

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00450 vom 15. November 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00450

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00450 du 15 novembre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00450 del 15 novembre 2018

Regeste

Submission | Beschwerde gegen Ausschluss und Zuschlag betreffend VBZ-Uniformen: Mangelnde Eignung, unvollständiges Angebot, Nichterfüllung von Musskriterien. Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt grundsätzlich als sachliches Eignungskriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen (E. 5.3). Anbietende können bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (E. 6.1). Die Gerichtspraxis lässt zwar zu, dass die Vergabebehörde auch Referenzobjekte berücksichtigt, welche von einer Rechtsvorgängerin der Anbieterin bzw. einem früher einer anderen Unternehmung zugehörigen Geschäftsbereich ausgeführt worden sind. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend jedoch nicht. Die Referenzobjekte der Beschwerdeführerin erfüllen die Anforderungen nicht. Gestützt auf die Unterlagen durfte die Vergabebehörde davon ausgehen, dass die Mitbeteiligte die Eignungskriterien erfüllt (E. 7.3). Zudem durfte sie, anstatt das Angebot deren wegen Unvollständigkeit auszuschliessen, die getroffenen Nachfragen tätigen (E. 7.4 ff.). Eine Missachtung des Transparenz- oder des Gleichbehandlungsgebots, die zu einer Aufhebung des Zuschlags und zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens führen würde, ist zu verneinen (E. 8). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl.

BGE 141 II 14 E. 4.9). Die Beschwerdeführerin rügt den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem preislich deutlich tieferen Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht eine ungenügende Begründung der Ausschlussverfügung geltend. Zuschlagsentscheid und Ausschlussverfügung bedürfen, wie alle anfechtbaren Vergabeentscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Die Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort vom 3. September 2018 ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit der Replik umfassend zu diesen Gründen zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung allenfalls erwachsen konnte, gilt damit als geheilt (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen). Wieweit die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Gründe stichhaltig sind, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen.

E. 3.2

Aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt sich sodann, dass der rechtlich erhebliche Sachverhalt aufgrund der Parteivorbringen und den vorliegenden Akten ausreichend erstellt ist. Es besteht entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin kein Anlass für den Beizug weiterer Akten oder zur Vornahme von Beweisabnahmen im Sinn von § 7 VRG (vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [VRG-Kommentar], § 7 N. 10).

E. 4

Die Beschwerdegegnerin hat das Angebot der Beschwerdeführerin an erster Stelle wegen "mangelnder Eignung" von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen. Sodann ging die Beschwerdegegnerin von einem unvollständigen Angebot aus bzw. von der Nichterfüllung von Musskriterien.

E. 4.1

Die Beschwerdegegnerin hatte in den massgeblichen Ausschreibungsbedingungen drei Eignungskriterien genannt, wobei die Nichterfüllung eines Kriteriums zum Ausschluss eines Anbietenden führen würde. Die Ausschreibungsbedingungen hielten unter dem Titel "Eignungskriterien" an gleicher Stelle weiter fest, dass die Eignung der Anbietenden aufgrund deren Angaben sowie der Referenzen beurteilt werde. Geprüft werden die fachliche Leistungsfähigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die technische und organisatorische Leistungsfähigkeit. Dabei war die fachliche Leistungsfähigkeit aufgrund von mindestens zwei Referenzobjekten des Anbieters zu überprüfen. Für die Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen und organisatorischen Leistungsfähigkeit waren verschiedene Unterlagen

einzureichen. Weiter erwähnte die Beschwerdegegnerin unter dem Titel "Musskriterien" unerlässliche Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand; die Musskriterien seien in den technischen Spezifikationen und im Fragekatalog als solche ausgewiesen; bei der Nichterfüllung von Musskriterien werde der Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen.

E. 4.2.1

Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1; VGr, 19. April 2018, VB.2018.00019, E. 3.1.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 557 ff. und 564 ff.).

E. 4.2.2

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 sowie VGr, 27. Juli 2017, VB.2017.00367, E. 6.3; 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1; je mit weiteren Hinweisen; Galli et al., S. 241 Rz. 564).

E. 5.1

Gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin habe die verlangte Eignung der Anbieterinnen und die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands (Musskriterien) in den Ausschreibungsunterlagen zu einschränkend formuliert. Ein wirksamer Wettbewerb sei damit verunmöglicht worden.

E. 5.2

Erscheint nach Einreichung der Angebote kein wirksamer Wettbewerb garantiert, so besteht für die Vergabebehörde grundsätzlich die Möglichkeit, das Verfahren gemäss § 37 Abs. 1 lit. c SubmV abzuberechnen.

E. 5.3

Ist von sachlichen Eignungskriterien auszugehen, so darf aus einer geringen Zahl von Bewerbern bzw. geeigneten Bewerbern allerdings nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden; diese gilt selbst dann, wenn bloss einer der Anbietenden übrigbleibt (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.3.3; 27. März

2017, VB.2017.00098, E. 3.4.2). Vorliegend waren gemäss der Beurteilung durch die Beschwerdegegnerin zwei von vier Anbieterinnen auszuschliessen, womit neben der Mitbeteiligten das Angebot der Firma E AG im Rennen blieb. Wie die Erwägungen zur Eignung bzw. zur Erfüllung der Musskriterien durch die Mitbeteiligten aufzuzeigen, musste ihr Angebot nicht ausgeschlossen werden (unten E. 7).

E. 5.4

Sodann beanstandet die Beschwerdeführerin konkret das Eignungskriterium 1 (Referenzen) als zu anspruchsvoll.

E. 5.4.1

Gemäss den Ausschreibungsbedingungen hatten die Anbieter zwei Referenzobjekte aufzuführen. Dabei musste eines der zwei Referenzobjekte die Ausrüstung der formellen, repräsentativen Dienstbekleidung eines ÖV-Unternehmens, einer Fluggesellschaft oder eines Flughafenbodenpersonals beinhalten. Zudem musste eines der zwei Referenzprojekte nachweislich eine Logistikhösung mit Vollkommissionierung pro Mitarbeiter beinhalten. Erlaubt war die Angabe von laufenden Projekten, wobei die Erstausrüstung bereits erfolgt sein musste; abgeschlossene Projekte durften nicht mehr als fünf Jahre zurückliegen. Die Anzahl der ausgestatteten Mitarbeiter musste mindestens 500 betragen.

E. 5.4.2

Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen (vgl. statt vieler VGr, 30. Juli 2015, VB.2015.00365, E. 4.1). Sie kann namentlich dazu geeignet sein, die in der Submissionsverordnung unter anderem genannte fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit (§ 22 Abs. 2 SubmV) zu belegen. Es liegt zwar auf der Hand, dass Eignungskriterien wie "Erfahrung" oder "Vorweisen von Referenzarbeiten" etablierte Unternehmungen bevorzugen (vgl. etwa Claudia Schneider Heusi, Die Umsetzung des internationalen Rechts im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz und speziell im Kanton Zürich, Zürich etc. 2003, S. 58). Soweit diese Anforderungen jedoch durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies für neu gegründete Unternehmungen zur Folge hat, dass sie die nötige Erfahrung und das Vertrauen der Kundschaft – genau wie im privaten Geschäftsverkehr – zunächst mit kleineren oder einfacheren Aufträgen erwerben müssen (VGr, 4. Februar 2016, VB.2015.00736, E. 3.3.3; Galli et al., S. 259 Rz. 596).

E. 5.4.3

Die Beschwerdegegnerin hat angesichts der Grösse des Auftrags und der verlangten verschiedenen Uniformteile plausibel dargelegt, dass vorliegend die Erfahrung ein wichtiges Eignungskriterium ist. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass die für die Referenzobjekte gemachten Vorgaben nicht sachgerecht oder aus anderen Gründen unzulässig wären.

E. 5.5.1

Bezüglich der Musskriterien ist festzuhalten, dass das vergebende Gemeinwesen bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung im Rahmen einer sachgerechten Bedürfnisabklärung weitgehend frei ist. Die Vergabestelle darf aber bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorschreiben (VGr, 28. März 2007, VB.2006.00309, E. 5 = BEZ 2007 Nr. 23; RB 2001 Nr. 47 =

BEZ 2002 Nr. 11; VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00373, E. 3.5; 16. Januar 2013, VB.2012.00628, E. 6.2; 24. April 2013, VB.2012.00862, E. 5.3; 29. Mai 2013, VB.2013.00116, E. 6). Vorliegend geht es nicht um die Vorgabe eines bestimmten Produktes oder Fabrikates, sondern beispielsweise um die Vorgabe bestimmter Gewebearten, zu deren Beschaffung jedoch grundsätzlich jeder Anbietende Zugang hat und folglich offerieren kann.

E. 5.5.2

Im Verlauf des Vergabeverfahrens hat sich gezeigt, dass keine der Anbieterinnen sämtliche Musskriterien erfüllt hat. Insofern war die Ausschreibung diesbezüglich offenbar in der Tat zu einschränkend formuliert und relativierte die Beschwerdegegnerin deshalb die Anforderungen. Da die Nichterfüllung einzelner Musskriterien nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren führen muss (vgl. vorn E. 4.2.2), stand eine solche Relativierung im Interesse des wirksamen Wettbewerbs. Es ist darauf zurückzukommen (unten E. 8.4.1).

E. 5.6

Die Beschwerdeführerin machte in der Beschwerdeschrift bezüglich der Ausschreibungsunterlagen in diesem Zusammenhang weiter geltend, die Vorgaben seien auf die Produkte der Firma F GmbH als Zulieferantin der Mitbeteiligten zugeschnitten worden. Die Firma F GmbH hat ein eigenes Angebot eingereicht. Es ist somit nicht ersichtlich, dass die Mitbeteiligte bei der Ausschreibung mitgewirkt hätte bzw. dass ihr eine allfällige Mitwirkung der Firma F GmbH anzurechnen wäre. Eine Vorbefassung der Mitbeteiligten ist zu verneinen. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass mit dem Vorgehen der Beschwerdegegnerin nur Produkte der Firma F GmbH hätten angeboten werden können bzw. dass diesbezüglich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorgelegen hätte.

E. 5.7

Zusammenfassend ist demnach davon auszugehen, dass die Ausschreibungsbedingungen – mit der Relativierung der Musskriterien nach Eingang der Angebote – nicht in einer Weise einschränkend formuliert waren, dass ein wirksamer Wettbewerb verhindert war. Auch wenn ein Abbruch des Verfahrens allenfalls zulässig gewesen wäre, bestand für die Beschwerdegegnerin keine dahingehende Pflicht.

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, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

E. 6.2

Als ersten Grund für den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin nennt die Beschwerdegegnerin die Nichterfüllung des Eignungskriteriums Referenzen. Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Auffassung, sie erfülle das Kriterium mit den von ihr in der Offerte genannten Referenzaufträgen.

E. 6.3

Als Referenz 1 bezeichnete die Beschwerdeführerin die Uniformierung der Firma G. Wie sich auf Nachfrage ergab, handelt es sich hierbei nicht um eine Referenz der Beschwerdeführerin, sondern um eine solche der Firma H AG. Dies stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede, macht aber geltend, Dreh- und Angelpunkt für die seinerzeitige Auftragserteilung der Firma G an die H AG seien die Personen I und J gewesen, die nun für die Beschwerdeführerin tätig seien.

E. 6.3.1

Die Gerichtspraxis lässt es zu, dass die Vergabebehörde auch Referenzobjekte berücksichtigt, welche von einer Rechtsvorgängerin der Anbieterin bzw. einem früher einer anderen Unternehmung zugehörigen Geschäftsbereich ausgeführt worden sind (VGr, 14. Juli 2016, VB.2016.00267, E. 3.4; 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.2.1; 18. Dezember 2002, VB.2002.00241, E. 4b/aa). Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend jedoch nicht: Die H AG ist offenbar an Dritte verkauft worden. Wenn in der Folge der frühere Inhaber der H AG eine neue Bekleidungsfirma (die A AG) gründete, so liegt darin offensichtlich keine Nachfolgefirma. Es handelt sich bei der Beschwerdeführerin um eine neu und selbständig gegründete Firma, die erst ab 2017 über eigene Aufträge und anrechenbare Referenzen verfügen kann.

E. 6.3.2

Das Verwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid immerhin festgehalten, dass eine (mit dem Übergang von Firmen bzw. von Geschäftsbereichen) vergleichbare Situation vorliege, wenn eine grössere Zahl von Mitarbeitenden – darunter auch solche in Führungspositionen – ihren alten Arbeitgeber verlassen haben, um eine neue Unternehmung zu gründen. Bei den gegebenen Umständen sei es nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde im Rahmen ihres Ermessens Referenzobjekte zugelassen habe, an welchen ein wesentlicher Teil der Mitarbeitenden der Mitbeteiligten während ihrer Anstellung bei einer anderen Unternehmung beteiligt gewesen seien (VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 3.3). Diese Formulierung zeigt auf, dass der Entscheid über die Zulässigkeit der Referenz in solchen Fällen weitgehend im Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde liegt. Vorliegend sind zudem kaum Verhältnisse ersichtlich, die sich mit denjenigen im soeben zitierten Entscheid vergleichen lassen. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend ausführt, hat I die Zeichnungsberechtigung bei der Firma H AG bereits im Jahr 2011 aufgegeben. Vorliegend, wo die Beschwerdeführerin – abgesehen von I und vom Geschäftsführer J – keine Angaben bezüglich der Übernahme von weiteren Personen aus der Firma H AG machte, erscheint es gerade bei einem Personalbestand von über 100 Beschäftigten als nachvollziehbar und zulässig, die Referenz für die Firma H AG aussen vor zu lassen. Zudem hat die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie für den infrage stehenden Auftrag nicht Personenreferenzen, sondern Unternehmensreferenzen verlangt hat.

E. 6.3.3

Ist die Referenz 1 der Firma G der Beschwerdeführerin somit nicht anzurechnen, so erfüllt diese die Referenzanforderungen nicht. Denn auch die zweite Referenz erfüllt die Anforderungen der Ausschreibungsbedingungen offensichtlich nicht: Bei den zu liefernden Regenjacken an die Firma M handelt es sich weder um die repräsentative Dienstbekleidung des Unternehmens noch bestehen Hinweise auf das Vorliegen einer Logistikköschung mit Vollkommissionierung. Abgesehen davon durfte die Beschwerdegegnerin durchaus davon ausgehen, dass im Zeitpunkt der Offerteingabe eine "Erstausrüstung" gemäss den Anforderungen noch nicht erfolgt sei. Auch die weiteren eingereichten Referenzen 3–5 erfüllen die gestellten Anforderungen nicht, allein schon deshalb nicht, weil keine der Referenzen die einmal verlangte Ausrüstung eines ÖV-Unternehmens, einer Fluggesellschaft oder eines Flughafenbodenpersonals beinhaltet.

E. 6.4

Bei diesem Ergebnis ist es nicht relevant, ob ein Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin auch wegen Unvollständigkeit des Angebots bzw. wegen Nichterfüllung von Musskriterien als gerechtfertigt erscheint. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin diesbezüglich unzutreffende Annahmen getroffen hätte, würde dies an der Zulässigkeit des Ausschlusses wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums Referenzen nichts Massgebliches ändern.

E. 6.5

Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin gegen ihren Ausschluss auch nichts Entscheidendes aus dem Umstand abzuleiten, dass die Vergabebehörde ihr Angebot zunächst qualitativ bewertet hat. Wohl ist es der Vergabebehörde unter Umständen verwehrt, sich nach erfolgtem Zuschlagsentscheid nachträglich auf den Ausschluss eines beschwerdeführenden Anbieters zu berufen (vgl. VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2.3; 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E 2.2 Abs. 3; Galli et al., S. 203 Rz. 452). Vorliegend statuierte die Beschwerdegegnerin den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin bereits im Beschluss des Stadtrats vom 11. Juli 2018 unmissverständlich, weshalb kein rechts- und vertrauenswidriges Verhalten vorliegt.

E. 7

Weiter ist die Frage aufzuwerfen, ob auch das Angebot der Mitbeteiligten hätte ausgeschlossen werden müssen.

E. 7.1

Bezüglich der Referenzen (Eignungskriterium 1) ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung auf die eingeholten Auskünfte abzustellen ist und – wo diese schweigen – ersatzweise auf die Angaben der Mitbeteiligten in der Offerte abgestellt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Vergabebehörde, sofern keine begründeten Zweifel an den Angaben einer Anbieterin ersichtlich sind, keine Pflicht hat, die Richtigkeit der Referenzangaben zu überprüfen oder sich bei den Referenzgebern nach der Leistung zu erkundigen (VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.3, mit Hinweisen). Bei der Referenz 1 (Unternehmen K) erfolgte die Erstausrüstung im Jahr 2013 und seither flussend; pro Jahr werden 100 bis 150 Mitarbeiter ausgerüstet. Bei der Referenz 2 (Betrieb L) erfolgte die Erstausrüstung 2017. Der Auftrag umfasst die Ausrüstung von 600 Mitarbeitern. Laut Referenzauskunft handelt es sich um eine Vollkommissionierung. Bei beiden Referenzen sind fehlende Angaben nicht ersichtlich; sie erfüllen damit die vier für beide Referenzen geforderten Kriterien. Sodann handelt es sich bei der ersten Referenz

um eine solche im Flugbusiness und bei der zweiten um eine Referenz mit Vollkommissionierung. Damit erfüllt das Angebot der Mitbeteiligten das Eignungskriterium Referenzen vorbehaltlos.

E. 7.2

In Bezug auf des Eignungskriteriums 2 "Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" ist die Eignung der Mitbeteiligten ebenfalls ohne Weiteres zu bejahen: Die Mitbeteiligte hat die entsprechenden Fragen beantwortet, ein aktueller Betriebsauszug ohne nachteilige Einträge liegt bei den Akten und ebenso der Nachweis über die geforderte Betriebshaftpflichtversicherung. Die Bemerkung der Beschwerdeführerin in der Replik, wonach die Mitbeteiligte als säumige Zahlerin bekannt sei, vermag die Eignung selbstredend nicht ernsthaft infrage zu stellen.

E. 7.3

Für das dritte Eignungskriterium "Technische und organisatorische Leistungsfähigkeit" legten die Ausschreibungsbedingungen fest, dass diese aufgrund folgender Kriterien bzw. Nachweise überprüft werde: - Organigramm des Anbieters - QS-Zertifikate oder Beschreibung des eigenen QS-Systems - Umwelt-Zertifikate oder Beschreibung des eigenen Umwelt-Management-Systems - Bestätigung über die Bereitschaft und Möglichkeiten Massgrößen und Sondermassanfertigungen herzustellen - Bestätigung über die Einhaltung der Lieferzeiten - Nachweise über die Einhaltung der ILO Kernarbeitsnormen in der Konfektion mittels der ausgewiesenen Zertifikate oder Mitgliedschaften im Dokument 3.3 Nachhaltigkeit und Bestätigung der Einhaltung in den zwei anderen Produktionsstufen (Rohstoffherstellung und Textilproduktion) im Dokument "Fragenkatalog".

E. 7.3.1

Gemäss der Vollständigkeits- und Eignungsprüfung durch die Vergabebehörde hat die Mitbeteiligte die Eignungsprüfung erfüllt. Im Einzelnen bejahte die Beschwerdegegnerin das Erfordernis "Tabelle Nachhaltigkeit ausgefüllt und unterzeichnet". Das entsprechende Dokument befindet sich im Angebotsordner der Mitbeteiligten. Für die verschiedenen Uniformteile bejahte die Beschwerdegegnerin die Erfüllung jeweils bezüglich der Zeilen 1 und 4 und vermerkte bezüglich der Zeilen 2 und 3 verschiedene Zertifikate. Bezüglich Gürtel vermerkte sie in den Zeilen 1 und 3 Zertifikate, in Zeile 2 "Konfektion Schweiz" und in Zeile 4 "Ja". Bezüglich der Bestätigungen vermerkte die Beschwerdegegnerin, dass keine Anteile und keine Variante Biobaumwolle sowie kein Nachweis "mulesingfreie Wolle" vorliege; im Übrigen bejahte sie die Anforderungen. Sodann bejahte sie unter dem Titel "Eignung" die Erfüllung durch die Mitbeteiligte in den Positionen "Organigramm", "QS-Zertifikate oder Beschreibung eigenes QS-System", Umwelt-Zertifikate oder Beschreibung eigenes U-M-S", "ILO-Kernarbeitsnormen", "Lieferzeiten ..." und "Sondergrößen/Massanfertigungen". Im Offertordner der Mitbeteiligten befindet sich namentlich ein Organigramm, die Darstellung von Prozessabläufen sowie eine Bestätigung der Mitbeteiligten betreffend die ökologischen und sozialen Vorgaben (Nachhaltigkeit und soziale Verantwortung), worin sie die geltenden rechtlichen Vorgaben in Bezug auf Umwelt und Arbeitsstandards sowie Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz einzuhalten anerkennt. Ferner enthält das Angebot zahlreiche Zertifikate. Schliesslich bejahte die Mitbeteiligte die Einhaltung der Lieferfristen und ihre Bereitschaft, Sondermassanfertigungen herzustellen. Gestützt auf diese Unterlagen durfte die

Vergabebehörde davon ausgehen, dass die Mitbeteiligte das Eignungskriterium "Technische und organisatorische Leistungsfähigkeit" erfüllt. Wenn keine Biobaumwolle und keine mulesingfreie Wolle angeboten wurde, ändert dies nichts Entscheidendes; ein dahingehendes Erfordernis kann den Ausschreibungsbedingungen unter dem Titel der Eignung nicht entnommen werden.

E. 7.4

Die Beschwerdeführerin moniert allerdings, dass die Vergabebehörde der Mitbeteiligten Gelegenheit gegeben hat, fehlende Unterlagen nachzureichen. In diesem Zusammenhang sei die Beschwerdegegnerin aufzufordern, sämtliche Korrespondenz und Unterlagen zur Nachforderung einzureichen.

E. 7.5

Wie sich aus den Akten ergibt, hat die Beschwerdegegnerin das Angebot der Mitbeteiligten zunächst tatsächlich als unvollständig beurteilt und ihr deshalb am 28. Mai 2018 eine Frist von fünf Tagen angesetzt, um verschiedene im einzelnen aufgeführte Unterlagen nachzureichen.

E. 7.5.1

Angebote sind innert Frist schriftlich und vollständig bei der Vergabebehörde einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3). Namentlich wenn die Unvollständigkeit des Angebots wesentliche Punkte betrifft, ist es auszuschliessen (Galli et al., S. 208, Rz. 466). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus kann sich allerdings eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt 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 auch dann auszugehen, wenn der Mangel auf ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist (vgl. VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 7). Dabei muss die Vergabebehörde 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). Dennoch besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will (VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2).

E. 7.5.2

Bezüglich der Eignungskriterien monierte die Beschwerdeführerin, dass die digitale Fassung des Angebots fehle, dass das Dokument 3.3 (Nachhaltigkeit) nicht ausgefüllt sei sowie dass der Nachweis QMS/Umwelt fehle. Bei all diesen drei Punkten geht es hauptsächlich um formale Anforderungen, nämlich einerseits um die zusätzliche Einreichung des Angebots in digitaler Form sowie andererseits um Qualitäts-Zertifikate bzw. Qualitätsnachweise. Gegen die Zulässigkeit der Nachreichung solcher Angaben bestehen weniger Bedenken als beispielsweise gegenüber der Nachreichung von Referenzen (vgl. dazu VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.5; 16. November 2017, VB.2017.00495,

E. 4.3.4).

E. 7.5.3

Erläuterungen eines Anbieters, welche auf Anfrage der Vergabebehörde nachträglich ergehen, dürfen nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Angebots nach Offertöffnung zu ändern. Unklarheiten in der Offertstellung könnten sonst dazu missbraucht werden, bestimmte Leistungsinhalte absichtlich offenzulassen, um das Angebot nachträglich, in Kenntnis der Konkurrenzofferten, anzupassen. Aus diesem Grund kommt eine nachträgliche Präzisierung eines Angebots nur infrage, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar ist (RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25, VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348 E. 5c/bb; 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 3b; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.6; Galli et. al, N. 710 ff.). Erläuterungen müssen sich auf die Interpretation des bereits vorliegenden Angebots beschränken und dürfen nicht zu nachträglichen Änderungen des Leistungsinhalts führen (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.4.2; 4. Juli 2014, VB.2014.00240, E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 7.5.4

Wenngleich die Beschwerdegegnerin mit der Nachfrage vom 28. Mai 2018 und der Zulassung der folglich nachträglich übermittelten Unterlagen eine eher grosszügige Praxis verfolgte, so kann in diesem Vorgehen noch keine Rechtswidrigkeit erblickt werden. Es lässt sich nicht sagen, dass die Vergabebehörde ihr Ermessen bei der Bewertung der Eignung, wozu auch der Entscheid gehört, welche Dokumente für die Eignungsbeurteilung noch zugelassen werden, überschritten hätte. Angesichts der verschiedenen unterbliebenen Angaben in der Offerte wäre es zwar wohl auch vertretbar gewesen, von der Gelegenheit zur Nachreichung von Unterlagen bzw. zur Beantwortung von Fragen abzusehen und das Angebot der Mitbeteiligten aus dem Verfahren auszuschliessen. Allein dass dies ebenfalls möglich gewesen wäre, macht das gegenteilige Vorgehen nicht unzulässig und unrechtmässig.

E. 7.6

Auch bezüglich der Musskriterien hat die Mitbeteiligte mehrere verlangte Angaben unterlassen, nämlich Angaben zu den Scheuertour-Werten, die Qualitätszusammensetzung der Steppweste, Angaben zur Fädigkeit und Garnigkeit der Strickjacke. Sodann muss aus den Nachfragen geschlossen werden, dass die Mitbeteiligte nicht hellblaue Hemd/Blusen, sondern solche in der Farbe Anthrazit angeboten hat. Auf entsprechende Anfrage der Beschwerdegegnerin bestätigte die Mitbeteiligte, dass sie Hemden/Blusen in hellblau zum gleichen Preis liefern könne. Weitere Nachfragen ergeben sich aus besagtem Mail der Beschwerdegegnerin vom 28. Mai 2018. Auch diese Nachfragen bezüglich der Musskriterien erscheinen nicht als unzulässig. Dabei ist namentlich in Betracht zu ziehen, dass es sich um eine umfangreiche und komplexe Ausschreibung mit zahlreichen Anforderungen handelte. Dies macht die unterbliebene Einreichung einzelner Unterlagen oder Angaben eher nachvollziehbar als bei einer leicht überschaubaren Beschaffung. Dementsprechend erlauben sich bei einer komplexen Ausschreibung auch eher Nachfragen zu mehreren Punkten als bei einem einfachen Vergabeverfahren.

E. 7.7

Insgesamt ist davon auszugehen, dass das Vorgehen der Beschwerdegegnerin keine Rechtsverletzung darstellt. Die Beschwerdegegnerin durfte, anstatt das Angebot der

Mitbeteiligten wegen Unvollständigkeit auszuschliessen, die getroffenen Nachfragen tätigen.

E. 8

Würde die Nachreichung von Unterlagen durch die Mitbeteiligte dennoch als unzulässig qualifiziert bzw. wäre ihr Angebot ebenfalls vom Verfahren auszuschliessen, so fällt zunächst Folgendes in Betracht:

E. 8.1

Ein Ausschluss der Mitbeteiligten ist per se nicht geeignet, der Beschwerdeführerin einen Vorteil im vorliegenden Verfahren zu verschaffen: Da ihr Angebot die Eignungskriterien nicht erfüllt, vermögen ihre Anträge um Berücksichtigung ihres Angebots nicht durchzudringen. Der Ausschluss ihres Angebots erfolgte rechtmässig, weshalb keine Grundlage dafür besteht, ihr den Zuschlag zu erteilen oder die Vergabebehörde anzuweisen, die Leistungen aufgrund einer erneuten korrekten Bewertung der Angebote zu vergeben.

E. 8.2

Die blosser Aufhebung des Zuschlags an die Mitbeteiligte würde sodann an der Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin nichts ändern, da in diesem Fall das zweitplatzierte Angebot der Firma E AG nachrücken würde. Die Beschwerdeführerin machte denn auch nicht geltend, dieses Angebot hätte vom Verfahren (ebenfalls) ausgeschlossen werden müssen. Bei dieser Sach- und Rechtslage erübrigen sich jedenfalls Ausführungen zur Bewertung der beiden Angebote gemäss den Zuschlagskriterien. Damit bleibt auch irrelevant, weshalb beim Angebot der Mitbeteiligten – wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält – eine Preisdifferenz zwischen dem Offertöffnungsprotokoll und dem Vergabeentscheid besteht. Dahingehende Abklärungen sind entbehrlich.

E. 8.3

Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Zuschlagsverfügung entsprechend dem Subeventualbegehren (Antrag 5) der Beschwerde aufzuheben ist mit der Anweisung an die Beschwerdegegnerin, das Vergabeverfahren neu durchzuführen.

E. 8.4

Wie gesehen ist nicht von einer zu strengen Handhabung der Eignungskriterien auszugehen, sodass der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden ist. Zu prüfen ist jedoch, ob das Ausschreibungsverfahren und insbesondere die Beurteilung der Angebote hinsichtlich der Eignungs- und Musskriterien unter Verletzung des Transparenz- oder des Gleichbehandlungsgebots erfolgte, was bei entsprechender Tragweite zur Wiederholung des gesamten Verfahrens führen muss (vgl. VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.612, E. 4.3; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.3).

E. 8.4.1

Im Gegensatz etwa zum zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Dezember 2017 hat die Vergabebehörde vorliegend nicht weitgehend identische Sachverhalte ungleich behandelt: Die Beschwerdeführerin wurde wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums Referenzen vom Verfahren ausgeschlossen. Demgegenüber ist dem Angebot der Mitbeteiligten nicht die Eignung, sondern die Nichterfüllung weniger gewichtiger Musskriterien abzusprechen. Wie in Erwägung 5.5.2 erwähnt, hatte die

Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsbedingungen eine grosse Zahl der Anforderungen als Musskriterien bezeichnet, diese nach Eingang der Offerten aber teilweise relativiert. Die Beschwerdegegnerin räumt ein, keine der Anbieterinnen habe sämtliche Musskriterien gemäss Ausschreibung erfüllt. Sie habe deshalb auf die Erfüllung gewisser Musskriterien verzichtet. Dafür besteht für die Vergabebehörde ein gewisser Spielraum (vgl. vorn E. 4.2.2). Die ausführlichen Darlegungen der Beschwerdegegnerin zur Relevanz der Musskriterien sowie zur Nichterfüllung von Musskriterien durch die Beschwerdeführerin und durch die Mitbeteiligte sind nachvollziehbar. Jedenfalls sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin eine Abschwächung der Musskriterien ungleich zugunsten der Mitbeteiligten mit Auswirkungen auf die Vergabe vorgenommen hätte. Angesichts der Beschreibung des Vorgehens ist auch eine Verletzung des Transparenzgebots zu verneinen.

E. 8.4.2

Sodann trifft es zwar zu, dass die Beschwerdegegnerin bezüglich der Unterlagen zur Eignung sowie bezüglich der Musskriterien nur bei der Mitbeteiligten, nicht aber bei der Beschwerdeführerin nachgefragt hatte. Auch hieraus kann die Beschwerdeführerin jedoch keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung ableiten: Durfte die Beschwerdegegnerin davon ausgehen, dass die Eignung der Beschwerdeführerin angesichts der ungenügenden Referenzen nicht gegeben ist, so erübrigten sich Nachfragen betreffend die Erfüllung von Musskriterien durchaus. Ebenso wenig bestand Anlass für eine Nachfrage beim Eignungskriterium Referenzen; die Beschwerdeführerin macht selbst nicht geltend, sie hätte über weitere, seinerzeit nicht eingereichte Referenzen verfügt, welche die Vorgaben gemäss den Ausschreibungsbedingungen erfüllt hätten.

E. 8.4.3

Als nicht nachvollziehbar und als Ungleichbehandlung rügt die Beschwerdeführerin auch, dass bei der Mitbeteiligten bei Abgabe des Angebots noch nicht alle Subunternehmer festgestanden hätten. Sie zeigt allerdings nicht auf, inwiefern darin ein wesentlicher Mangel des Angebots liegen würde. Zudem liesse sich auch hieraus nicht auf einen mit dem Fehlen der verlangten Referenzen qualitativ vergleichbaren Mangel schliessen.

E. 8.4.4

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die technischen Spezifikationen in der Ausschreibung seien ungenau gewesen. Tatsächlich handelt es sich hierbei jedoch um Ungenauigkeiten, die von ihrem Gehalt her keine Verletzung des Transparenzgebots bewirken, die zu einer Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens führen müsste. Zu Recht weist die Beschwerdegegnerin im Übrigen darauf hin, dass der Beschwerdeführerin bei Unklarheiten das Fragerecht offen gestanden hätte (§ 17 Abs. 1 SubmV).

E. 8.4.5

Zusammengefasst ist eine Missachtung des Transparenz- oder des Gleichbehandlungsgebots, die zu einer Aufhebung des Zuschlags und zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens führen müsste, zu verneinen. Demzufolge ist die Beschwerde auch insofern abzuweisen, als eine Neudurchführung des Vergabeverfahrens beantragt wird.

E. 9

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 10.1

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Plüss, § 13 N. 59). Wie sich aus den Ausführungen zur Sache ergibt, hat die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsbedingungen eine grosse Zahl der Anforderungen als Musskriterien bezeichnet und dies hernach teilweise relativiert. Mit diesem zwar rechtlich noch zulässigen, jedoch umständlichen und nicht auf Antrieb durchschaubaren Vorgehen hat sie nach allgemeiner Lebenserfahrung mit zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde beigetragen. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte aufzuerlegen.

E. 10.2

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Ausnahmsweise können jedoch – analog zur Kostenverlegung – auch die Parteientschädigungen unter (Mit)-Berücksichtigung des Verursacherprinzips zugesprochen werden (vgl. Plüss, § 17 N. 25 ff.). Vorliegend ist neben dem Unterlieger- und dem Verursacherprinzip zu beachten, dass der Beschwerdeführerin mit Erstattung der Beschwerdeschrift und der Replik ein erheblicher Aufwand entstanden ist. Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur die ausreichende Begründung der angefochtenen Anordnungen nachgereicht. Dies rechtfertigt es, der Beschwerdeführerin zulasten der Gegenpartei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.- für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen.

E. 11

Da der Wert der zu vergebenden Lieferungen den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019), 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.