

Rathausgasse 1
Postfach
3000 Bern 8
Telefon +41 (31) 633 79 20
Telefax +41 (31) 633 79 09
www.gef.be.ch

Referenz: kr
2019.GEF.306

BESCHWERDEENTSCHEID vom 04. Juli 2019

in der Beschwerdesache zwischen

X.____

Beschwerdeführerin

vertreten durch B.____

gegen

Y.____

Vorinstanz

vertreten durch C.____

sowie

A.____

Beschwerdegegnerin

vertreten durch D.____

betreffend Zuschlag für die im offenen Vergabeverfahren ausgeschriebene Leistung BKP 215 Montagebau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau) im Baubereich 12 am Y.____ (Neubau Spitalgebäude) sowie betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren (Verfügung der Vorinstanz vom 30. Januar 2019)



I. Sachverhalt

1. Am 25. August 2018 hat die Y.____ (fortan: Vorinstanz) das Projekt "Y.____ Bern – Neubau des Spitalgebäudes, Baubereich 12, BKP 215 Montagebau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau)" im offenen Verfahren auf der Seite www.simap.ch ausgeschrieben.¹ Das Projekt beinhaltet die Herstellung, Lieferung und Montage einer kompletten Fassadenkonstruktion mit "Acrytherm"-Elementen für den Neubau des Spitalgebäudes Baubereich 12 des Y.____.² Für die Fassadenbekleidung wurden Fertigteilelemente aus "Acrytherm D" der Herstellerin F.____ verlangt.³ Varianten waren nicht zugelassen.⁴

2. Innert Frist haben insgesamt sechs Konkurrentinnen, darunter die X.____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) sowie die A.____. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) ein Angebot eingereicht.⁵ Die Beschwerdeführerin reichte am 29. Oktober 2018 ein Angebot ein zu einem Preis von CHF 24'864'864.75 (netto, inkl. MwSt) und mit einem Werkstoff der Hauptlieferanten "E.____, F.____ oder gleichwertig".⁶

3. Am 30. Januar 2019 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, sie habe ihr Angebot aus formalen Gründen nicht berücksichtigen können, da das Angebot mit einem alternativen Fassadenmaterial als nicht zugelassene Variante zu betrachten sei.

4. Am 30. Januar 2019 verfügte die Vorinstanz zudem gegenüber der Beschwerdeführerin was folgt:

Aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der Punktebewertung gemäss Ausschreibungsunterlagen sind die Leistungen mit einem max. Anspruchserfüllungsgrad von 465 von 500 Punkten zu CHF 27'826'259.45 netto, inkl. MWST an die Firma A.____ in J. vergeben worden.

Begründung:

- Die Offerte war gültig.
- Erfüllung der Eignungskriterien.
- Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien.
- Die Kosten zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit liegen zwischen CHF 27'826'259.45 und CHF 45'182'333.08 netto inkl. MwSt.

¹ Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, "Y.____, Neubau Spitalgebäude Baubereich 12, BKP 215 Montagebau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau), Projektnummer MP BB 12 100033, Ziff. 1.7 und 2.2; Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen der KBOB, Teil A, Y.____; Ziff. A.5 und B.2

² Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.6; Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen der KBOB, Teil A, Y.____, Ziff. B.8

³ Leistungsverzeichnis (Positionen 250.300 und 250.301)

⁴ Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.11

⁵ Offertöffnungsprotokoll vom 31. Oktober 2018

⁶ Vorakten, Ordner "Angebot X.____", Register 1 und 12 "HAUPTLIEFERANTEN" Ziff. 4

Der der Verfügung vom 30. Januar 2019 beiliegenden Auswertungstabelle ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin mangels Erfüllung der formalen Prüfung und / oder der Eignungskriterien mit null Punkten bewertet hat.

5. Mit Beschwerde vom 11. Februar 2019 hat die Beschwerdeführerin sowohl den Ausschluss aus dem Verfahren als auch die Vergabeverfügung der Vorinstanz vom 30. Januar 2019 bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) angefochten und folgende Anträge gestellt:

Superprovisorische Massnahmen

1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung superprovisorisch zu erteilen.
2. Die Beschwerdegegnerin sei angewiesen, keinen Vertrag mit der A.____ in J. zu schliessen, bis zur Kenntnis der Rechtslage über das Gesuch der aufschiebenden Wirkung vorliegender Beschwerde.
3. Die Kosten bleiben vorbehalten.

Weitere Anträge

1. Die Beschwerdegegnerin sei aufgefordert, die Akten herauszugeben.
2. Der Beschwerdeführerin sei die Akteneinsicht zu gewähren und eine Frist zur Vervollständigung der Beschwerde zu erteilen.

Vorsorgliche Massnahmen

1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung vorsorglich zu erteilen.
2. Die Beschwerdegegnerin sei angewiesen, keinen Vertrag mit der A.____ abzuschliessen, bis rechtsgültig über vorliegende Beschwerde entschieden wurde.
3. Die Kosten bleiben vorbehalten.

In der Hauptsache

1. Die Beschwerde sei gutzuheissen.
 - 2.1 Die Vergabeverfügung vom 30. Januar 2019 betreffend die im offenen Verfahren ausgeschriebene Leistung BKP 215 Montagbau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau) beim Objekt Neubau Spitalgebäude Baubereich 12 der Y.____ sei aufzuheben.
 - 2.2 Die Ausschlussverfügung betreffend die X.____ vom 30. Januar 2019 im öffentlichen Verfahren für die ausgeschriebene Leistung BKP 215 Montagebau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau) sei aufzuheben.
 - 2.3 Die X.____ sei in das Vergabeverfahren wiederaufzunehmen.
 - 2.4 Die Angelegenheit sei der Beschwerdegegnerin zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

Subsidiär

- 2.5 Die Vergabeverfügung vom 30. Januar 2019 betreffend die im offenen Verfahren ausgeschriebene Leistung BKP 215 Montagbau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau) beim Objekt Neubau Spitalgebäude Baubereich 12 der Y.____ sei aufzuheben.
- 2.6 Die Ausschlussverfügung betreffend die X.____ vom 30. Januar 2019 im öffentlichen Verfahren für die ausgeschriebene Leistung BKP 215 Montagebau in Leichtkonstruktion (Fassadenbau) sei aufzuheben.
- 2.7 Das Vergabeverfahren sei erneut durchzuführen.

Subsubsidiär, falls der Vertrag widerrechtlich geschlossen wurde

- 2.5 Es sei zu erkennen, dass die Vergabeverfügung vom 30. Januar 2019 widerrechtlich ist.
 - 2.6 Die Beschwerdeführerin behält sich Schadenersatzansprüche vor.
 3. Der Beschwerdeführerin sei eine Parteientschädigung zuzusprechen und die durch das Beschwerdeverfahren angefallenen Kosten durch die Beschwerdegegnerin zurückzuerstatten.
Der Beschwerdeführerin sei eine Frist anzusetzen, um ihre Entschädigungsforderung und Kostenliste einzureichen.
 4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Gebühren erhoben.
- 6.** Mit Verfügung vom 13. Februar 2019 wies das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,⁷ das Gesuch der Beschwerdeführerin um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie das Gesuch der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei superprovisorisch anzuweisen, bis zur Kenntnis der Rechtslage betreffend die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde keinen Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen, ab. Das Rechtsamt wies darauf hin, dass bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin von Gesetzes wegen nicht abgeschlossen werden dürfe. Das Rechtsamt holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch.
- 7.** Mit Beschwerdevernehmlassung vom 25. Februar 2019 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; überdies sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt.

⁷ Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

8. Mit Verfügung vom 28. Februar 2019 gewährte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin Einsicht in die Ausschreibungsunterlagen, wobei die Offertunterlagen der Konkurrenten (inkl. Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin) von der Akteneinsicht ausgenommen wurden.
9. Mit Beschwerdeantwort vom 7. März 2019 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Abweisung des Gesuchs um Akteneinsicht in dem Sinn, als dass die Unterlagen betreffend die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin nicht offenzulegen seien, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
10. Mit Stellungnahmen vom 25. März 2019 zur Beschwerdevernehmlassung vom 25. Februar 2019 und Beschwerdeantwort vom 7. März 2019 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren der Beschwerde vom 11. Februar 2019 fest.
11. Mit Stellungnahme vom 25. März 2019 machte die Vorinstanz geltend, auf die sich allesamt auf die Ausschreibungsunterlagen beziehenden Rügen der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, da das diesbezügliche Rügerecht längst verwirkt sei.
12. Mit Stellungnahme vom 25. März 2019 hielt die Beschwerdegegnerin an den in der Beschwerdeantwort vom 7. März 2019 gestellten Rechtsbegehren fest, soweit diese inzwischen nicht gegenstandlos geworden seien.

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 KVG⁸). Als „Trägerin kantonalen Aufgaben“ ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2

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

IVöB⁹).¹⁰ Angefochten sind vorliegend Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren. Verfügungen betreffend den Zuschlag und den Ausschluss vom Vergabeverfahren sind bei Erreichung der Schwellenwerte des 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 ÖBG¹¹). Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Das Beschaffungsrecht sieht betreffend der Beschwerdeführungsbefugnis keine Besonderheiten vor, weshalb sich diese nach Art. 65 VRPG¹² richtet.¹³ Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Demzufolge ist sie gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die angefochtene Verfügung datiert vom 30. Januar 2019. Die Beschwerdefrist hat somit am Montag, 11. Februar 2019 geendet (Art. 41 Abs. 1 VRPG).

1.4 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 11. Februar 2019 ist somit einzutreten.

1.5 Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt.

1.6 Die Beschwerdeinstanz 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).

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

¹⁰ Vgl. Gutachten Trüeb/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

¹¹ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ BVR 2000, S. 115 E. 1c.dd mit Geltung auch für das ÖBG; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 863

2. Streitgegenstand

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.¹⁴ Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist demnach vorliegend, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt hat.

3. Ausschluss vom Submissionsverfahren und Widerruf des Zuschlags

3.1 Argumentation der Verfahrensbeteiligten

3.1.1 Aus der formellen Prüfung geht hervor, dass die Vorinstanz das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund unerlaubter Veränderung der Angebotsunterlagen vom Verfahren ausgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin habe Alternativen zum verlangten Fassadenmaterial angeboten, was eine gemäss den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nicht zulässige Variante darstelle. Trotzdem sei die Gleichwertigkeit der Materialien geprüft worden. Die Prüfung habe ergeben, dass die Alternativen zum Zeitpunkt der Ausschreibung und der Prüfung nicht als gleichwertig einzustufen seien.¹⁵

3.1.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV¹⁶ könne eine Anbieterin vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn ihr Angebot wesentlichen Formerfordernissen nicht entspreche.

Die Ausschreibung habe unter Position 250.301 des Leistungsverzeichnisses Fertigteilelemente aus "Acrytherm D" von F.____ verlangt. Sie habe ein Angebot mit dem Werkstoff "E.____, F.____ oder gleichwertig" unterbreitet. Gleichwertige Leistungen seien nicht als Varianten zu qualifizieren. Sie habe mithin keine Variante, sondern ein gleichwertiges Produkt angeboten.

Aus den Ausschreibungsunterlagen sei nicht klar hervorgegangen, dass einzig "Acrytherm" zu verwenden sei. Auf sechs Anbieter hätten vier mit einem gleichwertigen Material offeriert, was diese Unklarheit noch verdeutliche.

¹⁴ Beschwerde vom 11. Februar 2019, Anträge in der Hauptsache Ziff. 2.1 - 2.4

¹⁵ Vgl. KBOB-Formular Formelle Prüfung vom 29. Januar 2019, Vorakten, Ordner Ausschreibungsunterlagen, Register 4

¹⁶ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)

Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses erlaube ausdrücklich das Offerieren mit gleichwertigen oder besseren Produkten zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs. Gleichwertige Lösungen seien bei allen Positionen erlaubt. Es gebe keine Hinweise darauf, dass gleichwertige Lösungen nur bei Positionen erlaubt wären, in denen nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen werde. Position 10.016 erlaube zudem Angebote mit "eigenen Produkten". Dieser Begriff sei dahingehend auszulegen, dass die Anbieter zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs abweichende Produkte, im Sinn von eigenen Lösungsangeboten mit gleichwertigen Materialien, anbieten dürften.

Das Angebot der Beschwerdeführerin sehe die Anwendung eines gleichwertigen, jedoch innovativen und wirtschaftlich günstigeren Werkstoffes vor. Bei der Offertöffnung habe die Beschwerdeführerin mit einem Preis von CHF 23'226'513.00 brutto den ersten Platz belegt. Ihr Angebot sei um CHF 2'725'945.30 günstiger gewesen als das Angebot der Beschwerdegegnerin.

Der Baustoff "Acrytherm" sei durch technische Normen definiert. Diese Normen seien für die ausgeschriebene Leistung ausschlaggebend. Die Produkte "Mineralit" und "Acrytherm" seien aus demselben Material hergestellt. Da es sich bei "Acrytherm R" und "Acrytherm D" um dasselbe Material, jedoch nicht das gleiche System handle, sei der Vergleich von "Acrytherm R" durchaus tauglich. Bei "Mineralit" handle es sich um ein bauaufsichtlich zugelassenes Bauprodukt, das sich beim Einsatz als Balkonplatte und als Fassadenelement in den letzten zwanzig Jahren bewährt habe. "Mineralit" erfülle nachweislich sämtliche der in der Ausschreibung geforderten Produkteigenschaften. Aus den technischen Daten gehe hervor, dass "Mineralit" einer mehrmonatigen Bewitterung zweifelsfrei standhalte. Zeitaufwendige Versuchsdurchführungen brauche es nicht, weil die zum Vergleich der Anforderungen in der Submission aufgeführten Materialeigenschaften aus den Zertifikaten und Zulassungen der Herstellerfirma entnommen werden könnten. Durch den Einsatz als Balkonplatte werde das Material teilweise noch stärker beansprucht als beim Einsatz als Fassadenelement. Die Gleichwertigkeit der Produkte werde durch die gelieferten technischen Daten und die eingereichten Gutachten belegt. Überdies habe das Gutachten von E.____ ergeben, dass "Acrytherm" selbst die Brandschutzvorgaben nicht erfülle.

Die Belege für die Qualität der Fertigteile seien gemäss den Positionen 10.013, 60 und 70.014 des Leistungsverzeichnisses nicht zum Zeitpunkt der Offerteinreichung, sondern erst „nach Auftragserteilung“ und „nur auf Anforderungen“ mit den Genehmigungsplänen einzureichen. Die Beschwerdeführerin habe die Gleichwertigkeit ihres Angebots daher nicht im Zeitpunkt der Offertabgabe belegen müssen. Zudem werde in den Ausschreibungsunterlagen keine Länge von 8 m verlangt, weshalb ein solcher Nachweis bisher nicht erbracht worden sei. Es sei vorgesehen, die Schalungsdimensionen für angefragte Bauvorhaben ohne Aufpreis entspre-

chend anzupassen. Es könnten genau angepasste Elemente hergestellt werden. Schliesslich werde "Mineralit" ebenfalls mit gewellter Oberfläche offeriert.

Damit könne der Beschwerdeführerin im Moment der Offertabgabe keine Verletzung der Formerfordernisse vorgeworfen werden, weshalb die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht erfüllt seien. Der Ausschluss ihres Angebots sowie der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin seien widerrechtlich. Da die Beschwerdeführerin rechtmässig ein gleichwertiges Produkt angeboten habe und unrechtmässig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, werde durch die Berücksichtigung ihres Angebots "das vergaberechtliche Gleichbehandlungsverbot nicht verletzt, sondern geheilt". Den übrigen Teilnehmern hätte es ebenfalls freigestanden, mit einem gleichwertigen Produkt zu offerieren.¹⁷

3.1.3 Die Vorinstanz bringt vor, die Ausschreibungsunterlagen würden zwingend die Verwendung des Materials "Acrytherm" vorschreiben. So sei in Ziffer 2.6 der SIMAP-Publikation *expressis verbis* "Acrytherm" ausgeschrieben. Unter der Position 250.300 ff. des Leistungsverzeichnisses seien die Anforderungen an die "Fertigteile als hinterlüftete Fassadenverkleidung" dahingehend definiert, dass vorgehängte Fassadenbekleidungen aus grossformatigen Platten "Acrytherm D" des Herstellers F.____ zu offerieren seien. Dem Beschrieb sei nicht zu entnehmen, dass gleichwertige Leistungen zulässig seien. Vielmehr werde die Zulässigkeit von Varianten ausdrücklich verneint. Wo gleichwertige Lösungen zulässig gewesen seien, enthalte das Leistungsverzeichnis einen entsprechenden expliziten Vermerk, so etwa betreffend die Metallverbundstoren (Pos. 282.022), die Fassadenbahn (Pos. 250.103) oder die automatischen Schiebetüren (Pos. 216.610). Betreffend das Fassadenmaterial sehe das Leistungsverzeichnis keine Möglichkeit gleichwertiger Lösungen vor.

Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses halte unter dem Titel "Produkte" fest, dass eigene Produkte angeboten werden könnten, um den freien Wettbewerb zu gewährleisten. Zugelassen seien nur eigene Produkte, also Produkte des Anbieters selber. Das Produkt "Mineralit" sei jedoch kein Produkt der Beschwerdeführerin, sondern werde von der Firma G.____ aus N. vertrieben.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot die Hersteller "E.____, F.____ oder gleichwertig" als Hauptlieferanten für das Fassadenmaterial angegeben. Ihr Angebot sei nicht bloss von der klaren Vorgabe betreffend Materialisierung abgewichen; der Offerte sei gar nicht erst zu entnehmen gewesen, welches Material verwendet werden sollte. Selbst auf Nachfrage hin habe die Beschwerdeführerin nicht angegeben, welches Material sie im Falle des Zuschlags verwenden würde. Auch der Beschwerdeschrift sei höchstens implizit zu entnehmen, dass sie bei

¹⁷ Beschwerde vom 11. Februar 2019, Stellungnahmen der Beschwerdeführerin zur Beschwerdevernehmlassung und Beschwerdeantwort vom 25. März 2019

einem Zuschlag das (nicht gleichwertige) Material "Mineralit" verwendet hätte. Somit sei im Zeitpunkt des Zuschlags unklar gewesen, welches Material die Beschwerdeführerin offeriert habe. Dadurch habe die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsvorgaben klar verletzt und die Vergabestelle im Ungewissen belassen.

Dennoch habe die Vorinstanz einen Vergleich der Materialien "Acrytherm" und "Mineralit" vorgenommen. Aus diesem Vergleich gehe hervor, dass keine Gleichwertigkeit vorliege:

- Für die Realisierung der Fassade würden Elemente mit einer Länge von bis zu 8 Metern benötigt. Gemäss Produktinformation der Herstellerin von "Mineralit" seien Grossformate jedoch lediglich bis zu einer Länge von 4 Metern möglich. In ihrem Produktvergleich vom 8. Februar 2019 weise die Beschwerdeführerin eine maximale Bauteillänge von 4.2 Metern aus. Rund 200 der benötigten Fertigteile seien vertikal grösser als die mögliche Maximaldimensionierung, die die Firma "G.____" überhaupt liefern könne.
- Das Bauvorhaben werde mit einer gewellten Oberfläche mit einer flachen Rückseite ausgeführt. Es sei zweifelhaft, dass diese Ausführungsart mit dem Material "Mineralit" möglich sei, da in der Produktinformation der Herstellerin lediglich flache oder gebogene Elemente erwähnt würden.
- In Bezug auf das Material "Mineralit" liege kein Muster zur Beurteilung vor, weshalb bis heute unbelegt sei, ob die Oberflächenstruktur sämtlicher sichtbarer Bereiche gemäss Ausschreibung ausgeführt werden könne.
- Das Material "Mineralit" erfülle die Anforderungen an den Brandschutz nicht. Die eingereichte Klassifizierung beziehe sich auf die Verwendung des Materials "Mineralit" als Bodenbelag, nicht aber als Fassade.
- Schliesslich habe das Material "Mineralit" keinem mehrmonatigen Bewitterungstest unterlegen. Langzeiterfahrungen würden gänzlich fehlen.

Im Falle einer Abweichung vom Angebot hätten die Anbieterinnen und Anbieter die Gleichwertigkeit ihrer technischen Spezifikationen nachzuweisen (Art. 12 Abs. 3 ÖBV). Dieser Nachweis müsse mit der Offerte eingereicht werden. Der Offerte der Beschwerdeführerin hätten keine Belege für die angebliche Gleichwertigkeit der nicht näher spezifizierten Materialien beigelegt. Das mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 nachgereichte Datenblatt des Materials "Mineralit" sei unbeachtlich. Die mit der Beschwerde ins Recht gereichte Expertise von H.____ vom Februar 2019 habe der Vorinstanz weder zum Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung vorgelegen noch sei sie zur Beurteilung der Gleichwertigkeit tauglich, da der Experte das Material "Acrytherm R" anstelle des ausgeschriebenen "Acrytherm D" untersucht habe. Die Anbieterin könne und dürfe sich nicht darauf verlassen, dass ihr später die Möglichkeit des Nachweises

der Gleichwertigkeit gewährt werde. Der fehlende Nachweis der Gleichwertigkeit müsse zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren führen (Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Mangels Angabe des offerierten Materials und Rechtzeitigkeit des Nachweises der Gleichwertigkeit hätte die Beschwerdeführerin somit den Zuschlag selbst für den bestrittenen Fall, dass gleichwertige Lösungen zulässig gewesen wären, nicht erhalten.

Schliesslich habe die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz mit Schreiben vom 22. Februar 2019 mitgeteilt, dass sie gestützt auf eine Kostenangabe der Firma "G.____" die Gesamtleistung der Ausschreibung mit "Mineralit" zu einem Preis von CHF 23'083'347.25 brutto (ohne Rabatt, MWST und Skonto) ausführen könnte. Die Offerte der Beschwerdegegnerin mit "Mineralit" wäre damit CHF 143'165.75 günstiger als die Offerte der Beschwerdeführerin, womit wiederum die Beschwerdegegnerin den Zuschlag erhalten hätte.

Sollte die Vorinstanz verpflichtet werden, die Offerte der Beschwerdeführerin – enthaltend eine im Vergleich zur Ausschreibung minderwertige Leistung – zu berücksichtigen, käme der Beschwerdeführerin ein nicht zu rechtfertigender Vorteil gegenüber den anderen Anbietern zu. Die Beschwerdegegnerin sähe sich an ihre Offerte, beinhaltend das ausgeschriebene, bessere und teurere Material "Acrytherm", gebunden, während die Beschwerdeführerin das billigere Material "Mineralit" einpreisen dürfte. Dies würde zu einer Ungleichbehandlung der Anbieter und damit zu einer rechtswidrigen Vergabe führen.¹⁸

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin erfülle "Acrytherm" die Brandschutzvorgaben der Ausschreibung. In Position 250.302 des Leistungsverzeichnisses vom 21. August 2018 werde verlangt, dass die Brandklasse M1 bis A1, auf jeden Fall "nicht brennbar", erreicht werden müsse. "Nicht brennbar" entspreche RF1. In der Ausschreibung sei für alle Fassadenbauteile RF1 nach SN EN 13501-6 gefordert worden. "A1" entspreche der Klassifizierung gemäss DIN EN 13501 der Norm der Europäischen Union (Skala von A bis F). Frankreich verfüge daneben über eine eigene Brandschutznorm NF P92-507:2004 (Skala M0 bis M4). Sowohl "Acrytherm" wie auch "Mineralit" würden die Brandklasse A2-s1,d0 aufweisen. Brandklasse A2-s1,d0 entspreche M0 bzw. der höchsten Stufe der französischen Klassifizierung. Damit werde die Anforderung "M1" gemäss Ausschreibung erfüllt bzw. übertroffen und es sei erstellt, dass "Acrytherm" als Fassadenbaustoff für das Bauvorhaben der Vorinstanz geeignet sei. Sollte die Beschwerdeführerin tatsächlich eine gegenteilige Auffassung vertreten, spreche sie "Mineralit" die Tauglichkeit ab. Die Zulassung für "Acrytherm" sei nicht zurückgezogen worden, vielmehr ersetze die Zulassung vom 26. Oktober 2017 diejenige vom 11. September 2013 ("Annule et remplace l'Avis Technique 2/13-1547"). Damit sei das mass-

¹⁸ Beschwerdevernehmlassung vom 25. Februar 2019

gebende Schweizer VKF-Zertifikat (Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen) nahtlos gültig.¹⁹

3.1.4 Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Beschwerdeführerin habe entgegen den Ausschreibungsunterlagen und entgegen dem ausdrücklichen Wunsch der Vergabestelle kein Angebot mit "Acrytherm" eingereicht. Das Angebot der Beschwerdeführerin ("E.____, F.____ oder gleichwertig") sei unverständlich und unklar. Es werde nicht ein Werkstoff angeboten, vielmehr würden Werkstoffhersteller genannt, die auch andere Werkstoffe als "Acrytherm" oder "Mineralit" vertreiben dürften.

Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe mitnichten hervor, dass gleichwertige oder Produkte besserer Qualität erlaubt seien. Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses erlaube die Verwendung von "eigenen Produkten". Diese müssten jedoch die Anforderungen der Ausschreibung in allen Belangen erfüllen und nachweisbar gleicher oder besserer Qualität sein als die ausgeschriebenen Produkte. Entscheidend sei auch die Ausschreibungsbedingung, dass der Auftraggeber über die qualitative und formale Gleichwertigkeit entscheide. "Mineralit" sei offenbar kein eigenes Produkt der Beschwerdeführerin. Ausserdem sei fraglich, ob Position 10.016 für die Fassadenverkleidung überhaupt in Frage komme, da für die Fassadenverkleidung anders als bei den anderen Positionen der Werkstoff "Acrytherm" schon in der Ausschreibung explizit vorausgesetzt werde. Die Ausschreibungsunterlagen könnten nach Treu und Glauben kaum in dem Sinn verstanden werden, dass von dieser Vorgabe abgewichen werden dürfe. Die Beschwerdeführerin offeriere kein eigenes Produkt, die Vergabestelle habe die Gleichwertigkeit verneint und "Mineralit" sei nicht vergleichbar mit "Acrytherm". Jeder einzelne Grund würde für sich allein schon ausreichen, um die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren auszuschliessen.

Im Übrigen scheine "Mineralit" nicht für Fassadenverkleidungen gemacht worden zu sein und die Firma "G.____" habe mit E-Mail vom 22. Februar 2019 darauf hingewiesen, dass die maximale Produktionsgrösse der Elemente bei 4.200 x 2.000 mm liege. Gemäss dem Bauteilkatalog G14 benötige aber die Vorinstanz rund 200 "Fertigteile vertikal", die grösser seien. Mit "Mineralit" könnten also nicht einmal alle ausgeschriebenen Arbeiten ausschreibungsgemäss erfüllt werden.

Ein wissenschaftlich seriöser Vergleich beider Produkte würde aufwändige Tests unter realistischen Bedingungen (Witterung) und mindestens mittelfristiger Beobachtung bedingen, um verlässliche Aussagen zur Gleichwertigkeit machen zu können. Ausserdem scheine der Gutachter H.____ "Mineralit" mit dem Produkt "Acrytherm R" verglichen zu haben, wohingegen

¹⁹ unaufgeforderte Stellungnahme der Vorinstanz vom 2. April 2019

gemäss Position 250.301 des Leistungsverzeichnisses das Produkt "Acrytherm D" verwendet werden sollte.²⁰

3.2 Rechtsgrundlagen für den Ausschluss vom Submissionsverfahren und Widerruf des Zuschlags

Der Ausschluss von Anbietenden bzw. ihren Angeboten vom Submissionsverfahren ist für die Kantone in § 27 VRöB²¹ bzw. in den einzelnen kantonalen Submissionserlassen geregelt (die IVöB selbst nennt keine Ausschlussgründe).²² 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.²³ Der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagerteilung an einen anderen Submittenten erfolgen.²⁴

In gewissen Fällen besteht eine Pflicht der Vergabebehörde zur Einholung von Erläuterungen vor dem Anordnen eines Ausschlusses. Nach der Praxis der BRK²⁵ 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.²⁶

Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Verhalten mit Bagatellcharakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss. Angebote, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vorbehältlich der Regeln über die Varianten auch nach der Praxis der

²⁰ Beschwerdeantwort vom 7. März 2019

²¹ Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001

²² Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 433, mit Hinweisen

²³ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435

²⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435

²⁵ Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

²⁶ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 440 ff.

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 hinausliefere, und schliesslich Fälle, in denen die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten.²⁷

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.²⁸

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 Ver-

²⁷ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444, mit Hinweisen

²⁸ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 468 ff., mit Hinweisen

hältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb.²⁹

Ausschlussgründe betreffen die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Verfahren. Diese Gründe sind nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten, oder wenn sich nachträglich etwa herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht entspricht. Für den Widerruf des Zuschlags müssen aus Gründen der Rechtssicherheit strengere Voraussetzungen gelten als für den Abbruch des Verfahrens.³⁰

3.3 Würdigung

3.3.1 Vorliegend hat die Vorinstanz am 25. August 2018 die Erstellung einer kompletten Fassadenkonstruktion im Rahmen des Neubaus ihres Spitalgebäudes auf der Seite www.simap.ch ausgeschrieben. Der Ausschreibung lässt sich u.a. Folgendes entnehmen:

2.6 Detaillierter Projektbeschreibung

Herstellung, Lieferung und Montage einer kompletten Fassadenkonstruktion für den Neubau des Spitalgebäudes Baubereich 12 des Y.____. Bestehend aus Fenster In Aluminium, Dämmungen und Abdichtungen, Fassadenverkleidung mit "Acrytherm"-Elementen, inkl. Sonnenschutzanlagen. Total Fassadenfläche 16'900 m².³¹

Varianten waren nicht zugelassen.³²

Dem Leistungsverzeichnis vom 21. August 2018 ist bezüglich der Materialisierung der Fassade Folgendes zu entnehmen:

250.300 Fertigteile als hinterlüftete Fassadenbekleidung

250.301 Fertigteilelemente aus ACRYTHERM "D" von F.____

Vorgehängte Fassadenbekleidungen aus grossformatigen Platten ACRYTHERM®, des Herstellers F.____, F-90150 Bethonvilliers

²⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 474 und 476., mit Hinweisen

³⁰ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 548 ff., mit Hinweisen

³¹ Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.6

³² Ausschreibung Simap vom 25. August 2018, Ziff. 2.11, Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen der KBOB, Teil A, Y.____, Ziff. B.8

Auf Mass hergestellt im Giessverfahren auf Basis einer Mischung aus mineralischem Grundmaterial, Methacrylatharz und metallischen Farbpigmenten.

Dimensionen gemäss Bauteilkataloge Architekt

Plattenstärke: 18 mm flach resp. 18-48 mm gewellt

Oberflächenstruktur flach / 3D gewellt,

Formen gem. Bauteilkataloge

Beilage 011,013 und G15

Gewicht: ca. 90 kg/m² (vertikales Wellelement)

Oberflächenstruktur sämtlicher sichtbaren

Bereiche: "Pierre Extra Fein"

Kugelgestrahlt gem. den freigegebenen Toleranzmustern des Herstellers.

Farbe: Portland

Die Ausschreibung verlangte somit ausdrücklich eine Fassadenverkleidung mit "Acrytherm"-Elementen. Das Leistungsverzeichnis präziserte diese Vorgabe. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht damit deutlich hervor, dass die Fassadenverkleidung aus grossformatigen Platten des Materials ACRYTHERM "D" des Herstellers F.____ aus I.____, bestehen musste.

3.3.2 Das Angebot der Beschwerdeführerin vom 29. Oktober 2018 lautet demgegenüber wie folgt:

"Hauptlieferanten: E.____, F.____ oder gleichwertig

Ware: Fertigteile als hinterlüftete Fassadenbekleidung

Wichtigkeit der gelieferten Ware: 2 %³³

Auf Nachfrage seitens der Vorinstanz hielt die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 22. November 2018³⁴ u.a. Folgendes fest:

"Hiermit bestätigen wir Ihnen, dass die von uns offerierten Produkte ähnlich und gleichwertig oder besser sind gegenüber den ausgeschriebenen Leistungen und dass diese alle Anforderungen erfüllen. Insbesondere bestätigen wir Ihnen, dass wir Kunstharzmörtel-Elemente liefern werden, die gleichwertige Eigenschaften haben, wie das ausgeschriebene Produkt."

Mit E-Mail vom 23. November 2018³⁵ erwiderte die Vorinstanz u.a. Folgendes:

"Leider ist die Antwort für uns noch zu wenig klar definiert und ich erlaube mir nochmals eine eindeutige Erklärung zu verlangen. Bitte bestätigen Sie mir schriftlich, und rechtsgültig unterzeichnet, bis Dienstag, 27.11.2018 (Poststempel), dass Sie für die Fertigelemente das Material Acrytherm der Firma F.____ eingerechnet haben oder zu den angegebenen

³³ Vorakten, Ordner "Angebot X.____", Register 12 "HAUPTLIEFERANTEN" Ziff. 4

³⁴ Beschwerdebeilage Nr. 7

³⁵ Beschwerdebeilage Nr. 7

Preisen liefern und montieren werden. Ich weise Sie darauf hin, dass das Material Acrytherm der Firma F.____ zum Einsatz kommen wird. Es sind keine Alternativen vorgesehen."

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2018³⁶ äusserte sich die Beschwerdeführerin dazu u.a. wie folgt:

"Beiliegend finden Sie das technische Datenblatt des Werkstoffes MINERALIT. MINERALIT ist ein ähnliches und gleichwertiges Produkt gegenüber dem ausgeschriebenen ACRYTERM. MINERALIT erfüllt alle ausgeschriebenen Anforderungen, wie zum Beispiel Biege- und Druckfestigkeit Volumenmasse, Brandschutzklasse, Frostbeständigkeit, Porosität, usw. Die qualitativen Eigenschaften sind ebenfalls garantiert. [...] ACRYTERM von F.____ bleibt ohne Weiteres eine Alternative für uns."

3.3.3 Die Beschwerdeführerin hat offensichtlich nicht das in der Ausschreibung ausdrücklich verlangte Material "Acrytherm" angeboten. Vielmehr muss aus ihrem Angebot und den nachträglichen Erläuterungen geschlossen werden, dass sie primär die Verwendung eines anderen Materials vorgesehen hat und "Acrytherm" höchstens eine Alternative darstellt. Damit ist die Beschwerdeführerin von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen. Dabei kann nicht von einer unwesentlichen Abweichung gesprochen werden, da die Verwendung von "Acrytherm" für die Vorinstanz wesentlich ist, was aus der expliziten Vorgabe, dem detaillierten Produktebeschrieb und dem Ausschluss von Varianten in der Ausschreibung sowie den Äusserungen der Vorinstanz im Rahmen des vorliegenden Verfahrens hervorgeht.

3.3.4 Betreffend das Argument der Beschwerdeführerin, sie habe keine Variante, sondern zu Recht ein gleichwertiges Produkt angeboten, ist Folgendes festzuhalten.

Wie in Erwägung 3.3.1 aufgezeigt, verlangt die Ausschreibung ausdrücklich das Material "Acrytherm" für die Fassadenverkleidung. Betreffend die Positionen, bei denen Angebote mit gleichwertigen Produkten oder Systemen erlaubt sind, enthält das Leistungsverzeichnis einen expliziten Verweis auf die Möglichkeit, mit gleichwertigen Produkten oder Systemen zu offerieren, so beispielsweise bei den Positionen 20.015, 20.024, 200.022, 214.091, 216.610, 250.103, 282.022 oder 283.101³⁷. Position 250.301 betreffend die Fertigteile für die Fassadenbekleidung enthält demgegenüber keinen solchen Verweis. E contrario muss daraus geschlossen werden, dass für die Fassadenverkleidung keine gleichwertigen Lösungen zugelassen wurden.

³⁶ Beschwerdebeilage Nr. 8

³⁷ Der Verweis in Position 283.101 (Fassadenmarkisen) lautet beispielsweise wie folgt: *"erwiesenermassen gleichwertige Produkte sind zugelassen."*

Lediglich wenn es sich um ein eigenes Produkt des Anbieters handelt, sieht Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses die Möglichkeit vor, ein anderes Material als "Acrytherm" anzubieten, wobei das eigene Produkt nachweislich mindestens dieselbe Qualität aufweisen muss:

"Produkte:

Produktenamen wurden verwendet, um eine geforderte Vorgabe oder Leistung bestimmt zu definieren.

Damit der freie Wettbewerb gewährleistet ist, können eigene Produkte angeboten werden. Diese müssen jedoch die Anforderungen der vorliegenden Ausschreibung in allen Belangen erfüllen und gegenüber den ausgeschriebenen Produkten nachweisbar gleicher oder besserer Qualität sein.

Über die qualitative und formale Gleichwertigkeit entscheidet der Auftraggeber."

Unter "eigenen Produkten" sind Produkte zu verstehen, die durch den jeweiligen Anbieter oder die Anbieterin selbst hergestellt werden. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, Position 10.016 Satz 2 erlaube den Anbietern, eigene Lösungsangebote mit gleichwertigen Materialien zu unterbreiten, findet keine Grundlage im Wortlaut von Position 10.016. Vielmehr darf aus Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses nicht auf die Zulässigkeit von Angeboten mit gleichwertigen, aber nicht selbst hergestellten "eigenen" Materialien für die Fassadenverkleidung geschlossen werden.

Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen kein eigenes Produkt offeriert hat, kann sie sich nicht auf die Gleichwertigkeit ihres Angebots berufen. Die Gleichwertigkeit ihres Angebots ist daher nicht weiter zu prüfen.

Im Übrigen ist der Vorinstanz wie auch der Beschwerdegegnerin insoweit beizupflichten, dass die Gleichwertigkeit des Angebotes der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Zuschlags weder belegt war noch hätte geprüft werden können: Erstens blieb auch nach mehreren Nachfragen seitens der Vorinstanz unklar, mit welchem Material die Beschwerdeführerin überhaupt offeriert hat. Zweitens hat die Beschwerdeführerin die Gleichwertigkeit ihres Angebots bis zur Erteilung des Zuschlags nicht belegt. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Gleichwertigkeit sei nicht zum Zeitpunkt der Offerteinreichung, sondern erst nach Erteilung des Zuschlags zu belegen. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufene Position 10.013 des Leistungsverzeichnisses hält fest, unter Position 60 "Beilagen zum Angebot" seien Beilagen und Nachweise aufgelistet, welche zum Zeitpunkt des Angebotes bzw. Werkvertrages verlangt würden. Gemäss den Positionen 60.011 bis 60.013 sind folgende Beilagen zusammen mit dem Angebot einzureichen: Montage- und Sicherheitskonzept, Berechnung U-Wert Fassade sowie ein Grobterminprogramm. Position 70 des Leistungsverzeichnisses sodann nennt die nach Auftragserteilung einzu-

reichenden Muster und vorzunehmenden Messungen. Position 70.014 hält fest, dass der Auftragnehmer nach Auftragserteilung sämtliche von den Fachplanern, Spezialisten und Bauleitungen angeforderten bauphysikalischen Prüfzeugnisse, Berechnungen und Nachweise zusammen mit den Genehmigungsplänen einreichen muss. Vorliegend kann nicht e contrario aus Position 10.013 i.V.m. 60 abgeleitet werden, die Gleichwertigkeit des Angebotes sei nicht im Zeitpunkt der Einreichung des Angebotes zu belegen. Auch geht es nicht um die in Position 70.014 genannten, erst nach Auftragserteilung einzureichenden Nachweise, sondern um die Nennung des von der Beschwerdeführerin offerierten Materials und den Beleg der Gleichwertigkeit desselben. Gemäss Art. 12 Abs. 3 ÖBV haben Anbieterinnen und Anbieter die Gleichwertigkeit ihrer technischen Spezifikationen dann nachzuweisen, wenn sie von den in den Ausschreibungsunterlagen genannten technischen Spezifikationen abweichen. Der Vergabestelle muss vor der Zuschlagserteilung (und nicht erst nach Auftragserteilung) bekannt sein, mit welchem Material offeriert wird und ob dieses gleichwertig ist. Nur so kann sie überhaupt eine korrekte Bewertung der Angebote vornehmen und den Zuschlag erteilen. Drittens bestehen Zweifel an der Eignung und Gleichwertigkeit von "Mineralit". Insbesondere hat "Mineralit" keinen längerfristigen Bewitterungstest durchlaufen, weshalb nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass "Mineralit" längerfristig dieselben Eigenschaften aufweist wie "Acrytherm"; zudem bleibt fraglich, ob "Mineralit" überhaupt im erforderlichen Format geliefert werden kann.³⁸ Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war es nicht erforderlich, in den Ausschreibungsunterlagen eine Länge von 8 m vorzuschreiben, da die Ausschreibung explizit eine Fassadenverkleidung mit "Acrytherm" vorschrieb und "Acrytherm" unbestrittenmassen in dieser Grösse geliefert wird.

3.3.5 Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, weshalb ihr Ausschluss von der Teilnahme am Verfahren grundsätzlich gerechtfertigt war (vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. b ÖBV). Ebenfalls sind keine wesentlichen Mängel, die zu einem Widerruf des Zuschlags führen müssten, ersichtlich.

4. Diskriminierungsverbot und Zeitpunkt der Anfechtung an die Ausschreibungsunterlagen

Im Folgenden ist vorfrageweise zu prüfen, ob allenfalls unzulässige bzw. diskriminierende Bedingungen in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen einem Ausschluss

³⁸ Verlangt sind teilweise Elemente mit einer Länge von 8 m, während "Mineralit" eine maximale Produktionsgrösse von 4,2 m x 2 m aufweist, vgl. Produktinformation "Mineralit", Beilage 17 zur Beschwerdevernehmlassung, sowie E-Mail Luetten/Kocher vom 22. Februar 2019, Beilage 20 zur Beschwerdevernehmlassung

entgegenstehen. Ebenfalls zu prüfen ist die Rechtzeitigkeit der Rüge einer allfälligen Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung.

4.1 Argumentation der Verfahrensbeteiligten

4.1.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Ermessen der Vergabestelle bei der Formulierung der technischen Spezifikationen finde seine Grenzen im Diskriminierungsverbot. Dieses untersage die Diskriminierung potentieller Anbieter durch technische Spezifikationen, die bestimmte Produkte ohne sachliche Notwendigkeit ausschliessen oder bevorzugen würden. Die Zulassung eines einzigen Werkstoffes schränke die Wettbewerbsfreiheit stark ein und verletze das Diskriminierungsverbot. Bei den technischen Spezifikationen bzw. der Produktbeschreibung dürften allgemein in den Ausschreibungsunterlagen keine Marken verlangt werden. "Acrytherm" von F.____ sei eine Marke. Zum Schutz des freien Wettbewerbs müsse zwingend der Zusatz "oder gleichwertig" angebracht werden.

Vorliegend habe die Vergabestelle unter den technischen Spezifikationen den Baustoff "Acrytherm" der Firma F.____ gefordert und Varianten ausgeschlossen. Die Bezeichnung des gewünschten Baustoffes sei als detailliert und nicht als funktional zu qualifizieren. Der Zusatz "und gleichwertig" sei zwar im Leistungsverzeichnis vermerkt worden, nachträglich jedoch mit E-Mail vom 23. November 2018 an die Beschwerdeführerin dahingehend relativiert worden, dass kein alternativer Werkstoff verwendet werden dürfe. Dadurch habe die Vorinstanz die Ausschreibungsvoraussetzungen nachträglich und rechtswidrig geändert. Der Ausschluss aller anderen Materialien als "Acrytherm" sei nicht gerechtfertigt. Die Vorgabe, für die Fassadenelemente einzig "Acrytherm" von F.____ zu verwenden, führe in erster Linie zur einer Diskriminierung unter den Lieferanten, indirekt habe sie jedoch auch Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Anbietern, da nicht alle Anbieter dieselben Beziehungen und Erfahrungen mit den selben Lieferanten und Materialien hätten.

Die Beschwerdeführerin habe die Ausschreibung, insbes. Position 10.016, dahingehend verstanden, als dass Angebote mit gleichwertigen oder besseren Produkten zulässig seien. So würden die Ausschreibungsunterlagen nicht gegen das Gebot des freien Wettbewerbs verstossen. Daher habe sie sich nicht veranlasst gesehen, die Ausschreibungsunterlagen anzufechten.³⁹

4.1.2 Mit Beschwerdevernehmlassung vom 25. Februar 2019 äusserte sich die Vorinstanz dahingehend, sie habe am 25. August 2018 die Erstellung einer kompletten Fassadenkonstruktion für den Neubau des Spitalgebäudes Baubereich 12 auf simap.ch ausgeschrieben. Schriftliche Fragen hätten bis am 5. September 2018 gestellt werden können (Ziff. 1.3). Die

³⁹ Beschwerde vom 11. Februar 2019; Stellungnahmen vom 25. März 2019 zur Beschwerdevernehmlassung und Beschwerdeantwort

Beschwerdeführerin habe weder Kontakt zur Vorinstanz aufgenommen noch die Ausschreibung innert Frist von 10 Tagen angefochten. Das Bundesgericht erachte die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierender Bestandteil der Ausschreibung. Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen seien deshalb innert zehn Tagen seit der Zustellung zu rügen, andernfalls sei das Beschwerderecht verwirkt. Es verstosse gegen die Regeln von Treu und Glauben, wenn sich ein Anbieter vorbehaltlos auf ein Submissionsverfahren einlasse, obwohl er die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können und diese Rügen dann erst im Beschwerdeverfahren vorbringe. Dies gelte umso mehr, als vorliegend in der SIMAP-Publikation die von der Beschwerdeführerin kritisierten Punkte "Acrytherm" (vgl. Ziffer 2.6 der SIMAP-Publikation) und der "Ausschluss von Varianten" (vgl. Ziffer 2.11 der SIMAP-Publikation) erkennbar bzw. augenfällig gewesen seien. Zudem werde in der SIMAP-Publikation (vgl. Ziffer 4.7 Rechtsmittelbelehrung) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung innert 10 Tagen bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern angefochten werden könne. Die Rüge der Diskriminierung sei daher verwirkt.

Ohnehin wäre die Vorgabe, für die Materialisierung der Fassadenelemente "Acrytherm" zu verwenden, nicht diskriminierend: Der Neubau auf Baubereich 12 des Areals der Y.____ ersetze das bestehende Bettenhochhaus und biete zudem Platz für das Schweizerische Herz- und Gefässzentrum und die Zentren der Fachkliniken. Die Vorinstanz bzw. die beauftragten Planer hätten der Fassade im Vorfeld der Ausschreibung deshalb besondere Beachtung geschenkt. Unterschiedliche Materialien seien in unmittelbarer Nähe des geplanten Neubaus aufgestellt und während mehreren Monaten bewittert worden. Das Material "Acrytherm" – für welches zudem gute Langzeiterfahrungen beständen – habe sich als für den Spitalbau am geeignetsten erwiesen. Die Vorinstanz habe sich deshalb bewusst für dieses Material entschieden, wenngleich es im Vergleich zu den weiteren geprüften Materialien in der Anschaffung rund 8% teurer sei. Sekundär hätten auch gestalterische Gründe für das Material "Acrytherm" gesprochen. Aus diesen Gründen bestehe eine sachliche Notwendigkeit für die Verwendung des Materials "Acrytherm". Ohnehin werde die Beschwerdeführerin durch die Vorschrift betreffend das zu verwendende Material nicht diskriminiert, da die Herstellerin des Materials – das Unternehmen F.____ mit Sitz in I.____ – mit Schreiben vom 8. Januar 2019 nochmals schriftlich bestätigt habe, dass grundsätzlich jedes Fassadenunternehmen durch F.____ beliefert werde und alle Fassadenunternehmen in der Angebotsphase dasselbe Angebot erhalten hätten. Zu Recht mache die Beschwerdeführerin diesbezüglich nichts anderes geltend. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz die Ausschreibung nicht nachträglich geändert. Vielmehr gehe bereits aus den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig hervor, dass in Bezug auf das vorgeschriebene Fassadenmaterial "Acrytherm" keine Varianten bzw. gleichwertige Lösungen erlaubt seien. Die Aussage der Vorinstanz gemäss E-Mail

vom 23. November 2018 stelle höchstens eine Präzisierung, mitnichten jedoch eine Änderung dar.

4.1.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Ausschreibung vom 25. August 2018 sei eine selbständig anfechtbare Verfügung. Sie sei korrekt mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen. Die Diskussion, ob der Ausschluss von Varianten und das Insistieren der Vergabebehörde auf dem Werkstoff "Acrytherm" rechtens sei, hätte im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Gleichbehandlung der Anbieter im Anschluss an die Ausschreibung geführt werden müssen. Die Beschwerdeführerin verhalte sich treuwidrig, wenn sie nach Abschluss des Vergabeverfahrens ihren Standpunkt auf dem Beschwerdeweg durchdrücken wolle, nachdem sie sich ohne jeden Vorbehalt auf die Ausschreibung eingelassen habe. Die Beschwerdeführerin könne sich schlecht darauf berufen, die entsprechenden Mängel nicht erkannt zu haben, würden doch in der SIMAP-Publikation vom 25. August 2018 ausdrücklich die von ihr kritisierten Punkte aufgeführt, so schreibe Ziff. 2.6 der SIMAP-Publikation die Verwendung von "Acrytherm" für die Fassendverkleidung vor und Ziff. 2.11 schliesse Varianten aus. Die von der Beschwerdeführerin kritisierten Punkte seien demnach von Anfang an und ohne Rückgriff auf und vertieftes Studium der restlichen Ausschreibungsunterlagen objektiv ohne weiteres erkennbar gewesen. Unter diesem Gesichtspunkt dürfte auf die Rügen der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden. Es sei nicht erkennbar, inwiefern die Beschwerdeführerin durch die technische Spezifikation diskriminiert worden wäre. Sie sei nicht selber Herstellerin des offerierten Werkstoffs "Mineralit", sodass sie durch die technische Spezifikation in unzulässiger Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen würde. Überdies gestatte Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses die Verwendung von "eigenen Produkten" bei Gleichwertigkeit. Hätte die Beschwerdeführerin ein eigenes gleichwertiges Produkt als Werkstoff angeboten, hätte sie zugelassen werden müssen. "Mineralit" sei aber offensichtlich kein eigenes Produkt der Beschwerdeführerin.⁴⁰

4.2 Rechtsgrundlagen

4.2.1 Anforderungen an die Ausschreibung / Ausschreibungsunterlagen

In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben. Die Beschaffungsstelle ist zu einer genauen Bedürfnisabklärung verpflichtet, dient diese doch zunächst dem optimalen Einsatz der öffentlichen Mittel. Die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen haben obligatorisch ein Leistungsverzeichnis

⁴⁰ Beschwerdeantwort vom 7. März 2019

zu enthalten; dieses muss klar und vollständig sein. Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschreibs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zu beschreiben sowie alle Anforderungen an technische Spezifikationen, die erfüllt werden müssen, zu enthalten. Die Klarheit und Vollständigkeit trägt insbesondere zur Vergleichbarkeit der Angebote bei. Der Leistungsbeschrieb, dem die Angebote zu entsprechen haben, muss die direkte Grundlage für den mit dem erfolgreichen Anbieter abzuschliessenden Vertrag bilden.⁴¹

Die Anforderungen an eine rechtskonforme Ausschreibung werden im Kanton Bern insbesondere in den Art. 9 ff. ÖBV geregelt. Gemäss Art. 12 Abs. 1 ÖBV bezeichnen die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Die technischen Spezifikationen werden in den für die Schweiz geltenden technischen Normen definiert. Sind keine Normen für die Schweiz vorhanden, ist auf internationale Normen zurückzugreifen (Art. 12 Abs. 2 ÖBV). Die Bezeichnung der technischen Spezifikationen hat grundsätzlich in Bezug auf die geforderte Leistung zu erfolgen und darf nicht dazu führen, dass gezielt einzelne Anbieterinnen oder Anbieter oder Leistungen bevorzugt werden (Art. 12 Abs. 4 ÖBV). Kann die Bezeichnung ausnahmsweise nicht ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte, Handelsmarken und -namen, Patente, Muster, Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produktionsbetrieb vorgenommen werden, ist den anderen Anbieterinnen oder Anbietern durch den Zusatz "oder gleichwertiger Art" die Möglichkeit offen zu lassen, am Verfahren teilzunehmen (Art. 12 Abs. 5 ÖBV).

4.2.2 Zeitpunkt der Anfechtung der Ausschreibung / Ausschreibungsunterlagen

Gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. a IVöB und Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBV gilt "die Ausschreibung des Auftrags" als durch Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügung. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist ein Anbieter, welcher in der Ausschreibung eines Auftrags eine Unregelmässigkeit erblickt, verpflichtet, unverzüglich den Richter anzurufen, sofern die Unregelmässigkeit bei gebotener Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre, ansonsten die entsprechende Rüge in einem späteren Rechtsmittelverfahren als verwirkt anzusehen ist. Bei einem Beschwerdeverzicht kann die Ausschreibung mithin nicht mehr im Rahmen der Zuschlagsverfügung angefochten werden. Diese Regelung dient dem Beschleunigungsgebot; Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung oder in den Unterlagen sollen unverzüglich korrigiert werden, und Wiederholungen eines ganzen Verfahrens infolge der Aufhebung eines Zuschlagsentscheids wegen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen möglichst vermieden werden. Zur Ausschreibung gehören auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben werden. Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen kann nach der bundesge-

⁴¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 382 f, mit Hinweisen u.a. auf VG Zürich: VB.2006.00131 E. 5.3.3.

richtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur dann noch zusammen mit dem Zuschlagsentscheid angefochten werden, wenn die Unterlagen nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen.⁴² Die Pflicht des Anbietenden, festgestellte Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens bei der Vergabestelle sofort unaufgefordert zu rügen und damit – bei Gefahr der Verwirkung – nicht bis zur Einreichung eines Rechtsmittels zuzuwarten, ist nur bei besonders offensichtlichen Mängeln anzunehmen; angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen. Bezüglich Nichtberücksichtigung von geltend gemachten Mängeln wegen verspätetem Vorbringen soll keine allzu grosse Strenge gegenüber dem Anbieter Platz greifen, da von diesem insbesondere keine vertiefte Prüfung der Ausschreibungsunterlagen verlangt werden dürfe.⁴³

Bei unklaren Ausschreibungsunterlagen besteht nach der Praxis des Bundesgerichts eine Fragepflicht der Anbietenden. Da die Vergabestelle die Verantwortung für das Leistungsverzeichnis trägt, ist die Annahme einer Fragepflicht jedoch auf Fälle zu beschränken, in welchen das Unterlassen einer Anfrage und die anschliessende Berufung des Anbietenden auf den Mangel der Ausschreibungsunterlagen auf eine Verletzung der Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben hinausliefe.⁴⁴ Auch für den Kanton Bern sieht Art. 13 Abs. 1 ÖBV die Erteilung von Auskünften zu den Ausschreibungsunterlagen durch die Vergabestelle vor, soweit durch die Zusatzinformation den Anbieterinnen und Anbietern nicht unzulässige Vorteile verschafft werden.

4.2.3 Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot untersagt dem Auftraggeber insbesondere, potentielle Anbieter durch ungerechtfertigte, bestimmte Produkte ohne sachliche Notwendigkeit ausschliessende oder bevorzugende technische Spezifikationen zu diskriminieren.⁴⁵ Grundsätzlich darf der Beschaffungsgegenstand nicht mit einer Marke umschrieben werden (vgl. Art. VI GPA⁴⁶ bzw.

⁴² BGer 2C_978/2018 E. 3, BGE 130 I 241 E. 4.2 und 4.3; BGE 129 I 313 E. 6.2; BGer 2C_409/2015 E. 4.1 und 4.2, Urteil 2C_107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1258, jeweils mit Hinweisen

⁴³ Vgl. zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 667 ff, mit Hinweisen insbes. auf BGE 130 I 241 E. 4.3.; Zürcher Entscheid VB.2010.00170 vom 22. September 2010; BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011, E. 4.2.2.; BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011, E. 4.2.3.

⁴⁴ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 385 und 387 ff., mit Hinweisen insbes. auf BGE 2P.1/2004 E. 2.2; 3.3.

⁴⁵ Urteile des BGer 2C_147/2017 vom 23. Januar 2018, E. 2.5.3, 2C_634/2008 vom 11. März 2009 E. 3.2; 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a; jeweils mit Hinweisen

⁴⁶ Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen), SR 0.632.231.42

Art. 4 Abs. 2 BilatAbk⁴⁷, Art. 13 lit. b IVöB, § 15 VRöB sowie Art. 12 ÖBV). Die Bezeichnung der technischen Spezifikationen hat grundsätzlich in Bezug auf die geforderte Leistung zu erfolgen und darf nicht dazu führen, dass gezielt einzelne Anbieterinnen oder Anbieter oder Leistungen bevorzugt werden (Art. 13 Bst. b IVöB i.V.m. Art. 12 Abs. 4 ÖBV). Kann die Bezeichnung ausnahmsweise nicht ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte, Handelsmarken und -namen, Patente, Muster, Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produktionsbetrieb vorgenommen werden, ist den anderen Anbieterinnen oder Anbietern durch den Zusatz "oder gleichwertiger Art" die Möglichkeit offen zu lassen, am Verfahren teilzunehmen (Art. 13 Bst. b IVöB i.V.m. Art. 12 Abs. 5 ÖBV).⁴⁸

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Lichte von Art. 12 BöB⁴⁹ erkannt, dass die Nichtbeachtung der in den Unterlagen vorgeschriebenen technischen Spezifikationen an sich zum Ausschluss führt, Vergabebehörden technische Spezifikationen im Regelfall (aber) nicht derart eng umschreiben dürfen, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung infrage kommen. Zwar gibt das Beschaffungsrecht dem Anbietenden keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle den "richtigen" Beschaffungsgegenstand beschafft, woraus sich durch die Leistungsdefinition der Vergabestelle zwangsläufig eine Einschränkung des Wettbewerbs ergibt. Allerdings ist eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu vermeiden: In diesem Sinne soll das gewünschte Produkt zunächst nicht über eine Handelsmarke oder einen Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden. Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung, wie sie Art. VI Ziffer 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend. Die Gefahr diskriminierender Spezifikationen ist besonders dann evident, wenn sich mehr als nur "in verschiedenen Punkten Übereinstimmungen mit dem Datenblatt des von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkts" feststellen lassen.⁵⁰

Das Verwaltungsgericht des Kantons J.____ hat in Bezug auf die technischen Spezifikationen entschieden, dass es den Vergabebehörden grundsätzlich verwehrt sei, ausschliesslich das Produkt eines bestimmten Herstellers zu verlangen oder die technischen Spezifikationen so zu bestimmen, dass nur ein beschränkter Anbieterkreis oder sogar nur ein einziger Anbieter überhaupt in der Lage sei, ein den einschränkenden Bedingungen der Ausschreibung entsprechendes Angebot einzureichen. Dem öffentlichen Auftraggeber sei es untersagt, sich auf technische Spezifikationen zu beziehen oder Produktvorgaben zu machen, die dazu führten,

⁴⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, SR.0.172.052.68

⁴⁸ Vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 402 und 405, mit Hinweisen

⁴⁹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)

⁵⁰ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 408 f., mit Hinweis auf die Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 und B-822/2010 vom 10. März 2010.

dass bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen würden. Grundsätzlich müssten in einem öffentlich ausgeschriebenen Verfahren alle interessierten und geeigneten Anbieter der betreffenden Branchen die gleiche Möglichkeit haben, für die zu vergebende Leistung ein Angebot einzureichen, welches auch eine Chance auf den Zuschlag habe. Die öffentlichen Vergabestellen hätten sich neutral zu verhalten und allen potenziellen Anbietern einen offenen und fairen Wettbewerb zu gewährleisten.⁵¹

Das Bundesgericht hielt es für rechtmässig, dass eine Vergabebehörde bei der Beschaffung einer Kehrlichtverbrennungsanlage nur eine Anlage mit "konventioneller Rostfeuerung" zuliesse und eine Anbieterin, welche eine andere Technologie anbieten wollte, gar nicht in den Wettbewerb einbezogen wurde. Für die Vergabebehörde hätten "zeitliche und finanzielle Sachzwänge" bestanden, aufgrund welcher die in der Beschränkung der nachgefragten Technologie liegende Möglichkeit der Diskriminierung der Beschwerdeführenden Anbieterin hinzunehmen sei.⁵²

4.3 Würdigung

Vorliegend geht aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervor, dass die Fassadenverkleidung aus grossformatigen Platten des Materials "ACRYTHERM D" des Herstellers F.____, I.____, bestehen musste (vgl. Erw. 3.3.1 hiervor). Der Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen ist eindeutig und lässt keine andere Interpretation zu. Mitnichten hat die Vorinstanz mit E-Mail vom 23. November 2018 die Ausschreibungsvoraussetzungen nachträglich und rechtswidrig geändert. Der Satz *"Ich weise Sie darauf hin, dass das Material Acrytherm der Firma F.____ zum Einsatz kommen wird. Es sind keine Alternativen vorgesehen."* in der E-Mail vom 23. November 2018 wiederholt lediglich, was in der Ausschreibung bereits mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine vertiefte Prüfung der Ausschreibungsunterlagen war aufgrund ihrer Klarheit nicht nötig. Namentlich kann aus Position 10.016 des Leistungsverzeichnisses nicht auf die generelle Zulässigkeit von Offerten mit gleichwertigen Produkten geschlossen werden (vgl. Erw. 3.3.4 hiervor). Angesichts der eindeutigen Formulierung von Position 10.016 durfte die Beschwerdeführerin die Vorgabe der Vorinstanz nicht etwa dahingehend interpretieren, dass auch gleichwertige, jedoch nicht eigene Produkte offeriert werden durften. Die Beschwerdeführerin musste vielmehr bei gebotener Aufmerksamkeit merken, dass die Vorinstanz ausdrücklich eine Fassadenverkleidung mit dem Material "Acrytherm D" der Firma F.____ wünschte. Bei Zweifeln über die Zulässigkeit von Angeboten mit gleichwertigen Materialien hätte sie bei der Vorinstanz nachfragen und eine entsprechende Auskunft

⁵¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 410, mit Hinweis auf VG Aargau: AGVE 1998, S. 402 ff.

⁵² Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 413, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000

verlangen müssen. Nebst der Eindeutigkeit der Ausschreibung bezüglich der verlangten Materialisierung der Fassade wurde zudem in Ziffer 4.7 "Rechtsmittelbelehrung" der SIMAP-Publikation ausdrücklich auf die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung innert 10 Tagen seit Publikation bei der GEF hingewiesen. Daher erfolgt die erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren erhobene Rüge, die Ausschreibung sei diskriminierend, zu spät und ist verwirkt. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten.

Im Übrigen sind die Ausschreibung / Ausschreibungsunterlagen nicht diskriminierend, wie eine summarische vorfrageweise Überprüfung ergibt: Vorliegend hat die Vorinstanz vor der Ausschreibung bewusst unterschiedliche Materialien getestet und diese während mehreren Monaten bewittert.⁵³ Dabei hat sich das Material "Acrytherm" als für die Fassadenverkleidung am geeignetsten erwiesen. Die Bezeichnung der technischen Spezifikationen erfolgte damit in Bezug auf die geforderte Leistung; die sachliche Notwendigkeit des verlangten Materials "Acrytherm" ist daher gegeben. Zudem fehlt es an einer Diskriminierung der Anbieterinnen und Anbieter, da die Herstellerin von "Acrytherm" – das Unternehmen F.____ – laut eigener Aussage grundsätzlich jedes Fassadenunternehmen beliefert und alle Fassadenunternehmen in der Angebotsphase dasselbe Angebot erhalten haben.⁵⁴ Es ist nicht ersichtlich, dass mit der vorliegenden Definition des Leistungsgegenstands gewisse Anbieter oder ganze Gruppen von Anbietern mit Blick auf spezifische Merkmale (wie z.B. ihre Herkunft) in vergaberechtlich unzulässiger Weise vom Bieterverfahren ausgeschlossen werden. Die Rüge, die Ausschreibung sei diskriminierend, erweise sich damit ebenfalls als nicht begründet.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausschreibung ausdrücklich eine Fassadenverkleidung mit dem Material "Acrytherm" des Herstellers F.____ verlangt. Die Ausschreibungsunterlagen sind eindeutig und lassen keine andere Interpretation zu. Die Beschwerdeführerin wurde zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen, weil weder aus ihrem Angebot noch ihren nachträglichen Ausführungen hervorgeht, dass sie das verlangte Material für die Fassadenverkleidung verwendet hätte. Die Anfechtung der Ausschreibung erfolgt zu spät und ist verwirkt. Auf die Rüge, der Ausschluss aller anderen Materialien ausser "Acrytherm" sei diskriminierend, ist daher nicht einzutreten. Im Übrigen liegt keine Diskriminierung vor, weil einerseits eine sachliche Notwendigkeit für die Beschränkung auf das Material "Acrytherm" spricht und andererseits die Herstellerin von "Acrytherm" grundsätzlich alle Fassadenunternehmen zu

⁵³ Vgl. Beschwerdevernehmlassung vom 25. Februar 2019, Ziff. 11 ff., insbes. Ziff. 15, sowie Ziff., 24 ff., sowie Vernehmlassungsbeilagen 6 und 7

⁵⁴ Schreiben F.____ / Vorinstanz vom 8. Januar 2019 (Vernehmlassungsbeilage 8)

denselben Konditionen beliefert. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6. Gesuche 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 Beschwerdegegnerin abzuschliessen, bis rechtsgültig über die vorliegende Beschwerde entschieden werde.⁵⁵

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.⁵⁶ Da vorliegend ein das Beschwerdeverfahren abschliessender Entscheid in der Sache ergeht, sind das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme und die Frage der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden und als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG).

7. Beweisantrag

Die Beschwerdeführerin beantragt die Anordnung eines Gerichtsgutachtens zur Gleichwertigkeit des offerierten Materials.⁵⁷

Die Behörden bestimmen Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (Art. 18 Abs. 2 VRPG). Vielmehr liegt es in ihrem Ermessen, in welchem Umfang sie Beweise erhebt. Gelangt sie im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung zur Auffassung, eine beantragte Beweisführung sei für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes nicht relevant, hat sie den entsprechenden Beweisantrag mit prozessleitender Verfügung oder im Rahmen der Entscheiderwägungen abzuweisen.⁵⁸

Vorliegend konnte sich die Beschwerdeinstanz aufgrund der Akten und insbesondere aufgrund der gut dokumentierten Eingaben der Verfahrensbeteiligten eine Meinung bilden und die aufgeworfenen Fragen beurteilen. Es bestehen keine noch offenen und klärungsbedürfti-

⁵⁵ Beschwerde vom 11. Februar 2019, S. 15 "Vorsorgliche Massnahmen"

⁵⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 27 Nrn 1 f., Art. 68 N. 3

⁵⁷ Stellungnahmen vom 25. März 2019 zur Beschwerdevernehmlassung und zur Beschwerdeantwort

⁵⁸ Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2011, S. 58 f. und Fussnote 99

gen Fragen. Überdies ist eine allfällige Gleichwertigkeit des Angebots der Beschwerdeführerin nicht mehr weiter zu prüfen, da Angebote mit gleichwertigen, aber nicht eigenen Produkten nicht zugelassen sind (vgl. insbes. Erw. 4.3.4).

Aus diesen Gründen erweist sich die Anordnung eines Gutachtens für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes als nicht entscheiderelevant, womit der entsprechende Beweisanspruch der Beschwerdeführerin abzuweisen ist.

8. Kosten

9.1 Verfahrenskosten

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 GebV⁵⁹). 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). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen vollumfänglich. Dementsprechend werden ihr die gesamten Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 1'200.00, zur Bezahlung auferlegt.

9.2 Parteikosten

Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Tilgung oder die Wett-schlagung 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 PKV⁶⁰). 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 KAG⁶¹). 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 be-

⁵⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21)

⁶⁰ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

⁶¹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

sonders 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).

Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz (keine Parteientschädigung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliehenen Privaten aus unlauteren Gründen anfight (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).⁶²

Beim vorliegenden Ausgang gelten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin als obsiegend. Die Vorinstanz hat als Private in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser Regel abzuweichen. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Die Kostennote des Vertreters der Beschwerdegegnerin vom 5. April 2019 beläuft sich auf CHF 12'047.00 (Honorar: CHF 11'992.00, Auslagen: CHF 55.00), zuzüglich Mehrwertsteuer von CHF 927.62. Vorliegend sind die Schwierigkeit der Sache, der gebotene Zeitaufwand und die Bedeutung der Sache als durchschnittlich zu qualifizieren (Art. 41 Abs. 3 KAG). 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.⁶³ Ein überdurchschnittlich hoher Zeit- und Arbeitsaufwand war nicht notwendig (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV).

Die Beschwerdegegnerin ist mehrwertsteuerpflichtig⁶⁴ 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

⁶² Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Änderung) vom 12. Dezember 2007, S. 18; vgl. auch Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 240

⁶³ 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

⁶⁴ Vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>)

Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen.⁶⁵

Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostenersatz von CHF 5'000.00 zuzüglich CHF 55.00 Auslagen, d.h. insgesamt CHF 5'055.00 als angemessen. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin den Parteikostenersatz nach Rechtskraft dieses Entscheides zu entschädigen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde vom 11. Februar 2019 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gesuche der Beschwerdeführerin vom 11. Februar 2019 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Anweisung der Vorinstanz, bis zum rechtsgültigen Entscheid über die Beschwerde keinen Vertrag mit der Beschwerdegegnerin zu schliessen, werden als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Der Beweisantrag der Beschwerdeführerin vom 25. März 2019 um Anordnung eines Gerichtsgutachtens zur Gleichwertigkeit des offerierten Materials wird abgewiesen.
4. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

5. Der Vorinstanz werden keine Parteikosten gesprochen.
6. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf pauschal CHF 5'055.00, zu ersetzen.

⁶⁵ Vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

IV. Eröffnung

- Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Einschreiben
- Beschwerdegegnerin, per Einschreiben

DER GESUNDHEITS- UND
FÜRSORGEDIREKTOR

Pierre Alain Schnegg
Regierungsrat

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.