» konnte das Verwaltungsgericht sich selbst davon überzeugen, dass die Beigeladene die beiden Preisangebote gleichzeitig und zusammen

eingereicht hat und dass sich die Bestätigung im Offertöffnungsprotokoll betreffend Eingang auf beide Preisangebote bezieht. Es ist daher trotz der mangelnden Erwähnung des zweiten Preisangebots im Offertöffnungsprotokoll als erstellt zu betrachten, dass das gesamte Angebot mit den zwei Preisangeboten bei der Offertöffnung tatsächlich bereits eingereicht worden war und vorlag. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegt somit kein Fehler im Sinn von § 23 Abs. 2 des BeschG vor. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegt auch keine Verletzung der in § 24 BeschG aufgeführten Formvorschriften zur Offertöffnung vor. Im Einklang mit diesen Vorgaben wurden vorliegend die Angebote, darunter auch das Angebot der Beigeladenen mit den zwei Preisangeboten, von mindestens zwei Vertreterinnen und Vertretern geöffnet, die Anbietenden zur Öffnung (pandemiebedingt nur per Videokonferenz) eingeladen und ein Protokoll der Offertöffnung erstellt. Die Offertöffnung erfolgte somit im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Fehlerhaft war alleine die mangelnde Aufführung des zweiten Preisangebots der Beigeladenen im Protokoll. Aufgrund der vorstehend beschriebenen Ausgestaltung der Offerte der Beigeladenen mit den zwei Preisangeboten darin ist aber nachvollziehbar, dass das zweite Preisangebot bei der Offertöffnung übersehen und daher auch nicht in das Protokoll aufgenommen worden ist. Dabei ist auch zu beachten, dass die Anbieterinnen pandemiebedingt der Offertöffnung zwar via Videokonferenz folgen, sich aber nicht mündlich zuschalten konnten, was von der Rekurrentin in ihrer Replik nicht bestritten wird. Die Beigeladene hat bereits an dem auf die Offertöffnung folgenden Tag mit E-Mail vom 3. März 2021 die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass sie ebenfalls eine «Unternehmervariante» eingegeben habe, was möglicherweise bei der Offertöffnung «etwas untergegangen sei». Diese Intervention ist aufgrund der vorbeschriebenen Umstände nicht als verspätet anzusehen. In der Folge hat die Vergabestelle diesen Einwand geprüft und ist zu Recht zum Schluss gekommen, dass aufgrund der vorliegenden Umstände ein Ausschluss des rechtzeitig eingereichten und gemäss den Vorgaben ausgestalteten Angebots mit den zwei Preisangeboten nicht zulässig wäre. Diese Beurteilung ist aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus (vgl. BGer 2C_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 3.3 f., mit Hinweisen) ebenfalls nicht zu beanstanden.

2.3Zu prüfen bleibt, ob die Vergabestelle in der Folge in materieller Hinsicht zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass die Preisangebote der Beigeladenen mit den alternativen Produkten respektive die dafür vorgesehenen Produkte tatsächlich als gleichwertig zu qualifizieren sind.

2.3.1Die Rekurrentin macht dazu geltend, dass die Beigeladene die wesentlichen Produkte in ihrer «Unternehmervariante» geändert habe. Namentlich seien die in der Ausschreibung verlangten Crestron-Produkte durch AMX-Produkte und die DSP Biamp Lösung durch eine QSC/Shure Lösung ersetzt worden. Aus technischer Sicht könnten die in der Unternehmervariante geänderten und offerierten Produkte nicht als gleichwertig angesehen werden. Insbesondere seien diese Produkte im Gegensatz zu den in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen und von der Rekurrentin offerierten Produkte nicht Dante fähig, sondern unterstützen nur AES67. Bei Dante («Digital Audio Network Through Ethernet») handle es sich um eine Kombination aus Hardware, Software und einem Netzwerkprotokoll, welche es erlaube, mehrere Kanäle unkomprimierter digitaler Audiosignale mit geringer Latenzzeit über ein Netzkabel zu übertragen. Dante sei in Europa, wenn nicht sogar weltweit, marktführend und lasse sich mit allen aktuellen Netzwerkkomponenten, die standardmässig auch für die Computer und

Bürokommunikation verwendet würden, einsetzen. Es könne somit ohne Softwareentwicklung integriert werden und werde von den meisten Herstellern unterstützt. Im Gegensatz dazu lege der AES67-Standard nur fest, wie die Geräte die Audiodaten austauschen würden. Es gebe weder eine offizielle Soft- oder Hardware, noch eine Implementierung, wie sich die Geräte erkennen und managen würden, weshalb AES67 weit von einer herstellerübergreifenden funktionierenden Audioschnittstelle entfernt sei. In einer dem Rekurs beigelegten Tabelle wurden Unterschiede der angebotenen Technologien in Bezug auf das Audio Netzwerk geltend gemacht (Rekursbeilage 11). Vorgebracht wurde dabei, dass Dante gegenüber AES67 ein höherwertiger Standard und weiter verbreitet sei, eine einfache Netzwerkintegration durch Auto Discovery Funktion, eine komfortablere Inbetriebnahme und Support mithilfe der Dante-Controller und Dante-Domain-Manager Software aufweise und eine verschlüsselte Übertragung ermögliche. Signale könnten über die Software benannt und so im Netzwerk einfach identifiziert werden und es sei eine direkte Signalübertragung an PCs oder MACs über Ethernet Adapter möglich. Zudem sei eine Realisierung des Projektes mit Dante und Crestron gegenüber der Lösung mit AES67 und AMX/QSC eindeutig nachhaltiger, da spätere Erweiterungen und Anpassungen kostengünstiger und einfacher umgesetzt werden könnten. Weiter würden die Crestron Encoder im Gegensatz zum AMX, welcher nur einen HDMI Eingang habe zwei HDMI Eingänge aufweisen. Gemäss Leistungsverzeichnis sei in den Hörsälen und den Seminarräumen des Neubaus Swiss TPH je ein AV-Encoder mit 2 HDMI Eingängen gefordert. Diesen Anforderungen genüge das in der Unternehmervariante offerierte Produkt AMX nicht, weshalb auch unter diesem Aspekt nicht von einem gleichwertigen Angebot ausgegangen werden könne. Die Gleichwertigkeit sei auch deshalb streng zu prüfen, da die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Rekurrentin und demjenigen der Unternehmervariante der Beigeladenen nur sehr gering sei.

2.3.2 Die Vergabestelle weist in ihrer Rekursantwort den Einwand der mangelnden Gleichwertigkeit zurück. Es sei Tatsache, dass verschiedene Produkte im zweiten Angebot der Zuschlagsempfängerin auf dem System der Firma AMX beruhen würden, während die Produkte gemäss Leistungsverzeichnis mit einem System der Firma Crestron funktionieren würden. Bei diesen beiden Systemen handle es sich um die zwei grössten derzeitigen AV-Systeme am Markt (vergleichbar mit den mobilen Betriebssystemen Android und iOS). Das von der Rekurrentin angeführte «Dante» sei eine proprietäre Netzwerklösung für digitale Medien, die in 100-Mbit/s- und Gigabit-Netzwerken mit Standard-Internetprotokoll (IP) über Ethernet betrieben würden. Es ermögliche den Transport von unkomprimiertem Audio über Standard-IP-Netzwerke. Die mit Dante einhergehenden technischen Eigenschaften würden unter Fachleuten im Vergleich zu AMX-Produkten mit dem Standard AES67 nicht zwingend als Vorteile beurteilt, wie dies die Rekurrentin geltend mache. Es handle sich stattdessen schlicht um spezifische technische Lösungen, die mit AMX-Produkten auf anderen Wegen mit durchaus vergleichbarem Resultat erreicht würden. Die von der Rekurrentin auf einer Vergleichstabelle dargestellte Gegenüberstellung der Produkte sei nicht korrekt. Die von der Rekurrentin behaupteten Vorteile des von ihr angebotenen Produktes würden bestritten. Es liege keine relevante Höherwertigkeit (Audioqualität) vor. Die Autodiscovery-Funktion und der Dante-Controller seien ohne Mehrwert für das vorliegende System, zumal Supportmeldung über DSP oder Encoder erfolgen würden. Ein Domain-Manager sei gar nicht ausgeschrieben gewesen und eine verschlüsselte Übertragung sei nicht gefordert gewesen. Die Signale könnten vorliegend vom DSP empfangen werden und müssten einmal richtig

aufgesetzt werden. Die Benennung durch Software bringe keinen Mehrwert. Eine direkte Signalübertragung an PC■s oder MAC■s über Ethernet Adapter werde nicht verlangt. Im Übrigen seien die spezifischen technischen Eigenschaften der Crestron-Produkte vorliegend auch gar nicht von Relevanz. Die spezifische Benennung im Leistungsverzeichnis sei nicht mit Blick auf diese Produkteigenschaft (Dante) erfolgt. Die alternativ von der Beigeladenen angebotenen Produkte würden über ihre AES67-Lösung eine qualitativ gleichwertige Verteilung der Audiosignale ermöglichen. Dies sei insbesondere darin begründet, dass vorliegend die Audiostreams über Dante-fähige DSP-Einheiten geführt würden, welche diese über Dante oder AES67 entgegennehmen könnten. Die Auftraggeberin erhalte damit ein in jeder Hinsicht gleichwertiges Produkt. Bestritten werde die Behauptung der Rekurrentin, ihr Produkt sei nachhaltiger. Diese begründe auch in keiner Weise, weshalb angeblich «spätere Erweiterungen und Anpassungen kostengünstiger und einfacher umgesetzt werden» könnten. Nicht von Bedeutung sei ferner die von der Rekurrentin erwähnte Anzahl von HDMI-Eingängen. Die vorliegenden Produkte würden über eine genügende Anzahl von HDMI-Eingängen verfügen. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin werde im Leistungsverzeichnis an keiner Stelle ein AV-Encoder mit 2 HDMI-Eingängen verlangt.

2.3.3 Die vorliegende Ausschreibung erfolgte als Teil der Ausschreibungen im Zusammenhang mit dem Neubau des Schweizerischen Tropen- und Public Health-Instituts in Allschwil. Zur Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung war in den Ausschreibungsunterlagen ein umfangreiches Leistungsverzeichnis enthalten. Zudem enthielten die Ausschreibungsunterlagen Übersichtspläne mit detaillierten Angaben über die Positionierung und Verteilung der verschiedenen Aufbewahrungsanlagen mit einzelnen angegebenen Produkten inklusive der Angabe der Markenbezeichnung. Bei den Vorbemerkungen zum 97 Seiten umfassenden Leistungsverzeichnis wurde verlangt, dass dieses vollständig ausgefüllt werden müsse. Bei den im Leistungsverzeichnis aufgeführten individualisierten und mit Markenbezeichnung festgelegten Produkten war jeweils eine von den Anbietenden einzutragende Angabe über ein gleichwertiges Produkt möglich. Wie bereits erwähnt, wurde dazu in den Angebotsbedingungen und Angebotsgrundlagen unter der Ziffer 6.2 «Freie Wahl der Produkte» ausgeführt, dass die Unternehmer die Möglichkeit hätten, gleichwertige Produkte einzusetzen, die identische Spezifikationen und Funktionalitäten wie die Ausgeschriebenen haben müssten. Damit hat die Vergabestelle klar zum Ausdruck gebracht, dass die auch markenmässig definierte Produktauflistung im Leistungsverzeichnis nicht als verbindliche Bedingungen zur Vollendung dieser Produkte zu verstehen ist, sondern als individualisierte Umschreibung des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands. Es ist aufgrund dieser Ausgestaltung der Ausschreibung nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die Gleichwertigkeit der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkte im Vergleich zu dem von der Beigeladenen aufgeführten Produkt in Bezug auf die geforderte Funktionalität hin geprüft hat. Die Vergabestelle hat durch das für diese Beschaffung beigezogene spezialisierte Unternehmen eine Vergleichsprüfung durchführen lassen, welche die Gleichwertigkeit mit ausführlichen und detaillierten Angaben bestätigt. Es wurde mit einer entsprechend detaillierten Begründung aufgezeigt, dass die alternativ aufgeführten Produkte entweder als gleichwertig oder in einigen Fällen sogar als hochwertiger zu bezeichnen sind. An der Schlüssigkeit und Richtigkeit dieser fachlichen Einschätzung vermögen die generell gehaltenen Einwände der Rekurrentin, wonach Dante gegenüber AES67 ein höherwertiger Standard und weiter verbreitet sei, eine einfache Netzwerkintegration durch Auto Discovery Funktion, eine komfortablere

Inbetriebnahme und Support mithilfe der Dante-Controller und Dante-Domain-Manager Software aufweise, nichts zu ändern. Soweit in der Rekursbegründung respektive in der Beilage dazu angebliche Vorteile der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkte im Vergleich zu AMX-Produkten mit dem Standard AES67 substantiiert aufgeführt wurden, konnten diese in der Rekursantwort mit den entsprechenden Beilagen dazu nachvollziehbar und begründet widerlegt werden. Wie soeben erwähnt (vgl. E. 2.3.2) wurde insbesondere aufgezeigt, dass die von der Beigeladenen angebotenen Produkte über ihre AES67-Lösung eine qualitativ gleichwertige Verteilung der Audiosignale ermöglichen und dass die Audiostreams über Dante-fähige DSP-Einheiten geführt werden, welche diese über Dante oder AES67 entgegennehmen können. Weiter wurde begründet aufgezeigt, dass die Autodiscovery-Funktion und der Dante-Controller sowie die Benennung von Signalen über die Software für das zu beschaffende System keinen Mehrwert bringen würden und dass ein Domain-Manager gar nicht ausgeschrieben und eine verschlüsselte Übertragung sowie eine direkte Signalübertragung an PC■s oder MAC■s über Ethernet Adapter nicht verlangt worden sind. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin in der Replik ist die funktionale Beurteilung der Gleichwertigkeit durch die Vergabestelle nicht zu beanstanden. Daraus, dass im Leistungsverzeichnis und in den Übersichtsplänen jeweils auch markenmässig bestimmte Produkte aufgeführt waren, lässt sich nicht ableiten, dass jede Eigenschaft von jedem Produkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zwingend gleich sein müsse, ansonsten die Verwendung von alternativen Produkten verunmöglicht würde. So lässt sich etwa aus der Auflistung von Produkten mit zwei HDMI-Eingängen im Leistungsverzeichnis nicht ableiten, dass diese Anzahl der HDMI-Eingänge für die geforderte Gleichwertigkeit eines Alternativprodukts erforderlich sei oder nicht. Es liegt vielmehr im sachlich auszuübenden Ermessen der Vergabestelle zu prüfen, ob auch ein alternatives Produkt mit nur einem HDMI-Eingang für die geforderte Funktionalität des Systems als gleichwertig zu beurteilen ist oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass der Vergabestelle sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung von Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zusteht, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal im Rekursverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. oben E. 1.4). 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.2020.192 vom 12. Mai 2021 E. 2.2.5, VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 2.3). Dies muss analog auch für die von der Vergabestelle vorgenommene Bewertung der Gleichwertigkeit von alternativ angebotenen Produkten gelten. Es ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle bei der Bejahung der Gleichwertigkeit der von der Beigeladenen alternativ angebotenen Produkte und damit bei der Berücksichtigung des entsprechenden Preisangebots öffentliches Recht nicht richtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen haben soll. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin kann bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte die

aus Sicht der Rekurrentin geringfügige Preisdifferenz keine Rolle spielen. Es wäre vielmehr vergaberechtlich nicht zulässig, bei einem günstigeren Angebot mit einem als gleichwertig beurteilten Produkt den Zuschlag nicht der entsprechenden Anbieterin zu erteilen, wenn als einziges Zuschlagskriterium der Preis aufgeführt wird. Aus dem gleichen Grund vermögen auch die von der Rekurrentin ■ unter Berufung auf verschieden lange Anfahrtswege ■ vorgebrachten ökologischen Vorteile im Falle der Auftragsvergabe an sie keine Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids zu begründen.

E. 3

Der Rekurs ist nach dem Gesagten abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten gemäss § 30 Abs. 1 VRPG i.V.m. § 23 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (SG 154.810) 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.