Gerichte

Geschäftsnummer: **VD.2023.155** (AG.2024.172)
Instanz: Appellationsgericht
Entscheiddatum: 07.03.2024
Erstpublikationsdatum: 25.03.2025
Aktualisierungsdatum: 25.03.2025

Titel: **Submission: Ausschluss vom Verfahren (Personalverleih Pflege (temporär))**

Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt

als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2023.155

URTEIL

vom 7. März 2024

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer,
Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller
und Gerichtsschreiber Dr. Nicola Inglese

Beteiligte

A____ AG
Rekurrentin
[...]
vertreten durch [...], Rechtsanwalt,
[...]

gegen

Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel
Rekursgegner
Wilhelm Klein-Strasse 27, 4002 Basel
vertreten durch [...], Advokatin,
[...]

Gegenstand

Rekurs gegen einen Beschluss der Universitären Psychiatrischen Klini-
ken Basel (UPK) vom 5. Oktober 2023

betreffend Submission: Ausschluss vom Verfahren (Personalverleih Pflege [temporär])

Sachverhalt

Mit Publikation im Kantonsblatt vom 16. August 2023 sowie Veröffentlichung unter www.simap.ch schrieben die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel (UPK) als Vergabe- und Beschaffungsstelle den Dienstleistungsauftrag «Personalverleih Pflege (temporär)» (Projekt-ID Nr 263043) im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die neue Vergabe des Personalverleihs für den

Pflegedienst betreffend «[t]emporäre kurz- und langfristige Arbeitseinsätze», in der «1:1 Intensivbetreuung» und als «Try and Hire».

In diesem Verfahren machte die A____ AG (Rekurrentin) über die Internetplattform «www.xatena.com» ein Angebot mit einer unterzeichneten Angebotsquittung und zugehörigen Unterlagen in elektronischer Form. In der Folge teilten die UPK der Rekurrentin mit Verfügung vom 5. Oktober 2023 mit, dass sie vom Verfahren ausgeschlossen werde, da die Eignungskriterien der Ausschreibung vorschreiben würden, dass das Angebot auch in Papierform abgegeben werden müsse. Gegen diese Ausschlussverfügung erhob die Rekurrentin mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 Rekurs an das Verwaltungsgericht. Sie beantragte damit die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung der Verfügung vom 5. Oktober 2023 und die Anweisung der UPK, sie als Anbieterin im Ausschreibungsverfahren «Personalverleih Pflege (temporär)» zuzulassen, wofür ihr «eine (kurze) Nachfrist für das Einreichen der physischen Angebotsunterlagen anzusetzen» sei. Mit Vernehmlassung vom 7. Dezember 2023 beantragten die UPK die kosten- und entschädigungsfällige vollumfängliche Abweisung des Rekurses. Gleichzeitig beantragten sie die Wahrung aufgelegter Geschäftsgeheimnisse gegenüber der Rekurrentin. Hierzu replizierte die Rekurrentin mit Eingabe vom 12. Januar 2024. Mit Eingabe vom 24. Januar 2024 reichten die UPK eine Duplik ein.

Die weiteren Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Am 1. Februar 2024 ist im Kanton Basel-Stadt u.a. an die Stelle des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) die neue Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SG 914.600) in Kraft getreten. Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt (Art. 64 Abs. 1 IVöB). Die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Rekurs stehende Ausschreibung ist noch vor Inkrafttreten der IVöB eingeleitet worden, weshalb bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens das bisherige Recht anwendbar bleibt.

1.2 Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 BeschG kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält.

1.3 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Nicht berücksichtigte Anbietende sind zum Rekurs gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei dessen Gutheissung eine reelle Chance haben, den Zuschlag selbst zu erhalten oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2021.5 vom 8. April 2021 E. 1.3, VD.2019.238 vom 31. März 2020 E. 1.3.1, VD.2017.18

vom 29. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 1.3.2). Da dem Gericht keine Auswertung der eingegangenen Angebote Dritter wie auch des ausgeschlossenen Angebots der Rekurrentin vorliegt, kann eine reelle Chance der Rekurrentin auf einen Zuschlag nicht ausgeschlossen werden. Ihre Rekurslegitimation ist damit gegeben.

1.4 Im Folgenden ist gemäss § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt richtig festgestellt, das öffentliche Recht richtig angewendet, von ihrem Ermessen zulässigen Gebrauch gemacht und nicht gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (vgl. Art. 16 Abs. 2 der hier übergangsrechtlich anwendbaren alten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [aIVöB, SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 1.4).

2.

2.1 Strittig ist der vor folgendem Hintergrund erfolgte Ausschluss der Rekurrentin vom streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren:

Mit der Ausschreibung vom 16. August 2023 (act. 7, Akte 1) ordnete die Vergabestelle unter dem Titel «Frist für die Einreichung des Angebotes (Ziff. 1.4)» und «spezifische Fristen und Formvorschriften» an, «Angebote sind ausschliesslich digitalisiert unter https://www.xatena.com/prod/offer_details/103141592 zu erfassen und einzureichen. Abschliessend muss eine Angebotsquittung unterschrieben werden und unter Einhaltung der Eingabefrist bei der Beschaffungsstelle eintreffen.» Im Weiteren wurde in der Ausschreibung für die generellen Teilnahmebedingungen, die Eignungskriterien, die geforderten Nachweise auf die unter https://www.xatena.com/prod/offer_details/103141592 verfügbaren Ausschreibungsunterlagen verwiesen (Ziff. 3). Daraus folgt, dass sich die Ausschreibungsteilnehmenden auf der digitalen Beschaffungsplattform «www.xatena.com» registrieren mussten und dort die Ausschreibungsunterlagen beziehen konnten. In der Folge mussten die Anbieterinnen und Anbieter zwingend zu jeder zwingenden Eingabe eine entsprechende Eingabebestätigung tätigen. Unter dem Obertitel «Eignungskriterien» wurde unter dem Titel «Angebotseingabe» als Muss-Kriterium vorgesehen, «[d]ie elektronische Angebotseingabe wird mit einer automatisch erstellten Angebotsquittung abgeschlossen, welche ausgedruckt, unterschrieben und spätestens bis am 27.09.2023 um 16.00 Uhr in der UPK eintreffen muss. Gleichzeitig muss das Angebot auch in Papierform inkl. aller ausgefüllten Dokumenten/Beilagen abgegeben werden. Der Poststempel (Einschreiben) reicht aus. Das Angebot trägt neben der Absenderangabe gut sichtbar den Vermerk ‘Angebot Personalverleih Pflege (temporär)’ sowie den Hinweis ‘Bitte bis zur Offertöffnung verschlossen aufbewahren’». Darunter war die die Postadresse der UPK vermerkt (act. 7, Akte 3). Diese Anforderung wurde von der Rekurrentin bei ihrer Eingabe auf der elektronischen Plattform als erfüllt angeklickt. Dabei ist unbestritten, dass sie bloss die Angebotsquittung ausgedruckt, unterzeichnet und der Vergabestelle fristgerecht eingereicht hat. Ihr Angebot mit den ausgefüllten Dokumenten und Beilagen hat sie jedoch nicht ausgedruckt und in Papierform eingereicht, sondern bloss auf der Plattform «www.xatena.com» elektronisch eingereicht. Demgegenüber haben die anderen Anbietenden diese Anforderung erfüllt.

Gestützt darauf hat die Vergabestelle mit der angefochtenen Ausschlussverfügung vom 5. Oktober 2023 festgestellt, dass die Rekurrentin trotz dem Eignungskriterium, wonach das Angebot auch in Papierform mit allen ausgefüllten Dokumenten und Beilagen abgegeben werden müsse, (in Papierform) nur die unterzeichnete Angebotsquittung und die Angebotszusammenfassung eingereicht habe, was zu einer Unvollständigkeit und somit zu einem Formfehler geführt habe. Sie verwies darauf, dass einerseits Anbieterinnen und Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllten, gestützt auf § 8 Abs. 1 lt. c BeschG und andererseits Anbieterinnen und Anbieter, welche die Formerfordernisse nicht erfüllten, gestützt auf § 23 BeschG ausgeschlossen werden müssten. Entsprechend werde die Rekurrentin vom Ausschreibungsverfahren Personalverleih Pflege (temporär) ausgeschlossen.

2.2 Bezogen auf diesen Sachverhalt macht die Rekurrentin mit ihrem Rekurs geltend, dass die Nutzung von Online-Plattformen für Ausschreibungsverfahren aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung nichts Aussergewöhnliches sei. Dabei bestehe aber keine Einheitlichkeit, was ihr bewusst gewesen sei. Sie habe alle erforderlichen Unterlagen erstellt und komplett auf «www.xatena.com» hochgeladen, sodass ihr vollständiges Angebot abrufbar gewesen sei. Entsprechend der Vorgabe gemäss der Publikation im Kantonsblatt habe sie sodann eine automatische Meldung der Webseite erhalten, dass die unterzeichnete Quittung und eine automatisch generierte Zusammenfassung des Angebots der Vergabestelle innert Frist zuzustellen seien, was sie denn auch getan habe. Sie sei überzeugt gewesen, mit der erfolgten Eingabe sämtliche formellen Anforderungen an ein gültiges Angebot erfüllt zu haben und damit rechtsgültig an der Ausschreibung teilzunehmen. Nach dem Erhalt der Ausschlussverfügung habe sie erst nach längerer Suche herausgefunden, dass der verantwortliche Mitarbeiter eine von der öffentlichen Ausschreibung abweichende und bislang unentdeckte Angabe auf der Webseite unter der Rubrik «Projekt-Informationen» und dem Reiter «Eignungskriterien» wohl überlesen hatte, als er die Eignungskriterien, welche bereits geprüft worden waren, abgehakt habe.

Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin zunächst eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe sie kein unvollständiges Angebot eingereicht. Das Fehlen der Angebotsunterlagen in Hardcopy führe nicht dazu. Weiter verweist sie auf die abschliessende Aufzählung der zulässigen Eignungskriterien im Gesetz, zu denen die Formvorschriften nicht zählten. Es sei daher unzulässig, die Einreichung der Angebotsunterlagen in Hardcopy als Eignungskriterium zu qualifizieren. Schiesslich rügt sie in rechtlicher Hinsicht, dass die Vergabestelle die Ausschreibung gemäss § 21 Abs. 1 BeschG primär im Kantonsblatt sowie auf «www.simap.ch» publiziert habe. Dabei habe sie ausgeführt, dass Angebote ausschliesslich digitalisiert unter «www.xatena.com» zu erfassen und einzureichen seien. Zudem müsse die Angebotsquittung unterschrieben werden und fristgerecht eintreffen. Für die generellen Teilnahmebedingungen werde auf die Ausschreibungsunterlagen auf «www.xatena.com» verwiesen, wo sich ein Pflichtenheft und ein Onlineformular zur Erfassung der Anbieterinformationen gefunden habe. Das Pflichtenheft vom 9. August 2023 habe die Formalismen und den Ablauf des Angebotsverfahrens detailliert geregelt und vorgegeben, dass sämtliche verlangten Nachweise und Antworten auf «www.xatena.com» erfasst werden müssten (Ziffer 5 Pflichtenheft). Sämtliche von der Vergabestelle benötigten Angaben seien in vorbereitete Felder einzutragen und Dokumente hochzuladen gewesen (Ziffer 6.1 Pflichtenheft). Sie habe das vollständige Angebot innert Frist elektronisch eingereicht sowie die

originalunterzeichnete Angebotsquittung zugestellt und damit alle Formvorgaben erfüllt. Daran vermöchten auch die auf der Plattform «www.xatena.com» vorgesehenen «Eignungskriterien» nichts zu ändern. § 23 Abs. 1 BeschG hält einzig fest, dass die Angebote schriftlich, vollständig und innert Frist einzureichen seien. Den gemäss § 21 Abs. 1 BeschG veröffentlichten Vorgaben sei sie nachgekommen. Dazu stehe «www.xatena.com» im klaren Widerspruch. Die zusätzlichen Anforderungen hätten unter der Rubrik «Eignungskriterien» nichts zu suchen. Da Formvorschriften als Eignungskriterien weder Sinn machen würden noch gesetzlich abgestützt seien, dürfe ihnen keine rechtliche Wirkung zukommen. Die Rekurrentin habe aufgrund der Ausschreibung zu Recht angenommen, dass die Unterlagen und Angaben ausschliesslich auf «www.xatena.com» zu erfassen seien. Sie habe sich gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben darauf verlassen dürfen. Sie bezieht sich dabei per Analogie auf die im Recht der AGB und im Recht der Formularverträge geltende Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel. Die ausschreibende Stelle habe eine mindestens unklare, weil widersprüchliche Situation geschaffen, indem sie eingebaut in die elektronische Eingabemaske ein im Vergleich zu den Regelungen in der öffentlichen Ausschreibung und im Pflichtenheft zusätzliches Kriterium eingeführt habe. Wenn die Rekurrentin die öffentlich im Kantonsblatt publizierten Vorgaben als korrekt und ausreichend interpretierte, dürfe ihr das nicht zum Nachteil gereichen. Da der Behörde im Rahmen von § 8 Abs. 1 BeschG und den dort geregelten Ausschlusskriterien ein gewisses Ermessen zukomme, wäre es angemessen und sinnvoll und aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips geboten gewesen, ihr eine (kurze) Nachfrist anzusetzen, um die fehlenden Unterlagen in Hardcopy nachzureichen. Auch gemäss Ziffer 1.4 des Pflichtenhefts sei vorgesehen, für die Nachforderung allfällig vergessener einzelner Nachweise oder Unterschriften eine Nachfrist anzusetzen. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Rekursgegnerin diesen sich selbst auferlegten Vorgaben nicht nachgekommen sei. Schliesslich macht die Rekurrentin in diesem Zusammenhang einen überspitzten Formalismus geltend. Die Vorinstanz habe mit dem Ausschluss vom Verfahren als Folge für die ausschliesslich elektronische Einreichung des Angebots als gewählte Sanktion das entsprechende Verbot verletzt.

2.3 Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass die Rekurrentin die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten, sondern als erfüllt bestätigt habe. Im Unterschied zu den anderen Anbietenden habe sie trotz Bestätigung der entsprechenden Anforderung, wonach das Angebot sowohl auf «www.xatena.com» hochzuladen als auch in Papierform einzureichen sei, verletzt, obwohl diese Vorgaben klar verständlich und umsetzbar gewesen seien. Unter dem Titel «ich nehme folgende Angaben zum Ausschluss vom Verfahren zur Kenntnis» habe die Rekurrentin die Kenntnisnahme der Ausschlussgründe bestätigt. Diesbezüglich habe sie explizit festgehalten, dass vom Verfahren ausgeschlossen werde, wer die Offerte zu spät einreiche, wesentliche Formvorschriften verletze, namentlich unvollständig ausgefüllte oder abgeänderte Unterlagen einreiche, oder ein gesetzliches Ausschlusskriterium erfülle. Da die Erfassung auf «www.xatena.com» nur möglich gewesen sei, wenn sie vollständig gewesen sei, habe sich der Hinweis auf unvollständig ausgefüllte Unterlagen nur auf die Papierunterlagen beziehen können. In Anwendung von § 8 BeschG habe daher der Ausschluss zu erfolgen. Weiter verweist sie auf Ziffer 5.1 des Pflichtenhefts bezüglich der «Muss-Kriterien». Aufgrund der unterbliebenen Einreichung des Angebots in Papierform seien nicht sämtliche Muss-Kriterien erfüllt worden.

Weiter verweist die Vorinstanz auf ihren grossen Ermessensspielraum bei der Definition der Vorgaben für die Beschaffung. Auch bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien komme ihr ein grosses Ermessen zu. Gemäss § 22 BeschG würden die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten. Die im Kantonsblatt und auf simap publizierte Ausschreibung müsse nicht denselben Detaillierungsgrad aufweisen wie die Ausschreibungsunterlagen. Gemäss § 20 Abs. 1 der Beschaffungsverordnung (VöB, SG 914.110) müssten die Ausschreibungsunterlagen zwingend definieren, wie die Angebote einzureichen seien. Entsprechend hätten die Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Form der Angebotseinreichung unmissverständliche Vorgaben enthalten. Schon in § 23 BeschG werde vorgeschrieben, dass die Angebote schriftlich, vollständig und innert Frist einzureichen seien, ansonsten sie ausgeschlossen würden, womit die Schriftlichkeit von Gesetzes wegen vorgegeben sei. Diese Strenge liege im Prinzip der Gleichbehandlung begründet.

3.

3.1 Gemäss § 23 Abs. 1 BeschG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten. Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden vom Verfahren ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeschG). Bei der Frist für die Einreichung der Offerten handelt es sich um ein zentrales formelles Erfordernis, dessen Nichteinhaltung als schwerer Formfehler zum Ausschluss vom Verfahren führt (vgl. VGE VD.2021.156 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3 mit Hinweis auf BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4; VGE ZH VB.2020.00339 vom 9. Juli 2020 E. 3.2; FRIEDLI in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 37 N 7; jeweils mit Hinweisen). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags soll schreiten können (BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1, 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3; VGE VD.2023.96 vom 21. November 2023 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter und bezüglich des Gebots der Transparenz problematisch. Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3). Diesbezüglich gelten im Vergaberecht strenge Voraussetzungen (BGE 125 I 166 E. 3a S. 170; VGE VD.2023.96 vom 21. November 2023 E. 3.3, VD.2023.19 vom 14. August 2023 E. 2.2, VD.2021.156 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3, VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3).

3.2

3.2.1 Wie die Rekurrentin zutreffend geltend macht, liegt in der streitgegenständlichen Ausschreibung bezüglich der Form der Einreichung der Angebote ein Widerspruch zwischen der publizierten Ausschreibung vom 16. August 2023 und den Ausschreibungsunterlagen vor. Während einerseits in der Ausschreibung selber in Ziffer 1.4 vorgesehen worden ist, dass die Angebote «ausschliesslich digitalisiert» auf der Plattform «www.xatena.com» zu erfassen und einzugeben seien und abschliessend bloss die unterzeichnete Angebotsquittung unterschrieben und per Post einzureichen sei, wurde andererseits in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel «Eignungskriterien» neben anderen Formalien des Ausschreibungsverfahrens

auch die Angebotseingabe weiter umschrieben und darin ergänzend verlangt, dass das Angebot gleichzeitig auch in Papierform inkl. aller ausgefüllten Dokumente/Beilagen abgegeben werden müsse. Formerfordernisse zur Einreichung von Angeboten sind grundsätzlich schon mit der publizierten Ausschreibung selber festzusetzen (vgl. auch Art. 35 IVöB; KUONEN, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 35 N 35 ff). Sie sind in den Ausschreibungsunterlagen nur zu regeln, soweit dies nicht schon in der Ausschreibung selber erfolgt ist (vgl. Art. 36 lit. c IVöB; KUONEN, a.a.O., Art. 36 N 7). Die vorerwähnte Erweiterung der verlangten Eingabe steht im Widerspruch zum Erfordernis, dass die Angebote von der Angebotsquittung abgesehen «ausschliesslich digitalisiert» abgegeben werden müssten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erfüllt diese Anforderung im Übrigen auch das gesetzliche Erfordernis der schriftlichen Einreichung der Angebote. Die unterzeichnete Angebotsquittung enthielt einen QR-Code, welcher offensichtlich die Eingabe auf der Plattform enthält. Damit wurde es entsprechend der Rahmenbedingung der Ausschreibung in einer schriftlichen Form mit Unterschrift der sich verpflichtenden Rekurrentin eingereicht (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR, SR 220]). Daraus folgt, dass die Vorinstanz die Rekurrentin zu Unrecht gestützt auf Art. 23 Abs. 2 BeschG aufgrund eines unvollständigen oder verspätet eingetroffenen Angebots von der Ausschreibung ausgeschlossen hat.

3.2.2 Zudem ist mit der Rekurrentin festzustellen, dass die erweiterten Anforderungen an die Angebotseingabe unter dem Titel der Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen an ungewöhnlicher Stelle erfolgt sind. Die Regelung der Form der Angebotseingabe bezieht sich nicht auf ein Eignungskriterium. Mit Eignungskriterien wird der Nachweis der fachlichen Qualifikation und der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit verlangt (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Form der Einreichung ist kein Kriterium, mit dem die Leistungsfähigkeit in objektiver und überprüfbarer Weise geprüft werden könnte. Der Vergabestelle kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien zwar ein grosses Ermessen zu (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 588, 628; VGE VD.2023.96 vom 21. November 2023 E. 3.5.6, VD.2017.63 vom 4. Dezember 2017 E. 2.5.). Sie muss sich dabei aber im gesetzlichen Rahmen bewegen. Dieser Rahmen wird mit der Einführung von Kriterien, die zur Prüfung der Leistungsfähigkeit offensichtlich ungeeigneten sind, überschritten. Daraus folgt, dass sich die Vorinstanz für den Ausschluss der Rekurrentin zu Unrecht auch auf § 8 Abs. 1 lit. c BeschG bezogen hat. Da es sich um ein gänzlich ungeeignetes und vor dem Hintergrund der publizierten Ausschreibung überraschendes Eignungskriterium handelt, schadet es dabei auch nicht, dass die Rekurrentin diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen selber nicht sofort angefochten hat.

3.3 Selbst wenn man aber mit der Vorinstanz gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen für eine vollständige Eingabe neben dem rechtzeitig eingereichten Angebot auf «www.xatena.com» und der unterzeichneten Angebotsquittung auch noch die fristgerechte Einreichung des Angebots in Papierform voraussetzen wollte, erschiene der Ausschluss vorliegend als überspitzter Formalismus.

3.3.1 Das aus Art. 29 der Bundesverfassung (BV, SR, 101) abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus bezieht sich auf eine besondere Form der Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt

wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (vgl. BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9; BGer 2C_515/2022 vom 12. September 2023 E. 3.5.3.1). Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird (vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar, 4. Auflage, 2023, Art. 29 BV N 39; BGE 145 I 201 E. 4.2.1). Ansonsten sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten (VGE VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 5.3.4.3). Bei eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen kann jedoch wiederum keine Anbieterin gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden. Eindeutige Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen bedeuten, dass sowohl die Teilnahmebedingung klar als auch der Ausschluss des Angebots bei Nichteinhaltung dieser Bedingungen angedroht ist (VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.2.1 mit Hinweis auf OECHSLIN/LOCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 30 N 9).

Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus kann sich indes eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a, mit Hinweisen; BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007 E. 3.2, mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang den Offertstellern bei unvollständigen Angeboten, die an sich einen Verfahrensausschluss rechtfertigen würden, die Möglichkeit einzuräumen ist, die fehlenden Unterlagen nachzureichen (vgl. LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff. Rz. 10; VGE VD.2023.96 vom 21. November 2023 E. 3.3).

3.3.2 Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Die Vergabebehörden haben bei ihrem Entscheid das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 BV), das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV), aber auch das gerade im Vergabewesen zentrale Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) zu beachten (VGE VD:2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2 mit Hinweis auf KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2; BGer 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4; VGE LU V 11 1 vom 16. Februar 2011 E. 3a; LOCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 44 N 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 433 ff., insbesondere Rz. 468-472). Ein schwerer Verstoss liegt mithin vor, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten lässt (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 S. 182). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Insofern ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab gerechtfertigt (VGE VD:2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2 mit Hinweis auf VGE ZH VB.2019.00464 vom 6. Februar 2020 E. 4.3.1; KGer LU 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.4.2; jeweils mit Hinweisen). Wie erwähnt, kann bei

eindeutigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Anbieterin gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus einen Anspruch darauf ableiten, trotz erwiesener Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden (VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2). Demgegenüber rechtfertigen geringfügige oder im Ergebnis unbedeutende Mängel der Offerte und Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten, keinen Ausschluss (VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2 mit Hinweis auf VGE ZH VB.2019.00464 vom 6. Februar 2020 E. 4.3.1; LOCHER, a.a.O., Art. 44 N 6). Nebst den genannten «zwingenden» und «verbotenen» Ausschlussgründen gibt es schliesslich «fakultative» Ausschlussgründe. Bei solchen weniger schweren Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung im BeschG steht den Vergabeinstanzen betreffend den Ausschluss Anbietender vom Vergabeverfahren ein Ermessen zu (vgl. VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 5.3.4.3).

3.3.3 Vorliegend hat die Rekurrentin innert der gesetzten Frist ihr Angebot mit den zugehörigen Unterlagen auf der von der Vergabestelle für die Erfassung des Angebots und der zugehörigen Unterlagen vorgeschriebenen Plattform «www.xatena.com» erfasst und eine unterzeichnete Angebotsquittung mit einem Verweis mittels QR-Code auf diese Erfassung eingereicht. Es war der Vergabestelle damit entsprechend dem Zweck der Frist und Formvorschrift möglich, nach Ablauf der Eingabefrist anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags zu schreiten (vgl. oben E. 3.1). Aufgrund der unterzeichneten Angebotsquittung lag innert Frist auch eine unterschriftliche Legitimierung des Angebots und seiner Verbindlichkeit in der qualifizierten Form der Schriftlichkeit vor. Weiter wird auch die Gleichbehandlung der Anbietenden nicht tangiert, hat die Rekurrentin doch wie alle anderen Anbieterinnen innert der gleichen Frist sämtliche Angaben und Unterlagen zu ihrem Angebot geliefert. Der Mangel der unterbliebenen Einreichung eines schriftlichen Ausdrucks des auf «www.xatena.com» erfassten Angebots entspräche daher einem geringfügigen und im Ergebnis unbedeutenden Mangel. Der gestützt darauf ausgesprochene Ausschluss vom Verfahren erscheint überspitzt formalistisch und mithin unverhältnismässig. Dies gilt umso mehr, als die Vergabestelle zur Bereinigung des gerügten Mangels durch den Ausdruck der vorhandenen Unterlagen selber Hand bieten kann und aufgrund der gesamten Umstände aufgrund der widersprüchlichen Anforderungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen sogar Hand bieten muss (vgl. BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, mit Hinweisen; VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 2.3.2.2). Sie hat denn auch im vorliegenden Verfahren einen Ausdruck in Papierform der auf «www.xatena.com» hochgeladenen Angebotseingaben der Rekurrentin eingereicht (vgl. act. 7, Akte 4).

Indem die Rekurrentin innert der gesetzten Frist sämtliche Angaben und Unterlagen zu ihrer Eingabe hinterlegt und eine im Rahmen der digitalen Erfassung generierte Angebotsquittung unterzeichnet hat, unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von jenen vom Verwaltungsgericht beurteilten Fällen, bei denen die Offerenten und Offerentinnen auf elektronischem Weg innert Frist ein unvollständiges, wesentliche Mängel aufweisendes Angebot oder aber kein unterzeichnetes Angebot eingereicht haben (vgl. VGE VD.2023.96 vom 21. November 2023 E. 3.5, VD.2023.19 vom 14. August 2023 E. 2.4).

3.4 Daraus folgt, dass die angefochtene Ausschlussverfügung aufgehoben wird. Da entsprechend dem Hauptstandpunkt des Gerichts aufgrund der

widersprüchlichen Angaben in der Ausschreibung selber und in den Ausschreibungsunterlagen die Einreichung des Angebots in Papierform nicht verlangt werden kann, müsste ihr hierfür keine Nachfrist angesetzt werden. Da die Rekurrentin aber selber die Ansetzung einer solchen (kurzen) Nachfrist für das Einreichen der physischen Angebotsunterlagen verlangt, und das Gericht nicht über ihren Antrag hinausgehen kann, ist ihr von den UPK ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils – welche nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder im Falle einer Beschwerde mit dem Entscheid des Bundesgerichts eintritt – schriftlich eine entsprechende Frist von 10 Tagen anzusetzen.

4.
Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren zu erheben und ist die UPK zu verpflichten, der Rekurrentin eine Parteientschädigung auszurichten. Die Rekurrentin hat darauf verzichtet, dem Gericht eine Honorarnote ihres Vertreters einzureichen. Der gemäss § 15 des Honorarreglements (HoR, SG 291.400) massgebende Aufwand ist daher vom Gericht nach eigenem Ermessen zu schätzen (vgl. auch Art. 105 Abs. 2 der Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Für die Rekursbegründung und die Replik erscheint insgesamt ein Aufwand von 16 Stunden zum anrechenbaren Überwälzungstarif von CHF 250.– angemessen. Hinzu kommen die Auslagenpauschale gemäss § 23 Abs. 1 HoR von 3 % auf das Honorar von CHF 4'000.–. Dies ergibt einen Betrag von CHF 4'120.–. Darauf wird die jeweils gültige MWST von 7,7 % bis Ende 2023 und von 8,1 % ab dem 1. Januar 2024 erhoben. Es wird vorliegend angenommen, dass zwei Drittel des Aufwands im Jahr 2023 und ein Drittel im Jahr 2024 angefallen sind. Dies ergibt eine MWST von insgesamt CHF 322.75 (7,7 % auf CHF 2'746.65 und 8,1 % auf CHF 1'373.35).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: In Gutheissung des Rekurses wird die Ausschlussverfügung vom 5. Oktober 2023 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die UPK zurückgewiesen.

Für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

Die UPK haben der Rekurrentin für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'120.–, einschliesslich Auslagen und zuzüglich MWST von CHF 322.75 (7,7 % auf CHF 2'746.65 und 8,1 % auf CHF 1'373.35), zu bezahlen.

Mitteilung an:
- Rekurrentin
- Universitäre Psychiatrische Kliniken

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Nicola Inglese

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.