

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2020.178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.178)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.178 du 16 décembre 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.178 del 16 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]). Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält.

1.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Der ausgeschlossene Anbieter ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, bei Gutheissung seiner Anträge den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2015.198 vom

### **E. 1.13**

des Lastenheftes zu den Eignungsnachweisen festgehalten, dass die Allgemeinen Teilnahmebedingungen insgesamt als «erfüllt» respektive als «nicht erfüllt» bewertet würden und dass die unzureichende oder nur teilweise Erfüllung der Nachweise zum Ausschluss vom Verfahren führe. An diese in der Ausschreibung festgehaltenen Vorgaben müsse sich die Vergabebehörde halten. Soweit die Rekurrentin eine angebliche Unklarheit der Ausschreibung geltend mache, hätte sie dies bereits bei der Ausschreibung vorbringen müssen. Im vorliegenden Rekurs gegen den Ausschluss seien diese Rügen verspätet. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Rekurrentin habe sich zu ihrem Angebot genügend äussern können. Auf die Folgen der Unvollständigkeit von Angeboten sei in den Ausschreibungsunterlagen verschiedentlich hingewiesen worden. Anlässlich einer Nachfrage der Vergabebehörde bei der Rekurrentin am 24. Juli 2020 habe die Rekurrentin mitgeteilt, dass die Bund- und die Sommerhosen nicht ab der Grösse 38 lieferbar seien. Auch hier habe sie die Gelegenheit gehabt, sich klärend zu ihrem Angebot zu äussern. Die Rekurrentin habe mitgeteilt, dass die Grössen 38 und 40 Sondergrössen seien, die separat vereinbart werden müssten. Damit habe die Rekurrentin signalisiert, dass die Grössen 38-40 im eingereichten Angebot nicht enthalten seien. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs könne keine Rede sein.

Allfällige Unsicherheiten betreffend die Auslegung der Anforderungen an die Grössenverfügbarkeit seien in der Fragerunde geklärt worden. Daraus sei klar hervorgegangen, dass die Damengrössen 38-40 ebenfalls abgedeckt werden müssten. Die Rekurrentin habe beim Hauptangebot unter Position 1.01 und 1.02 jeweils die Grössen

«42-66 Normal, Lang + Kurz» angegeben. Sie habe damit weder alle Unisex-Grössen 38-58 noch alle europäischen Herrengrössen 44-58 und europäischen Damenrössen 38-42 offeriert, wie dies in der Antwort zur Frage 22 der Fragerunde verlangt sei. Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die angebotenen Konfektionsgrössen 42-66, die sich gemäss den Ausführungen in der Rekursbegründung auf deutsche und schweizerische Grössen beziehen sollten, die «Herrengrössen 42-66 sowie die Damenrössen 32-58» abdecken sollten. Die Erfüllung der Anforderungen gehe auch nicht aus den von der Rekurrentin eingereichten Umrechnungstabellen (Rekursbeilagen 10, 11) hervor. Die dort aufgeführte Unisex-Grösse XS entspreche in Herrengrösse einer 40/42 und in Damenrösse einer 32/34. Der Tabelle sei somit keineswegs zu entnehmen, dass die Herrengrösse 40/42 der Damenrösse 32/34 entspreche. Bei einem Konfektionsgrössenraster nach Unisex (XS, S, M, L, XL, ) sei eine zusätzliche Unterscheidung zwischen Frauen und Männern erforderlich. Bei dem von der Rekurrentin weiter aufgeführten Grössenraster handle es sich nicht um gebräuchliche Konfektionsgrössen, sondern um ein Raster, welches im Internet hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Marken- und Herstellernamen B\_\_\_\_\_ verwendet werde. Die von der Rekurrentin vorgelegten Umrechnungstabellen würden unterschiedliche Grössenzuteilungen aufweisen, was gerade belege, dass sich aus dem Angebot nicht von selbst erschliesse, dass die Grössenanforderungen tatsächlich erfüllt wären. Die diffusen Behauptungen der Rekurrentin, wonach die angegebenen Konfektionsgrössen 42-66 die Herrengrössen 42-66 sowie die Damenrössen 32-58 abdecken würden, seien nicht haltbar. Die Rekurrentin habe telefonisch explizit angegeben, dass die Grössen 38-40 nicht mit offeriert worden seien. Damit seien die Anforderungen nicht erfüllt, weshalb die Rekurrentin vom Verfahren habe ausgeschlossen werden müssen. Es liege keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots und auch kein überspitzter Formalismus vor. Der Ausschluss sei nicht aufgrund des von der Rekurrentin verwendeten Grössenrasters erfolgt, sondern wegen der nicht erfüllten Bedingung, dass das Angebot Frauen- wie auch Herrenkleidergrössen beinhalten müsse. Die Rekurrentin habe lediglich Arbeitskleider für Männer offeriert und damit die Eignungskriterien beim Hauptangebot nicht erfüllt. Das Fehlen der Frauengrössen könne nicht als minder bedeutender Mangel der Offerte gedeutet werden. Auch der von der Rekurrentin zitierte Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft untermauere, dass es angesichts des Gleichbehandlungsgebots, auf dem die Regel des Ausschlusses unvollständiger Angebote beruhe, einer gewissen Strenge bedürfe. Umfasse ein Angebot wie hier nicht alle verlangten Kleidergrössen, sei der Ausschluss die logische Konsequenz. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin müssten auch die Varianten den vorgegebenen Minimalstandards entsprechen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot erforderten, dass die Varianten nach den gleichen Zuschlagskriterien beurteilt würden wie das Grundangebot. Etwas anderes gehe auch nicht aus dem von der Rekurrentin zitierten Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 30. August 2017 hervor. Dort werde lediglich ausgeführt, dass der Vergabebehörde aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden könnten, die kostensparender oder technisch ausgereifter seien als der eigene Amtsvorschlag. Die Rekurrentin mache aber nicht geltend, dass Varianten 1 und 2 unter Einhaltung der Hauptforderung technisch ausgereifter sein sollten. Die Varianten würden lediglich eine Alternative (Zwiebelprinzip) zum Amtsvorschlag darstellen. Die beiden Varianten hielten wichtige Vorgaben nicht ein und stellten auch keine technisch versierteren Ausführungen dar. Sie seien daher mangels Erfüllung der Eignungskriterien zu Recht ausgeschlossen worden.

## E. 2

2.1 Das Bau- und Verkehrsdepartement begründet die angefochtene Ausschlussverfügung damit, dass im Lastenheft zur Ausschreibung unter Ziff. 1.9.1 «Zwischenbewertung/Einladung zum Tragetest/Testkleider» darauf hingewiesen worden sei, dass nur jene Anbieter für den Tragetest eingeladen würden, welche die Eignungskriterien erfüllten und rechnerisch eine Chance auf den Zuschlag haben würden. Im Dokument «Technische Spezifikationen» werde unter anderem für die Bundhose und für die Bundhose/Sommerhose die «Grössenverfügbarkeit in internationalen Grössen 38-58» verlangt. Im Lastenheft sei unter Ziff. 1.12 «Technische Spezifikationen (zwingende Mindestanforderungen)» aufgeführt, dass die Erfüllung der technischen Spezifikationen Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren sei. Sie müssten zwingend mit der Angebotseinreichung vorliegen. Die technischen Spezifikationen würden insgesamt als «erfüllt» respektive «nicht erfüllt» bewertet. Würden die Nachweise nur teilweise und/oder unzureichend erbracht, führe dies zum Ausschluss vom Verfahren. Der Produktdokumentation der Rekurrentin sei zu entnehmen, dass weder das Kleidungsstück Bundhose noch das Kleidungsstück Bundhose/Sommerhose die Anforderungen an die Grössenverfügbarkeit in den internationalen Grössen 38-58 erfülle. Die Rekurrentin habe die Kleidungsstücke nur in den Grössen 42-66 angeboten, weshalb die technische Spezifikation betreffend Grössenverfügbarkeit bei beiden Kleidungsstücken nicht erfüllt sei. In Bezug auf die Variante 1 der Offerte der Rekurrentin seien die Anforderungen betreffend Grössenverfügbarkeit ebenfalls nicht erfüllt, da die Bundhose und die Bundhose/Sommerhose nur in den Grössen 44-64 erhältlich seien. Zudem erfülle das Kleidungsstück Winterjacke/Parker die technische Spezifikation «e) Kälteschutz, warm gefüttert» nicht, da die Variante mit Weste keinen ausreichenden Kälteschutz biete und die Variante mit Softshelljacke die Vorgabe als ein einziger Artikel mit auszipfbarem Futter nicht erfülle. Auch die Variante 2 erfülle die technischen Spezifikationen nicht. So seien die Kleidungsstücke Bundhose und Bundhose/Sommerhose nur in den Grössen 42-66 erhältlich. Die Softshell-/Windstopperjacke erfülle die technischen Spezifikationen «c) Softshell mind. 310 g/m<sup>2</sup>» und «e) Brusttasche mit seitlichem Eingriff» nicht. Es würden lediglich 280 g/m<sup>2</sup> angeboten und die Jacke habe eine Innentasche anstelle der geforderten Brusttasche. Das Kleidungsstück Winterjacke/Parker erfülle die technische Spezifikation «e) Kälteschutz, warm gefüttert» nicht ausreichend, da der Kälteschutz an den Armen durch lediglich eine Weste nicht ausreichend gewährleistet sei. Bei der angebotenen Regenhose fehle die geforderte Metertasche am Bein rechts mit Wasserablass. Sie erfülle daher die technischen Spezifikationen für dieses Kleidungsstück ebenfalls nicht vollständig. Aus diesen Gründen müssten das Hauptangebot sowie die Varianten 1 und 2 der Rekurrentin vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

2.2 Die Rekurrentin rügt, dass der Ausschluss vom Verfahren rechtswidrig sei. Damit würden die Verfahrensrechte der Rekurrentin und das Beschaffungsgesetz verletzt. Zudem werde von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen und die Ausschreibungsbedingungen würden unrechtmässig angewendet. Die angefochtene Verfügung sei überspitzt formalistisch und unverhältnismässig.

Die formalen und inhaltlichen Bedingungen des Ausschreibungsverfahrens seien im Lastenheft umschrieben. Laut Ziff. 1.8.2 des Lastenheftes seien 68 schriftliche Fragen gestellt worden, welche von der Rekurrentin beantwortet worden seien. Im Rahmen der Fragerunde habe die Vergabebehörde die technischen Spezifikationen in gewissem Umfang

geändert. Die Rekurrentin habe drei Varianten angeboten, einerseits ein Hauptangebot, sodann die Varianten 1 und 2.

Die Ausschlussverfügung enthalte keine genügende Begründung und verletze daher den Anspruch der Rekurrentin auf rechtliches Gehör. Namentlich würden keine konkreten Gesetzesbestimmungen aufgeführt und auch keine Gründe angegeben, die das Ausmass und den Schweregrad allfälliger Verfehlungen der Rekurrentin im Hinblick auf die drastische Sanktion eines Ausschlusses aufzeigen würden. Zudem sei die Rekurrentin nicht vorgängig zu allfälligen Mängeln oder dem beabsichtigten Ausschluss angehört worden. Sie habe damit ihre Sichtweise nicht einbringen und auch allfällige Missverständnisse in formeller oder materieller Hinsicht nicht beheben können. Der Rekurs sei schon aufgrund der Verletzung von Verfahrensrechten gutzuheissen.

In Bezug auf den Vorwurf der mangelnden Verfügbarkeit aller in der Ausschreibung geforderter Kleidergrössen entgegnet die Rekurrentin, dass die Angabe in den Ausschreibungsunterlagen, wonach «Grössenverfügbarkeit in den internationalen Grössen 38-58» verlangt werde, von der Vergabebehörde selber als irreführend bezeichnet worden sei. Die Vergabebehörde habe die Anforderung dahingehend geändert, dass neu Unisex-Grössen 38-58 und europäische Herrengrössen 44-58 und europäische Damengrössen 38-42 verlangt würden. Solche Grössenbezeichnungen gebe es aber als solche nicht. Die neuen Grössenvorgaben seien ebenso falsch und irreführend wie die ursprünglichen. Dennoch werde die ursprüngliche Grössenvorgabe von der Vergabebehörde als Begründung für den Ausschluss aufgeführt. Das Angebot der Rekurrentin erfülle die materiellen Anforderungen. Dabei sei nicht das verwendete Grössenraster relevant, sondern die Frage, ob die offerierten Grössen alle üblichen Körpergrössen abdeckten. Die Rekurrentin habe die in der Schweiz gebräuchlichen Konfektionsgrössen der Ländergruppe mit Deutschland verwendet. Dabei handle es sich auch um europäische Grössenangaben. Die Rekurrentin habe sowohl zur Position 1.01 Bundhose als auch zu Position 1.02 Bundhose/Sommerhose Hosen der Firma B\_\_\_\_\_ angeboten, welches Angebot beide Geschlechter und alle erforderlichen menschlichen Körpergrössen abdecke. Die angebotenen Konfektionsgrössen 42-66 würden die Herrengrössen 42-66 sowie die Damengrössen 32-58 abdecken. Damit seien die Anforderungen der Ausschreibung sachlich erfüllt. Der behauptete Mangel bei der Grössenverfügbarkeit bestehe somit nicht. Selbst wenn aus der Offerte abgeleitet würde, die Rekurrentin würde nicht alle erforderlichen Grössen offerieren, hätte die Vergabebehörde dies der Rekurrentin mitteilen müssen, sodass diese die fehlenden Grössen innert Kürze hätte nach-offerieren können. Das Fehlen einzelner Grössen sei eine leicht und rasch zu behebende Unregelmässigkeit, welche nicht zum Verfahrensausschluss führen könne. Das Hauptangebot der Rekurrentin enthalte keinen Mangel, weshalb der Ausschluss zu Unrecht ergangen sei. Für die Gutheissung des Rekurses sei es irrelevant, ob die beiden Varianten zulässig seien oder nicht. Aus dem Lastenheft gehe nur hervor, dass das Hauptangebot alle technischen Spezifikationen im Sinne zwingender Mindestanforderungen zu erfüllen habe. Daraus ergebe sich, dass die kumulativ dazu zulässigen Varianten die technischen Spezifikationen nicht zwingend zu erfüllen bräuchten. Damit könnten auch die Varianten nicht mit dem Argument ausgeschlossen werden, dass diese die technischen Spezifikationen nicht erfüllen würden. Folglich seien die gegen die Varianten 1 und 2 vorgebrachten Einwände bezüglich Grössenverfügbarkeit und Kälteschutz sowie auszippbarem Futter unzulässig und rechtswidrig. Entgegen den Ausführungen der Vergabebehörde würden die offerierten

Hosen der Variante 2, entsprechend denjenigen des Hauptangebots und der Variante 1 (Hosen der Firma [...]), alle erforderlichen Körpergrössen abdecken. Der Kälteschutz werde mit dem angebotenen «Zwiebelprinzip» vollumfänglich gewährleistet. Mit den Varianten werde der Vergabebehörde ein breiteres Angebot an Optionen und entsprechenden Sparmöglichkeiten aufgezeigt. Der Ausschluss der Hauptofferte sowie der beiden Varianten sei somit nicht rechtmässig und aufzuheben.

2.3 Das Bau- und Verkehrsdepartement macht demgegenüber geltend, dass in den Ausschreibungsunterlagen mehrmals darauf hingewiesen werde, dass unvollständige Angebote vom Verfahren ausgeschlossen würden. So werde beispielsweise in Kap.

#### **E. 2.4**

2.4.1 Entgegen der Auffassung der Rekurrentin verletzt die angefochtene Verfügung das rechtliche Gehör nicht. Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV ist als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht ausgestaltet, welches alle Befugnisse umfasst, die einer Partei eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens einzuräumen sind, um vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Akts ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 309; Steinmann, in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 BV N 42, mit Hinweisen auf BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 f., 135 II 286 E. 5.1 S. 293, 126 V 130 E. 2b S. 131 f.). Gehalt und Tragweite des Gehörsanspruchs lassen sich nicht abstrakt umschreiben, sondern sind gestützt auf die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten einzelfallweise zu konkretisieren (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 315; Steinmann, a.a.O., Art. 29 BV N 42, mit Hinweisen auf BGE 135 I 279 E. 2.3 f. S. 281 ff., in: Pra 99 [2010] Nr. 46, 111 Ia 273 E. 2b S. 274).

2.4.2 Entgegen der Darstellung der Rekurrentin genügt die angefochtene Ausschlussverfügung den sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Ansprüchen an die Begründung durchaus. Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich, dass eine Ausschlussverfügung, wie andere Verfügungen auch, rechtsgenügend begründet werden muss, damit sie sachgerecht angefochten werden kann (vgl. für die Zuschlagsverfügungen BGer 2C\_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5; 2C\_890/2008 vom 22. April 2009 E. 5.3.1). Wie in anderen Rechtsgebieten auch, muss diese Begründung nicht alle, sondern nur die wesentlichen Gründe für den Entscheid enthalten (BGer 2C\_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5 m.H. auf BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270; BGer 2P.231/2003 vom 28. Januar 2004 E. 4; VGE VD.2014.50 vom 6. August 2014 E. 2.2.2, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 2.4). In der angefochtenen Verfügung wurde detailliert aufgezeigt, weshalb die in der Ausschreibung festgelegten Muss-Kriterien nicht erfüllt seien. Ebenso wird erläutert, weshalb dies im Einklang mit den Ausschreibungsbedingungen zum Ausschluss der Rekurrenten geführt hat. Ob die Ausführungen sachlich zutreffend sind, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern vielmehr bei der materiellen Beurteilung der Rügen der Rekurrentin zu prüfen.

2.4.3 Die Rekurrentin rügt weiter als Verletzung des rechtlichen Gehörs, dass sie vor dem Verfahrensausschluss nicht angehört worden sei. Grundsätzlich trifft die Vergabestelle indessen im Submissionsverfahren trotz des auch im Vergaberecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes keine Pflicht, bei mangelndem Nachweis der Erfüllung von Eignungskriterien im eingereichten Angebot oder bei Angabe ungeeigneter Referenzen bei

den Anbietenden nachzufragen (Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 343 ff., 368; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc., N 573; bezüglich Eignungsnachweise; BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Es ist vielmehr Sache der Rekurrentin, sich vorgängig zu vergewissern, dass der von ihr zu belegenden Eignungsnachweis erbracht werden kann (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2, VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin war die Vergabestelle daher auch im vorliegenden Fall nicht dazu verpflichtet, vor dem Erlass der Ausschlussverfügung (erneut) das rechtliche Gehör zu gewähren. Vielmehr war es Aufgabe der Rekurrentin selbst, in ihrer Offerte aufzuzeigen, dass sie die geforderten Eignungskriterien erfüllt. Es ist der Vergabebehörde daher zwar erlaubt, weitere Auskünfte einzuholen; sie ist dazu aber nicht verpflichtet. Sie muss somit nicht von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben der Anbieter vervollständigen oder weitere Abklärungen zur Eignung des Anbieters treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen. Aus diesem Grund ist das Vorgehen der Vergabebehörde, welche nach der Feststellung von Differenzen betreffend die Grössenverfügbarkeit zwischen der Ausschreibung und den Angaben in den Offerten bei einigen Anbietern telefonisch nachfragte, ob deren Offerte alle verlangten Grössen abdecke, unter dem Blickwinkel des rechtlichen Gehörs nicht zu beanstanden. Gemäss § 25 Abs. 2 BeschG sind Rückfragen zur Klärung des Offertinhalts in jedem Verfahren zulässig. Dass diese telefonische Rückfrage stattgefunden hat, wird von der Rekurrentin ausdrücklich zugestanden. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin war es bei dieser Rückfrage aber nicht relevant, ob die angefragte Person einzelzeichnungsberechtigt war, denn die Rekurrentin selber hat diese Person in der Offerte ausdrücklich als Auskunftsperson angeführt. Ebenso wenig zu beanstanden ist, dass die Rückfrage per Telefon gestellt worden ist (VGE VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 4.3.2). Die Frage, ob die Rekurrentin die Auskunft der befragten Person in der Evaluation und in der Rekursantwort inhaltlich richtig festgestellt und bewertet hat, ist bei der Behandlung der materiellen Rügen zu prüfen.

2.4.4 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Daraus ergibt sich, dass das Vorliegen eines Verfahrensausschlussgrundes zu prüfen ist.

## **E. 2.5**

2.5.1 Der öffentlichen Vergabestelle steht es frei, darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt. Daraus folgt, dass der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen des Beschaffungsgegenstands ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht einzugreifen hat (VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4). Lehre und Rechtsprechung sprechen insoweit von trotz Vergaberecht «gesicherten Handlungsspielräumen». Dabei ist es auch zulässig, dass die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung sogenannte Muss-Kriterien festlegt (vgl. BVGE B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen). Bei solchen Muss-Kriterien, mit welchen die zwingend zu erfüllenden Anforderungen an das zu liefernde Produkt festgehalten werden, handelt es sich nicht um eigentliche Eignungskriterien im Sinne von § 7 BeschG, da damit nicht die fachliche Qualifikation oder die Leistungsfähigkeit der Auftraggebenden

nachgewiesen werden soll (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 582). Aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 1 Abs. 1 lit. a und d, § 9 Abs. 1 lit. a und b BeschG) ergibt sich, dass die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass im Ausschreibungsdokument «Lastenheft» unter Ziff. 1.9.1 «Zwischenbewertung/Einladung zum Tragetest/Testkleider» darauf hingewiesen worden ist, dass nur jene Anbietenden für den Tragetest eingeladen würden, welche die Eignungskriterien erfüllen und rechnerisch eine Chance auf den Zuschlag haben. Weiter ist unbestritten, dass in Ziff. 1.12 «Technische Spezifikationen (zwingende Mindestanforderungen)» aufgeführt ist, dass die Erfüllung der technischen Spezifikationen Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren ist, dass diese zwingend mit der Angebotseinreichung vorliegen müssen und dass die technischen Spezifikationen insgesamt als «erfüllt» respektive «nicht erfüllt» bewertet werden. Schliesslich wird in dieser Ziff. 1.12 statuiert, dass nur teilweise oder unzureichend erbrachte Nachweise zum Ausschluss vom Verfahren führen. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen führt somit ein mangelhafter Nachweis der Erfüllung der technischen Spezifikationen zum Ausschluss vom Verfahren. Damit werden die technischen Spezifikationen zu Muss-Kriterien, die im Ergebnis den Eignungskriterien gleichgestellt sind (vgl. § 8 Abs. 1 lit. c BeschG; VGE VD.2018.144 vom 14. Februar 2019 E. 3.4).

2.5.2 Damit wurde in der Ausschreibung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei den technischen Spezifikationen um Muss-Kriterien handelt, welche den Eignungskriterien gleichgestellt sind. Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt, wird gemäss § 8 lit. c BeschG in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen. Auch wenn diese Bestimmung den Ausschluss eines Anbieters im Fall der nicht vollständigen Erfüllung der Eignungskriterien nur «in der Regel» vorsieht, muss das entsprechende Entschliessungsermessen aufgrund seiner Natur und zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller (potenzieller) Anbieter beschränkt bleiben (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 435, 603; VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3). Die Berücksichtigung eines unvollständigen Angebots, das geforderte Eignungsnachweise nicht enthält, widerspricht grundsätzlich den Geboten der Gleichbehandlung und der Transparenz im Vergaberecht. Diesbezüglich gelten im Vergaberecht strenge Voraussetzungen (VGE VD.2019.77 vom 25. September 2019 E. 3.2.1). Vorbehalten bleibt einzig das Verbot des überspitzten Formalismus als verfahrensrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.5.3). Dies gilt auch für die Muss-Kriterien. Im vorliegenden Fall wurde auf die Folge des Ausschlusses vom Verfahren bei mangelhafter Erfüllung der Muss-Kriterien nicht nur in der Ausschreibung transparent hingewiesen, sondern auch im Rahmen der Fragerunde (vgl. Antworten zu den Fragen 18 und 19; Rekursbeilage 5). Es wurde darauf hingewiesen, dass die Erfüllung der technischen Spezifikationen Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren ist und dass der mangelnde Nachweis der Erfüllung dieser Kriterien zum Ausschluss vom Verfahren führt. Die Rekurrentin hat diese in der Ausschreibung festgelegten Teilnahmebedingungen nicht angefochten. Sie sind für die Vergabebehörde verbindlich.

2.6 Im Dokument «Technische Spezifikationen» wurde unter Ziff. 1.01 für die Bundhose und unter Ziff. 1.02 für die Bundhose/Sommerhose unbestrittenermassen als zwingende Mindestanforderung die Grössenverfügbarkeit in den internationalen Grössen 38-58

verlangt. Die Rekurrentin weist aber zu Recht darauf hin, dass diese Anforderung im Rahmen der Fragerunde von der Vergabestelle modifiziert worden ist. In Frage 22 hatte ein Anbieter ausgeführt, dass bei den Bundhosen das Grössenraster 38-58 angegeben sei. Der Anbieter gehe davon aus, dass der Vergabestelle ein grosses Grössenspektrum wichtig sei. Unterschiedliche Hersteller würden in den Massen und Passformen unterschiedlich ausfallen. Gestützt auf diese Bemerkungen stellte der Anbieter die Frage, ob auch ein entsprechendes Grössenraster von z.B. 42-66 angeboten werden könne. Die Vergabestelle hat die Frage wie folgt beantwortet: «Die angegebene Grössenvorgabe ist irreführend. Daher gelten folgende Vorgaben: Minimalanforderung: Unisex-Grössen 38-58odereuropäische Herrengrössen 44-58undeuropäische Damengrössen 38-42» (Rekursbeilage 5). Den Anbietenden wurde eine dementsprechend modifizierte Auflistung der technischen Spezifikationen/Muss-Kriterien zugestellt (Rekursbeilage 6). Die Rekurrentin geht zutreffend davon aus, dass diese Modifikation für die Vergabestelle verbindlich ist. Bei der Beurteilung der Muss-Kriterien durfte die Vergabestelle daher nicht mehr auf die ursprüngliche Formulierung der verlangten Grössenverfügbarkeit in den internationalen Grössen 38-58 abstellen.

2.7Damit stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle bei der Prüfung der Offerte der Rekurrentin zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass die Offerte auch den modifizierten Mindestanforderungen betreffend Grössenverfügbarkeit nicht entspricht.

2.7.1Die Rekurrentin hat mit ihrer Offerte vom 12. Juni 2020 als Hauptangebot unbestrittenermassen sowohl die Bundhose C\_\_\_\_\_ als auch die Sommerhose D\_\_\_\_\_ in den Grössen «42-66 Normal, Lang und Kurz» offeriert (vgl. Position 1.01, 1.02). Weitere Angaben zu den offerierten Grössen sind der Offerte nicht zu entnehmen. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle bei der Prüfung der Offerte der Rekurrentin zum Schluss gekommen ist, dass mit den angebotenen Grössen «42-66 Normal, Lang und Kurz» der Nachweis der im Rahmen der Fragerunde modifizierten Minimalanforderungen (Unisex-Grössen 38-58odereuropäische Herrengrössen 44-58undeuropäische Damengrössen 38-42) nicht erbracht ist. Aus den obigen Ausführungen zum rechtlichen Gehör geht hervor, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet ist, bei mangelndem Nachweis der Erfüllung von Eignungskriterien in der Offerte bei der Anbieterin nachzufragen. Sie muss nicht von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben der Anbieter vervollständigen oder weitere Abklärungen zur Eignung des Anbieters treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (statt vieler: VGE VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen). Aus den Ausschreibungsunterlagen und der Fragerunde ging ohne weiteres hervor, dass die Verfügbarkeit der ausgeschriebenen Sicherheits- und Arbeitskleidung in den verlangten Kleidergrössen für die Vergabestelle eine grosse Bedeutung hat und dass die mangelhafte Erfüllung des entsprechenden Muss-Kriteriums zum Verfahrensausschluss führen würde. Wenn die Rekurrentin nun in ihrem Rekurs geltend macht, dass die modifizierten Angaben zu den Kleidergrössen zusätzliche Verwirrung gestiftet und Fehler zutage gefördert hätten, so hätte sie nach der Zustellung der Antworten auf die Fragen vom 20. Mai 2020 darauf reagieren und einen entsprechenden Vorbehalt anbringen müssen (vgl. BGE 130 I 241 S. 246, E. 4.3; Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104/2003 S. 1 ff., 10). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die verlangten Grössen auch im Rahmen der Fragerunde von besonderem

Interesse waren und die von der Rekurrentin offerierten Grössen zumindest gemäss den angegebenen numerischen Angaben weder den ursprünglichen noch den modifizierten Anforderungen entsprechen. Die Rekurrentin hat es aber sowohl nach der Zustellung der Antworten auf die Fragerunde als auch bei der Einreichung der Offerte unterlassen, die Vergabestelle auf allfällige Mängel in der Definition der verlangten Kleidergrössen hinzuweisen. Vielmehr hat die Rekurrentin ungeachtet solcher angeblicher Mängel oder Unklarheiten von den Muss-Kriterien abweichende Angaben in ihre Offerte aufgenommen. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde bei der Prüfung der Offerte zum Schluss gekommen ist, dass diese keinen Nachweis für die Erfüllung der geforderten Muss-Kriterien enthält. Wie bereits ausgeführt, besteht in dieser Situation keine Verpflichtung der Vergabestelle zu weiteren Rückfragen bei den Anbietenden. Es ist jedoch im Sinne von § 25 Abs. 2 BeschG sicherlich sinnvoll, wenn die Vergabestelle mit einer Rückfrage prüft, ob die Offerte mit einer Klarstellung oder Präzisierung bereinigt werden könnte (ohne inhaltliche Abänderung des Angebots; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 711). Die Vergabestelle ist aufgrund ihrer Rückfrage bei der Rekurrentin vom 24. Juli 2020 zum Schluss gekommen, dass dies nicht der Fall sei, da keine Damengrössen offeriert worden seien. In der Telefonnotiz hält die Vergabestelle fest, dass Damengrössen nicht als Standard offeriert würden; Artikel seien verfügbar und Sondergrössen könnten vereinbart werden. Die Rekurrentin, welche in ihrer Rekursbegründung die telefonische Rückfrage der Vergabestelle bei ihrer Auskunftsperson E\_\_\_\_ nicht nur nicht erwähnt, sondern im Gegenteil gar behauptet, sie sei nicht vorgängig zu allfälligen Mängeln angehört worden (Rekurs S. 5 Ziff. 13), wendet in ihrer Replik ein, dass die telefonische Auskunft von Herrn E\_\_\_\_ missverständlich und verkürzt und somit falsch wiedergegeben werde. Dieser habe damals bestätigt, dass die nachgefragten Hosengrössen allesamt offeriert worden seien. Für diese Behauptung offeriert die Rekurrentin die Befragung von Herrn E\_\_\_\_ als Zeugen. Die Rekurrentin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die Vergabebehörde das Telefongespräch nur mit wenigen Stichworten protokolliert hat. Dies ist indessen nicht zu beanstanden (vgl. etwa zu telefonischen Referenzauskünften VGE VD.2015.3 vom 24. April 2015 E. 3.3). Aus der vorliegenden Protokollierung geht denn auch zweifelsfrei hervor, dass die Vergabestelle in ihrem Eindruck bestärkt worden ist, dass die Rekurrentin mit ihrer Hauptofferte nicht alle geforderten Kleidergrössen offeriert hat. Die anderslautende Behauptung der Rekurrentin, wonach Herr E\_\_\_\_ gesagt habe, dass alle Grössen gemäss Ausschreibung offeriert worden seien, erscheint mit Blick auf den tatsächlich protokollierten Gesprächsinhalt selbst dann nicht glaubhaft, wenn der Umstand der summarischen Protokollierung berücksichtigt wird. Vor dem Hintergrund der Angaben in der Rekursbegründung und in der Replik bleibt nämlich nach wie vor unklar, wie die Auskunftsperson damals nachvollziehbar erläutert haben sollte, dass mit den angebotenen Grössen «42-66 Normal, Lang + Kurz» die Erfüllung der Minimalanforderungen Unisex-Grössen 38-58 oder europäische Herrengrössen 44-58 und europäische Damengrössen 38-42 nachgewiesen wäre. Die Rekurrentin vermag daher nicht aufzuzeigen, dass die behauptete Interpretation der Auskünfte von Herrn E\_\_\_\_ zu diesem Nachweis geführt hätte. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle auch nach der telefonischen Nachfrage bei Herrn E\_\_\_\_ an ihrer Feststellung festgehalten hat, dass die Lieferung aller geforderten Kleidergrössen mit der Offerte nicht sichergestellt ist und dass die Rekurrentin daher wegen mangelhafter Erfüllung der Muss-Kriterien vom Verfahren auszuschliessen ist. Daran würde auch eine Befragung von Herrn E\_\_\_\_ als

Zeugen nichts ändern, da die Rekurrentin ja bereits detailliert ausgeführt hat, was dieser angeblich gesagt habe. Es ist kaum davon auszugehen, dass Herr E\_\_\_\_, würde er als Zeuge befragt, von dieser in der Replik festgehaltenen Darstellung seiner Arbeitgeberin abweichen würde. Seiner Aussage käme daher bloss ein geringer Beweiswert zu und sie vermöchte am dargestellten Ergebnis nichts zu ändern. Von der Einvernahme Herrn E\_\_\_\_s als Zeuge ist abzusehen.

2.7.2 Am dargestellten Ergebnis ändern auch die von der Rekurrentin mit ihrer Rekursbegründung ins Feld geführten unterschiedlichen Konfektionsgrössenraster nichts. Die Grössentabellen der Firma B\_\_\_\_ unterscheiden zwischen Grössenangaben für Herren und solchen für Frauen. Sowohl bei den Frauen als auch bei den Herren führt die Grössentabelle von B\_\_\_\_ diverse in Europa gebräuchliche Grössenraster auf (Rekursbeilage 8, S. 1 und 2). Die Rekurrentin macht geltend, dass die von ihr angebotenen Grössen 42-66 dem in Deutschland gebräuchlichen Raster entspreche. Dazu ist aber zu bemerken, dass die Firma B\_\_\_\_ auch für Deutschland (resp. die Ländergruppe DE-NL-PL-HR-IT-CZ) von einem anderslautenden Raster für Damengrössen ausgeht (startend bei 32; vgl. Rekursbeilage 8). Auch in der Tabelle «Die richtige B\_\_\_\_ Grösse» sind einerseits Konfektionsgrössen 44-60 aufgeführt und andererseits Damen-Konfektionsgrössen 32-50 (Rekursbeilage 10). Aus der Offerte mit den darin aufgeführten Grössen 42-66 ist daher auch unter Berücksichtigung der Grössenraster für die genannte Ländergruppe nicht abzuleiten, dass die Rekurrentin auch die Lieferung von Hosen in den geforderten Damen-Konfektionsgrössen angeboten hätte. Schliesslich führt auch die von der Rekurrentin eingereichte Tabelle der «marktüblichen Umrechnungen» (Rekursbeilage 11) einerseits Herrengrössen startend bei 40/42 und andererseits Damengrössen startend bei 32/34 auf. Die Vergabestelle ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass in der Offerte die Lieferung von Hosen mit den Grössenangaben Unisex-Grössen 38-58 oder europäische Damengrössen 38-42 nicht zugesichert ist.

2.7.3 Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. 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 (statt vieler VGE VD.2019.132 vom 27. März 2020 E. 2.3.2 mit zahlreichen Hinweisen). Das Verwaltungsgericht greift in das behördliche Ermessen nur dann ein, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat und in diesem Sinn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (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. 5.3 und 6.1; VGE VD.2019.132 vom 27. März 2020 E. 2.3.2). Diese Überlegungen gelten auch für die Muss-Kriterien, welche gemäss den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen wie Eignungskriterien zu behandeln sind. Nachdem die Vergabestelle in der vorliegenden Ausschreibung explizit festgelegt hat, dass ein mangelhafter Nachweis der Erfüllung der Muss-Kriterien zum Ausschluss vom Verfahren führt, ist sie aufgrund des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots bei der Beurteilung der Offerten daran gebunden. Der Verfahrensausschluss ist in dieser Situation weder überspitzt formalistisch noch verstösst er gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Entgegen der Darstellung der Rekurrentin wäre es nicht zulässig, der Rekurrentin zu ermöglichen, die

fehlenden Grössen nachträglich zu offerieren. Solches ginge über eine zulässige Offertbereinigung hinaus und würde eine unzulässige Nachbesserung darstellen.

2.8 Da es im vorliegenden Fall bereits an einem den Muss-Kriterien entsprechenden Hauptangebot fehlt, kann grundsätzlich offen bleiben, ob die Vergabestelle zu Recht auch zusätzlich die Variante 1 sowie die Variante 2 der Rekurrentin (eigenständig) vom Verfahren ausgeschlossen hat. Die Rekurrentin macht selber nicht geltend, dass die beiden Varianten die für die Hauptofferte erforderlichen zwingenden Spezifikationen erfüllen würden. Sie geht vielmehr davon aus, dass Varianten mit abweichenden Qualitätsmerkmalen und abweichender Ausgestaltung zulässig wären. Mit der günstigeren Variante 2 werde eine Sparmöglichkeit aufgezeigt und mit der teureren Variante 1 werde ein Plus an Komfort und/oder Leistung zu einem attraktiven Preis angeboten. Da die Varianten somit unbestrittenermassen den zwingenden Spezifikationen für die Hauptofferte nicht entsprechen, können sie auch nicht an deren Stelle treten. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass weder die Vergabebehörde noch die Anbietenden dazu berechtigt sind, den in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen definierten Beschaffungsgegenstand nachträglich zu ändern, indem sie ihn als Variante deklarieren. Varianten werden sachlich durch die Definition des Beschaffungsgegenstands in den Ausschreibungsunterlagen beschränkt. Verlangt wird die funktionelle Gleichwertigkeit der technischen Anforderungen an die Unternehmervariante einerseits und die Grundofferte andererseits. Insgesamt hat also die Variante die von der Vergabebehörde vorgegebenen (technischen oder anderen) Minimalstandards zu erfüllen und dem Beschaffungsgegenstand zu entsprechen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 756). Wenn die Vergabebehörde wie hier für das zu beschaffende Produkt zwingende Muss-Kriterien festlegt, wäre die Vergabe an einen Anbietenden auf der Basis einer Variante, welche diese Muss-Kriterien nicht erfüllt, aufgrund des Gleichbehandlungsgebots nicht zulässig. Auch die Rekurrentin zeigt nicht auf, wie in einem solchen Fall die für die Vergabe erforderliche Vergleichbarkeit der Offerten hergestellt werden sollte. Im Ergebnis kann die Frage hier aber offenbleiben, da es bereits an einer die Muss-Kriterien erfüllenden Hauptofferte mangelt.

### **E. 3**

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten zu tragen.

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