

---

**Kantonsgericht**

## **Zur Praxis des Luzerner Kantonsgerichts im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts 2016/2017 (Stand Februar 2018)**

von Dr. iur. Daniel Gsponer, Rechtsanwalt, D.E.S.E. (Nancy II)  
Kantonsrichter

### **Vorbemerkung**

Die nachfolgende Darstellung soll eine Übersicht über die seit 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) dargestellt.

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>A.</b>	<b>Vergabeverfahren</b> .....	<b>2</b>
1.	Ausschreibungs-/Einladungsunterlagen.....	2
1.1	Inhaltliche Ausgestaltung von Ausschreibungs-/Einladungsunterlagen .....	2
1.2	Auslegung der Ausschreibungs-/Einladungsunterlagen.....	2
2.	Eignungskriterium .....	3
2.1	Anforderungen an Eignungskriterien.....	3
2.2	Eignungskriterien sind Ausschlusskriterien .....	3
3.	Zuschlagskriterien.....	3
3.1	Preis.....	3
3.2	Leistungsumlagerungen.....	4
4.	Vorbefassung .....	4
5.	Nachfragepflicht des Anbieters .....	5
6.	Zum Untersuchungsgrundsatz / Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen .....	6
6.1	Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes.....	6
6.2	Abklärungsaufwand bei der Überprüfung von Referenzen der Anbieterin .....	7
7.	Widerruf einer Zuschlagsverfügung .....	8
<b>B.</b>	<b>Gerichtsverfahren</b> .....	<b>8</b>
1.	Zur Substanziierungspflicht im Gerichtsverfahren.....	8
2.	Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts im Gerichtsverfahren .....	9

## **A. Vergabeverfahren**

### **1. Ausschreibungs-/Einladungsunterlagen**

#### **1.1 Inhaltliche Ausgestaltung von Einladungsunterlagen**

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Einladungsunterlagen ist die Vergabebehörde weitgehend frei. Es steht ihr dabei ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. In dieses Ermessen hat das Gericht – ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern (vgl. § 30 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG; SRL Nr. 733]) – nicht einzugreifen. Insbesondere hat das Gericht nicht in den technischen Ermessensbereich der Vergabebehörde einzuschreiten (BGE 139 II 185 E. 9, BGer-Urteil 2C\_380/2014 vom 15.9.2014 E. 2.3), der auch im Zusammenhang mit der Festlegung des Beschaffungsgegenstands und der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zu beachten ist. Diesen Ermessensbereich hat das selber technisch nicht fachkompetente Gericht zu respektieren, soweit nicht frei zu prüfende Rechtsfragen zur Diskussion stehen.

Schranke der Gestaltungsfreiheit der Vergabebehörde im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Einladungsunterlagen ist u.a. das Diskriminierungsverbot. Demnach sind Bestimmungen in den Einladungsunterlagen, die einzelne Anbieter diskriminieren, unzulässig. So dann gilt es die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des wirksamen Wettbewerbs, der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel sowie der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a]) zu beachten. Eine exakte Leistungsbeschreibung ist von Bedeutung, damit die Anbieter ein genaues und vollständiges Angebot einreichen können.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 321 vom 17.3.2016 E. 3.3.2 - 3.3.4)

#### **1.2 Auslegung der Ausschreibungsunterlagen**

Der im Rahmen der Ausschreibung definierte Ausschreibungsgegenstand und der Leistungsumfang der Beschaffung sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern 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 dieser Aspekte über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen 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 (BGer-Urteil 2C\_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 321 vom 17.3.2016 E. 3.3.2 - 3.3.4)

In einem weiteren Fall ergab die Auslegung nach Massgabe der dargestellten Grundsätze, dass die geforderte Auftragssumme pro einzelne Referenz (Eignungskriterium) erfüllt sein muss. Der Wortlaut bot für die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Addition der Bausummen aller drei von ihr genannten Referenzen zur Erreichung der geforderten Auftragssumme keinen Raum. Der Ausschluss infolge Nichterfüllung dieses Eignungskriteriums erwies sich als rechters.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 322 vom 13.2.2018 E. 1)

## **2. Eignungskriterium**

### **2.1 Anforderungen an Eignungskriterien**

Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erbringen. Es liegt damit in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Dabei müssen die Eignungskriterien auftragsspezifisch und leistungsbezogen sein. Sofern die Eignungskriterien einen solchen genügenden Leistungs- bzw. Auftragsbezug aufweisen, ist die sich durch restriktive Eignungskriterien ergebende Einschränkung des Anbietermarkts, soweit sie nicht im Widerspruch zur Natur des zu vergebenden Auftrags steht, aber jedenfalls so lange unbedenklich, als noch ein hinreichender (Rest-)Wettbewerb verbleibt. Dabei kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu, in welches die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf.

Das strittige Eignungskriterium des Nachweises einer Bewilligung der FINMA nach Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG; SR 961.01) erwies sich im konkreten Fall weder als diskriminierend noch versties es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Beschränkung des Kreises möglicher Anbieter auf Inhaber einer solchen Bewilligung und damit des Wegfalls von anderen vertraglichen Alternativen lag innerhalb des Ermessensspielraums der Vergabebehörde und war nicht zu beanstanden. Es erfüllte schliesslich auch die Voraussetzungen der Auftragspezifität und Leistungsbezogenheit

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 16 96 vom 7.6.2016 E. 3)

### **2.2 Eignungskriterien sind Ausschlusskriterien**

Eignungskriterien (oder Teilnahmebedingungen) sind grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d.h. dass bei Nichterfüllen ein Ausschluss die Folge sein muss (BGE 141 II 353 E. 7.1 und 139 II 489 E. 2.2.4), ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGer-Urteile 2C\_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3 und 2C\_665/2015 vom 26.1.2016 E. 1.3.3).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 60 vom 17.5.2017 E. 3.5)

## **3. Zuschlagskriterien**

### **3.1 Preiskriterium**

Die Gewichtung des Preiskriteriums von 20 % als unterste Grenze kann im Einzelfall gerade noch zulässig sein. Wesentlich ist neben der Preisgewichtung aber auch die angewandte Bewertungsmethode. Die gewählte Dreisatzmethode ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für sich genommen zulässig, kumulativ mit einer Gewichtung des Preises von lediglich 20 % allerdings nicht mehr statthaft (BGE 129 I 313 E. 9.2 und 9.3 in: Pra 93 2004 Nr. 64; BGer-Urteil 2P.111/2003 vom 21.1.2004 E. 3.3; LGVE 2005 II Nr. 4 E. 6d; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 08 289 vom 9.3.2009 E. 5; zum Ganzen auch: Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 884 ff. und insb. 908). In casu änderte dies am Ergebnis nichts.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 353 vom 25.7.2016 E. 5.2; im Internet publiziert)

### 3.2 Leistungsumlagerungen

Ein Ausschluss aus dem Verfahren ist wegen Leistungsumlagerungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wenn diese Leistungsumlagerungen dazu führen, dass deswegen ein Angebot mit anderen Offerten nicht vergleichbar ist (vgl. BGer-Urteil 2C\_782/2012 vom 10.1.2013 E. 2.3).

Die Beweislast dafür, dass ein Anbieter Preise umgelagert hat, trägt – in Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210), der auch im öffentlichen Recht gilt – die Vergabebehörde (Beyeler, Umgelagert, gemischt und offeriert - Thesen zur Preisspekulation, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011 S. 151; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00257 vom 8.8.2012 E. 3.3).

Das konkrete Angebot der Beschwerdeführerin enthielt gewichtige Umlagerungen. So erwiesen sich die offerierten Baustelleninstallationspreise als sehr hoch. Deren Höhe fiel im Vergleich zu den anderen Angeboten und zum Total der Bausumme derart ins Gewicht, dass als erstellt zu betrachten war, dass in diesem Baustelleninstallationspreis auch Preisumlagerungen enthalten waren; insbesondere die Kosten für Aufsicht und Führung wurden umgelagert. Der erbrachte Nachweis für Preisumlagerungen wurde auch dadurch untermauert, dass diesen Beträgen unrealistisch tiefe Einheitspreis-Ansätze bei anderen Positionen gegenüberstanden. Auch wenn ein Anbieter nicht verpflichtet ist, seine Warenpreise zu Marktpreisen zu offerieren, war in Anbetracht dieser tiefen Einheitspreise davon auszugehen, dass insbesondere die Lohnkosten in andere Positionen eingerechnet wurden, ohne dass dies nachvollziehbar offengelegt worden wäre.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 279 vom 10.1.2018)

### 4. Vorbefassung

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 Guts (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 Vorbefassung 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 (LGVE 2009 II Nr. 10 E. 4a, 2001 II Nr. 10 E. 2b; vgl. zum Ganzen auch Jäger, a.a.O., S. 197 f.).

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; LGVE 2009 II Nr. 10 E. 4a, 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 Verwaltungsgerichts Zürich 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 m.w.H.; zum Ganzen Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 14 124 vom 23.7.2014 E. 3.2).

Die Vergabebehörde bestätigte in ihrer Vernehmlassung, dass sie die Zuschlagsempfängerin X.AG mit der Erstellung des technischen Teils der Ausschreibungsunterlagen beauftragt hat, da ihr das dafür notwendige Know-how gefehlt habe. Damit ist der Umstand der Mitwirkung der Zuschlagsempfängerin am Vergabeverfahren unbestritten. Diese direkte Mitwirkung war zudem nicht als unwesentlich anzusehen, nachdem die Zuschlagsempfängerin den gesamten technischen Teil der Ausschreibungsunterlagen für die Beschwerdegegnerin ausgearbeitet hat. Schliesslich wurde auch von der Vergabebehörde nicht vorgebracht, dass sie diese Mitwirkung im Vergabeverfahren publik gemacht hätte, mithin eine zulässige Vorbefassung zufolge Beachtung des Transparenzgrundsatzes von vornherein ausschied. In casu war der Zuschlagsempfängerin daraus ein wesentlicher Wettbewerbsvorteil erwachsen, so dass sich diese Vorbefassung als unzulässig erwies und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen wurde.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 328 vom 3.3.2016 E. 2)

## **5. Nachfragepflicht des Anbieters**

Generell haben Anbieter festgestellte Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens sofort und unaufgefordert bei der Vergabebehörde geltend zu machen, soweit es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert. Eine Verletzung dieser Obliegenheit kann dazu führen, dass die entsprechenden allfälligen Mängel in einem späteren Rechtsmittelverfahren nicht mehr gerügt werden dürfen. Mit Blick auf die Beschleunigung des Verfahrens ist nämlich die unmittelbare Beanstandung an die Adresse der Vergabeinstanz zumeist zweckmässiger als eine Beschwerde gegen die Ausschreibung, die unter Umständen eine Unterbrechung der Vergabe während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens zur Folge hat (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 387, 667 ff.).

Entsprechendes hat auch für allfällige Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Leistungsumfang bzw. Leistungsverzeichnis zu gelten, welche sich aus der Beantwortung des Fragenkatalogs ergeben. Die Setzung einer Frist zur Einreichung von schriftlichen Fragestellungen und ein zusätzlicher Hinweis im Aufgabenbeschrieb, dass allfällige Fragen fristgerecht schriftlich einzureichen sind, haben die Anbieterin im konkreten Fall nicht von dieser Nachfragepflicht entbunden. Der Beschwerdeführerin war zuzumuten, sich kurz schriftlich mit entsprechendem Hinweis auf die angebliche Unklarheit an die Vergabebehörde zu wenden. Es war nicht ersichtlich, dass der Zeitdruck, allenfalls beschränkte Rechtskenntnisse, eine Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren oder ein Erfordernis vertiefter rechtlicher Abklärungen es hätten rechtfertigen können, hierauf zu verzichten, ohne einen

Rechtsnachteil gewärtigen zu müssen (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3, 125 I 203 E. 3a). Es ging vorliegend nicht um Vorschriften, deren Bedeutung und Tragweite objektiv betrachtet ungenügend klar gewesen wären, sodass Anbieter darüber erst nach einlässlichem Studium bzw. im weiteren Verlauf des Verfahrens Klarheit hätten erlangen können (vgl. BVGer-Urteil B-1358/2013 vom 23.7.2013 sowie dessen Besprechung: Beyeler, Rüge von Mängeln in der Ausschreibung und in den Unterlagen, in: Baurecht 2014 S. 35 f. Nr. S20).

Im Sinn eines Nachtrags zum Fragenkatalog wäre die Vergabebehörde im Fall einer solchen Bitte um Klärung verpflichtet, die entsprechende zusätzliche Fragestellung mit endgültig klärender Antwort sämtlichen Anbietenden zukommen zu lassen.

Wenn der Anbietende eine Rückfrage zum Fragenkatalog hingegen unterlässt und sich anschliessend auf einen angeblichen Mangel der Ausschreibungsunterlagen beruft, so läuft dies auf eine Verletzung der Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben hinaus (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 387 f.; vgl. dazu auch BVGer-Urteil B-3526/2013 vom 20.3.2014 E. 6.8 in fine). Dies traf auch im konkreten Fall zu. Allein der Umstand, dass Ausschreibungsunterlagen oder Teile davon bzw. Antworten auf Fragestellungen der Anbietenden von einer Anbieterin subjektiv als nicht hinreichend klar empfunden werden, führt schliesslich nicht dazu, dass das Transparenzgebot durch die Vergabebehörde verletzt worden wäre. Die Ausschreibungsunterlagen, so wie sie verstanden werden durften und mussten, waren vorliegend hinreichend klar.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 321 vom 17.3.2016 E. 3.4.2)

## **6. Zum Untersuchungsgrundsatz / Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen**

### **6.1 Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes**

Die öffentlich-rechtliche Vergabebehörde ist wie jede andere Verwaltungsbehörde verpflichtet, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig festzustellen. Dies ergibt sich schon aus § 30 Abs. 1 lit. a öBG, wonach die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung einen Beschwerdegrund darstellt. Dabei wird sie zwar in der Regel primär auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen abstellen; insbesondere ist die Behörde nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen (BGer-Urteil 2C\_91/2013 vom 23.7.2013 E. 3.2 a.z.F.; Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 364 ff.). Es ist aber unter Umständen auch möglich, auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückzugreifen; insbesondere bei lokalen Projekten mit lokalen Anbietern oder innerhalb einer Fachwelt, wo man sich gegenseitig kennt, ist solches Wissen unvermeidlich vorhanden und es ist nicht per se unzulässig, darauf abzustellen (vgl. BGer-Urteil 2C\_549/2011 vom 27.3.2012 E. 2.4).

Die Untersuchungsmaxime, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, gilt im Zusammenhang mit der öffentlichen Beschaffung uneingeschränkt in Bezug auf alle Belange der Vergabestelle, namentlich alle Tatsachen, die für die Bedarfsermittlung oder die Leistungsbeschreibung erforderlich sind. Sodann ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Abklärungspflicht aus der Grundrechtsbindung der Vergabebehörde (Art. 35 Abs. 2 öBG i.V.m. Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) sowie aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen und der Untersuchungsmaxime (BGE 143 II 425 E. 4.4). Ebenso ist der Sachverhalt in zumutbarem Umfang von Amtes wegen abzuklären, soweit es um Teilnahmevoraussetzungen wie etwa die Einhaltung von Arbeitsbedingungen geht. Im Rahmen der Eignungsprüfung oder der Angebotsbewertung darf und muss der Sachverhalt insoweit von Amtes wegen untersucht werden, als es um die Verifizierung und Plausibilisierung der entsprechenden Anga-

ben in den Offerten geht (vgl. zum Ganzen: Beyeler, Referenzsuche von Amtes wegen, in: BR 1/2014 S. 23).

Soweit es aber bei der Eignungsprüfung oder Angebotsbewertung um Aspekte ausserhalb der Offertangaben geht, gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht uneingeschränkt. Diesfalls hat die Vergabebehörde nur in begründeten Fällen jenseits der Offertangaben Nachforschungen anzustellen, sofern Widersprüche zur Ausschreibung bestehen. So besteht insbesondere kein Grund zur Annahme einer generellen Pflicht der Vergabestelle zur Einholung zusätzlicher Informationen allein aufgrund eines aussergewöhnlich niedrigen Angebotspreises. Eine solche Pflicht wäre lediglich auf offensichtliche und krasse Fälle zu beschränken (BVG 2011/40 E. 4.6), in deren Kontext in aller Regel aber auch ein Ausschlussgrund und damit einhergehend die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen in Frage stehen dürfte (vgl. BVGE 2017 IV/4 E. 3.3).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 337 vom 31.1.2018 E. 3.3.4)

## **6.2 Abklärungsaufwand bei der Überprüfung von Referenzen der Anbieterin**

Die Vergabebehörde hatte sich entschieden, bestimmte Zuschlagskriterien mittels Referenzauskünften zu bewerten, die sie mündlich einholte. Sie hatte dabei die Auskünfte aktenkundig zu machen, da sonst eine wirksame Überprüfung des Entscheids weder durch die Parteien noch durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist. Diese eingeholten Auskünfte müssen bezüglich der zuschlagsrelevanten Punkte vollständig, sachlich und unmissverständlich festgehalten bzw. wiedergegeben werden, was eine entsprechend sorgfältig abgefasste schriftliche Aktennotiz erfordert. Aus dieser muss insbesondere klar hervorgehen, wer die Auskunft erteilt hat und wann sie eingeholt worden ist. Ebenso muss die Funktion des Befragers (im Vergabeverfahren) sowie der Auskunftsperson aus den Notizen ersichtlich sein. In jedem Fall müssen die besprochenen Themenbereiche sowie die wesentlichen Aussagen dazu in den Aktennotizen festgehalten werden. Schliesslich sind die Aktennotizen vom Befrager zu datieren und zu unterzeichnen.

Die Vergabebehörde verlangte drei Referenzen und versuchte mit den von der Anbieterin genannten Referenzpersonen in Kontakt zu treten, wovon sie eine nicht erreichte. Sie versuchte es mehrmals telefonisch; eine Email war ebenfalls nicht erfolgreich; die Emailadresse war vom Anbieter in der Offerte nicht zutreffend angegeben worden.

Der Vergabebehörde ist zuzugestehen, dass sich der Aufwand in Bezug auf die (erforderlichen) Abklärungen im Zusammenhang mit der Einholung von Referenzauskünften innerhalb der Grenze der Zumutbarkeit zu bewegen hat. Insofern ist bei der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Gleichwohl ist die Vergabebehörde gehalten, mit den Umständen des konkreten Einzelfalls angepasstem Aufwand Referenzen einzuholen, falls sie diese für erforderlich erachtet. Dass die von der Beschwerdeführerin genannte Referenzperson trotz mehreren Versuchen telefonisch nicht zu erreichen war, darf dieser aber nicht zum Nachteil gereichen. Dies umso weniger als für die Beteiligten nicht klar war, in welchem Zeitraum die Referenzauskunft vorgenommen würde bzw. wann der Referenzgeber für eine Auskunft zur Verfügung stehen müsste. Dieser Möglichkeit einer Nichterreichbarkeit ist mit geeigneten Massnahmen Rechnung zu tragen. Zwar ist die Vergabebehörde nicht verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Telefonversuchen – die jeweils aktenmässig festzuhalten sind – zu unternehmen, um die Auskunftsperson zu erreichen. Um ihren Aufwand in zumutbaren Grenzen zu halten, stehen ihr jedoch verschiedene Alternativen zur Verfügung, um die Referenzauskünfte erhältlich zu machen, wenn der Kontakt nach den ersten Versuchen nicht hergestellt werden konnte. So kann z.B. eine schriftliche Mitteilung an die Adresse der Referenzperson erfolgen, verbunden mit der Aufforderung, umgehend Kontakt mit der Vergabebehörde (oder ihrem Vertreter) aufzunehmen (ev. mit Kopie an die Anbieterin). Oder die Vergabebehörde kann die Anbieterin darüber in-

formieren, dass trotz mehrmaliger Versuche kein Kontakt zur Referenzperson hergestellt werden können, und sie überdies anhalten, innerhalb einer bestimmten Frist die Auskunftsfähigkeit der von ihr genannten Referenzperson herzustellen. Schliesslich ist nicht zu vergessen, dass es einer Vergabebehörde unbenommen ist, das Vorgehen bei fehlender Erreichbarkeit der Referenzperson bereits in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 337 vom 31.1.2018 E. 3.4)

## **7. Widerruf einer Zuschlagsverfügung**

Der Zuschlag, sofern als anfechtbare Verfügung ausgestaltet, kann wie jede andere Verfügung widerrufen werden (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. e IVöB). Der Widerruf ist wiederum als eigenständige, anfechtbare Verfügung auszugestalten (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Nr. 2722). Mit dem Widerruf trägt die Vergabestelle Sachverhalten Rechnung, die materiell den Ausschluss des Zuschlagsempfängers rechtfertigen oder erforderlich machen. In der Person des Zuschlagsempfängers liegende Widerrufsgründe können grundsätzlich nur dann geltend gemacht werden, wenn sie erst nach der Zuschlagserteilung zutage getreten oder von der Vergabestelle erst danach tatsächlich erkannt wurden (Beyeler, a.a.O., N 2728).

Die persönlichen Widerrufsgründe können in der Nicht-Eignung des Zuschlagsempfängers oder in der Nichterfüllung von vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen (vgl. dazu § 4 öBG), wie auch in einem Bruch des Vertrauensverhältnisses liegen (Beyeler, a.a.O., N 2738).

Entdeckt die Vergabebehörde nach der Zuschlagserteilung die Nichterfüllung einer Grundvoraussetzung, so stellt dies einen zulässigen persönlichen Widerrufsgrund dar (Beyeler, a.a.O., N 2747). Wurde die Vergabebehörde bis zum Zuschlag oder allenfalls darüber hinaus mit falschen Angaben oder ungerechtfertigten Nicht-Angaben getäuscht, liegt neben der Eignungsfrage ein eigenständiger persönlicher Widerrufsgrund vor. Eine Verpflichtung zum Widerruf besteht unter anderem dann, wenn ein schwerer Eignungsmangel, ein nachträglich bekannt gewordenes schweres berufliches Fehlverhalten oder ein Konkursverfahren vorliegt (Beyeler, a.a.O., N 2773). Ist der Widerruf begründet und daher zulässig, wiegt der entsprechende Grund aber nicht so schwer, dass die Vergabebehörde zum Widerruf verpflichtet wäre, liegt es in ihrem freien Ermessen, ob sie widerrufen will oder nicht. Ausgenommen bleiben geringfügige persönliche Gründe (Beyeler, a.a.O., N 2772).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 226 vom 16.2.2016 E. 3.3 - 3.4; im Internet publiziert)

## **B. Gerichtsverfahren**

### **1. Zur Substanziierungspflicht im Gerichtsverfahren**

Im kantonalen submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren gelten zwar grundsätzlich die Untersuchungsmaxime und der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. dazu § 53 VRG und § 37 Abs. 2 VRG i.V.m. § 35 Abs. 2 öBG). Diese Grundsätze werden aber durch die Mitwirkungspflichten der Parteien sowie durch eine die Parteien betreffende Begründungs- bzw. Substanziierungspflicht relativiert (Metz/Uhlmann, Besonderheiten der Prozessführung im öffentlichen Recht, in: AJP 2004 S. 344 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1380 f.). Danach ist es grundsätzlich Sache des Beschwerdeführers, in seiner Beschwerde oder – nach Gewährung der Akteneinsicht – in seiner Replik die notwendigen Sachvorbrin-

gen vorzutragen, die den Schluss auf eine Verletzung submissionsrechtlicher Bestimmungen durch den angefochtenen Vergabeentscheid ermöglichen. Er hat im Einzelnen darzulegen, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Es ist nicht Sache des Gerichts, ohne konkrete Einwände die Angebotsbewertungen zu überprüfen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 353 vom 25.7.2016 E. 5.2; im Internet publiziert)

## **2. Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts im Gerichtsverfahren**

Es besteht kein Anspruch der Beschwerde führenden Partei auf Einsicht in vertrauliche Akten der Zuschlagsempfängerin.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 15 353 vom 25.7.2016 E. 3; im Internet publiziert)

Die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten wird sowohl durch die einschlägigen kantonalen Erlasse als auch durch das Konkordat und das GATT/WTO-Abkommen garantiert (vgl. Art. 11 lit. g IVöB, § 25 öBG; auch Art. 8 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Die eingereichten Angebote geniessen mithin den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Daher hat der unterlegene Bewerber grundsätzlich nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Diese Regelung kann nicht durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders gearbete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium grundsätzlich keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten gewähren (BGer-Urteil 2P.226/2002 vom 20.2.2003 E. 2, mit Hinweisen, bestätigt in BGer-Urteilen 2P.173/2003 vom 9.12.2003 E. 2.5 und 2P.193/2006 vom 29.11.2006 E. 3; zur kantonalen Praxis vgl. Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 13 161 vom 12.2.2014 E. 2.1.1 mit Verweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 07 126 vom 2.8.2007 E. 2b).

Dennoch kann je nach Konstellation und Streitgegenstand ausnahmsweise ein überwiegendes Interesse für eine beschränkte Einsichtnahme in einzelne Teile einer Konkurrenzofferte bestehen (vgl. dazu Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBI 104/2003 S. 1 ff., 22 ff.). Dies setzt aber voraus, dass diese Auszüge keine Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Den Erfordernissen des Vergabeverfahrens ist jedenfalls insofern Rechnung zu tragen, als bei der Interessenabwägung, die dem Entscheid über die Gewährung der Akteneinsicht zugrunde liegt, der Grundsatz der Vertraulichkeit das ihm gebührende Gewicht erhält. Als schützenswert fallen namentlich Angaben von Mitbewerbenden über interne Produktionsabläufe, Preisangaben, Kalkulationsgrundlagen oder Qualifikationsprofile von Mitarbeitenden in Betracht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1363 ff.; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2015.00403 vom 8.10.2015 E. 3.1).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 17 60 vom 17.5.2017 E. 2)

Daniel Gsponer – im April 2018