

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.162 vom 16. Juli 2015

BS Appellationsgericht, 2015-07-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.162

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.162 du 16 juillet 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.162 del 16 luglio 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. e und f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz, BeschG; SG 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags oder der schriftlichen Begründung in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag wie auch gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat am 30. Juli 2015 und damit noch vor Erhalt der schriftlichen Begründung des ED vom 5. August 2015 Rekurs erhoben und nach deren Erhalt am 17. August 2015 erneut einen Rekurs eingereicht. Diese Eingabe erscheint daher massgebend. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte und vom Verfahren ausgeschlossene Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG; SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert. Auf den unter Berücksichtigung des Wochenendes rechtzeitig erhobenen Rekurs ist einzutreten.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Dabei 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 hin 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 Dem Antrag der Rekurrentin entsprechend wurde gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und § 25 Abs. 2 VRPG eine öffentliche Parteiverhandlung durchgeführt.

E. 2

Das Erziehungsdepartement hat den Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren in der angefochtenen Verfügung vom 5. August 2015 einerseits damit begründet, dass deren Angebot die Produktspezifikation nicht erfüllt habe. Die Rekurrentin habe zwar unter Verwendung des dafür vorgesehenen Formulars in den Ausschreibungsunterlagen ein Angebot für die Lieferung von Stoffhandtuchrollen mit einer Breite von 19 cm zum Preis von je CHF 3.60 und von 25 cm zum Preis von je CHF 4.50 unterbreitet. Gemäss der beigelegten Produktspezifikation habe die Breite des breiteren Exemplars jedoch bloss 22 cm anstatt der geforderten 25 cm betragen. Erst nach erfolgter Offertöffnung habe die Rekurrentin ihre Offerte angepasst und Stoffhandtuchrollen mit der erforderlichen Breite von 25 cm bei einer Länge von 40 m zum Preis von CHF 4.50 angeboten. Dies stelle eine

unzulässige Änderung des Angebots dar, was ebenfalls den Ausschluss vom Verfahren nach sich ziehe.

Andererseits habe die Rekurrentin den geforderten Eignungsnachweis nicht erbracht. So habe das hierfür aufgeführte, angeblich seit 2002 als ■Gesamtauftrag■ der Kantonsverwaltung [...] betreffend Lieferung von Stoffhandtuchrollen ausgewiesene Auftragsvolumen von CHF 109■955.75 im Jahre 2012 von den in der Offerte bezeichneten Auskunftspersonen nicht bestätigt werden können. Der Auftragswert habe gemäss Auskunft der Baudirektion des Kantons [...] in der massgebenden Zeitperiode unter CHF 100■000.■ und gemäss Auskunft der Kantonspolizei [...] bei CHF 18■000.■ gelegen. Der fehlende Eignungsnachweis habe ebenfalls den Ausschluss vom Verfahren zur Folge.

E. 3

Zunächst ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz die Rekurrentin zu Recht mit dem Argument vom Verfahren ausgeschlossen hat, dass ihr Angebot die Produktspezifikation nicht erfüllt habe.

3.1 Den Ausschreibungsunterlagen zur Lieferung von Stoffhandtuchrollen (act. 9, Beilage 5), Ziff. 2.2.2 ■Produktebeschreibung■, ist zu entnehmen, dass die offerierten Stoffhandtuchrollen ■eine Breite von 19 bzw. 25 cm haben sowie eine Länge von Minimum 34 Meter aufweisen■ müssen. Diese Breiten wurden auch bei der Definition der Zuschlagskriterien (Ziff. 1.10.1) noch einmal aufgenommen und als ■zwingende Voraussetzungen■ bezeichnet. Zu diesem Zweck war die Beilage ■Produktebeschreibung■ vollständig auszufüllen und einzureichen.

3.2 Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin in ihrem Angebot auf dem Formular Preisangebot (act. 7, Beilage 9) in der Spalte ■Nettobetrag Stoffhandtuchrollen 19 cm breit■ resp. in der entsprechenden Spalte mit Breite 25 cm jeweils Nettobeträge für den geforderten Preis (CHF 3.50 resp. CHF 4.50) eingetragen hat. Gleichfalls unbestritten ist aber, dass sie in der mitgelieferten Produktebeschreibung als Teil ihrer Offerte sowie im Offertschreiben vom 21. Mai 2015 ■Stoffrollen MINI 35m weiss (Grösse: Breite 22 cm/Länge 35 m)■ und ■Stoffrollen MINI Best Dry 35m weiss (Grösse: Breite 19 cm/Länge 35 m)■ angeboten hat. Die Vergabebehörde hat die Rekurrentin nach erfolgter Offertöffnung vom 21. Mai 2015 denn auch auf diese ■Unstimmigkeit■ angesprochen und sie um schriftliche Bestätigung ersucht, ■dass Sie uns bei einem allfälligen Zuschlag tatsächlich mit den von uns vorgegebenen 25 cm breiten Stoffrollen beliefern■ würden (act. 7, Beilage 10). In ihrem Antwortschreiben auf diese Nachfrage vom 1. Juni 2015 (act. 7, Beilage 11) hat die Rekurrentin der Vergabebehörde indes lediglich eine Übersicht über die Typen und Masse ihres gesamten Stoffhandtuchrollen-Angebotes (6 Rollengrössen in zwei Farben) wiedergegeben. Das Erziehungsdepartement hat die Rekurrentin deshalb mit Schreiben vom 2. Juni 2015 (act. 9, Beilage 9) noch einmal auf die von den Ausschreibungsvorgaben abweichende Produktebeschreibung (22 cm statt der geforderten 25 cm) hingewiesen und sie erneut ersucht, ■die Angaben zu ihrem Angebot () zu präzisieren und () genau mitzuteilen, welchen Rollentyp (inkl. genauer Breiten- und Längenmasse) zum Preis von CHF 4.50■ sie bei einem allfälligen Zuschlag liefern würde. Hierauf hat die Rekurrentin mit Schreiben vom 4. Juni 2015 (act. 9, Beilage 10) keine Bestätigung geliefert, sondern geltend gemacht, dass die geforderten Stoffrollenmasse nicht den handelsüblichen Standardgrössen entsprechen würden. Sie habe sich deshalb auf die Stoffrollenlänge konzentriert und bei

beiden Stoffrollen mindestens 35 Meter, also einem Meter mehr für jeweils CHF 4.50 und CHF 3.50 offeriert. Da die Vergabebehörde ■nun aber■ eine Stoffrollenbreite von 25 cm mit mindestens 34 Meter Länge wünsche, entspräche sie gerne diesem Angebot und biete mit angepasster Offerte Stoffrollen ■Maxi Typ ■Best dry Maxi■ à 25 cm Breite und 40 m Länge zu CHF 4.50 an. Falls der Auftraggeber auf der Massvariante 34 m x 25 cm bestehe, biete sie Stoffhandtuchrollen ■Maxi Typ ED■ zu CHF 4.35 an.

3.3Die Vorinstanz hat aus der vorstehend wiedergegebenen Korrespondenz gefolgert, dass der Rekurrentin bei der Produktespezifikation kein Fehler unterlaufen sei. Sie habe dem Erziehungsdepartement nicht irrtümlich Stoffhandtuchrollen mit einer Breite von 22 cm anstatt der geforderten 25 cm angeboten, sondern bewusst ein von den Anforderungen der Ausschreibung abweichendes Angebot unterbreitet, obwohl sie aufgrund ihres Sortiments auch Rollen mit einer Breite von 25 cm hätte anbieten können. Ihre Offerte habe damit die zwingenden Vorgaben des Erziehungsdepartements nicht eingehalten. Damit habe die Rekurrentin eine Variante offeriert, was gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig sei. Da sie nicht gleichzeitig ein Angebot gemäss den Anforderungen der Ausschreibung unterbreitet habe, führe dies zur Unvollständigkeit des Angebot und gemäss § 23 BeschG zu ihrem Ausschluss vom weiteren Verfahren. Die nachträgliche Abänderung des Angebots mit Schreiben vom 4. Juni 2015 bilde eine unzulässige Änderung des Angebots nach § 29 Abs. 3 BeschG, was praxisgemäss ebenfalls den Ausschluss vom Verfahren nach sich ziehe.

3.4Dieser Auffassung ist in allen Teilen zu folgen.

3.4.1Aus der Ausschreibung gehen die ■zwingend■ geforderten Produktespezifikationen klar hervor. Die Rekurrentin hat aber mit der gemäss Ausschreibung verlangten ■Produktebeschreibung■ trotz Nennung eines Stückpreises für eine Rolle von 25 cm Breite keine solchen, sondern vielmehr ■Stoffrollen MINI 35 m weiss (Grösse: Breite 22 cm/Länge 35 m)■ angeboten. Sie hat damit die geforderten Produktespezifikationen zweifellos nicht erfüllt. Zudem hat sie auch auf mehrfache Nachfrage entgegen der Aufforderung der Vergabebehörde nicht schriftlich bestätigt, dass sich das ursprünglich abgegebene Angebot auf Stoffrollen von 25 cm Breite bezogen hat. Sie hat in ihrem Schreiben vom 4. Juni 2015 vielmehr deutlich gemacht, dass sich ihr ursprüngliches Angebot auf Stoffrollen von 22 cm Breite bezogen und dass es sich dabei nicht um einen Irrtum gehandelt hat. Zwar hat sie nach erfolgter Offertöffnung ein neues, der Ausschreibung entsprechendes Angebot gemacht, welches sich aber wiederum entweder bezüglich der Rollenlänge (40 anstatt 35 m) oder des Rollenpreises (CHF 4.35 anstatt CHF 4.50) vom ursprünglichen Angebot unterschieden hat. Vor diesem Hintergrund kann daher entgegen der Auffassung der Rekurrentin in ihrer Replik nicht davon gesprochen werden, dass die ursprüngliche Offerte bezüglich der Massangabe ■offensichtlich einen Tippfehler■ enthalten hätte. Die Vorinstanz hat vielmehr zu Recht angenommen, dass die Rekurrentin nicht versehentlich ein den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprechendes Angebot abgegeben hat. Angesichts der Produktebeschreibung und der geführten Korrespondenz kann zudem nicht gesagt werden, dass die Rekurrentin mit dem Ausfüllen des ■ mit Bezug auf die geforderten Rollenbreiten vorgedruckten ■ Formulars unzweideutig zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie die gewünschten Rollenbreiten liefern und waschen werde. Solches hat sie trotz mehrfacher Aufforderung gerade nicht bestätigt. Daran ändert nichts, dass sie ihrem Angebot auf Nachfrage der Vergabebehörde eine Aufstellung weiterer Liefermöglichkeiten beigelegt hat. Von überspitztem Formalismus

oder gar Willkür kann keine Rede sein.

3.4.2 Gleichfalls zutreffend ist sodann die Argumentation der Vorinstanz mit Bezug auf das nach erfolgter Offertöffnung gemachte Angebot der Rekurrentin. Dieses hat sich, wie gezeigt, entweder bezüglich der Rollenlänge oder des Rollenpreises vom ursprünglichen Angebot unterschieden. Es trifft daher nach dem Gesagten offensichtlich nicht zu, dass das ursprüngliche Angebot inhaltlich keine Änderung erfahren hätte, wie die Rekurrentin geltend macht. Zudem hat sie in diesem Zusammenhang explizit von einer **angepassten**, mithin neuen Offerte gesprochen. Es handelte sich somit klarerweise um ein neues Angebot. Dafür spricht im Übrigen auch die Bezeichnung der Stoffrollen als **Maxi Typ Best dry Maxi** à 25 cm Breite und 40 m Länge resp. **Maxi Typ ED** à 25 cm Breite und 34 m Länge. Im ursprünglichen Angebot wurden demgegenüber als breitere Rollen **Stoffrollen MINI 35 m weiss (Grösse: Breite 22 cm/Länge 35 m)** offeriert.

Die Vergabestelle ist aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 9 lit. a und b BeschG) an die von ihr kommunizierten Zuschlags- und Unterkriterien gebunden. Die Angebote müssen daher die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten (§ 23 Abs. 1 Satz 2 BeschG). Den Anbietenden ist daher die eigenmächtige Abweichung ihres Angebots von den Vorgaben der Vergabestelle verboten. Das Angebot von Varianten wurde mit der Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen (Ziff. 1.8.4 sowie § 23 Abs. 4 BeschG). Gegenüber eigenmächtigen Änderungen besteht in der Praxis im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung der Anbieter allgemein eine strenge Haltung. Von der Ausschreibung abweichende Angebote werden mit dem Ausschluss aus dem Verfahren sanktioniert. Davon kann nur dann abgewichen werden, wenn die Abweichung unwesentlich ist (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 468 ff.; VGE ZH VB.2008.00405 vom 25. Februar 2009 E. 2.1). Vorliegend kann aber nicht von einer unwesentlichen Abweichung gesprochen werden. Die Rekurrentin hat mit den Stoffhandtuchrollen mit einer Länge von 35 m und 22 cm Stoffbahnen mit einer Grösse von 7,7 m² offeriert, während Stoffhandtuchrollen mit einer Länge von mindestens 34 m und 25 cm und damit einer Grösse von mindestens 8,5 m² ausgeschrieben worden sind. Dies entspricht einem **Minderangebot** der Rekurrentin von knapp 10%. Daraus folgt, dass sowohl die Kosten der Anschaffung der Rollen wie auch ihrer Reinigung und damit die Gesamtkosten der Belieferung nicht mehr vergleichbar sind. Dem wollte die Rekurrentin zwar mit einem modifizierten Angebot, nämlich einer Verlängerung der Handtuchrollen auf 40 m oder einem Preisnachlass auf CHF 4.35 Rechnung tragen. Nachträgliche Änderungen der Angebote sind aber nicht zulässig (vgl. § 25 Abs. 1 BeschG sowie § 29 Abs. 3 der Verordnung zum BeschG [VöB, SG 914.110]). Soweit die Rekurrentin daher eine **Mehrlänge** als **markanten Vorteil** durch eine zusätzliche Abtrocknungsfläche geltend macht, bezieht sie sich nicht auf ihr ursprüngliches, sondern auf ihr geändertes Angebot, das nicht berücksichtigt werden kann. Zulässig sind allein Rückfragen zur Klärung des Offertinhalts (§ 25 Abs. 2 BeschG). Solche Rückfragen hat die Vergabebehörde unternommen. Auf diese Rückfragen hat die Rekurrentin aber ihr ursprüngliches Angebot nicht geklärt, sondern explizit eine geänderte Offerte eingereicht.

Der Ausschluss des Angebots der Rekurrentin vom Verfahren erweist sich daher angesichts der wesentlichen Abweichung von der Ausschreibung bereits aus diesem Grund als gerechtfertigt.

3.5 Soweit die Rekurrentin in ihrem Rekurs gegen den Zuschlag und ihren Ausschluss vom Verfahren auch die Produktspezifikation gemäss der Ausschreibung rügt, ist sie damit nicht zu hören. Die Ausschreibung kann im Rekursverfahren gegen den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Die nunmehr erhobene Rüge der Rekurrentin, wonach sich die Vergabebehörde bei der Ausschreibung an den ■Spezialmassen■ der Beigeladenen orientiert habe, mit denen diese viel Geld mache, kann daher vorliegend nicht mehr gehört werden. Festgestellte Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung sind der Vergabestelle nach Treu und Glauben vielmehr sofort zur Kenntnis zu bringen und zu rügen. Die anbietende Partei kann daher mit einer entsprechenden Rüge in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann ausgeschlossen werden, wenn ihr 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 entsprechende Rüge bereits auf die Ausschreibung hin zu erheben. Die Rekurrentin macht nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass ihr dies zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht möglich gewesen wäre. Darauf kann daher im vorliegenden Verfahren nicht mehr eingetreten werden (VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; 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; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1255; BVGE 2014/14 vom 8. April 2014 E. 4.4). Abgesehen davon erweist sich die Rüge als unzutreffend, ist doch unbestritten, dass auch die Rekurrentin in ihrem Sortiment über Stoffhandtuchrollen mit 25 cm Breite verfügt und die geforderte Länge von mindestens 34 Metern liefern kann. Darauf hat auch die Vorinstanz zutreffend hingewiesen. Von nicht handelsüblichen, die Beigeladene unrechtmässig bevorteilenden Spezialmassen kann daher nicht gesprochen werden.

3.6 Gleichfalls verspätet ist die Rüge der Rekurrentin, wonach die Vergabebehörde zur Begünstigung der Beigeladenen keine ökologischen Kriterien in die Ausschreibung aufgenommen habe. Damit werden wiederum die in der Ausschreibung vorgesehenen Zuschlagskriterien, mit denen die Angebote allein nach Massgabe des Preises beurteilt werden sollten, gerügt. Auch diese Rüge hätte bereits auf die Ausschreibung hin erhoben werden können und müssen. Zudem hat die Vergabebehörde in ihrer Vernehmlassung zu Recht darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung gemäss Ziff. 2.2.1 nach der Norm ISO 14001 erfolgt ist, welche weltweit gültige Kriterien für effiziente Umweltmanagementsysteme definiert. Bei der Vergabe wurden daher sehr wohl ökologische Kriterien berücksichtigt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich frei ist, 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.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). Eine Diskriminierung einzelner Anbieter ist nicht ersichtlich.

3.7 Irrelevant für das Ergebnis ist schliesslich, dass die Vergabestelle im begründeten Entscheid, wie von der Rekurrentin gerügt, bezüglich des offerierten Preises sowohl hinsichtlich der Höhe (CHF 3.60 statt recte CHF 3.50 für die schmalere Rolle) wie auch der Bezugsgrösse (pro gewaschene Rolle statt pro Monat) falsche Angaben gemacht hat. Dieser Fehler ist zwar bedauerlich, hat aber keine Auswirkungen auf den hier massgebenden Sachverhalt.

E. 3.2

S. 495 f.). Es ist nicht Aufgabe der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung des Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 573). Vor diesem Hintergrund war die Vergabestelle daher auch nicht verpflichtet, die Rekurrentin mit dem negativen Ergebnis ihrer Referenzkündigung zu konfrontieren. Es liegt keine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vor.

E. 4

Die Vorinstanz hat den Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren sodann mit dem fehlenden Nachweis eines Referenzobjekts begründet. Es ist zu prüfen, ob dieser Ausschluss zu Recht erfolgte.

4.1 Gemäss Ziff. 1.9 der Ausschreibungsunterlagen wurde als Eignungskriterium Referenzauftrag ■der Nachweis eines in den letzten fünf Jahren bereits ausgeführten oder seit mindestens einem Jahr in Ausführung stehenden vergleichbaren Referenzauftrages der anbietenden Firma, welcher bezüglich Leistungsart (Lieferung von Stoffhandtuchrollen) oder Leistungsumfang (Auftragswert mindestens CHF 100■000.■/Jahr) mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist■, verlangt. Zum Nachweis sollte die Beilage ■Eignungsnachweis■ vollständig ausgefüllt und dem Angebot beigelegt werden. Es wurde explizit darauf hingewiesen, dass die Eignungsnachweise insgesamt als ■erfüllt■ oder ■nicht erfüllt■ bewertet würden und dass ein nur teilweise und/oder unzureichend erbrachter Nachweis zum Ausschluss vom Verfahren führe.

Die Rekurrentin hat als Referenzauftrag die Belieferung des Kantons [...] mit Stoffhandtuchrollen mit einem im Jahr 2012 erreichten Auftragswert von CHF 109■955.75 angegeben. Als Auskunftspersonen nannte sie [...] und [...] vom Auftraggeber (act. 9, Beilage 6).

E. 4.2

4.2.1 In ihrem Rekurs hat die Rekurrentin mit Bezug auf den Nachweis eines Referenzauftrags zunächst geltend gemacht, der ausgeschriebene Lieferauftrag liege mit einem Jahresvolumen von maximal CHF 73■000.■ um über 25% tiefer als der vorausgesetzte Referenzauftrag mit einem Auftragswert von mindestens CHF 100■000.■. Die Vergabestelle habe mit der Festsetzung eines überhöhten Auftragswerts bewusst die Beigeladene mit ihrem um einiges grösseren Umsatz bevorzugen wollen. Die Summe von CHF 100■000.■ dürfe daher für die hier zur Diskussion stehende, viel kleinere Vergabe gar nicht als Eignungskriterium herangezogen werden. Es liege eine Diskriminierung der kleinen Anbieter gemäss § 9 Abs. 1 lit. b BeschG vor, da die Umsatzschwelle in keinem vernünftigen Verhältnis zum ausgeschriebenen Auftrag stehe.

Diese Rüge erfolgt wiederum verspätet. Sie hätte nach dem in Erwägung 3.5 hiervoor Gesagten bereits auf die Ausschreibung hin geltend gemacht werden müssen. Entgegen ihrer replicando erfolgten Behauptung, wonach sie erst im Oktober 2015 Kenntnis erlangt habe, dass die Umsätze von 19'000 Rollen pro Jahr nie erreicht würden, war der Rekurrentin das Volumen der ausgeschriebenen Leistung bereits aufgrund der vorliegend gemäss dem Antrag der Rekurrentin beigezogenen Akten des Verfahrens VD.2015.14 bekannt. Damals hatte das Erziehungsdepartement mit seiner Vernehmlassung vom 17. März 2015 sowohl die jährlichen Umsätze mit den Stoffhandtuchrollen wie auch die damals noch höheren Einzelpreise offen gelegt (vgl. Ziff. I.4, S. 3 der Vernehmlassung vom 17. März 2015 [act. 15, Beilage 5]). Daraus konnte ohne weiteres der Rollenumsatz errechnet werden. Die Rekurrentin hatte daher im Zeitpunkt der Ausschreibung vom 15. April 2015 Kenntnis vom Jahresvolumen des ausgeschriebenen Lieferauftrags und hätte bereits damals Anlass gehabt, das nun beanstandete Eignungskriterium zu rügen. Die entsprechende Rüge kann daher hier nicht mehr gehört werden. Unter diesen Umständen konnte auch vom Beizug weiterer Unterlagen, namentlich von Lieferscheinen und Rechnungen der Beigeladenen, abgesehen werden, ohne dass geprüft werden muss, ob resp. wie solches unter Wahrung von deren Geschäftsgeheimnis möglich gewesen wäre.

4.2.2 Soweit es die von der Vorinstanz genannte Begründung für den Ausschluss vom Verfahren betrifft, hat die Rekurrentin gar nicht bestritten, dass die von ihr bezeichneten Auskunftspersonen das für den Referenzauftrag vorausgesetzte jährliche Auftragsvolumen nicht bestätigt haben. Es kann daher letztlich offen bleiben, ob die von der Vorinstanz eingeholte Referenzauskunft von Herrn [...], wonach der Umsatz der Kantonspolizei [...] lediglich CHF 18'000 betragen habe, angeblich nicht von diesem selbst stammte, wie die Rekurrentin geltend macht. Im Übrigen erscheint dies wenig überzeugend. Wie sodann dem E-mail von [...] vom Immobilienamt des Kantons [...] an die Vergabestelle vom 5. Juni 2015 (act. 7, Beilage 15) zu entnehmen ist, konnte auch er den jährlichen Auftragswert aus Datenschutzgründen nicht bekannt geben. Soweit die Rekurrentin in diesem Zusammenhang geltend macht, sie habe dies nicht wissen müssen, kann ihr nicht gefolgt werden. Vielmehr wäre sie im Sinne einer gewissenhaften Geschäftsführung gehalten gewesen, die genannten Referenzpersonen vorab über mögliche Nachfragen der Vergabestelle zu informieren und von einer allfälligen Geheimhaltungspflicht zu entbinden. Im Übrigen ergibt sich aus dem E-Mail-Verkehr, dass die Rekurrentin am Tag der Nachfrage durch die Vergabestelle von ihrem Kunden hierüber informiert wurde und zwar unter Beilage des entsprechenden E-Mails (act. 7, Beilage 14). Sie wusste somit um die Nachfrage und hätte den Kunden ersuchen und ermächtigen können resp. müssen, der Vergabestelle die gewünschte Information zu erteilen.

Nicht gehört werden kann ferner der Einwand der Rekurrentin, die Vergabestelle sei ihrer Nachfragepflicht nicht ausreichend nachgekommen und habe daher das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Wie sie vielmehr selber ausführt, hat die Vergabestelle etliche Anstrengungen unternommen, um die notwendige Auskunft im Interesse der beweisbelasteten Rekurrentin zu erhalten. So habe Herr [...] vom Erziehungsdepartement die angegebenen Auskunftspersonen diesbezüglich telefonisch bekümmert. Wieso dies allerdings ein rüpelhaftes Vorgehen gewesen sein soll, wie die Rekurrentin weiter rügt, erschliesst sich aus dem von ihr dargestellten Sachverhalt nicht. Entgegen ihrer Auffassung ist im vorliegenden Zusammenhang schliesslich irrelevant, dass die Auskunft der Referenzperson in qualitativer Hinsicht positiv ausgefallen ist. Einerseits

war eine Referenzauskunft in qualitativer Hinsicht in der Ausschreibung nicht verlangt worden, andererseits hat die Vorinstanz nichts Gegenteiliges behauptet. Dass die Vergabestelle ihrer Nachfragepflicht ausreichend nachgekommen ist, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass sie hinsichtlich der Produktespezifikation trotz mangelhaften Informationen mehrmals auf die Rekurrentin zugegangen ist (vgl. Erwägung 3.2 f.). Sie hat daher die Rekurrentin zu Recht mangels Nachweis eines Referenzobjekts vom Verfahren ausgeschlossen.

Zwar hat die Rekurrentin den Nachweis eines genügenden Referenzauftrages mittels Urkunden spätestens für die Hauptverhandlung in Aussicht gestellt und mit ihrer Replik eine eigene Umsatzliste für das Jahr 2012 eingereicht. Darin hat sie Umsätze bei der Kantonspolizei [...] und bei der Baudirektion [...] aufgelistet. Eine solche eigene Liste der Rekurrentin vermag aber zum vornherein keine Bestätigung des Auftraggebers zu ersetzen. Gleiches gilt für die in der Folge eingereichte Bestätigung ihrer eigenen Revisionsstelle über die ■Gesamtumsätze des Kantons [...] (Baudirektion und Kantonspolizei)■. Die Rekurrentin legt nicht dar, dass diese Umsätze aufgrund eines einzigen Auftrages erfolgt sind. Zudem hat sie für beide Aufträge unterschiedliche Referenzpersonen genannt. Es erscheint daher selbst unter Berücksichtigung der erst im Rekursverfahren eingereichten Unterlagen mehr als fraglich, ob damit der verlangte Referenzauftrag hätte nachgewiesen werden können. Im Übrigen aber erfolgt der Nachweis verspätet. Der verlangte Eignungsnachweis ist innert der Antragsfrist zu erbringen und kann nicht nachträglich im Rekursverfahren nachgeholt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz 572). Es wäre daher Sache der Rekurrentin gewesen, sich vorgängig zu vergewissern, dass der von ihr zu belegende Eignungsnachweis mittels der verlangten Referenzauskünfte erbracht werden kann. Dies hat die Rekurrentin offenbar unterlassen. Die Vergabebehörde hat dabei nach Treu und Glauben in erster Linie auf die Referenzen abzustellen, die von den Anbietenden genannt werden. Es ist ihr zwar erlaubt, weitere Auskünfte einzuholen. Dazu ist sie aber nicht verpflichtet (BGE 139 II 489 E).

E. 5

Nicht zu hören sind schliesslich die replicando erhobenen Einwände der Rekurrentin gegen das Angebot der Beigeladenen. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob deren Angebot tatsächlich günstiger war als dasjenige der Rekurrentin. Selbst wenn dem nicht so wäre und sich erweisen würde, dass die Rekurrentin das günstigste Angebot abgegeben hat, hätte dies nicht den Zuschlag an sie zur Folge. Nach dem in den vorstehenden Erwägungen Gesagten wurde sie vielmehr zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen. Eine Nichtberücksichtigung der Beigeladenen vermöchte an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Auch in diesem Fall wäre nämlich keine neue Ausschreibung durchzuführen, sondern der Auftrag wäre an die drittplatzierte Firma zu erteilen (vgl. dazu das Offertöffnungsprotokoll, act. 9, Beilage 7). Der Rekurrentin würde daher aus dem Ausschluss der Beigeladenen kein Vorteil erwachsen, sodass sie kein schutzwürdiges Interesse an den entsprechenden Rügen hat. Darauf ist daher nicht einzutreten (VGE VD.2014.50 vom 6. August 2014, E. 1.1). Auch aus diesem Grund war auf die Ladung der beantragten Zeugen (Abwarte von Schuldhäusern) sowie den Beizug von Referenzunterlagen der Beigeladenen zu verzichten, zumal ohnehin fraglich ist, welche sachdienlichen Angaben die Zeugen zum Stoffhandtuchrollenumsatz der Beigeladenen hätten machen können.

E. 6

Damit ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 4'000.■ zu tragen (§ 1 und 3 des Gesetzes über die Gerichtsgebühren i.V.m. § 11 Ziff. 15.1 der dazugehörigen Verordnung [SG 154.800; 154.810]). Die Beigeladene hat sich am Rekursverfahren nicht beteiligt und war nicht anwaltlich vertreten. Eine Parteientschädigung ist ihr daher nicht auszurichten, zumal sie solches nicht beantragt hat und ihr auch kein übermässiger Aufwand entstanden ist. Auch der Vorinstanz ist in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. VGE VD.1014.5 vom 21. Mai 2014; VD.2011.93 vom 29. Juni 2012 E. 8; VD.2010.11 vom 22. September 2010 E. 5; VD.2009.651 vom 12. März 2010 E. 8; VD.2009.647 vom 10. Februar 2010 E. 9).

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