

## Rechtsprechung des Luzerner Kantonsgerichts zum öffentlichen Beschaffungsrecht 2023/2024

von Hermann Köchli (Kantonsrichter und Präsident der 4. Abteilung) und Sabrina Schlüssel (Gerichtsschreiberin)

### Vorbemerkung

Die nachfolgende Darstellung soll eine Übersicht über die 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) aufgeführt.

### Inhaltsverzeichnis

<b>A. Vergabeverfahren</b> .....	<b>2</b>
I. Anwendungsbereich Vergaberecht.....	2
II. Ausgestaltung Ausschreibungsunterlagen.....	2
1. Kriterium Nachhaltigkeit.....	2
2. Technische Spezifikationen.....	2
III. Prüfung und Bereinigung der Angebote.....	3
1. Vermutung der Richtigkeit.....	3
2. Aufforderung zur Erläuterung des Angebotes.....	3
3. Angebotsbereinigung.....	3
IV. Ausschluss aus dem Vergabeverfahren.....	4
1. Überspitzter Formalismus.....	4
2. Festlegung der Eignungskriterien.....	4
3. Unvollständigkeit des Angebots.....	5
<b>B. Beschwerdeverfahren</b> .....	<b>6</b>
I. Rechtliches Gehör.....	6
1. Begründung der Zuschlagsverfügung.....	6
2. Begründung der Ausschlussverfügung.....	6
II. Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen.....	7
1. Anfechtung der Gewichtung von Kriterien.....	7
2. Anfechtung der Preiskurve.....	8
III. Parteientschädigung.....	8
IV. Schadenersatz.....	8

## **A. Vergabeverfahren**

### **I. Anwendungsbereich Vergaberecht**

Ein öffentlicher Auftrag und damit eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegen Entgelt einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst (vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB). Darin verpflichtet sich der Wirtschaftsteilnehmer gegen Entgelt zur Erstattung einer Bau-, Sach- oder Dienstleistung (Art. 8 Abs. 2 IVöB). Im meist verbreiteten Fall bezahlt somit das Gemeinwesen dem Unternehmen ein Entgelt für die Erbringung einer Bau-, Sach- oder Dienstleistung.

Möglich ist aber auch, dass das beauftragte Unternehmen gegenüber der Vergabebehörde eine Dienstleistung erbringt und das Gemeinwesen ein Entgelt in Form von Wertstoffen (bspw. Textilien) leistet, die es dem Dienstleister zum Sammeln und Verwerten überlässt. In derart gelagerten Fällen kann es somit sein, dass das Unternehmen dem Gemeinwesen ein Entgelt in Form einer Geldleistung entrichtet. Das Entgelt für die beauftragten Unternehmen entspricht schliesslich dem Erlös, den die beauftragten Unternehmen mit der Verwertung der ihr überlassenen Wertstoffe mutmasslich erzielen können, abzüglich der der Vergabebehörde zu zahlenden Vergütung. Auch diese Fälle, in denen das Gemeinwesen den Unternehmen keine direkte Vergütung in Geld, sondern ein Entgelt in Form von Wertstoffen leistet, fallen unter das öffentliche Vergaberecht.

(LGVE 2024 IV Nr. 7, E. 4.6)

### **II. Ausgestaltung Ausschreibungsunterlagen**

#### **1. Kriterium Nachhaltigkeit**

Die Revision der IVöB verfolgt u.a. das Ziel, einen Paradigmenwechsel im Submissionsverfahren weg vom reinen Preiswettbewerb hin zu einem Qualitätswettbewerb zu vollziehen und dabei auch die Nachhaltigkeitskriterien – darunter auch die soziale Nachhaltigkeit (vgl. Art 2 lit. a IVöB) – verstärkt zu berücksichtigen (siehe dazu Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 8.2.2022, B 102, Revision Beschaffungsrecht).

(LGVE 2024 IV Nr. 7, E. 7.2.2)

#### **2. Technische Spezifikationen**

Zu den zu erfüllenden Teilnahmevoraussetzungen gehören neben den Teilnahmebedingungen nach Art. 26 IVöB und den Eignungskriterien (Art. 27 IVöB) auch die erforderlichen technischen Spezifikationen (Art. 30 IVöB). Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (vgl. Art. 30 Abs. 1 IVöB). Der Begriff der technischen Spezifikationen ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen und schliesst auch technische Anforderungen im Sinn von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit ein. Alles, was die Leistung und deren Erbringung beschreibt, ist als technische Spezifikation zu verstehen und umfasst in diesem Sinn auch kommerzielle und rechtliche Anforderungen. Die von der Vergabestelle in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen festgelegten formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Angebote sind verbindlich einzuhalten, soweit sie nicht diskriminierend wirken.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 116 vom 3. Oktober 2024 E. 6.2)

### **III. Prüfung und Bereinigung der Angebote**

#### **1. Vermutung der Richtigkeit**

Gemäss Art. 38 Abs. 3 IVöB muss der Auftraggeber, wenn ein Angebot bei ihm eingeht, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, beim Anbieter zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich von den Angaben einer Anbieterin vermutet wird, dass sie richtig sind. Sofern keine Anhaltspunkte bestehen, die dafürsprechen, dass die Vergabebehörde hätte zweckdienliche Erkundigungen machen müssen, um zu untersuchen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind oder ob eine Anbieterin konkrete Anforderungen der Ausschreibung nicht verstanden hat, ist eine Verletzung von Art. 38 IVöB seitens der Vergabebehörde zu verneinen.

(LGVE 2024 IV Nr. 7, E. 6.2)

#### **2. Aufforderung zur Erläuterung des Angebotes**

Gemäss Art. 38 Abs. 1 IVöB hat die Vergabestelle die aufgrund der öffentlichen Ausschreibung eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse zu prüfen und offensichtliche Rechenfehler von Amtes wegen zu berichtigen. Weiter kann der Auftraggeber von den Anbietern eine Erläuterung des Angebots verlangen, welche schriftlich festzuhalten ist (Art. 38 Abs. 2 IVöB). Diese Erläuterung dient dem Ziel, den vorhandenen Angebotsinhalt zu klären, um die Vergleichbarkeit von Offerten vor allem hinsichtlich der Angaben, welche sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen, sicherzustellen. Die Prüfung der Angebote gemäss Art. 38 IVöB bezweckt zum einen die nicht ausschreibungskonformen Angebote zu entdecken und auszuschneiden und zum anderen die Angebote richtig zu verstehen, auf einen miteinander vergleichbaren Stand zu bringen und untergeordnete Mängel bzw. Unvollständigkeiten beheben zu lassen. Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschneiden oder aber – allenfalls mittels Rückfragen – zu bereinigen ist, kommt der Vergabestelle ein erhebliches Ermessen zu, sie muss die Anbieter aber in jedem Fall gleichbehandeln.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 116 vom 3. Oktober 2024 E. 7.2)

Auf Grundlage von Art. 38 Abs. 2 IVöB hat sich die Vergabestelle bei der Anbieterin per Telefon erkundigt, ob die von ihr in der Tabelle aufgeführten Gedankenstriche (" - ") bedeuten, dass keine Mehrkosten für die alternativen Produkte anfallen würden. Dies hat die Zuschlagsempfängerin anschliessend schriftlich bestätigt. Es handelt sich dabei um eine Erläuterung des Angebotes durch den Anbieter zur Klärung bzw. Bereinigung des Angebotes i.S.v. Art. 38 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 lit. a IVöB. Weitergehende Absprachen mit der Anbieterin hinsichtlich Wahl des Produkts erfolgten nicht. Das Vorgehen der Vergabestelle ist demnach nicht zu beanstanden. Zudem führte es auch nicht zu einer Besserstellung des fraglichen Anbieters bzw. zu einer Schlechterstellung anderer Anbieter. Hätte die Vergabestelle hingegen auf die Rückfrage bei der Anbieterin verzichtet und ohne weiteres den Ausschluss dieses Anbieters verfügt, wäre dies als überspritzt formalistisch und damit als unzulässig zu werten gewesen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 164 vom 7. November 2024 E. 5.4)

#### **3. Angebotsbereinigung**

Eine Bereinigung ist insbesondere dann der richtige Schritt, wenn die Form oder die Art der in der Offerte enthaltenen Erklärungen einen Vergleich mit den übrigen Angeboten noch nicht zulassen. Dabei spricht oder tauscht sich die Vergabestelle schriftlich mit den Anbietern über die angebotenen Leistungen oder Leistungsmodalitäten aus, mit dem Ziel, diese zu verändern,

sei es um auf diese Weise weitergehende Erläuterungen oder vergleichbare Angebote für die Bewertung zu erhalten, oder sei es, weil nachträgliche Änderungen der nachgefragten Leistung die Anpassung der Angebote erfordern. Eine Bereinigung findet gestützt auf Art. 39 Abs. 2 lit. a IVöB namentlich dann statt, wenn erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können, was vor allem bei komplexen bzw. wenig standardisierten Aufträgen der Fall ist. Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist nur im Zusammenhang mit den Tatbeständen von Abs. 2 zulässig (Art. 39 Abs. 3 IVöB). Der Umstand, dass im Zuge dessen unter Umständen auch die Preise angepasst werden, macht diese Verhandlungen nicht zu verpönten Angebotsrunden. Bevor nämlich "die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet" werden können (Art. 40 Abs. 1 IVöB), müssen sie für die Vergabestelle in jeder Hinsicht verständlich und untereinander objektiv vergleichbar sein. Die technischen Verhandlungen sind aus diesem Grund gegebenenfalls mit Nachofferten (vgl. Art. 39 Abs. 3 IVöB) abzuschliessen. Die Resultate der Bereinigung sind zu protokollieren (Art. 39 Abs. 4 IVöB).

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 116 vom 3. Oktober 2024 E. 7.3)

#### **IV. Ausschluss aus dem Vergabeverfahren**

##### **1. Überspitzter Formalismus**

*Vorbemerkung: Unter Anwendung der Übergangsregelung von Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019 war das streitbetreffende Vergabeverfahren nach altem Recht zu Ende zu führen.*

Anbieter können aus wichtigen Gründen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Die wichtigen Gründe werden im nicht abschliessenden Katalog von § 16 Abs. 2 öBG aufgeführt. Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn eine Anbieterin die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (§ 16 Abs. 2 lit. b öBG). Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrem Angebot zwar schriftlich bestätigt, dass das Schlüsselpersonal verfügbar sei, im zusätzlich eingereichten Bauprogramm jedoch die falschen Daten betreffend die Bauausführung aufgeführt. Diese Falschangabe ist grundsätzlich durchaus geeignet, bei der Vergabestelle Zweifel zu erwecken, ob die Beschwerdeführerinnen auch effektiv vom richtigen Zeitfenster für die Bauphase ausgegangen sind und die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals für die effektiv beanspruchte Zeit auch wirklich gewährleistet ist.

Bei unklaren Angaben der Anbieterin kann die Auftraggeberin gemäss § 15 Abs. 1 öBG Erläuterungen einverlangen. Im Zusammenhang mit der Abklärung des Sachverhalts durch eine Auftraggeberin im Vergabeverfahren bestimmt § 26 Abs. 1 öBG zudem, dass von den Angaben einer Anbieterin vermutet wird, dass sie richtig sind. Wenn die Auftraggeberin Zweifel an der Richtigkeit hat, prüft sie die Angaben vor dem Zuschlag oder gibt die Prüfung in Auftrag. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt jedoch nicht in jedem Fall die vorgängige Einholung einer Stellungnahme bei der betroffenen Anbieterin. Es sind stets die Umstände des Einzelfalls massgebend. Wenn die Vergabebehörde jedoch noch vor dem Eingabetermin die Ausschreibung in Bezug auf den Ausführungszeitraum ändert, ist der direkte Ausschluss einer Anbieterin aus dem Vergabeverfahren mangels Erfüllung eines Eignungskriteriums überspitzt formalistisch, wenn klar erkennbar ist, dass bloss versehentlich vergessen wurde, die berichtigten Daten nachzutragen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 23 106 vom 22. August 2023 E. 4.4 und 4.5)

##### **2. Festlegung der Eignungskriterien**

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind. Sie sollen sicherstellen, dass im Vergabeverfahren nur jene Bieter eine Chance haben, die den konkreten Auftrag gehörig erbringen können. Der Auftraggeber legt in der Ausschreibung oder

in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen. Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind (Art. 27 IVöB). Diese Eignungskriterien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d.h. dass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss die Folge sein muss, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre.

Der Vergabebehörde kommt bei der Festlegung der Eignungskriterien nach konstanter Rechtsprechung sowohl bei ihrer Wahl und Formulierung sowie der einzureichenden Nachweise als auch bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu. In diesen breiten Ermessensspielraum darf das Kantonsgericht – vorbehältlich eines Rechtsfehlers – nicht eingreifen. Dies entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 56 Abs. 3 und 4 IVöB. Sind die Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, ist die Vergabebehörde daran gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 2 IVöB). Deshalb ist es der Vergabebehörde grundsätzlich untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Kriterien nachträglich zu ändern.

Es liegt sodann in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Dabei müssen die Eignungskriterien auftragspezifisch und leistungsbezogen sein, d.h. die Vergabestelle hat der Art und dem Umfang des Auftrags Rechnung zu tragen. 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. Als unzulässig lassen sich jedoch Eignungskriterien und Anforderungen qualifizieren, die ohne überwiegende Interessen die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender (Rest-)Wettbewerb mehr bleibt. Eine weitere Schranke der Gestaltungsfreiheit der Vergabebehörde im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Eignungskriterien ist das Diskriminierungsverbot. Demnach sind Bestimmungen, die einzelne Anbieter diskriminieren, unzulässig. Schliesslich gilt es bei der Festlegung der Eignungskriterien die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des wirksamen Wettbewerbs, der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel sowie der Transparenz (Art. 2 IVöB) zu beachten.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 118 vom 3. Oktober 2024 E. 3.2)

### **3. Unvollständigkeit des Angebots**

Angebote müssen schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden (Art. 34 Abs. 1 IVöB). Auf die Vollständigkeit der Angebote wird grossen Wert gelegt; nur so können korrekte Vergleiche zwischen den Angeboten angestellt werden. Die Unvollständigkeit von Angeboten ist daher regelmässig ein Ausschlussgrund (vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB). Unvollständige oder veränderte Angebote können Mängel unterschiedlicher Schwere aufweisen, indem z.B. Teile des Leistungsverzeichnisses oder wesentliche Beilagen fehlen, Bedingungen geändert oder Preise nicht eingesetzt werden. Soweit es sich um wesentliche Mängel der Offerte handelt, ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots (vgl. Art. 11 lit. c IVöB) grundsätzlich ein strenger Massstab angezeigt. Ausschlüsse dürfen allerdings nur erfolgen, wenn wesentliche Formvorschriften verletzt wurden oder erhebliche inhaltliche Mängel oder Verstösse gegen das Gesetz oder die Ausschreibungsunterlagen vorliegen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus

sind zu beachten, sodass untergeordnete Abweichungen und Mängel innerhalb des Verfahrens noch korrigiert werden dürfen.

Eigenmächtige Abänderungen des Angebotstextes und Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle im Angebot sind grundsätzlich unzulässig. Unzulässig sind in der Regel deshalb auch explizite Vorbehalte der Anbieter im Angebot, wenn sie zur Folge haben, dass Angebote nicht mehr vergleichbar sind. Mit einem Vorbehalt erklärt ein Anbieter, dass er Vorgaben (technische Spezifikationen, Vertragsbedingungen, Lieferbedingungen o.ä.) der Vergabestelle nicht einhalten kann oder will oder dass er eine Abweichung offeriert. Vorbehalte von Anbietenden können, je nach Inhalt und Formulierung, eine unzulässige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen sein oder die Nichteinhaltung der Ausschreibungsbedingungen oder der Produktspezifikation bedeuten und deshalb einen Ausschluss begründen. Unter Umständen bedeuten sie aber auch (nur) eine Angebotsvariante oder gar eine Präzisierung oder Frage. Nicht selten versuchen Anbietende, mit mehr oder weniger subtil formulierten Vorbehalten ein Verhandlungspotential aufzubauen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 116 vom 3. Oktober 2024 E. 6.3; vgl. Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 182 vom 8. Oktober 2024 E. 6.2; Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 118 vom 3. Oktober 2024 E. 5)

## **B. Beschwerdeverfahren**

### **I. Rechtliches Gehör**

#### **1. Begründung der Zuschlagsverfügung**

Gemäss Art. 51 Abs. 2 und 3 IVöB sind beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Namentlich muss die Begründung die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters, den Gesamtpreis und die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots umfassen (Art. 51 Abs. 3 lit. a-c IVöB).

Den Widerspruch zwischen dem 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 – lediglich summarisch begründete – Verfügung 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 (Art. 57 Abs. 2 IVöB) – sachbezogen zu der nun abgegebenen Begründung zu äussern.

In der Zuschlagsverfügung ist dennoch mit wenigen Worten zu erläutern, welche Kriterien von den übrigen Anbieterinnen besser erfüllt werden. Denn die Ausübung des Ermessens muss sich auf sachliche Überlegungen stützen, die in der Begründung des Entscheids zu nennen sind. Namentlich soll die Vergabestelle nicht nur die Vorzüge des Bevorzugten preisen, sondern vor allem aussagen, warum das Bevorzugte gegenüber allem anderen besser sein soll – nur so kann überprüft werden, ob eine nachvollziehbare Überlegung oder Willkür vorliegt.

(LGVE 2024 IV Nr. 7, E. 7.1.2)

#### **2. Begründung der Ausschlussverfügung**

In Bezug auf die Begründung der Verfügung ist auf Art. 51 IVöB hinzuweisen. Gemäss dieser Bestimmung eröffnet der Auftraggeber Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. Die Anbieter haben vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Namentlich ist auch der Entscheid über

den Ausschluss des Verfahrens selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. h IVöB) und durch die Vergabestelle summarisch zu begründen sowie mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 51 Abs. 2 IVöB). Die nach altem Recht an die Begründung einer Zuschlagsverfügung gestellten Anforderungen können grundsätzlich auch hier Anwendung finden, verlangte § 17 Abs. 1 lit. g öBG doch eine "kurze Begründung" der Zuschlagsverfügung. Es ist daher auch in der Ausschlussverfügung mindestens kurz darzulegen, welche der geforderten Kriterien zum Ausschluss geführt haben.

Im vorliegenden Fall wurde als Grund für den Ausschluss in der Verfügung "Unvollständiges Gesuch" und "Art. 44 Abs. 1 lit. b" IVöB angegeben. Weitere Ausführungen zum Ausschluss waren der Verfügung nicht zu entnehmen. Entsprechend bestanden keinerlei Anhaltspunkte darüber, weshalb konkret das Angebot unvollständig war. Es fehlte an einer kurzen Auseinandersetzung mit den wesentlichsten Argumenten, die zum Ausschluss geführt haben. Die Vergabestelle wäre jedoch verpflichtet gewesen mindestens mit wenigen Worten zu erläutern, welche Kriterien nicht erfüllt sind. Demzufolge kann die von der Vergabebehörde in der angefochtenen Verfügung gewählte Formulierung "Unvollständiges Gesuch" und "Art. 44 Abs. 1 lit. b" IVöB nicht als genügende Begründung gelten, was bei der Kostenverteilung berücksichtigt wurde. Indessen konnte dieser Mangel im vorliegenden gerichtlichen Beschwerdeverfahren geheilt werden. Denn die Vergabebehörde hat in ihrer Vernehmlassung eine einlässliche Begründung der Ausschlussverfügung vorgenommen. Zu diesen Ausführungen konnte die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Replik Stellung nehmen.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 182 vom 8. Oktober 2024 E. 5.2)

## **II. Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen**

### **1. Anfechtung der Gewichtung von Kriterien**

Gemäss Art. 53 IVöB sind die Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar. Da die Ausschreibungsunterlagen Bestandteil der Ausschreibung sind, sind diese zusammen mit der Ausschreibung anfechtbar (Art. 53 Abs. 2 IVöB). Folglich sind Mängel in der Ausschreibung und ihren Unterlagen grundsätzlich sofort mittels Anfechtung geltend zu machen. Eine Anfechtung im nachfolgenden Beschwerdeverfahren kann sich daher als verspätet erweisen. Dies folgt rechtsprechungsgemäss auch aus dem Beschleunigungsgebot bzw. der Verfahrenseffizienz, denn es soll nicht das gesamte Vergabeverfahren nach dem Zuschlag wegen eines Ausschreibungsmangels aufgehoben werden müssen.

Von diesem Grundsatz ist unter anderem dann abzuweichen, wenn die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist, bevor die potentiellen Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen konnten, die Unterlagen also nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen. Das Bundesgericht erachtet es in diesen Fällen als zulässig, die Rüge gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im nächstfolgenden Beschwerdeverfahren vorzubringen. Eine Anfechtung der Ausschreibung ist im nachfolgenden Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlags- oder Ausschlussverfügung ferner dann möglich, wenn es einem Anbieter nach Treu und Glauben auch bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht möglich war, die Unregelmässigkeit der Ausschreibung oder ihrer Unterlagen zu erkennen. Jedenfalls darf von einem Anbieter nicht verlangt werden, dass er die Ausschreibung und die dazugehörigen Unterlagen einer vertieften rechtlichen Überprüfung unterzieht. Der Ausschluss des Rechtswegs ist deshalb auf klare oder offensichtliche Unregelmässigkeiten beschränkt.

Wenn die Beschwerdeführer – wie im vorliegenden Fall – geltend machen, es genüge nicht, den karitativen Beitrag lediglich unter dem in den Ausschreibungsunterlagen mit nur 10 % bewerteten Zuschlagskriterium "Soziale und ökologische Nachhaltigkeit" und zudem nur als einen von sechs Aspekten mitzubewertigen, ist diesbezüglich Folgendes zu erwähnen: Wenn die Gewichtung der jeweiligen Kriterien bereits ausdrücklich aus den Ausschreibungs-

unterlagen hervorgeht, kommt die Rüge der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung zu spät. Wie zuvor erwähnt, sind Mängel in der Ausschreibung – wie die Gewichtung der einzelnen Kriterien – grundsätzlich sofort mittels Anfechtung gegen die Ausschreibung selbst geltend zu machen und nicht erst gegen die Zuschlagsverfügung.

(LGVE 2024 IV Nr. 7, E. 4.2 und 7.2.2)

## **2. Anfechtung der Preiskurve**

Wie erwähnt, sind nach kantonaler Praxis die Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar. Eine Anfechtung der Ausschreibung erst im nachfolgenden Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlags- und Ausschlussverfügung ist jedoch insbesondere dann möglich, wenn die Unregelmässigkeiten der Ausschreibung oder ihrer Unterlagen bei gebotener Aufmerksamkeit der Anbieter nicht zu erkennen war. Jedenfalls darf von einem Anbieter nicht verlangt werden, dass er die Ausschreibung und die dazugehörigen Unterlagen einer vertieften rechtlichen Überprüfung unterzieht.

Das Bundesgericht hielt diesbezüglich in Zusammenhang mit der Erkennbarkeit des Zuschlagskriteriums "Preis" jedoch fest, dass wenn die Angaben zur Preiskurve und Preisspanne in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind, eine allfällige Unregelmässigkeit bei der gewählten Preiskurve oder Preisspanne einfach erkennbar sei. Wenn die Bewertungskriterien betreffend das Zuschlagskriterium "Preis" somit aus den Ausschreibungsunterlagen hinreichend klar hervorgehen, kann auch ohne mathematische oder rechtliche Kenntnisse bei gebotener Aufmerksamkeit nachvollzogen werden, wie sich die definierte Preisspanne in etwa auswirken wird. In einem derartigen Fall ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unhaltbar bzw. willkürlich, sondern bundesrechtskonform, die Anfechtung der Preiskurve bzw. der Ausgestaltung des Zuschlagskriteriums "Preis" erst mit dem Zuschlag – und nicht bereits anlässlich der Ausschreibung – zu verwehren.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 23 269 vom 10. April 2024 E. 2.3)

## **III. Parteientschädigung**

Die Frage, ob und in welchem Umfang eine Parteientschädigung im Submissionsverfahren geschuldet ist, ergibt sich aus Art. 55 IVöB, wonach sich das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen des VRG richten. Damit bleibt auch die unter dem inzwischen aufgehobenen kantonalen Beschaffungsgesetz, das ebenfalls im Verfahren weitgehend auf das VRG verwies, entwickelte Praxis zur Kostenfrage massgebend.

Laut dieser Praxis ist hinsichtlich der Parteientschädigung zugunsten von berufsmässig vertretenen Gemeinwesen zu beachten, dass der anwaltliche Aufwand für die Ausarbeitung der Vernehmlassung, Sonderfälle vorbehalten, nicht zu entschädigen ist, wohl aber derjenige für eine allenfalls notwendige Duplik. Diese Rechtsprechung trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Zuschlagsverfügung nur summarisch zu begründen ist und daher die Gründe für die Entscheidung erstmals in der Vernehmlassung einlässlich dargelegt werden.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 108 vom 18. Juli 2024 E. 3.2)

## **IV. Schadenersatz**

Im Vergaberecht ist grundsätzlich zwischen dem primären und sekundären Rechtsschutz zu unterscheiden (vgl. Art. 58 Abs. 1 und 2 IVöB). Im primären Rechtsschutz strebt der Beschwerdeführer die Aufhebung der rechtsfehlerhaften Verfügung und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Dabei geht es ihm in erster Linie darum, mit seiner Beschwerde



einem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der (vorläufigen) Zuschlagsempfängerin zuvorzukommen, um seinerseits die Chance auf den Erhalt des Zuschlags aufrechtzuerhalten. Ist die Gewährung des primären Rechtsschutzes und damit die Chance auf den Zuschlag jedoch nicht mehr möglich, beispielsweise dann, wenn nach einem widerrechtlich erfolgten Zuschlag bereits ein Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen wurde, greift subsidiär der sekundäre Rechtsschutz. Statt die Wiederherstellung der Rechte kann der Anbieter nur noch vergaberechtlichen Schadenersatz fordern.

Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges Schadenersatzbegehren (Art. 58 Abs. 3 IVöB). Bisher waren Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren nach Massgabe des kantonalen Rechts zu verfolgen. Neu erlaubt Art. 58 Abs. 3 IVöB dem Beschwerdeführer eine "adhäsionsweise" Beurteilung des Ersatzbegehrens vor der gleichen Instanz. Voraussetzung dazu bildet, dass das Schadenersatzbegehren liquid ist. Ersetzt werden wie unter bisherigem Recht lediglich die Offertkosten, d.h. die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten. Dies umfasst nicht das gesamte negative Interesse. Weitere Schadenspositionen können von der Beschwerdeinstanz nicht zugesprochen werden.

(Urteil des Kantonsgerichts 7H 24 116 vom 3. Oktober 2024 E. 12.5.1 f.)