

Kantonsgericht

Zur Praxis des Luzerner Kantonsgerichts im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts: Stand Februar 2016

von Dr. iur. Daniel Gsponer, Kantonsrichter

Vorbemerkung

Die nachfolgende Darstellung soll eine Übersicht über die seit Februar 2014 bis Ende Februar 2016 ergangene Rechtsprechung des Kantonsgerichts Luzern 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.	Anwendungsbereich Vergaberecht.....	2
	1. Ausschreibungspflichtige Gemeinwesen	2
	2. Bei gesteigertem Gemeingebrauch oder Sondernutzung	2
II.	Formelle Aspekte.....	2
	1. Gemeinschaftliche Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde einer Bietergemeinschaft	2
	2. Vorbefassung	2
	2.1 Grundsätzliches	2
	2.2 Umgehende Geltendmachung der Rüge der Vorbefassung	3
	2.3 Erkenntnisse aus früheren Tätigkeiten für die Vergabebehörde	4
III.	Zum Einladungsverfahren	4
	1. Auswahl geeigneter Anbieter	4
	2. Nachträgliche Anfechtbarkeit der Einladung und der Unterlagen	5
IV.	Zuschlagskriterien	5
	1. Anzahl Referenzobjekte.....	5
	2. Kein vergaberechtlicher Durchgriff auf Tochtergesellschaften bei der Zurechnung von Referenzobjekten	6
V.	Transparenzgrundsatz und die Folgen seiner Verletzung	6
VI.	Abbruch des Verfahrens.....	8
B.	Beschwerdeverfahren	9
I.	Beschwerdebefugnis.....	9
II.	Rechtsschutz bei der Wahl eines freihändigen Verfahrens	9

A. Vergabeverfahren

I. Anwendungsbereich Vergaberecht

1. Ausschreibungspflichtige Gemeinwesen

Kirchgemeinden der von der Verfassung öffentlich-rechtlich anerkannten Landeskirchen sind als "Gemeinden" vom Geltungsbereich des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen erfasst und haben sich als unterstellte Auftraggeberinnen an die vergaberechtlichen Grundsätze zu halten.

(LGVE 2015 IV Nr. 11)

2. Bei gesteigertem Gemeingebrauch oder Sondernutzung

Aus vergaberechtlicher Sicht ist nicht entscheidend, ob der Staat verwaltungsrechtlich eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Sondernutzungskonzession erteilt (Diebold, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014, S. 245, auch zum Folgenden). Massgeblich ist vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtung der Marktverhältnisse. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt und die Wettbewerbsverhältnisse im sich durch das Nutzungsrecht eröffnenden Markt. Je grösser die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt bzw. je grösser der sich aus dem Nutzungsrecht ergebende Wettbewerbsvorteil, umso höher die Anforderungen an ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren. Mit einer öffentlichen Ausschreibung unter Beachtung der Vergaberechtsgrundsätze kann dies in einer sachgerechten Weise erreicht werden.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 163 vom 21.7.2014 E. 3.4)

II. Formelle Aspekte

1. Gemeinschaftliche Einreichung einer Beschwerde einer Bietergemeinschaft

Ist der Vertrag zwischen dem Zuschlagsempfänger und der ausschreibenden Stelle noch nicht abgeschlossen, kann die Bietergemeinschaft nur gemeinschaftlich Beschwerde erheben (BGE 131 I 153 E. 5.3 ff.). Wenn die Unterschriften der Mitglieder der Bietergemeinschaft unvollständig sind, ist eine Nachfrist einzuräumen (§ 135 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SRL Nr. 40]; BVGer-Urteil B-3060/2010 vom 27.8.2010 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen; ferner Beyeler, Fokus Nr. 4, in: BR 2009 S. 197; Wirthlin, Luzerner Verwaltungsrechtspflege, Bern 2011, N 21.2).

(Verfügung des Kantonsgerichts 7H 14 48 vom 25.4.2014 E. 4.2)

2. Vorbefassung

2.1 Grundsätzliches

Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (BGer-Urteil 2P.164/2004 vom 25.1.2005 E. 3.1, mit Hinweis auf Nyffenegger/Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 S. 55).

Wenn dieselbe natürliche oder juristische Person, die im Vergabeverfahren eine Offerte eingereicht hat, auch an der Vorbereitung dieser Beschaffung beteiligt war, liegt eine direkte Vorbefas-

sung vor (Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2008, Bern 2009, S. 137). Für die rechtlichen Folgen einer solchen Vorbefassung sind das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Wettbewerbsverfälschung massgebend. In Auslegung von § 3 öBG gilt nach der Praxis des Kantons Luzern, dass ein Unternehmer, welcher bereits bei der Ausarbeitung des Projekts oder der Ausschreibungsunterlagen in nicht untergeordneter Weise mitwirkt, im Regelfall nicht gleichzeitig als Anbieter auftreten darf bzw. ausgeschlossen werden muss. Immerhin kann der Grundsatz der Gleichbehandlung in Widerstreit zum Prinzip des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel geraten. So kann z.B. der planende Architekt bei Spezialfragen im Interesse einer optimalen und zeitgerechten Umsetzung des Projekts auf die Mithilfe von Spezialisten angewiesen sein. Nicht jede Beratung oder technische Vorabklärung seitens eines späteren Anbieters muss daher zwingend zu dessen Ausschluss aus dem Verfahren führen (LGVE 2009 II Nr. 10 E. 4a, 2001 II Nr. 10 E. 2b).

Demnach hat eine Vorbefassung grundsätzlich den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge. Eine Beteiligung am Submissionsverfahren gilt unter anderem aber dann als zulässig, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig oder wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist; ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung lediglich von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt jedoch vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (BGer-Urteil 2P.164/2004 vom 25.1.2005 E. 3.3 mit Hinweisen, ferner BGer-Urteil 2D_29/2012 vom 21.11.2012 E. 3; vgl. schliesslich auch LGVE 2009 II Nr. 10 E. 4, 2007 II Nr. 12 E. 3). Demgegenüber ist ein Wissensvorsprung nicht zu beanstanden, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt. So kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat (Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2012.00309 vom 29.8.2012 E. 4.2).

Nach dem Gesagten kennt der Grundsatz der Unzulässigkeit einer Verfahrensteilnahme Ausnahmen. Nicht jede Beratung oder technische Vorabklärung seitens eines späteren Anbieters muss daher zwingend zu dessen Ausschluss aus dem Verfahren führen (LGVE 2001 II Nr. 10 E. 2b). Entscheidend ist insbesondere das Beeinflussungspotential, das Vorliegen eines Wissensvorsprungs oder generell eines Wettbewerbsvorteils oder die Art der Mitwirkung (Jäger, a.a.O., S. 197 mit weiteren Hinweisen).

(Urteile des Kantonsgerichts 7H 13 181 vom 20.2.2014 E. 2.2 und 7H 14 124 vom 23.7.2014 E. 3.2 [publiziert])

2.2 Umgehende Geltendmachung der Rüge der Vorbefassung

Die Rüge der Vorbefassung ist – analog zum Einwand der Befangenheit (vgl. § 15 Abs. 2 VRG) – umgehend, d.h. grundsätzlich zu dem Zeitpunkt vorzubringen, an welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält (LGVE 2009 II Nr. 10 E. 6b; Urteile des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2004.00304 vom 8.12.2004 E. 3.4 = BEZ 2005 Nr. 5, VB.2002.00281 vom 12.3.2003 E. 2b/bb = BEZ 2003 Nr. 27; BVR 2005 S. 561 E. 4.3.2; Urteil des Verwaltungsgerichts Glarus VG.2010.00011 vom 28.3.2012 E. 8b; ferner Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2008, Bern 2009, S. 282 f., a.z.F.). So verstösst es nach der kantonalen Rechtsprechung gegen den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs, solche Einwände erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung einer (angeblich) verletzten Ausstandsbestimmung (LGVE 2009 II Nr. 10 E. 6b; vgl. ferner BGE 132 II 496 E. 4.3; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2012.00309 vom 29.8.2012

E. 3; EGVSZ 2006 S. 186 f.; Lutz, Ausstand und Vorbefassung, Grundlagen / Rechtsprechung / Probleme in der Praxis / Wie weiter?, in: BR 2004 S. 45 [Sonderheft], S. 49 Fn. 62 mit Hinweisen).

Die sofortige Rüge der unzulässigen Vorbefassung setzt voraus, dass sie dem Anbieter möglich und zumutbar ist. Dies ist sie erst dann, wenn der Mitbewerber sich über die Art und Weise der Mitwirkung des vorbefassten Mitbewerbers ein klares Bild machen konnte und dessen Tragweite für die Vergabe des öffentlichen Auftrags einschätzen kann, da – wie dargelegt – nicht jedes Mitwirken zum Verfahrensausschluss führt (Jäger, a.a.O., S. 282 f.; LGVE 2009 II Nr. 10 E. 6).

Sobald diese Voraussetzungen zur Rüge erfüllt sind, muss sie umgehend erhoben werden. Dabei haben die Konkurrenten sofort während des laufenden Verfahrens gegenüber der Vergabebehörde unmissverständlich zum Ausdruck zu geben, dass sie die Verfahrensteilnahme eines bestimmten Anbieters infolge Vorbefassung für unzulässig halten und seinen Ausschluss aus dem Verfahren verlangen (vgl. LGVE 2009 II Nr. 10; Jäger, a.a.O., S. 283). Ein Zuwarten mit der Erhebung der Rüge bis zum Erlass der nächstfolgenden anfechtbaren Verfügung wäre – wie auch beim Einwand der Befangenheit (BGE 121 I 5 E. 3b, 118 Ia 282; Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 207 ff.) – verspätet.

(Urteile des Kantonsgerichts 7H 14 124 vom 23.7.2014 E. 3.3 [publiziert] und 7H 14 276 vom 27.2.2015 E. 3.3 und 3.4)

2.3 Erkenntnisse aus früheren Tätigkeiten für die Vergabebehörde

Wenn ein Wissensvorsprung besteht, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit der Zuschlagsempfängerin entspringt, ist dies unter dem Titel der Vorbefassung nicht zu beanstanden (vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00309 vom 29.8.2012 E. 4.2, VB.2008.00023 vom 16.7.2008 E. 3.2.1 und VB.2000.00068 vom 6.4.2001 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c). Zudem hatte die Vergabebehörde Massnahmen getroffen, um dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz Rechnung zu tragen. So wurde in der Ausschreibung ausdrücklich auf die bisherige Tätigkeit der X. AG hingewiesen. Sodann bestand für alle Anbieter die Möglichkeit, Fragen zur Ausschreibung (und mithin auch zu diesem Hinweis) zu stellen. Damit stand es der Beschwerdeführerin offen, weitere Informationen hierzu zu erhalten. Trotz den aus der bisherigen Tätigkeit der X. AG für die Vergabebehörde gewonnenen Erkenntnisse galt es mit Blick auf den umfangreichen Beschaffungsgegenstand noch eine Vielzahl von Problemen und Risiken im Rahmen der Angebotserarbeitung zu prüfen und zu klären. Insofern kommt dem Wissen aus der bisherigen Tätigkeit allein nicht die entscheidende Bedeutung zu, zumal diese weniger umfassend als der streitbetroffene Beschaffungsgegenstand war. Vor diesem Hintergrund blieb ein echter, fairer und transparenter Wettbewerb noch sichergestellt. Schliesslich wurde ein externer Experte für die Bewertung der Angebote beigezogen. Diese Fachkompetenz stand der Gefahr von bewussten Manipulationen ebenfalls entgegen. Ferner wurde auch nicht erkennbar oder substantiiert geltend gemacht (zur entsprechenden Beweislast der Beschwerdeführerin vgl. Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 520), dass die Zuschlagsempfängerin aus ihrer bisherigen Tätigkeit konkrete Erkenntnisse gewonnen hätte, die es ihr erlaubt hätten, einen Wettbewerbsvorteil konkret umzusetzen oder allfällige Schwachstellen der Ausschreibung auszunutzen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 193 vom 20.11.2014 E. 2.5)

III. Zum Einladungsverfahren

1. Auswahl geeigneter Anbieter

Im Einladungsverfahren hat die Vergabebehörde eine Auswahl von geeigneten Anbietern zu treffen, die zur Offertstellung eingeladen werden. Grundsätzlich hat kein Interessent einen Anspruch, zur Abgabe eines Angebots eingeladen zu werden. Die Vergabebehörde ist vielmehr bei der Auswahl der Anbieter weit gehend frei.

Da der Zuschlag nur an einen geeigneten Anbieter ergehen darf, muss vor Erlass der Einladung eine Eignungsprüfung durchgeführt werden. Dabei sind während der Vorbereitungsphase auftragspezifisch die Anforderungen an die Eignung abzuklären. Die Feststellung der Eignung bildet die Grundlage für die Einladung der begrenzten Zahl von qualifizierten Anbietern (Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2004, Bern 2005, S. 53 f.).

Ausgangspunkt für die Auswahl der Teilnehmer für ein Einladungsverfahren ist die Eignung in Bezug auf die Art und Qualität der auszuführenden Arbeiten. Dabei kommt der Vergabebehörde grosses Ermessen zu.

In casu galt es eine Bruchsteinmauer fachgerecht zu sanieren, wobei auch die vorhandenen Untergrundverhältnisse, namentlich die teilweise lokale Instabilität der Felsböschung zu berücksichtigen war. Dass diese Arbeiten derart schwierig oder kompliziert sein werden, so dass diese einzig von diplomierten Steinmetzen ausgeführt werden könnten, war weder dargetan noch ersichtlich. Wenn die Vergabebehörde nach Abklärung vor Ort zum Schluss kam, dass diese Arbeiten nicht zwingend von diplomierten Steinmetzen ausgeführt werden müssen, so liegt diese Feststellung innerhalb ihres Ermessens. Dass sie dabei gewichtige Aspekte ausser Acht gelassen hätte, ist nicht erkennbar. Folgerichtig hat die Vergabebehörde auch nicht vorausgesetzt, dass die Anbieter eine Mitgliedschaft im Fachverband für Naturstein aufweisen müssten. Die Vergabebehörde erachtete die drei eingeladenen Anbieter aufgrund positiver Erfahrungen, insbesondere der kantonalen und städtischen Denkmalpflege (vgl. dazu Kuonen, a.a.O., S. 54), als geeignet, die hier zu vergebenden Natursteinarbeiten auszuführen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 13 181 vom 20.2.2014 E. 3.2)

2. Nachträgliche Anfechtbarkeit der Einladung und der Unterlagen

Die Ausschreibung (vgl. § 28 Abs. 1 lit. a öBG), nicht aber eine Einladung ist selbständig anfechtbar (Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2004, Bern 2005, S. 103). Im Rahmen eines Einladungsverfahrens können daher Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen auch im Beschwerdeverfahren gegen eine Zuschlagsverfügung vorgebracht werden. Insbesondere kann auch nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin hätte diese Vorbringen zu einem früheren Zeitpunkt geltend machen müssen, zumal sie bereits in ihrem Angebot entsprechende Hinweise angeführt hat. Ebenso wenig hat sie ihr Beschwerderecht verwirkt, indem sie eine Offerte einreichte (Urteile des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1c). Insofern erweisen sich die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibungsunterlagen nicht als verspätet.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 13 181 vom 20.2.2014 E 4.3)

IV. Zuschlagskriterien

1. Anzahl Referenzobjekte

Das Kriterium "Anzahl Referenzobjekte" stellt für sich allein kein sachliches Unterscheidungskriterium dar (LGVE 2003 II Nr. 11; Urteil des Verwaltungsgerichts V 11 63 vom 5.5.2011 E. 4a). Denn dabei besteht die Gefahr, dass jüngere und kleinere Unternehmen gegenüber länger bestehenden und älteren Firmen benachteiligt werden, was mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht vereinbar ist (§ 3 Abs. 1 öBG). Im Rahmen einer sachgerechten Bewertung kann und darf nicht die Anzahl, sondern immer nur die Aussagekraft der Referenzen, insbesondere die Qualität und Vergleichbarkeit der Referenzobjekte, entscheidend sein (vgl. dazu die Ausführungen von Rechsteiner, "Überschiessende" Offertangaben, in: BR 2001 S. 60 sowie Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001 S. 1415). Dies schliesst zwar nicht aus, dass bei Anbieterinnen mit mehreren aussagekräftigen Referenzen diejenige Offertstellerin mit der grösseren Anzahl aussagekräftiger Referenzen eine bessere Wertung erhält als jene mit der geringeren Anzahl ebenfalls aussagekräftiger Referenzen (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 03 50 vom

23.9.2003 = LGVE 2003 II Nr. 4, nicht publizierte E. 6); vorausgesetzt, dass daneben weitere Faktoren bei der Bewertung der Vergabekriterien von Erfahrung und Qualität herangezogen werden (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 09 138 vom 21.7.2009 E. 4d und 6b).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 59 vom 4.4.2014 E. 6.2)

2. Kein vergaberechtlicher Durchgriff auf Tochtergesellschaften bei der Zurechnung von Referenzobjekten

In Bezug auf die Frage der Anrechenbarkeit von Referenzen anderer juristischer Personen als der Anbieterin gibt es keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Tochtergesellschaften des Bieters; dasselbe gilt für Konzerngesellschaften (BVGer-Zwischenentscheid B-1600/2014 vom 2.6.2014 E. 4.4.3 und BVGer-Urteil B-5563/2012 vom 28.2.2013 E. 3.3.3). Auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass im Vergaberecht mit Blick auf die Rechtssicherheit strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen ist; es gebe keine konzerninterne Zurechnung im Sinn eines Durchgriffs (vgl. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1374 ff.). Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahrens, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (vgl. BVGer-Zwischenentscheid B-1600/2014 vom 2.6.2014 E. 4.4.3).

Demnach ist die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit eine Dritte im vergaberechtlichen Sinn, welche etwa als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmerin an der Offerte zu beteiligen ist. Sie ist nicht schon aufgrund des besonderen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre und mithin auch nicht der Offerte der Tochtergesellschaft zuzurechnen. In Ermangelung besonderer Regeln gelten auch Konzerngesellschaften grundsätzlich als gewöhnliche Subunternehmer und werden dem Anbieter nicht automatisch zugerechnet (BR 2013 S. 201 f. mit Anmerkungen von Beyeler; zu den Voraussetzungen einer [ausnahmsweisen] Anrechnung vgl. die Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich: VB.2008.00194 vom 8.4.2009 E. 4, VB.2012.00584 vom 16.1.2013 E. 5.2.3).

(LGVE 2014 IV Nr. 8)

V. Transparenzgrundsatz und die Folgen seiner Verletzung

Nach § 8 Abs. 1 lit. f öBV sind in den Ausschreibungsunterlagen u.a. die Zuschlagskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden, anzuführen. Darüber hinaus ist gemäss konstanter kantonaler Rechtsprechung die Vergabebehörde mit Blick auf das Transparenzgebot aber weder verpflichtet, eine Beurteilungsmatrix im Voraus zu erstellen, noch konkrete Unterkriterien vorab zu definieren und solches den Anbietern vorgängig bekannt zu geben (LGVE 2004 II Nr. 10). Nachträglich definierte Unterkriterien haben sich aber klar an den durch die Veröffentlichung vorgesehenen Rahmen zu halten und dürfen nicht über eine blossе Konkretisierung der Zuschlagskriterien hinausgehen. Massgeblich muss sein, dass für die Anbieterinnen erkennbar war, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (BGE 130 I 241 E. 5.1; vgl. ferner Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 09 342 vom 12.3.2010 E. 2c).

Wenn indessen die Vergabebehörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon vor der Ausschreibung konkrete Unterkriterien aufgestellt sowie ein Bewertungsschema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt hat und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenkt, muss sie dies nach ständiger hiesiger Praxis den Bewerbern zum Voraus bekannt geben (schon LGVE 2000 II Nr. 13 E. 5e; seither auch Urteile des Verwaltungsgerichts Luzern V 08 289 vom 9.3.2009 E. 3a und V 07 387 vom 3.4.2008 E. 5b; vgl. auch

BGer-Urteile 2P.111/2003 vom 21.1.2004 E. 2.1.2 und 2P.299/2000 vom 24.8.2001 E. 2c; so auch Galli, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in: BR 1999, S. 138). Denn damit hat sie den Rahmen, gemäss welchem sie die einzureichenden Angebote zu beurteilen gedenkt, bereits abschliessend festgelegt und ist daran gebunden.

Die Vergabebehörde gab ausdrücklich zu, dass die Beurteilungsmatrix bereits vorgängig vorhanden war. Diesfalls wäre sie aber verpflichtet gewesen, diese bereits bestehenden Hilfsmittel für die Bewertung der Offerten ebenfalls offen zu legen. Damit hat sie den Grundsatz der Transparenz verletzt.

Das Transparenzgebot (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 IVöB) ist formeller Natur (BGer-Urteil 2P.299/2000 vom 24.8.2001 E. 4; BVGer-Zwischenentscheid B-2960/2014 vom 28.10.2014 E. 4.2.7; BVGer-Urteil B-6837/2010 vom 15.3.2011 E. 3.6; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 852). Die Folgen einer Verletzung werden in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Zuschlagsentscheid regelmässig dann nicht aufrechterhalten werden, wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. wenn solche nachträglich, d.h. während des hängigen Verfahrens massgeblich verändert worden sind (BGer-Urteil 2P.299/2000 vom 24.8.2001 E. 4). In dieser Erwägung führte das Bundesgericht aus, dass es sich beim Gebot, dass Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten seien, um eine Regel formeller Natur handle, deren Missachtung Konsequenzen haben müsse und "unter Umständen" auch zur Aufhebung des Zuschlags führe. Die Frage, ob allenfalls dann davon abzuweichen sei, wenn die Zuschlagsbehörde darlegen könne, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermocht habe, liess das Bundesgericht in der Folge zwar ausdrücklich offen, mit dem Hinweis darauf, dass der Zuschlagsentscheid nämlich regelmässig dann nicht aufrechterhalten werden könne, wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. wenn solche nachträglich (während des hängigen Verfahrens) massgeblich verändert worden seien. Im ihm unterbreiteten Fall bejahte es dies für eine prozentuale Neugewichtung des Kriteriums Preis (60 % statt 30 %), die es als zum Vornherein derart bedeutend hielt, dass sie als für den Zuschlagsentscheid massgeblich zu betrachten sei.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Zuschlagsentscheid bei einer Verletzung des Transparenzgebots grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (BVGer-Zwischenentscheid B-2960/2014 vom 28.10.2014 E. 4.2.7; BVGer-Urteile B-6837/2010 vom 15.3.2011 E. 3.6 sowie B-891/2009 vom 5.11.2009 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

Auch wenn die vom Bundesgericht offen gelassene Frage in der nachfolgenden Rechtsprechung noch nicht abschliessend beantwortet wurde, ist immerhin ergänzend darauf hinzuweisen, dass die fehlende Kausalität nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts auf jeden Fall dann zur Abweisung des Begehrens einer nicht berücksichtigten Anbieterin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung führte, solange diese offensichtlich ist und die gewählten Kriterien jedenfalls unter die Oberkriterien subsumierbar sind (BVGer-Zwischenentscheid B-2960/2014 vom 28.10.2014 E. 4.2.7).

In der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte wird der formelle Charakter des Transparenzgebots ebenfalls betont, die Folgen einer Verletzung werden aber auch unterschiedlich beurteilt (vgl. statt vieler BJM 2015 S. 48 ff. E. 2.3.4 f.; ZWR 2014 S. 35 ff. E. 4.11 oder das Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2011/156 vom 7.12.2011 E. 2.6).

Gemäss dem Luzerner Kantonsgericht führt eine Verletzung des Transparenzgebots grundsätzlich zur Aufhebung des Zuschlagsentscheids. Gleichwohl sind Ausnahmen von diesem Grundsatz zuzulassen, aber sehr einschränkend und nur dann, wenn die Verletzung nicht schwer wiegt und keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hatte bzw. nicht kausal für den Zuschlagsentscheid war. Auch die Luzerner Praxis beruht auf diesen Grundsätzen. Demnach macht aus verfahrensökonomischen Gründen und mit Blick auf die besondere Natur des Vergabeverfahrens keinen Sinn, den Zuschlag unabhängig davon aufzuheben, ob die Nichtbekanntgabe für den konkreten

Verfahrensausgang überhaupt kausal gewesen ist. Zu prüfen ist aber jeweils, ob die unterlassene Bekanntgabe geeignet gewesen ist, die Beschwerdeführerin in ihrer Offertausarbeitung fehlzuleiten und sie in Kenntnis der Unterkriterien bzw. der Beurteilungsmatrix anders offeriert hätte, ob mit andern Worten die verwendeten Unterkriterien nicht mehr bloss als Verfeinerungen der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu werten seien (Urteile des Verwaltungsgerichts Luzern V 08 289 vom 9.3.2009 E. 3a/bb mit Hinweis auf V 07 387 vom 3.4.2008 E. 5b/bb).

(LGVE 2015 IV Nr. 4 E. 2.3.4 - 2.3.6 und 2.4; kritisch besprochen von Dr. iur. Stefan Scherler, Bewertungsraster (Matrix): Umfang und Zeitpunkt der Bekanntgabe im Verfahren, in: BR 2016 S. 29 f.)

VI. Abbruch des Verfahrens

Mit der Einleitung eines Submissionsverfahrens verspricht die Auftraggeberin der einzelnen Anbieterin nicht den Auftrag als solchen; sie verspricht ihr aber eine reale, faire Chance letztlich die erfolgreiche Bewerberin sein zu können. Diese Chance wird der einzelnen Anbieterin entzogen, wenn die Auftraggeberin das Verfahren abbricht, ohne den Auftrag zu vergeben. Wenn sie das Verfahren wiederholt oder neu auflegt, beraubt sie die einzelne Anbieterin zwar nicht endgültig ihrer Chancen auf Erhalt des Zuschlags, aber zumindest in Bezug auf das laufende Verfahren. Im neuen Verfahren kann die Anbieterin möglicherweise wieder teilnehmen, doch sind ihre Chancen unter Umständen schlechter geworden (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N 453). Eine Beschaffungsstelle kann deshalb ein Vergabeverfahren nicht aus beliebigen Gründen abbrechen, wiederholen oder neu durchführen. In § 18 öBG werden die möglichen Gründe aufgezählt (Botschaft des Regierungsrates vom 13.3.1998, in: Verhandlungen des Grossen Rates 1998, Bd. 2, S. 308; vgl. zum Ganzen LGVE 2000 II Nr. 14 mit Hinweisen).

Die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangen für den Abbruch eines Vergabeverfahrens einen sachlichen Grund. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (BGE 134 II 192 E. 2.3; Beyeler in: AJP 2005 S. 791 f.; Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 578 [257]).

Im konkreten Fall berief sich die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf § 18 Abs. 2 lit. c öBG. Diesbezüglich hielt das Gericht fest, das kantonale Recht mache einen zulässigen Abbruch des Verfahrens nicht bloss von sachlichen Gründen abhängig, sondern verlange ausdrücklich wichtige Gründe. Das mache deutlich, dass die gesetzlichen Anforderungen strenger sind als die von der Praxis entwickelten Kriterien. Jedenfalls lege dies der Wortlaut der entsprechenden kantonalen Norm nahe. Hinsichtlich dieser Konstellation werde denn auch die Auffassung vertreten, dass mit Ausnahme der wesentlichen Leistungsänderung kein "wichtiger Grund" angenommen werden könne, wenn die Vergabebehörde diesen selbst verschuldet habe (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., 3. Aufl. 2013, N 821). Wie es sich damit verhält, liess das Gericht offen, hielt aber fest, dass allemal entscheidend bleibe, dass die Auftraggeberin, die ein formrichtig ausgeschriebenes und eröffnetes Verfahren auf Beschaffung abbrechen und wiederholen wolle, sich auf Umstände berufen können müsse, die nachvollziehbar seien, in ihrer Entstehung nicht vorwiegend auf Fehler der Vergabestelle zurückzuführen und die schliesslich in ihren Auswirkungen erheblich seien. Dass dabei die rechtsgleiche Behandlung aller Anbietenden gewahrt bleiben muss, verstehe sich von selbst.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 363 vom 2.3.2015 E. 3.1. - 3.2)

B. Beschwerdeverfahren

I. Beschwerdebefugnis

Sollten Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung aufzeigen, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen mehr bestehen, so sind die noch nicht beurteilten Rügen nicht weiter zu überprüfen (Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104 [2003] S. 1 ff., S. 11 f.). Denn demjenigen nicht berücksichtigten Anbieter fehlt es an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, der auch bei Obsiegen seiner Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könnte (BGE 141 II 14 E. 4.8).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 276 vom 27.2.2015 E. 1.2)

II. Rechtsschutz bei der Wahl eines freihändigen Verfahrens

Der Rechtsschutz im freihändigen Verfahren ist zumindest im Hinblick auf die Zulässigkeit der gewählten Verfahrensart gegeben, da sonst die Gefahr bestünde, dass der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen durch Umgehung der Vorschriften über das anzuwendende Vergabeverfahren ausgehöhlt würde (zum Ganzen LGVE 2006 II Nr. 9 E. 3a, auch zu Folgendem [a.z.F.]). Die Wahl des falschen Verfahrens stellt insofern einen erheblichen Rechtsmangel dar. Ferner ist diesbezüglich ein Anspruch auf Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit unmittelbar aufgrund von Art. 9 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) zu bejahen, soweit ein interessierter Unternehmer geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht freihändig, sondern nur aufgrund eines Submissionsverfahrens hätte erfolgen dürfen (vgl. auch BGE 131 I 137 E. 2.6). Gerade wenn eigentlich ein Einladungsverfahren oder ein offenes Verfahren durchzuführen wäre und stattdessen im freihändigen Verfahren vergeben wird, sowie 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 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SRL Nr. 40) wie ein förmlicher Zuschlag anfechtbar (vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2003.00009 vom 22.7.2003 E. 1b sowie Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 315 ff.; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 12 62 vom 26.4.2012 E. 1b). Damit besteht hier eine grundsätzliche Beschwerdemöglichkeit trotz Fehlens eines Anfechtungsobjekts.

Die Beschwerdefrist läuft in Bezug auf eine behauptete gesetzeswidrige freihändige Vergabe ab dem Zeitpunkt, an welchem erstmals die Umstände gegeben sind, die eine begründete Beschwerdeerhebung ermöglichen (vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 810 06 214 vom 21.3.2007 E. 1.8).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 14 335 vom 13.4.2015 E. 1.1.3 und 1.1.4)

Dr. Daniel Gsponer - im April 2016