

[Zum ersten gefundenen Wort >](#)

**Geschäftsnummer:** VD.2016.175 (AG.2016.845)  
**Inzanz:** Appellationsgericht  
**Entscheiddatum:** 16.12.2016  
**Erstpublikationsdatum:** 10.01.2017  
**Aktualisierungsdatum:** 10.01.2017  
**Titel:** **Submission: Ersatz Telefon-Infrastruktur der Einsatzzentralen (offenes Verfahren nach GATT/WTO)**



**Appellationsgericht  
des Kantons Basel-Stadt**  

---

**als Verwaltungsgericht  
Dreiergericht**

VD.2016.175

## URTEIL

vom 16. Dezember 2016

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer, Dr. André Equey  
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Michèle Babst

---

Beteiligte

**A**\_\_\_\_\_  
vertreten durch [...], Rechtsanwalt

Rekurrentin

gegen

**Bau- und Verkehrsdepartement**  
Fachstelle für Submissionen  
Münsterplatz 11, 4001 Basel

Rekursgegnerin

**B**\_\_\_\_\_  
[...]

Beigeladene

Gegenstand

**Rekurs** gegen einen Beschluss des Bau- und Verkehrsdepartements  
vom 29. Juli 2016

betreffend **Submission**: Ersatz Telefon-Infrastruktur der Einsatzzentralen (offenes Verfahren nach GATT/WTO)

## Sachverhalt

Das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD), Fachstelle Submissionen, schrieb als Beschaffungsstelle für das Justiz- und Sicherheitsdepartement als Bedarfsstelle am 5. August 2015 im offenen Verfahren und gemäss GATT/WTO-Abkommen auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) und im Kantonsblatt den Lieferauftrag "Ersatz Telefon-Infrastruktur der Einsatzzentralen" aus. Mit Datum vom 20. Juli 2016 wurde der Zuschlag der ausgeschriebenen Leistung an die B\_\_\_\_\_ publiziert. Auf ihr gleichentags gestelltes Gesuch teilte die Beschaffungsstelle der A\_\_\_\_\_ (Rekurrentin) mit Schreiben vom 29. Juli 2016 mit, dass ihr Angebot aufgrund der mangelnden Erfüllung des Eignungskriteriums 3 ausgeschlossen worden sei. Bei diesem Ausgang der Prüfung des Angebots bestehe kein Anspruch auf die Nennung der ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots.

Gegen diese Verfügung richtet sich der Rekurs der Rekurrentin vom 12. August 2016. Mit ihrem Rekurs beantragt sie die Aufhebung der angefochtenen Ausschlussverfügung wie auch der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. Eventualiter beantragt sie die Rückweisung der Sache zur Neu Beurteilung, eventuell mit Neuausschreibung, an die Vergabebehörde. Auf ihren entsprechenden Verfahrens Antrag hin untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle mit Verfügung vom 15. August 2016 vorsorglich, auf der Grundlage des angefochtenen Zuschlags im Vergabeverfahren "Ersatz Telefon-Infrastruktur der Einsatzzentralen" einen Vertrag abzuschliessen. Die Beschaffungsstelle beantragt mit ihrer Vernehmlassung vom 3. Oktober 2016 die kostenfällige Abweisung des Rekurses. Die beige ladene B\_\_\_\_\_ als Zuschlagsempfängerin hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Mit Replik vom 1. November 2016 hielt die Rekurrentin an ihren Begehren fest. Dazu duplizierte die Beschaffungsstelle mit Eingabe vom 18. November 2016. Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Gemäss § 31 lit. e und f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung des Zuschlags ebenso gegen den Ausschluss vom Verfahren wie auch gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als vom Verfahren ausgeschlossene und nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids und ist daher nach § 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen und begründeten Rekurs ist einzutreten.

**1.2** Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Dabei ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB, AS 2003 196]; VGE VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 1.2).

**1.3** Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Fall von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine mündliche Verhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Vorliegend hat der instruierende Appellationsgerichtspräsident mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 die Rekurrentin auf die Möglichkeit hingewiesen, eine mündliche Verhandlung zu beantragen; sie hat innert Frist keinen solchen Antrag gestellt, womit das vorliegende Urteil auf dem Zirkulationsweg ergehen kann (§ 25 Abs. 3 VRPG; BGer

8C\_112/2013 vom 2. Mai 2013 E. 2.2; VGE VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 1.3).

## 2.

**2.1** Die Beschaffungsstelle hat die Rekurrentin vom Submissionsverfahren mit der Begründung ausgeschlossen, dass sie das Eignungskriterium 3 nicht erfülle. Mit diesem Eignungskriterium sei verlangt worden, dass der Anbieter seine ausreichende personelle Ausstattung nachweise. Als Nachweis sei eine Personalliste mit Angaben zu Funktion, Namen, Mitarbeiterstatus, berufliche Qualifikation sowie Erfahrung in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen verlangt worden. Sowohl die Rekurrentin wie auch ihre Subunternehmer [...] und [...] hätten aber nur eine Liste mit den unmittelbar am Projekt beteiligten Personen eingereicht. Auch lägen nur summarische Auflistungen von Mitarbeiterzahlen ohne Bezug zum Eignungskriterium 3 vor. Da die gewünschte Personalliste für die geforderte Mindestanzahl an qualifizierten Mitarbeitern nicht vorliege, müsse das Eignungskriterium 3 als nicht erfüllt betrachtet werden.

**2.2** Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren als Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips, des Verbots des überspitzten Formalismus und ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Einzig aufgrund der angeblich nicht eins zu eins den formellen Anforderungen entsprechenden Personenlisten sei die Rekurrentin kurz vor der Zuschlagserteilung ausgeschlossen worden. Zudem verletze die Ausschlussverfügung das Gebot von Treu und Glauben, da die Vergabestelle offensichtlich selbst zuerst zum Schluss gelangt sei, die Rekurrentin erfülle alle Eignungskriterien. Dies ergebe sich aus der mit E-Mail vom 26. November 2015 zugestellten Excel-Tabelle, in welcher bei der Rekurrentin alle Eignungskriterien mit "Ja" versehen worden seien. Dementsprechend habe sich die Vergabestelle auch gegenüber der Rekurrentin verhalten, wobei sie etwa zu einem anderen Eignungskriterium durchaus Nachfragen gestellt habe.

## 3.

**3.1** Die ausschreibende Behörde kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mit ihrer Offerte nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 588, 626 ff.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011; 699/2007 vom 7. Januar 2008). Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3, B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift diesbezüglich nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

Gemäss § 8 lit. c BeschG wird in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen, wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt. Auch wenn § 8 lit. c BeschG den Ausschluss eines Anbieters im Fall der nicht vollständigen Erfüllung der Eignungskriterien nur "in der Regel" vorsieht, muss das entsprechende Entschliessungsermessen aufgrund seiner Natur und zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller (potenzieller) Anbieter beschränkt bleiben (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N 435, 603). Mit der Ausschreibung muss allen möglichen Anbietern klar sein, welche Anforderungen die Vergabebehörde an den Eignungsnachweis stellen will. Weicht sie davon ab, diskriminiert sie möglicherweise weitere Mitbewerber, die trotz grundsätzlicher Eignung einzelne, verlangte Eignungsnachweise nicht zu erbringen vermochten und daher von der Einreichung einer Offerte abgesehen haben (VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.6.6, VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.4.4). Das Bundesgericht erachtet es als

mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar und auch nicht als überspitzt formalistisch, eine Anbieterin, die den verlangten Nachweis nicht erbringt, die Quellensteuern bezahlt zu haben, vom Verfahren auszuschliessen; dies insbesondere dann, wenn in den Ausschreibungsunterlagen klar auf die Konsequenz des Ausschlusses bei unvollständigen Angeboten hingewiesen wurde (BGer 2C\_418/2014 vom 20. August 2014 E. 4.2 f. = Pra 2015 Nr. 81). Ebenfalls ausgeschlossen werden unvollständige Angebote (§ 23 Abs. 2 BeschG).

**3.2** Vorliegend findet sich die Konsequenz eines Ausschlusses nicht nur, wie dargestellt, im Gesetz, sondern in entsprechendem Wortlaut auch in den Ausschreibungsunterlagen sowohl unter dem Titel der allgemeinen Bedingungen, wonach nur vollständig eingereichte Angebote in die Bewertung einzogen würden (Ziff. 3.1), wie auch unter "Geforderte Nachweise", wonach ein nicht gelieferter Nachweis zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führe (Ziff. 3.8, act. 3/4).

Dem hält die Rekurrentin entgegen, trotz der im Vergaberecht geltenden Formstrenge stelle ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die schärfste Massnahme dar und werde nicht durch jede Unregelmässigkeit gerechtfertigt. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfe und solle vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig sei und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolge, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt werde. Vorliegend erfülle sie die gestellten Anforderungen an die personelle Ausstattung fraglos. Sie sei einzig "aufgrund der angeblich nicht eins zu eins den formellen Anforderungen entsprechenden Personenlisten" kurz vor der Zuschlagserteilung und entgegen dem bisher gegenteiligen Verhalten und der gegenteiligen Bestätigung der Vergabestelle ausgeschlossen worden. Sie habe in ihrer Personalliste jene Personen angegeben, die konkret mit dem Projekt betraut sein würden. Damit habe sie ihre Eignung zur Auftrags Erfüllung in personeller Hinsicht belegt. Der Mangel sei daher als relativ geringfügig zu bezeichnen. Die Vergabebehörde hätte ihr daher aus Gründen der Verhältnismässigkeit Gelegenheit geben müssen, den Nachweis nachzureichen.

### 3.3

**3.3.1** Die Erfüllung von Zuschlagskriterien ist grundsätzlich Sache der Anbieter. Ein verlangter Eignungsnachweis ist innert der Antragsfrist zu erbringen und kann nicht nachträglich im Rekursverfahren nachgeholt werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 572; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Grundsätzlich soll die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können (BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1; BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1). Auch im Submissionsrecht gilt wie allgemein im Verwaltungsrecht der Untersuchungsgrundsatz. Es ist der Vergabebehörde daher zwar erlaubt, weitere Auskünfte einzuholen; sie ist dazu aber nicht verpflichtet. Sie muss somit nicht von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben der Anbieter vervollständigen oder weitere Abklärungen zur Eignung des Anbieters treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (vgl. zum Ganzen BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495 m.H. auf GEBERT, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 368; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 573; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2; BVGer B-7383/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.3).

**3.3.2** Gemäss Ziff. 3.7 (des Kapitels I) der Ausschreibungsunterlagen wurde als Eignungskriterium 3 die ausreichende personelle Ausstattung des Anbieters verlangt. Dabei wurden als Mindestanzahl an qualifizierten Mitarbeitern je vier Projektleiter, Bauleiter und Systemingenieure sowie je fünf Techniker für Installationen und Wartungstechniker verlangt. Für dieses Eignungskriterium wurde als einzureichender Nachweis eine "Personalliste mit:

- Funktion gemäss nebenstehender Liste,
- Name,
- Mitarbeiterstatus (angestellt, freischaffend, Subunternehmer),
- Berufliche Qualifikation,
- Erfahrung in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung"

verlangt. Wie die Beschaffungsstelle mit ihrer Vernehmlassung ausführt, lag der Sinn und Zweck dieses Eignungskriteriums darin sicher zu stellen, dass auch für den Support der gelieferten Anlagen genügend Personal vorhanden ist.

**3.3.3** Die Rekurrentin hat nur eine Liste mit den unmittelbar am Projekt beteiligten Personen eingereicht. Als Ziff. 06\_Register\_3-Liste\_Mitarbeiter.pdf hat sie eine Personenliste [...] mit vier Namen mit Angaben zu deren beruflicher Qualifikation, Funktion in der Firma, Dienstalter und Funktion betreffend Auftrag eingereicht (act. 5/4). Als Ziffern 06 und 11 im Register 4 der Offerte wurden Listen der Mitarbeiter der Firmen Mobatime und Wey mit vier resp. zwei Namen und den genannten Angaben vorgelegt. Die Rekurrentin bestreitet nicht, damit den verlangten Eignungsnachweis nicht vollständig und korrekt erbracht zu haben. Sie macht aber geltend, mit den eingereichten Listen zumindest eine wesentliche Teilmenge des Eignungsnachweises gemäss Eignungskriterium 3 erbracht zu haben. Es handle sich beim verlangten Nachweis entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht um eine andere, sondern um eine erweiterte Liste als jener, die unter Register 3 und 4 des Kapitels III (Aufbau und Inhalt der Offerte) verlangt worden sei.

### 3.4

**3.4.1** Die Berücksichtigung eines unvollständigen Angebots, welches geforderte Eignungsnachweise nicht enthält, widerspricht grundsätzlich dem Gebot der Gleichbehandlung und der Transparenz im Vergaberecht (BVG 2007/13 E. 3.1; BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.1). Diesbezüglich gelten im Vergaberecht strenge Voraussetzungen. Vorbehalten bleibt allerdings das Verbot des überspitzten Formalismus als verfahrensrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Aus diesem Grundsatz kann sich die Verpflichtung der Behörde ableiten, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriff ist zu begehen, soweit diese leicht zu erkennen sind und rechtzeitig behoben werden können (BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.2 m.H. auf BVG 2007/13 E. 3.2 und BGE 125 I 166 E. 3a S. 170). Voraussetzung ist zudem, dass die Abweichung von den Anforderungen der Ausschreibung geringfügig und im Ergebnis unbedeutend ist (BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3, 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3, 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). Es handelt sich dabei um seltene Fälle (BGer 2C\_418/2014 vom 20. April 2014 E. 4.1).

**3.4.2** Vorliegend fehlt ein grundsätzlich wesentlicher Eignungsnachweis, sodass nicht von einer bloss geringfügigen Abweichung von den Anforderungen der Ausschreibung gesprochen werden kann. Es handelt sich vielmehr um eine mittelschwere Verletzung der vergaberechtlichen Angebotsvorschriften, wodurch die Rekurrentin durchaus eine besondere Bequemlichkeit bei der Offertstellung genoss (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Basel/Genf/Zürich 2012, S. 918). Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Abweichung das offerierte Preis-Leistungsverhältnis berührt und damit potentiell wettbewerbswirksam ist. Es handelt sich damit nicht um einen so gravierenden Mangel in der Offerte, der unabhängig von den weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass die Rekurrentin, unter Beizug der Subunternehmerin in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Fraglich ist daher, ob die Rekursgegnerin ein solches Angebot der Rekurrentin wegen Unvollständigkeit vom Vergabeverfahren ausschliessen durfte, ohne ihr Gelegenheit zur Ergänzung der fehlenden Angaben zu geben.

**3.4.3** Mit den replicando erfolgten Ausführungen der Rekurrentin muss diesbezüglich festgestellt werden, dass bei den Ausschreibungsunterlagen eine gewisse Unklarheit bestand. In Kapitel III der Ausschreibungsunterlagen wurden der Aufbau und der Inhalt der Offerte vorgegeben. Darin wurden in den Registern 3 und 4 auch Listen "der für diesen Auftrag vorgesehenen Personen mit beruflicher Qualifikation, Funktion in der Firma, Dienstalter und Funktion betreffend Auftrag" verlangt. Dabei handelt es sich offensichtlich nicht um die gleiche Liste wie jene, die zum Eignungsnachweis gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibung verlangt war. Dies wird aus dem Vergleich der verlangten Anforderungen und Angaben ersichtlich. Entgegen der Auffassung der Beschaffungsbehörde ergibt sich aber aus der Ausschreibung nicht eindeutig, dass sich das Eignungskriterium 3 in Ziffer 3.7 allein auf die personelle Ausstattung für den Support der gelieferten Anlagen bezieht, während im Register eine Liste der mit dem Lieferauftrag betrauten Personen verlangt worden ist. Zutreffend erscheint, dass Personen die für die Ausführung des Lieferauftrags zuständig sind, auch Aufgaben gleicher Stufe im Rahmen des Supports erbringen dürften. Daraus folgt, dass die Angaben gemäss den Registern 3 und 4 tatsächlich auch als Teilmenge des gemäss Ziffer 3.7 verlangten Nachweises gelten können. Auch wenn das Kapitel III über den Aufbau und den Inhalt der Offerte nicht als "Checkliste" dienen sollte, so sind die Abweichungen bezüglich des verlangten Inhalts in der Formulierung der Eignungskriterien einerseits und der übrigen, gemäss Kapitel III zu erbringenden Nachweise doch geeignet, Irrtümer bei der Offerteingabe zu bewirken. Von einem klaren Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen kann damit entgegen der Vorbringen der Rekursgegnerin nicht

gesprochen werden. Es kann folglich nicht mit der Beschaffungsstelle davon ausgegangen werden, die Rekurrentin habe die Personalliste bewusst nicht beigelegt, da sie annahm, das geforderte Minimum an qualifizierten Mitarbeitern sei der Vergabestelle bereits bekannt. Vielmehr ist von einer irrtümlicherweise unvollständig eingereichten Liste auszugehen.

Die Beschaffungsstelle hat das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss und damit widerspruchsfrei auszuüben (BEYELER, a.a.O. S. 919). Auch wenn von ihr – wie ausgeführt – nicht verlangt werden kann, dass sie von sich aus fehlende Angaben der Anbietenden nachträglich einholt, so muss sie indes konsistent vorgehen, wenn sie sich entschliesst, entsprechende Nachfragen zu tätigen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Beschaffungsstelle mit Blick auf das Eignungskriterium 4 fehlende Angaben noch nachträglich auch von der Rekurrentin eingeholt hat. Es ist nicht ersichtlich, warum es sich bei der fehlenden Angabe des Auftragswerts um einen offensichtlichen Fehler gehandelt haben soll, während dies mit Bezug auf die fehlende Personalliste gemäss Ziffer 3.7 nicht der Fall sein soll. Für das Vorliegen eines Versehens spricht neben den genannten Unklarheiten der Ausschreibungsunterlagen auch die Tatsache, dass die nachgefragten Angaben der Personalliste nichts enthalten, aus deren bewusstem Verschweigen sich die Rekurrentin irgendeinen Vorteil hätte verschaffen können. Aus der im Rahmen des Rekursverfahrens eingereichten Liste geht hervor, dass sie die verlangten Angaben ohne Probleme darlegen konnte. Die Rekurrentin hatte mithin keine Veranlassung, diese Angaben nicht zu machen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hätte es daher geboten, dass die Beschaffungsstelle es der Rekurrentin im Rahmen der Offertbereinigung ermöglicht hätte, die ausführliche Personalliste noch nachzureichen. Auch im Hinblick auf die Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts, nämlich die Förderung des wirksamen Wettbewerbes unter den Anbietern, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren sowie die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 BöB), erscheint es als unverhältnismässig, das Angebot der Rekurrentin vom Wettbewerb auszuschliessen. Dadurch würde einer Anbieterin mit an sich tauglichem Angebot der Marktzugang verweigert, was diesen Zielen sogar zuwiderliefe.

**3.5** Demnach kann offen bleiben, ob die Rekursgegnerin das Verbot von Treu und Glauben verletzt hat, indem sie der Rekurrentin irrtümlicherweise eine Excel-Liste zustellte, wonach diese alle Eignungskriterien erfüllt habe. Wie die Rekurrentin geltend macht, ist dieser Umstand höchstens als Hinweis darauf zu werten, dass der Aufbau der Ausschreibungsunterlagen zu Unsicherheiten führte.

**3.6** Der Ausschluss des Angebots der Rekurrentin aufgrund der unvollständigen Personalliste gemäss Eignungskriterium 3 erweist sich damit als nicht gerechtfertigt. Weitere unterbliebene Nachweise sind auch nach Auffassung der Vorinstanz nur untergeordnet und dementsprechend für sich nicht genügend für einen Verfahrensausschluss (vgl. Vernehmlassung Ziff. 24, act. 4). Folglich wurde das Angebot der Rekurrentin zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen.

## **4.**

**4.1.** Zusammenfassend erweist sich der Rekurs als begründet, weshalb der Ausschluss der Rekurrentin sowie der an die Beigeladene erteilte Zuschlag aufzuheben sind. Die Rekursgegnerin hat ausgeführt, das Angebot der Rekurrentin nicht bewertet zu haben. Sie hat daher die Offertenbewertung neu vorzunehmen, wobei das Angebot der Rekurrentin mit dem im vorliegenden Verfahren nachgeholten Nachweis des Eignungskriteriums 3 ebenfalls miteinzubeziehen ist. Der Rekurs ist demnach teilweise gutzuheissen und die Sache an die Rekursgegnerin zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

**4.2** Grundsätzlich richtet sich die Kostenverteilung im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren nach dem Ausgang des Verfahrens. Davon kann aber in Anwendung des Verursacher- resp. Veranlassungsprinzips insbesondere dann abgewichen werden, wenn eine Partei durch ihr prozessuales Verhalten unnötigen Aufwand verursacht. Dazu gehört auch das nachträgliche Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln (RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, N 1694). Vorliegend ist unbestritten, dass die Rekurrentin ihren Ausschluss vom Verfahren durch die unterlassene Einreichung verlangter Unterlagen bewirkt hat. Sie hat das Verfahren daher zumindest mitveranlasst, weshalb ihr trotz ihres Obsiegens in der Sache nicht die gesamten Verfahrenskosten zu vergüten sind.

Daraus folgt, dass es sich zwar rechtfertigt, keine ordentlichen Kosten zu erheben, womit der Rekurrentin

der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 10'000.– zurückzuerstatten ist. Eine Parteientschädigung steht ihr aber nur im Umfang der Hälfte der Vertretungskosten zu. Mangels Einreichung einer Honorarnote ist daher der angemessene Aufwand vom Gericht zu schätzen. Angemessen erscheint vorliegend ein Aufwand von ca. 30 Stunden zum praxisgemäss anzuwendenden Tarif von CHF 250.–, zuzüglich Auslagen. Insgesamt ist damit die Rekursgegnerin zu verpflichten, der Rekurrentin eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 4'000.– auszurichten. Die Parteientschädigung dient dazu, den der obsiegenden Partei erlittenen Schaden aus der rechtsanwaltlichen Parteivertretung im Verfahren zu ersetzen. Die Prozessentschädigung ist deshalb als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i MWSTG zu qualifizieren und als solche nicht mehrwertsteuerpflichtig. Die Mehrwertsteuer wird bei der Bemessung der Parteientschädigung berücksichtigt, wenn die obsiegende Partei durch die ihr in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird. Eine mehrwertsteuerpflichtige Partei – wie vorliegend die Rekurrentin – kann allerdings die abgelieferte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG), weshalb hier die Parteientschädigung ohne entsprechenden Zuschlag geschuldet ist (vgl. PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich etc. 2014, § 17 N 75).

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):**

://: In teilweiser Gutheissung des Rekurses werden der Entscheid des Bau- und Verkehrsdepartements vom 29. Juli 2016 sowie der an die Beigeladene erteilte Zuschlag aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an das Bau- und Verkehrsdepartement zurückgewiesen.

Für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren werden keine Kosten erhoben. Der Rekurrentin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 10'000.– zurückerstattet.

Das Bau- und Verkehrsdepartement wird verpflichtet, der Rekurrentin eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– zu bezahlen.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Bau- und Verkehrsdepartement
- Beigeladene

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. Michèle Babst

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Verfassungsbeschwerde** wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Verfassungsbeschwerde ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gemäss Art. 82 ff. BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Verfassungsbeschwerde als auch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen

Rechtsschrift einzureichen.

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid, gegen den gemäss Art. 93 BGG nur Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden kann, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.