

chen Ausschreibung und im Begleitschreiben zu den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen hat, das Risiko, dass das zugestellte Angebot rechtzeitig beim Empfang eintreffe, liege beim Anbieter. Die Zuschlagsempfängerin hat die Verspätung unstreitig selbst verursacht, indem sie die Angebote offensichtlich verwechselt und der jeweils falschen Vergabestelle hat zukommen lassen, was erst bei der Offertöffnung bemerkt wurde. Das Versehen und die daraus resultierenden Konsequenzen mögen für die Zuschlagsempfängerin bedauerlich sein; dies trifft aber in gleicher Weise auf einen Anbieter zu, dessen Angebot nur wenige Minuten nach Ablauf der Eingabefrist bei der Vergabestelle eintrifft. Auch in einem solchen Fall ist der Ausschluss zwingend und lässt sich nicht mit dem Hinweis auf das Verbot des überspitzten Formalismus abwenden.

39 Eignungskriterien; nachträgliche Lockerung, Rechtsgleichheit

Erfüllt keines der Angebote die Eignungskriterien und kann nicht gesagt werden, die Anbieter oder einzelne davon seien zur Ausführung des Auftrags überhaupt nicht geeignet, so liegt es – jedenfalls in einem Einladungsverfahren – im Ermessen der Vergabestelle, das Verfahren als Ganzes zu wiederholen oder sich auf eine (rechtsgleiche) Relativierung der Anforderungen im laufenden Verfahren zu beschränken.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 11. November 2013 in Sachen A. AG gegen Stadt B. (WBE.2012.174).

Aus den Erwägungen

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung durch die nachträgliche Abänderung und Lockerung wesentlicher Eignungskriterien.

4.2.

Die (fachliche, finanzielle, organisatorische etc.) Leistungsfähigkeit der Anbieter muss in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 558 ff. mit Hinweisen; AGVE 1998, S. 372). Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 628 ff.). Ihr kommt aber sowohl bei der Wahl und Formulierung als auch der Anwendung und Bewertung der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, 564; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. Februar 2012 [VD.2011.119], Erw. 2.2). Wer die Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt, wird in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen (vgl. § 28 Abs. 1 lit. a SubmD). Wie bereits ausgeführt haben Eignungskriterien vorab im offenen und selektiven Verfahren ihre Bedeutung, können aber auch in einem Einladungsverfahren zur Anwendung kommen.

4.3.

Die Eignungsprüfung durch die Vergabebehörde führte vorliegend zum Ergebnis, dass alle fünf Anbieter die Kriterien "Schlüsselpersonen" und "Projektreferenzen Implementierung und Unterhalt Webauftritt" adäquat erfüllten, nicht aber das Kriterium "Kompetenzen und Referenzen Online-Marketing". Zwei Anbieter (u.a. auch die Beschwerdeführerin) verfügten zwar über die verlangten beiden SEO-Referenzen, wiesen aber nur je eine als genügend qualifizierte SMM-Referenz auf. Bei zwei Anbietern (u.a. der Zuschlagsempfängerin) waren die geforderten SMM-Referenzen vorhanden, jedoch fehlten die SEO-Referenzen ganz oder teilweise. Eine Anbieterin verfügte weder über ausreichende SEO-Referenzen noch über ausreichende SMM-Referenzen.

Weiter stellte die Vergabebehörde bei der Bedingungsprüfung fest, dass drei der fünf Angebote den beim Lösungskonzept verlangten Mindest-Erfüllungsgrad von 95% nicht erreichten. Die Zu-

schlagsempfängerin erzielte nach ihrer Beurteilung einen Erfüllungsgrad von 94.36% und die Beschwerdeführerin einen solchen von 94.00%.

Da somit keines der Angebote die Eignungskriterien nach Auffassung der Vergabestelle vollumfänglich erfüllte und drei Angebote auch den geforderten Erfüllungsgrad von mindestens 95% nicht erreichten, folglich bei sämtlichen Angeboten ein Ausschlussgrund vorlag, entschied sich die Vergabestelle für eine Herabsetzung der Eignungsanforderungen (beim Kriterium "Kompetenzen und Referenzen Online-Marketing" genügten nun mindestens zwei Referenzen, die SMM oder SEO enthielten); zugleich reduzierte sie den verlangten Mindest-Erfüllungsgrad auf 93%. Dies hatte zur Folge, dass nun sämtliche fünf Anbieter die modifizierten Anforderungen erfüllten.

4.4. (...)

4.5.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Vergabestelle auch im Fall, dass alle Anbieter einen Ausschlussgrund erfüllten, die ursprünglichen Anforderungen nicht lockern dürfen, sondern das Verfahren abbrechen und neu durchführen müssen. Auch diesem Standpunkt ist nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass die Vergabebehörde grundsätzlich an die Ausschreibungsunterlagen und damit auch an die von ihr festgelegten und bekannt gegebenen Eignungs- und sonstigen Ausschlusskriterien gebunden ist und diese nicht nachträglich nach Belieben abändern darf (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 628 ff. mit Hinweisen). Insbesondere ist eine nachträgliche Relativierung der Anforderungen untersagt, um auf diese Weise einem bestimmten Angebot, das richtigerweise auszuschliessen wäre, den Verbleib im Verfahren zu ermöglichen. Dies stellt klarerweise eine unzulässige Begünstigung eines Anbieters dar (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 5. Dezember 2006 [2006-016], Erw. 3e; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 630 mit Hinweis). Im vorliegenden Fall wären indessen alle fünf Anbieter, wie dargelegt auch die Beschwerdeführerin, auszuschliessen gewesen, da sich bei jedem aufgrund des ursprünglichen Pflichtenhefts ein

Ausschlussgrund verwirklicht hatte, ohne dass allerdings gesagt werden kann, die betroffenen Anbieter oder einzelne davon seien zur Ausführung des Auftrags überhaupt nicht geeignet. Die Relativierung der Anforderungen hatte somit nicht den Zweck, ein einzelnes Angebot zu begünstigen, sondern diene der Vermeidung des als nutzlos und als Zeitverschwendung erachteten Abbruchs. Von der Lockerung haben alle fünf Anbieter, auch die Beschwerdeführerin, in vergleichbarer Weise profitiert; eine Benachteiligung oder rechtsungleiche Behandlung hat nicht stattgefunden. Bei einer Konstellation wie der vorliegenden, wo kein gültiges Angebot vorliegt, muss es – jedenfalls für ein Einladungsverfahren – im Ermessen der Vergabestelle liegen, ob sie das Verfahren entweder als Ganzes wiederholen oder sich auf eine (rechtsgleiche) Relativierung der Anforderungen im laufenden Verfahren beschränken will. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch Folgendes: Wäre es der Vergabebehörde vorliegend nur darum gegangen, durch ihr Vorgehen einen bestimmten Anbieter zu begünstigen, wäre es ihr wohl unbenommen gewesen, den Auftrag gestützt auf § 8 Abs. 3 lit. b SubmD freihändig an den favorisierten Anbieter zu vergeben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin war die Vergabebehörde selbstredend auch nicht verpflichtet, die Zustimmung der Anbieter zu ihrem Vorgehen einzuholen oder diesen sogar Gelegenheit zu geben, ihr Angebot neu zu kalkulieren.

4.6. (...)