

LU_GERICHTE 7H 18 205 vom 22. August 2018

LU Gerichte, 2018-08-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H_18_205

FR: LU_GERICHTE 7H 18 205 du 22 août 2018

IT: LU_GERICHTE 7H 18 205 del 22 agosto 2018

Regeste

Bedeutung eines in den Ausschreibungsunterlagen als obligatorisch bezeichneten Besichtigungstermins (E. 3.3.3 und 3.3.4.1). Folgen der Nichtteilnahme am obligatorischen Besichtigungstermin und Zulässigkeit eines nachträglich eingeräumten Ersatzbegehungstermins (E. 3.3.4.2 und 3.3.5). Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung und Voraussetzungen für eine zulässige Anpassung einer Verfahrensregel (E. 3.3.5.4). | § 16 öBG; Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2

Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung vom 22. August 2018 betreffend das Projekt "Rückbau Alters- und Pflegeheim Y" aufzuheben und an die Beschwerdegegnerin i.S. der Erwägungen zur Neu Beurteilung zurückzuweisen.

E. 2.1

Aufträge werden an die Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben (§ 5 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG; SRL Nr. 733]). Das wirtschaftlich günstigste Angebot ergibt sich gemäss § 5 Abs. 2 öBG aus dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Die vergebende Behörde hat die für eine Beschaffung massgeblichen Eignungs- und Zuschlagskriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags festzulegen und diese, "einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden", im Voraus bekannt zu geben (§§ 8 Abs. 1 lit. f und 10 Abs. 2 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen [öBV; SRL Nr. 734]). Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieterinnen verbindlich und schränkt in diesem Sinn das der Vergabestelle zustehende Ermessen ein. Nur mit diesen Angaben kann den Grundsätzen der Transparenz und des wirksamen Wettbewerbs nachgelebt werden (vgl. BGer-Urteil 2P.299/2000 vom 24.8.2001 E. 2c und 4).

E. 2.2

In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien wie folgt definiert: "Aufträge werden an die Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben. Dies ergibt sich aus dem besten Preis-Leistungsverhältnis, wobei insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt oder besonders gewichtet werden: a.) Qualität, Erfahrung, Referenzen, Bonität b.) Einhaltung von Terminen, Leistungsfähigkeit c.) Preis d.) Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst e.) Ortskenntnisse f.) Ökologie und Umweltverträglichkeit Der Bauherr legt die Art und Anzahl der Kriterien je nach Arbeitsgattung und deren Anforderungen fest. Sie können von Fall zu Fall variieren. Auch

besondere Anstrengungen zur Ausbildung von Lehrlingen, oder zur Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen können berücksichtigt werden. (...)"

E. 2.3

Mit dieser Aufzählung der Zuschlagskriterien hat die Vergabebehörde keine Gewichtung angegeben, sondern es dabei bewenden lassen, dass diese "besonders gewichtet werden" können. Dies ist nicht unzulässig. Denn nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (ab 1.6.2013 Kantonsgericht) ist die Vergabebehörde mit Blick auf das Transparenzgebot nicht verpflichtet, eine Beurteilungsmatrix (inkl. Gewichtung) im Voraus zu erstellen oder konkrete Unterkriterien im Voraus zu definieren und solches den Anbietern vorgängig bekannt zu geben (LGVE 2004 II Nr. 10; Urteile des Verwaltungsgerichts Luzern V 10 319 vom 13.12.2010 E. 3a und V 04 317 vom 3.1.2005 E. 4c, je mit Hinweisen). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Vergabebehörde aber gehalten, bei der Ausschreibung die Massgeblichkeit der einzelnen Zuschlagskriterien nach ihrer Priorität, d.h. deren relative Gewichtung, bekannt zu geben (BGE 125 II 86 E. 7c). Demnach sind mit der Ausschreibung die Zuschlagskriterien nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Rangfolge zu nennen (BGer-Urteil 2C_1196/2013 vom 21.2.2013 E. 2.4 mit Hinweis auf BGE 125 II 86 E. 7c und 139 II 489 nicht publ. E. 4.1). Deshalb und weil das kantonale Recht die vorherige Bekanntgabe der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nicht zwingend vorschreibt (vgl. dazu auch Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR 1/2002 S. 8), genügt folglich die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien. Aufgrund des fehlenden Hinweises auf die Gewichtung und mit Blick darauf, dass die Zuschlagskriterien einzeln aufgezählt wurden, ist nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich davon auszugehen, dass sie entsprechend ihrer Rangfolge zu gewichten sind (LGVE 2004 II Nr. 10 und 2000 II Nr. 13 E. 5). Wie es sich hier verhält, kann mit Blick auf den Verfahrensausgang (vgl. dazu E. 3 hernach) aber offen gelassen werden.

E. 2.4

Ferner fällt auf, dass die Zuschlagsempfängerin für sämtliche sechs Zuschlagskriterien das Punktmaximum erhalten hat. Auf welche Überlegungen sich dieses Ergebnis stützt, kann den Akten nicht entnommen werden. Insbesondere fehlt eine Bewertung der Referenzen oder der Bonität im Rahmen des erstgenannten Kriteriums "Qualität, Erfahrung". Dies gilt auch für alle übrigen Kriterien mit Ausnahme des Preises. Wenn die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der streitbetreffenden Rückbauarbeiten die sechs bekannt gegebenen Zuschlagskriterien für massgeblich hält, ist sie auch verpflichtet, diese einer einlässlichen Prüfung und Bewertung zu unterziehen. Vor diesem Hintergrund erweist sich die "Zuschlagsberechnung: Bewertungstabelle gem. Zuschlagskriterien" zumindest nach Lage der bisherigen Akten weder als nachvollziehbar noch als schlüssig. Eine derart pauschal gehaltene Bewertung der Offerten kann im Übrigen auch nicht mit dem bestehenden Ermessensspielraum der Vergabebehörde erklärt werden. Denn auch die Ausübung des Ermessens muss sich auf sachliche Überlegungen stützen, die in der Begründung der Entscheidung zu nennen sind (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2003.0188 vom 11.9.2003 E. 5a; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 59 vom 4.5.2011 E. 4b). Namentlich geht es nicht an, dass mit einer – zumindest bisher – noch unbegründeten Bewertung mit Maximalnoten bei allen übrigen fünf Zuschlagskriterien für die erst- und zweitplatzierte Unternehmung letztlich allein der Preis für die Vergabe entscheidend wird. Dies würde den publizierten Zuschlagskriterien und dem damit

abgesteckten Rahmen widersprechen, an den sich die Vergabebehörde zu halten hat (vgl. vorne E. 2.1).

E. 2.5

Schliesslich hat die Vergabebehörde nach der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" die Offerte der Beschwerdeführerin sowie der Unternehmung, die ebenfalls am 19. Juli 2018 am obligatorischen Besichtigungstermin dabei war, nicht geprüft, was von der Beschwerdeführerin beanstandet wird. Insbesondere aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Vergabebehörde gehalten, bei der Überprüfung der Offerten bei allen Anbietern denselben Massstab anzuwenden. (Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 408 N 37 und S. 414 N 54). Einzig in klaren Fällen, namentlich wenn sich in einem offenen Verfahren bereits aufgrund der Preisbewertung ein eindeutiges Bild abzeichnet, kann es im Einzelfall möglich sein, auf eine Überprüfung einzelner Aspekte wie z.B. von Referenzauskünften der in der Rangfolge weit zurückliegenden Angebote zu verzichten (so Schneider Heusi, a.a.O., S. 414 N 54; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 568). Dies ist aber dann ausgeschlossen, wenn die Differenzen knapp sind oder es um Zuschlagskriterien geht, denen ein eher grosses Gewicht beigemessen wurde (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 337 vom 31.1.2018 E. 3.3.2). Zwar erweist sich die Preisdifferenz bzw. die Differenz zwischen den ermittelten Punkten als sehr gross. In Anbetracht des Umstands, dass das Kriterium "Preis" als eines von sechs Zuschlagskriterien lediglich das Drittgenannte ist (vgl. vorne E. 2.3), erscheint es dennoch als fraglich, ob hier auf die Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien verzichtet werden konnte. Da die Zuschlagsverfügung bereits aus einem anderen Grund aufgehoben werden muss, wie nachstehend aufgezeigt wird, erübrigen sich indessen Weiterungen in diesem Zusammenhang. 3.

E. 3

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, der Besichtigungstermin vom 19. Juli 2018 sei obligatorisch erklärt worden. Deshalb stelle die Besichtigung des Bauplatzes eine notwendige Voraussetzung für die Teilnahme am Submissionsverfahren dar. Doch an diesem obligatorischen Besichtigungstermin sei neben ihr nur ein Vertreter der C AG anwesend gewesen. Sie hätten mit dem Start der Besichtigung denn auch noch 15 Minuten zugewartet, doch weder die Zuschlagsempfängerin noch die zweitrangige Unternehmung seien am obligatorischen Besichtigungstermin erschienen. Damit hätten diese Unternehmungen die formellen Voraussetzungen für einen Zuschlag nicht erfüllt, weshalb der Zuschlag gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstosse.

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin bestätigt, dass am obligatorischen Besichtigungstermin vom 19. Juli 2018 um 14:00 Uhr einzig die Beschwerdeführerin sowie die C AG anwesend gewesen seien. Die D AG habe ihre Abwesenheit auf ihre Nachfrage hin damit begründet, dass sie bereits am Vortag anlässlich der Besichtigung für die Phase I desselben Rückbaus auf dem betroffenen Areal "Y" vor Ort gewesen sei. Die Zuschlagsempfängerin habe erklärt, dass der Termin für sie unpassend gewesen sei. In der Folge habe sie den Ersatztermin vom 24. Juli 2018 wahrgenommen. Schliesslich seien sämtliche Anbieterinnen auf der Baustelle

gewesen, hätten die diesbezüglichen Voraussetzungen sowie Bedingungen gesehen und aufgrund dieser Erkenntnisse eine genaue Offerte erstellen können, was von Anfang an Sinn und Zweck des offiziellen Besichtigungstermins gewesen sei.

E. 3.3.1

Die Ausschreibung vom 7. Juli 2018 hält unter Ziff. 6 "Termine" u.a. fest: "Besichtigungstermin: Donnerstag, 19. Juli 2018, 14.00 Uhr, obligatorisch" In den Ausschreibungsunterlagen zum Angebot (1. Seite unten) wird dies wie folgt wiederholt: "Es ist obligatorisch, am 19. Juli 2018, um 14.00 Uhr, die Zugänglichkeit des Bauplatzes vor Ort zu besichtigen."

E. 3.3.2

Es gilt zu ermitteln, wie diese Hinweise zu verstehen sind. Dabei ist Folgendes vorzuschicken:

E. 3.3.2.1

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung und ihrer Unterlagen ist die Vergabebehörde weitgehend frei. Es steht ihr ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 13 181 vom 20.2.2014 E. 4.4.1). Vorbehältlich eines Rechtsfehlers hat das Gericht in dieses Ermessen nicht einzugreifen (§ 30 öBG).

E. 3.3.2.2

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; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 566). Da die Vergabebehörde – wie eben dargelegt – 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 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a]; BGer-Urteil 2D_52/2011 vom 10.2.2012 E. 3.2 mit Hinweis; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., 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 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3.3

Gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut wurde die Teilnahme am Besichtigungstermin vom 19. Juli 2018, 14.00 Uhr, für "obligatorisch" erklärt. Eine "Besichtigung" stellt eine Begehung vor Ort dar. Nach § 8 Abs. 1 lit. 1 öBV sind "Ort und Zeitpunkt einer allfälligen Begehung" in der Ausschreibung bekannt zu geben. Diese Voraussetzung hat die Vergabebehörde erfüllt. Mit der Qualifikation "obligatorisch" stellte sie überdies klar, dass sie es für notwendig erachtete, dass sich die Anbieter von den Abbrucharbeiten ein Bild vor Ort machen. Eine Teilnahme an der Besichtigung war mithin verpflichtend bzw.

verbindlich. Es ist denn auch vergaberechtlich zulässig, die Teilnahme an einer solchen Begehung als obligatorisch zu erklären (vgl. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016, N 109/110 mit Hinweisen; ferner Präsidialverfügung des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 11.4.2018 E. 2.2.4). Ein Teilnahme-Obligatorium kann sich insbesondere dann als sachgerecht erweisen, wenn im konkreten Einzelfall die Art und Komplexität des Auftrags eine Begehung erfordert (Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 14 75 vom 25.11.2014 E. 3a). Diese bietet der Vergabebehörde auch Gelegenheit, gegenüber allen interessierten Anbietern auf einzelne spezielle Aspekte hinzuweisen, auf welche bei der Offertstellung seitens der Offerierenden und im Zuge der Erfüllung des Auftrags zu achten ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 14 75 vom 25.11.2014 E. 3c). Dass ein solches Teilnahme-Obligatorium in der Ausschreibung bekannt gegeben wurde, ist hier – auch mit Berücksichtigung des Ermessens, das der Vergabebehörde bei einer solchen Frage zusteht – nicht zu beanstanden. Gerade wenn es um ein Rückbauprojekt geht, sind genaue Kenntnisse der Verhältnisse vor Ort bzw. des abzubrechenden Gebäudes erforderlich, um ein darauf zugeschnittenes Angebot einreichen zu können. Darin ist auch der Zweck eines solchen Teilnahme-Obligatoriums zu erblicken, wie auch die Beschwerdegegnerin zu Recht betont. Während die Besichtigung gemäss dem Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen auf die "Zugänglichkeit des Bauplatzes vor Ort" beschränkt ist, findet sich eine solche Einschränkung in der Ausschreibung nicht. Was genau Thema der Besichtigung sein würde, liess die Ausschreibung offen. Diese Frage muss gemäss § 8 Abs. 1 lit. 1 öBV auch nicht vorgängig geklärt oder bekannt gegeben werden. Deshalb erübrigen sich Weiterungen zum konkreten Thema der Begehung. Entscheidend ist, dass die Teilnahme gemäss dem Wortlaut in beiden Hinweisen (Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen) als obligatorisch bezeichnet wurde. Sodann hält der zitierte Wortlaut keine Anforderungen an die Teilnehmer dieser Besichtigung fest. Gleichwohl darf bei einer obligatorischen Begehung davon ausgegangen werden, dass die interessierten Anbieter eine Person hierfür bestellen, welche sachkundig ist und an der Erarbeitung und der Preisgestaltung der Offerte massgebend mitwirken wird (Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 14 75 vom 25.11.2014 E. 3a). Zumindest muss der Mitarbeiter in der Lage sein, die wesentlichen Erkenntnisse aus der Begehung zuhanden des für die Offerte letztlich verantwortlichen Kadermitarbeiters festzuhalten (vgl. Präsidialverfügung des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 11.4.2018 E. 2.2.4). Es muss sichergestellt sein, dass die Anbieterin die Erkenntnisse aus der Besichtigung umsetzen und in ihre Offerte einfließen lassen kann. Schliesslich enthält der Wortlaut der beiden Hinweise keinen Vermerk auf die Möglichkeit eines Ersatztermins. Die Nennung eines einzigen, bestimmten Termins lässt vielmehr darauf schliessen, dass nur eine Begehung vorgesehen und ein zweiter Termin nicht geplant war. Dass der Ersatztermin vom 24. Juli 2018 erst nachträglich beschlossen wurde, bestätigt das Protokoll der Bauleitung. Darin wird angeführt, dass Herr E (Gemeinde Z) und die Bauleitung am 19. Juli 2018 aufgrund des sehr engen terminlichen Ablaufs und in Anbetracht der Sommerferien einen Ersatz-Begehungstermin am 24. Juli 2018 vorgesehen haben. Dies wurden nach Lage der Akten den übrigen Teilnehmerinnen des obligatorischen Begehungstermins indessen nicht mitgeteilt; Gegenteiliges behauptet auch die Beschwerdegegnerin nicht.

E. 3.3.4.1

Nach dem Gesagten erweist sich der Wortlaut der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen als klar und unmissverständlich. Demnach waren alle interessierten Anbieter verpflichtet, an der Begehung vom 19. Juli 2018 teilzunehmen. Es

handelt sich dabei weder um ein formales Eignungskriterium noch um ein Zuschlagskriterium, sondern um eine allgemeine Teilnahmebedingung (Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018, N 242-245 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der Kantone Waadt, Genf und Tessin; auch das Bundesgericht scheint bei einer obligatorischen Informationsveranstaltung von einer Teilnahmebedingung auszugehen: BGer-Urteil 2C_678/2015 vom 13.1.2016 E. 3.3) bzw. einer Zulassungsvoraussetzung (Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 14 75 vom 25.11.2014 E. 3a). Auch wenn der Hinweis in der Ausschreibung nicht explizit als solche bezeichnet ist, sondern unter Ziff. 6 "Termine" aufgeführt wird, steht dies einer Qualifikation als Teilnahmebedingung nicht entgegen. Zum einen ist allein die systematische Einbettung des Wortlauts für die rechtliche Qualifikation dieser Anforderung nicht entscheidend; zum anderen finden sich unter den "Terminen" der Ausschreibung auch Angaben, deren Nichteinhaltung zweifellos die Nichtberücksichtigung der Offerte zur Folge hat (z.B. "Eingabetermin: Donnerstag, 9. August 2018, 17.00 Uhr"). Daran ändert nichts, dass der Hinweis auf die obligatorische Besichtigung in den Ausschreibungsunterlagen weder unter den Terminen noch unter den "Allgemeinen Bedingungen" erwähnt wurde. Immerhin befindet sich dieser Hinweis auf der ersten Seite der Ausschreibungsunterlagen, auf welcher weitere Hinweise auf das Verfahren festgelegt wurden. Dies unterstreicht die Wichtigkeit, die die Vergabebehörde diesem obligatorischen Besichtigungstermin beigemessen hat. Diesem Teilnahme-Obligatorium kommt folglich grosse Bedeutung zu; vergleichbar mit den Verfahrensregeln, welche in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen im Voraus festgelegt werden und welche die formellen und materiellen Anforderungen an Anbieter und Angebot, die Teilnahmebedingungen sowie die Auswahl des künftigen Vertragspartners definieren (Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Aktuelles Vergaberecht 2018 [Hrsg. Zufferey/Beyeler/Scherler], Zürich 2018, S. 374 N 41). Entscheidend ist hier, dass die Teilnahme an der Besichtigung von der Vergabebehörde im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens für obligatorisch erklärt wurde. Damit hat die Beschwerdegegnerin diese Teilnahme zu einem Faktor erhoben, der den Bieterwettbewerb unmittelbar beeinflusst. Nur wer an diesem obligatorischen Termin vom 19. Juli 2018 teilnimmt, ist berechtigt, eine Offerte einzureichen. Zwar wurden die Folgen einer Pflichtverletzung im Sinn einer Nichtteilnahme am Besichtigungstermin vom 19. Juli 2018 in der Ausschreibung oder ihren Unterlagen nicht näher definiert. Doch dies setzt eine Teilnahmebedingung auch nicht zwingend voraus. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus der gesetzlichen Ordnung.

E. 3.3.4.2

Angebote, bei denen feststeht, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen nicht einhalten kann, sind in der Regel vom Vergabeverfahren auszuschliessen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1128 mit Hinweis; BVer-Urteil B-4895/2017 vom 28.6.2018 E. 3.2.2). Folglich sind bei einer Verletzung einer Zulassungsvoraussetzung bzw. Teilnahmebedingung die Anforderungen an einen Ausschluss unter Einbezug des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit analog heranzuziehen. Anbieterinnen können aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Wenn die Beschwerdegegnerin diesbezüglich darauf verweist, dass die Nichtteilnahme an einer obligatorischen Begehung bzw. die Verletzung einer solchen Anforderung keinen in § 16 öBG erwähnten Ausschlussgrund darstelle, so verkennt sie, dass diese Bestimmung keine abschliessende Aufzählung der wichtigen Gründe enthält (§ 16 Abs. 2 öBG), die einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen (LGVE 2000 II Nr. 16; Botschaft [B 112] zum öBG vom

13.2.1998, in: Verhandlungen des Grossen Rats 1998, S. 307). Daher hilft es der Beschwerdegegnerin auch nicht weiter, wenn andere kantonale Gesetze einen ausdrücklichen Ausschlussgrund für die Nichtteilnahme an einer obligatorischen Besichtigung kennen sollten und dies im Luzerner Vergaberecht nicht vorgesehen ist. Auch wenn § 16 öBG und insbesondere die Darstellung einzelner wichtiger Gründe für einen Ausschluss keinen Hinweis auf eine Nichtteilnahme an einer obligatorischen Begehung enthalten, ändert dies nichts daran, dass diese Folge eintreten kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Diese sind wie folgt zusammenzufassen: Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten sich nicht mehr gewährleisten lässt (BGE 143 I 177 E. 2.3.1). Bei weniger schweren Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in § 16 Abs. 2 öBG steht den Vergabeinstanzen ein gewisses Ermessen zu. Sie haben bei ihrer Entscheidung das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Verbot des überspitzten Formalismus, aber auch das gerade im Vergabewesen zentrale Gebot der Gleichbehandlung zu beachten (vgl. BGer-Urteil 2P.176/2005 vom 13.12.2005 E. 2.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 1 vom 16.2.2011 E. 3a; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 433 ff., insbesondere N 468-472). Insofern ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab gerechtfertigt (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00123 vom 12.9.2007 E. 3.1). Ein Ausschluss wäre aber unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneter Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (BGer-Urteile 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3.3 und 2C_665/2015 vom 26.1.2016 E. 1.3.3 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3.5.1

Auszugehen ist von der unbestrittenen Tatsache, dass die Zuschlagsempfängerin an dem als obligatorisch bezeichneten Besichtigungstermin vom 19. Juli 2018 nicht teilgenommen hat. Sie hat damit die Teilnahmebedingung bzw. Zulassungsvoraussetzung gemäss der Ausschreibung nicht erfüllt. Sie hat indessen die Baustelle gemäss bestrittener Darstellung der Beschwerdegegnerin am 24. Juli 2018 besichtigt. Diesbezüglich spricht die Vergabebehörde von einem "Ersatz-Begehungstermin". Ein solcher ist indessen – wie aufgezeigt – weder in der Ausschreibung oder ihren Unterlagen vorgesehen noch wurde den übrigen interessierten Anbietern ein solcher mitgeteilt.

E. 3.3.5.2

Es verstösst aber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Vergabebehörde mit einer Partei an einem anderen Termin als den für obligatorisch erklärten 19. Juli 2018 eine Begehung durchgeführt hat, sofern diese Möglichkeit nicht von Anfang an und transparent allen interessierten Unternehmen angeboten wurde. Das Gebot der Gleichbehandlung dient nicht nur der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung durch Marktöffnung, sondern auch den Anbieterinteressen (vgl. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, N 238 f.). Es ist auf die Verwirklichung eines Teilgehalts der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) gerichtet, die im Übrigen keinen Anspruch auf den Erhalt staatlicher Aufträge verleiht, und ruft im spezifisch beschaffungsrechtlichen Kontext nach einem wettbewerbsneutralen Verhalten der Vergabestelle (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.2 mit weiteren Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 883). Der letztere Grundsatz der

Wettbewerbsneutralität ist demnach eng mit der Erreichung wichtiger Zielsetzungen des Beschaffungsrechts verbunden. Der Wahrung der Wettbewerbsneutralität durch die Vergabestelle kommt zur Verwirklichung beschaffungsrechtlicher Ziele nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine zentrale Bedeutung zu (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.3). 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 (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Genf ATA/420/2016 vom 24.5.2016, zitiert in: Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018, N 244). Die Anbieter werden namentlich dadurch ungleich behandelt, indem nicht sichergestellt ist, dass die Teilnehmer an den verschiedenen Begehungen die gleichen Antworten auf erfragte Informationen über die Baustelle bekommen. Dies wiegt umso schwerer, als in den Akten insbesondere auch nicht festgehalten wurde, was genau an den beiden Besichtigungen gezeigt wurde, wie lange diese gedauert haben oder ob die anwesenden Teilnehmer zusätzliche Informationen verlangt und welche Antworten abgegeben wurden. Dass es der Beschwerdegegnerin hier ausschliesslich um eine Geländebesichtigung ging, wie sie mehrfach betont, hilft ihr daher nicht weiter. Es handelt sich bei der von der Vergabebehörde als obligatorisch bezeichneten Besichtigung zudem um eine Teilnahmebedingung (vgl. vorne E. 3.3.4.1), die – wie andere Aspekte wie Fristen oder Eignungs- oder Zuschlagskriterien – eine absolute Gleichbehandlung verlangt. Es geht – gerade nach dem in der Ausschreibung und ihren Unterlagen von der Beschwerdegegnerin gewählten Wortlaut – nicht um die Berücksichtigung tatsächlicher Unterschiede unter den Anbietern. Es soll gewährleistet sein, dass die Vergabebehörde keinem Anbieter Vorteile gewähren oder Nachteile auferlegen darf, die für die anderen nicht gelten (Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht in: Bernisches Verwaltungsrecht [Hrsg. Müller/Feller], 2. Aufl. 2013, S. 831 N 78 m.w.H.). Wenn einem einzelnen interessierten Anbieter, der nicht am obligatorischen Besichtigungstermin teilgenommen hat, nachträglich die Möglichkeit eingeräumt wird, an einem Ersatztermin die Begehung vorzunehmen, erhält er gegenüber den übrigen Teilnehmern einen Vorteil, der anderen Anbietern nicht gewährt wurde.

E. 3.3.5.3

Mit der Durchführung eines Ersatzbesichtigungstermins am 24. Juli 2018 hat die Vergabebehörde auch das Transparenzgebot (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) verletzt. Dieser Grundsatz hat zum Ziel, die Transparenz der Vergabeverfahren sicherzustellen. Damit soll zum einen ein echter Wettbewerb gewährleistet werden, damit die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden. Zum andern hat das Transparenzprinzip zum Zweck, ein faires Vergabeverfahren zu gewährleisten, und soll namentlich die Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten des Auftraggebers verhindern (BGE 125 II 86 E. 7c, veröffentlicht in Pra 1999 S. 571 E. 7c). Die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes, der eine ständige und umfassende Information der Beteiligten in jedem Stadium des Beschaffungsverfahrens zum Ziel hat, garantiert zudem die Gleichbehandlung aller Teilnehmenden und bewirkt eine grössere Akzeptanz des Vergabeentscheids (Mauerhofer, Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes im heutigen Beschaffungsrecht in: KPG-Bulletin 3/2002 S. 58). Gemäss diesem Grundsatz sind die Vergabebehörden gehalten, jeden Verfahrensschritt offenzulegen und nachvollziehbar zu gestalten sowie die Anbietenden ausreichend und frühzeitig zu informieren (Jäger, a.a.O., S. 832 N 81 m.w.H.). Hier wurde das Angebot eines Ersatztermins weder vorgängig bekannt noch nachträglich

den Teilnehmern am obligatorischen Besichtigungstermin zur Orientierung gebracht. Ein solches Vorgehen steht einem fairen Vergabeverfahren entgegen. Damit wurde die Gefahr eines Missbrauchs geschaffen, indem ohne Kenntnis der übrigen Anbieter mit einer Offerentin eine Begehung vor Ort durchgeführt wurde. Auch wenn die Vergabebehörde vorbringt, es sei ihr um die Besichtigung der Baustelle und nicht um die Abgabe von Zusatzinformationen gegangen, ist damit die Gefahr eines Missbrauchs nicht gebannt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin kann im Umstand, dass der Hinweis auf die obligatorische Besichtigung nicht unter den "Allgemeinen Bedingungen" erwähnt ist, keine ausreichende Beachtung des Transparenzgrundsatzes erblickt werden. Denn die Anbieter durften nach dem Vertrauensgrundsatz ein solches Obligatorium mit der Nennung eines einzigen Datums dahingehend verstehen, dass an der Begehung vom 19. Juli 2018 teilnehmen muss, wer sich am offenen Vergabeverfahren beteiligen will (vgl. vorne E. 3.3.4).

E. 3.3.5.4

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung auch in Bezug auf die Verfahrensregeln gilt, welche die Vergabestelle nebst dem Beschaffungsgegenstand mit der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorgängig bekannt gibt (Jäger, Änderungen im Verfahren, a.a.O., S. 373 N 38, a.z.F.). Diese Regeln sind auch für sie verbindlich und stellen eine festgelegte Ordnung dar (vgl. vorne auch E. 2.1). Erweisen sich im laufenden Vergabeverfahren (wesentliche) Änderungen an dieser Ordnung als notwendig, muss die Vergabebehörde das Verfahren grundsätzlich abbrechen und wiederholen. Gewisse Anpassungen sind aber dennoch zulässig, was auch vom Zeitpunkt der Änderung abhängt. Vor dem Eingabetermin für die Offerten darf die Vergabestelle z.B. die Ausschreibung konkretisieren oder präzisieren. In dieser Phase sind auch grundlegendere Anpassungen möglich, sofern gleichzeitig die Ausschreibung entsprechend berichtigt wird und alle interessierten Anbieter, die zu diesem Zeitpunkt die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben, informiert werden. Diese Voraussetzungen für eine zulässige Anpassung einer Verfahrensregel hat die Beschwerdegegnerin indessen nicht erfüllt. Dies wiegt umso schwerer als es sich um eine Anpassung einer Wettbewerbsregel handelt, die aufgrund ihrer Formulierung als wesentlich im Sinn von wettbewerbsrelevant zu qualifizieren ist. Damit ist gleichzeitig erstellt, dass die Beschwerdegegnerin in Bezug auf den obligatorischen Besichtigungstermin nicht ihren eigenen Wettbewerbsregeln gefolgt ist und mithin auch gegen das Fairnessgebot ("keine Überraschungen") verstossen hat. Denn nach Lage der Akten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin erst im Gerichtsverfahren zur Kenntnis gebracht wurde, dass ein Ersatztermin angeboten wurde.

E. 3.4

Damit steht fest, dass das Vorgehen der Beschwerdegegnerin sowohl gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Transparenzgebot sowie den Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung verstösst. Obwohl mit der Durchführung eines Ersatztermins das primäre Ziel der Vergabebehörde, nämlich die Kenntnis der örtlichen Begebenheiten für den Rückbau sowie die Baustellenzugänglichkeit, erreicht sein mag, erweisen sich die Verletzungen dieser Verfahrensgrundsätze insgesamt als schwerwiegend. Die Voraussetzungen für einen Verzicht auf einen Ausschluss bzw. Aufhebung des Zuschlags sind daher hier nicht gegeben. Die Zuschlagsempfängerin hat die Teilnahmebedingung bzw. Zulassungsvoraussetzung der Anwesenheit am obligatorischen Besichtigungstermin

nicht erfüllt. Diese kann durch eine Teilnahme an einem weder vorgängig noch nachträglich bekannt gegebenen Ersatztermin nicht geheilt werden, weil dabei gewichtige Verfahrensgrundsätze verletzt wurden.

E. 3.5

An diesem Ergebnis vermögen auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdegegnerin, soweit nicht bereits durch die vorangegangenen Erwägungen entkräftet, nichts zu ändern: Zwar ist sich das Gericht bewusst, dass die ausdrückliche Nennung des Besichtigungstermins in der Ausschreibung einseitig fixiert wurde. Zudem fiel dieser Termin in die Sommerferienzeit, während welcher der Personalbestand einzelner Unternehmen reduziert sein mag. Dieses Argument wurde von der Zuschlagsempfängerin angeführt. Deshalb könnte eine gewisse Flexibilität der Vergabebehörde angezeigt gewesen sein (vgl. dazu auch die Präsidialverfügung des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 11.4.2018 E. 2.2.4). Doch eine flexible Handhabe des Besichtigungstermins war mit der gewählten Formulierung in der Ausschreibung gerade nicht vorgesehen. Wie erwähnt wurde ein einziger Termin festgelegt und gleichzeitig für obligatorisch erklärt. Die Möglichkeit der Durchführung eines Ersatztermins oder der Verschiebung dieses Termins hat sich die Beschwerdegegnerin nicht vorbehalten. Es war mithin die Beschwerdegegnerin selbst, die sich diesen strengen Rahmen gegeben hat, weshalb sie auch verpflichtet ist, sich daran zu halten. Wenn es der Zuschlagsempfängerin nicht möglich war, am einzigen Besichtigungstermin teilzunehmen, wäre sie gehalten gewesen, die Ausschreibung anzufechten. Denn gemäss § 28 Abs. 1 lit. a öBG können Ausschreibungen innert zehn Tagen seit Publikation selbständig angefochten werden (im gleichen Sinn: Art. 15 Abs. 1 bis lit. a und Abs. 2 IVöB). Eine nachträgliche Geltendmachung von Gründen, nicht am obligatorischen Termin teilzunehmen und diesen nicht wahren zu können, wären seitens der Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren ohnehin verspätet (LGVE 2008 II Nr. 8 E. 5). Allerdings darf von einer interessierten Unternehmung in Anbetracht des Umfangs des Rückbaus Phase 3 wohl erwartet werden, dass sie über einen ausreichenden Personalbestand verfügt, um diesen Termin zu wahren; dies umso mehr als zwischen der Bekanntgabe des Termins und seiner Durchführung 12 Tage, mithin ein erheblicher Zeitraum bestand, der genügend Zeit für die entsprechende Organisation belies (vgl. Präsidialverfügung des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 11.4.2018 E. 2.2.4). Insofern wäre fraglich gewesen, ob die Zuschlagsempfängerin mit einer solchen Beschwerde durchgedrungen wäre, was hier nicht weiter zu prüfen ist. Immerhin unterstreicht diese summarische Beurteilung die obige Schlussfolgerung, wonach die von der Zuschlagsempfängerin auf Anfrage der Bauleitung angeführte Begründung eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgebots nicht zu rechtfertigen vermag. Ferner macht die Beschwerdegegnerin geltend, anlässlich der Offertöffnung sei auch für die Beschwerdeführerin ersichtlich gewesen, dass die Zuschlagsempfängerin eine Offerte abgegeben habe, obwohl diese am Besichtigungstermin nicht anwesend gewesen sei. Daraus schliesst sie implizit, die Beschwerdeführerin hätte sogleich reklamieren müssen; indem sie dies unterlassen habe, sei ihre nachträgliche Rüge gleichsam verwirkt. Diesbezüglich verkennt die Beschwerdegegnerin, dass die Offertöffnung keine anfechtbare Verfügung darstellt. § 27 Abs. 1 öBG nennt diese im Rahmen einer abschliessenden Aufzählung (Botschaft B 112 vom 13.2.1998, in: GR 1998 S. 310 und 312) und erwähnt die Offertöffnung bzw. das Offertöffnungsprotokoll nach § 14 öBG nicht. Insofern war es der Beschwerdeführerin auch nicht möglich, diese Rüge vor der Anfechtung des Zuschlags vorzubringen. Abgesehen davon geht auch der implizit angeführte Vorwurf der Verletzung

des Vertrauensschutzes fehl. Dass die Beschwerdeführerin diesen Einwand erst mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung vorbrachte, ist nicht als treuwidrig zu bezeichnen. Insbesondere war sie nicht verpflichtet, diesen Einwand bereits nach der Offertöffnung vorzubringen. Schliesslich kann hier in Anbetracht der dargelegten Umstände auch nicht gesagt werden, ein Ausschluss infolge Nichtteilnahme am obligatorischen Besichtigungstermin wäre unverhältnismässig und überspitzt formalistisch. Indem die Vergabebehörde nachträglich einen in der Ausschreibung nicht vorgesehenen Ersatztermin für die Besichtigung anbot, nachdem zwei interessierte Anbieter ohne vorgängige Mitteilung an die Vergabebehörde dem obligatorischen Begehungstermin ferngeblieben waren, und sie diesen Ersatztermin den übrigen Anbietern nicht mitteilte und auch nicht sicherstellte, dass die beiden Besichtigungen genau gleich abliefen, ist sie rechtsfehlerhaft vorgegangen. Sie hat den von ihr gewählten diesbezüglichen Wortlaut missachtet und ihren Ermessensspielraum überschritten, indem sie den Zuschlag an eine am 19. Juli 2018 nicht anwesende Unternehmung erteilte und davon absah, deren Angebot aus dem Verfahren auszuschliessen. Auch wenn der Vergabebehörde bei der Beurteilung dieser Frage ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, erweist sich die Verletzung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes als erheblich. Selbst wenn sich die Zuschlagsempfängerin durch die Wahrnehmung eines Ersatztermins einen Überblick über die tatsächlichen Verhältnisse verschaffen konnte, was im Übrigen im Gerichtsverfahren trotz der Bestreitung der Beschwerdeführerin unbewiesen blieb, ist nach Lage der Akten nicht sichergestellt, dass an beiden Besichtigungen die exakt gleichen Informationen erfragt oder vermittelt wurden. In diesem Zusammenhang fällt denn auch auf, dass die Offerten der beiden am obligatorischen Besichtigungstermin abwesenden Unternehmen relativ nahe beisammen liegen (Differenz Fr. 54'529.73), während das Angebot der Beschwerdeführerin ca. Fr. 508'000.-- bzw. jenes der viertplatzierten Unternehmung ca. Fr. 567'000.-- teurer ist. Es ist aber nicht die Aufgabe des Gerichts, im Beschwerdeverfahren diesbezügliche Abklärungen vorzunehmen. Es bleibt der Beschwerdegegnerin überlassen, allfällige Abklärungen hierzu vorzunehmen. 4.

E. 4

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

E. 4.1

Zusammenfassend erweist es sich als vergaberechtswidrig, dass die Beschwerdegegnerin mit der Vergabe des Beschaffungsgegenstands an die Zuschlagsempfängerin den Umstand nicht berücksichtigte, dass diese dem obligatorischen Begehungstermin vom 19. Juli 2018 unentschuldigt ferngeblieben war und damit diese Teilnahmebedingung nicht erfüllte. Die nachträglich eingeräumte Möglichkeit des Ersatztermins vom 24. Juli 2018 verletzt hier namentlich das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 22. August 2018 ist daher rechtsfehlerhaft. Da die Voraussetzungen einer direkten Vergabe an eine Anbieterin nicht erfüllt sind, ist die Zuschlagsverfügung vom 22. August 2018 aufzuheben und die Sache an die Vergabebehörde zurückzuweisen, damit diese die Bewertungen vollständig vornimmt und den Zuschlag für die zu vergebenden Arbeiten neu erteilt.

E. 4.2

Mit diesem das Verfahren vor Kantonsgericht abschliessenden Urteil wird die mit Verfügung vom 4. September 2018 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorläufig erteilte

aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

E. 5

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin." In der Replik vom 12. Oktober 2018 zog die B AG Bauunternehmung das reformatorische Rechtsbegehren gemäss Ziffer 1 der Beschwerde vom 3. September 2018 zurück, weil die von der Beschwerdegegnerin neu aufgelegte Bewertungsmatrix aufzeige, dass nicht alle Angebote bewertet worden seien, was dem urteilenden Gericht einen reformatorischen Entscheid verunmögliche. In der Duplik vom 24. Oktober 2018 bekräftigte die Gemeinde Z ihren Standpunkt und erneuerte ihre Anträge. Diese Duplik wird der B AG Bauunternehmung mit diesem Urteil zugestellt. C. Mit Verfügung vom 4. September 2018 wurde der Beschwerde vorläufig die aufschiebende Wirkung erteilt, wogegen die Gemeinde Z opponierte. D. Der A AG wurde das Beschwerdeverfahren angezeigt. Sie liess sich jedoch nicht vernehmen und verzichtete somit auf eine Teilnahme am Verfahren. Aus den Erwägungen: 2.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.