

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00367 vom 27. Juli 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-07-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00367

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00367 du 27 juillet 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00367 del 27 luglio 2017

Regeste

Submission (Los 1) | Submission. Ausschluss aus dem Verfahren. Eine Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, kann sich nicht noch nachträglich, während des Beschwerdeverfahrens, auf einen bei der Vergabe bereits bestehenden Ausschlussgrund berufen (E. 5.1). Vorliegend ergibt sich aus den Akten - insbesondere daraus, dass die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin nicht in die Gesamtbewertung einbezog -, dass sich die Vergabebehörde bereits im Submissionsverfahren für den Ausschluss entschieden hatte (E. 5.3). Die Rechtsfolge des Ausschlusses gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG ist nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt (E. 6.1). Werden einzelne als Mussanforderungen bezeichnete Vorgaben nicht erfüllt, so führt dies nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren (E. 6.3). Die Beschwerdeführerin hat ein Musskriterium nicht erfüllt (E. 6.4 f.). Die in der Ausschreibung als Musskriterium bezeichnete Vorgabe erweist sich als sachlich begründet (E. 6.6). Die Vergabebehörde durfte auf die Angaben in der Offerte abstellen (E. 6.7). Es bestand keine Pflicht der Vergabebehörde, der Beschwerdeführerin (noch ein zweites Mal) Gelegenheit zur Nachbesserung der Offerte zu geben; der Ausschluss erweist sich als verhältnismässig (E. 6.8). Es bestehen keine genügenden Anhaltspunkte zur Annahme, dass das Angebot der Mitbeteiligten hätte ausgeschlossen werden müssen; abgesehen davon würde die Beschwerdeführerin hieraus keinen Vorteil erreichen (E. 7). Kosten- und Entschädigungsfolgen unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips (E. 10). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2017.00367 VB.2017.00368 Urteil der 1. Kammer vom 27. Juli 2017
Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Regina Meier. In Sachen A GmbH, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerin, und D AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission (Los 1 und Los

E. 2

Verfahren können vereinigt werden, wenn mehrere Begehren den gleichen Sachverhalt betreffen und dieselben Rechtsfragen aufwerfen (§ 71 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit Art. 125 lit. c der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008). Eine Vereinigung ist insbesondere dann angezeigt, wenn sich die Rechtsmittelbegehren gegen dieselbe Verfügung richten (Martin Bertschi/Kaspar Plüss in:

Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 50–60). Vorliegend richten sich die beiden Beschwerden gegen dieselbe Verfügung der Beschwerdegegnerin, mit welcher diese über den Zuschlag bezüglich beider Lose entschieden hat. Entsprechend rechtfertigt sich eine Vereinigung der Verfahren VB.2017.00367 und VB.2017.00368.

E. 3.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 VRG). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin richtet sich mit ihren Beschwerden gegen die Nichtberücksichtigung bzw. gegen den Ausschluss ihres Angebots und beantragt, den Zuschlag ihr zu erteilen, eventuell die Sache zur erneuten Beurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Würde das Angebot der Beschwerdeführerin in die Bewertung einbezogen, so lässt sich ohne nähere Prüfung jedenfalls nicht sagen, sie hätte keine Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist grundsätzlich zu bejahen.

E. 4

Mit der Beantwortung der Beschwerden präzisierte die Beschwerdegegnerin ihre Auffassung dahingehend, dass die Offerte der Beschwerdeführerin bezüglich beider Lose ein Musskriterium nicht erfüllt habe. Entgegen den beiden Pflichtenheften habe die Beschwerdeführerin keine Massnahmen bei erhöhter Sternpunktbelastung vorgeschlagen und keinen Mehrpreis angegeben. Auch auf Nachfrage durch die Vergabebehörde habe die Beschwerdeführerin keine Massnahmen angeboten. Deshalb habe ihr Angebot aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen und sei auf eine abschliessende Bewertung des Angebots verzichtet worden.

E. 5

Die Beschwerdeführerin stellt sich zunächst in formeller Hinsicht auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin könne sich im Beschwerdeverfahren nicht neu auf einen Ausschlussgrund berufen.

E. 5.1

Zwar trifft es zu, dass sich eine Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, nicht noch nachträglich, während des Beschwerdeverfahrens, auf einen bei der Vergabe bereits bestehenden Ausschlussgrund berufen kann (vgl. VGr, 8. März 2006, VB.2005.00286, E. 2.5; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 452).

E. 5.2

Der vorliegenden Streitsache liegt indessen folgender Sachverhalt zugrunde: Unter Hinweis auf das beigelegte Blatt "Submissionsergebnis" teilte die Beschwerdegegnerin der Mitbeteiligten mit Schreiben vom 24. Mai 2017 mit, dass der Zuschlag an die Mitbeteiligte erfolgt sei. Zur Begründung wurde bezüglich der Mitbeteiligten angeführt, diese habe die Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Im Schreiben an die Beschwerdeführerin wurde einerseits darauf hingewiesen, dass die Mitbeteiligte das günstigste Angebot eingereicht habe; zudem führte die Beschwerdegegnerin offenkundig bezüglich der Offerte der Beschwerdeführerin aus, zu Punkt A 1.2 1200 bis 1250 sei kein Lösungsvorschlag eingereicht worden und es fehlten die Angaben zu einem allfälligen Mehrpreis unter Berücksichtigung der Einhaltung der geforderten Erwärmung. Diese Mitteilung stellt zwar keine explizite Ausschlussverfügung dar. Immerhin kann der Hinweis auf den fehlenden Lösungsvorschlag samt Mehrpreis aber als Hinweis auf ein unvollständiges Angebot verstanden werden.

E. 5.3

Massgebend ist vorliegend aber Folgendes: Aus den Vergabeakten der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin zunächst in die Bewertung einbezog, jedoch anschliessend nicht in eine Gesamtbewertung. Dies ergibt sich deutlich aus dem Vergabeantrag vom 16. Mai 2017: In Ziffer 4 (S. 2) wird unter Hinweis auf die Eignungskriterien sowie auf die Details zur Technik und zum Preisblatt festgehalten, dass noch vier Firmen zur Endauswertung geblieben seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin gehörte nicht dazu. Dem Vergabeantrag liegen die Bewertungen bei; daraus ergibt sich klar, dass die abschliessenden Bewertungen ohne das Angebot der Beschwerdeführerin erfolgten. Damit ist die Vergabebehörde offenkundig von einem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin ausgegangen. Ging die Beschwerdegegnerin somit im Zeitpunkt des Vergabeentscheids bereits davon aus, das Angebot der Beschwerdeführerin sei zur abschliessenden Bewertung nicht zuzulassen, also vom Verfahren auszuschliessen, so kann nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin habe sich in unzulässiger Weise nachträglich auf einen Ausschlussgrund berufen. Vielmehr ist im Gegensatz zum zitierten Urteil vorliegend davon auszugehen, dass sich die Beschwerdegegnerin bereits im Submissionsverfahren für den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin entschieden hat. Damit ist zu prüfen, ob der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin materiell zulässig ist.

E. 6.1

Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

E. 6.2

Ziffer 25 der Submissionsbedingungen hält unter dem Titel "Eignungskriterien und Nachweise" Folgendes fest: "Der Anbieter / die Anbieterin muss die untenstehenden Eignungskriterien erfüllen und nachweisen, um bei der Evaluation berücksichtigt zu werden. Erfüllt ein Anbieter / eine Anbieterin eines oder mehrere dieser Eignungskriterien nicht, so wird sein Angebot vom Verfahren ausgeschlossen." Zur Technischen Leistungsfähigkeit wird unter anderem ausgeführt: "Einhaltung der Normen und Vorschriften gemäss Stand der Technik und insbesondere gemäss Dokumente 5, technisches Pflichtenheft (Muss-/Eignungs-kriterien." Eingangs der Pflichtenhefte (Pflichtenheft b betreffend Los 1 und Pflichtenheft 5a betreffend Los 2) wurde Folgendes vermerkt: "Angaben im Pflichtenheft, welche gelb markiert sind, gelten als 'Musskriterien'. Angebote, in welchen diese Punkte nicht vollumfänglich berücksichtigt sind, werden vom Submissionsverfahren ausgeschlossen." Sodann wurde im Pflichtenheft 5b der Titel A.1.2 "Bemessungsdaten" gelb markiert und neben den Positionen 1200–1350 die Erstellung einer Variante verlangt mit besonderen Sternpunktbelastungen (S. 7). Dasselbe erfolgte im Pflichtenheft 5a; die Erstellung einer Variante wurde neben den Positionen 1200–1250 verlangt (S. 6).

E. 6.3

Musskriterien und Eignungskriterien sind keine identischen Begriffe. Nur letztere, nicht aber die Musskriterien, betreffen direkt die Eignung des Anbieters (vgl. Galli et al., S. 251, Rz. 582). Werden einzelne bei der Produkteumschreibung gemäss Ausschreibungsunterlagen als Mussanforderungen bezeichnete Vorgaben nicht erfüllt, so führt dies nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben an das Produkt müssen sachlich begründet sein. Der Vergabebehörde kommt indessen, wie bei der Bewertung von Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., S. 241, Rz. 564).

E. 6.4

Vorliegend steht ein Musskriterium infrage: Gemäss der Systematik der Ausschreibung waren die Anbieter unter Androhung des Ausschlusses verpflichtet, für bestimmte Situationen der Sternpunktbelastung eine Variante zu erstellen, die hierfür notwendigen Massnahmen zu dokumentieren und den Mehr-/Minderpreis im Preisblatt auszuweisen (Pflichtenheft 5b S. 7, Pflichtenheft 5a S. 6).

E. 6.5

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, mit ihrem System halte sie die geforderten Sternpunktbelastungen ein. Damit nimmt sie den Standpunkt ein, ihr Angebot erfülle das infrage stehende Musskriterium. Bereits ihre Bemerkungen in den eingereichten Pflichtenheften legen allerdings nahe, dass sie für den Fall der Sternpunktbelastung "Übertemperaturen" im Öl und in der Wicklung in Kauf nahm und – weil höhere Temperaturen grundsätzlich erlaubt seien – auf die Erstellung einer Variante verzichtete. Dies bestätigen sodann ihre Beschwerden, wo auf die Erfüllung der Industrie-Norm IEC 60076 verwiesen wird. In den vorliegend massgeblichen Pflichtenheften war die maximale Erwärmung in den Wicklungen und im Öl aber zwingend vorgegeben (S. 8 Ziffer A 1.5 "Erwärmung" im Pflichtenheft 5b bzw. S. 7 Ziffer A 1.5 "Erwärmung" im Pflichtenheft 5a). Im Hinweis der Beschwerdeführerin auf eine allgemeine Zulässigkeit höherer

Temperaturen kann kein Vorschlag für eine Massnahme, wie sie das Pflichtenheft verlangt, erblickt werden kann. Das Angebot erweist sich mithin als unvollständig, was einen Ausschluss nach § 4a Abs. 1 IVöB- BeitrittsG grundsätzlich rechtfertigt.

E. 6.6

Wie gesehen, stellt sich damit weiter die Frage, ob sachliche Gründe für die strittige Anforderung – hier für die Ausarbeitung einer Variante – vorliegen. Nach Darstellung der Beschwerdegegnerin soll mit den verlangten Massnahmen sichergestellt werden, dass die maximal zulässige Erwärmung gemäss Pflichtenheft bei erhöhter Sternpunktbelastung nicht überschritten wird. Dies sei insoweit relevant, als die Temperatur des Transformators dessen Lebensdauer bestimme. Diese Ausführungen erscheinen als plausibel. Auch wenn die Temperaturen gemäss der von der Beschwerdeführerin aufgegriffenen technischen Richtlinie höher sein dürfen, ist es der Vergabebehörde unbenommen, im Interesse einer längeren Lebensdauer der Transformatoren einen Vorschlag zu verlangen, der auch bei erhöhter Sternpunktbelastung die Vorgaben der Ausschreibung einhält. Die Beschwerdeführerin stellt denn auch nicht substantiiert in Abrede, dass höhere Temperaturen einen Einfluss auf die Lebensdauer haben. Der Hinweis, dass verschiedene andere Umstände die Lebensdauer (ebenfalls) beeinflussen, greift zu kurz und spricht nicht dagegen, dass (auch) die Höhe der Temperaturen relevant ist. Zusammengefasst ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die Ausarbeitung einer Lösung bei erhöhter Sternpunktbelastung als wesentliches Musskriterium verlangt hat.

E. 6.7

Die Beschwerdeführerin stellt sich schliesslich auf den Standpunkt, die Einreichung einer Variante sei für ihr Produkt entbehrlich gewesen. Dazu macht sie mit der Replik geltend, der von ihr angebotene Transformator halte die vorgegebenen Höchstwerte bei erhöhter Sternpunktbelastung ohnehin ein. Damit stellt sie sich jedoch in klaren Widerspruch zu ihren Ausführungen im Vergabeverfahren. Zunächst müssen ihre bereits erwähnten handschriftlichen Hinweise in den Pflichtenheften dahingehend verstanden werden, dass es bei erhöhter Sternpunktbelastung zu Übertemperaturen gegenüber den Vorgaben in den Pflichtenheften kommen würde. Zudem bringt die Stellungnahme der Beschwerdeführerin in der 2. Fragerunde deutlich zum Ausdruck, dass sie in ihrem Angebot bei erhöhter Sternpunktbelastung von Temperaturen ausging, die im Widerspruch zu den Vorgaben gemäss Ziffer A 1.5 der Pflichtenhefte stehen. Wenn die Beschwerdeführerin heute geltend macht, ihr Produkt erfülle auch die Temperaturvorgaben des Pflichtenhefts, so ist sie damit verspätet: Die Beschwerdegegnerin durfte und musste vielmehr auf die Angaben der Beschwerdeführerin in der Offerte bzw. in der Fragerunde abstellen. Nachträgliche Vorbringen zur Präzisierung des Angebots sind grundsätzlich nicht zulässig, erst recht nicht im Beschwerdeverfahren. Damit zielen auch die weiteren Ausführungen ins Leere, mit welchen die Beschwerdeführerin den Ausschluss unter Hinweis auf die behauptete Erfüllung der Vorgaben als unverhältnismässig rügt. Bleiben die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Qualität ihres Produkts unmassgeblich, so erübrigt sich auch die beantragte Einholung eines Gutachtens. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Beschwerdeführerin ein zulässiges Musskriterium nicht erfüllt hat. Jedenfalls liegt die diesbezügliche Auffassung der Beschwerdegegnerin innerhalb des Ermessens, wie er der Vergabebehörde bei der Beurteilung, ob ein Musskriterium erfüllt ist, zusteht (vgl. vorn E. 6.3). Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung mit der Replik nur insoweit ergänzt werden darf, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass

geben (Galli et al., Rz. 1287, S. 636; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 52 N. 34). Die Rüge wäre deshalb aus formeller Sicht mit der Beschwerdebeurteilung vorzutragen gewesen.

E. 6.8

Aus dem erwähnten Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. vorn E. 6.1) kann sich eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amts wegen auf Fehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt grundsätzlich voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a; VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1; je mit weiteren Hinweisen). Von einem überspitzten Formalismus ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Mangel auf ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist (vgl. VGr, 23. März 2017, VB.2017.00048, E. 3.6; 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 7). Die Vergabebehörde muss zudem vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.2 mit Hinweisen; 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2).

E. 6.8.1

Die Vergabebehörde hat der Beschwerdeführerin am 9. Mai 2017 eine kurze Frist bis zum Folgetag angesetzt, um die fehlende Lösung gemäss Pflichtenheft nachzureichen. Kurz vor Fristablauf machte die Beschwerdeführerin – wie bereits erwähnt – geltend, eine höhere Öl- und Wicklungstemperatur sei erlaubt; sofern die Vergabestelle bei erhöhter Sternpunktbelastung keine höhere Temperatur wünsche, sei die Beschwerdeführerin gerne bereit, das Design anzupassen und einen Mehrpreis zu berechnen. Es stellt sich an sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt berechtigt gewesen war, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Nachreichung einer Variante zu geben, nachdem die Beschwerdeführerin offensichtlich bewusst auf eine solche verzichtet hat. Ein offensichtliches Versehen lag damit aufseiten der Beschwerdeführerin nicht vor. Die Frage kann jedoch – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen – offengelassen werden.

E. 6.8.2

Wie gesehen hat die Beschwerdeführerin die Gelegenheit zur Nachreichung einer Lösung bei erhöhter Sternpunktbelastung nicht wahrgenommen. Dabei vermochte sie nicht aufzuzeigen, dass es ihr innert Frist nicht möglich gewesen wäre, eine solche Lösung anzubieten. Im Antwort-E-Mail ersuchte die Beschwerdeführerin denn auch nicht etwa um eine Fristerstreckung. Im Ergebnis sagte die Beschwerdeführerin in ihrer Antwort vielmehr, sie könne eine Lösung bei erhöhter Sternpunktbelastung liefern, falls die Beschwerdegegnerin dies wünsche. Diese Aussage machte wenig Sinn, nachdem die Vergabebehörde in ihrer Anfrage vom 9. Mai 2017 eine solche Lösung eben gerade verlangt hatte. Angesichts dieses Verhaltens der Beschwerdeführerin war die Vergabebehörde nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin noch ein zweites Mal Gelegenheit zur Nachreichung einer Lösung bei erhöhter Sternpunktbelastung einzuräumen.

E. 6.8.3

Bestand somit keine Pflicht der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin nochmals Gelegenheit zur Nachbesserung der Offerte zu geben, so erscheint der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht als überspitzt formalistisch. Die Nichtberücksichtigung des Angebots erweist sich insgesamt als verhältnismässig.

E. 7

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, das Angebot der Mitbeteiligten hätte ausgeschlossen werden müssen. Im Pflichtenheft ist unter dem Titel 1 1.2 "Bemessungsdaten" (Musskriterium) in der Position 530 die Schaltgruppe "YNyn0" erforderlich (Pflichtenheft 5a S. 4; Pflichtenheft 5b S. 4). Nach Meinung der Beschwerdeführerin hält das Angebot der Mitbeteiligten dieses Musskriterium nicht ein. Die Mitbeteiligte hat in ihrer Offerte die Schaltgruppe YNyn0 bestätigt. Die Beschwerdeführerin vermochte nicht substantiiert aufzuzeigen, dass hier ein relevantes Kriterium nicht erfüllt wäre. Auch aus den Unterlagen der Vergabebehörde ergeben sich keine dahingehenden Hinweise. Die Fragen an die Mitbeteiligte betreffend ihr Angebot hatten keinen Bezug zur Schaltgruppe. Es bestehen damit – wiederum unter Berücksichtigung des Ermessens der Vergabebehörde bei der Beurteilung der Musskriterien – keine genügenden Anhaltspunkte zu Annahme, dass das Angebot der Mitbeteiligten wegen Missachtung einer wesentlichen Anforderung vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Abgesehen davon könnte die Beschwerdeführerin aus einem Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten keinen Vorteil erreichen – in diesem Fall würde das zweitplatzierte Angebot nachrücken und würde sich an der Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin nichts ändern.

E. 8

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin mangels Erfüllung eines Musskriteriums zu Recht nicht berücksichtigt bzw. implizit vom Verfahren ausgeschlossen hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Bewertung der Angebote. Da die diesbezüglichen Unterlagen folglich nicht relevant sind für den vorliegenden Entscheid, ist im Interesse des Geheimnisschutzes auf eine weitergehende Akteneinsicht, wie sie die Beschwerdeführerin replicando verlangt hat, von vornherein zu verzichten.

E. 9

Mit dem vorliegenden Entscheid werden die Anträge der Parteien betreffend die aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

E. 10.1

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG primär nach dem Unterliegen. Auch wenn die Beschwerde abzuweisen ist, erschiene es hier jedoch unbillig, der Beschwerdeführerin die gesamten Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Die Vergabebehörde hat das Beschwerdeverfahren durch die unklare Formulierung des Absageschreibens an die Beschwerdeführerin vom 24. Mai 2017 mitverursacht. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Gerichtsverfahrens nach dem Verursacherprinzip der Beschwerdegegnerin zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRG). Die andere Hälfte der Gerichtskosten ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit der geleisteten Kautions von insgesamt Fr. 6'000.- zu verrechnen; der Restbetrag der Kautions ist der Beschwerdeführerin zu vergüten.

E. 10.2

Entsprechend ihrem Unterliegen hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Auch der Vergabebehörde bleibt eine

Parteientschädigung versagt, da sie in der Sache zwar obsiegt, das Verfahren jedoch angesichts der unklaren Mitteilung vom 24. Mai 2017 mit verursacht hat (zur Geltung des Verursacherprinzips bei der Festsetzung der Parteientschädigungen vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.).

E. 11

Da der Wert der zu vergebenden Lieferung im Umfang von rund Fr. 2,5 Mio. den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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