
Kantonsgericht

Praxis des Luzerner Verwaltungsgerichts (ab 1.6.2013: Kantonsgericht) im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts: Stand Februar 2014

von Dr. iur. Daniel Gsponer, Kantonsrichter

Vorbemerkung

Die nachfolgende Darstellung soll eine Übersicht über die seit Februar 2012 ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern (ab 1.6.2013: Kantonsgericht) vermitteln, ohne dass sie Anspruch auf Vollständigkeit erheben will. Insbesondere werden diejenigen Urteile, welche ausschliesslich auf der Basis der bereits in früheren Jahren dargestellten Rechtsprechung erlassen wurden, nicht (nochmals) kommentiert.

Inhaltsverzeichnis

A.	Vergabeverfahren	2
I.	Ausschreibungspflichtige Gemeinwesen.....	2
II.	Verfahrenswahl.....	2
	1. Grundsätzliches.....	2
	2. Wahl eines höherstufigen Verfahrens	2
	3. Zerstückelungsverbot	2
	4. Bauwerkregel	2
III.	Schwellenwert	3
	1. Der Wert einer Beschaffung.....	3
	2. Bauhaupt- oder Baunebengewerbe	3
	3. Anforderungen an die Schätzung des Auftragswerts	4
IV.	Bewertung einer Offerte.....	4
	1. Einholung von Referenzen	4
	2. Beizug einer externen Fachperson	4
V.	Ausschluss aus dem Verfahren	5
	1. Fehlende Ausschlussverfügung.....	5
	2. Abweichungen von der Ausschreibung	5
	3. Anforderungen an den Ausschluss einer Anbieterin	6
VI.	Abbruch eines Verfahrens	6
B.	Beschwerdeverfahren	6
I.	Anfechtbare Verfügung bei umstrittener Verfahrenswahl	6
II.	Beschwerdelegitimation bei umstrittener Verfahrenswahl	7
III.	Akteneinsicht vor und während des Beschwerdeverfahrens	7
IV.	Zuschlagsempfängerin verstösst gegen Vergabegrundsätze.....	8

A. Vergabeverfahren

I. Ausschreibungspflichtige Gemeinwesen

Gemäss § 1 Abs. 2 lit. b öBG unterstehen auch "Gemeinden, die Gemeindeverbände und andere Trägerinnen und Träger kommunaler Aufgaben" diesem Gesetz. Die Vergabehörde, eine Wasserversorgungsgenossenschaft (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1a) bzw. eine Korporation (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1a), erfüllten jeweils mit Blick auf ihren Auftrag, für die Sicherstellung der Wasserversorgung auf einem bestimmten Gebiet besorgt zu sein, eine öffentliche Aufgabe. Deren Umsetzung stand im öffentlichen Interesse. Sie waren damit Trägerinnen einer kommunalen Aufgabe im Sinn von § 1 Abs. 2 lit. b öBG und fielen unter den Geltungsbereich des öBG (Urteile des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1a und V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1a).

II. Verfahrenswahl

1. Grundsätzliches

Für die Wahl des richtigen Verfahrens ist zum einen die Art des zu vergebenden Auftrags, zum anderen der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen massgebend (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2).

2. Wahl eines höherstufigen Verfahrens

Die Vergabehörde ist befugt, ein jeweils höherstufiges Verfahren zu wählen, als im konkreten Einzelfall erforderlich wäre. Entscheidet sie sich für die Durchführung eines höherstufigen Verfahrens, ist sie an die Bestimmungen dieser Verfahrensart gebunden und hat dieses korrekt durchzuführen.

Konkret hielt die Vergabehörde in den Ausschreibungsunterlagen Folgendes fest: "Art des Verfahrens: Einladungsverfahren". Zudem umschrieb sie die Modalitäten des Angebots in einer Weise, die nur in formellen Verfahren, nicht aber bei einer freihändigen Vergabe üblich sind. Deshalb und in Anbetracht des unmissverständlichen Hinweises, dass ein Einladungsverfahren durchgeführt werde, hatte die Vergabehörde nach aussen hin in verbindlicher Weise klargestellt, dass ein solches Einladungsverfahren zur Anwendung gelangt. Dementsprechend wäre sie an die Vorschriften des Einladungsverfahrens gebunden gewesen, selbst wenn ein freihändiges Verfahren zulässig gewesen wäre (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 3).

3. Zerstückelungsverbot

Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit der Vergabevorschriften zur Wahl der Verfahrensart zu umgehen (§ 2 Abs. 3 öBV; Art. 7 Abs. 1 BöB [SR 172.056.1]). Dieses so genannte Zerstückelungsverbot verbietet künstliche Aufteilungen von im Grunde zusammengehörenden Leistungen auf mehrere Aufträge bzw. Vergaben und gilt auch, aber nicht nur für Bauaufträge (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2).

4. Bauwerkregel

Die so genannte Bauwerkregel geht weiter als das Zerstückelungsverbot und gebietet nicht nur das Zusammenrechnen der Schätzwerte von künstlich auseinandergehaltenen Bauleistungen, sondern die wertmässige Zusammenfassung sämtlicher Bauaufträge, die im Rahmen eines technisch und wirtschaftlich einheitlichen Ganzen vergeben werden.

Die Bauwerkregel ist im BöB ausdrücklich normiert. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BöB hinsichtlich der Frage, ob der Schwellenwert für Bauaufträge erreicht wird, nicht der Wert des einzelnen Auftrags, sondern deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend. Bei der Bauwerkregel handelt es sich demnach um eine bauauftragsspezifische Sonderregel, die bestimmt, wie der für die Schwellenwertbestimmung massgebliche Schätzwert von Bauaufträgen zu ermitteln ist. Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die wirtschaftliche und technische Gesamtfunktion eines Vorhabens entscheidend für die Beurteilung, ob ein Bauwerk vorliegt (BVGer-Urteil B-913/2012 vom 28.3.2012, E. 4.2.1, mit Hinweis auf BVGer-Urteil B-2778/2008 vom 20.5.2009, E. 2.4.1).

Diese Bauwerkregel zeitigt aber nur dann Wirkungen, wenn das relevante Bauwerk insgesamt oberhalb des staatsvertraglichen Schwellenwerts liegt (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 IVöB). Bei der Prüfung der Frage, ob der staatsvertragliche Schwellenwert erreicht ist, gilt es daher bei einer Mehrheit von Bauaufträgen innerhalb eines einheitlichen Bauwerks, die nicht alle für sich genommen schon den staatsvertraglichen Schwellenwert erreichen, entsprechend der Bauwerkregel zumindest probeweise eine Addition aller einzelnen Schätzwerte vorzunehmen. Erreicht oder übersteigt die Zusammenrechnung der einzelnen Schätzwerte der Bauaufträge den anwendbaren staatsvertraglichen Schwellenwert, so unterstehen sämtliche Bauaufträge, auch wenn sie für sich allein betrachtet darunter liegen, den staatsvertraglichen Regeln, sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Nur wenn die Gesamtsumme kleiner als der staatsvertragliche Schwellenwert für Bauaufträge ist, steht fest, dass die Bauauftragsvergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs bleiben. Diesfalls kommen die Bestimmungen des kantonalen Rechts zur Anwendung, welche den von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich regeln (vgl. dazu Anhang 2 der IVöB). Dabei ist der kantonale Gesetz- und Verordnungsgeber unter Beachtung der allgemeinen Vergabeprinzipien grundsätzlich frei, ob er bei der Berechnung des Schwellenwerts bzw. bei der Ermittlung der anwendbaren Verfahrensart den Wert des Einzelauftrags oder die Gesamtsumme aller Aufträge als massgebend erklärt.

Fazit: Bei der Berechnung des Schwellenwerts im Rahmen einer Vergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist nach luzernischem Recht gemäss § 2 Abs. 1 öBV der Auftragswert des einzelnen Bauauftrags massgebend. Die Bauwerkregel kommt im Nicht-Staatsvertragsbereich daher nicht zur Anwendung (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2).

III. Schwellenwert

1. Der Wert einer Beschaffung

Nach § 2 Abs. 1 öBV entspricht der Wert einer Beschaffung dem geschätzten Wert eines einzelnen Auftrags für eine Lieferung, Dienstleistung oder Baute. Bei der Berechnung ist jede Art der Vergütung, ausgenommen die Mehrwertsteuer, zu berücksichtigen. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist eine objektbezogene Betrachtungsweise massgebend, und zwar im Nicht-Staatsvertragsbereich der Wert eines einzelnen Auftrags. Folglich ist für die Ermittlung des Werts einer Beschaffung auch bei Bauaufträgen auf den einzelnen Auftrag abzustellen (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2a/cc).

2. Bauhaupt- oder Baunebengewerbe

Für die Unterscheidung zwischen Aufträgen im Bauhauptgewerbe und im Baunebengewerbe, bei welchen - wie dargelegt - unterschiedliche Schwellenwerte zu beachten sind, lehnen sich Lehre und Rechtsprechung an die Bestimmungen des Landesmantelvertrags für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) an, was durchaus sachgerecht erscheinen kann. Allerdings ist auch das konkrete Leistungsverzeichnis in den Ausschreibungsunterlagen zu beachten. Namentlich ist

(mit-)entscheidend, welche Leistungen dem konkreten Auftrag ihr "Gepräge" verleihen, und ob diese tatsächliche Tätigkeit dem Bauhaupt- oder dem Baunebengewerbe zu zählen ist. Im konkreten Fall waren die zu beurteilenden Arbeiten im Zusammenhang mit der Verlegung der Wasserleitungen als Auftrag des Baunebengewerbes zu qualifizieren. Da der massgebende Schwellenwert überschritten war, durfte der Auftrag nicht freihändig vergeben werden (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 2).

3. Anforderungen an die Schätzung des Auftragswerts

Die Schätzung des Werts eines einzelnen Auftrags (vgl. § 2 Abs. 1 öBV) ist grundsätzlich nach sachlichen Kriterien und - sofern vorhanden - aufgrund bisher gemachter Erfahrungswerte vorzunehmen. Dabei darf die Vergabebehörde nicht zu knapp kalkulieren, sondern hat den Auftragswert eher in der oberen Bandbreite der Schätzung festzulegen (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2d).

IV. Bewertung einer Offerte

1. Einholung von Referenzen

Die Ausschreibung nennt als zweites Zuschlagskriterium die Qualität mit einem Gewicht von 25 %. Die "Qualität" (vgl. § 5 Abs. 2 öBG) bezieht sich in der Regel auf die angebotenen Güter – oder wie hier – die einverlangte Leistung. Dieses Kriterium kann unter anderem auch mit Referenzangaben nachgewiesen und sachlich beurteilt werden, was von der Rechtsprechung wiederholt bestätigt wurde (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 59 vom 4.5.2011 E. 5; vgl. ferner Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00176 vom 5.10.2012 E. 7).

Was die Bewertung der protokollierten Referenzauskünfte anbelangt, so ist vorzuschicken, dass der Vergabebehörde dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, in welchen das Kantonsgericht grundsätzlich nicht eingreift. Es liegt insofern auch im Ermessen der Vergabeinstanz zu entscheiden, ob bereits eine Referenzliste für eine sachgerechte Bewertung aussagekräftig genug ist oder ob sie einzelne Referenzen noch konkret überprüfen will. Erachtet die Vergabebehörde – wie hier – eine Überprüfung von Referenzen als geboten, hat die Vergabebehörde ihre Sachverhaltsabklärungen aktenkundig zu machen, da sonst eine wirksame Überprüfung des Entscheids weder durch die Parteien noch durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist. Mündlich eingeholte Auskünfte sind daher schriftlich festzuhalten, was insbesondere auch für Referenzauskünfte gilt (vgl. zum Ganzen auch: Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 59 vom 4.5.2011 E. 5).

Im konkreten Fall wurden die entsprechenden Referenzanfragen telefonisch geführt und die Ergebnisse schriftlich protokolliert. Die Zusammenstellungen der Referenzauskünfte pro Unternehmen gaben Aufschluss über die Person und Funktion des Befragers, die drei Referenzobjekte, Bauherr, ausgeführte Arbeiten, Bauzeit, Baukosten, Referenzgeber und dessen Funktion. Die Referenzanfragen enthielten die besprochenen Themenbereiche und die wesentlichen Aussagen dazu. Die Aktennotizen sind vom Befragter datiert und unterzeichnet (vgl. dazu: Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 59 vom 4.5.2011 E. 7b, LGVE 2002 II Nr. 9 E. 6). Sie erfüllten die formellen Anforderungen an entsprechende Notizen zu solchen Referenzanfragen (Urteil des Kantonsgerichts 7H 13 161 vom 12.2.2014 E. 6).

2. Beizug einer externen Fachperson

Der Beizug einer externen Fachperson ist zur Sicherstellung einer fachgerechten Auswertung von Offerten, die - wie hier - ein Spezialwissen erfordert, möglich und zuweilen. Ist dessen Fachkompetenz unbestritten, stand der Vergabebehörde jenes spezielle Fachwissen zur Verfügung, welches für die Beurteilung und Bewertung der Offerten erforderlich ist. Umso mehr hat sich das

Gericht Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn es um fachtechnische Fragen geht (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts V 13 2 vom 16.4.2013 E. 9b).

V. Ausschluss aus dem Verfahren

1. Fehlende Ausschlussverfügung

Die Vergabebehörde erliess keine Ausschlussverfügung (vgl. § 27 Abs. 1 lit. c öBG), doch war darin keine verfahrensrechtliche Verletzung zu erkennen, und zwar aus folgenden Gründen:

Wird eine Anbieterin aus dem Verfahren ausgeschlossen, ist darüber in einer anfechtbaren Verfügung zu befinden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst die Möglichkeit des Erlasses einer separaten Ausschlussverfügung nicht aus, dass das Vorliegen eines allfälligen Ausschlussgrunds auch noch beim Entscheid über die Vergabe (Zuschlagsverfügung) berücksichtigt werden kann (vgl. BGer-Urteil 2P.47/2003 vom 9.9.2003 E. 4). Auch im Luzerner Recht ist keine Pflicht vorgesehen, dass der Entscheid über einen Ausschluss aus dem Verfahren vorgängig oder separat vom eigentlichen Vergabeentscheid zu ergehen habe (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 1 vom 16.2.2011 E. 3d). Die selbständige Anfechtbarkeit bedeutet lediglich, dass die Verfügung über einen Ausschluss bei ihrem Ergehen innert der Beschwerdefrist angefochten werden muss, weil der Überprüfungsanspruch andernfalls verwirkt. Nur in Fällen, in welchen der Ausschluss eines Anbieters tatsächlich vor dem Erlass des eigentlichen Vergabeentscheids verfügt wird, greift die Bestimmung von § 27 Abs. 1 lit. c öBG. Sie beinhaltet indessen keine Verpflichtung für die Vergabebehörde, einen Ausschluss schon vor der Vergabe zu verfügen. Es liegt daher im Ermessen der Behörde, aufgrund der Umstände der konkreten Vergabe zu entscheiden, ob sie über die Ungültigkeit von Offerten vor oder zusammen mit der Zuschlagserteilung befindet. Ein Ausschluss vom Verfahren kann daher entweder in einer separaten Verfügung (vgl. § 27 Abs. 1 lit. c öBG) oder aber implizit durch Nichtberücksichtigung des betreffenden Angebots erfolgen. Voraussetzung für einen lediglich implizit vorgenommenen Ausschluss aus dem Verfahren ist, dass der ausgeschlossene Bewerber dadurch keinen Rechtsnachteil erleidet. Ein solcher war im zu beurteilenden Fall indessen nicht ersichtlich. Wenn der Ausschluss nicht selbständig verfügt wurde, so ist dieser zumindest implizit durch die Zuschlagsverfügung bzw. durch die Vergabe an einen anderen Anbieter vollzogen worden. Diese Zuschlagsverfügung war mithin der bezüglich des Ausschlusses anzufechtende Beschluss (Urteil des Kantonsgerichts V 13 74 vom 8.7.2013 E. 3.2).

2. Abweichungen von der Ausschreibung

Optimierungen des Unternehmers in der Materialbewirtschaftung stellen finanzielle Varianten dar. Deren Zulässigkeit ist von der gleichzeitigen Abgabe eines Grundangebots abhängig. Letzteres bedeutet, dass eine Unternehmervariante einzig zusätzlich zum Amtsvorschlag eingereicht werden darf. Auch wenn dies von der Lehre zuweilen in Frage gestellt wird, sprach in casu sowohl der klare, unangefochten gebliebene Wortlaut der Ausschreibung als auch die sicherzustellende Vergleichbarkeit der Angebote für die Zulässigkeit der notwendigen Einreichung eines Amtsvorschlags. Gerade der Vergleich eines Amtsvorschlags mit eingereichten Varianten ist meist sehr schwierig, sowohl in Bezug auf die (hier nicht massgebliche) qualitative Gleichwertigkeit als auch hinsichtlich des Preises. Der Vergabeinstanz war daher ein Ermessensspielraum bezüglich der Beurteilung eines solchen Variantenangebots zuzugestehen, der zudem vor dem Hintergrund zu sehen war, dass sie bei der Umschreibung des Gegenstands und des Inhalts einer Beschaffung grundsätzlich frei ist (Urteil des Kantonsgerichts V 13 74 vom 8.7.2013 E. 3.5).

Haben die anzuführenden Referenzobjekte minimale Auftragsvolumen zu erfüllen, gilt es diese einzuhalten. Diese Unvollständigkeit des Angebots betrifft die Frage der Eignung und damit einen wesentlichen Aspekt des Vergabeverfahrens. Eignungskriterien sind in der Regel Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 16 Abs. 2 lit. b öBG), wobei auch der

Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist (Urteil des Kantonsgerichts 7H 13 35 vom 13.8.2013 E. 3).

3. Anforderungen an den Ausschluss einer Anbieterin

Anbieterinnen können aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Welches wichtige Gründe sind, hat der Gesetzgeber in einem nicht abschliessenden Katalog aufgeführt (§ 16 Abs. 2 öBG). Ein solcher wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn eine Anbieterin die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (§ 16 Abs. 2 lit. b öBG). Anbieterinnen sind bei klaren oder schweren Verstössen gegen Bestimmungen dieses Gesetzes sogar zwingend vom Verfahren auszuschliessen (§ 16 Abs. 3 öBG). Bei weniger schweren Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in Abs. 2 der genannten Bestimmung steht den Vergabeinstanzen ein gewisses Ermessen zu. Sie haben bei ihrer Entscheidung jedoch das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Verbot des überspitzten Formalismus, aber auch das gerade im Vergabewesen zentrale Gebot der Gleichbehandlung zu beachten (vgl. BGer-Urteil 2P.176/2005 vom 13.12.2005 E. 2.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 1 vom 16.2.2011 E. 3a).

Gelingt es der Vergabebehörde nicht, in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise einen Ausschlussgrund im Beschwerdeverfahren zu belegen (im zu beurteilenden Fall war die geltend gemachte klare Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen aufzuzeigen, welche die gewichtige Folge eines Ausschlusses aus dem Verfahren begründen könnte), ist mit Blick auf die strengen Anforderungen an einen Ausschluss einer Anbieterin aus einem Verfahren von dieser Sanktion abzugehen. Dabei ist es auch nicht die Aufgabe des Gerichts, eine Offerte auf weitere Gründe zu untersuchen, die einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen könnten (Urteil des Kantonsgerichts 7H 13 43 vom 5.11.2013 E. 3).

VI. Abbruch eines Verfahrens

Die Höhe der eingegangenen Offerten schadet der Verfahrenswahl des Auftraggebers so lange nicht, als dieser gutgläubig und sorgfältig geschätzt hat. Ist die Schätzung sachlich vertretbar, kann das Verfahren auf der einmal eingeschlagenen Linie zu einem Abschluss gebracht werden. Wenn sich aber zeigt, dass eine Kostenschätzung von allem Anfang an eindeutig falsch war, ist das Verfahren abzubrechen und zu wiederholen (Urteil des Verwaltungsgerichts V 12 275 vom 11.3.2013 E. 2e).

B. Beschwerdeverfahren

I. Anfechtbare Verfügung bei umstrittener Verfahrenswahl

§ 28 Abs. 1 lit. b öBG sieht vor, dass Verfügungen gemäss § 27 Abs. 1 öBG, zu welchen auch der Zuschlag (lit. a) gehört, innert zehn Tagen seit Zustellung mit Beschwerde beim Kantonsgericht angefochten werden können.

Im zu beurteilenden Fall wurde aber keine formelle Zuschlagsverfügung im Sinn von § 27 Abs. 1 lit. a öBG erlassen, sondern die Nichterteilung des Auftrags lediglich durch ein "Absageschreiben" des beauftragten Ingenieurbüros mitgeteilt. Sie begründete dies damit, dass die Vergabe freihändig erfolgt sei, weshalb von einer begründeten Zuschlagsverfügung habe abgesehen werden dürfen.

Strittig war damit u.a., ob die Beschwerdegegnerin die richtige Verfahrensart gewählt hatte. Daher war die erwähnte Mitteilung des beauftragten Ingenieurbüros bezüglich ihrer Anfechtbarkeit gleich

zu behandeln wie eine Zuschlagsverfügung. Denn selbst wenn keine anfechtbare Verfügung vorliegt, muss für eine am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmung eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine ihrer Ansicht nach unrechtmässige Durchführung eines tieferstufigen Verfahrens bestehen. Wenn eigentlich ein Einladungsverfahren durchzuführen wäre und stattdessen im freihändigen Verfahren vergeben wird und der Zuschlag daher gerade nicht in Form einer anfechtbaren Verfügung erfolgt, kommt dies einer unrechtmässigen Verweigerung einer Verfügung gleich. Diese ist gemäss § 35 Abs. 2 öBG in Verbindung mit § 128 Abs. 4 VRG wie ein förmlicher Zuschlag anfechtbar. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Vorschriften über das anzuwendende Verfahren umgangen und so der Rechtsschutz ausgehöhlt werden könnte (Urteile des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1b und V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1b).

II. Beschwerdelegitimation bei umstrittener Verfahrenswahl

Zur Beschwerde ist grundsätzlich befugt, wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt oder zu Unrecht nicht teilnehmen kann und an der Änderung oder Aufhebung des Anfechtungsgegenstands ein schutzwürdiges Interesse hat (§ 29 Abs. 1 öBG). Das Interesse muss ein individuelles und aktuelles sein; die Wahrung öffentlicher oder ideeller Interessen reicht zur Legitimation nicht aus, ebenso wenig die Verfolgung von Drittinteressen. Nicht berücksichtigte Anbietende sind in der Regel und gemäss Luzerner Praxis zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin zur Offertstellung eingeladen, welche in der Folge auch ein Angebot einreichte. Auch wenn dieses nicht das preislich tiefste Angebot darstellte, war sie legitimiert, sich gegen die Verfahrenswahl zur Wehr zu setzen. Sie hat ihr Beschwerderecht auch nicht verwirkt, indem sie eine Offerte einreichte, ging sie doch nach eigenen Angaben davon aus, dass ein Einladungsverfahren durchgeführt wird. So konnte insbesondere nicht gesagt werden, dass sie ihre Einwände gegen die Verfahrensart zu einem früheren Zeitpunkt hätte geltend machen müssen, da die Ausschreibung (vgl. § 28 Abs. 1 lit. a öBG), nicht aber eine Einladung selbständig anfechtbar ist. Die Beschwerdeführerin war daher zur Rüge befugt, dass die Durchführung eines freihändigen Verfahrens unzulässig sei. Ebenso war sie zum Einwand berechtigt, es hätte ein korrektes Einladungsverfahren durchgeführt werden müssen und die Beschwerdegegnerin habe die entsprechenden Vorschriften missachtet (Urteile des Verwaltungsgerichts V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1c und V 12 275 vom 11.3.2013 E. 1c).

III. Akteneinsicht vor und während des Beschwerdeverfahrens

Der Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht als Teilgehalt des Gehörsanspruchs bestimmt sich primär nach kantonalem Recht, subsidiär nach den aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Mindestgarantien. Gemäss spezialgesetzlicher Regelung für das Vergabeverfahren in § 25 Abs. 1 Satz 1 öBG sind Anbieterinnen berechtigt, in alle Akten, die ihr Angebot oder ihre Stellung als Anbieterin im Verfahren betreffen, Einsicht zu nehmen, wobei Konkurrenzangebote nicht eingesehen werden können. Im Beschwerdeverfahren gilt das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich uneingeschränkt und richtet sich nach den §§ 48 ff. VRG. Die Einsicht in Aktenstücke kann vom Richter verweigert werden, wenn überwiegende private oder öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 25 Abs. 1 Satz 2 öBG). Dies ist namentlich zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Fall. Der Bund schliesst in Art. 26 Abs. 2 BöB das Akteneinsichtsrecht im Verfügungsverfahren vollständig aus und beschränkt somit das rechtliche Gehör. Das öBG geht nicht so weit, setzt aber im Vergabe- wie im Rechtsmittelverfahren klare Grenzen, damit die Verfahren nicht ausufern. Zwischen dem Transparenz- und dem Vertraulichkeitsgebot besteht mithin ein Zielkonflikt. Mit zu beachten ist auch das im Vergabeverfahren besonders bedeutsame Beschleunigungsgebot.

Der Beschwerdeführerin wurde im Vergabeverfahren nach Erlass der Zuschlagsverfügung trotz Ersuchen keine Akteneinsicht gewährt. Darin war eine Verletzung von § 25 Abs. 1 öBG zu erbli-

cken. Im Verwaltungsgerichtsverfahren hatte die Beschwerdeführerin - mit Ausnahme der eigenen Offerte und jener der Zuschlagsempfängerin - Einsicht in sämtliche Akten erhalten. Dass sie dabei nicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerin, die unter Umständen Geschäftsgeheimnisse enthalten könnte, Einblick nehmen konnte, ergab sich aus § 25 Abs. 1 Satz 2 öBG. Zudem wurde der Beschwerdeführerin ein Replikrecht eingeräumt, sodass sie sich zu sämtlichen Akten äussern konnte. Der Verfahrensfehler durfte somit als geheilt gelten. Die Verletzung des Akteneinsichtsrechts war aber im Rahmen der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu beachten (Urteil des Verwaltungsgerichts V 13 2 vom 16.4.2013 E. 2).

IV. Zuschlagsempfängerin verstösst gegen Vergabegrundsätze

Können Anbieterinnen die Verpflichtungen gemäss § 4 öBG nicht gewährleisten, so stellt dies einen wichtigen Grund dar, weswegen sie vom Verfahren ausgeschlossen werden können (vgl. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d öBG). Beim Ausschluss infolge Verletzung von Arbeitsbedingungen ist jedoch auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Zudem können Anbieterinnen gemäss § 16 Abs. 2 lit. c öBG auch vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie falsche Auskünfte erteilen. Dabei muss es sich um unzutreffende Angaben handeln, die rechtlich bedeutsame Umstände betreffen.

Von den Angaben einer Anbieterin wird vermutet, dass sie richtig sind. Hat die Auftraggeberin aber Anhaltspunkte, dass dies nicht zutrifft, prüft sie die Angaben vor dem Zuschlag oder gibt diese Prüfung in Auftrag. Die Anbieterin hat dabei auf Verlangen den Nachweis für die Richtigkeit ihrer Angaben zu leisten (§ 26 Abs. 1 öBG). Das öBG geht somit im Interesse eines raschen Verfahrens vom Grundsatz aus, dass die Vergabebehörde auf die Angaben der Anbieterin vertrauen darf. Erst wenn sie über Anhaltspunkte verfügt, dass die Angaben unrichtig sein könnten, lebt ihre Aufklärungspflicht auf, die Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben ist.

Aufgrund der Angaben auf dem Bestätigungsblatt durfte die Vergabebehörde mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin die massgebenden Arbeitsschutzbestimmungen und die einschlägigen Bedingungen des GAV einhält und eingehalten hatte und keine Sozialleistungen ausstehend waren. Die Zuschlagsempfängerin stellte im Beschwerdeverfahren aber nicht in Abrede, dass sie den Arbeitnehmern vorenthaltene geldwerte Leistungen im Betrag von Fr. 20'491.98 (in Form von unbezahlten Löhnen und zu hohen Abzügen betreffend KTG-Prämienbeiträgen) bis zum Zeitpunkt des Urteils nicht beglichen hatte. Damit schuldete sie zur Zeit der Selbstdeklaration gegenüber Arbeitnehmern offene Nachzahlungen und machte insofern auf dem Fragebogen der Selbstdeklaration falsche Auskünfte. Weil es sich bei den offenen Nachzahlungen um Bruttolöhne handelte, waren damit gleichzeitig auch Sozialleistungen ausstehend. Damit verletzte die Vergabe der Bauarbeiten an die Zuschlagsempfängerin § 4 lit. a und b öBG (Urteil des Verwaltungsgerichts V 11 254 vom 2.5.2012 E. 3).

Daniel Gsponer - 10.3.2014