

Zur Praxis des Luzerner Kantonsgerichts im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts von März 2018 - Ende März 2022

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

Vorbemerkung

Die nachfolgende Darstellung, erstellt für das Morgen-Seminar 2022 der Vereinigung für das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Mai 2022, soll eine Übersicht über die seit Februar 2018 ergangene Rechtsprechung des Kantonsgerichts Luzern vermitteln; dies in Ergänzung zu den bisherigen Zusammenfassungen, publiziert auf: <https://gerichte.lu.ch>. Diese Übersicht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Insbesondere werden diejenigen Urteile, welche ausschliesslich auf der Basis der bereits in früheren Jahren dargestellten Rechtsprechung erlassen wurden, nicht (nochmals) dargestellt.

Inhaltsverzeichnis

1	Zu den Verfahrensarten	2
1.1	Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe?	2
1.2	Zum Präqualifikationsverfahren	3
2	Zu den Ausschreibungsunterlagen	3
2.1	Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung und geplante Änderungsmöglichkeiten	3
2.2	Zur Auslegung der Ausschreibung und ihrer Unterlagen	4
3	Zur Beurteilung der Offerten	4
3.1	Zur Abklärungspflicht der Vergabebehörde	4
3.2	Fragemöglichkeit der Anbieter	5
3.3	Keine unzulässige Doppelprüfung / Mehreignung	5
3.4	Offertpräsentation	6
3.4.1	Dokumentationspflicht	6
3.4.2	Verzicht auf Bemusterung	6
3.5	Referenzauskünfte	7
3.6	Vertrauensgrundlage aus früherem Vergabeverfahren?	7
4	Ausschluss aus dem Verfahren	7
4.1	Infolge fehlender Eintragung des Angebots im Offertöffnungsprotokoll	7
4.2	Infolge nicht erstellter rechtzeitiger Einreichung des Angebots	8
4.3	Infolge Nichtteilnahme an einer obligatorisch erklärten Begehung	9
4.4	Ausschluss ist nicht gerechtfertigt	9
5	Abbruch des Vergabeverfahrens	10
5.1	Abbruch infolge fehlenden Wettbewerbs	10
5.2	(Provisorischer) Abbruch infolge Kostenüberschreitung	10
6	Begründungspflicht der Verfügung	11
6.1	Bei einer Zuschlagsverfügung	11
6.2	Bei einer Verfügung im Rahmen einer Präqualifikation	11
7	Verfrüht abgeschlossener Vertrag	12
7.1	Bei vergaberechtlich unzulässiger freihändiger Vergabe	12
7.2	Abschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist der Zuschlagsverfügung	13

1 Zu den Verfahrensarten

1.1 Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe?

Es zeigte sich, dass in Anwendung der Vorgaben bei der Berechnung des Auftragswerts der Schwellenwert nicht nur für die Durchführung eines Einladungsverfahrens, sondern auch eines offenen oder selektiven Verfahrens überschritten war. Die Vergabebehörde machte aber geltend, dass die erfolgte freihändige Vergabe ausnahmsweise zulässig sei. Sie berief sich auf zwei Ausnahmetatbestände im Rahmen der abschliessenden Aufzählung: Zum einen könne eine Vergabe ausnahmsweise freihändig erfolgen, wenn es dazu keine angemessene Alternative gebe (§ 6 Abs. 2 lit. b öBV); zum anderen sei die freihändige Vergabe hier zulässig, weil eine neuartige Dienstleistung beschafft worden sei (§ 6 Abs. 2 lit. h öBV). Im Zusammenhang mit diesen beiden Bestimmungen ist vorzuschicken, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der Einhaltung des vergaberechtlich vorgeschriebenen Verfahrens besteht. So ist insbesondere im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und den Grundsatz des freien Marktzugangs eine restriktive Anwendung der freihändigen Vergabe, die als Ausnahme der öffentlichen Beschaffung zu gelten hat, geboten. Die Tatbestände der Zulässigkeit der freihändigen Vergabe sind allesamt restriktiv auszulegen.

Die Beweislast für das Vorliegen der aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahme erforderlich machen, trifft im Streitfall grundsätzlich die Vergabebehörde. So hat das Bundesverwaltungsgericht in Präzisierung von BGE 137 II 313 entschieden, dass die Vergabestelle die Beweislast in zweierlei Hinsicht trifft: Zum einen mit Bezug auf die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den Beschaffungsbedarf so einzugrenzen, dass nur ein Produkt oder ein Anbieter in Frage kommt; zum andern, dass ein ausgesuchtes Produkt nur durch einen Anbieter geliefert werden kann.

Die Ausnahmebestimmung gemäss § 6 Abs. 2 lit. b öBV setzt erstens voraus, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur ein Anbieter in Frage kommt; zweitens darf es keine angemessene Alternative geben. Der Vorbehalt, dass es "keine angemessene Alternative" gibt, steht in engem Zusammenhang mit den Bestimmungen über technische Spezifikationen. Es gilt zu ermitteln, ob auf dem Markt eine angemessene Alternative bzw. gleichwertige Produkte oder Leistungen erhältlich sind. Steht dies nicht fest, ist ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen, da nur so eruiert werden kann, ob tatsächlich eine Alternative existiert. Gemäss Rechsteiner deutet die Formulierung "angemessene Alternative" darauf hin, dass eine Vergabestelle "Alternativen" mit (angemessenen) Einschränkungen akzeptieren muss. In Bezug auf die erste Voraussetzung, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur ein Anbieter in Frage kommt, trifft die Vergabebehörde die Beweislast (BGE 137 II 313 E. 3.5.2). Nach Lage der bisherigen Akten war nicht erstellt, welche konkreten Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand gestellt werden. Dem Umstand, dass ein Angebot (klar) bessere Möglichkeiten bietet als ein anderes, ist grundsätzlich im Rahmen der qualitativen Bewertung Rechnung zu tragen, und er bedeutet nicht ohne Weiteres, dass technische Besonderheiten im Sinn des Ausnahmetatbestands von § 6 Abs. 2 lit. b öBV zu bejahen sind, für die nur eine Anbieterin in Frage käme. Solche konkreten technischen Besonderheiten substantiierte die Vergabebehörde nicht hinreichend. Da es damit bereits an der ersten, der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen fehlte, war bereits deshalb der Ausnahmetatbestand gemäss § 6 Abs. 2 lit. b öBV nicht erfüllt.

Auch die Berufung auf die Neuartigkeit der Dienstleistung gemäss § 6 Abs. 2 lit. h öBV erwies sich als unbehelflich.

Weil die vorliegende Beschaffung nicht im freihändigen Verfahren hätte vergeben werden dürfen, sondern ein höherstufiges Verfahren hätte durchgeführt werden müssen, war die Beschwerde insoweit begründet.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 232 vom 23.12.2021 E. 3 und 4)

1.2 Zum Präqualifikationsverfahren

Die Vergabebehörde verfügt bei der Bewertung der Bewerbungen und beim Entscheid über die Auswahl der einzuladenden Anbieter über ein weites Ermessen (vgl. auch BGer-Urteil 2P.14/2007 vom 3.9.2007 E. 4.2). Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Präqualifikationsverfahren regelmässig eine grössere Zahl von Bewerbungen eingeht – in casu waren es 70 –, deren Prüfung auf rationelle Weise durchgeführt werden muss. Schliesslich kommt hinzu, dass die Beurteilung von architektonischen und gestalterischen Qualitäten nur beschränkt objektivierbar und mit sprachlichen Mitteln nachvollziehbar ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00503 vom 18.11.2009 E. 5.1 m.H.).

Nach Lage der Akten stand fest, dass die Referenzprojekte der für die 2. Stufe des selektiven Verfahrens nicht berücksichtigten Beschwerdeführerin in Bezug auf das Kriterium der "Vergleichbarkeit" mit 12 Punkten das Punktemaximum erreichten. Hinsichtlich der "Qualität" führt die Vergabebehörde in ihrer Vernehmlassung ergänzend aus, dass die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin die Preisrichterinnen und -richter unter dem Blickwinkel der Aufgabenstellung (inkl. Raumprogramm, Typologie, Umgang mit Ortsbild und Landschaftsraum etc.) und im Quervergleich zu den – als überdurchschnittlich gut eingestuft – Referenzprojekten der schliesslich qualifizierten 12 Bewerbern nur bedingt/mässig überzeugen konnten. Weshalb diese Bewertung eine Überschreitung des Ermessens durch das Preisgericht darstellen sollte, brachte die Beschwerdeführerin indessen nicht substantiiert vor. So konnte dem Preisgericht nicht vorgeworfen werden, es hätte den Umstand ignoriert, dass die drei Referenzprojekte jeweils als 1. Preis aus Wettbewerbsverfahren hervorgegangen sind. Dies wurde in der Bewertung ausdrücklich erwähnt. Umgekehrt bedeutet eine solche Auszeichnung für sich allein noch keine Notwendigkeit oder gar einen Anspruch auf eine Teilnahme an der 2. Stufe eines selektiven Verfahrens. Es war die Aufgabe des Preisgerichts die Referenzprojekte zu vergleichen. Dass es dabei seinen Fokus auf die für das konkrete Projekt massgebliche Aufgabenstellung richtete und dabei auch Aspekte wie "Raumprogramm, Typologie, Umgang mit Ortsbild und Landschaftsraum" beachtete, ist ebenfalls nicht rechtsfehlerhaft. Inwiefern das Preisgericht vor diesem Hintergrund sein Ermessen überschritten haben soll, war daher nicht ersichtlich. Auch der Beschwerdeführerin gelang es nicht, dies überzeugend aufzuzeigen. Sie setzte sich auch nicht konkret mit der in der Vernehmlassung angeführten Begründung auseinander. Für das Kantonsgericht bestand daher keine Veranlassung, hier korrigierend einzugreifen.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 231 vom 7.12.2021 E. 4)

2 Zu den Ausschreibungsunterlagen

2.1 Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung und geplante Änderungsmöglichkeiten

Sobald die Ausschreibung und ihre Unterlagen publiziert sind sowie der Offerteingabetermin verstrichen ist, sind Beschaffungsgegenstand und Verfahrensregeln fixiert. Die Vergabebehörde ist in der Folge nicht mehr frei, Änderungen vorzunehmen, sondern ist grundsätzlich an ihre publizierten Festlegungen gebunden. Dieser Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung gilt daher auch in Bezug auf die Verfahrensregeln, welche die Vergabestelle vorgängig bekannt gibt. Umgekehrt dürfen die Anbieter auf die Einhaltung dieser Regeln vertrauen.

Nachträgliche "ungeplante" Änderungen, die zuweilen aufgrund eines unvorhergesehenen Ereignisses notwendig sind, können nur noch unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden. In Abgrenzung zu den ungeplanten nachträglichen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen liegen "geplante" Änderungen dann vor, wenn die Vergabestelle die Änderungsmöglichkeit bereits in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten hat und von dieser denn auch im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens

Gebrauch macht (Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2008, Bern 2009, S. 370 N 29).

Um eine geplante Änderungsmöglichkeit in der Ausschreibung inhaltlich vorzudefinieren, stehen der Vergabebehörde suspensiv bedingte Änderungen wie Optionen, Alternativlösungen, Eventualpositionen, das Recht zur einseitigen Beststellungsänderung oder ähnlich gelagerte Instrumente zur Verfügung, die sie bei Bedarf ausüben kann. Entscheidend dabei ist, dass die Änderungsmöglichkeit und die Ausübungsmodalitäten in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen klar und transparent umschrieben sind (Jäger, a.a.O., S. 370 N 29 f.). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im konkreten Einzelfall und nach Massgabe der bekannten Auslegungsregeln zu prüfen.

Im konkreten Fall wurde das Los-Nr. 4 in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich als "Option" definiert. Dies im Gegensatz zu den übrigen Losen-Nrn. 1 - 3. Gemäss diesem klaren Wortlaut wurde die Vergabe der Leistungen des Loses-Nr. 4 ausdrücklich als Option oder Möglichkeit vorbehalten. Damit war eine geplante Änderungsmöglichkeit vorgesehen.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 20 233 vom 18.1.2021 E. 2)

2.2 Zur Auslegung der Ausschreibung und ihrer Unterlagen

Im Rechtsmittelverfahren sind die im Rahmen einer Ausschreibung definierten Vorgaben so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (Vertrauensgrundsatz). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGer-Urteil 2C_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1). Da die Vergabebehörde bei der Formulierung dieser Aspekte über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum verfügt, dürfen die Beschwerdeinstanzen diesen nicht unter dem Titel der Auslegung übergehen (vgl. Art. 16 IVöB; BGer-Urteil 2D_52/2011 vom 10.2.2012 E. 3.2 m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 557 und N 565). 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 oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen: BGE 141 II 14 E. 7.1 m.w.H.; vgl. auch Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 405 N 32).

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 20 27 vom 21.4.2021 E. 3.5.2)

3 Zur Beurteilung der Offerten

3.1 Zur Abklärungspflicht der Vergabebehörde

Nach § 26 Abs. 1 öBG wird vermutet, dass die Angaben einer Anbieterin richtig sind. Hat die Auftraggeberin aber Anhaltspunkte, dass dies nicht zutrifft, prüft sie die Angaben vor dem Zuschlag oder gibt diese Prüfung in Auftrag (LGVE 2001 II Nr. 13 E. 3b mit Hinweisen). Die Anbieterin hat dabei auf Verlangen den Nachweis für die Richtigkeit ihrer Angaben zu leisten. Wer den Nachweis nicht leistet, trägt die Folgen der Beweislosigkeit. Anbieterinnen, die ihre Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung trotz Androhung der Folgen verweigern oder verzögern, brauchen bei der Vergabe nicht berücksichtigt zu werden (§ 26 Abs. 2 öBG). Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte klare und unzweideutige Angaben zur Schlüsselperson (Polier) gemacht. Nach diesen Angaben hatte diese Schlüsselperson bei zwei Wasserbauprojekten lediglich Baggerarbeiten ausgeführt. Die Sachdarstellung in der Offerte enthält keinen Hinweis darauf, dass er bei diesen beiden Referenzprojekten als Polier tätig gewesen wäre. Die Vergabebehörde durfte auf die Richtigkeit der angegebenen Tätigkeiten vertrauen und war zu keinen weiteren Abklärungen verpflichtet.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 71 vom 28.5.2019 E. 3.4 - 3.5)

3.2 Fragemöglichkeit der Anbieter

Wer Fragen zur Ausschreibung und zu den Ausschreibungsunterlagen hatte, konnte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt schriftlich Auskünfte einholen oder Fragen stellen. Von dieser Möglichkeit haben Anbieterinnen Gebrauch gemacht, was den übrigen Teilnehmern mitgeteilt wurde. Auch die Beschwerdeführerin hat diese Fragemöglichkeit genutzt, allfällige Unklarheiten auszuräumen, bevor sie ihr Angebot einreichte.

In Bezug auf diese Fragemöglichkeit ist vorab daran zu erinnern, dass Anbieter festgestellte Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens sofort und unaufgefordert geltend zu machen haben, 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.

Wenn der Beschwerdeführerin – neben der von ihr eingereichten Fragen – weitere Unklarheiten oder – wie sie vorbringt – unpräzise Formulierungen aufgefallen sind, wäre es ihr nach dem Gesagten zuzumuten gewesen, sich innerhalb der eingeräumten Frist schriftlich mit entsprechendem Hinweis auf die angebliche Unklarheit an die Vergabebehörde zu wenden. Es war nicht ersichtlich, dass vorliegend Zeitdruck, allenfalls beschränkte Rechtskenntnisse, Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren oder ein Erfordernis vertiefter rechtlicher Abklärungen es hätten rechtfertigen könnten, hierauf zu verzichten, ohne einen Rechtsnachteil gewärtigen zu müssen (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3, 125 I 203 E. 3a). Bei den in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebrachten Beanstandungen ging es auch nicht um Fragestellungen, 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: BR 1/2014 S. 35 f. Nr. S20). Wenn der Anbietende eine Nachfrage in Bezug auf eine Unklarheit unterlässt und sich anschliessend auf einen angeblichen Mangel der Ausschreibungsunterlagen beruft, so kann dies auf eine Verletzung der Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben hinauslaufen (vgl. dazu auch BVGer-Urteil B-3526/2013 vom 20.3.2014 E. 6.8 in fine).

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 86 vom 10.8.2021 E. 4.3.2)

3.3 Keine unzulässige Doppelprüfung / Mehreignung

Die Beschwerdeführerin verlangte eine bessere Bewertung mit Hinweis darauf, dass die von ihr offerierten Geräte die technischen Spezifikationen "übererfüllten".

Diese Frage lässt sich mit derjenigen zur Zulässigkeit der Berücksichtigung einer Mehreignung beim Zuschlag vergleichen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht ersichtlich, weshalb es bei Kriterien, die graduell bewertet werden können, unzulässig sein sollte, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung aber als Zuschlagskriterium zu gewichten. Bei dieser Vorgehensweise handelt es sich nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BGE 139 II 489 E. 2.2.4, bestätigt in BGE 140 I 285 E. 5). Die Berücksichtigung der Mehreignung bei den Zuschlagskriterien soll nicht uneingeschränkt gelten, sondern nur insoweit, als mit einem solchen Miteinbezug eine Aussage zur Qualität des Angebots gemacht und ein Wirtschaftlichkeitsbezug hergestellt und begründet werden kann (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Aktuelles Vergaberecht 2016 [Hrsg. Zufferey/Beyeler/Scherler], Zürich 2016, Rz. 28 mit weiteren Hinweisen). Mit einer solchen Vorgehensweise kann zum einen sichergestellt werden, dass die Angebote minimale zwingende Leistungs- und Produkthanforderungen erfüllen. Zum anderen können diejenigen Angebote, die bessere als die verlangten minimalen Anforderungen vorweisen, bei den Zuschlagskriterien und bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zusätzlich positiv bewertet werden (BVGer-Urteil 5452/2015 vom 19.6.2018 E. 5.3.2.2 mit Hinweis). Wenn die blosser Einhaltung zwingender

Mindestanforderungen dazu führt, dass ein Angebot zur Bewertung anhand der Zuschlagskriterien zugelassen wird, so muss eine Übererfüllung erst recht höher bzw. sogar mit der Bestnote honoriert werden. Die Auffassung, wonach schon allein die Einhaltung der zwingenden Mindestvorgaben mit der Bestnote zu bewerten sei, entspricht einem Fehlverständnis der Funktion der Zuschlagskriterien. Im Gegenteil: Die Einhaltung zwingender Vorgaben ist die Eintrittskarte in die Angebotsbewertung, aber nur die besonders gute Erfüllung bzw. die Übererfüllung verdient auch die Bestnote (vgl. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2015, Rz. 269, mit Verweis auf Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2014.00660 vom 6.2.2015 E. 3.2.2).

Es steht der Vergabestelle also grundsätzlich frei, die "Übererfüllung" von bestimmten Auftragspezifikationen zum Zuschlagskriterium zu machen, wobei das Erreichen des Minimums eine Zulassungsbedingung bildet und die allenfalls weitergehende Erfüllung einen Bewertungsgesichtspunkt der Offerte darstellt (zum Ganzen auch: Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 86 vom 10.8.2021 E. 4.4.1.3, Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 10 153 vom 20.7.2010 E. 5). Darin liegt keine unzulässige Doppelprüfung desselben Kriteriums.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 233 vom 16.2.2022 E. 4.4)

3.4 Offertpräsentation

3.4.1 Dokumentationspflicht

Wird der Beschaffungsgegenstand anlässlich einer Vorführung von den Anbietenden präsentiert, sind namentlich die Feststellungen und Beurteilungen dieser Vorführung zu dokumentieren. Es lagen im konkreten Fall weder ein Protokoll der Vorführungen bei den Akten, noch wurde dokumentiert, was die einzelnen Anbieterinnen in welcher Ausführlichkeit präsentiert haben oder welchen Inhalt die Präsentationen überhaupt aufweisen sollten. Das Gericht konnte somit nicht abschliessend beurteilen, für welche der präsentierten Funktionen und Eigenschaften des Beschaffungsobjekts wie viele Punkte vergeben oder – umgekehrt – abgezogen wurden. Eine wirksame Überprüfung der Auswertung, zumindest soweit sie sich auf die Vorführung bezieht, war folglich nicht möglich. Damit die entsprechenden Bewertungsschritte nachvollziehbar sind und die notwendige Transparenz gewährleistet ist, sind solche Präsentationen sorgfältig zu protokollieren.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 217 vom 10.1.2022 E. 4.3)

3.4.2 Verzicht auf Bemusterung

Die Beschwerdeführerin beanstandete, dass keine Bemusterung der angebotenen Produkte durchgeführt worden sei.

Die Durchführung einer solchen Bemusterung oder Besichtigung war indessen in den Einladungsunterlagen nicht vorgesehen. Wenn die Vergabebehörde darauf verzichtet, eine Bemusterung durchzuführen, so fällt dies in ihren Ermessensbereich. Es sind hier keine Anzeichen ersichtlich, dass die Vergabebehörde beim Verzicht auf eine Bemusterung ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hätte. Ferner bestimmt im Einladungsverfahren die Vergabebehörde den Anbieterkreis und lädt in der Regel nur erfahrene Unternehmen ein, die den Beschaffungsauftrag korrekt umsetzen können, was einen Vorteil im Hinblick auf den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel und bei der Ausgestaltung der Vorgehensweise zur Prüfung der einzelnen Offerten darstellen kann (vgl. Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2004, Bern 2005, S. 74). Dies kann im Einzelfall den Bedarf einer Bemusterung ebenfalls relativieren. Schliesslich fiel hier ins Gewicht, dass die Vergabebehörde ein unabhängiges Beratungsunternehmen beigezogen hat. Abgesehen davon kann den eingereichten Plänen und Unterlagen die Funktionsweise der offerierten Produkte zweifelsfrei entnommen werden. Dass die Vergabebehörde keine Bemusterung vorsah, war daher nicht zu beanstanden.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 257 vom 20.12.2018 E. 2.1)

3.5 Referenzauskünfte

Die Vergabebehörde legte in den Ausschreibungsunterlagen fest, dass sie das Zuschlagskriterium "Qualität" aufgrund von "Referenzauskünften" beurteilen wird. Damit hat sie den ihr zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum bei der Festlegung der Bewertungsregeln zum Zuschlagskriterium "Qualität" zum Voraus bestimmt. Daran ist sie gebunden. Wenn sie die Qualität der Arbeit auf der Basis von "3 Referenzauskünften" vornehmen will, dürfen die Anbieterinnen darauf vertrauen, dass diese Bewertungsregel umgesetzt wird. Es hilft ihr nicht weiter, dass es nach der kantonalen Praxis grundsätzlich im Ermessen der Vergabebehörde liegt, ob die Vergabebehörde auf die Richtigkeit der angeführten Referenzangaben vertraut und darauf verzichtet, mündliche Auskünfte oder zusätzliche Abklärungen einzuholen. Wenn sie – wie hier – im Voraus bestimmt, die Qualität anhand von "Referenzauskünften" zu beurteilen, hat sie ihr Beurteilungsermessen bereits insofern verbindlich eingegrenzt, als dieses Unterkriterium massgeblich für die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums ist; sie kann sich daher nicht im Nachhinein auf ihren Ermessensspielraum berufen, wenn sie keine solche Referenzauskünfte einholt und die Bewertung anhand von anderen Unterkriterien vornimmt. Ist nach den Zuschlagskriterien eine Überprüfung von Referenzauskünften erforderlich, werden diese aber nicht eingeholt, fehlt der Behörde die tatsächliche Grundlage für ihren Ermessensentscheid. Insofern erschien hier der Verzicht auf die Einholung von Referenzauskünften als vergaberechtswidrig.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 258 vom 11.12.2019 E. 3)

3.6 Vertrauensgrundlage aus früherem Vergabeverfahren?

Aufgrund des erheblichen Spielraums der Vergabebehörden bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und dessen stark formalisierten Ablaufs sind frühere Submissionen in der Regel keine taugliche Vertrauensgrundlage, auf die sich ein Teilnehmer in späteren Verfahren berufen könnte.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 18 vom 19.3.2018 E. 3.4.3)

4 Ausschluss aus dem Verfahren

4.1 Infolge fehlender Eintragung des Angebots im Offertöffnungsprotokoll

Vergabebehörde und Offerenten müssen die gesetzlichen Formvorschriften einhalten. Deren Missachtung kann den Ausschluss der betreffenden Offerte oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen. Allerdings führt nicht jede Unregelmässigkeit zu einem Ausschluss aus dem Verfahren. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf und soll vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Insofern steht den Vergabeinstanzen bei weniger schweren Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in § 16 Abs. 2 öBG ein gewisses Ermessen zu. Sie haben bei ihrem Entscheid – neben dem Verhältnismässigkeitsprinzip – auch das Verbot des überspitzten Formalismus sowie das Gebot der Gleichbehandlung zu beachten.

Umgekehrt sind gewisse Formfehler derart gravierend, dass der Ausschluss des betreffenden Angebots zwingend ist. In diesen Fällen steht der Vergabebehörde kein Ermessen zu, sondern das Angebot ist aus Gleichbehandlungsgründen auszuschliessen. Wird die Frist zur Einreichung der Offerte nicht eingehalten, so gilt dieser Umstand in der Regel als schwerer Formfehler, der zum Ausschluss des Angebots führen muss. Denn in einer solchen Konstellation wird der Grundsatz der Gleichbehandlung (Chancengleichheit) missachtet.

In casu wog der Umstand schwer, dass das Angebot, welches den Zuschlag erhielt, nicht im Offertöffnungsprotokoll aufgeführt worden war. Ebenso fiel ins Gewicht, dass die Vergabebehörde ihre Feststellung, dass es sich bei den von der Zuschlagsempfängerin als "Varianten" bezeichneten Offerten nicht um unzulässige Varianten, sondern um zulässige

Angebote eines anderen Produkts handle, nicht umgehend offen gelegt hatte. Damit bestand eine nicht unerhebliche Manipulationsgefahr. Hinzu kommt, dass nach Lage der eingereichten Akten kein zweifelsfreier Beweis für die fristgemässe Einreichung dieser beiden Varianten vorhanden war. Die Rechtzeitigkeit der Eingabe muss mit Gewissheit feststehen; d.h. es ist der volle Beweis erforderlich. Dies hat insbesondere auch im Vergabeverfahren zu gelten. Insgesamt hätten die beiden als "Varianten" bezeichneten Angebote der Zuschlagsempfängerin nicht in die Bewertung miteinbezogen werden dürfen. Sie mussten aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 78 vom 18.6.2019 E. 4.4)

4.2 Infolge nicht erstellter rechtzeitiger Einreichung des Angebots

Die Frist für die Einreichung eines Angebots war gemäss Ausschreibung auf Donnerstag, 10. Januar 2019, 11.30 Uhr festgesetzt. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin trug das Datum 9. Januar 2019. Der von der Vergabestelle aufgelegte Eingangsvermerk (Stempel der Gemeinde) betreffend das Angebot der Zuschlagsempfängerin wies aber den Eingang des Angebots am 11. Januar 2019 aus. Ein Visumskürzel auf dem Stempel, wie ein solcher bei den meisten Angeboten vorhanden ist, fehlte. Dafür fand sich oben folgender handschriftlicher Vermerk: "Briefkasten Gemeinde wird am Abend nicht mehr geleert!".

Für die Rechtzeitigkeit der Einreichung ihres Angebots trägt die Zuschlagsempfängerin die Beweislast (Art. 8 ZGB). Die Rechtzeitigkeit der Eingabe muss mit Gewissheit feststehen; d.h. es ist der volle Beweis erforderlich (Amstutz/Arnold, Komm. zum BGG, 3. Aufl. 2018, N 8 zu Art. 48). Ein solcher Beweis lag nicht vor. Wenn eine Anbieterin sich dafür entscheidet, nicht die Dienste der Schweizerischen Post zu benützen, sondern das Angebot direkt der Eingabestelle zu übergeben, muss sie dafür sorgen, dass entweder sogleich eine Bescheinigung ausgestellt oder jedenfalls nachgefragt wird, ob ihre Sendung vorgefunden und der Eingang registriert wurde. In den Ausschreibungsunterlagen wurde im Übrigen explizit darauf hingewiesen, dass das Risiko, dass das zugestellte Angebot rechtzeitig bei der Bauherrschaft eintrifft, beim Anbieter liege.

Im vorliegenden Fall hatte nach Sachdarstellung der Zuschlagsempfängerin deren Mitarbeiterin, die in der Gemeinde wohnt, die Sendung mitgenommen und am Abend des 9. Januar 2019 bei der Gemeindeverwaltung eingeworfen. Die im Gerichtsverfahren aufgelegten Zeugenbescheinigungen reichten jedoch nicht aus, um den Ereignisverlauf rechtsgenügend nachzuweisen. Die Bescheinigungen gaben lediglich wieder, dass die beiden für die Ausarbeitung der Offerte verantwortlichen Personen die Mitarbeiterin beauftragt hatten, das Offertkuvert bei der Gemeindeverwaltung abzugeben. Wann genau dieser Auftrag erfüllt wurde, liess sich aus den Zeugenbescheinigungen nicht entnehmen. Entscheidend war schliesslich, dass die Gemeindeverwaltung das Angebotskuvert der Zuschlagsempfängerin mit Eingangsdatum vom 11. Januar 2019 versehen hat. Zu Recht wendete die Beschwerdeführerin ein, dass damit die Rechtzeitigkeit der Offerteingabe gerade verneint wurde. Der Vermerk oberhalb des Stempels der Gemeinde "Briefkasten Gemeinde wird am Abend nicht mehr geleert" vermochte diese Schlussfolgerung nicht umzustossen. Denn wenn geltend gemacht wird, dass der verwaltungseigene Briefkasten jeweils am Folgetag geleert werde, so hätte das Angebot, wenn es wie behauptet am Abend des 9. Januar 2019 in den Briefkasten gelegt wurde, mit dem Eingangsstempel vom 10. Januar 2019 versehen werden müssen. Dies ist aber nicht der Fall.

Damit stand fest, dass die Zuschlagsempfängerin die Wahrung der Frist für die Einreichung ihres Angebots nicht nachzuweisen vermochte. Gestützt auf die Folgen der Beweislosigkeit hätte ihr Angebot aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 37 vom 1.4.2019 E. 5, bestätigt vom Bundesgericht mit Urteil 2C_412/2019 vom 13.2.2020)

4.3 Infolge Nichtteilnahme an einer obligatorisch erklärten Begehung

Wurde die Teilnahme an einer Begehung als obligatorisch bezeichnet und stellt dies gemäss Auslegung der Ausschreibungsunterlagen eine Teilnahmebedingung bzw. Zulassungsvoraussetzung dar, ist ein Anbieter, der nicht daran teilgenommen hat, aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen. Die Teilnahme an einem Ersatztermin, der weder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt noch den übrigen Anbietern zur Kenntnis gebracht wurde, half dem Zuschlagsempfänger nicht weiter. Wenn eine Begehung an einem einzigen Termin obligatorisch ist, wird der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot der Wettbewerbsneutralität verletzt, wenn ein Anbieter am obligatorischen Besichtigungstermin unentschuldigt fernbleibt, ihm nachträglich ein Ersatztermin angeboten und die Begehung nochmals durchgeführt wird.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 205 vom 6.11.2018 E. 3 ff.)

4.4 Ausschluss ist nicht gerechtfertigt

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren alle interessierten Anbieter verpflichtet, an der Begehung vom 6. Dezember 2018 im ausdrücklich vorgegebenen Zeitraum (14.30 bis 15.30 Uhr) teilzunehmen. Die Vergabebehörde hat keinen Besichtigungstermin vorgesehen, bei welchem alle Anbieter zu einem bestimmten Zeitpunkt anwesend sein müssen, um gemeinsam die Baustelle zu begehen. Ebenso wurde klargestellt, dass keine Fragen beantwortet werden.

Im kantonalen Recht sind keine konkreten Vorgaben vorhanden, wie eine solche Besichtigung konkret durchzuführen sowie eine Teilnahme einer Anbieterin an diesem Termin zu bestätigen und zu dokumentieren ist. Folglich hat sich die Vergabebehörde von den allgemeinen Vergabegrundsätzen wie u.a. dem Transparenzgebot leiten zu lassen. Zudem ist ihr in Bezug auf die Modalitäten der Besichtigung ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen. Entscheidend aber bleibt, dass letztlich ein rechtsgenügender Beweis dafür vorliegt, wer innerhalb des in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zeitraums die Besichtigung absolviert hat.

Die Vertreter der Bauleitung führten in Bezug auf die Begehung Anwesenheitslisten. Darin trugen die jeweiligen Vertreter der interessierten Anbieter handschriftlich den Namen der Unternehmung, ihren eigenen Namen als Vertreter und ihre Unterschrift ein. Aus den handschriftlichen Eintragungen der beiden Anwesenheitslisten war zu schliessen, dass die Vertreter der aufgeführten Unternehmungen die Baustelle vor Ort innerhalb des eingeräumten Zeitfensters besichtigt haben. Dieser Beweis einer Besichtigungsteilnahme konnte in casu von der Zuschlagsempfängerin erbracht werden. Es bestand daher kein Grund für den Ausschluss der Anbieterin aus dem Vergabeverfahren.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 48 vom 16.4.2019 E. 2)

Es galt ein bestimmtes Eignungskriterium auszulegen, welches nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt habe. Als Referenzkunde verlangte die Vergabebehörde "mindestens" einen Kunden "der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz (Bund, Kanton oder Gemeinden)" mit mehr als 2500 ausgestellten Lohnausweisen für den Nachweis der Lieferung, Installation und Support einer Software für die Personalprozesse.

Die Zuschlagsempfängerin führte als Referenzobjekt eine "Lohn- und Zeiterfassung für die gesamte Gemeindeverwaltung" an, und zwar für mehrere Gemeinden und Bezirke, die zur gemeinsamen Erfüllung einer oder mehrerer öffentlicher Aufgaben einen Gemeindeverband gegründet haben. Bei einem Gemeindeverband handelt es sich um eine Körperschaft des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, bestehend aus den Gemeinden oder Bezirken, die dem konkreten Gemeindeverband beigetreten sind, ist diese von der Umschreibung des Eignungskriteriums erfasst. Dass die Vergabebehörde die

Zuschlagsempfängerin nicht wegen fehlender Erfüllung eines Eignungskriteriums ausgeschlossen hat, erweist sich daher als rechters.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 20 27 vom 21.4.2020 E. 3)

5 Abbruch des Vergabeverfahrens

5.1 Abbruch infolge fehlenden Wettbewerbs

Die Vergabestelle kann das Beschaffungsverfahren abbrechen, wenn sachliche bzw. wichtige Gründe es rechtfertigen (vgl. § 18 öBG). Eine entsprechende Pflicht dazu besteht nicht. In § 18 öBG werden die möglichen Gründe im Rahmen einer nicht abschliessenden Aufzählung genannt. Der Abbruch ist immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert. Das Vergabeverfahren muss abgebrochen werden können, wenn das Ziel der Beschaffung verfehlt wird. Einen weiteren Grund für den Abbruch eines Vergabeverfahrens bilden ursprüngliche Fehler der Ausschreibung, die von einem derartigen Gewicht sind, dass sie eine rechtmässige Zuschlagserteilung geradezu ausschliessen. Es handelt sich dabei um Fehler der Ausschreibung, welche die Vergabebehörde zumindest zu einer rechtlich oder sachlich wesentlich anderen Ausgestaltung desselben veranlasst hätten, wenn sie bei Verfahrenseinleitung erkannt worden wären. Die Vergabebehörde hat bei der Entscheidung darüber, ob ein Beschaffungsverfahren abgebrochen, wiederholt oder neu durchgeführt werden soll, ein Entschliessungsermessen, das einer gerichtlichen Überprüfung – ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern – nicht zugänglich ist (§ 30 Abs. 2 öBG).

Die Beschwerdeführerin war die einzige Anbieterin, doch ihr Angebot musste ausgeschlossen werden, da sie die Eignungskriterien nicht erfüllte. Für den konkreten Beschaffungsgegenstand konnte daher kein Wettbewerb entstehen. Da ein Zuschlag in diesen Fällen mangels gültiger Angebote unmöglich ist, bleibt als einzige Vorgehensweise der Abbruch des Verfahrens.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 340 vom 3.5.2018 E. 4 und 6.1)

5.2 (Provisorischer) Abbruch infolge Kostenüberschreitung

Liegen sämtliche tauglichen Angebote preislich weit über der Kostenschätzung der Auftraggeberin, ist ein Abbruch vergaberechtskonform. Aber nicht jede noch so geringfügige Differenz zwischen Finanzierungskredit und billigstem Offertpreis rechtfertigt einen Abbruch (BGer-Urteil 2P.34/2007 vom 8.5.2007 E. 6.3). Geringfügige Überschreitungen, wie sie bei Beschaffungen routinemässig vorkommen, erlauben keinen Verfahrensabbruch (BVR 2008 S. 450; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2012.00822 vom 13.3.2013 E. 4.6.2). Die offerierten Preise müssen deutlich über dem bewilligten Finanzierungsrahmen liegen, wobei die Grenze zur wesentlichen Überschreitung, bei der ein Abbruch gerechtfertigt ist, grundsätzlich in der Region von 25 % liegen dürfte (Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, N 276, a.z.F.). Dabei ist aber auch zu beachten: Je höher der Auftragswert ist, desto geringer muss die prozentuale Divergenz zwischen Finanzierungsrahmen und billigstem Angebot ausfallen, um einen Abbruch zu rechtfertigen. Bei Grossprojekten kann daher auch eine Überschreitung von deutlich weniger als 25 % einen Abbruch als zulässig erscheinen lassen.

Damit die Abbruchvoraussetzungen bei Kostenüberschreitungen gegeben sind, müssen die angebotenen Preise nicht nur unerwartet hoch sein, sondern gleichzeitig den Finanzierungsrahmen sprengen. Die Vergabebehörde ist an die Budgetvorgaben gebunden. Dieser Finanzierungsrahmen muss grundsätzlich vor der Ausschreibung festgelegt werden. Es besteht für die Vergabestelle keine Verpflichtung, vor einem allfälligen Abbruch bei der politischen Behörde um einen Zusatzkredit nachzusuchen (SG GVP 2007 N. 44 E. 2.4.3).

Im konkreten Fall wurde eine Kostenüberschreitung von 28% gegenüber dem Kredit von Fr. 1,5 Mio., an welchen die Vergabebehörde gebunden ist, festgestellt. Die Kostenüberschreitung lag damit im Bereich ab 25 %, welcher nach der Rechtsprechung und Lehre einen sachlichen bzw. wichtigen Grund für den Abbruch des Vergabeverfahrens darstellen kann. Zudem reichte der bewilligte Kredit nicht. Wenn die Vergabebehörde vor diesem Hintergrund den provisorischen Abbruch des Vergabeverfahrens verfügt hatte, wurde dies vom Gericht insgesamt als vertretbar beurteilt.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 46 vom 20.8.2019 E. 4 - 5)

6 Begründungspflicht der Verfügung

6.1 Bei einer Zuschlagsverfügung

Nach §§ 17 lit. g und 27 Abs. 2 öBG hat eine Zuschlagsverfügung eine kurze Begründung zu enthalten, warum das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste ist. In der Begründung ist mindestens kurz darzulegen, welche der in § 5 Abs. 2 öBG bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufgezählten Kriterien für die Vergabe ausschlaggebend waren und weshalb diese Kriterien bei der berücksichtigten Anbieterin am besten erfüllt sind (LGVE 2000 II Nr. 51 E. 2d). Lediglich auf Gesuch des Anbieters hin hat die Vergabeinstanz diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben. Ausserdem lässt es das Gericht zu, dass die Vergabebehörde eine Begründung im Rechtsmittelverfahren nachliefert. Dies wird im Interesse eines raschen Verfahrens akzeptiert, zumal wenn die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Replik die Möglichkeit erhält, sich sachbezogen zu der nun abgegebenen Begründung zu äussern.

In der Zuschlagsverfügung wurde indessen einzig das Schlussergebnis der Bewertung (Punktezahl) erwähnt. Auf welchen Gründen die Punktedifferenz beruht, wird indessen nicht angeführt. Eine solche Begründung vermag ebenso wenig wie der pauschale Verweis auf § 5 Abs. 2 öBG die Anforderungen an die Begründungspflicht zu erfüllen. Damit ist die angefochtene Verfügung zu wenig aussagekräftig, um die dargestellten Anforderungen an die Begründungspflicht zu erfüllen. Dieser Mangel wurde indessen im Rahmen der mündlichen Besprechung, die innerhalb der Rechtsmittelfrist durchgeführt wurde, geheilt.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 274 vom 18.1.2019 E. 2)

6.2 Bei einer Verfügung im Rahmen einer Präqualifikation

§ 27 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 öBG verlangt, dass eine Verfügung über "die Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer im selektiven Verfahren" eine "summarische" Begründung enthält. In Anbetracht dieser Rechtslage darf sich die Vergabebehörde – analog der kantonalen Rechtsprechung zur Zuschlagsverfügung (§ 17 Abs. 1 lit. g öBG; vgl. dazu LGVE 2000 II Nr. 51 E. 2d) – auch beim Präqualifikationsentscheid auf eine summarische Begründung beschränken. Den Widerspruch zum Anspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, wonach die Begründung von Verfügungen so abgefasst sein muss, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können, löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen. Dies wird im Interesse eines raschen Verfahrens akzeptiert, zumal die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Replik die Möglichkeit erhält, sich – nach Gewährung der Akteneinsicht – sachbezogen zu der nun abgegebenen Begründung zu äussern. Damit einher geht konsequenterweise auch der Umstand, dass Submissionsverfahren regelmässig mit mindestens reduzierter Kostenaufgabe zulasten der beschwerdeführenden Partei abgeschrieben werden, wenn die Beschwerde nach Kenntnisnahme der ergänzenden Begründung der Vergabebehörde zurückgezogen wird.

Bei Präqualifikationsverfahren ist überdies zu beachten, dass es eine grosse Anzahl Bewerbungen zu beurteilen gilt sowie das Ausformulieren der Beurteilung der Eignung eines Teams in architektonischer und gestalterischer Hinsicht anspruchsvoll ist und bereits für sich einen grossen Aufwand erfordert; es kann daher keine vertiefte Begründung verlangt werden. Zumindest im Nachhinein müssen aber dennoch die wesentlichen Gesichtspunkte bekanntgegeben werden, welche für den Präqualifikationsentscheid ausschlaggebend waren (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00793 vom 23.3.2017 E. 4.2.3 m.w.H.).

Die angefochtene Verfügung enthielt einzig Hinweise auf das Vorgehen, doch diese vermochten selbst die (reduzierten) Anforderungen an eine Begründung nicht zu erfüllen, da sie insbesondere nicht erwähnen, dass die Referenzprojekte auch in Bezug auf ihre Vergleichbarkeit beurteilt wurden. Auch aus dem Umstand, dass die "Qualität der eingereichten Referenzen diskutiert" wurde, konnte die Beschwerdeführerin nicht schliessen, dass die Qualität der von ihr eingereichten Referenzen entscheidend dafür gewesen sein musste, weshalb sie nicht zur 2. Stufe des selektiven Verfahrens zugelassen wurde. Das Gericht verkannte nicht, dass beim Präqualifikationsentscheid nicht für jeden Bewerber eine ausführliche Begründung erwartet werden darf. Dennoch müssen aus der Verfügung die wesentlichen Gesichtspunkte hervorgehen, die für die Benotung von Bedeutung sind (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2005.00264 vom 22.11.2006 E. 5.1). Dies war vorliegend nur teilweise der Fall, wurde aber im Gerichtsverfahren praxismässig geheilt.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 231 vom 7.12.2021 E. 3)

7 Verfrüht abgeschlossener Vertrag

7.1 Bei vergaberechtlich unzulässiger freihändiger Vergabe

Die Vergabebehörde ging zu Unrecht davon aus, dass ausnahmsweise ein freihändiges Vergabeverfahren durchgeführt werden könnte und schloss bereits einen privatrechtlichen Vertrag ab. Die Beschwerdeführerin beantragte, diesen Vertrag für nichtig zu erklären.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbrachte, die Nichtigkeitsfolge sei die einzig angemessene Rechtsfolge, um dem Treu und Glauben zuwiderlaufenden Verhalten der Vergabestelle Einhalt zu gebieten, verkennt sie, dass § 33 öBG einzig die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabeverfügung (konkret der Zuschlagsverfügung) und nicht des rechtswidrig abgeschlossenen Vertrags ermöglicht.

Kommt ein Vertragsabschluss wie hier in Verletzung von submissionsrechtlichen Bestimmungen zustande, kann er im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren dennoch nicht aufgehoben werden. Oder anders gewendet: Der aus vergaberechtlicher Sicht unzulässige Vertragsschluss vermag die zivilrechtliche Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht infrage zu stellen. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Zuschlag des Auftrags eine Verfügung des öffentlichen Rechts ist, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Für den Zuschlags-empfänger ist es ein Entscheid, der ein Recht begründet und die Verpflichtung mit sich bringt, einen Vertrag abzuschliessen. Für die nicht berücksichtigten Anbieter werden mit dem gleichen Entscheid ihre Anträge auf Begründung eines Rechts und einer Pflicht abgewiesen. Diese Verfügung kann mit Beschwerde angefochten werden, mit der sämtliche Rechtsfehler geltend gemacht werden können. Der Vertrag, der im Rahmen eines Submissionsgeschäfts alsdann abgeschlossen wird, ist dagegen privatrechtlicher Natur. Insofern fällt ins Gewicht, dass es sich beim Vergabe- und beim Vertragsrecht um zwei eigenständige Teilrechtsordnungen handelt (Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? in: AJP 2009 S. 1141 ff., S. 1150 und 1152, a.z.F.). Entsprechend richten sich insbesondere Abschluss, Form, Abänderung und Beendigung nach dem anwendbaren Privatrecht. Der Wortlaut von § 33 Abs. 1 öBG erwähnt die Aufhebung des Vertrags gerade nicht. Beschränkt sich das Prüfungsprogramm des Kantonsgerichts auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines in Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften

ergangenen Zuschlags, sind die damit verbundenen Folgen für den privatrechtlichen Vertrag nicht im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren, sondern allenfalls vom Zivilgericht zu beurteilen (vgl. dazu auch Müller, in: Handkomm. zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, [Hrsg. Trüeb], Zürich 2020, Art. 42 BÖB N 36).

Mit Verweis auf die kantonale Praxis (LGVE 2003 II Nr. 14, 2011 II Nr. 4 E. 5c; Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 18 vom 19.3.2018 E. 2.3) ist die Feststellung der allfälligen Nichtigkeit des Vertrags mithin Sache des Zivilgerichts. Ob der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nichtig ist und welche Ansprüche sich daraus für die Beteiligten ableiten lassen, ist nach der kantonalen Praxis nicht vom Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz in Vergabesachen zu beurteilen (LGVE 2011 II Nr. 4 E. 5c).

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 21 232 vom 23.12.2021 E. 5.2)

7.2 Abschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist der Zuschlagsverfügung

Die Vergabebehörde teilte dem Gericht mit der Vernehmlassung mit, sie habe vor Ablauf der Rechtsmittelfrist den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits abgeschlossen.

Im Geltungsbereich von Art. 14 IVöB darf der Vertrag mit der Anbieterin oder dem Anbieter nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden. Solange nicht feststeht, dass die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist, erweist sich ein Vertragsschluss als unzulässig. Demnach ist nach dieser IVöB-Bestimmung der Vertragsschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist untersagt (LGVE 2011 II Nr. 4 E. 5).

Ein verfrüht abgeschlossener Beschaffungsvertrag ist ein Vertrag, den die öffentliche Auftraggeberin abgeschlossen hat, bevor sie ihn nach dem konkret anwendbaren Vergaberecht abschliessen durfte; mithin vor Eintritt der Erlaubniswirkung, die durch eine Zuschlagsverfügung erteilt wird (Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, in: BR 1/2003 S. 3). Davon bleibt die zivilrechtliche Wirksamkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrags unberührt. Ob der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nichtig ist und welche Ansprüche die nicht berücksichtigte Anbieterin daraus ableiten kann, ist gemäss der kantonalen Praxis nicht vom Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz in Vergabesachen zu beurteilen (LGVE 2011 II Nr. 4 E. 5c). Denn beim Vergabe- und beim Vertragsrecht handelt es sich um zwei eigenständige Teilrechtsordnungen (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N 2637; ders., Schicksal, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?, in: AJP 2009 S. 1150 und 1152, auch zum Folgenden) und die vertragsrechtlichen Folgen dieses rechtswidrigen Abschlusses beurteilen sich nach den Regeln des Privatrechts, dem der Vertrag untersteht (Gauch, a.a.O., S. 5). Der verfrühte und damit unzulässige Vertragsschluss vermag daher die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht infrage zu stellen. Auch die Nichtigkeit des Vertrags ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Folge ausgeschlossen (vgl. Gauch, a.a.O., S. 3 ff.; Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 371, Fn. 62; Beyeler/Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 131-134; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2012.00436 vom 5.9.2012 E. 2.8.2; demgegenüber hat das Bundesgericht diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden [BGer-Urteil 2D_26/2012 vom 7.8.2012]).

Demnach ist das Kantonsgericht nicht befugt, vergaberechtlich in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis einzugreifen (LGVE 2011 II Nr. 4). Es fragt sich schliesslich, ob es dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über dessen vertragliches Verhalten machen kann (so etwa AGVE 2016 S. 194 ff.). Die Anordnung des Vertragsrücktritts und die Neuvergabe des Auftrags, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, kommt – ausser in Ausnahmefällen – jedoch nur für Arbeiten in Betracht, welche noch nicht ausgeführt worden sind. Denn eine Rückabwicklung von bereits erbrachten Leistungen würde in aller Regel gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 1462 ff., Rz. 2672 ff. und Rz. 2675). Da sich im konkreten Fall die Zuschlagsverfügung und damit die Abschlusserlaubnis für den Vertrag als materiell korrekt

und nicht vergaberechtswidrig erwiesen, konnte offen gelassen werden, ob die Umsetzung des verfrüht abgeschlossenen Vertrages im vorliegenden Verfahren durch das Kantonsgericht verboten werden könnte.

(Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 19 234 vom 9.12.2019 E. 3).