

# LU\_GERICHTE 7H 21 214 vom 29. November 2021

LU Gerichte, 2021-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_7H\\_21\\_214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H_21_214)

FR: LU\_GERICHTE 7H 21 214 du 29 novembre 2021

IT: LU\_GERICHTE 7H 21 214 del 29 novembre 2021

## Regeste

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen Nichteinhaltung des Terminprogramms. Abbruch des Vergabeverfahrens mangels gültiger Angebote. | Art. 13 lit. i IVöB; § 16 Abs. 2 lit. b öBG, § 18 Abs. 2 öBG; § 10 öBV. | Öffentliches Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 4

Strittig ist, ob der Abbruch des Verfahrens für die Vergabe des Montagebaus in Holz (BKP-Nr. 214) in materiell-rechtlicher Hinsicht korrekt war.

#### E. 4.1

Die Vergabestelle kann das Beschaffungsverfahren abbrechen, wenn sachliche bzw. wichtige Gründe es rechtfertigen (vgl. Art. 13 lit. i der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a] und § 18 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG; SRL Nr. 733]). Eine entsprechende Pflicht dazu besteht nicht. Abbruch, Wiederholung und Neudurchführung des Verfahrens werden vielmehr gesetzlich als Befugnis der Vergabestelle geregelt. Mit der Einleitung eines Submissionsverfahrens verspricht die Auftraggeberin der einzelnen Anbieterin nicht den Auftrag als solchen; sie verspricht ihr aber eine reale und faire Chance, letztlich die erfolgreiche Bewerberin sein zu können. Diese Chance wird der einzelnen Anbieterin entzogen, wenn die Auftraggeberin das Verfahren abbricht, ohne den Auftrag zu vergeben (LGVE 2000 II Nr. 14 E. 2; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 10 153 vom 20.7.2010 E. 3a).

#### E. 4.2

In § 18 öBG werden die möglichen Gründe für einen zulässigen Abbruch des Vergabeverfahrens 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 (BGE 134 II 192 E. 2.3; BVGer-Urteil B-7133/2014 vom 26.5.2015 E. 2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N 798). Dies folgt daraus, dass das Vergabeverfahren allein dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen Beschaffung benötigter Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und den Submittenten kein eigenständiges subjektives Recht auf Verfahrensfortführung, sondern einzig auf Gleichbehandlung zukommt. Das Vergabeverfahren muss daher abgebrochen werden können, wenn das Ziel der Beschaffung verfehlt wird (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 788 N 24; Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, N 8; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss.

Basel 2010, N 182 ff., insb. 184, 256 und 264). Ein sachlicher Grund liegt nicht erst dann vor, wenn eine Weiterführung des Verfahrens geradezu unzumutbar wäre. Soweit die Weiterführung des konkreten Vergabeverfahrens zu einer Beschaffung führen würde, die dem tatsächlichen Bedarf der Auftraggeberin nicht (mehr) entspricht, nicht rechtmässig, unmöglich, unwirtschaftlich oder sachlich bzw. technisch nachteilig wäre, liegt ein sachlicher Grund vor, dessen Berücksichtigung im öffentlichen Interesse liegt (Beyeler, a.a.O., S. 790 N 32). Ein sachlicher Grund ist jeweils bereits dann gegeben, wenn für die Vergabestelle die Vorteile eines Abbruchs im Vergleich zu jenen der Weiterführung überwiegen (Scherler, a.a.O., N 20).

#### **E. 4.3**

Dass die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs nur aus wichtigen Gründen gegeben ist, dient einerseits dem Schutz des Wettbewerbs, indem ein Verfahren nicht abgebrochen werden darf, nur weil sich aufgrund der eingegangenen Angebote abzeichnet, dass die Vergabe an einen unerwünschten Anbieter erfolgen müsste (vgl. Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBl 2000 S. 248). Andererseits kann eine Vergabestelle mit dem Abbruch auch die Absicht verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren. Ein derart motivierter Verfahrensabbruch läuft den Zielsetzungen des Vergaberechts, nämlich der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 IVöB), grundsätzlich nicht zuwider, sondern dient im Gegenteil deren Verwirklichung (vgl. dazu SG GVP 2007 Nr. 44 E. 2.1; BVR 2008 S. 446 E. 2.4; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2000.00403 vom 31.1.2002 E. 2a). Doch nur wenn die Vergabebehörde legitime Ziele verfolgt, erweist sich ein Abbruch des Vergabeverfahrens als rechtmässig. Diese legitimen Ziele lassen sich in drei Gruppen einteilen: Die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Beschaffung, der Schutz des Vergabewettbewerbs und die Korrektur von Fehlern (Suter, a.a.O., N 175 ff.).

#### **E. 4.4**

Ferner wurde bereits erwähnt, dass die Vergabebehörde bei der Entscheidung darüber, ob ein Beschaffungsverfahren abgebrochen, wiederholt oder neu durchgeführt werden soll, ein Entschliessungsermessen hat, das einer gerichtlichen Überprüfung – ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern – nicht zugänglich ist (§ 30 Abs. 2 öBG). Es ist vorab Sache der Vergabebehörde, darüber zu befinden, ob wichtige Gründe bestehen, um das Verfahren im öffentlichen Interesse abzubrechen (BGE 134 II 192 E. 2.3). Dieses Ermessen kennt aber zwei Schranken: Zum einen ist ein (provisorischer) Abbruch dann vergaberechtswidrig, wenn er von der Vergabestelle als Instrument zur gezielten Diskriminierung von Bietern und mithin dazu eingesetzt wird, um einen unerwünschten Verfahrensausgang abzuwenden (Beyeler, a.a.O., S. 789 N 30 m.w.H.). Oder anders gewendet: Wird ein Verfahren allein bzw. überwiegend deswegen provisorisch abgebrochen, weil bestimmte Bieter durch das neue Verfahren gezielt benachteiligt werden, so liegt ein Ermessensmissbrauch vor, der nicht zu schützen ist. Deshalb ist ein Verfahrensabbruch dann unzulässig, wenn damit die gezielte Diskriminierung einzelner Anbieter beabsichtigt wird (BGer-Urteil 2C\_639/2017 vom 21.12.2017 E. 1.4.6 und E. 1.4.7.1). Zum anderen ist zu verlangen, dass der Abbruch durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Der wichtige Grund deckt sich mit dem sachlichen (Beyeler, a.a.O., S. 789 N 31). Der "wichtige Grund" nach § 18 Abs. 2 lit. c öBG ist dabei nicht eng auszulegen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00258 vom 23.1.2002 E. 3a; BVR 2008 S. 445 E. 2.2). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass

der sachliche Grund einzige materielle Zulässigkeitsvoraussetzung des Abbruchs ist; bei Vorliegen eines sachlichen Grundes liegt der Abbruch immer im öffentlichen Interesse. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabebehörde hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (vgl. BVGer-Zwischenverfügung B-6137/2007 vom 30.1.2008 E. 9; Beyeler, a.a.O., S. 791 N 38).

#### **E. 4.5**

Schliesslich gebietet auch der Vertrauensschutz gemäss Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101), dass ein Vergabeverfahren nur im überwiegenden öffentlichen Interesse bzw. gestützt auf einen sachlichen Grund abgebrochen werden darf (BVR 2008 S. 445 f. E. 2.3 mit Hinweis, a.z.F.). Denn aufgrund der Ausschreibung tätigen die Anbieter unter Umständen erhebliche Aufwendungen, um ihre Angebote auszuarbeiten. Verzichtet die Vergabebehörde in der Folge darauf, den Zuschlag zu erteilen und im Rahmen ihrer dadurch erlangten Abschlusserlaubnis einen Vertrag abzuschliessen, wird das Vertrauen der Anbietenden enttäuscht. Ein Abbruch ist somit mit dem Gebot von Treu und Glauben nur vereinbar und damit nur zulässig, wenn ein sachlicher Grund vorliegt (Beyeler, a.a.O., N 36 S. 791). Das Vorliegen eines sachlichen oder wichtigen Grundes für einen Abbruch des Vergabeverfahrens impliziert direkt, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse am Abbruch besteht, das die anbieterseitigen Interessen per se überwiegt. Das die Zulässigkeit einer Abbruchverfügung beurteilende Gericht muss daher neben der Prüfung des sachlichen Grundes nicht noch eine separate Abwägung zwischen den Interessen der Bieter an der Fortführung und denen der Auftraggeberin am Abbruch vornehmen (Beyeler, a.a.O., S. 791 N 37).

#### **E. 5**

Die Vergabebehörde begründet den Abbruch des Verfahrens damit, dass die Beschwerdeführerin den vorgegebenen Terminplan nicht einhalten könne, was diese bestreitet.

##### **E. 5.1**

Nach § 18 Abs. 2 lit. a öBG kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt. Vorliegend reichte die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin eine Offerte ein. Es ist daher vorab zu prüfen, ob sich die Beurteilung des Beschwerdegegners als zutreffend erweist, wonach die Beschwerdeführerin das geforderte Eignungskriterium "Termine" nicht erfülle. Erfüllt eine Anbieterin die Eignungskriterien nicht, ist diese aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen. Erfolgte der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren zu Recht, liegt kein gültiges Angebot vor.

##### **E. 5.2**

Ein Ausschluss aus dem Verfahren kann entweder mit separater Verfügung (vgl. § 27 Abs. 1 lit. c öBG) oder aber implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Anbieter bzw. Nichtberücksichtigung des betreffenden Angebots (Urteile des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 322 vom 13.2.2018 E. 2.2.2 und 7H 13 35 vom 13.8.2013 E. 3.2 je mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 449) oder im Zusammenhang mit einem Abbruch des Verfahrens erfolgen (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 340 vom 3.5.2018 E. 5.2).

Insofern besteht kein Rechtsanspruch auf eine individuelle Ausschlussverfügung (Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht [Hrsg. Biaggini/Häner/Saxer/Schott], Zürich 2015, N 25.126). Voraussetzung für einen lediglich implizit vorgenommenen Ausschluss aus dem Verfahren ist, dass der ausgeschlossene Bewerber dadurch keinen Rechtsnachteil erleidet (vgl. BGer-Urteil 2P.47/2003 vom 9.9.2003 E. 4). Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wurde zwar nicht selbstständig verfügt, aber durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebots und den Abbruch des Verfahrens implizit vollzogen. Aus der – wenn auch knappen – Begründung der angefochtenen Verfügung kann geschlossen werden, dass dem Abbruch des Verfahrens ein Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vorausgegangen sein musste. Die Abbruchverfügung ist daher der bezüglich des Ausschlusses anzufechtende Entscheid. Mit der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung vom 1. September 2021 konnte die aus dem Verfahren ausgeschlossene Beschwerdeführerin ihre Rechte somit wahren, was sie auch getan hat.

### **E. 5.3.1**

Anbieterinnen können aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Welches wichtige Gründe sind, hat der Gesetzgeber in einem nicht abschliessenden Katalog aufgeführt (§ 16 Abs. 2 öBG). Ein solcher wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn eine Anbieterin die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (§ 16 Abs. 2 lit. b öBG). 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 (BGE 143 I 177 E. 2.3). Gemäss § 10 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBV; SRL Nr. 734) betreffen sie insbesondere die wirtschaftliche, finanzielle, technische, personelle und organisatorische Leistungsfähigkeit. Die Vergabebehörde legt die für den betreffenden Auftrag erforderlichen objektiven, überprüfbaren Eignungskriterien fest und gibt diese in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 10 Abs. 2 öBV). 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 (BGE 143 I 177 E. 2.3.1, 141 II 353 E. 7.1), ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGE 143 I 177 E. 2.3.1; BGer-Urteile 2C\_665/2015 vom 26.1.2016 E. 1.3.3 und 2C\_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3.3).

### **E. 5.3.2**

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). Werden die Eignungskriterien wie hier in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, steht der Vergabebehörde nach konstanter Rechtsprechung somit sowohl bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise als auch bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (zum Ganzen Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 13 43 vom 5.11.2013 E. 2.2.5; ferner BVGer-Urteil B-7393/2008 vom 14.1.2009 E. 3.2.2.2).

### **E. 5.3.3**

Im Rechtsmittelverfahren sind die im Rahmen einer Ausschreibung definierten Eignungskriterien 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. zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen BGer-Urteil 2C\_1101/2012 vom 24.1.2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 566). Es ist dabei jedoch zu beachten, dass die Vergabestelle – wie dargelegt – bei der Formulierung dieser Aspekte über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum verfügt, den die Beschwerdeinstanzen nicht unter dem Titel der Auslegung übergehen dürfen (vgl. Art. 16 IVöB; 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. 5.4.1**

In der hier massgeblichen Ausschreibung wird in Ziff. 6 lit. b darauf verwiesen, dass die Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sind. Unter Ziff. 1.1 "Eignungskriterien" wird unter "Termine und Personal" die "Einhaltung der Terminvorgaben (Punkt 1.6)" verlangt. Unter Ziff. 1.6 hatte die Anbieterin die Einhaltung des Terminprogramms zu bestätigen, was die Beschwerdeführerin auch getan hat. Detailliertere Angaben zu den Terminen waren "dem provisorischen Bauprogramm im Anhang zu entnehmen", wobei hinsichtlich der "Terminangaben Unternehmer" auf das Unternehmerblatt verwiesen wurde (Ziff. 1.6). Aus dem Anhang der Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass der Beginn der Montagearbeiten in Holz auf Mitte September 2021 und ihre Beendigung am 18. März 2022 vorgesehen war. Wenn die Vorinstanz daraus auf eine Ausführungsdauer dieser Arbeiten auf der Baustelle von ca. sechs Monaten schliesst, ist dies schlüssig.

### **E. 5.4.2**

In Bezug auf die "Terminangaben Unternehmer" ist der Offerte der Beschwerdeführerin unter Ziff. 2.10 Folgendes zu entnehmen: "Vorbereitungszeit: 3 Monate Lieferfristen September 2021 Mögl. Arbeitsbeginn am Bau: September 2021 Benötigte Ausführungszeit am Bau: ca. 7 Monate" Dazu wies die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot mit einer handschriftlichen Ergänzung vom 25. Mai 2021 auf dem in Ziff. 1.6 der Ausschreibungsunterlagen als provisorisch qualifizierten Bauprogramm auf Folgendes hin: "P.S. Ausführungsdauer in Ordnung Baustart kann erst bei Vertragsunterzeichnung definiert werden" Mit Blick auf die dargestellten Auslegungsregeln erscheint es als nachvollziehbar, für die Bemessung des benötigten Zeitraums zur vollständigen Ausführung der Montagearbeiten in Holz die Dauer der Vorbereitung (gemäss Angaben der Beschwerdeführerin: drei Monate) und die Umsetzung auf dem Bau (gemäss Angaben der Beschwerdeführerin: ca. sieben Monate) zusammenzuzählen. Dies ergibt eine Gesamtdauer von ca. zehn Monaten. Dass sich die Beschwerdeführerin namentlich eine Vorbereitungszeit von drei Monaten ausbedungen hat, stellt sie nicht in Abrede. Sodann ist

davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin erst dann mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten beginnt, wenn der entsprechende Werkvertrag vorliegt. Erste Vorgespräche oder organisatorische Massnahmen vermögen daran nichts zu ändern. Schliesslich hat die Beschwerdeführerin mit ihrem handschriftlichen Hinweis, dass der Baustart erst bei Vertragsunterzeichnung definiert werden könne, offen gelassen, ob sie mit den Montagearbeiten im September 2021 anfangen kann. Anders als ein Vorbehalt zum Baustart kann dieser Hinweis nach guten Treuen nicht ausgelegt werden. Dass die Vergabebehörde bei dieser Ausgangslage daraus schloss, dass der vorgesehene Baustart für die Montagearbeiten in Holz im September 2021 nicht gewährleistet ist und die Beschwerdeführerin ab Vertragsschluss ca. zehn Monate braucht, um die Leistung zu erbringen, ist vertretbar. Der Vertrag und damit der Beginn der wesentlichen Vorbereitungsarbeiten hätten damit bereits Mitte Mai 2021 abgeschlossen sein müssen, damit für die Beschwerdeführerin – unter Berücksichtigung einer genügenden Vorbereitungszeit von drei Monaten und einer Ausführungszeit auf dem Bau von sieben Monaten – die geplante Beendigung der Bauarbeiten Mitte März 2022 möglich gewesen wäre. Doch ein solcher Vertragszeitpunkt war mit Blick auf das Datum der Offerte der Beschwerdeführerin, den damaligen Stand des Vergabeverfahrens, der erforderlichen Zeit für die Prüfung des Angebots, der Ausarbeitung des Zuschlags (inkl. Ablauf der Rechtsmittelfrist) sowie dem noch abzuschliessenden Vertrag von vornherein ausgeschlossen. Damit ist ein rechtzeitiger Abschluss der Montagearbeiten in Holz gemäss dem provisorischen Bauprogramm nicht gewährleistet. Selbst wenn die Beschwerdeführerin bereits vor Vertragsschluss und ohne Erhalt einer Zuschlagsverfügung sämtliche Arbeiten zur Vorbereitung ausgeführt bzw. mit den dreimonatigen Vorbereitungsarbeiten begonnen hätte, was sie aber nicht zu belegen vermag und wovon auch nicht auszugehen ist, wären die sieben Monate dauernden Ausführungsarbeiten nicht Mitte März 2022 beendet gewesen, sondern einen Monat später, wie der Beschwerdegegner nachvollziehbar aufzeigt. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Einhaltung der Termine gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin nicht gewährleistet.

#### **E. 5.4.3**

Demnach vermag die Offerte der Beschwerdeführerin das Eignungskriterium der Einhaltung der Termine nicht zu erfüllen. Wie aufgezeigt, ist die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums als Ausschlussgrund aus dem Vergabeverfahren zu qualifizieren. Dies stellte der Beschwerdegegner in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls klar. So führte er in Ziff. 1.1 aus: "Es ist die vollständige Erfüllung aller geforderten Eignungskriterien erforderlich. Bei Nichterfüllung wird die Offerte von der Beurteilung ausgeschlossen." Daher erscheint es nicht als vergaberechtswidrig, wenn der Beschwerdegegner in der angefochtenen Verfügung feststellte, dass keines der eingereichten Angebote das geforderte Eignungskriterium "Termine" vollständig erfülle.

#### **E. 5.4.4**

Der dem Abbruch des Vergabeverfahrens implizit vorausgegangene Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren erweist sich mithin als nicht rechtsfehlerhaft. Dieser Ausschluss ist namentlich nicht unverhältnismässig, da die Einhaltung der Termine einen wichtigen Aspekt darstellt, den das Angebot der Beschwerdeführerin nicht ausreichend sicherzustellen vermag. Die Differenz zum vorgegebenen Abschluss der Arbeiten auf der Baustelle ist denn auch nicht unerheblich, so dass nicht von einem überspitzten Formalismus gesprochen werden kann. Zudem ist nicht

ersichtlich, dass die Vergabebehörde bei der Beurteilung dieses Ausschlussgrunds erhebliche Aspekte ausser Acht gelassen hätte.

### **E. 5.5**

Nach dem Gesagten hat die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin zu Recht aus dem Submissionsverfahren ausgeschlossen. Da sie die einzige Anbieterin war und damit keine Offerte im Vergabeverfahren mehr vorhanden ist, erweist sich der Abbruch des Verfahrens gestützt auf § 18 Abs. 2 lit. a öBG als rechtmässig. Denn wurde eine Leistung gesetzeskonform ausgeschrieben und ging innerhalb der Angebotsfrist nur ein Angebot ein, das in der Folge im Offertprüfungsverfahren ausgeschlossen werden musste, konnte für den konkreten Beschaffungsgegenstand kein Wettbewerb entstehen. Da ein Zuschlag in diesen Fällen mangels gültiger Angebote unmöglich ist, bleibt als einzige Vorgehensweise der Abbruch des Verfahrens (vgl. Suter, a.a.O., N 297). Darin ist ein sachlicher Grund für den Abbruch des Vergabeverfahrens zu erblicken. Der streitbetroffene Abbruch des Verfahrens liegt unter diesen Umständen im öffentlichen Interesse und überwiegt die gegenteiligen privaten Interessen der Beschwerdeführerin. Insbesondere das öffentliche Interesse, dass die Vergabe der Montagearbeiten in Holz auf der Basis eines wirksamen Wettbewerbs an eine Anbieterin erfolgen kann, die u.a. den rechtzeitigen Abschluss der Arbeiten gewährleisten kann, steht hier im Vordergrund. Schliesslich sind keine begründeten Hinweise vorhanden, der Beschwerdegegner habe den Abbruch als Instrument zur gezielten Diskriminierung der Beschwerdeführerin eingesetzt, um einen unerwünschten Verfahrensausgang abzuwenden.

### **E. 5.6**

An diesem Ergebnis vermögen auch die übrigen Einwände der Beschwerdeführerin, soweit nicht bereits durch die vorangegangenen Erwägungen entkräftet, nichts zu ändern. Allein die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die einzige Anbieterin im Vergabeverfahren war, stellt keinen Anspruch auf Erlass des Zuschlags dar. Ebenso wenig ist darin eine genügende Grundlage zu erblicken, um auf einen Zuschlag oder tatsächlichen Vertragsschluss vertrauen zu dürfen. Auch bei einem einzigen Angebot ist dieses eingehend zu prüfen und muss es insbesondere die Eignungskriterien erfüllen. Trifft dies – wie hier – nicht zu, kann das Angebot, auch wenn es das einzige ist, aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, da die Voraussetzungen von § 16 öBG erfüllt sind. Insofern die Beschwerdeführerin sodann darauf verweist, dass ihr keine Rückfragen betreffend die Terminierung oder Änderung des Terminplanes mitgeteilt worden wären, vermag ihr dies nicht weiterzuhelfen. Zwar könnte sich grundsätzlich unter bestimmten Umständen eine Rückfragepflicht der Vergabebehörde aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergeben (Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., N 575). Doch hier sind die Angaben der Beschwerdeführerin in ihrer Offerte ausreichend klar, so dass die Vergabebehörde nicht gehalten war, im Zusammenhang mit der Einhaltung der Termine bei der Beschwerdeführerin nachzufragen. Eine solche "Offertbereinigung" wäre vielmehr unzulässig gewesen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2011.009316 vom 28.9.2011 E. 5.2). Auch aus der unbestritten gebliebenen telefonischen Nachfrage der Vergabebehörde in Bezug auf die Teuerung, die die Beschwerdeführerin am 9. August 2021 schriftlich beantwortete, kann letztere nichts zu ihren Gunsten ableiten. Weder ist darin eine Zusicherung des Zuschlags zu erkennen, noch kann sie sich in anderer Weise erfolgreich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen. Zu Recht weist der Beschwerdegegner darauf hin, dass die als Zeugin angerufene Mitarbeiterin des Planungsbüros nicht zuständig war, einen Zuschlag zu erteilen, was auch der Beschwerdeführerin bekannt sein musste.

Abgesehen davon hätte auch ein Vertragsabschluss im August 2021 bei einer erforderlichen Vorbereitungs- und Ausführungszeit von zehn Monaten nicht ausgereicht, um die Montagearbeiten in Holz bis Mitte März 2022 fertig zu stellen. Aus dem gleichen Grund ist nicht von Relevanz, dass die Beschwerdeführerin Kenntnis davon gehabt haben will, dass der Beschwerdegegner bzw. die für diesen handelnde Dienststelle Abklärung für den Abschluss des Werkvertrages getätigt und insbesondere Referenzauskünfte eingeholt hat. Entscheidend ist, dass noch kein Werkvertrag abgeschlossen wurde. Abgesehen davon sei angemerkt, dass ein Abbruch eines Vergabeverfahrens auch nach der Erteilung des Zuschlags möglich ist, solange der Werkvertrag noch nicht abgeschlossen worden ist (BVR 2009 S. 442 ff.). Deshalb kann auf die beantragte Zeugenbefragung verzichtet werden. Ferner bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe bereits organisatorische Massnahmen getroffen und Freiräume bei ihr offengehalten, um die Arbeiten zu realisieren. Sie habe überdies zwei Besprechungen mit dem Fachplaner betreffend die Baustellenorganisation geführt. Auch wenn die Beschwerdeführerin damit bereits erste Schritte im Hinblick auf die Umsetzung der Montagearbeiten getroffen haben will, vermögen diese ebenfalls keine Vertrauensgrundlage zu schaffen, die einem Abbruch des Vergabeverfahrens entgegenstünde. Denn zu diesem Zeitpunkt ist weder ein Zuschlag zu Gunsten der Beschwerdeführerin ergangen, noch ein Vertrag mit ihr abgeschlossen worden, so dass sich weitere Abklärungen dazu erübrigen. Sodann weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Vergabebehörde den Baustart auf den Juli 2022 verschoben habe. Dies sei einem Schreiben der beauftragten Planerin vom September 2021 zu entnehmen. Bei dieser Aktenlage hat die Verschiebung des Baustarts als erstellt zu gelten, zumal dies vom Beschwerdegegner in der Duplik bestätigt wird. Es kann davon abgesehen werden, durch Edition weiterer Unterlagen diese Tatsache zusätzlich zu untermauern. Doch auch diese Verschiebung des Baustarts führt nicht dazu, dass der streitbetreffene Abbruch des Vergabeverfahrens vergaberechtswidrig wäre. Zwar vermag der Beschwerdegegner die Gründe für den verschobenen Baustart um rund ein Jahr nicht vollends schlüssig zu erklären. Doch bereits der provisorische Abbruch des vorliegenden Vergabeverfahrens führt zu einer zeitlichen Verzögerung und mithin zu einer Verschiebung des Baustarts. Das als provisorisch bezeichnete Bauprogramm kann nicht eingehalten werden. Eine auch durch den Abbruch des Vergabeverfahrens für Montagearbeiten in Holz verursachte Verschiebung des Baustarts kann umgekehrt nicht als (nachträgliche) Begründung dafür dienen, dass der Abbruch selbst rechtswidrig wäre. Hinzu kommt, dass die Bewertung der Angebote und mithin die Frage der Einhaltung der Eignungskriterien auf der Basis des damaligen Kenntnisstands zu erfolgen hatte. Dass zum Zeitpunkt dieser Prüfung bereits festgestanden hätte, dass der Baustart um ein Jahr verschoben werden würde, ist nicht erstellt. Schliesslich hilft der Beschwerdeführerin nicht weiter, dass andere Arbeiten in separat durchgeführten Vergabeverfahren im Rahmen der Realisierung des Gesamtprojekts den Terminplan ebenfalls nicht einhalten sollen. Massgeblich für den Ausschluss aus dem Verfahren und daraus folgend seinen Abbruch sind die in diesem Vergabeverfahren angeführten Eignungskriterien, die das Angebot der Beschwerdeführerin in der eingereichten Form nicht sicherzustellen vermag. Es ist daher für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz, ob bei anderen Beschaffungsgegenständen zeitliche Verzögerungen akzeptiert wurden. Eine eigentliche vergaberechtswidrige Praxis des Beschwerdegegners wird von der Beschwerdeführerin aber weder substantiiert geltend gemacht noch liessen sich dafür den Akten Anhaltspunkte entnehmen. Es ist deshalb von der glaubhaften Darstellung des Beschwerdegegners auszugehen, dass Angebote bei

Nichteinhaltung der Eignungskriterien aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden. Die Prüfung der Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung im Unrecht erübrigt sich damit von vornherein. Es waren denn auch nicht die zeitlichen Verzögerungen im Vorfeld des Baubeginns oder die Verschiebung des Baustarts, die zum Abbruch des Vergabeverfahrens führten, sondern die Nichteinhaltung eines Eignungskriteriums.

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