

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.5 vom 8. April 2021

BS Appellationsgericht, 2021-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.5

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.5 du 8 avril 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.5 del 8 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann gegen den Zuschlag in einem öffentlichen 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 Rekurse sind samt Begründung innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlages oder der schriftlichen Begründung an das Verwaltungsgericht zu richten (§ 30 Abs. 1 BeschG). Die erweiterte Begründung des Zuschlagsentscheids vom 4. Januar 2021 wurde der Rekurrentin am 5. Januar 2021 zugestellt. Die Rekurerhebung am 15. Januar 2021 erfolgte damit fristgerecht.

1.3 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 Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, genügt grundsätzlich nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der 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.2019.241 vom 16. Juni 2020 E. 1.2; jeweils mit Hinweisen). Das BVD macht in seiner Rekursantwort vom 1. März 2021 geltend, dass die Rekurrentin entgegen den Angaben im Rekurs nicht Zweit- sondern Drittplatzierte sei. Dem öffentlichen Offertöffnungsprotokoll könne ohne weiteres entnommen werden, dass zwei preislich günstigere Angebote als dasjenige der Rekurrentin vorgelegen hätten. Neben dem Angebot der Beigeladenen sei dies dasjenige der D___ gewesen. Die Rekurrentin weist in ihrer Replik vom 18. März 2021 allerdings zu Recht darauf hin, dass im Offertöffnungsprotokoll vom 22. September 2020 lediglich eine Variante des Angebots der D___ günstiger ist als das Angebot der Rekurrentin. Weiter ist der Rekurrentin grundsätzlich beizupflichten, dass weder aus den Ausführungen des BVD in der erweiterten Begründung vom 4. Januar 2021 noch aus der Rekursantwort vom 1. März 2021 hervorgeht, ob die Gleichwertigkeit des Variantenangebots der D___ geprüft resp. bejaht worden ist. Es ist damit nicht ersichtlich, ob die Rekurrentin bei einem allfälligen Ausschluss der Beigeladenen den Zuschlag erhalten würde. Ob die Rekurslegitimation der Rekurrentin in dieser Situation zu bejahen ist oder nicht, kann im Ergebnis offenbleiben, da der Rekurs mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen ohnehin abzuweisen ist.

1.4 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.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 1.4).

E. 2

2.1 Das BVD hat in der angefochtenen erweiterten Begründung ausgeführt, dass der Zuschlag gemäss den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien an den günstigsten Anbieter erfolgt sei. Die Rekurrentin habe gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 22. September 2020 ein Angebot in der Höhe von CHF 464'442.17 eingereicht. Das Angebot der Beigeladenen habe gemäss Offertöffnungsprotokoll bei CHF 307'927.50 gelegen. Im Rahmen der Prüfung der Angebote seien die Preise bereinigt und offensichtliche Fehler korrigiert worden. Dadurch habe sich lediglich das Angebot der Rekurrentin um wenige Rappen auf CHF 464'442.15 angepasst. Beim Angebot der Beigeladenen hätten keine Preise bereinigt werden müssen. Somit habe die Beigeladene das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht und in der Folge den Zuschlag erhalten. In Bezug auf die Gleichwertigkeit der von der Beigeladenen angebotenen Leuchten führte das BVD aus, dass die Beleuchtung aufgrund des Konkurses des Zuschlagsempfängers aus der vorangehenden Ausschreibung von BKP 233 neu ausgeschrieben werden müssen. Dies habe auf der Baustelle eine besondere Situation ergeben. Die Einbetonierdosen der Downlights seien im bereits erstellten Rohbau schon verbaut gewesen. Daher sei in diesem Bereich ein besonderes Augenmerk auf die Produkte gefordert gewesen, die zu den bereits verbauten Teilen passen müssen. Deshalb sei im Leistungsverzeichnis der Passus «Produktezwang» eingefügt worden. Es seien in der Auswertung der Angebote bei allen Leuchtengruppen (Downlights, Pendelpunktleuchten, Pendelbalkenleuchten, Sporthallenleuchten) die Grösse/Passgenauigkeit, die Leuchtstärke, die Materialien, die Funktionalität und die Optik hinsichtlich der Gleichwertigkeit geprüft worden. Die von der Beigeladenen angebotenen Leuchten würden die geforderte Gleichwertigkeit in allen Punkten erfüllen und das Angebot erfülle auch die übrigen Anforderungen vollumfänglich. Da gemäss § 9 lit. f BeschG die zu den Angeboten gehörenden Angaben und Unterlagen vertraulich zu behandeln seien, könne der Rekurrentin entgegen ihrem Antrag keine Einsichtnahme in die Datenblätter und die Lichtberechnungen der von der Beigeladenen angebotenen Leuchten gewährt werden.

E. 2.2

2.2.1 In ihrem Rekurs vom 15. Januar 2021 (Rz. 8) und in der Replik vom 18. März 2021 (Rz. 20) macht die Rekurrentin in verfahrensrechtlicher Hinsicht geltend, dass die Nichtgewährung der Einsichtnahme in die von der Beigeladenen eingereichten Datenblätter der von ihr eingesetzten Produkte sowie der entsprechenden Lichtberechnungen eine Verletzung des Prinzips der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs darstellen würde.

2.2.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vertraulichkeit der Unterlagen von Konkurrenten, welche vertrauliche Angaben, namentlich Geschäftsgeheimnisse enthalten, wird durch § 9 lit. f BeschG explizit geschützt. Ausgenommen von diesem Schutz sind nach dieser Bestimmung einzig das Protokoll über die Öffnung der Angebote und die nach der

Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen. Damit hat der kantonale Gesetzgeber die Vertraulichkeit der Informationen gemäss Art. 11 lit. g IVöB im kantonalen Recht weiter konkretisiert. Auch § 17 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (VRöB) sieht vor, dass die eingereichten Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich behandelt werden müssen und nicht ohne Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage Dritten bekannt gemacht werden dürfen. Die Vertraulichkeit der Offerten zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Mitbewerber begrenzt auch den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV, SR 101) im Rechtsmittelverfahren. Daher besteht nach bundesgerichtlicher und auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens kein Recht auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (BGer 2C_450/2011 vom 25. September 2011 E. 3, 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.1; VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 2.2). Zu den vertraulichen Informationen gehören auch die von den Anbietenden eingereichten Datenblätter der von ihr eingesetzten Produkte sowie der entsprechenden Lichtberechnungen, da es sich dabei um technische Detailangaben und Spezifikationen und somit Geschäftsgeheimnisse der Anbietenden handelt (VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 2.3). Der Rekurrentin wurde daher zu Recht keine Einsichtnahme in diese Dokumente gewährt. Das Gericht wird aber entsprechend dem zutreffenden Hinweis in der Replik (Rz. 8) den Umstand, dass der Rekurrentin kein Einblick in diese Unterlagen gewährt werden kann, angemessen zu würdigen haben.

E. 2.3

2.3.1 In materieller Hinsicht macht die Rekurrentin in ihrem Rekurs vom 15. Januar 2021 (Rz. 4 bis 6) geltend, dass sich die Differenz beim Preis der Angebote der Rekurrentin und der Beigeladenen nur dadurch erklären liesse, dass das Angebot der Beigeladenen im Hinblick auf die Qualität, das Design, die Marke sowie die elektronischen Komponenten der Produkte nicht gleichwertig sei mit den von den übrigen Offerenten angebotenen Produkten. Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen habe unter anderem in der Spalte «Beschrieb» für sämtliche Profilleuchten gependelt die Spezifikationen «4000K, >3000lm/lm, Abdeckung curved, alu/m [], DALI» enthalten. Im selben Leistungsverzeichnis sei ausdrücklich auf den Produktezwang hingewiesen worden. Dies sei deshalb notwendig gewesen, weil bereits Betonaussparungen und Einbauegehäuse vorhanden gewesen seien und die Produkte in jene Aussparung hätten passen müssen. Alternativen seien nur insofern zulässig gewesen, als sie einer detaillierten Prüfung der Gleichwertigkeit standhalten würden. Die Zulässigkeit von solchen «gleichwertigen Alternativen» könne sich indessen nur auf die Passgenauigkeit der Produkte beziehen und nicht etwa bedeuten, dass optische Abweichungen oder grundlegend andere Ausführungen oder Beschaffenheit der Leuchten ebenfalls erlaubt gewesen seien. Die Rekurrentin verfüge über Hinweise darauf, dass die von der Beigeladenen offerierten Leuchtentypen von den in der Ausschreibung verlangten Spezifikationen im Hinblick auf die Optik grundlegend abweichen würden. Beispielsweise seien etwa Leuchten mit opaler Abdeckung wesentlich günstiger erhältlich. Das Leistungsverzeichnis verlange jedoch klar eine «curved»-Abdeckung. Ein Produkt mit opaler Abdeckung wäre weder in optischer Hinsicht gleichwertig wie das verlangte Produkt, noch wäre die Lichtwirkung mit jenem vergleichbar.

E. 2.3.2

2.3.2.1 Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle 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 Abs. 1 BeschG, da damit nicht die fachliche Qualifikation oder die Leistungsfähigkeit der Anbietenden nachgewiesen werden soll (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 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).

2.3.2.2 Im Rahmen der Fragerunde haben Anbietende allerdings zu Recht geltend gemacht, dass ein solcher strenger Produktezwang mit den Vorgaben des Beschaffungsrechts nicht vereinbar ist. Zwar muss auch die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin bestimmen können, welche Produkte sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie an deren Beschaffenheit stellt. Anders als ein privater Auftraggeber ist sie aber bei der Festlegung der Anforderungen nicht völlig ungebunden. Durch die vorgenommene genaue Festlegung des Typs einer bestimmten Leuchte werden Anbieter, die andere Leuchten mit gleichwertigen Spezifikationen anbieten bzw. beziehen können, in unzulässiger Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen. Mit einer solchen Vorgabe müssten alle potenziellen Anbieter das Produkt beim selben Hersteller einkaufen, was eine attraktive Preisgestaltung faktisch verunmöglicht. Die Beschaffungsstelle durfte in der Ausschreibung selbstverständlich technische Spezifikationen festlegen und insbesondere als Muss-Kriterium verlangen, dass die gelieferten Leuchten mit den bereits bestehenden Einbetonierdosen der Downlights kompatibel sind. Der Ausschluss von gleichwertigen Alternativen zu den aufgeführten Einzelprodukten wäre aber nicht zulässig gewesen (vgl. dazu VGE VD.2019.104 vom 16. Dezember 2019 E. 3.3).

Darauf hat die Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde selbst zu Recht hingewiesen und den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Produktezwang deutlich relativiert. Im angepassten Leistungsverzeichnis wurde nun ausgeführt, dass Alternativen angeboten werden könnten, dass in diesem Fall aber die Gleichwertigkeit im Detail geprüft werden müsse. Die Prüfung erfolge durch den GP und setze verschiedene von den Anbietenden zu erbringende Leistungen voraus («- Lieferung einer neuen Leuchtenberechnung mit den aktualisierten Leuchtentypen, - Bemusterung sämtlicher neuer Leuchtentypen, - Übermittlung der Datenblätter sämtlicher Leuchten, - Übernahme des Risikos der Passgenauigkeit in bereits bestehende Einbaueinheiten, - Die Gewährleistung und die Produktnachweise sind in die Einheitspreise einzurechnen»). Die Rekurrentin bestreitet

nicht, dass auch ihr das modifizierte Leistungsverzeichnis zugestellt worden ist. Es wird von ihr auch nicht geltend gemacht, dass sie Einwände gegen diese Relativierung des Produktezwangs erhoben habe. Es ist daher als unbestritten zu betrachten, dass dieses modifizierte Leistungsverzeichnis die verbindliche Basis der Prüfung der in der Folge eingegangenen Offerten war.

2.3.2.3 Das BVD weist in seiner Rekursantwort vom 1. März 2021 darauf hin, dass die Bedarfsstelle alle Angebote geprüft und bei den Angeboten mit alternativen Produktvorschlägen eine Gleichwertigkeitsprüfung durch den Generalplaner hat durchführen lassen. Diese Prüfung habe ergeben, dass die von der Beigeladenen eingereichten Produkte gleichwertig seien. Das Vorgehen des BVD erfolgte somit im Einklang mit dem vorgenannten modifizierten und von der Rekurrentin nicht beanstandeten Leistungsbeschrieb. Die Angaben über die vorgenommene Gleichwertigkeitsprüfung werden durch die Untersuchungen der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte (act. 6, Separatantwortbeilage 3) plausibilisiert und belegt. Es wird aufgezeigt, dass die Offerte der Beigeladenen den in der Ausschreibung verlangten Spezifikationen, Masse, Leuchtstärken, Materialien, Aufhängungen, Funktionalitäten usw. entspricht. Das BVD weist zu Recht darauf hin, dass die im Bericht aufgeführten Abweichungen gegenüber dem im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkten von geringer Bedeutung sind und nichts an der Gleichwertigkeit ändern. So wird im Bericht etwa darauf hingewiesen, dass ein vorgeschlagenes Produkt eine höhere Strahlkraft habe, dass durch die Dimmbarkeit aber die geforderte Zahl erreicht werde. Bezüglich der Abmessungen wird darauf hingewiesen, dass die Lampen in das betonierte Gehäuse passe. Im Bericht wird weiter darauf hingewiesen, dass das angebotene Produkt Profilleuchte (Balkenleuchte) abgependelt in den technischen Gesichtspunkten als absolut gleichwertig anzusehen sei. Die sichtbaren Bereiche der Leuchte (architektonische/optische Relevanz) sei mit der ausgeschriebenen Leuchte gleichwertig. Das Produkt stelle somit keine Verschlechterung oder Einschränkung dar und könne als gleichwertiges Produkt freigegeben werden. In Bezug auf die von der Rekurrentin namentlich monierte Abweichung von der Anforderung der Ausgestaltung der Abdeckung als «curved» wird im Bericht ausgeführt, dass es sich bei der linearen Abdeckung der Leuchte in der Offerte der Beigeladenen um eine hochwertige gängige Ausführungsmethode handle, welche von verschiedenen namhaften Herstellern angeboten würde. Die Abdeckung «curved» würde dagegen nur von einem Hersteller angeboten. Das Beharren auf dieser Abdeckungsvariante würde den Markt somit unzulässig einschränken. Die von der Beigeladenen angebotene Abdeckungsvariante sei durch die Architekten bewertet und als gut befunden worden (act. 6, Separatantwortbeilage 3). Insgesamt sei das angebotene Produkt daher gleichwertig.

E. 2.3.3

2.3.3.1 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. 1.4). 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).

2.3.3.2 Im vorliegenden Fall wurde den Anbietenden im Rahmen der Fragerunde transparent dargestellt, nach welchen Kriterien die Gleichwertigkeit von alternativ angebotenen Produkten geprüft wird. In der Rekursantwort wurde aufgezeigt, dass diese Prüfung sorgfältig vorgenommen und nachvollziehbar dokumentiert und begründet worden ist. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin ist nicht erkennbar, dass die Vergabebehörde das ihr diesbezüglich zustehende Ermessen unter- oder überschritten haben soll. Es ist insbesondere nachvollziehbar, dass die Vergabebehörde bei der Ausgestaltung der Abdeckung gegenüber dem im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkt eines Herstellers mit einer «curved»-Form eine alternative Form mit einer flachen, jedoch prismatischen Abdeckung als gleichwertig qualifiziert hat. Es ist nicht erkennbar, dass das BVD bei seiner Beurteilung, dass diese kleine Abweichung zu keinen technischen sowie architektonischen bzw. optischen Unterschieden im Produkt führe, seinen Ermessensspielraum unter- oder überschritten haben soll. Daran ändert entgegen den Ausführungen der Rekurrentin in der Replik auch nichts, dass das im Leistungsverzeichnis aufgeführte Produkt zusammen mit dem Architekten bestimmt worden ist, zumal im Bericht zur Gleichwertigkeitsprüfung ausgeführt wird, dass auch die von der Beigeladenen angebotene Abdeckvariante durch die Architektur bewertet und für gut befunden worden sei (act. 6: Separatantwortbeilage 3). Mit dieser Beurteilung hat das BVD den ihm zustehenden Handlungsspielraum auch zum Schutz des Wettbewerbs korrekt ausgenützt.

2.4 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen nach dem Gesagten somit keine Gründe vor, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben.

E. 3

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs in allen Punkten abzuweisen ist. Aufgrund der vorliegenden Abweisung des Rekurses in der Sache erübrigt sich eine Behandlung des Antrags des BVD auf Aufhebung der vorläufig angeordneten aufschiebenden Wirkung des Rekurses. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 3'000.■ zu tragen.

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