«Musskriterien»: Muss ich – oder doch nicht?

Nach dem BGer kann eine Abweichung von technischen Spezifikationen dann als von nur geringfügiger Natur betrachtet werden, wenn die offerierten Leistungen trotz der Abweichung als technisch gleichwertig zu beurteilen sind. Damit wird nach der hier vertretenen Auffassung der Begriff der Variante infrage gestellt.

Selon le Tribunal fédéral, une différence par rapport aux spécifications techniques peut être considérée comme étant de nature mineure si les services offerts peuvent être considérés comme techniquement équivalents malgré cette différence. Selon le point de vue adopté ici, cela remet en question la notion de variante.

BGer 2C_698/2019 (24.4.2020)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Frei-

Der Fall

- (179) 1. Die öffentliche Auftraggeberin, eine Flughafenbetreiberin, hatte die Lieferung mehrerer Kehrblasgeräte zur Schneeräumung ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen fand sich ein Anforderungskatalog, der einen mit «Technik» betitelten Abschnitt enthielt. Hierin waren insgesamt 75 Positionen (z.T. mit Unterpositionen) aufgeführt. Die Unterlagen präzisierten dazu, dass die «Musskriterien» gemäss Anforderungskatalog zu erfüllen seien. Zugleich legte der Anforderungskatalog fest, bei welchen Positionen es sich um solche «Musskriterien» handelte – dies geschah dadurch, dass jeweils ein expliziter Vermerk vorzufinden war, wenn eine bestimmte Position ein «Musskriterium» darstellte.
- 2. Eine in dieser Art spezifisch als «Musskriterium» bezeichnete Position war die Nummer 65. Unter dem Titel «Detail» stand in dieser Position, dass das zu offerierende Kehrblasgerät Blasdüsen aufweisen müsse. Es folgte, unter dem Titel «Bezeichnung», die Aufzählung «Heckblasdüsen», «Seitenblasdüsen vor dem Besen», «Wirkung über die gesamte Besenräumbreite» und «Luftumleit- bzw. Abblasklappe für rasche Leerförderung». Schliesslich wurde unter dem Titel «Vorgaben» festgehalten, dass die Anbieterin die offerierte Ausführung und deren Funktionsweise zu beschreiben hatte.
- 3. Die Vergabestelle erteilte den Zuschlag auf ein Angebot, in dem die «Seitenblasdüsen vor dem Besen» (gemäss Anforderung Nr. 65) nicht (bzw. lediglich als einige Zeit nach dem vorgesehenen Vertragsschluss realisierbare Option) vorgesehen waren. Sie hatte ein entsprechendes Vorführfahrzeug (ohne Seitenblasdüsen) vor dem Zuschlag getestet (ein solcher Test war in der Ausschreibung angekündigt worden) und war dabei zur Auffassung gelangt, dessen Kehrleistung bzw. «Räumqualität» sei unabhängig von der Absenz von Seitenblasdüsen als «sehr gut» einzustufen.
- 4. Eine Konkurrentin focht diesen Zuschlag an und verlangte dessen Aufhebung. Sie trug vor, die Offerte der Zuschlagsempfängerin sei wegen Missachtung zwingender Ausschreibungsvorgaben vom Verfahren auszuschliessen.

- 5. Das als erste Beschwerdeinstanz mit der Streitsache befasste VGer ZH wies diese Rüge ab (Urteil VB.2019.00334, 25.7.2019). Dabei stützte es sich im Wesentlichen auf die folgenden Erwägungen.
- a. Erstens sei zwischen Eignungskriterien und «Musskriterien» (gemeint sind: technische Spezifikationen bzw. Produktanforderungen der Ausschreibung) zu unterscheiden, und es sei zu beachten, dass die Nichteinhaltung von «Musskriterien» (im Unterschied zu jener von Eignungskriterien) lediglich unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus zum Ausschluss führen dürfe.
- b. Zweitens stellte das Gericht fest, dass die als «Musskriterium» einzustufende Anforderung Nr. 65 u.a. Seitenblasdüsen zum Gegenstand hatte und dass die Zuschlagsempfängerin solche jedenfalls in ihrem Grundangebot nicht offeriert hatte. Ebenso stellte es fest, dass die Vergabestelle zur Überzeugung gelangt war, dass das durch die Zuschlagsempfängerin offerierte Gerät auch ohne Seitenblasdüsen eine «sehr gute» Leistung erbringe. Weil sich die Vergabestelle dabei auf einen Praxistest stützen konnte, nahm das Gericht an, dass diese Überzeugung verlässlich war.
- c. Drittens erwog das Gericht, dass die Ausschreibungsbestimmungen der Position Nr. 65 und den darin aufgeführten Seitenblasdüsen «keine besondere Bedeutung bei [gemessen]»
- d. Viertens stellte es fest, dass sich am streitbetroffenen Vergabeverfahren nur drei Anbieterinnen (mit insgesamt vier Offerten) beteiligt hatten. Unter diesen Umständen (und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die drittplatzierte Beschwerdeführerin auch den Ausschluss der zweitplatzierten Anbieterin forderte, weil ihrer Ansicht nach auch diese keine Seitenblasdüsen offeriert hatte) ging das Gericht davon aus, dass ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und der zweitplatzierten Anbieterin als übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zu taxieren wäre: «Unter diesen Umständen durfte das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher gewichtet werden als ein formales Festhalten am strittigen Musskriterium gemäss dem Anforderungskatalog.»
- e. Im Ergebnis «durfte» die Vergabestelle nach dem VGer ZH «auf die Anforderung verzichte[n]». Damit war die Offerte der Zuschlagsempfängerin nicht auszuschliessen.

Die Beschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten worden war.

6. Die Beschwerdeführerin zog den Streit an das BGer und vertrat dabei weiterhin die Auffassung, die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen gehört.

Der Entscheid

- 1. Das BGer tritt auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (mangels Erfüllung der Voraussetzung von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG) nicht ein und weist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab.
- **2.** In Bezug auf die vorinstanzliche Unterscheidung zwischen Eignungskriterien und technischen Spezifikationen bzw. Produktanforderungen (welche das VGer ZH «Musskriterien» nennt) trifft das BGer mehrere Feststellungen.
- **a.** Zunächst bestätigt es seine Rechtsprechung (vgl. insb. BGE 145 II 249 E. 3.3), wonach «Anforderungen an ein Produkt als Eignungskriterien ausgestaltet werden können», was dazu führt, dass es «sich bei den Produktanforderungen um absolute Kriterien [handelt], deren Nichterfüllung zum Ausschluss eines Angebots führen».
- b. Sodann präzisiert es: «Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt indes dann nicht zum Ausschluss, wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten nicht mehr gewährleisten liesse. Ein Ausschluss wäre hingegen unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist».
- **3.** Weiter verweist das BGer auf seine Rechtsprechung zum Thema der Auslegung von Ausschreibungsvorgaben.
- a. «Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Kriterien sind bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig. Auszulegen und anzuwenden sind die Kriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an.»
- b. «Jedoch verfügt die Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsbereich, in den die Beschwerdeinstanzen im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle unter dem Titel der Auslegung nicht eingreifen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken.»

- **4.** Im Kern des Urteils widmet sich das BGer der Rüge der Beschwerdeführerin, die Offerte der Zuschlagsempfängerin übergehe eine zwingende technische Spezifikation und hätte daher aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen.
- **a.** Das Gericht erinnert zunächst an seine Auffassung, wonach die «Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen [...] bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig [sind]».
- **b.** Die bundesgerichtliche Analyse des konkreten Falls kommt zum Schluss, dass die streitbetroffenen Ausschreibungsunterlagen in der Position Nr. 65 unklar formuliert (und daher «auslegungsbedürftig») gewesen seien und dass die Vorinstanz in willkürfreier Auslegung bzw. Anwendung «der von ihr selbst unklar formulierten Kriterien» davon ausgehen konnte, dass die Unterlagen die Seitenblasdüsen nicht zwingend verlangten (bzw. dass diese Düsen im Sinn der Unterlagen kein «Eignungskriterium» seien).
- c. Dabei stützt sich das BGer auf die folgenden Punkte:
- aa. Darauf, dass die Vorinstanz eine Auslegung eines unklaren Textes vorgenommen habe, deute der Umstand hin, dass die Vorinstanz «zur Auffassung gelangt» war, «dass die Angebotsbestimmungen der Position 65 und den darin aufgeführten Seitenblasdüsen keine besondere Bedeutung beimässen».
- bb. Der Anforderungskatalog habe eine Vielzahl von Positionen (z.T. mit jeweiligen Unterpositionen) enthalten, und er habe nicht klargestellt, welche Unterpositionen der Position 65 als zwingend zu verstehen seien, sodass die Vergabestelle den Punkt betreffend Seitenblasdüsen (und zudem auch jenen betreffend Luftumleit- und Abblasklappe) ohne Willkür als nicht zwingend habe verstehen können. «Aus dem Anforderungskatalog ergibt sich nicht eindeutig, worauf sich die (Muss)-Anforderung im Rahmen der Position 65 bezieht. Folglich ist nicht zweifelsfrei ersichtlich, dass es sich bei den in Position 65 aufgeführten Anforderungen, um Produktanforderungen im Sinne von Eignungskriterien handelt, deren Nichterfüllung zum Ausschluss eines Angebots führen muss. Im Ergebnis ist es daher nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz zur Auffassung gelangt, dass es sich bei den vorliegend umstrittenen (Seitenblasdüsen vor dem Besen) und (Luftumleit- bzw. Abblasklappe für rasche Leerförderung) nicht um Eignungskriterien handelt. Eine Auslegung der Position 65 des Anforderungskatalogs schliesst eine solche Auffassung nicht gänzlich aus.»
- **cc.** Dem fügt das BGer an, dass die Vergabestelle im Rahmen der Anwendung der eigenen Ausschreibungsanforderungen über einen erheblichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum verfügt.
- 5. Im Sinn einer Eventualbegründung führt das BGer aus, dass selbst dann, wenn entgegen seinen Schlüssen (vorne 4) von einer zwingenden Anforderung auszugehen wäre, der (in diesem Fall anzunehmende) Mangel der zuschlagsgegenständlichen Offerte jedenfalls derart geringfügig gewesen wäre, dass ein Ausschluss als überspitzt formalistisch und damit als unzulässig hätte qualifiziert werden müssen.

- a. «Erfüllt ein Angebot eine Anforderung eines 89 Positionen umfassenden Anforderungskatalogs nicht, darf die Vorinstanz in vertretbarer Weise geltend machen, es handle sich bei einer Unterposition der Position 65 um keine zentrale Anforderung, die einen Ausschluss rechtfertigen würde.»
- b. «Dieses Verständnis drängt sich insbesondere deswegen auf, da sämtlichen Anbieterinnen bewusst gewesen ist, dass die offerierten Kehrblasgeräte vor dem Vergabeentscheid einem Praxistest unterzogen werden. Der Umstand, dass die Technik massgeblich im Rahmen dieses Tests beurteilt worden ist, und sich beim Fahrzeug der Zuschlagsempfängerin eine gute Räumqualität ergeben hat, zeigt die Geringfügigkeit dieses allfälligen Mangels auf.»
- c. «Das Verbot des überspitzten Formalismus soll letztlich auch dazu dienen, technisch andere, aber dennoch taugliche Lösungsansätze vor einer prozessualen Formstrenge zu bewahren und dem Vergabeverfahren zugänglich zu machen».

Anmerkungen

- 1. Das BGer scheint zwar dem VGer ZH zu widersprechen, was die Unterscheidung von technischen Spezifikationen («Musskriterien») und Eignungskriterien betrifft. Das BGer stellt klar, dass auch für den Ausschluss wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien das Verbot des überspitzten Formalismus gilt. Indessen ist es sowohl in terminologischer als auch in materieller Hinsicht als unglücklich zu bezeichnen, dass das BGer von technischen Spezifikationen bzw. «Anforderungen» spricht, welche zu «Eignungskriterien» gemacht bzw. als zwingend ausgestaltet werden könnten.
- a. Zum einen werden Spezifikationen nicht aufgrund ihres zwingenden Charakters zu «Eignungskriterien», sondern bleiben Spezifikationen.
- b. Zum anderen sind Spezifikationen des Auftrags grundsätzlich als zwingend zu verstehen, sofern sich nicht durch richtige Auslegung der Ausschreibung etwas anderes ergibt. Es geht insoweit nicht darum, dass die Vergabestelle berechtigt wäre, Spezifikationen für zwingend zu erklären, sondern darum, dass die Vergabestelle berechtigt ist, auch nicht zwingende Spezifikationen bekannt zu geben (deren Erfüllung ggfs. unter den Zuschlagskriterien bewertet wird). Der Umstand, dass im vorliegenden Fall die Vergabestelle ihre Wahl dadurch zum Ausdruck brachte, dass sie die als zwingend zu verstehenden Spezifikationen bezeichnete (woraus sich auch die fakultativen Spezifikationen ableiten liessen), ändert am Gesagten nichts. Spezifikationen sind grundsätzlich zwingend, sofern nicht die Vergabestelle, von ihrem Recht Gebrauch machend, etwas anderes anordnet.
- 2. Weder das Urteil der Vorinstanz noch dasjenige des BGer zitieren die streitbetroffene Position Nr. 65 integral. Das ist insbesondere deswegen zu bedauern, weil keines dieser Urteile deutlich macht, in welcher Weise (bzw. durch welche

- Formulierung in welchem präzisen Kontext) die Nr. 65 zum «Musskriterium» erklärt wurde (dass das aber zutraf, davon zeugt der Fall an sich sowie die E. 4.4.3 des vorinstanzlichen Urteils VGer ZH VB.2019.00334, 25.7.2019).
- a. Immerhin ist (nach dem nun rechtskräftigen Urteil der Vorinstanz, E. 4.1) das Folgende klar: «Der Anforderungskatalog umfasst im Abschnitt (Technik) 75 Positionen und im Abschnitt (Serviceorganisation) deren 14, insgesamt also 89 Positionen. Dabei ist jeweils vermerkt, wenn es sich um eine <Muss>-Anforderung handelt. Total sind in diesem Sinn 51 Positionen des Anforderungskatalogs als Musskriterien markiert, wobei die einzelnen Positionen in der Regel zusätzlich mehrere Anforderungen enthalten» (im Original nicht hervorgehoben).
- b. Diese Ausführungen lassen darauf schliessen, dass die Kennzeichnung «Musskriterium» sich jeweils auf Positionen (und nicht auf Unterpositionen) bezog. Bei solcher Vorgehensweise, bei der in Bezug auf jede einzelne betroffene Position «jeweils vermerkt» wird, dass diese als «Musskriterium» zu betrachten sei, ist grundsätzlich zu erwarten, dass sich aus dem Text einer Unterposition deutlich ergibt, dass diese trotz der Einordnung der Position als fakultativ (bzw. als lediglich erwünscht und nicht als gefordert) zu betrachten ist, falls eine solche Unterposition von der generellen Einordnung der Position ausgenommen werden soll.
- c. Es ist demgegenüber nicht annehmbar, dass die Einordnung der Position als solche dazu führen soll, dass manche Unterpositionen dieser Einordnung doch nicht folgen, selbst wenn sich aus dem Text der Unterposition (und auch aus den Umständen) keine entsprechenden Hinweise ergeben, denn das stände im Widerspruch zur Einordnung der Position und einem weit geteilten Verständnis der aus Position und Unterposition gebildeten hierarchischen Struktur. Es ist fraglich, ob eine solche Auslegung als willkürfrei bezeichnet werden kann. Allein aus dem Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen keine ausdrückliche Äusserung dahin gehend enthielten, dass bei Einordnung einer Position als «Musskriterium» sämtliche Unterpositionen als mitgemeint zu betrachten seien (sofern nicht ausdrücklich anders vermerkt), kann nicht geschlossen werden, dass es vertretbar wäre, ohne Hinweise im Text einer Unterposition oder in den Umständen diese von der Einordnung der gesamten Position auszunehmen.
- d. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Einordnung einer Position als «Musskriterium» in casu entweder einen einzigen Punkt (Position ohne Unterpositionen bzw. mit nur einer Unterposition) oder eine Sammlung von Punkten (Position mit mehreren Unterpositionen) betreffen konnte. Bei der zweiten Gattung, um die es in casu ging, bedeutete die Einordnung der Position zunächst nichts, weil die Position aus mehreren Unterpositionen (und nicht aus einer Haupt- und aus Nebenpositionen) bestand. Nur der (naheliegende) Bezug der Einordnung auf die Gesamtheit der Unterpositionen (sofern dort nicht anders angeordnet) kann die Einordnung sinnhaft werden lassen. Auch dies spricht gegen die Vertretbarkeit der Auslegung, wonach diese Art der Ein-

ordnung einer Position nur zur teilweisen Einordnung der Unterpositionen führt, selbst wenn keine diese Annahme stützenden Hinweise vorliegen.

- e. Dazu kommt, dass es m.E. auch im Rahmen einer Willkürprüfung als ausgeschlossen erscheint, davon auszugehen, dass die zwei Unterpositionen «Seitenblasdüsen vor dem Besen» und «Luftumleit- bzw. Abblasklappe» der Position 65 trotz der Zuordnung dieser Position zu den «Musskriterien» nicht zwingend bzw. kein «Musskriterium» seien. Denn das führt dazu, dass von drei eigenständigen technischen Vorgaben der Position 65 lediglich die Unterposition «Heckblasdüsen» als zwingend betrachtet wird (der Unterposition mit dem Titel «Detail» kommt keine selbständige Bedeutung zu, weil sie nur auf die im Folgenden detaillierten Blasdüsen Bezug nimmt; Ähnliches gilt für die Unterposition «Wirkung über die gesamte Besenräumbreite», die sich auf die Unterposition «Seitenblasdüse vor dem Besen» bezieht; die Unterposition mit dem Titel «Vorgaben» betrifft die Offertstellung und nicht das zu offerierende Gerät). Ohne weitere Hinweise – solche weist das rapportierte Urteil nicht aus – ist nicht davon auszugehen, dass nur gerade eine von drei technischen Vorgaben einer als «Musskriterium» bezeichneten Position zwingend ist.
- 3. Das vorinstanzliche Urteil (VGer ZH VB.2019.00334, 25.7.2019) lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die Vorinstanz die Anforderung Nr. 65 integral als «Musskriterium» eingestuft hat und dass sie diese Anforderung nicht dahin ausgelegt hat, dass die streitbetroffenen Unterpositionen gar nicht als zwingend zu verstehen gewesen wären. Die Vorinstanz spricht explizit von einem Verzicht auf «eine der zahlreichen technischen Anforderungen» (E. 4.4.2) und davon, dass sich ein «formales Festhalten am strittigen Musskriterium» in casu nicht rechtfertige (E. 4.4.3). Von einer Unklarheit ist im vorinstanzlichen Urteil weder direkt noch indirekt die Rede.
- a. Aus dieser Perspektive erscheinen die bundesgerichtlichen Erwägungen zur Auslegung, welche die Vorinstanz vollzogen habe, nicht als Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, sondern als Motivsubstitution. Diese ist meiner Ansicht nach nicht gelungen, weil die angenommene (und als willkürfrei eingestufte) Auslegung, die beiden Unterpositionen betreffend Seitenblasdüsen und Luftumleit- bzw. Abblasklappe dürften als nicht zwingend verstanden werden, weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in den (in den Urteilen festgehaltenen) Fallumständen eine Stütze zu finden vermag (vgl. vorne 2).
- b. Die schiere Anzahl an Positionen und Unterpositionen, möge sie gross oder klein sein, ist entgegen dem BGer kein tauglicher Massstab, wenn es um die Frage geht, ob eine einzelne Unterposition insgesamt von grösserer oder geringerer Bedeutung ist. Aus dieser Anzahl ergibt sich insoweit nichts Schlüssiges. Das gilt erst recht bei Berücksichtigung des Umstands, dass die Vergabestelle spezifisch die streitbetroffene Position Nr. 65 (sowie weitere einzelne Positionen) als «Musskriterium» bezeichnet hatte, nicht etwa global alle An-

forderungen bzw. Positionen. Auch deshalb kommt es auf die Anzahl nicht an.

- **c.** Die Annahme, aus dem Anforderungskatalog ergebe sich «nicht eindeutig, worauf [d.h. auf welche Unterpositionen] sich die «Muss»-Anforderung im Rahmen der Position 65 bezieht» (rapportiertes Urteil, E. 5.2.2), ist nicht überzeugend.
- **aa.** Zwar enthielten die Ausschreibungsunterlagen offenbar keinen ausdrücklichen Hinweis zur Frage, ob bei Einordnung einer Position als «Musskriterium» sämtliche oder nicht sämtliche Unterpositionen dieser Position als «Musskriterium» gelten würden.
- bb. Das führt aber nicht dazu, dass eine Unklarheit bestände. Vielmehr ist die Einordnung einer Position in einem solchen Fall ohne Weiteres schlüssig als Einordnung sämtlicher Unterpositionen zu verstehen - dieses Verständnis entspricht der nahezu ausnahmslos durch eine solche Bildung von Positionen und Unterpositionen angestrebten Wirkung. Wenn die Vergabestelle sich die Mühe nimmt, unter 89 Positionen jene einzeln zu bezeichnen, die sie als zwingend erachtet (wodurch implizit auch die bloss erwünschten Positionen bezeichnet werden), ist nicht davon auszugehen, dass sie sich dabei zugleich die Mühe sparen will, in jenen als «Musskriterien» bezeichneten Positionen, die mehrere eigenständige Unterpositionen aufweisen, Hinweise zu hinterlassen, wenn sie eine solche Unterposition entgegen der Einordnung der betreffenden Position nur als fakultativ betrachten möchte.
- d. Im Übrigen steht die Vergabestelle freilich im Genuss eines Ermessensspielraums, wenn sie Ausschreibungsanforderungen nach richtiger Auslegung auf einen bestimmten Einzelfall (Anbieterin oder Offerte) anwendet. Daraus folgt aber nicht, dass die Vergabestelle in Bezug auf die Auslegung ihrer Anforderungen über Ermessen verfügte. Hierbei geht es um Tat- und Rechtsfragen. Ob die Vergabestelle dabei eine Unklarheit geschaffen hat oder nicht, spielt keine Rolle. Entscheidend ist, dass die Frage, ob eine bestimmte Vorgabe als zwingend zu betrachten ist, allein den Bereich der Auslegung und nicht jenen der nachgelagerten Anwendung der Anforderung betrifft.
- **4.** Die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Einstufung des Schweregrads einer Abweichung von den technischen (oder sonstigen) Spezifikationen lassen aufhorchen.
- a. Das Argument, wenn lediglich eine Unterposition eines Katalogs von 89 (z.T. mehrere Unterpositionen enthaltenden) Positionen nicht beachtet werde, könne in vertretbarer Weise davon ausgegangen werden, dass diese Unterposition keine «zentrale Anforderung» (rapportiertes Urteil, E. 5.3) darstelle, verfängt nicht. Zum einen lässt sich, wie bereits ausgeführt, aus der Anzahl an Positionen und Unterpositionen nichts Schlüssiges bezüglich der Frage entnehmen, ob eine bestimmte Unterposition wichtig ist oder nicht. Abgesehen davon ist nicht all jenes unbedeutend, was die Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich als besonders bedeutsam hervorheben. Zum anderen sind unter lauter

«Musskriterien» nicht von vornherein nur jene als zwingend zu betrachten, die «zentrale Anforderungen» darstellen. «Musskriterien» sind grundsätzlich als zwingend zu verste-

- b. Im Weiteren liegt im Umstand, dass die Vergabestelle einen Praxistest der offerierten Geräte angekündigt und sodann auch durchgeführt hatte, wobei sich das von den Ausschreibungsvorgaben abweichende Gerät der Zuschlagsempfängerin nach der Überzeugung der Vergabestelle bezüglich seiner Leistung als mindestens gleichwertig erwiesen hatte, kein Argument dafür, dass die Abweichung als geringfügig einzustufen gewesen wäre.
- aa. Wenn erst der Praxistest der Vergabestelle hinreichende Gewissheit über die Gleichwertigkeit der alternativen Lösung liefern kann, so lässt dies nicht auf eine bloss geringfügige Abweichung schliessen (einer solchen wäre viel eher zu unterstellen, dass sie und ihre konkreten Auswirkungen schon aufgrund der Offerte selbst und ohne besonderen Aufwand beurteilt werden können) – ganz im Gegenteil.
- bb. Das BGer übersieht mit seiner Argumentationsweise, dass die blosse Feststellung der Gleichwertigkeit einer von der Ausschreibung abweichenden Offerte (im Vergleich mit einer die Ausschreibungslösung übernehmenden Offerte)

keine verlässliche Aussage darüber zulässt, ob die betreffende Abweichung lediglich geringfügig ist. Es eignet (zulässigen) Varianten, trotz Abweichung von den Ausschreibungsvorgaben betreffend die Spezifikation der Leistungen eine technisch (mindestens) gleichwertige Lösung vorzusehen (ob dem so ist, wird ggfs. durch die Vergabestelle abgeklärt). Wenn solche Gleichwertigkeit in jedem Fall von Abweichungen zur Annahme führen würde, dass die Abweichung (im Ergebnis) derart geringfügig sei, dass das Verbot des überspitzten Formalismus einen Ausschluss verbiete, wären zulässige Varianten keine solchen, sondern nur geringfügig abweichende Angebote. Die Vorschriften betreffend die Varianten wären überflüssig.

cc. Der Auffassung des Bundesgerichts ist demnach entgegenzuhalten, dass jene Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben geringfügig sind, die zum Vornherein vernachlässigbar sind, weil sie offenkundig (also in sofort schlüssig erkennbarer Art) keine tatsächlichen Konsequenzen haben, die als relevant bezeichnet werden könnten. Abweichungen, die, wie in casu, den Kern des Beschaffungsgegenstands betreffen und deren Tragweite ohne ausgiebige Praxistests nicht abschliessend beurteilt werden kann, sind keinesfalls geringfügig, sondern stellen klassische Varianten dar und sollten wie solche behandelt werden.