

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.133 vom 18. Juni 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-06-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.133](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.133)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.133 du 18 juin 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.133 del 18 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. e und f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG; SGS 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags sowohl gegen den Ausschluss vom Verfahren als auch gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als vom Verfahren ausgeschlossene und nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG; SG 270.100]; VGE VD.2015.83 vom 28. Juli 2015 E. 1.1; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.1) und ist daher zum Rekurs legitimiert.

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 blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 [IVöB; AS 2003, S. 196 und SG 914.500]; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

### **E. 2**

Wie aus der Begründung des Zuschlags gemäss der Verfügung vom 18. Juni 2015 hervorgeht, wurde das Angebot der Rekurrentin vom Verfahren ausgeschlossen, weil die Rekurrentin die angebotenen Klemmplatten nicht selber herstellt, sondern durch Subunternehmer in China herstellen lässt, während gemäss Teil A2, Art. 4.11 der Ausschreibung Subunternehmer nicht zugelassen sind.

Die Rekurrentin bestreitet nicht, selber keine Klemmplatten zu produzieren. Sie rügt indessen, dass der Ausschluss von Subunternehmern unzulässig sei. Zudem produziere die Beigeladene die Klemmplatten ebenfalls nicht selber. Daher sei es unzulässig, ihr den Zuschlag zu erteilen, zumal deren berücksichtigtes Angebot 20 % teurer sei als ihr eigenes. Die Rekurrentin gibt weiter zu bedenken, dass sie die BVB seit mehr als zehn Jahren mit denselben Klemmplatten beliefere, wie sie nun ausgeschrieben worden seien. Die Produktion erfolge im langjährigen und zertifizierten Partnerwerk in China, was den BVB immer offen kommuniziert worden sei, ohne dass es zu irgendwelchen Beanstandungen gekommen wäre. Hinzu komme, dass die Beigeladene für die Produktion nicht gemäss ISO

9001 zertifiziert sei, wie es gemäss Ausschreibung erforderlich sei.

### **E. 3**

Zunächst ist auf die Rüge der Rekurrentin einzugehen, der Ausschluss von Subunternehmern sei nicht zulässig. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich um eine reine Warenlieferung handle, nicht um ein Werk. Deshalb stehe der Ausschluss von Subunternehmern im Widerspruch zu § 1 lit. c BeschG, wonach der Kanton mit dem Beschaffungsgesetz den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern wolle. Die Anwendung dieses Eignungskriteriums habe dazu geführt, dass das berücksichtigte Angebot um 20 % höher liege als ihr eigenes.

3.1 Mit dieser Rüge ficht die Rekurrentin nicht ihren Ausschluss vom Verfahren oder den Zuschlag an, sondern die Ausschreibung selber. Diese Rüge aber erfolgt verspätet, hätte sie doch bereits auf die Publikation der Ausschreibung hin erhoben werden müssen. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie im offenen Verfahren bereits vorweg die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (vgl. VGE VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 2.4.1; VD.2015.83 vom 19. August 2015 E. 3; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.8; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; m.H. 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). Ein Anbieter, der eine Unregelmässigkeit in der Ausschreibung feststellt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese der Vergabestelle sofort zur Kenntnis zu bringen und sie zu rügen. Er kann daher in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann ausgeschlossen werden, wenn ihm die gerügte Unregelmässigkeit bereits früher bekannt gewesen ist oder bei Beachtung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt gewesen sein müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Auch wenn aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren diesbezüglich keine strengen Anforderungen gestellt werden sollen (vgl. BGE 2C\_919/2014, 2C\_920/2014 vom 21. August 2015 E. 6.7), so bestand vorliegend nach Treu und Glauben offensichtlich Anlass, die Rüge bereits auf die Ausschreibung hin zu erheben. Das Eignungskriterium der Eigenproduktion und damit des Ausschlusses von Subunternehmern ergab sich aus der Ausschreibung klar und unmissverständlich. Es war daher "auf Anhieb" erkennbar (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1258). Auf die Rüge kann daher im vorliegenden Verfahren nicht mehr eingetreten werden.

3.2 Selbst wenn auf die Rüge einzutreten wäre, erschiene sie unbegründet. Die Vergabestelle ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich frei, soweit diese keine diskriminierenden Bestimmungen enthalten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 401 ff.). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien kommt ihr ein breiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen hat (VGE VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 2.3; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.5). Grundsätzlich ist ein Anbieter frei, die offerierte Leistung auch durch Dritte ausführen zu lassen. Diese Freiheit kann von der Vergabestelle aber bei Vorliegen von zureichenden Gründen mit der Ausschreibung

eingeschränkt und die Weitergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer ausgeschlossen werden. Ihr diesbezügliches Ermessen wird durch den Schutz der vergaberechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung, des wirksamen Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel begrenzt (§ 1 BeschG; Art. 1 Abs. 2 IVöB; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1591 ff.).

3.3 Die BVB begründen den Ausschluss von Subunternehmern in erster Linie mit der Gewährleistung des direkten und ausschliesslichen Kontakts zum Hersteller. Damit sollen die Kommunikation vereinfacht, Schnittstellen eliminiert und Fehler reduziert werden. Mit den Klemmplatten würden die Schienen auf die Schienenanker geklemmt und so auf dem Unterbau festgehalten. Sie seien unabdingbar für den Neubau oder den Ersatz von Gleisanlagen, und damit sicherheitsrelevant. Die Klemmplatten würden betreffend Form, Art, Qualität und weiterer zwingender Eigenschaften nach den Spezifikationen der BVB hergestellt. Das Produkt sei anspruchsvoll, und dessen Herstellung auch für erfahrene Anbieter mit einigen Schwierigkeiten verbunden. Dies ergebe sich bereits aus den anlässlich der Ausschreibung eingegangenen Fragen und Bemerkungen. Mit dem Ausschluss von Subunternehmern eröffne sich den BVB die Möglichkeit, bei der Feststellung fehlerhafter Prozesse zeitnah eingreifen zu können. Dies sei gerade auch aufgrund des stets hohen Bedarfs an Klemmplatten notwendig. So lasse sich auch die Einhaltung der gesetzten Termine und Fristen sowie der Arbeitsbedingungen einfacher überprüfen.

3.4 Diese Sichtweise ist sachlich und betriebswirtschaftlich begründet und nachvollziehbar. Es handelt sich um einen unternehmerischen Entscheid eines öffentlich-rechtlichen Betriebs, der in seinem Ermessen liegt und in welchen das Gericht nicht einzugreifen hat. Die Produktion der Klemmplatten wird in der Ausschreibung (vgl. Ziff. 5) und in der beigelegten technischen Zeichnung hinsichtlich Werkstoff, Ausführung, Vermassung und Qualität im Einzelnen vorgegeben. Die zu beschaffenden Sachen werden somit im Hinblick auf die individuellen Bedürfnisse der BVB angefertigt. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin zielt die Ausschreibung damit nicht auf den Abschluss eines Kauf-, sondern eines Werklieferungsvertrages ab (Huguenin, Obligationenrecht ■ Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2398). Es handelt sich um ein Produkt, welches von einem einzigen Hersteller gefertigt wird und wofür ein Bezug Dritter nicht erforderlich erscheint, dies im Unterschied etwa zur Produktion von Motorfahrzeugen, bei der die Zulieferung von Einzelbauteilen durch Dritte üblich ist. Schliesslich handelt es sich um ein laufendes Lieferverhältnis, bei welchem dem von der Vergabebehörde angestrebten persönlichen Kontakt zum Produzenten besonderes Gewicht zukommt. Zusammengenommen liegen für den Ausschluss von Subunternehmern ausreichende sachliche Gründe vor, die vor den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, des wirksamen Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel standhalten.

3.5 An diesem Ergebnis ändert nichts, dass ■ wie die Rekurrentin zutreffend bemerkt ■ das weitere Argument der BVB, direkt beim Hersteller beschaffte Güter seien preislich günstiger als bei einem Zwischenhändler, einer solchen Prüfung anhand der vergaberechtlichen Grundsätze nicht standhalten würde: Wie schon figura zeigt, liegt das Angebot der selber produzierenden Beigeladenen entgegen den Erwartungen notabene auch der Vergabestelle selber preislich deutlich höher als jenes der Rekurrentin als Zwischenhändlerin. Hinzu kommt, dass grundsätzlich die Anwendung des

Zuschlagskriteriums Preis genügt, um das preislich günstigste Angebot zu erhalten ■ des Ausschlusses von Subunternehmern bedarf es hierzu nicht. Damit würde der Kreis der Anbieterinnen unnötig eingeschränkt, was den genannten vergaberechtlichen Grundsätzen zuwiderliefe. Am Ergebnis ändert aber auch nichts, wenn die BVB in einer künftigen Ausschreibung für Klemmplatten allenfalls auf ihren Entscheid zurückkommen sollten, Subunternehmer auszuschliessen, denn dieser unternehmerische Entscheid liegt, wie dargestellt, in ihrem Ermessen.

Somit ergibt sich bis hierhin, dass der auf das nicht erfüllte Erfordernis der Eigenproduktion gestützte Ausschluss der Rekurrentin vom Vergabeverfahren nicht zu beanstanden ist.

#### **E. 4**

Die Rekurrentin rügt weiter, dass nicht nur sie selber, sondern auch die Beigeladene die Vorgabe "Herstellung im Werk des Lieferanten" nicht erfülle. An der angegebenen Firmenadresse in der Altstadt von Jablonec Nad Nisou (Tschechische Republik) befinde sich kein Fabrikationsbetrieb.

4.1 Nachdem die Rekurrentin selber zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden ist, stellt sich die Frage, ob sie noch ein geschütztes Interesse am Ausschluss der Beigeladenen und an der Aufhebung des Zuschlages hat und mithin die Frage, ob auf diese (und auf die nachfolgend [Ziff. 5] noch zu behandelnde) Rüge einzutreten sei. Dabei ist zu bedenken, dass bloss drei Anbieterinnen offeriert haben. Nachdem auch die dritte Anbieterin ■ unangefochten ■ vom Verfahren ausgeschlossen worden ist, würden der Ausschluss der Beigeladenen und die Aufhebung des Zuschlags notwendigerweise eine neue Ausschreibung notwendig machen, woran die Rekurrentin dann wiederum teilnehmen könnte. Bei dieser Ausgangslage kann der Rekurrentin ein schutzwürdiges Interesse nicht abgesprochen werden, denn sie könnte aus dem Obsiegen ihrer Anträgen einen praktischen Nutzen ziehen (BGE 141 II 307 E. 6.7). Auf die Rüge ist somit einzutreten. Anders wäre zu entscheiden, wenn eine grössere Anzahl Anbieterinnen ein Angebot eingereicht hätte und überdies alle diese nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden wären.

4.2 Die Beigeladene führt in ihren Stellungnahmen vom 3. und 30. Juli 2015 aus, dass sie zwar nicht an ihrem Firmensitz in der Altstadt von Jablonec, jedoch in ihrer Niederlassung in Jihlava eine Schmiede mit eigenen Maschinen betreibe und dort selber produziere. Dies hat sie denn mit ihrem Angebot auch zugesichert. Weiter führt sie in ihren Stellungnahmen aus, dass sie alle Werkstoffe aus der EU beziehe, nicht aus China oder Russland. Ihr sei es wichtig, die Arbeit in Europa zu halten, auch wenn in Asien die Werkstoffe und die Arbeit billiger wären. Sie benennt namentlich verschiedene staatliche Bahn- und Strassenbahnunternehmen in der Schweiz, Österreich und Ungarn, welche sie beliefere. Vor ein paar Jahren habe sie über einen Zwischenhändler auch schon für die BVB Schmiedeteile geliefert. Sie sei auch in der Spedition stark gewesen. Die Beigeladene belegt ihre Ausführungen mit einem Kaufvertrag für einen hydraulisch-pneumatischen Hammer einschliesslich Zubehör, mit verschiedenen Rechnungen für tonnenweise Rohmetall, darunter notabene auch die für die vorliegend fraglichen Klemmplatten erforderliche Stahlsorte S235JR, sowie mit Zertifikaten betreffend diese Werkstofflieferungen. Weiter legt die Beigeladene einen Vertrag aus dem Jahr 2006 mit einem Herrn D\_\_\_\_\_ auf, wonach die besagte Maschine in Lipnik u Hrotovic [...] aufgestellt werden soll und nur für die Produktion für die Beigeladene benutzt werden darf.

Die Vergabestelle hat somit zu Recht auf die Zusicherung der Beigeladenen in der Offerte abgestellt, die Klemmplatten selber zu produzieren. Es ist daran zu erinnern, dass die Zusicherung für die Zukunft gilt und vertraglich abzusichern sein wird. Selbst wenn die Beigeladene etwa noch kein eigenes Produktionsgerät hätte ■ was nach dem Gesagten offenbar nicht der Fall ist ■, so könnte sie für die vorgesehene Produktion immer noch solches beschaffen. Dass die BVB vorliegend auf die Zusicherung der Eigenproduktion abgestellt haben, ist somit nicht zu beanstanden.

4.3 Anlässlich des Plädoyers in der Verhandlung vor Verwaltungsgericht hat die Rekurrentin neue Dokumente aufgelegt. Es handelt sich um ein Schreiben eines tschechischen Rechtsanwalts an den Vertreter der Rekurrentin, worin er festhält, dass an der Firmenadresse der Beigeladenen in Jablonec kein Produktionsbetrieb bestehe, auch nicht in Jihlava. Gemäss tschechischem Gewerbeamtregister verfüge die Beigeladene über verschiedene Bewilligungen für gewerbliche Tätigkeiten, etwa Transporte und Spedition, aber über keine Bewilligung für eine Produktion. Dem liegen Auszüge aus dem tschechischen Gewerberegister, eine Bilanz der Beigeladenen sowie weitere Informationen über sie bei. Der Vertreter der Rekurrentin hat anlässlich des Plädoyers vor Verwaltungsgericht die Darstellung seines tschechischen Kollegen übernommen. Er habe diese Unterlagen erst am Vortag erhalten.

4.3.1 Art. 110 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) schreibt den Kantonen in Konkretisierung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung (BV, SR 101) vor, dass die unmittelbaren Vorinstanzen des Bundesgerichts oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft. Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist. Während dieses Verfahrens müssen von Bundesrechts wegen auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können (BGE 135 II 369E. 3.3 S. 374; BGer 2C\_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.4). Bis zu welchem Zeitpunkt im Verfahren neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden dürfen, regelt das Bundesrecht indessen nicht. Es ist vielmehr Sache des anwendbaren kantonalen Verfahrensrechts, hierüber die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen (BGer 2C\_354/2009 vom 30. Juni 2010 E. 3.1). Gemäss § 18 VRPG gilt zwar auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich die Untersuchungsmaxime. Danach hat das Gericht unabhängig von Beweisanträgen der Parteien "die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen". Dieser Grundsatz wird aber durch die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien begrenzt. In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen daher nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden. In späteren Eingaben kann die rekurrierende Partei nur noch echte Noven vortragen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 307; VGE VD.2014.99 vom 21. Mai 2015).

4.3.2 Es wäre der Rekurrentin zumutbar gewesen, die Auszüge aus dem offenbar öffentlichen tschechischen Gewerberegister und die offenbar ebenfalls öffentlich zugänglichen, weiteren Dokumente schon viel früher ins Verfahren einzubringen oder solches jedenfalls in Aussicht zu stellen. Dies hat sie nicht getan. Auch wenn die Rekurrentin die Unterlagen erst am Tag vor der Verhandlung erhalten hat, ist daher offen zu lassen, ob deren Auflage zu Beginn der Verhandlung vor Verwaltungsgericht noch rechtzeitig erfolgt wäre. Die erstmalige Erwähnung der Noven und deren Eingabe erst während des Plädoyers und damit nach Abschluss des Beweisverfahrens ist aber auf jeden

Fall verspätet. Die Noven haben unbeachtlich zu bleiben.

4.3.3 Selbst wenn die Noven zu berücksichtigen wären, könnte daraus nichts zu Gunsten der Rekurrentin abgeleitet werden. Aus den von der Beigeladenen eingereichten Urkunden geht nämlich hervor, dass die Käuferin der Maschine die Firma B\_\_\_\_ Steel S.R.O. war, mit Sitz an derselben Adresse in Jablonec wie die Firma der Beigeladenen B\_\_\_\_ Trans[...] S.R.O. Standort der Maschine und somit Produktionsstätte ist (möglicherweise nach wie vor Lipnik u Hrotovic. Die Noven beziehen sich, soweit erkennbar, nicht auf die Firma B\_\_\_\_ Steel S.R.O., sondern auf die Firma B\_\_\_\_ Trans[...] S.R.O. Wenn die BVB bei der Prüfung der Offerten die Konzernstruktur der Beigeladenen nicht im Einzelnen hinterfragt, sondern auf deren Zusicherung der Eigenproduktion abgestellt haben, so ist dies nicht zu beanstanden. Die Rekurrentin behauptet selber nicht, dass bei einer Produktion innerhalb des Konzerns nicht von Eigenproduktion gesprochen werden könnte.

## **E. 5**

Schliesslich macht die Rekurrentin geltend, die Beigeladene lege kein den Anforderungen der Ausschreibung entsprechendes Zertifikat nach ISO EM 9001 für die Produktion auf. Ihr publiziertes Attest sei nur für den Zweck "Grosshandel auf Kommissions- und Vertragsbasis, Provision Fracht und Speditionsservice" ausgestellt.

5.1 Wie die BVB mit ihrer Vernehmlassung zutreffend festhalten, wurde in Ziff. 5.2 der Ausschreibung als Eignungskriterium eine Zertifizierung des Anbieters nach ISO 9000 (oder gleichwertig) und ein Nachweis der Qualitätssicherung verlangt. Die Nachweisdokumente waren dem Angebot beizulegen. Die Beigeladene hat ein am 20. Juli 2004 ausgestelltes, am 20. Juni 2013 erneuertes und bis zum 20. Juni 2016 gültiges "Certificate of Registration" der NQA eingereicht, mit welchem ihr für den Bereich "wholesale trade on a fee contract basis, provision of freight forwarding services" die Erfüllung der Vorschriften nach BS EN ISO 9001: 2008 attestiert wird. Die BVB führen dazu in ihrer Vernehmlassung aus, dass mit der Ausschreibung nicht näher festgelegt worden sei, welcher Betriebsteil eines Unternehmens zertifiziert sein müsse. Gerade Produktionsstätten seien aufgrund des stetigen technischen Wandels Veränderungen unterworfen, die mitunter aufwändige Re-Auditierungen notwendig machten. Aus diesem Grund würden viele Firmen, wie die Beigeladene oder auch die Subunternehmerin der Rekurrentin, auf eine Zertifizierung dieses Geschäftsbereichs verzichten. Es werde deshalb "davon ausgegangen, dass die Zertifizierung eines beliebigen, sachnahmen Unternehmensbereichs ein Indiz dafür ist, dass die hohen, für die Erlangung eines Zertifikats zu erfüllenden Standards im ganzen Betrieb in ähnlichem Umfang gepflegt und eingehalten werden".

5.2 Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 81 m.H. auf VGer ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5; VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3; VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer

B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3; B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4). Nicht anders als das Bundesverwaltungsgericht im bundesrechtlichen Vergabeverfahren hat das Verwaltungsgericht aber nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1, B-504/2009 vom 3. März 2009 E.

### **E. 5.3**

und 6.1; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; 93/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Das Verwaltungsgericht greift zusammenfassend nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5; VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3; VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

5.3 Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung keine Zertifizierung der Produktion der Klemmplatten verlangt. Vielmehr wurde gefordert, dass der Anbieter über eine Zertifizierung (ISO 9000 oder gleichwertig) und einen Nachweis der Qualitätssicherung verfügen muss. Vor diesem Hintergrund haben die BVB bei der Beurteilung des eingereichten Zertifikats der Beigeladenen, welches sich auf ihren Geschäftsbereich Handel und Transport bezieht, ihr Ermessen weit ausgeübt, dessen Grenzen aber nicht überschritten.

5.4 Dies gilt umso mehr, als das von der Rekurrentin eingereichte Zertifikat ihrer Subunternehmerin in China sich ebenfalls nicht auf die Produktion der ausgeschriebenen Produktkategorie bezieht, wie die BVB mit ihrer Vernehmlassung zutreffend geltend machen. Mit dem Zertifikat der Beijing Hengbiao Quality Certification Co., Ltd. wird der Firma E\_\_\_\_ Co., Ltd. der Qualitätsmanagement Systemstandard GB/T 19001-2008/ISO 9001:2008 für den Verkauf von Drehbrennöfen und Gerätschaften für den Bergbau sowie von nicht standardisierten Maschinenkomponenten attestiert. Das Zertifikat bezieht sich somit nicht auf die Produktion, sondern den Verkauf, und auf eine andere Produktkategorie.

5.5 Die Rekurrentin hat anlässlich des Plädoyers vor Verwaltungsgericht ein weiteres Zertifikat aufgelegt. Dieses wurde verspätet eingereicht und ist daher unbeachtlich (vgl. vorstehend Ziff. Ziff. 4.3.1 f.). Der Eignungsnachweis ist aufgrund der mit der Offerte eingelegten Unterlagen zu prüfen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 573). Abgesehen davon betrifft es eine andere Firma als die ursprünglich genannte Lieferantin der Rekurrentin für die Klemmplatten. Soweit die Rekurrentin damit dokumentieren will, wie ein korrektes Zertifikat für die Produktion formuliert sein müsste, so belegt sie allenfalls, dass sowohl das Zertifikat ihrer eigenen Lieferantin als auch jenes der Beigeladenen dem nicht entsprechen. Allein, dieser Nachweis zielt ins Leere, nachdem es im Ermessen der Vergabestelle lag, die Zertifizierung auch eines anderen Betriebsteils als der Produktion genügen zu lassen. Daraus lässt sich somit nichts zugunsten der Rekurrentin ableiten.

### **E. 6**

Der Rekurs ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 2'000.- zu tragen. Das Begehren der BVB auf Parteientschädigung ist abzuweisen, da zu Gunsten der Vorinstanz und der ursprünglich verfügenden Behörde keine

Parteientschädigungen zugesprochen werden können (§ 30 Abs. 1 VRPG).

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