



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion

Rathausgasse 1  
Postfach  
3000 Bern 8  
+41 31 633 79 20 (Telefon)  
+41 31 633 79 09 (Fax)  
info.gsi@be.ch  
www.be.ch/gsi

Referenz: 2021.GSI.52 / fgi, stm

## **Beschwerdeentscheid vom 1. Juli 2021**

in der Beschwerdesache

**X.**\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwälte Y.\_\_\_\_

gegen

**Z.**\_\_\_\_

Vorinstanz

betreffend Ausschluss/Zuschlag im Beschaffungsverfahren Neubau Spitalgebäude Baubereich [Num-  
mer], Starkstromanlagen (USV<sup>1</sup>-Anlagen) Lose 1 & 2

(Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020)

<sup>1</sup> Unterbrechungsfreie Stromversorgung

## I. Sachverhalt

1. Am 7. September 2020 hat die Z.\_\_\_\_ (fortan: Vorinstanz) auf der Website [www.simap.ch](http://www.simap.ch) das Projekt<sup>2</sup> «Neubau des Spitalgebäudes Baubereich [Nummer] USV-Anlagen» für Los 1 «USV Gebäudetechnik 2 x 200 kVA Endausbau - Startausbau 150 kVA» sowie für Los 2 «USV Serverraum 500 kVA Endausbau - Startausbau 150 kVA» im offenen Verfahren gemäss Art. 3 ÖBG<sup>3</sup> i.V.m. Art. 4 ÖBV<sup>4</sup> öffentlich ausgeschrieben.

2. Vier Anbieter haben jeweils fünf Angebote innert der Eingabefrist bis am 19. Oktober 2020 eingereicht. Die Angebote für die Lose 1 und 2 öffnete die Vorinstanz am 21. Oktober 2020.

3. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 hat die Vorinstanz den Zuschlag der B.\_\_\_\_ (fortan: Zuschlagsempfängerin) erteilt und folgendes festgehalten:

*Aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der Punktebewertung gemäss Ausschreibungsunterlagen sind die Leistungen mit einem max. Anspruchserfüllungsgrad von 500 von 500 Punkten zu CHF 173'581.02 netto, inkl. MwSt an B.\_\_\_\_ vergeben worden.*

*Begründung:*

- Die Offerte war gültig.
- Erfüllung der Eignungskriterien.
- Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien.
- Die Kosten zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit liegen zwischen CHF 173'581.02 und CHF 231'629.31 netto inkl. MwSt.

4. Zusammen mit einem Begleitschreiben vom 21. Dezember 2020 eröffnete die Vorinstanz der X.\_\_\_\_ AG (fortan: Beschwerdeführerin) die Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 und teilte der Beschwerdeführerin mit, sie sei vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und ihr Angebot nicht bewertet worden. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass die Beschwerdeführerin «aus formalen Gründen (Ausschliessen von angefragten Leistungen)» nicht berücksichtigt worden sei.

5. Nach einer ersten mündlichen Auskunft hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Januar 2021<sup>5</sup> bei der Vorinstanz um Auskunft über die Gründe ihres Ausschlusses aus dem

<sup>2</sup> Projekt-ID [Nummer]

<sup>3</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

<sup>4</sup> Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

<sup>5</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 8

Ausschreibeverfahren sowie um Mitteilung sämtlicher Angaben, die zur Prüfung der Zuschlagerteilung notwendig gewesen seien, ersucht. Mit Schreiben vom 11. Januar 2021<sup>6</sup> hat die Vorinstanz die Fragen wie folgt beantwortet:

1. *Gemäss Ausschreibung bzw. den allgemeinen Informationen zum Vorausmass schliessen die Preise ein: «Alles erforderliche Zubehör, Verpackung, Ablad, Zollabgaben, Transport zur Montagestelle, Montagehilfen, Montage, Werksabnahme, Inbetriebnahme vor Ort, Validierungen, Kalibrierungen, Abnahmeprüfungen, Übergabe, sowie Einweisung der Bedienenden im Beisein vom technischen Dienst.»*

*Die Anlieferung, der Ablad und die Einbringung sind im Logistikkonzept beschrieben: auf die besonderen Erschwernisse wird im Leistungsverzeichnis hingewiesen. Im Begleitschreiben zum Angebot Ihrer Mandantin vom 16. Oktober 2020 ist demgegenüber festgehalten, der Ablad sei Sache des Empfängers, die Anlieferung auf fixen Zeitpunkt, sowie erschwerte Einbringen würden nach Aufwand verrechnet (letzteres sei nicht im Lieferumfang enthalten).*

2. *Ebenso umfasst die ausgeschriebene Leistung die Lieferung und Montage des Verbindungskabels vom Batteriesicherungskasten zur USV. Zwei diesbezügliche Fragen wurden im Rahmen der Fragerunde bejahend beantwortet (Nrn. 7 und 8).*

*Im Widerspruch hierzu ist im Begleitschreiben zum Angebot Ihrer Mandantin vom 16. Oktober 2020 ausgewiesen, dass die Verkabelung vom Batteriesicherungskasten zur USV nicht im Lieferumfang enthalten ist.*

3. *Nach Ziff. D.2 der Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Ziff. 2 des vorgesehenen Werkvertrags sowie den Geschäftsbedingungen in Ziff. 4.2 der Ausschreibung werden Allgemeine Geschäftsbedingungen der Anbieter im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens nicht anerkannt.*

*Ihre Mandantin will indessen gemäss Begleitschreiben zum Angebot vom 16. Oktober 2020 in Bezug auf die Lieferbedingungen ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Anwendung bringen.*

4. *Die Auftraggeberin schliesst Anbieterinnen von der Teilnahme am Verfahren aus, welche ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV).*

*Wie dargelegt, weicht das Angebot Ihrer Mandantin gleich mehrfach von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen ab. Wir haben Ihre Mandantin daher zu Recht aus dem Verfahren ausgeschlossen und beim Zuschlag nicht berücksichtigt.*

*Selbst wenn das Angebot Ihrer Mandantin die formellen Voraussetzungen erfüllen würde, hätte sie den Zuschlag aufgrund der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht erhalten.*

<sup>6</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 9

6. Mit Beschwerde vom 15. Januar 2021 hat die Beschwerdeführerin sowohl den Ausschluss aus dem Verfahren als auch die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020 bei der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) angefochten und folgende Anträge gestellt:

1. *Der Ausschlussentscheid der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren für die Leistung [Nummer] Starkstromanlagen (USV-Anlagen) Los 1 & 2 gemäss Verfügung vom 16. Dezember 2020 der Vergabestelle betreffend das Objekt Neubau Spitalgebäude Baubereich [Nummer] sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, das Angebot der Beschwerdeführerin zur Bewertung zuzulassen.*
2. *Der Zuschlagsentscheid aus dem Vergabeverfahren für die Leistung [Nummer] Starkstromanlagen (USV-Anlagen) Los 1 & 2 gemäss Verfügung vom 16. Dezember 2020 der Vergabestelle betreffend das Objekt Neubau Spitalgebäude Baubereich [Nummer] sei aufzuheben.*
3. *Das Vergabeverfahren sei an die Vorinstanz mit der Aufforderung zurückzuweisen, die eingegangenen Angebote, einschliesslich des Angebots der Beschwerdeführerin, sei in Bezug auf die einzelnen Eignungs- und Zuschlagskriterien neu zu benoten.*
4. *Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Ausschlussentscheids und des Zuschlagsentscheids vom 16. Dezember 2020 festzustellen.*
5. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle.*

Weiter stellt die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanhträge:

1. *Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
2. *Die Vergabestelle sei anzuweisen, keinen Vertrag mit der B.\_\_\_\_ abzuschliessen, bis rechtsgültig über vorliegende Beschwerde entschieden wurde.*
3. *Der Beschwerdeführerin sei nach Eingang einer allfälligen Beschwerdeantwort der Vergabestelle Frist einzuräumen, um zu dieser Stellung zu nehmen.*

7. Mit Instruktionsverfügung vom 19. Januar 2021 hat das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GSI leitet,<sup>7</sup> das Verfahren vorerst auf die Frage der Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren beschränkt. Mit gleicher Verfügung holte das Rechtsamt die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Überdies hat das Rechtsamt die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin von Gesetzes wegen bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung nicht abgeschlossen werden dürfe.

<sup>7</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121)

8. Die Vorinstanz beantragte in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021 die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.
9. Mit Eingabe vom 12. Februar 2021 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Akteneinsicht. Mit Verfügung vom 17. Februar 2021 hat das Rechtsamt das Gesuch gutgeheissen.
10. In ihrer Replik vom am 25. Februar 2021 bestätigt die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren der Beschwerde vom 15. Januar 2021.
11. Mit Duplik vom 11. März 2021 hält die Vorinstanz an den Anträgen in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021 fest.
12. Am 26. März 2021 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine Stellungnahme zu den Noven der Duplik der Vorinstanz vom 11. März 2021 ein.
13. Mit Eingabe vom 9. April 2021 reichte die Vorinstanz ebenfalls eine weitere Stellungnahme ein.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

### 1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG<sup>8</sup>). Als «Trägerin kantonalen Aufgaben» ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB<sup>9</sup>).<sup>10</sup> Angefochten sind vorliegend Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren. Verfügungen betreffend den Zuschlag und den Ausschluss vom Vergabeverfahren sind bei Erreichung der Schwellenwerte des

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

<sup>9</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

<sup>10</sup> Vgl. Gutachten Trüb/Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) unter <https://www.gdk-cds.ch>; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 140

Einladungsverfahrens oder der tieferen kommunalen Schwellenwerte bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. b und e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG). Die GSI als in der Sache zuständige Direktion ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

**1.2** Betreffend die Beschwerdeführungsbefugnis sieht das Beschaffungsrecht keine Besonderheiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG<sup>11</sup> richtet.<sup>12</sup> Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz als Anbieterin teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag an eine andere Anbieterin vergeben wurde, formell beschwert.

Damit auf die Beschwerde vom 15. Januar 2021 eingetreten werden kann, muss die Beschwerdeführerin von der angefochtenen Verfügung aber auch besonders berührt, d.h. *materiell beschwert* sein (Art. 65 Abs. 1 Bst. b VRPG). Eine solche materielle Beschwerde ist in Vergaberechtsangelegenheiten nur zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerin «bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen».<sup>13</sup> Gefordert ist mit anderen Worten eine «reelle Chance auf den Zuschlag» im strittigen Beschaffungsverfahren.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Ausschluss- sowie Zuschlagsentscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz.<sup>14</sup> Zur Begründung führt sie im Wesentlichen auf, die Vorinstanz habe sie aufgrund von angeblichen Vorbehalten im Begleitschreiben vom 16. Oktober 2020 zur Offerte zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Weil der Preis mit 50% als das am höchsten gewichtete Zuschlagskriterium bestimmt worden sei, hätte die Beschwerdeführerin zu überzeugen vermocht, da sie nachweislich das preiswerteste Angebot eingereicht hat. Zudem hätte die Zuschlagsempfängerin ohne den unrechtmässigen Ausschluss der Beschwerdeführerin niemals den Anspruchserfüllungsgrad von 500/500 Punkten erreicht. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin auch alle übrigen Eignungs- und Zuschlagskriterien vollständig erfüllt.<sup>15</sup>

Ob die Rügen der Beschwerdeführerin inhaltlich zutreffen, ist keine Frage des Eintretens auf die Beschwerde, sondern eine Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde. Zur Begründung der Beschwerdelegitimation reicht es aus, wenn die Beschwerdeführerin substantiiert darlegt, dass sie bei einer Gutheissung der Beschwerde eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte. Diesen Anforderungen genügt die Beschwerde vom 15. Januar 2021. Demzufolge ist die Beschwerdeführerin gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung gegen die Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 legitimiert.

<sup>11</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>12</sup> BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 863

<sup>13</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 646

<sup>14</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rechtsbegehren Ziff. 1, 2 und 3

<sup>15</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 13, S. 5; Replik vom 25. Februar 2021, Rz. 33, S. 12

**1.3** Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert zwar vom 16. Dezember 2020, wurde der Beschwerdeführerin jedoch erst am 5. Januar 2021 eröffnet.<sup>16</sup> Die Beschwerde vom 15. Januar 2021 wurde damit fristgerecht erhoben (Vgl. Art. 41 Abs. 1 VRPG).

**1.4** Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 15. Januar 2021 ist somit einzutreten.

**1.2** Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt.<sup>17</sup>

**1.3** Die GSI überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hin; Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Der GSI steht somit keine volle Kognition zu.

## **2. Streitgegenstand**

**2.1** Beschwerden sind nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig. Dieser braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht darüber hinausgehen. Streitgegenstand ist, was die beschwerdeführende Partei anbegehrt und die Behörde nicht zugestehen will. Zur Bestimmung des Streitgegenstandes ist das Rügeprinzip massgebend. Konkret bezeichnen die Parteien den Streitgegenstand durch ihre Eingaben. Der Streitgegenstand kann im Verlaufe des Verfahrens grundsätzlich nicht erweitert, sondern höchstens eingengt werden. Ausserhalb des Streitgegenstandes liegende Rügen sind unzulässig, auf sie ist nicht einzutreten.<sup>18</sup>

**2.2** Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020, mit welcher die Beschwerdeführerin implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde.

**2.3** Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und ihre Wiederaufnahme in das Verfahren, die Aufhebung des Zuschlags sowie die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Vorliegend umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist demnach zunächst, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen hat. In einem allfälligen zweiten Schritt wäre zu klären, ob der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin zu Recht erfolgt ist.

<sup>16</sup> Sendungsnummer 98.00.991909.00136922

<sup>17</sup> Vgl. Vollmacht vom 6. Januar 2021, Beschwerdebeilage 1

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen: Herzog und Daum, in: Herzog/Daum (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Auflage, Bern 2020, Art. 72 Nrn 12 ff. und Art. 25 N. 16

### 3. Rechtsgrundlagen für den Ausschluss vom Submissionsverfahren

#### 3.1 Ausschluss

Der Ausschluss von Anbietenden bzw. ihren Angeboten vom Submissionsverfahren ist für die Kantone in § 27 VRöB<sup>19</sup> bzw. in den einzelnen kantonalen Submissionserlassen geregelt (die IVöB selbst nennt keine Ausschlussgründe).<sup>20</sup> Gemäss § 27 Bst. h VRöB wird eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme insbesondere ausgeschlossen, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV schliessen die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, wenn diese ein Angebot einreichen, das der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entspricht. Vergabebehörden sind grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen.<sup>21</sup> Der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen.<sup>22</sup>

In gewissen Fällen besteht eine Pflicht der Vergabebehörde zur Einholung von Erläuterungen vor dem Anordnen eines Ausschlusses. Nach der Praxis der BRK<sup>23</sup> und des Bundesverwaltungsgerichts kann sich eine Vergabestelle u.U. einer Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Verbots des überspitzten Formalismus schuldig machen, wenn sie einen Anbietenden ohne vorgängige Rücksprache ausschliesst, weil sie der Auffassung ist, dessen Angebot leide an einem Formmangel.<sup>24</sup>

Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Verhalten mit Bagatelldarakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss. Angebote, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vorbehältlich der Regeln über die Varianten auch nach der Praxis der BRK vom Verfahren auszuschliessen. Vorbehalten bleiben zudem die Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen geringfügig sind oder der Ausschluss auf einen überspitzten Formalismus hinausläufe, und schliesslich Fälle, in denen die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001

<sup>20</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 433, mit Hinweisen

<sup>21</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435

<sup>22</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435

<sup>23</sup> Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

<sup>24</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 440 ff.

<sup>25</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444, mit Hinweisen



Die eigenmächtige Änderung des Angebotstextes durch einen Anbieter und Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle im Angebot sind grundsätzlich unzulässig. Abweichungen von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen führen zum Ausschluss, sofern sie nicht unwesentlich sind. Angebote oder solche, bei welchen die Anbieter von den Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sind oder Vorbehalte zu einzelnen von der Vergabebehörde aufgestellten Regeln erklärt haben, kommen vor. Solchen Angeboten gegenüber ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz.<sup>26</sup>

Nicht zum Ausschluss führen dagegen Vorbehalte und auslegende Erklärungen, wenn die Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen ihrerseits schwere Mängel enthalten und sich die Korrekturen des Anbietenden eben gerade gegen diese Mängel richten. Denn nur Ausschreibungsbedingungen mit zulässigem Inhalt rechtfertigen ein Verbot von Abweichungen. Von zu weitgehenden bzw. unzulässigen Bedingungen der Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen kann der Anbieter abweichen und/oder Vorbehalte anbringen, ohne dass dies die Vergabebehörde berechtigen würde, den betreffenden Anbieter bzw. das entsprechende Angebot vom Verfahren auszuschliessen. Oft werden Abweichungen von der Ausschreibung/den Ausschreibungsunterlagen durch die Anbieter indes nicht offen deklariert. Solche Abweichungen können irrtümlich erfolgt sein. Es ist jedoch auch nicht auszuschliessen, dass in Einzelfällen Abweichungen von Ausschreibung/Ausschreibungsunterlagen absichtlich vorgenommen worden sind und nachträglich ein Versehen vorgetäuscht wird. Der Anbieter kann über solche Manipulationen nach dem Bekanntwerden von Details aus den Konkurrenzangeboten im Nachhinein sein Angebot (je nach den konkreten Bedürfnissen) «optimieren», d.h. je nach Situation auf der Korrektur des «Irrtums» beharren oder den «irrtümlichen» Preis anerkennen, wenn dies für den Erhalt des Zuschlags notwendig ist. Gegenüber der Anerkennung von angeblichen Irrtümern der Anbieter ist namentlich im Interesse der Gleichbehandlung der Letzteren eine grosse Zurückhaltung am Platz; nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne Weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb.<sup>27</sup>

### **3.2 Vorgehen bei mangelhaften Angeboten**

Der Leitfaden für Beschaffungsstellen hält zum Vorgehen bei mangelhaften Angeboten nachfolgendes fest.

<sup>26</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 468 ff., mit Hinweisen

<sup>27</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 474 und 476., mit Hinweisen

Oft sind viele oder alle Angebote mehr oder weniger formell mangelhaft (z. B. fehlt eine Unterschrift oder ein Nachweis). Daraus ergibt sich ein Dilemma: Wegen dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Verhandlungsverbot (das auch Änderungen der Offerte ausschliesst) ist das Beschaffungsrecht grundsätzlich formstrenge. Angebote, die der Ausschreibung oder wesentlichen Formerfordernissen nicht entsprechen, sind auszuschliessen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Aber es wäre oft unverhältnismässig, viele Angebote wegen kleiner Fehler auszuschliessen. Dies würde nicht nur zu einem unwirtschaftlichen Beschaffungsergebnis führen, sondern könnte auch «überspitzten Formalismus» und damit verfassungswidrige Willkür darstellen.

Bei geringfügigen Mängeln, die sich nicht auf die Bewertung oder den Inhalt des Angebots (Preis-/Leistungs-/Risikogleichgewicht) auswirken, z. B. bei fehlenden Nachweisen oder Unterschriften, wird empfohlen, dem Anbieter eine kurze Nachfrist (wenige Tage) zur Nachbesserung anzusetzen.

Bei schwereren oder inhaltlich relevanten Mängeln (z. B. Nichtausfüllen einzelner verlangter Offertpositionen im Preisformular, Vorbehalte gegen eine in den Unterlagen vorgegebene Vertragsbestimmung) ist das Angebot vom Verfahren auszuschliessen.

Inhaltliche Mängel, wie eindeutige Schreib- oder Rechnungsfehler, korrigiert die Vergabestelle selbst – eine Rückfrage beim Anbieter zur Absicherung ist aber sinnvoll. Zu Fehlern, die berichtigt werden können, gehören die falsche Addition der Einheitspreise oder falsche Multiplikation der Einheitspreise mit der Menge sowie widersprüchliche Angaben zu Einheitspreisen, wenn sich aus der Preisart oder der Ausschreibung klar ergibt, welcher Preis verbindlich sein soll.

Falls Stellen im Angebot unklar sind, holt die Vergabestelle beim Anbieter Erläuterungen ein. Inhaltliche Änderungen am Angebot dürfen aber nach der Offerteingabe nicht mehr vorgenommen werden, auch nicht auf dem Wege der Erläuterung. Bei kleinen formellen Fehlern ist eine kurze Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Bewertungsrelevante Mängel oder Lücken dürfen aber nicht mehr korrigiert werden.<sup>28</sup>

#### **4. Ausschluss vom Submissionsverfahren**

##### **4.1 Argumentation der Verfahrensbeteiligten**

###### **4.1.1 Schreiben der Vorinstanz vom 11. Januar 2021**

Gestützt auf das schriftliche Ersuchen der Beschwerdeführerin vom 7. Januar 2021 hat die Vorinstanz mit Schreiben vom 11. Januar 2021 die Gründe für den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem

<sup>28</sup> Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern, Leitfaden für Beschaffungsstellen, Ziff. 5.7.2, S.34 f.

Vergabeverfahren in Kürze dargelegt. Sie bringt zusammengefasst vor, die Beschwerdeführerin habe entgegen der gemäss Ausschreibung verlangten Leistungen im Begleitschreiben zum Angebot vom 16. Oktober 2020 festgehalten, der Ablad sei Sache des Empfängers, die Anlieferung erfolge auf fixen Zeitpunkt sowie erschwerte Einbringen würden nach Aufwand verrechnet (letzteres sei nicht im Lieferumfang enthalten). Weiter habe die Beschwerdeführerin im Widerspruch zur Ausschreibung die Lieferung und Montage des Verbindungskabels vom Batteriesicherungskasten zur USV mit ihrem Begleitschreiben vom Lieferumfang ausgeschlossen. Schliesslich wolle die Beschwerdeführerin entgegen den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Lieferbedingungen ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen anwenden. Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin zu Recht aus dem Verfahren ausgeschlossen und beim Zuschlag nicht berücksichtigt, weil ihr Angebot i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV gleich mehrfach von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen abweiche.<sup>29</sup>

#### 4.1.2 Beschwerde vom 15. Januar 2021

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe der Vorinstanz ein umfangreiches und fundiertes Dossier vorgelegt. Bei der Offerterstellung sei ihr jedoch ein kleiner Fehler unterlaufen. Sie habe ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2020 ein Begleitschreiben beigelegt, auf dessen Seite 2 unter dem Titel «Bedingungen» verschiedene Angaben gemacht worden seien, welche in der Folge zu Unklarheiten geführt hätten. Es handle sich bei diesem Begleitschreiben um einen Standardtext, der auch bei anderen Offerten verwendet werde; dies erkläre die im Begleitschreiben standardmässig eingefügten Ausschlüsse und Einschränkungen, welche aufgrund eines offensichtlichen Versehens der Beschwerdeführerin nicht gelöscht worden seien. Die mutmasslichen Widersprüche zwischen den formulargetreuen Angebotsunterlagen und dem Begleitschreiben der Beschwerdeführerin seien somit auf einen offensichtlichen redaktionellen Irrtum der Beschwerdeführerin bei der Finalisierung des Begleitschreibens zurückzuführen. Diese Widersprüche seien marginal und offensichtlich, sofern sie sich überhaupt auf das konkrete Leistungsangebot der Beschwerdeführerin gemäss den vorgegebenen Leistungsverzeichnissen «Ausmass» und die Offerten rechtlich hätten auswirken können, und hätten im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen und hier notwendigen Offertenbereinigung ohne Weiteres geklärt werden können. Die Vorinstanz habe jedoch aus nicht erkennbaren Gründen darauf verzichtet und mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren die am wenigsten verhältnismässige Massnahme ergriffen.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Schreiben der Vorinstanz an die Beschwerdeführerin vom 11. Januar 2021, Beschwerdebeilage 9

<sup>30</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 25 ff., S. 9 f.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass gemäss den «Besonderen Bestimmungen» zu den Ausschreibungen der beiden Lose<sup>31</sup> Abänderungen vom Leistungsverzeichnis seitens der Unternehmer zwingend schriftlich angemeldet werden sollten, andernfalls diese Änderungen unbeachtlich seien. Da eine Änderung im Leistungsverzeichnis «Ausmass» nicht vorgesehen bzw. erlaubt gewesen sei, habe man hierzu in den sog. «Fragelisten» unter den gemäss Leistungsverzeichnis einzeln zu offerierenden Punkten jeweils ein Textfeld «Erfüllung/Abweichungen/Spezifikationen» eingefügt. Mit Blick darauf, dass eine Abänderung der einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses «Ausmass» ausserhalb der Fragelisten nicht erlaubt – und im Falle des PDF-Dokuments auch technisch nicht möglich – gewesen sei, hätten die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses damit primäre Geltung für das Leistungsangebot der Angebotsstellenden erreicht, weswegen abweichende Aussagen ausserhalb des Leistungsverzeichnisses nicht zu beachten seien.<sup>32</sup>

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass keine gesetzlichen oder in der Ausschreibung definierten Ausschlusskriterien vorliegen. Den Ausschreibungsunterlagen seien verschiedene Vorbehalte zu entnehmen, welche in Konkretisierung des Begriffs des «wesentlichen Formmangels» nach Art. 24 ÖBV zu einem Ausschluss der Angebotssteller führen sollten, nämlich:

- die Änderung und Ergänzung von Texten der Positionen im [Formular des] Leistungsverzeichnis,
- der Übertrag von Kosten aus ausgeschriebenen Leistungspositionen mit Einheitspreisen in andere Positionen (Umlagerungen) sowie
- das Einsetzen von Einheitspreisen mit dem Wert 0 (Null) sowie Texten wie «inkl.».<sup>33</sup>

Weiter seien sämtliche Beilagen und Nachweise gemäss dem Formular «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A» einzureichen, ansonsten das Fehlen dieser Unterlagen zum Ausschluss vom Zuschlag führe. Gleichzeitig seien Abänderungen der vom Bauherren abgegebenen Unterlagen auch gemäss Ziff. 2.2 der genannten Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A» unzulässig und würden unmittelbar zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen.<sup>34</sup>

Diese Punkte könnten als beispielhaften Massstab für mögliche Formmängel hinzugezogen werden, welche aus Perspektive der Vorinstanz zu einem möglichen Formmangel i.S.v. Art. 24 ÖBV erwachsen könnten. Die Beschwerdeführerin habe indessen keine dieser gemäss Ausschreibungsunterlagen verpönten Handlungen vorgenommen.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Beschwerdebeilage 14

<sup>32</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 37 f., S. 12 f.

<sup>33</sup> Ziff. 221.600.01 des Dokuments «Besondere Bestimmungen» der Ausschreibungsunterlagen

<sup>34</sup> Ziff. 252.110.09 des Dokuments «Besondere Bestimmungen» der Ausschreibungsunterlagen

<sup>35</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 39 ff., S. 13 f.

Mit der Einreichung des Angebots habe die Beschwerdeführerin erklärt, die Bedingungen der Ausschreibung zu akzeptieren. Eigenständige Varianten und Teilangebote seien ausdrücklich ausgeschlossen worden. Weiter gehe aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervor, dass – selbst wenn ein Angebot eines Unternehmers eigene Bedingungen aufstellen oder aber auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters verwiesen würde – diese unbeachtlich seien. So lege auch Ziff. 4.2 der SIMAP -Ausschreibung fest, dass AGB der Anbieter «nicht anerkannt» würden.

Die Ausschreibungsunterlagen würden gar eine Zweifelsfallregelung in Ergänzung zu Art. 8 Norm SIA-118/2013 beinhalten. Danach gelte im Falle von Unklarheiten die für die Vergabestelle als Bestellerin günstigere Auslegung, sofern der Text einer Position verschiedene Auslegungen zulasse, die für das Ausmass und/oder die Abrechnung Differenzen zur Folge haben können. Da das Leistungsverzeichnis «Ausmass» auch die für die Offerten der Beschwerdeführerin massgebenden Positionen vorgegeben habe, sei davon auszugehen, dass diese Zweifelsfallregelung auch auf die Offerten der Beschwerdeführerin anzuwenden sei, sofern ein unmittelbarer Bezug zu den im Leistungsverzeichnis «Ausmass» bezeichneten Positionen bestehe.

Daraus müsse geschlossen werden, dass das Aufstellen eigener Vertragsbedingungen oder der Verweis auf die AGB eines Angebotsstellers stets – und einzig – zur Unbeachtlichkeit derselben und einer Auslegung im Zweifelsfalle zugunsten der Vergabestelle führe. Infolgedessen sei diesfalls auch kein Ausschluss anzuordnen.<sup>36</sup>

Bei den von der Vorinstanz im Schreiben vom 11. Januar 2021 vorgebrachten Ausschlussgründen<sup>37</sup> sei augenfällig, dass die Vergabestelle sich zur Begründung des Ausschlusses auf keine der vergaberechtlich vorgegebenen formellen Ausschlussgründe nach Art. 24 Abs. 2 ÖBV stütze, wonach das Angebot nicht fristgerecht eingereicht worden oder nicht vollständig sei, oder aber das Selbstdeklarationsblatt mit den verlangten Nachweisen fehle. Auch die in den Ausschreibungsunterlagen eingeführten Ausschlusskriterien seien nicht aufgerufen worden. Stattdessen begründe die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren einzig damit, dass das Angebot der Beschwerdeführerin «gleich mehrfach von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen» abweiche. Dabei verweise sie hinsichtlich aller geltend gemachten Ausschlussgründe auf das Begleitschreiben zur Offerterstellung vom 16. Oktober 2020, nicht jedoch auf die eingereichten Offerten oder ausgefüllten Leistungsverzeichnisse «Ausmass». Es gehe vorliegend also nicht darum, dass die Beschwerdeführerin Anpassungen am Leistungsverzeichnis vorgenommen oder aber einzelne Positionen numerisch nicht gültig offeriert hätte.<sup>38</sup>

Die Beschwerdeführerin bringt zusammenfassend vor, die Vorinstanz habe gegen das Verbot des überspitzten Formalismus sowie gegen die eigenen Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen

<sup>36</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 45 ff., S. 14 ff.

<sup>37</sup> Vgl. vorne Sachverhalt I. Ziff. 5 und E. 4.1.1

<sup>38</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 50 ff., S. 17 f.

verstossen. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die Offerten zu bereinigen und im Zweifelsfall nachzufragen. Dieser offensichtliche Fehler (bzw. klare Widerspruch des Begleitschreibens zur übrigen Offerterstellung) wäre durch einfache Rückfrage seitens der Vergabestelle im Rahmen der Offertenbereinigung, ob die Angebotstellerin tatsächlich ihre AGB zur Anwendung bringen wolle, behebbbar gewesen. Jedenfalls sei ein irrtümlicher Verweis auf die eigenen AGB kein derart schwerwiegender Mangel, der zur Ungültigkeit des Angebotes führen oder aber einen Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen würde. Indem die Vorinstanz aber entgegen ihrer Praxis im Rahmen der Offertenbereinigung keine entsprechende Nachfrage an die Beschwerdeführerin gestellt habe, habe sie nicht nur gegen das Verbot des überspitzen Formalismus nach Art. 29 BV<sup>39</sup> verstossen, sondern die eigenen Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen auch fehlerhaft zur Anwendung gebracht.<sup>40</sup>

Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin zu den vorgebrachten formalen Ausschlusskriterien Folgendes vor:

**a) Kein Ausschluss aufgrund des angeblichen Nichtinkludierens der Lieferung und Montage des Verbindungskabels vom Batteriesicherungskasten zur USV im Pauschalpreis bzw. Lieferumfang**

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die «Bedingungen» gemäss Seite 2 ihres Begleitschreibens vom 16. Oktober 2020 zum Ausdruck bringen würden, dass «externe Verbindungskabel Zu und Abgangsleitung Verkabelung Batteriesicherungskasten zu USV» nicht im Lieferumfang enthalten seien. Dieser pauschale Ausschluss stehe jedoch in einem Widerspruch mit der konkreten Offerterstellung der Beschwerdeführerin, in welcher sie das Batteriekabel sowie die Verkabelung zu den USV-Schränken sowohl in ihren Offerten als auch im Leistungsverzeichnis «Ausmass» zu Los 1 und 2 nachweislich mitofferiert habe. Die Beschwerdeführerin habe demnach die gewünschte Position «Verkabelung Batteriesicherungskasten» – entgegen der Ausführungen der Vorinstanz – in ihrem Angebot durchaus inkludiert, indem sie bei den vorgegebenen Positionen jeweils einen Nummernwert bzw. Betrag zugewiesen und die Ziffernstelle nicht leer gelassen oder mit 0 bezeichnet habe. Weiter seien in den Fragenlisten der Lose 1 und 2 hierzu auch keine Vorbehalte bzw. Abweichungen angebracht worden. Das Angebot der Beschwerdeführerin enthalte somit klare Angaben zu dieser Position, welche nun als fehlend bezeichnet werde.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, für ihre Offerterstellung seien gemäss dem klaren Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen einzig das Leistungsverzeichnis sowie allfällige Anmerkungen der Beschwerdeführerin in den Fragelisten massgebend, während Hinweise auf allfällige Bedingungen

<sup>39</sup> Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)

<sup>40</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 74 ff., S. 28 f.

oder Allgemeine Geschäftsbedingungen der Antragssteller unbeachtlich seien. Die als «Bedingungen» bezeichneten Ausführungen im Begleitschreiben der Beschwerdeführerin seien folglich als nicht beachtlich zu werten und würden das gemäss Angebotsunterlagen (Leistungsverzeichnis «Ausmass» und Offerten) gemachte Angebot der Beschwerdeführerin, welches die Verkabelung ausdrücklich inkludiere, nicht entkräften. Daher bestehe im Endeffekt auch kein Widerspruch in der Offerterstellung.

Der Konflikt hätte mittels Beachtung der Zweifelsfallregelung und der vertraglichen Rangfolge gelöst werden können. Selbst bei Annahme einer Interpretationsunklarheit zu den Angebotsunterlagen würde unter Anwendung der Zweifelsfallregelung gemäss Ziff. 721.100.01 des Dokumentes «Besondere Bestimmungen» die für die Vergabestelle günstigere Auslegung des Leistungsverzeichnisses «Ausmass» und der Offerten zur Anwendung kommen. Somit müsste eine nicht offerierte Position im pauschalen Einheitspreis als inkludiert erachtet oder aber der allfällig niedrigere Wert zur Berechnung gebracht werden. Es bestehe vorliegend keine Gefahr, dass die Vorinstanz für die Verkabelung zusätzlich zu den pauschalen Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis bezahlen müsste. Auch werde das vergaberechtliche Prinzip der Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 7 ÖBG nicht entkräftet, umgangen oder ausgehöhlt, da die Beschwerdeführerin alle zu erbringenden Leistungen vollständig im Leistungsverzeichnis offeriert habe. Zum gleichen Ergebnis würde die Rangfolge im Falle von Widersprüchen nach Ziff. 2.2. Werkvertrag bzw. Art. 21 Norm SIA-118/2013 führen: Wiederum könnten die Bedingungen der Unternehmerin nach Ziff. 2.1 Rubrik VB1 Werkvertrag sowie der gemäss dem Dokument «Besondere Bestimmungen» zu Art. 21 Abs. 1 Norm SIA-118/2013 hinzugefügten Ziff. 5 nicht entgegen den im Leistungsverzeichnis «Ausmass» festgesetzten Positionen stehen, da sie unbeachtlich wären. So werde auch ein mutmasslicher Widerspruch zwischen den Unterlagen ausgeräumt bzw. komme nicht zum Tragen.

Die Vorinstanz habe gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen; sie wäre verpflichtet gewesen, die Offerten zu bereinigen und im Zweifelsfall nachzufragen. Im Rahmen der vergaberechtlich vorgeschriebenen Offertenbereinigung hätte sie den offensichtlichen Widerspruch zwischen den generischen Bedingungen der Beschwerdeführerin im Begleitschreiben und ihrem konkreten Angebot gemäss Angebotsunterlagen feststellen müssen. Vorliegend handle es sich, sofern überhaupt beachtlich, um eine offensichtliche und leicht erkennbare Unklarheit, welcher der Beschwerdeführerin versehentlich durch Belassen eines Standardtextes im Begleitschreiben unterlaufen sei. Es sei Sinn und Zweck der Offertenbereinigung, solch kleinere Unklarheiten zu behandeln und aus der Welt zu schaffen, damit die bereinigten Angebote gleichwertig bewertet werden könnten und das wirtschaftlich beste Angebot ermittelt werden könne. Jedenfalls wäre es gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts geboten gewesen, die Beschwerdeführerin auf die Unklarheit hinzuweisen und ihr eine Nachfrist zur Berichtigung ihres Begleitschreibens oder zur Erläuterung und Bereinigung des Missverständnisses anzusetzen. Dies wäre auch in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Kantons Bern geschehen, welche in derartigen Fällen eine kurze Fristansetzung zur Nachbesserung vorsähen. Mit Blick auf die

Inkludierung der Position im Leistungsverzeichnis und den Offerten könne nicht behauptet werden, die anzuordnende Berichtigung bzw. Erläuterung hätte zu einer massgeblichen Verzögerung des Vergabeverfahrens geführt oder hätte sich auf das Preis-Leistung-Verhältnis der Angebotsstellung ausgewirkt. Vielmehr wäre der behauptete Formmangel mit wenig Aufwand behebbar gewesen. Jedenfalls stelle die widersprüchliche Offerterstellung keinen derart schwerwiegenden Mangel dar, der zur Ungültigkeit des Angebotes führen oder aber einen Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen würde.<sup>41</sup>

**b) Kein Ausschluss aufgrund des angeblichen Nichtinkludierens der erschwerten Einbringung, des Ablads und der Anlieferung auf einen fixen Zeitpunkt im Pauschalpreis bzw. Lieferumfang**

Weiter behaupte die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei in ihrem Angebot vom in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Leistungsinhalt abgewichen, indem sie den «Ablad» und die «erschwerte Einbringung» nicht im Lieferumfang inkludiert habe sowie die «Anlieferung auf fixen Zeitpunkt» und die «erschwerte Einbringung» nach Aufwand habe verrechnen wollen. Diese Darstellung wird von der Beschwerdeführerin bestritten. Sie habe unter der Rubrik «Dienstleistungen» gemäss Position 4 des vorgegebenen Leistungsverzeichnisses in der hierfür vorgesehenen Position «Anlieferung» bzw. «Montage» korrekt ein entsprechender Betrag offeriert.

Bei der Offerterstellung sei die Beschwerdeführerin von besonderen Anlieferbedingungen ausgegangen. Insbesondere seien die Taktanlieferung (Warteraum für LK und Ablad im Takt wegen Platzproblemen) sowie die Buchung des Anlieferungszeitpunktes im online Buchungssystem der Vorinstanz unter Berücksichtigung der Anlieferung 'just-in-time' bereits in den Ausschreibungsunterlagen beinhaltet gewesen. Innerhalb des Gebäudes selbst sei die Beschwerdeführerin sodann von einer «einfachen Einbringung» ausgegangen, das heisst, dass im Gebäude die vorgesehenen Werkteile unter Berücksichtigung ihrer Masse und ihres Gewichts per Palettenhubwagen ebenerdig sowie unter Beizug des frei zugänglichen Warenlifts ohne weitere Erschwernisse hätten transportiert werden können. Eine zusätzliche «erschwerte Einbringung» sei nicht offeriert worden. Einerseits sprächen auch die Angebotsunterlagen nicht von einer eigentlichen «erschwerten Einbringung» – darin sei einzig von «besondere Aspekten», «Einschränkungen» und möglichen «Erschwernissen» die Rede, was in derartigen Baubeschrieben als üblich erachtet werde. Gleichzeitig habe auch die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Sachverhaltsverständnisses gemäss Ausschreibungsunterlagen nicht eine «erschwerte Einbringung» ins Gebäude im eigentlichen Wortsinn erwartet. Derart sei auch der Hinweis in den beiden Offerten der Beschwerdeführerin unter Position 4.2 «Anlieferung, einfache Einbringung und Montage

<sup>41</sup> Beschwerde vom 15. Juli 2021, Rz. 55 ff., S. 18 ff.



der USV- und Batterieanlage (der Standort muss ebenerdig mit dem Palettenhubwagen erreichbar sein)» zu lesen.

Gleichzeitig gäben die Ausschreibungsunterlagen – wie auch die Vorinstanz vorbringe – klar vor, dass die gemäss Leistungsverzeichnis «Ausmass» zu offerierenden Einheitspreise «alles erforderliche Zubehör, Verpackung, Ablad, Zollabgaben, Transport zur Montagestelle, Montagehilfen, Montage, Werksabnahme, Inbetriebnahme vor Ort, Validierungen, Kalibrierungen, Abnahmeprüfungen, Übergabe, sowie Einweisung der Bedienenden im Beisein vom technischen Dienst» beinhalten müssten. Die zu berechnenden Einheitspreise sollten insbesondere sämtliche Kostenelemente wie Transport-, Versicherungs- und Inspektionskosten, Steuern sowie Zölle und andere Einfuhrabgaben enthalten. In die Einbringung sei auch der «Transportweg, Transportunterteilung, bauseits zur Verfügung zu stellende Beihilfen» sowie «Lieferung und Montage aller Komponenten und Anlageteile» zu berücksichtigen. Es seien folgegемäss alle zu erwartenden Kosten in Bezug auf die Lieferung und Montage in den Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis einzuberechnen gewesen, was sich auch mit dem vergaberechtlichen Prinzip der Wirtschaftlichkeit decke. Dies habe die Beschwerdeführerin bei ihrer Kalkulation berücksichtigt: Indem sie ihr Angebot im Vergabeverfahren eingereicht und im vorgegebenen Leistungsverzeichnis «Ausmass» und in ihrer Offerte die genannten Positionen mit einem Betrag inkludiert habe, habe sie sich mit den Bedingungen der Ausschreibung als einverstanden erklärt und akzeptiert, dass sämtliche der erwähnten Positionen in der Leistung umfasst bzw. im offerierten Einheitspreis abgedeckt sein würden.

Unklarheiten bestünden einzig hinsichtlich der Angaben im Begleitschreiben. Der nicht genau passende Standardtext auf Seite 2 des Begleitschreibens stehe im klaren Widerspruch zu den von der Beschwerdeführerin eingereichten konkreten Angebotsunterlagen. Bei genauer Betrachtung sei bereits die Aussage «erschwerter Einbringung vom Lieferumfang ausgeschlossen» und «Abrechnung der erschwerten Einbringung nach Aufwand» unklar. Massgebend seien jedoch nicht die einseitigen Bedingungen einer Unternehmerin im Begleitschreiben, sondern einzig das Angebot gemäss den vorgegebenen Leistungsverzeichnissen «Ausmass» und an diese gebundenen Offerten. Selbst wenn man davon ausginge, dass ein Widerspruch bzw. Missverständnis zwischen dem Begleitschreiben und den Angebotsunterlagen vorliege, hätte dies durch die Zweifelsfallregelung und Rangfolge im Falle widersprüchlicher Unterlagen adressiert werden müssen. Hinsichtlich der besonderen Erschwernisse finde sich eine eigene Regel in Art. 58 Norm SIA-118/2013, welche den Widerspruch ohne weitere Massnahmen aufgelöst hätte.

Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die Offerten zu bereinigen und im Zweifelsfall nachzufragen. Auch hier habe es sich um einen leicht erkennbaren Irrtum gehandelt, welcher durch einfache Rückfrage seitens der Vergabestelle hätte geklärt werden können. Es wäre an der Vorinstanz gelegen, der Beschwerdeführerin entsprechend ihrer Praxis und zur Vermeidung eines Verstosses gegen das

Verbot des überspitzten Formalismus eine Nachfrist zur Klärung oder Beseitigung des behaupteten Mangels anzusetzen.

Die Möglichkeit zur Klärung hätte nicht zu einer (nachträglichen) Abänderung des Angebots der Beschwerdeführerin geführt. Sämtliche vorliegend umstrittene Punkte (Ablad, Anlieferung auf fixen Zeitpunkt und allfällige besondere Gegebenheiten/Erschwernisse) seien in der Kalkulation des Angebots berücksichtigt worden, was die Beschwerdeführerin auf einfache Rückfrage der Vorinstanz hätte bestätigen können. Auch bei anderer Interpretation durch die Vorinstanz wäre ein (nicht beabsichtigter bzw. verlangter) Zuschlag zum Einheitspreis bzw. die Abrechnung dieser Posten nach Aufwand statt im pauschalen Einheitspreis im Vergleich zum Gesamtwert der Offerte rechnerisch vernachlässigbar und insgesamt unbedeutend gewesen. Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin belief sich eine allfällige Preisdifferenz zwischen der einfachen und der erschwerten Einbringung auf ungefähr CHF 500.00 exkl. MwSt. pro Standort, also auf insgesamt CHF 1'500.00 exkl. MwSt. Nach Treu und Glauben habe die Vergabestelle nicht davon ausgehen dürfen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund einer solch kleinen Abweichung vom Gesamtumsatz nach der aufwändigen Angebotsstellung im vorliegenden Vergabeverfahren auf die Erbringung ihrer Leistung für das offerierte Entgelt verzichtet hätte. Der angebliche Fehlbetrag (CHF 1'500.00 exkl. MwSt.) stehe in keinem Verhältnis zum Gesamtoffertenbetrag von CHF 157'692.40 zzgl. CHF 2'142.30 MwSt. Die numerische Differenz hätte sich weiter selbst bei dieser – vorliegend bestrittenen – Auslegung nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebots ausgewirkt und demnach auch nicht zu einem relevanten Mangel geführt, welcher die Annahme eines Ausschlussgrundes rechtfertigen würde.<sup>42</sup>

**c) Der Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin ist kein Ausschlussgrund**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Verweis auf die AGB in Bezug auf die Lieferbedingungen im Begleitschreiben vom 16. Oktober 2020 eine unzulässige Abweichung der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen darstelle.

In ihrer Kurzbegründung stütze sich die Vergabestelle auf Ziff. 4.2 der SIMAP-Ausschreibung sowie Ziff. 2 des vorgesehenen Werkvertrages. In den Ausschreibungsunterlagen fänden sich aber weitere Bestimmungen, woraus hervorgehe, dass allfällige Bedingungen oder ein Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seitens der Unternehmerin unbeachtlich seien. Darauf, dass dies gleichzeitig zur Ungültigkeit des entsprechenden Angebotes oder zum Ausschluss der Anbieterin führen würde, werde in den umfassenden und an sich klaren Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle hingewiesen. Würde ein Verweis auf eigene AGB einen Ausschlussgrund darstellen, dann wäre die vorstehende Regelung der Unbeachtlichkeit solcher AGB sinnlos. Viel eher scheine die Qualifikation als

<sup>42</sup> Beschwerde vom 15. Juli 2021, Rz. 63 ff., S. 22 ff.

Ausschlussgrund mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Ausschreibung ausgeschlossen: Die einzelnen Ausschlussfälle würden namentlich bezeichnet und es werde eine für die Vergabestelle günstige Zweifelsfallregelung bereitgestellt, welche allfällige Widersprüche angemessen abdecke. Eine gegenteilige Auslegung wäre für die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben sowie unter analoger Anwendung von Art. 18 OR<sup>43</sup> nicht voraussehbar gewesen.

Mit Einreichung ihres Angebotes habe sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich mit den Geschäftsbedingungen der Vergabestelle einverstanden erklärt und anerkannt, dass allfällige Vorbehalte nicht gültig in Form von Verweisen auf eigene Bedingungen und allgemeine Geschäftsbedingungen angebracht werden könnten. Der Verweis auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Seite 2 entspreche einem redaktionellen Versehen. Aus einem Passus in einem Standardtext, welcher den nachweislich zugestimmten und mit Unterschrift bezeugten Ausschreibungsbedingungen entgegenstehe, auf den Vertragswillen der Beschwerdeführerin zu schliessen, wonach diese zwingend die eigenen AGB zur Anwendung habe bringen wollen und sonst die Offerten zurückgezogen hätte, sei unverhältnismässig und treuwidrig.<sup>44</sup>

#### **4.1.3 Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021**

Die Vorinstanz erachtet die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass es sich um ein Standardschreiben handle, welches versehentlich nicht auf die Vorgaben der Vergabeanforderungen angepasst worden sei und dies offensichtlich ein marginaler und daher im Verfahren nicht zu beachtender Irrtum darstelle, als nicht nachvollziehbar. Für die Offertstellung seien Änderungen im Leistungsverzeichnis weder zulässig noch technisch möglich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhalte. Beabsichtige eine Anbieterin Anpassungen oder Abweichungen geltend zu machen, müsse sie solche ausserhalb der von der Vergabestelle bezeichneten Vorlagen anbringen.

Die im Begleitschreiben festgehaltenen Bedingungen und Vorgaben seien als Teil der Offerte des Anbieters entgegengenommen worden, da sie sich eindeutig und mit Einzelbestimmungen auf die verlangten Leistungen, Preisvorgaben und Vertragsbedingungen der Ausschreibung bezogen hätten. Es habe für die Vergabestelle keine Anhaltspunkte gegeben, dass die in einem rechtsgültig unterzeichneten, individuell ausgestalteten Begleitschreiben enthaltenen Bedingungen und Vorbehalte auf einem Versehen beruhen würden. Die Vorbehalte und Bedingungen seien im Gegenteil so klar und unmissverständlich formuliert worden, dass diesbezüglich keinerlei Unklarheiten bestünden, welche

<sup>43</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

<sup>44</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 74 ff., S. 28 f.

das Einholen von Erläuterungen oder Präzisierungen erfordert hätten. Die aufgeführten Bestimmungen würden derart präzise auf einzelne Anforderungen/Vorgaben der Ausschreibung Bezug nehmen, dass die Behauptung, es handle sich hierbei um ein Standardschreiben, schlicht unglaubwürdig sei.<sup>45</sup>

Im fraglichen Begleitschreiben vom 16. Oktober 2020 habe die Beschwerdeführerin unter «Montage und Inbetriebsetzung» auf die Offerte verwiesen und unter dem \*-Verweis explizit folgende Bestimmungen aufgeführt:

1. *Ablad sei Sache des Empfängers, mitunter der Vergabestelle;*
2. *Anlieferung auf einen fixen Zeitpunkt und erschwerte Einbringung würden nach Aufwand verrechnet;*
3. *die erschwerte Einbringung sei nicht Teil des Lieferumfangs;*
4. *Rotkorrektur der Dokumentation inklusive Schaltbilder sei nicht Teil des Lieferumfangs;*
5. *Verkabelung Batteriesicherheitskasten zu USV gehöre ebenfalls nicht in den Lieferumfang;*
6. *Auf die Lieferbedingungen seien die AGB der Beschwerdeführerin anwendbar.*

In den allgemeinen Informationen der Ausschreibung zum Vorausmass für die Lose 1 und 2 seien folgende Vorgaben festgehalten worden: «*Die Preise schliessen ein: Alles erforderliche Zubehör, Verpackung, Ablad, Zollabgaben, Transport zur Montagestelle, Montagehilfen, Montage, Werksabnahme, Inbetriebnahme vor Ort, Validierungen, Kalibrierungen, Abnahmeprüfungen, Übergabe, sowie Einweisung der Bedienenden im Beisein vom Technischen Dienst.*»<sup>46</sup>

Die Vorinstanz bringt weiter vor, die vorgenannten Bedingungen der Beschwerdeführerin (1.-4.) würden den Vorgaben der Vergabestelle zur Preisbestimmung widersprechen. Durch die Verrechnung nach Aufwand für die Anlieferung auf einen fixen Zeitpunkt sowie die erschwerte Einbringung führe die Beschwerdeführerin nicht bestimmbare Kosten im Angebot ein. Die erschwerten Bedingungen für die Anlieferung, den Ablad und der Einbringung seien im Logistikkonzept der Ausschreibungsunterlagen ausführlich dargelegt worden. Auf die besonderen Erschwernisse sei im Leistungsverzeichnis hingewiesen worden. Die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen würden eine Einschätzung des Aufwandes mit einem festen Offertpreis zulassen. Die Beschwerdeführerin habe offensichtlich gegen diese Preisvorgabe und damit die Ausschreibungsunterlagen verstossen. Ebenfalls unbeachtlich sei die Argumentation, dass nur eine unbedeutende Preisdifferenz vorliege, was einen Ausschluss nicht rechtfertigen würde. Gemäss Rechtsprechungspraxis könne auf einen Ausschluss verzichtet werden, wenn die betreffende Position im Verhältnis zum Gesamtauftrag nur unbedeutend sei und sich nicht massgeblich auf die Differenz zum nächstbesten Angebot auswirke. Dies treffe jedoch nicht auf die vorliegende Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen zu. Die vom Angebotspreis ausgenommenen Leistungen seien aufgrund der Komplexität im Bereich des Spitalbaus nicht als unbeachtlich zu bezeichnen. Damit sei aufgrund des vollständigen Mangels an Angaben zu den nach Aufwand zu

<sup>45</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 17, S. 5 f.

<sup>46</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 18 f., S. 6

erbringenden Leistungen ein Wert nicht bestimmbar, was ein Beziffern der effektiven Preisdifferenz nicht zulasse. Ein solcher Mangel könne nicht als geringfügig bezeichnet werden und dürfe nicht im Rahmen einer Erläuterung geheilt werden, sondern müsse zwingend zu einem Ausschluss des Angebots führen.<sup>47</sup>

Nicht nachvollziehbar sei zudem, dass es sich um einen offensichtlichen und marginalen Irrtum handeln solle. Der Ausschluss von Leistungen resp. eine zusätzliche Vergütung derselben lasse entgegen der beschwerdeführerischen Behauptung keine Auslegungen und damit keine Anwendung der angerufenen Zweifelsfallinterpretation zu. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin durch die Geltendmachung eines Irrtums eine unzulässige nachträgliche Änderung ihrer Offerte anstrebe. Dies hätte einen Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung gegenüber denjenigen Anbietern zur Folge, welche den Vorgaben entsprechende Offerten eingereicht haben.

Hinsichtlich Ausschluss der Leistung (DC-Verkabelung) könne ebenfalls nicht von einem offensichtlichen und zu bereinigenden Irrtum ausgegangen werden. Die vorgegebenen Leistungsverzeichnisse der Lose 1 und 2 hätten unter der Ziff. 2.5 die Position «DC Verkabelung» enthalten. Diese Position habe sowohl die «DC-Verkabelung Batterie - DC» als auch die «DC-Verteiler zur USV» umfasst, was den Anbietern in der Fragerunde für Los 1 und 2 auf Nachfrage explizit bestätigt worden sei. Im Begleitschreiben der Beschwerdeführerin sei ein Teil dieser Leistung («DC-Verteiler zur USV») ausgeschlossen worden. Dies sei aus der entsprechenden Preisposition im Leistungsverzeichnis nicht ersichtlich gewesen, weshalb die Vorinstanz keinen offensichtlichen oder versteckten Widerspruch hätte erkennen und mittels Einholen einer Erläuterung hätte klären müssen.

Wie bereits dargelegt, habe die Vorinstanz die Angaben im Begleitschreiben als individuellen Bestandteil der Offerte der Beschwerdeführerin entgegengenommen und die darin enthaltenen Vorbehalte und Bedingungen als Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen qualifiziert. Die Argumentation der Beschwerdeführerin sei als Versuch der nachträglichen Änderung der Offerte zu interpretieren.<sup>48</sup>

Es sei richtig, dass die Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen festhalte, dass allfällige allgemeine Geschäftsbedingungen der Anbieter nicht anerkannt und mit dem Einreichen der Offerte die Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen akzeptiert werden. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin seien das eigentliche Vergabeverfahren und der anschliessende Vertragsschluss jedoch unterschiedliche und voneinander abzugrenzende Verfahren nach jeweils eigenen Rechtsnormen und Regeln.<sup>49</sup> Das Vergabeverfahren verpflichte den Auftraggeber resp. die Vergabestelle und habe die Auswahl des nach wirtschaftlichen Grundsätzen eruierten Anbieters nach transparenten und gleichbehandelt geführten Verfahren zum Ziel. Für den Anbieter hingegen sei das Vergabeverfahren nicht verpflichtend. Selbst wenn vergaberechtliche Vorschriften in den Ausschreibungsunterlagen als

<sup>47</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 20, S. 6 f.

<sup>48</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 21 f., S. 7

<sup>49</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 24, S. 8

Pflichten formuliert seien, habe dies für die Anbieter keine direkte rechtsverbindliche Wirkung. Ein Verstoss gegen die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen könne einen Ausschluss gemäss den vergaberechtlichen Regeln zur Folge haben, habe jedoch keine Auswirkungen auf ein allfälliges vertragliches Rechtsverhältnis.

Vorgaben zur Ausgestaltung des Vertrages in den Ausschreibungsunterlagen seien daher nicht derart prioritär, als dass die Vorbehalte und Abweichungen in der Offerte unbeachtlich wären und der Wille der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben gemäss Art. 18 OR zu eruieren wäre. Im Vergabeverfahren seien bei von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Offerten nicht die zivilrechtlichen Instrumente anwendbar, sondern es stünden einzig die vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung, namentlich der Ausschluss aus dem Verfahren. Die Vorbehalte im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 16. Oktober 2020, mit welchen sie Leistungen ausgeschlossen, die Preisvorgaben geändert und ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als anwendbar erklärt habe, seien massgebliche Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen. Die Art sowie das Ausmass dieser Abweichungen seien weder marginal noch könnten sie als unbedeutend bezeichnet oder auf einen klar erkennbaren Irrtum zurückgeführt werden. Die Vergabestelle habe demgemäss zu Recht in Wahrung des Gebots der Gleichbehandlung aller Anbieter den Ausschluss der Beschwerdeführerin verfügt. Ein Ermessensmissbrauch durch Ermessensunterschreitung liege nicht vor.<sup>50</sup>

Im Übrigen treffe es nicht zu, dass sich die anwendbaren Ausschlussgründe auf die in Art. 24 Abs. 2 ÖBV angeführten formellen sowie die in den Ausschreibungsunterlagen explizit genannten Gründe beschränken würden. Die Vergabestelle habe nie angeführt, dass die Offerte den in Art. 24 Abs. 2 ÖBV genannten wesentlichen Formerfordernissen nicht entspreche. Vielmehr sei dargelegt worden, dass die Offerte den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht entspreche. Eine Beschränkung der Ausschlussgründe auf die in den «Besonderen Bestimmungen» der Ausschreibungsunterlagen genannten Beispiele widerspreche dem Text dieser Passage selber, welche wie folgt laute: *«Angebote werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn Ausschlussgründe nach Art. 24 ÖBV vorliegen oder eine der folgenden Bestimmungen zutrifft: (...)»*. Hätten die Ausschlussgründe in den Ausschreibungsunterlagen einzeln angeführt werden müssen und wären demnach andere Abweichungen zulässig, käme dies einem Verstoss gegen die Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung gleich und hätte die Unmöglichkeit der Vergleichbarkeit der Offerten zur Folge.<sup>51</sup>

#### 4.1.4 Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Vorinstanz habe den Ausschluss bisher damit begründet, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte «Vorbehalte gegenüber den Angebotsunterlagen angebracht»

<sup>50</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 25 f., S. 8

<sup>51</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar 2021, Rz. 27, S. 8 f.

habe, insbesondere durch «Ausschluss von angefragten Leistungen» und «Berufung auf die eigenen AGB». Intern sei der Ausschluss der Beschwerdeführerin jedoch explizit nicht aufgrund der (angeblich) unerlaubten Vorbehalte zum Angebot gem. Ziff. 5 der Tabelle begründet worden. Vielmehr habe der Projektleiter im Vergabeantrag den Ausschluss der Beschwerdeführerin namentlich aufgrund einer «unerlaubten Veränderung der Angebotsunterlagen» beantragt. Entsprechend begründe die Vorinstanz die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit unerlaubten Veränderungen der Angebotsunterlagen, u.a. Ausschliessen von angefragten Leistungen. Das Angebot habe aus formalen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Jedoch liege nachweislich keine Veränderung der Angebotsunterlagen, welche zum Ausschluss des Angebotes «aus formalen Gründen von Verfahren» hätte führen 'müssen', vor und sei von der Vorinstanz bisher auch nicht behauptet worden.

Die Begründung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin durch die Vergabestelle sei somit inkonsistent. Entweder sei der den Antrag vorbereitenden Organisationseinheit bei der Offertenprüfung ein Fehler unterlaufen und sie habe die Tabelle und nachfolgende Begründung im Vergabeantrag falsch ausgefüllt. Diesfalls habe die Vergabekommission BB12 ihren Vergabeentscheid auf Basis einer unrichtigen Darstellung der Faktenlage gefällt, womit auch eine unrichtige Feststellung des rechtlich relevanten Sachverhalts i.S.v. Art. 14 Abs. 2 Bst. b ÖBG; zumindest aber eine Verletzung der vergaberechtlichen Prüfungspflichten nach Art. 13 Bst. d iVöB i.V.m. Art. 25 ÖBV, vorliegen würde. Oder aber die Vorinstanz sei sich erst nach Fällung des Vergabeentscheids der nicht überzeugenden Begründung im Vergabeantrag bewusst geworden, weshalb sie ihre offizielle Begründung angepasst habe. Das Nachschieben von dem Vergabeentscheid nicht zugrundeliegenden Gründen wie auch das Vorschieben von im Entscheid nicht berücksichtigten Umständen verletze nicht nur die Ansprüche der Beschwerdeführerin auf Transparenz gem. Art. 1 Abs. 3 Bst. c iVöB i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 11 OÖBV sowie auf rechtliches Gehör gem. Art. 29 Abs. 2 BV, sondern verstosse auch gegen das Gebot von Treu und Glauben i.S.v. Art. 9 BV.<sup>52</sup>

Die summarische Behauptung der Vorinstanz, die Offerte hätte nicht alle geforderten Leistungen inkludiert, erachtet die Beschwerdeführerin mit Verweis auf die Offertenformulare und Leistungsverzeichnisse als falsch. Die Beschwerdeführerin habe alle geforderten Leistungen im Leistungsverzeichnis gültig offeriert. Die Vorinstanz habe sich weder zu den Auszügen und Beilagen der Beschwerde geäußert noch erklärt, wie sie die offensichtlichen Widersprüche zwischen den korrekt ausgefüllten Formularen und Leistungsverzeichnissen und den angeblich im Begleitschreiben aufgestellten Vorbehalten werte bzw. weshalb sie keine Massnahmen ergriffen habe.<sup>53</sup>

Die Vorinstanz bringe neu vor, sie habe das Begleitschreiben als Teil der Offerte der Beschwerdeführerin entgegengenommen. Dies sei gemäss Beschwerdeführerin aus vergaberechtlicher Sicht sinnwidrig. Der Zweck der vorformulierten und vorgegebenen Formulare und Leistungsverzeichnisse sei

<sup>52</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 7 ff., S. 4 ff.

<sup>53</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 11 f., S. 6 f.

es gerade, den Wildwuchs nicht mehr übersichtlicher und erkennbarer Vorbehalte seitens der Angebotssteller zu vermeiden. Die Angebotssteller würden durch die Ausschreibungsunterlagen und den unabänderlichen Angebotsunterlagen erfahren, was sie wo einfügen dürften und müssten. Aus diesem Grund sei eine Abänderung der Leistungsverzeichnisse sowie übrigen Angebotsunterlagen vergaberechtlich unzulässig. Wohl aus dem gleichen Grund würden gemäss den Angebotsunterlagen allfällige zusätzliche Bedingungen der Angebotssteller als unbeachtlich gelten. Mit dem Einreichen der Offerte akzeptiere die Angebotsstellerin grundsätzlich die Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos. Vorbehalte seitens der Unternehmer seien vorliegend einzig im Rahmen der hierzu vorgesehenen Stellen in den durch die Beschwerdeführerin vorgegebenen Angebotsformularen gültig einbringbar gewesen. Nach Erkenntnis der Beschwerdeführerin hätten einzig die Formulare «Fragelisten» einen entsprechenden Titel «Abweichung/Spezifikation» für Einschränkungen vorgesehen, weshalb auch nur in diesen Fragelisten gültige Einschränkungen zum Leistungsverzeichnis im Rahmen der Offerterstellung hätten eingebracht werden können. Die Beschwerdeführerin habe in den erwähnten Fragelisten aber nachweislich keine Vorbehalte zu den von der Vorinstanz monierten Punkten, namentlich der Verkabelung/Batterie und/oder der Lieferung und Montage/Einbringung der Anlagen, angebracht. Dass dagegen auch im Begleitschreiben Vorbehalte und Abweichungen zu den offerierten Leistungen gemäss Leistungsverzeichnis und Offertenformular gültig erfolgen könnten, erscheine grundsätzlich vergaberechtlich als zweifelhaft, mit Blick auf die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen jedoch als ausgeschlossen. Es sei auch keine vertragliche oder rechtliche Grundlage ersichtlich, wonach die Vorinstanz auf die Verbindlichkeit solcher Vorbehalte in einem Begleitschreiben ausserhalb der vorgegebenen Angebotsunterlagen nach Treu und Glauben hätte vertrauen dürfen, geschweige denn, dass sie sich nun entgegen den Angaben der Beschwerdeführerin in den bindenden Leistungsverzeichnissen für den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren darauf rechtlich stützen dürfte. Es fehle schlichtweg an einem gültigen Vorbehalt seitens der Beschwerdeführerin.<sup>54</sup>

Die Vorinstanz wiederhole ihren Vorwurf, dass der Verweis auf die AGB der Beschwerdeführerin einen gemäss Ausschreibungsunterlagen unzulässigen Vorbehalt darstelle. Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe bereits in der Beschwerde substantiiert dargelegt, dass die Ausschreibungsunterlagen einseitige Bedingungen durch die anbietenden Unternehmen, einschliesslich entsprechender Verweise auf die AGB, als unbeachtlich bezeichnen würden. Hierzu bringe die Vorinstanz neu vor, es sei zwar korrekt, dass gemäss den Ausschreibungsunterlagen ein Verweis auf die AGB unbeachtlich sei bzw. ex ante nicht anerkannt werde, hierbei handle es sich jedoch um eine Einschränkung, welche sich sinngemäss einzig auf das vertragliche Verhältnis der Parteien auf materiellrechtlicher Ebene auswirke. Für das Vergabeverfahren, einschliesslich des Ausschlusses der Beschwerdeführerin auf dieser formalrechtlichen Basis, sei dieser Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht von

<sup>54</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 13 ff., S. 7 f.



Bedeutung. Zur Stützung ihres Arguments verweise die Vorinstanz auf eine Lehrmeinung von Beyeler im allgemeinen Einleitungskapitel des bezeichneten Buches. Darin werde namentlich gefolgert, dass das Vergabeverfahren einzig den öffentlichen Auftraggeber zu bestimmten Verhaltensweisen verpflichte. Dagegen habe der Angebotssteller keine prozessualen, rechtlichen Pflichten, sondern bloss Obliegenheiten inne, deren Missachtung zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führe. Es gehe dabei im Wesentlichen um die Frage, ob Mitwirkungspflichten der Angebotssteller rechtlich durchsetzbar bzw. einklagbar seien. Diese Frage sei für das vorliegende Vergabeverfahren nicht von Bedeutung. Sollte hieraus überhaupt eine Erkenntnis gewonnen werden können, dann wäre dies, dass für die Vergabestelle durch die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Punkten rechtliche Pflichten entstünden. Die referenzierte Stelle erkläre denn auch nicht, weshalb der Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen einseitige Bedingungen samt Verweise auf die AGB der Angebotsstellerinnen als nicht beachtenswert bezeichnen würden, für die formelle Beurteilung des Ausschlusses nicht von Bedeutung sein sollte.

Es sei korrekt, dass das Vergabeverfahren auch formalrechtliche Fragen zum Ablauf des Vergabeverfahrens behandle. Gleicherart hätten die Angebotsunterlagen einen formalrechtlichen Charakter, indem den Anbietern klar aufzuzeigen sei, was sie zu erfüllen hätten und was mögliche Konsequenzen seien. Die Vergabestellen müssten in den Ausschreibungsunterlagen insbesondere im Hinblick auf mögliche Ausschlüsse detailliert angeben, wie sie u.a. mit Vorbehalten durch die Anbieter umzugehen gedenken. Vorliegend würden die Ausschreibungsunterlagen an mehreren Stellen klar vorgeben, dass einseitige Bedingungen wie auch Verweise auf die AGB der Unternehmer unbeachtlich seien und nicht anerkannt würden. Diesen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, welche sich im Übrigen nicht nur im für die Angebotssteller verbindlichen Werkvertrag, sondern bspw. auch in der SIMAP-Ausschreibung selbst oder im Dokument «Besondere Bestimmungen» fänden, komme eine vergaberechtliche Verbindlichkeit i.S.v. Art. 5 i.V.m. Art. 11 OÖBV zu. Die einseitigen Bedingungen seien somit per Definition unbeachtlich, würden aber nicht zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen, zumal die Beschwerdeführerin auch nicht gegen irgendwelche Ausschreibungsvorgaben verstossen habe.

Gleichzeitig stehe das Vergaberecht durchaus in einem Wechselverhältnis zu den materiellrechtlichen Gesichtspunkten, wie der Angebotsstellung, dem Vertragsschluss oder auch der Preisbewertung. Werde die Vergabestelle durch die gesetzlichen oder die vertraglichen Bestimmungen abgesichert – bspw. vorliegend in Form einer Zweifelsfallregelung oder durch die Klausel in Ziff. 2.1 Rubrik VB1 des Werkvertrags, welche die Nichtbeachtlichkeit einseitiger AGB klar regle –, drohe ihr durch entsprechende Vorgaben in der Offerterstellung kein rechtlich relevanter Nachteil. Ein solcher Nachteil wäre aber vorauszusetzen, ansonsten die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet und es unverhältnismässig wäre, die Beschwerdeführerin auf dieser selben Grundlage (Verweis auf AGB) aus dem Verfahren auszuschliessen. Die Zirkelargumentation der Vorinstanz könne demnach auch so ausge-

legt werden, als dass gerade der vertragliche Ausschluss der AGB dazu führe, dass kein vergabe-rechtlicher Härtefall vorliege, aufgrund welchen ein Ausschluss der Beschwerdeführerin gerechtfertigt wäre.<sup>55</sup>

Die Beschwerdeführerin sei weder hinsichtlich des Leistungsumfangs noch bezüglich des Verweises auf ihre AGB von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen. Vielmehr seien die einzelnen divergierenden Standardformulierungen in ihrem Begleitschreiben gemäss Ausschreibungsunterlagen rechtlich unbeachtlich, sofern sie mit Blick auf ihre versehentliche Einbindung überhaupt als willensbildenden Bestandteil der Offerte gewertet werden könnten.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführe, müssten nicht alle formalen Ausschlussgründe gesetzlich vorgegeben werden. Die von der Vergabestelle bilateral aufgestellten Ausschlusskriterien müssten jedoch dem Massstab der gesetzlichen Ausschlussgründe gerecht werden und zudem für die Angebotssteller voraussehbar sein. Jedenfalls stelle die irrtümliche Aufführung generalistischer Anmerkungen in einem Begleitschreiben keinen derart schwerwiegenden Mangel dar, der einen Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen würde.

Die Angaben im Begleitschreiben würden nachweislich in einem offensichtlichen Widerspruch zu den von der Vergabestelle konzipierten und bereitgestellten Angebotsunterlagen stehen, was der Vorinstanz im Rahmen der Offertenprüfung hätte auffallen und sie in der Offertenbereinigung hätte thematisieren müssen. Indem die Vorinstanz keine entsprechende Nachfrage an die Beschwerdeführerin gerichtet habe, habe sie gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen und die eigenen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen fehlerhaft zur Anwendung gebracht. Da bereits bei der Offertenerstellung alle Vorgaben eingehalten worden seien, hätte eine entsprechende Nachfrage insbesondere nicht zu einer (rechtlich relevanten) Abänderung der rechtsgültig eingereichten Offerte der Beschwerdeführerin geführt.<sup>56</sup>

Die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Angebote festgestellt, dass die Beschwerdeführerin Vorbehalte gegenüber den Angebotsunterlagen angebracht habe. Mit Blick auf den behördeninternen Vergabeantrag könne es jedoch nicht stimmen, dass bei der Offertenprüfung entsprechende «Vorbehalte» der Beschwerdeführerin entdeckt worden seien; jedenfalls bestehe hier ein offensichtlicher Widerspruch zur Begründung im Vergabeantrag, wo nicht von unerlaubten «Vorbehalten» gem. Ziff. 5 der Tabelle, sondern von einer «unerlaubten Abänderung» gem. Ziff. 2 gesprochen werde. Solche unerlaubte Veränderungen der Angebotsunterlagen habe die Beschwerdeführerin aber weder vorgenommen noch seien ihr solche Veränderungen bisher vorgeworfen worden.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 18 ff., S. 8 ff.

<sup>56</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 25 ff., S. 10 f.

<sup>57</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 32 f., S. 11 f.

Die Vorinstanz verkenne zudem, dass die Beschwerdeführerin alle geforderten Leistungen gültig offeriert habe, weshalb gar keine Abweichung vorgelegen habe. Folglich sei es vorliegend einzig um die Frage gegangen, ob die im Begleitschreiben (offensichtlich) versehentliche und widersprüchliche Erwähnung von «Bedingungen» als Teil der Offerterstellung hätte gewertet werden müssen (oder nicht!), was eine im Rahmen des vergaberechtlich zu diesem Zweck vorgesehenen Offertenbereinigungsverfahren leicht behebbare Unklarheit darstelle. Auf Rückfrage hin hätte die Beschwerdeführerin klarstellen können, dass diese Ausführungen ungewollt erfolgt und demnach nicht zu beachten seien. Das Risiko einer nachträglichen Einflussnahme auf das offerierte Preis-/ Leistungsverhältnis habe demnach zu keinem Zeitpunkt bestanden. Es habe aber eine Pflicht der Vorinstanz zur Nachfrage bestanden. Indem sie dieser Pflicht nicht nachgekommen sei, habe sie entgegen der vergaberechtlich zur Sicherstellung der Gleichbehandlung vorgesehenen Prozedur gehandelt und gegen das Verbot überspitzten Formalismus verstossen.<sup>58</sup>

Darüber hinaus unterstelle die Vorinstanz der Beschwerdeführerin erstmals, sie habe die Abänderung ihrer Offerte beabsichtigt, indem sie «nicht bestimmbare Werte» einzuführen versucht habe. Zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren hätten jedoch auch gemäss der von der Vorinstanz referenzierten Lehrmeinung einzig Positionen geführt, die Richtpreise angeben und/oder welche die kalkulierten Mengen bzw. Einheitspreise nicht angeben würden. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin aber alle geforderten Leistungen durch Einfügen numerischer Mengen- und Preiswerte im von der Vergabestelle vorgegebenen Leistungsverzeichnis gültig offeriert, womit keine abstrakten Einheitspreise, sondern bestimmte Zahlenwerte vorgelegen seien.

Bei der Offerterstellung sei die Beschwerdeführerin nicht von einer erschwerten Einbringung ins Gebäude ausgegangen – die generischen Anmerkungen im Begleitschreiben sollten denn auch nicht das Feld für eine solche öffnen. Die Beschwerdeführerin habe in der Beschwerde zudem dargelegt, dass sich die Mehrkosten für eine –von ihr nicht erwartete oder in der Offerte einkalkulierte – erschwerte Einbringung ins Gebäude lediglich auf ca. CHF 1'500.00 belaufen hätten. Alle übrigen Erschwernisse seien gemäss Leistungsverzeichnis einkalkuliert worden. Diese Mehrkosten in der Höhe von unter einem Prozent (< 1%; CHF 1'500.00 zu CHF 157'692.40) stünden in keinem Verhältnis zum offerierten Gesamtoffertenbetrag. Dass sich die Mehrkosten für eine (nicht erwartete, nicht offerierte und aufgrund der Zweifelsfallregelung auch nicht in Rechnung stellbare) erschwerte Einbringung in einem moderaten Bereich befunden hätten, wäre auch für die Vorinstanz bestimmbar gewesen. Eine ungefähre Annäherung an diese Mehrkosten könne mit Verweis auf die von der Vorinstanz berechneten Kosten für die Miete eines Krans zur Vertikaleinbringung erfolgen. Unter Berücksichtigung der geringen Mietkosten für den Kran (CHF 147.60 bzw. CHF 369.05 pro Stunde) sei es auch für die Vorinstanz

<sup>58</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 34 ff., S. 11 ff.

leicht erkennbar gewesen, dass die Mehrkosten für die erschwerte Einbringung ins Gebäude (inkl. Vertikaltransport) im Verhältnis zum Gesamtumsatz geradezu vernachlässigbar gewesen wären.

Selbst wenn man also von einem gültigen Vorbehalt oder einem Änderungsversuch ausgegangen wäre, hätte sich der Mehrkostenbetrag nicht in rechtlich relevanter Weise auf das «Preis-Leistungs-Verhältnis» ausgewirkt, weshalb die auf Rückfrage hin allfällig erfolgte Korrektur (welche jedoch nicht notwendig gewesen wäre) auch nicht zur vergaberechtlich unzulässigen Angebotsabänderung geführt hätte. All dies sei für die Vorinstanz antizipierbar gewesen. Wenn überhaupt, hätte es sich wiederum um eine mit einem Telefonat klärbare Unklarheit gehandelt. Unter dem Verhältnismässigkeitsprinzip und aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben an die Vergabestelle hätte die Unklarheit im Rahmen des Offertenbereinigungsverfahrens thematisiert werden müssen. Es liege nicht mehr im freien Ermessensspielraum der Vergabestelle, nachzufragen, sondern in ihrem behördlichen Pflichtbereich.<sup>59</sup>

Die Vorinstanz behaupte summarisch, die Argumentation, dass es sich um einen versehentlich im Begleitschreiben eingefügten Standardpassus handle, sei «schlicht unglaubwürdig». Auffällig sei dabei, dass sie zur Stützung ihrer Aussage einzig frühere Aussagen wiederhole, ohne sich mit den einzelnen substantiierten Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde unter Verweis auf die Auszüge aus den eingereichten Formularen und Leistungsverzeichnissen auseinanderzusetzen. Hierzu bleibe einzig anzumerken, dass die angeblich von der Beschwerdeführerin im Begleitschreiben gemachten «derart präzisen» Anforderungen/Vorgaben generalistischer Natur seien. Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin angebotenen Produkte (USV-Anlagen) und Lieferungs- und Installationsarbeiten seien die genannten Positionen bei nahezu jedem Projekt angefallen, was auch der Grund sei, weshalb das Löschen der entsprechenden Vorgaben aus dem Begleitschreiben untergegangen sei. Wie bereits in der Beschwerde vorgebracht, seien die im Begleitschreiben angebrachten Anmerkungen bereits in sich widersprüchlich: so werde die erschwerte Einbringung zunächst vom Lieferumfang «ausgeschlossen» und gleichzeitig die Abrechnung der erschwerten Einbringung «nach Aufwand» vermerkt. Diese widersprüchliche Aussage sei zwar – zugegeben – un schön, verdeutliche aber die Inkonsistenz des Begleitschreibens, welches damit offensichtlich flüchtigkeitshalber redigiert worden sei. Dieser textliche Widerspruch hätte bereits im Rahmen einer aufmerksamen Offertenprüfung auffallen müssen, jedenfalls bestünden entgegen den Ausführungen der Vorinstanz bereits im Begleitschreiben selbst eindeutige Auffälligkeiten und Unklarheiten.

Vorliegend dürfe vorausgesetzt werden, dass die Vorinstanz ihre eigenen klaren Vorgaben gekannt habe, welche in den unabänderlichen, durch die Angebotssteller lediglich auszufüllenden Formularen und Leistungsverzeichnissen Niederschlag gefunden hätten. Dass ihr nun nicht aufgefallen sein solle,

<sup>59</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 37 ff., S. 13 ff.

dass die Angaben im Begleitschreiben in einem objektiv und für sie umso leichter erkennbaren Widerspruch zu den Angaben in den von ihr bereitgestellten Offertenformularen und Leistungsverzeichnissen ständen, sei nicht plausibel. Sollte dies tatsächlich der Wahrheit entsprechen, würde dies bedeuten, dass die Vorinstanz die Offerte der Beschwerdeführerin inhaltlich über das Begleitschreiben hinaus gar nie geprüft hätte und demnach wiederum ihren vergaberechtlichen Pflichten nicht nachgekommen wäre. Der Widerspruch hätte sich mit einem einfachen Blick in die Fragelisten geklärt.

Ebenfalls behaupte die Vorinstanz, Leistungen zur DC-Verkabelung bzw. Batterie seien gemäss Begleitschreiben ausgeschlossen worden. Da dies aus der Preisposition des Leistungsverzeichnisses jedoch nicht ersichtlich gewesen sei, habe sie den Widerspruch auch nicht erkennen müssen. Diese Argumentation der Vorinstanz sei nicht schlüssig und deute darauf hin, dass die Vorinstanz entweder in Unkenntnis über die eigenen Vergabevorgaben sei oder sie diese im Rahmen der Offertenprüfung nicht (mehr) berücksichtigt habe. Gemäss verbindlichen Ausschreibungsunterlagen könnten und dürften Vorbehalte zu den geforderten Leistungen einzig an vorgesehener Stelle, i.e. in den Fragelisten, gültig eingebracht werden. Eine Abänderung der Leistungsverzeichnisse sei – wie die Vorinstanz selbst bestätige – unzulässig und hätte unmittelbar zum Ausschluss einer Angebotsstellerin geführt. Die Beschwerdeführerin habe in den Fragelisten aber keine solche Vorbehalte – weder zur DC-Verkabelung, noch zu einem der anderen von der Vorinstanz vorgebrachten Punkten – angemerkt. Folglich durfte die Vorinstanz nach Treu und Glauben auch nicht zulässigerweise darauf vertrauen, die Beschwerdeführerin habe im Begleitschreiben dem Leistungsverzeichnis entgegenstehende Vorbehalte angebracht. Ein einfacher Blick in die Fragelisten hätte auch diesen Punkt geklärt. Es sei für die Beschwerdeführerin mit Blick auf die für sie aufwändige Offertenerstellung nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz diesen vergleichsweise minimalen Aufwand nicht getätigt zu haben scheint, sondern sich mit der einfachen Konsultierung des Begleitschreibens zufrieden gab, um die Beschwerdeführerin daraufhin vom Vergabeverfahren auszuschliessen.<sup>60</sup>

#### **4.1.5 Beschwerdeduplik vom 11. März 2021**

Mit Duplik vom 11. März 2021 bringt die Vorinstanz vor, die Beschwerdeführerin mache neu geltend, dass durch die Zuordnung des Formfehlers im Vergabeantrag die Grundsätze der Transparenz sowie von Treu und Glauben verletzt worden seien.

Die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, ihre Behauptung, dass es sich um ein unbeabsichtigtes Standardschreiben handle, in irgendeiner Weise zu substantiieren. Sie vermöge den reinen Schutzcharakter dieser Behauptung damit auch in der Replik nicht zu widerlegen. Ein sich konkret auf den Ausschreibungsgegenstand beziehendes Schreiben, welches als Teil der Offerte von denselben Personen unterzeichnet worden sei wie die Offerte selber, könne nicht als generisch und

<sup>60</sup> Beschwerdereplik vom 25. Februar 2021, Rz. 42 ff., S. 15 ff.

unbeachtlich eingestuft werden. Dies werde bestärkt durch die konkret definierten Abweichungen von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. Dass die Beschwerdeführerin geltend mache, ein solches Schreiben werde nahezu jedem Projekt angefügt, bestätige vielmehr die Auslegung der Vorinstanz, dass die dabei angeführten Abweichungen von den Vorgaben in der Ausschreibung bewusst gemacht und den üblichen Geschäftsvorgaben der Beschwerdeführerin entsprechen würden. Die auf Seite 2 des Begleitschreibens angeführten, hier strittigen Bedingungen seien zudem als integraler Teil der eingereichten Offerte selber ebenfalls beigefügt worden, was kaum mit einem generischen Versehen begründet werden könne.

Für die Vorinstanz habe damit keinerlei Anlass zu zweifeln bestanden, dass mit dem Schreiben von den Ausschreibungsbedingungen abweichende Leistungs- und Vertragsinhalte eingegeben werden sollten. Es sei zu Recht auf eine Rückfrage im Rahmen des Bereinigungsverfahrens verzichtet worden, da es keine Unklarheiten zu bereinigen gegeben habe.

Der Behauptung, dass die Angaben im Begleitschreiben in sich durch ihre Widersprüchlichkeit hätten auffallen müssen, könne die Vorinstanz nicht nachvollziehen. Insbesondere sei nicht klar, aus welchem Grund der Hinweis, dass die erschwerte Einbringung vom üblichen Lieferumfang ausgeschlossen sei und daher zusätzlich nach Aufwand verrechnet würde, widersprüchlich sei. Die Beschwerdeführerin selber führe an, dies entspreche ihren Bedingungen in «nahezu jedem Projekt».<sup>61</sup>

Die von der Beschwerdeführerin behaupteten offensichtlichen Widersprüchlichkeiten zwischen den Offertformularen/Leistungsverzeichnissen und dem Begleitschreiben seien für die Vorinstanz nicht nachvollziehbar.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Preisabweichungen würden ebenfalls bestritten. In ihrer Offerte vom 16. Oktober 2020 habe sie explizit eine einfache Einbringung und Montage<sup>62</sup> verrechnet und im Begleitschreiben die separate Verrechnung nach Aufwand festgelegt, ohne diesen festzulegen. Die in der Beschwerde angeführten, nicht belegten Zusatzkosten von maximal CHF 500.00 pro Standort resp. der Verweis auf die tiefen Kranbenutzungskosten könnten nicht widerlegen, dass die Ausschreibungsunterlagen den Einbezug der erschwerten Einbringung sowie das entsprechende Offerieren vorschreiben würden. Selbst wenn gemäss der Argumentation der Beschwerdeführerin von einer im Vergleich zum Gesamtpreis nur marginalen Abweichung auszugehen wäre – was nicht belegt und grundsätzlich bestritten werde –, trete dieser Umstand zu den weiteren Abweichungen hinzu, welche sie mit der Offerte eingegeben habe.

Ebenfalls wiederholt bringe die Beschwerdeführerin vor, dass Vorbehalte im Begleitschreiben vergaberechtlich unbeachtlich und ungültig seien. Solche anzubringen sei einzig in den Formularen, vorliegend ausschliesslich in den Fragelisten gültig möglich gewesen. Die Beschwerdeführerin komme

<sup>61</sup> Beschwerdeduplik vom 11. März 2021, Rz. 6 ff., S. 3

<sup>62</sup> Ziff. 4.2 der Offerte, Vernehmlassungsbeilage 6

gestützt auf den Umstand, dass sie in den Fragelisten keine Vorbehalte angebracht habe, zum Schluss, dass sie keine «gültigen» Vorbehalte angebracht habe und bezeichne die abweichende Auslegung der Vorinstanz als vergaberechtlich «sinnwidrig». Sie verkenne mit dieser Argumentation sowohl den Zweck der Fragelisten als auch die Beachtlichkeit und Massgeblichkeit der mit der Offerte insgesamt geäusserten Bedingungen. Mit den Fragelisten referenziere die Beschwerdeführerin offensichtlich auf die Formulare E05 für die Lose 1 und 2. Bei diesen Formularen handle es sich um Fragelisten zur funktionalen Beurteilung der anzubietenden Leistungen. Das Formular E05 stelle ein Standardformular dar, wie es bei der Beschaffung von technischen Geräten zur Anwendung gelange. Technische Geräte könnten aus verschiedenen Gründen (wie insb. Konstruktionsart oder Patente) nie vollständig identisch sein, weshalb der Beschaffungsgegenstand mit funktionalen Anforderungen definiert werde. Mit den von den Anbietern in der Frageliste einzufüllenden Angaben würden die technischen Spezifikationen ihrer Geräte abgefragt, um im Rahmen der Offertprüfung die funktionale Gleichwertigkeit mit den Anforderungen des Pflichtenheftes zu bestimmen. In Ziff. 1.3 der Formulare hätten die Anbieter demnach einzig sich auf die zuvor definierten technischen Anforderungen beziehende Abweichungen und Optionen anführen können.<sup>63</sup>

Der Umkehrschluss der Beschwerdeführerin, dass sämtliche weiteren Bedingungen und Vorbehalte ausserhalb dieses Formulars nicht «gültig» oder unbeachtlich seien, sei falsch. Die Beschwerdeführerin vermische bei der Begründung, weshalb die Abweichungen im Begleitschreiben im Rahmen des Vergabeverfahrens unbeachtlich seien, weiterhin zivil- resp. vertragsrechtliche mit vergaberechtlichen Instrumenten. Ob und wie ein Vertrag gültig zustande komme, richte sich nach dem auf den Vertrag anwendbaren Zivilrecht, nicht nach dem Vergaberecht. Die Annahme der Beschwerdeführerin, der den Ausschreibungsunterlagen beigelegte Werkvertrag sei in dem Sinne verbindlich, als dass der Vertrag mit Einreichung einer Offerte bereits gültig zustande gekommen sei, sei vergaberechtlich falsch und widerspreche im vorliegenden Fall aufgrund der abweichenden Bedingungen selbst den zivilrechtlichen Regeln eines gültigen Vertragsschlusses. Daran vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass die Vorinstanz hinsichtlich Abschlusserlaubnis nach Zuschlagsverfügung an ihre eigenen Vorgaben gebunden sei. Die enge Wechselwirkung zwischen Vergabe- und Zivilrecht sei im Übrigen nie bestritten worden, hingegen scheine die Beschwerdeführerin deren Auswirkungen in ihren Erwägungen zu verkennen.

Dass der Anbieter im Fall einer wesentlichen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen werden könne, sei allen Anbietern durch die Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend klar bekannt gegeben worden.

In der Replik werfe die Beschwerdeführerin der Vorinstanz neu vor, durch eine «inkonsistente Begründung» die Grundsätze von Treu und Glauben sowie der Transparenz verletzt zu haben. In ihrer

<sup>63</sup> Beschwerdeduplik vom 11. März 2021, Rz. 9 ff., S. 4

bisherigen Begründung habe sie Vorbehalte gegenüber den Angebotsunterlagen als Ausschlussgrund angeführt. Aus dem Vergabeantrag sei nun ersichtlich, dass der Ausschluss infolge unerlaubter Veränderung der Angebotsunterlagen beantragt worden sei. Auf Seite 5 des Vergabeantrags sei unbestrittenermassen festgehalten worden, dass die Beschwerdeführerin unerlaubte Veränderungen der Angebotsunterlagen angebracht habe. Die unerlaubte «Veränderung» beziehe sich auf das ergänzende Einreichen des strittigen Begleitschreibens der Beschwerdeführerin, mit welchem die besagten Vorbehalte gegenüber den Ausschreibungsunterlagen und Vertragsbestimmungen angebracht worden seien. Dieser Hinweis finde sich in der Begründung auf Seite 5 des Vergabeantrags, wo explizit angeführt werde; «U.a. Ausschliessen von angefragten Leistungen».

Ob das Begleitschreiben mit vergabewidrigen Bedingungen als unerlaubte Veränderung gewertet werde oder ob die damit angebrachten Vorbehalte inhaltlich unter Ziff. 5 der wesentlichen Formfehler subsumiert würden, sei im Resultat unerheblich. In beiden Fällen handle es sich um wesentliche Formfehler, die (wie in den Unterlagen angedroht) zum Ausschluss führen würden. Inwieweit sich das Verhalten der Vergabestelle damit als intransparent erweise oder gegen Treu und Glauben verstossen solle, sei nicht nachvollziehbar. Die zuständigen Instanzen der Vorinstanz hätten den Entscheid unter vollständiger Kenntnis des Sachverhalts getroffen. Von einem Nachschieben von zuvor nicht berücksichtigten Umständen könne nicht die Rede sein.

Wie bereits in der Vernehmlassung dargelegt und von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, seien ihr auf deren erste Nachfrage am 5. Januar 2021 denn auch die vollständigen Gründe für den Ausschluss aus dem Verfahren mündlich erläutert und mit Schreiben an die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vom 11. Januar 2021 schriftlich bestätigt worden. Aus der unterschiedlichen Wortwahl, jedoch identischem Sachinhalt, ein Nachschieben von Gründen und damit eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes zu generieren, erscheine sachfremd und nähere sich seinerseits dem überspitzten Formalismus.<sup>64</sup>

#### **4.1.6 Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. März 2021 (Triplik)**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 26. März 2021 nimmt die Beschwerdeführerin zu den Noven der Duplik wie folgt Stellung: Zur Behauptung, die Fragelisten seien einzig zum Anbringen technischer Vorbehalte vorgesehen, bringe die Vorinstanz neu vor, es handle sich bei den Fragelisten um ein Standardformular, welches zur Anmerkung funktionaler Abweichungen von den technisch definierten Anforderungen genutzt werden könne. Sinngemäss seien anderweitige Vorbehalte ausserhalb der Fragelisten anzubringen, bspw. im Begleitschreiben der Beschwerdeführerin. Solche Vorbehalte seien demnach ebenfalls gültig.

<sup>64</sup> Beschwerdeduplik vom 11. März 2021, Rz. 13 ff., S. 5 f.



Zunächst handle es sich auch nach der Argumentationslogik der Vorinstanz zumindest bei den monierten Verbindungskabeln des Batteriesicherungskastens um eine technische Spezifikation, welche demnach gerade (und einzig) in den Fragelisten abgehandelt hätte werden müssen. Hier habe die Beschwerdeführerin aber keine Vorbehalte angebracht.

Den Vorbringen der Vorinstanz stehe sodann entgegen, dass die Vorinstanz in Ziff. 2 der Fragelisten unter dem Titel «Dienstleistungen» als Teil der Ausschreibungsunterlagen eigens nicht-technische Punkte thematisiert habe, namentlich die «Garantiefrist», «Einbringung» sowie Kostenberechnung im «Offertenpreis». Dies erscheine auch sinnvoll, da die Anlieferung und Montage/Einbringung funktional unmittelbar mit den Leistungsgegenständen zusammenhänge. Hätte die Beschwerdeführerin gültige Vorbehalte zu diesen dienstleistungsfunktionellen Punkten anbringen wollen, hätte sie dies wohl unter dem entsprechenden Titel in den Fragelisten getan.

Das konzeptuelle Verständnis der Fragelisten der Vorinstanz widerspreche sodann ihren eigenen Ausführungen, wonach gerade das von der Beschwerdeführerin irrtümlich eingereichte Begleitschreiben eine unerlaubte «Veränderung der Angebotsunterlagen» bewirkt habe. Somit frage sich, wo sonst Vorbehalte hätten gültig vorgebracht werden können, ohne eine Abänderung zu bewirken. Die vorgegebenen Angebotsformulare hätten hierzu keine andere Stelle vorgesehen. Daraus müsse geschlossen werden, dass Vorbehalte eben doch einzig unter dem Titel «Abweichungen» in den Fragelisten vergaberechtlich hätten angebracht werden dürfen.<sup>65</sup>

Die Vorinstanz trage zudem neu vor, im Resultat sei unerheblich, ob der Ausschluss aufgrund einer unzulässigen Veränderung der Angebotsunterlagen oder aber aufgrund einer inhaltlichen Abänderung des Angebots erfolgt sei. Dem sei zu entgegnen, dass selbst die Tabelle «Formelle Prüfung» im Vergabeantrag der Vorinstanz zwischen «Es gibt keine unerlaubte Veränderung (z.B. Streichung, Ergänzung etc.) der Angebotsunterlagen» und «Es gibt keine unerlaubten Vorbehalte zum Angebot» differenziere. Demnach bestehe zwischen den Ausschlussgründen gemäss Vergabeantrag faktisch wie auch rechtlich ein Unterschied. Es wäre der Vorinstanz auch zumutbar gewesen, zwischen diesen zwei Punkten formell zu unterscheiden, zumal sie die Beschwerdeführerin genau aus einem formellen Grund aus dem Vergabeverfahren habe ausschliessen wollen.

Es sei daran zu erinnern, dass sich die dem öffentlichen Vergaberecht unterstehende Vorinstanz auch als private Trägerin an minimalen Rechtsprinzipien zu messen habe. Lege sie ihrem Vergabeentscheid eine diametral andersgelagerte als die offengelegte Ausschlussbegründung zugrunde, liege entweder eine unrichtige Feststellung des rechtlich relevanten Sachverhalts oder aber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. ein Handeln wider Treu und Glauben vor. Ein derart gefällter Vergabeentscheid sei rechtlich fehlerhaft und folglich aufzuheben.

<sup>65</sup> Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. März 2021, Rz. 4 ff., S. 2

Abschliessend werde der Form halber bestritten, dass die Vorinstanz in den Angebotsunterlagen «hinreichend klar» oder überhaupt benannt hätte, eine inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen führe zum Ausschluss.<sup>66</sup>

#### 4.1.7 Stellungnahme der Vorinstanz vom 9. April 2021 (Quadruplik)

Die Vorinstanz hat in ihrer Quadruplik vom 9. April 2021 keine ergänzenden Ausführungen zum Streitgegenstand gemacht.

## 4.2 Würdigung

4.2.1 Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz davon ausgehen konnte, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Begleitschreiben an die Vorinstanz vom 16. Oktober 2020<sup>67</sup> verbindliche und damit zu beachtende Vorbehalte angebracht hat.

Dem fraglichen Begleitschreiben ist zu entnehmen, dass sich die Beschwerdeführerin zunächst für die Anfrage und das damit verbundene Interesse an ihren Produkten und Dienstleistungen bedankt. Daraufhin folgt eine tabellarische Zusammenfassung ihres Preisangebots zur Offerte für das Projekt gemäss Betreff (Offerte [Nummer] und [Nummer] für das Projekt: «Neubau Spitalgebäude Baubereich [Nummer] / Los 1 und 2»). Auf der zweiten Seite des Begleitschreibens werden unter dem Titel «Bedingungen» verschiedene Bestimmungen aufgeführt. Unter «Montage und Inbetriebsetzung» verweist das Begleitschreiben auf die Offerte und unter dem \*-Verweis werden folgende, vorliegend strittige Bestimmungen aufgeführt:

Transport:

- Der Ablad ist Sache des Empfängers.
- Anlieferung auf fixen Zeitpunkt, sowie erschwerte Einbringung verrechnen wir nach Aufwand.

Nicht im Lieferumfang:

- Erschwerte Einbringung der Geräte
- Rotkorrektur der Dokumentation inkl. Schaltbilder
- Verkabelung Batteriesicherheitskasten zu USV

Lieferbedingungen:

Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

<sup>66</sup> Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. März 2021, Rz. 8 ff., S. 3

<sup>67</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 4

Bereits die einleitenden Worte mit Dank für die Anfrage und das Interesse weisen darauf hin, dass es sich bei dem fraglichen Schreiben wohl um eine standardmässige Vorlage handelt, welche für den normalen Geschäftsverkehr und nicht für Vergabeverfahren ausgestaltet wurde. Das vorliegende Angebot für das Projekt «Neubau Spitalgebäude Baubereich [Nummer] / Los 1 und 2» wurde indessen aufgrund der öffentlichen Ausschreibung auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) und gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen eingereicht, und nicht gestützt auf eine Anfrage seitens der Vorinstanz. Dass Offerten von der Beschwerdeführerin im normalen Geschäftsverkehr häufig in dieser Ausführung verschickt werden, scheint plausibel. Insbesondere die folgenden allgemein gehaltenen Bedingungen auf der zweiten Seite lassen diesen Schluss zu. Ein Verweis auf die eigenen AGB, Ausführungen zu den Lieferbedingungen, der Haftungsausschluss sowie vom Lieferumfang ausgeschlossene zusätzliche Dienstleistungen wie «erschwerte Einbringung» sind im normalen Geschäftsverkehr durchaus übliche Bedingungen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach es sich bei dem Schreiben eben nicht um ein auf das vorliegende Verfahren angepasstes Begleitschreiben handelt, scheinen damit zuzutreffen. Auch scheint es glaubhaft, dass es nicht die eigentliche Absicht der Beschwerdeführerin gewesen ist, Vorbehalte anzubringen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin riskieren sollte, den Auftrag nicht zu bekommen, nur damit sie den Auftrag zu ihren eigenen Bedingungen ausführen könnte und beispielsweise die erschwerte Einbringung nicht übernehmen und zahlen müsste. Letzteres scheint schon im Hinblick auf das Verhältnis zu den offerierten Gesamtkosten wenig plausibel.

Unabhängig davon hat die Beschwerdeführerin mit dem Begleitschreiben unbestrittenermassen gewisse Vorbehalte angebracht, die letztlich auch von ihr zu verantworten sind. Allerdings sind die Widersprüche augenfällig: Einerseits hat die Beschwerdeführerin mit der Einreichung ihres Angebots akzeptiert, dass eigene AGB nicht beachtlich sind. Es geht nämlich bereits aus der Ausschreibung aus Ziffer 4.2. klar hervor, dass die AGB der Anbieter nicht anerkannt werden. Andererseits hat die Beschwerdeführerin sowohl für die Anlieferung als auch für die erschwerte Einbringung und den Ablad einen entsprechenden Preis offeriert. Diese Widersprüche hätten der Vorinstanz auffallen müssen.

Die Vorinstanz konnte nach dem Geschriebenen nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Begleitschreiben im klaren Widerspruch zum sonstigen Angebot verbindlich Vorbehalte anbringen wollte bzw. angebracht hat. Die Vorinstanz hätte vielmehr den offensichtlichen Widerspruch zwischen den Offerten samt Leistungsverzeichnissen und dem Begleitschreiben erkennen müssen. Daran ändert auch der von der Vorinstanz vorgebrachte Umstand, dass das Begleitschreiben rechtsgültig von den gleichen Personen unterzeichnet worden sei wie die Offerte selbst, nichts. Es scheint sich dabei vielmehr um eine Schutzbehauptung seitens der Vorinstanz zu handeln.

**4.2.2** Im Folgenden ist daher zu klären, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, die Widersprüche auszuräumen oder ob sie die Beschwerdeführerin ohne Klärungsversuch zu Recht ausgeschlossen hat.

Wie den rechtlichen Ausführungen unter Erwägung 3 zu entnehmen ist, sind eigenmächtige Änderungen des Angebotstextes durch einen Anbieter wie auch Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle im Angebot grundsätzlich unzulässig. Abweichungen von der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen führen zum Ausschluss, sofern sie wesentlich sind. Angeboten mit Abweichungen oder Vorbehalten gegenüber ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz. Zu den Fehlern, die berichtigt werden können, gehören unter anderem widersprüchliche Angaben zu Einheitspreisen, wenn sich aus der Preisart oder der Ausschreibung klar ergibt, welcher Preis verbindlich sein soll. Falls Stellen im Angebot unklar sind, holt die Vergabestelle beim Anbieter Erläuterungen ein. Nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne Weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb.<sup>68</sup>

Nach dem Geschriebenen sind die Widersprüche vorliegend augenfällig. Trotzdem hat es die Vorinstanz unterlassen, Erläuterungen zum unklaren bzw. widersprüchlichen Angebot der Beschwerdeführerin einzuholen. Wie ausgeführt, ist es glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit dem Begleitschreiben versehentlich Vorbehalte angebracht hat, zumal dem Begleitschreiben im Vergleich zu den eigentlichen Offerten und Leistungsverzeichnissen eine klar untergeordnete Bedeutung zukommt. Die Vorinstanz hätte daher schnell und unkompliziert klären können und müssen, was es mit dem fraglichen Begleitschreiben vom 16. Oktober 2020 auf sich hat. Dabei hätte sie zum Schluss kommen müssen, dass es sich dabei um ein Versehen handelt und dass lediglich die Preisangebote gemäss den Offerten und Leistungsverzeichnissen zu beachten sind. Auch sind keine Hinweise eines Vorbehalts ausserhalb des Begleitschreibens ersichtlich, wie beispielsweise in den Fragelisten unter dem Abschnitt «Abweichungen / Optionen». Eine unzulässige Abänderung oder das Vorbringen wesentlicher Vorbehalte kann der Beschwerdeführerin somit nicht unterstellt werden.

Der Mangel des Angebots war daher von untergeordneter Bedeutung, ein absichtliches Vorgehen der Beschwerdeführerin kann ausgeschlossen werden und das Versehen ist absolut entschuldbar. Die Beseitigung des Mangels hätte ohne Weiteres und auch ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen können. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben hätten vorliegend einen Ausschluss aus dem Wettbewerb verboten. Oder mit anderen Worten wäre es geboten und damit eine Pflicht der Vorinstanz gewesen, im Rahmen des Offertbereinigerungsverfahrens den Mangel zu beseitigen resp. den Widerspruch aufzuklären, statt die Beschwerdeführerin direkt auszuschliessen. Der Beschwerdeinstanz ist zudem bekannt, dass die Vorinstanz bei vergleichbaren

<sup>68</sup> Vgl. zum Ganzen Erwägung 3 hiervor mit weiteren Hinweisen

Unklarheiten in anderen Verfahren regelmässig Erläuterungen einholt. Entsprechend muss der vorliegende Ausschluss der Beschwerdeführerin ohne vorherige Nachfrage bzw. Einholung von Erläuterungen als überspitzt formalistisch bezeichnet werden. Der Ausschluss ist damit unverhältnismässig erfolgt und folglich unzulässig.

**4.2.3** Mit Begleitschreiben vom 21. Dezember 2020 hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 eröffnet und zugleich mitgeteilt, dass ihre Offerte aus formalen Gründen (Ausschliessen von angefragten Leistungen) ausgeschlossen werden musste. Demgegenüber steht im Vergabeantrag vom 23. November 2020, dass die Beschwerdeführerin unerlaubte Veränderungen (z.B. Streichung, Ergänzung etc.) der Angebotsunterlagen angebracht hat, welche zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren aus formalen Gründen geführt haben. Mit einer solch inkonsistenten und auch widersprüchlichen Begründung ist von einer Gehörsverletzung auszugehen. Mit Blick auf das eindeutige Ergebnis hiervor, kann aber offengelassen werden, ob und inwiefern bereits diese Gehörsverletzung zu einer Gutheissung der Beschwerde geführt hätte.

**4.2.4** Der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren ist nach dem Geschriebenen rechtswidrig, und die Beschwerde vom 15. Januar 2021 ist insoweit gutzuheissen.

## **5. Aufhebung des Zuschlags**

**5.1** Den Zuschlag erhält nach Art. 30 Abs. 1 ÖBV das wirtschaftlich günstigste Angebot. Als solches gilt dasjenige, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Wird (erfolgreich) gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde geführt, kann die Beschwerdeinstanz die rechtswidrige Verfügung gestützt auf Art. 18 Abs. 1 IVöB und Art. 34 Abs. 1 ÖBV aufheben und in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen, vorausgesetzt, der Vertrag zwischen Auftraggeber/-in und Zuschlagsempfänger/-in ist noch nicht abgeschlossen. Wie unter Erwägung 3.1 ausgeführt, kann der Ausschluss eines Anbieters oder einer Anbieterin vom Submissionsverfahren durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen. Im vorliegenden Vergabeverfahren geht implizit aus der Beilage zur Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 hervor, dass die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen worden ist<sup>69</sup>. Mit Begleitschreiben vom 21. Dezember 2020, welches zusammen mit der Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 eröffnet wurde, teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin alsdann explizit mit, dass ihre Offerte aus formalen Gründen (Ausschliessen von angefragten Leistungen) ausgeschlossen werden müsse. Weil die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren frühzeitig ausgeschlossen wurde, hat die Vorinstanz ihr Angebot gar nie bewertet.

<sup>69</sup> Benotung sowie Punkte = 0, da «Formale Prüfung und / oder Eignungskriterien nicht erfüllt»

Mit der Gutheissung der Beschwerde im Hauptpunkt und der damit einhergehenden Aufhebung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin und der Rückweisung zur erstmaligen Beurteilung des Angebots der Beschwerdeführerin kann vorliegend kein reformatorischer Entscheid ergehen. Die Beschwerdeführerin hat den tiefsten Preis aller Submittenten offeriert, weswegen sie intakte Chancen hat, den Zuschlag tatsächlich zu erhalten. Daher muss vorliegend zwingend auch die Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 aufgehoben werden. Nach dem Geschriebenen und gestützt auf Art. 18 Abs. 1 IVöB und Art. 34 Abs. 1 ÖBV ist die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**5.2** In der Regel wird die Zuschlagsempfängerin von Amtes wegen am Verfahren beteiligt, wenn die Zuschlagserteilung strittig ist. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist hauptsächlich der Ausschluss der Beschwerdeführerin. Das Verfahren wurde daher auf Rechtmässigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführerin beschränkt. Davon ist die Zuschlagsempfängerin nicht direkt betroffen und musste entsprechend weder beteiligt noch angehört werden. Weil der Verfahrensausgang (Aufhebung des Ausschlusses) allerdings als logische Folge auch zur Aufhebung des Zuschlags führt, ist ihr der vorliegende Entscheid zur Kenntnis zu bringen.

## **6. Verletzung rechtliches Gehör**

**6.1** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz verletze im Rahmen des Vergabeverfahrens ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, indem sie die Zuschlagsvergabe an die Zuschlagsempfängerin gemäss Auskunftsbegehren der Beschwerdeführerin hin weiterhin nicht begründet habe.<sup>70</sup>

**6.2** Die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2020 enthält zusammen mit dem Begleitschreiben vom 21. Dezember 2020 eine rudimentäre, kurze und stichwortartige Begründung (vorne Sachverhalt I. Ziff. 3) der Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin und des Ausschlusses der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren. Die Aufzählung der Gründe für die Zuschlagserteilung genügt den Anforderungen an eine genügende Begründung jedoch nicht. Auch wurde der Beschwerdeführerin mit der Eröffnung der angefochtenen Verfügung im Begleitschreiben vom 21. Dezember 2020 nicht mitgeteilt, welche angefragten Leistungen die Beschwerdeführerin angeblich ausgeschlossen haben sollte. Damit wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt, was in der Regel zur Aufhebung und Rückweisung der angefochtenen Verfügung führt.<sup>71</sup> Vorliegend hat die Vorinstanz jedoch die angefochtene Verfügung und den Ausschluss der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nachträglich in der Beschwerdevernehmlassung vom 29. Januar

<sup>70</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, Rz. 23, S. 9

<sup>71</sup> Vgl. zum Ganzen: Daum, in: Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 21 N 1 f. und Art. 52 Nrn 6 ff., mit Hinweisen; BGer Urteil 6P.55/2001/6S.267/2001 vom 26.6.2001 E. 1a mit Hinweisen; BGE 133 I 270 E. 3.1; 129 I 232 E. 3.2

2021 hinreichend begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, mittels Replik umfassend zu dieser Begründung Stellung zu nehmen, was sie auch getan hat. Dementsprechend ist der Nachteil, der der Beschwerdeführerin aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, behoben und die Verletzung des Gehörsanspruchs konnte geheilt werden.

## **7. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das fragliche Begleitschreiben als Standardtext zu qualifizieren ist und eindeutig im Widerspruch zur eigentlichen Offerte der Beschwerdeführerin steht. Die Vorinstanz wäre demnach verpflichtet gewesen, im Rahmen der Offertenbereinigung Erläuterungen oder Präzisierungen zu diesem Widerspruch einzuholen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen und stattdessen die Beschwerdeführerin ohne weiteren Vorkehrungen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, hat sie gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren ist damit rechtswidrig und aufzuheben. Mit der Aufhebung des Ausschlusses geht zwangsweise auch die Aufhebung des Zuschlags einher. Daher ist die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020 ebenfalls aufzuheben. Die Sache ist antragsgemäss zur erstmaligen Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Nach dem Geschriebenen erweist sich die Beschwerde als begründet und ist vollumfänglich gutzuheissen.

## **8. Anträge um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Anordnung des Verbots des Vertragsschlusses**

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung vorsorglich zu erteilen. Zudem sei die Vorinstanz anzuweisen, keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen, bis rechtsgültig über die vorliegende Beschwerde entschieden werde.<sup>72</sup>

Sowohl die beantragte vorsorgliche Massnahme als auch die aufschiebende Wirkung regeln als Formen des einstweiligen Rechtsschutzes nur den vorläufigen Zustand während der Rechtshängigkeit eines Verfahrens. Sie können daher nur für die Dauer des Beschwerdeverfahrens angeordnet werden.<sup>73</sup> Da vorliegend ein das Beschwerdeverfahren abschliessender Entscheid in der Sache ergeht, sind das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme und die Frage der aufschiebenden

<sup>72</sup> Beschwerde vom 15. Januar 2021, zu den Verfahrensanträgen Nr. 1 und 2, Rz. 15 ff., S. 6 f.

<sup>73</sup> Daum/Rechsteiner, in: Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 27 N. 1, Art. 68 N. 6

Wirkung gegenstandslos geworden und als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG).

## 9. Kosten

**9.1** Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>74</sup>). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

**9.2** Vorliegend unterliegt die Vorinstanz. Da sie als Vergabestelle naturgemäss in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr Verfahrenskosten auferlegt werden. Die Verfahrenskosten sind pauschal auf CHF 1'200.00 festzulegen.

**9.3** Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>75</sup>). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>76</sup>). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV).

<sup>74</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

<sup>75</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

<sup>76</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)



Es ist stets der Aufwand zu berücksichtigen, der zur Interessenwahrung objektiv betrachtet gerechtfertigt war; nach den Umständen nicht gebotener Aufwand führt zu einer Herabsetzung. Die Entschädigung nach KAG und PKV erlaubt keine eindeutige und arithmetisch exakte Festlegung des Honorars, sondern räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Behörde kann das als angemessen erachtete Pauschalhonorar im Sinn einer Plausibilitätsprüfung durch den als gebotenen erachteten Stundenaufwand teilen. Der Zeitaufwand war z.B. geringer, wenn die Anwältin bzw. der Anwalt mehrere im Wesentlichen gleichlautende Beschwerden einzureichen oder bereits die vorinstanzlichen Verfahren geführt hatte, wenn sich bei der Interessenwahrung für die Beschwerdegegnerin in mehreren vereinigten Verfahren beträchtliche Synergien ergaben oder wenn im Rechtsmittelverfahren weder ein Beweisverfahren noch ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen war. Die Bedeutung der Sache für die Partei ist nach objektiven Massstäben zu bewerten. Unter Umständen können beachtliche finanzielle oder wirtschaftliche Interessen unter dem Gesichtswinkel der Bedeutung der Sache eine Rolle spielen, selbst wenn in einer Angelegenheit nicht bedeutende vermögensrechtliche Interessen im Sinn der PKV zu wahren sind und ein entsprechender Zuschlag ausser Betracht fällt. Die Schwierigkeit des Prozesses bestimmt massgeblich den gebotenen Zeitaufwand. Schwierigkeiten können in tatsächlicher Hinsicht bestehen (z.B. problematische, aufwendige Beweisführung), in der Rechtsanwendung (z.B. komplexe Rechtslage oder reichhaltige, zum Teil widersprüchliche Rechtsprechung) oder im Verhalten der Gegenpartei. Dabei kann auch ins Gewicht fallen, ob die Sache der Behörde selbst Schwierigkeiten bereitet hat.<sup>77</sup>

**9.4** Beim vorliegenden Ausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Die Kostennote der Vertreter der Beschwerdeführerin vom 22. April 2021 beläuft sich auf CHF 34'308.51 (Honorar: CHF 31'857.30, Auslagen: CHF 22.45, Mehrwertsteuer: CHF 2'451.21).

Ein Zuschlag für die Wahrung bedeutender vermögensrechtlicher Interessen, wie ihn Art. 11 Abs. 2 PKV vorsieht, kommt vorliegend nicht in Frage, weil es in submissionsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nicht unmittelbar um vermögensrechtliche Interessen geht, zumal nicht das Zusprechen einer bestimmten Geldsumme verlangt wird.<sup>78</sup>

Es ist fraglich, ob allenfalls ein Zuschlag nach Art. 9 PKV in Frage kommt. Vorliegend gestaltete sich zumindest die Sachverhaltsermittlung aufgrund der Gehörsverletzung eher komplex, demgegenüber stellten sich aber nicht übermässig komplexe rechtliche Fragen, welche die umfangreichen und teilweise unaufgeforderten Eingaben der Beschwerdeführerin unabdingbar machen würden. Vielmehr wurden die gleichen Argumente mehrfach wiederholt und erscheinen die Eingaben der Beschwerdeführerin über weiter Strecken als unnötig weitschweifig. Zudem verpasste es die Beschwerdeführerin

<sup>77</sup> Herzog, in: Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 104 N. 14 f., mit Hinweisen

<sup>78</sup> Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2016.291 vom 3. April 2017, E. 9.2.2 unter anderem mit Hinweis auf BVR 2005 S. 565

verpasste, ihr Akteneinsichtsgesuch bereits im Rahmen der Beschwerdeschrift zu stellen. Diesen Umständen sowie der rechtlichen Schwierigkeit des Prozesses und der Bedeutung der Streitsache kann daher mit einem Honorar im oberen Bereich des Rahmens von Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 PKV Rechnung getragen werden. Nach dem Gesagten rechtfertigt sich daher ein Zuschlag nach Art. 9 PKV nicht.

Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig<sup>79</sup> und kann deshalb die von ihren Rechtsvertretern auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostensatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen.<sup>80</sup>

Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostensatz von CHF 9'000.00 zuzüglich CHF 22.45 Auslagen, d.h. insgesamt CHF 9'022.45 als angemessen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin den Parteikostensatz nach Rechtskraft dieses Entscheides zu entschädigen.

<sup>79</sup> Vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>)

<sup>80</sup> Vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

### **III. Entscheid**

1. Die Beschwerde vom 15. Januar 2021 wird gutgeheissen
2. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache zur erstmaligen Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Verfahrensanträge der Beschwerde vom 15. Januar 2021 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Anweisung der Vorinstanz, bis zum rechtsgültigen Entscheid über die Beschwerde keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zu schliessen, werden als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
4. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt.  
  
Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf CHF 9'022.45 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

### **IV. Eröffnung**

- Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Einschreiben

in Kopie zur Kenntnis:

- Zuschlagsempfängerin, per Einschreiben

Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektion

Pierre Alain Schnegg  
Regierungsrat

**Rechtsmittelbelehrung auf der nächsten Seite**

**Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.