

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.135 vom 26. Juni 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.135)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.135 du 26 juin 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.135 del 26 giugno 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert. Der Rekurs ist mit Eingabe vom 7. Juli 2014 innert der zehntägigen Rekursfrist ab der schriftlichen Begründung des Zuschlages gemäss § 30 Abs. 1 BeschG rechtzeitig erhoben worden. Auf den Rekurs ist daher einzutreten. Da der Vertrag mit der Beigeladenen aufgrund des angefochtenen Zuschlages noch nicht abgeschlossen worden ist, können die Hauptbegehren der Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 4 BeschG geprüft werden.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB, AS 2003 196]; VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 1.2; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 1.1).

1.3 Die Parteien haben implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Die Rekurrentin hat sich stattdessen in einer schriftlichen Eingabe (Replik) nochmals geäussert. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 N. 90).

### **E. 2**

2.1 Gemäss der Ausschreibung im vorliegenden Vergabeverfahren erfolgte der Zuschlag aufgrund des mit 60% gewichteten Kriteriums des Preises und des mit 40% gewichteten Kriteriums qualitativer Eigenschaften. Strittig ist im vorliegenden Verfahren die Bewertung der Rekurrentin hinsichtlich des Zuschlagskriteriums der Qualität. Wie der ergänzenden Begründung des Zuschlagsentscheids des WSU vom 26. Juni 2014 zu entnehmen ist, wurde die Rekurrentin diesbezüglich mit Null bewertet, weil sie weder eine Vollprüfung der

offerierten Kehrriechtsäcke habe durchführen lassen noch die verlangten Rohdaten (schriftlich und elektronisch) eingereicht habe. Daher habe der vor der Ausschreibung festgelegte Bewertungsansatz für die Qualität mit Bezug auf die Rekurrentin nicht durchgeführt werden können. Eine Nachlieferung von Unterlagen, welche für die Offertenbewertung relevant sind, sei aber unzulässig. Streng genommen hätte die Rekurrentin daher nach Auffassung der Vergabestelle gemäss § 23 Abs. 2 BeschG vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, wovon jedoch abgesehen worden sei. Insgesamt habe aber die Gesamtpunktzahl der Rekurrentin nicht ausgereicht, um die Ausschreibung zu gewinnen.

2.2 Es ist unbestritten, dass mit den Ausschreibungsunterlagen für die Bewertung der qualitativen Eigenschaften verlangt worden ist, ■ aus einem laufenden Auftrag pro 17-, 35-, 60 Liter-Sack-Rolle je 10 Exemplare und den entsprechenden UGRA-Prüfungsbericht mit dem Angebot einzureichen ■. Weiter wurde vorgesehen, ■ Anbietende, deren Muster zur Frist der Angebotseinreichung nicht vorliegen, werden bei diesem Zuschlagskriterium mit jeweils null Punkten bewertet. Für das Ausschreiben wird eine Vollprüfung ohne Transparenz verlangt (Grundlage: Richtlinie Nr. 2.02.04 des Städteverbandes zur ■ Qualität und Ausführung von Kehrriechtsäcken ■). Dem Prüfungsprotokoll müssen die Prüfungsrohdaten (Tabelle aller Werte) in schriftlicher und elektronischer Form beiliegen ■. Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin keine Daten einer solchen Vollprüfung sondern bloss einer orientierenden Prüfung eingereicht hat. Der Unterschied zwischen einer Vollprüfung und einer orientierenden Prüfung besteht gemäss einer Bestätigung des Schweizer Kompetenzzentrums für Medien und Druckereitechnologie UGRA vom 24. Juni 2014 (RB 9) in der Anzahl der verwendeten Prüflinge, aus denen das arithmetische Mittel errechnet wird. Während bei einer Vollprüfung für die verschiedenen Einzelmessungen 10, 12 resp. 20 Prüflinge geprüft werden, sind es bei einer orientierenden Prüfung bloss noch 6, 8 resp. 10 Prüflinge.

2.3 Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin nun aber geltend, eine Vollprüfung sei gemäss Ziffer 2.4.3 Abs. 2 der massgebenden Richtlinie Nr. 2.02.04 des Schweizerischen Städteverbandes ■ Qualität und Ausführung von Kehrriechtsäcken ■ nur bei der erstmaligen Prüfung eines Sacktyps zur Erlangung der OKS-Lizenz (OKS = offizieller Kehrriechtsack) oder zur Wiedererlangung dieser Lizenz nach einem Entzug vorgeschrieben und werde auch nur in diesen Fällen durchgeführt. Nach bestandener Prüfung würden hingegen keine neuen Vollprüfungen, sondern nur noch regelmässig orientierende Prüfungen durchgeführt. Diese würden indes auf einer ursprünglichen Vollprüfung basieren und insofern eine solche voraussetzen. So verhalte es sich vorliegend. Die Firma D\_\_\_\_\_, welche die von der Rekurrentin vertriebenen Kunststoffsäcke herstelle, verfüge seit Jahren über eine OKS-Lizenz, weshalb ihre Säcke keiner Vollprüfung mehr unterzogen würden. Werde von solchen Anbietern eine Vollprüfung verlangt, so würden lizenzierte Produkte, die ihren Qualitätsstand im Rahmen von regelmässigen Nachprüfungen immer wieder unter Beweis gestellt hätten, gegenüber erstmals zugelassenen Produkten diskriminiert.

## **E. 2.4**

2.4.1 Den Einwänden der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist die Vergabestelle aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 9 lit. a und b BeschG) an die von ihr kommunizierten Zuschlags- und Unterkriterien gebunden. Verlangt sie ■ wie vorliegend ■ für die Beurteilung eines Zuschlagskriteriums bestimmte Unterlagen und Nachweise, so ist der entsprechende Nachweis für die

Offerenten verbindlich. Die entsprechende Ausschreibung kann im Rekursverfahren gegen den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Rügen betreffend die Zuschlagskriterien wären daher im offenen Verfahren mit einem Rechtsmittelverfahren gegen die Ausschreibung vorzubringen gewesen. Sie erweisen sich im vorliegenden Rekurs gegen den Zuschlag als verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist (VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3 mit Hinweis auf Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 606; VGE 625/2007 vom 16. Mai 2008 E. 3).

Darüber hinaus ist aber auch festzustellen, dass die Vergabebehörde bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich frei ist, soweit diese keine diskriminierenden Bestimmungen enthalten (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 401 ff.). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde ein breiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen hat (VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.5). Ist ein Zuschlagskriterium aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht beurteilbar, so führt dies entgegen der obiter dictum geäusserten Auffassung der Vergabestelle in ihrer Begründung des Zuschlags mit Schreiben vom 26. Juni 2014 nicht zum Ausschluss vom Verfahren. Ein solcher erfolgt lediglich bei der Nichterfüllung von Eignungskriterien. Den als Eignungsnachweis verlangten Referenzauftrag hat die Rekurrentin aber offensichtlich erbringen können. Kann aber ein Zuschlagskriterium nicht beurteilt werden, so führt dies entsprechend dem angefochtenen Entscheid zur Bewertung des Zuschlagskriteriums mit Null (VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 4.3).

2.4.2 Ein erheblicher Beurteilungsspielraum der Behörde besteht grundsätzlich auch für die verlangten Qualitätsnachweise. Diesbezüglich ist vorliegend zu unterscheiden zwischen den Anforderungen, welche der Schweizerische Städteverband in seiner Richtlinie Nr. 2.02.04 ■ Qualität und Ausführung von Kehrtrichtsäcken ■ für den Erhalt seines OKS-Signet verlangt, und jenen, welche im vorliegenden Vergabeverfahren verlangt worden sind. Es ist unbestritten, dass gemäss Ziff.

#### **E. 2.4.2**

hiervor dargestellt, basiert die Bewertung der Rekurrentin hinsichtlich des Kriteriums ■ qualitative Eigenschaften ■ mit ■ Null ■ primär auf dem Nichterfüllen des Nachweises einer Vollprüfung und der Lieferung der dafür erforderlichen Rohdaten. Diese, in der Ausschreibung explizit verlangten, Daten in schriftlicher und elektronischer Form hat die Rekurrentin unbestrittenermassen nicht eingereicht. Die von der Rekurrentin eingereichten Tabellen erfüllen dieses Erfordernis ■ an welches die Vergabestelle aufgrund der Ausschreibung gebunden ist (vgl. E. 2.4.1) ■ klarerweise nicht. Abgesehen davon, dass die Rekurrentin keine Daten in elektronischer Form eingereicht hat, basieren die Daten auch nicht auf einer Vollprüfung und damit auf einer zu kleinen Menge an Prüflingen. Vor diesem Hintergrund kann davon abgesehen werden, bei der Beschaffungsstelle eine Erkundigung darüber einzuholen, ob der Rekurrentin hinsichtlich der Anzahl einzureichender Muster eine Auskunft erteilt wurde.

2.5 Nach dem hiervor Gesagten hat die Vorinstanz die Rekurrentin mit Bezug auf das Zuschlagskriterium der qualitativen Eigenschaften zu Recht mit Null bewertet. Vor diesem

Hintergrund braucht auf deren Kritik an der Bewertung der Beigeladenen bezüglich dieses Kriteriums nicht weiter eingegangen zu werden. Selbst wenn die Beigeladene diesbezüglich weniger Punkte erzielt hätte, ist klar, dass sie unter Einbezug der nicht gerügten Bewertung des Preises der Offerte in der Bewertung insgesamt weiterhin deutlich vor der Rekurrentin liegt. Dieser fehlt daher ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einer detaillierten Überprüfung der Bewertung der Offerte der Beigeladenen hinsichtlich des Kriteriums der qualitativen Eigenschaften.

### **E. 2.4.3**

der genannten Richtlinie eine Vollprüfung nur bei der erstmaligen Prüfung eines Sacktyps zur Erlangung oder Wiedererlangung der Lizenz verlangt wird und dass bei Stichprobenprüfungen durch die Fachorganisation für Entsorgung und Strassenunterhalt FES dagegen bloss eine orientierende Prüfung durchgeführt wird. Das WSU als Vergabebehörde war aber aufgrund seines genannten Ermessensspielraums grundsätzlich nicht gezwungen, die Prüfanforderungen der FES zur Grundlage seiner eigenen Qualitätskontrolle zu machen, soweit nur die stattdessen angewandten Kriterien ebenfalls sachgerecht sind. Dies gilt umso mehr, als sich die genannte Richtlinie gemäss ihrem Zweck und Gegenstand auf Kehrichtsäcke bezieht, die ohne Gebühren auf dem freien Markt erhältlich sind. Für die im Auftrag der öffentlichen Hand hergestellten Gebührensäcke wird hingegen gemäss Richtlinie das jeweilige Gemeinwesen für zuständig erklärt, welchem freigestellt wird, ob es dafür die Anforderungen des Städteverbandes übernehmen will (vgl. Präambel zur Richtlinie **■Zweck und Gegenstand■**). Schliesslich bezieht sich die Richtlinie gemäss ihrer Ziff. 2.2 auf schwarze, graue und braune Säcke und somit gemäss ihrem Wortlaut jedenfalls nicht explizit auf blaue Säcke wie den Bebbi-Sack. Dass in der Ausschreibung auf die Richtlinie verwiesen wurde, wie die Rekurrentin in ihrer Triplik vorbringt, ändert daran nichts.

Die Vorinstanz macht hinsichtlich der von ihr angewandten Qualitätsnachweise geltend, für die Bewertung der qualitativen Eigenschaften der Angebote seien zwei Prüfmethode vorgesehen worden. Einerseits seien die UGRA-Prüfberichte der Vollprüfungen und andererseits eine vom Statistischen Amt Basel bereitgestellte Überprüfungsmethode mit jeweils gleicher Gewichtung ihrer Resultate verwendet worden. Für dieses Vorgehen habe man sich deshalb entschieden, weil die UGRA das arithmetische Mittel berechnen und dieses mit den Mindestanforderungen der Richtlinie vergleichen würde. Der Nachteil dieser Methode sei daher, dass ein stark positiver oder negativer Wert als Ausreisser das Resultat verfälschen könne, was insbesondere bei einer geringen Anzahl eingereicherter Rollen der Fall sei. Aus diesem Grund, bzw. damit die Bedarfsstelle die Qualität besser überprüfen könne, sei eine Vollprüfung auf der Grundlage einer erhöhten Anzahl Rollen sowohl als Grundlage zur Qualitätsprüfung im Rahmen der Bewertung der Angebote wie auch zur jährlichen Überprüfung der vom Anbieter zu garantierenden Qualität der Kehrichtsäcke vorgesehen worden. Danach müssten mindestens 95% der Basler Gebührensäcke während der gesamten Vertragsdauer die im Anhang des Vertrages definierten und der Richtlinie entsprechenden Qualitätskriterien einhalten. Die neben dem Prüfungsbericht ausgehändigten Rohdaten (30 Datensätze) würden überdies für die Überprüfungsmethode des Statistischen Amtes benötigt (vgl. Duplik II/4.). Aus diesen Gründen sei in der Ausschreibung eine Vollprüfung ohne Transparenz inklusive den Prüfungsrohdaten in schriftlicher und elektronischer Form verlangt worden.

Mit den so begründeten Anforderungen bei der Definition des Zuschlagskriteriums ■Qualitative Eigenschaften■ hat die Vergabebehörde ihr Ermessen nicht verletzt. Das Vorgehen war vielmehr geeignet und erforderlich, um eine einheitliche Vergleichsbasis für die Bewertung aller Offerten aufgrund entsprechender Prüfberichte zu erhalten, eine objektive Vergleichbarkeit herzustellen (vgl. § 29 Abs. 2 der Verordnung zum BeschG; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 der Verordnung über das Beschaffungswesen, VöB; SR 172.056.11) und damit Diskriminierungen einzelner Offerenten aufgrund der Verwendung unterschiedlicher Prüfgrundlagen zu vermeiden. Soweit die Rekurrentin dem replicando entgegenhält, dass die Vorinstanz sehr wohl eine Auswertung habe vornehmen können, so liegt eine solche zwar tatsächlich im Recht (Vernehmlassungsbeilage 7b). Daraus geht aber hervor, dass die Auswertung mit Bezug auf die Rekurrentin nicht auf der verlangten Anzahl Stichproben beruht (S. 4), weshalb ein gültiger Vergleich, wie er gemäss der Ausschreibung sollte vorgenommen werden können, eben nicht möglich war. Wie der Vernehmlassung (S. 4) und der Replik (S. 3 f.) zudem zu entnehmen ist, beruht diese Auswertung teilweise auf Annahmen, die gerade nicht auf Prüfungsergebnisse gestützt werden konnten. Der Grund hierfür lag darin, dass die Rekurrentin die in der Ausschreibung explizit verlangten Rohdaten nicht zur Verfügung gestellt hat. Auch deren Fehlen machte einen Vergleich mit den den Vergabekriterien entsprechenden Konkurrenzangeboten aus Gleichbehandlungsgründen unmöglich. Es kann zudem keine Rede davon sein, dass es sachfremd wäre, beim Zuschlagskriterium ■Qualitative Eigenschaften■ von den Offerenten eine Produktvollprüfung und die Lieferung von Produkterohdaten zu verlangen.

2.4.3Soweit die Rekurrentin eine Diskriminierung durch die verlangte Einreichung einer Vollprüfung beanstandet, ist ihr entgegen zu halten, dass es auch Inhabern einer aufgrund einer Vollprüfung ihres Produktes erlangten OKS-Lizenz offensichtlich möglich war, eine neue Vollprüfung ihres Produktes durch die UGRA zu erlangen. Das BVD hat in seiner Vernehmlassung ausgeführt, dass auch die Beigeladene und eine weitere Mitanbieterin jeweils innert Wochenfrist Prüfberichte aufgrund einer Vollprüfung ihrer Produkte von der UGRA erhalten haben. Diese Ausführungen werden von der Rekurrentin mit ihrer Replik zwar pauschal bestritten. Mindestens mit Bezug auf die Beigeladene ist aber belegt, dass sie den von ihr eingereichten Prüfbericht der UGRA für eine Vollprüfung am 20. Mai 2014 in Auftrag gegeben und am 23. Mai 2014 erhalten hat (Vernehmlassungsbeilage 4b). Daraus folgt, dass es auch der Rekurrentin ohne weiteres möglich gewesen wäre, die verlangte Vollprüfung ihrer Kehrtrichter zu veranlassen, auch wenn sie eine solche für den Erhalt ihrer OKS-Lizenz nicht mehr benötigt.

2.4.4Soweit die Rekurrentin mit Bezug auf die Anzahl eingereicherter Sackrollen(3 statt 30) in ihrer Triplik vom 6. Oktober 2014 schliesslich einwendet, ihr sei von der Beschaffungsstelle telefonisch die Auskunft erteilt worden, dass je 10 Säcke, d.h. 3 Rollen genügen würden, so kann letztlich offen bleiben, ob dies zutrifft und ob die Ausschreibung insoweit unklar war. Wie in Erwägung

### **E. 3**

Der Rekurs erweist sich somit als unbegründet, weshalb er abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 7■500.■. Die Beigeladene hat sich nicht vertreten lassen und verlangt dementsprechend zu Recht auch keine Parteientschädigung.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.