

LU_GERICHTE V 10 153 vom 20. Juli 2010

LU Gerichte, 2010-07-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_10_153

FR: LU_GERICHTE V 10 153 du 20 juillet 2010

IT: LU_GERICHTE V 10 153 del 20 luglio 2010

Regeste

Das Gericht kann nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände einen Verfahrensabbruch anordnen (E. 3b). Das Verbot der nachträglichen Abänderung von Ausschreibungsunterlagen ergibt sich aus dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot. Eine Modifikation der Bewertungsgesichtspunkte ist aber unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (E. 4d). Gewisse Kriterien können sowohl für die Eignung als auch für den Zuschlag verwendet werden (E. 5b). Ein Anbieter darf bei der Durchführung des Submissionsverfahrens nicht mitwirken (E. 6b). | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

a) Das Vergabeverfahren stützt sich auf das kantonale Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (öBG; SRL Nr. 733). Im vorliegenden Fall ist die Eingabefrist für die Einreichung der Offerten abgelaufen; weitere Verfügungen oder Anordnungen seitens der Vergabestelle (Offertöffnung, Prüfung und Bewertung der Angebote) sind nicht erfolgt, dies auch in Übereinstimmung mit der Verfügung vom 1. Juni 2010 betreffend aufschiebende Wirkung. Somit liegt auch keine Zuschlags- oder Ausschlussverfügung vor, mit welcher das Vergabeverfahren abgeschlossen worden wäre. Die Beschwerde richtet sich vielmehr gegen die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen. b) Die Ausschreibung wurde im Kantonsblatt vom 24. April 2010 veröffentlicht. Ziff. 5 der Ausschreibung verweist bezüglich der Eignungs- und Zuschlagskriterien allgemein auf die Ausschreibungsunterlagen. Die Eignungskriterien für die Zulassung zur Angebotsabgabe sind allerdings in Ziff. 6 der Ausschreibung enthalten und detailliert formuliert (Fachkunde und Leistungsfähigkeit). Laut Offertformular (S. 2) sind folgende 5 Zuschlagskriterien massgebend: Preis, Kapazität, Schlüsselpersonen, Lehrlingswesen und Referenzen. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Kriterien präzisiert und ihre Gewichtung bekanntgegeben, und zwar im Beurteilungsblatt für Unternehmungen (Bewertungsmatrix vom 10.5.2010). Danach gelten folgende Zuschlagskriterien: Preis (60 %); Kapazität (15 %), wobei als Unterkriterium auch die Lehrlingsausbildung eingeschlossen wird; Schlüsselpersonen (10 %) und Spezifische Eignung (15 %). Die genannten Kriterien enthalten wiederum verschiedene Unterkriterien. Per Mail vom 19. Mai 2010 liess die Vergabestelle den Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten, eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen mitteilen, und zwar mit Bezug auf die Bewertungsmatrix. Danach wurde die Gewichtung des Kriteriums "Schlüsselpersonen" auf 5 % herabgesetzt, wogegen das Kriterium Spezifische Eignung auf den Gewichtungswert von 20 % heraufgesetzt wurde. Ferner wurden die Unterkriterien zum Teil umgestellt, so wurde beim Kriterium "Spezifische

Eignung" explizit die Referenzangaben als Ausgangspunkt für die Beurteilung genannt.

E. 2

a) 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 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRL Nr. 733a]). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind grundsätzlich auch Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar (§ 28 Abs. 1 lit. a öBG in Verbindung mit §§ 7 und 8 der Verordnung zum öBG vom 7.12.1998 [öBV; SRL Nr. 734]; LGVE 2000 II Nr. 13 E. 4c; 2005 II Nr. 5 und 2008 II Nr. 8). Auch das Bundesgericht betrachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als Bestandteil der Ausschreibung mit der regelmässigen Folge, dass diese zusammen mit der Ausschreibung anfechtbar sind (vgl. etwa BGE 125 I 203 E. 3a). Von diesem Grundsatz sei dann abzuweichen, wenn Dokumente den Anbieterinnen und Anbietern erst nach ihrer Zulassung zur Teilnahme am zweiten Teil des selektiven Verfahrens, das nunmehr ohne erneute öffentliche Ausschreibung abläuft, übergeben würden (BGE 130 I 241 E. 4.2 = Pra 2005 Nr. 59), ferner, wenn die zehntägige Anfechtungsfrist bereits abgelaufen sei, bevor die potentiellen Anbieterinnen und Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen konnten. Das Bundesgericht erachtet es in diesen Fällen als zulässig, die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im nächstfolgenden Beschwerdeverfahren vorzubringen (BGE 129 I 313 E. 6.2 = Pra 2004 Nr. 64). b) Im vorliegenden Fall beruft sich die Beschwerdeführerin darauf, dass die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen in ungesetzlicher Weise geändert habe. Mit Erhalt des E-Mails vom 19. Mai 2010 sei sie über die Anpassung der Bewertungsmatrix informiert worden. Diese Sachdarstellung trifft nach Aktenlage zu. Bei der Änderung handelt es sich, wie ausgeführt, um eine Anpassung der Bewertungsmatrix speziell mit Modifikationen hinsichtlich der Unterkriterien und der Gewichtungen. Mit der am 28. Mai 2010 übergebenen Beschwerde ist die Beschwerdefrist eingehalten worden. Auf die Beschwerde ist somit - vorbehaltlich der Beschwerdebefugnis - einzutreten (s. E. 2c nachstehend). c) Zur Beschwerde ist befugt, wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt oder zu Unrecht nicht teilnehmen kann und an der Änderung oder Aufhebung des Anfechtungsgegenstands ein schutzwürdiges Interesse hat (§ 29 Abs. 1 öBG). Angesichts der vom Gesetzgeber gewollten und durch die Praxis ausgedehnten selbständigen Anfechtbarkeit von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen ist das schutzwürdige Interesse gegeben, wenn die vorgebrachten Rügen entweder Verfahrensfragen beschlagen oder inhaltliche Gesichtspunkte aufgreifen, die einen Nachteil für den späteren Zuschlag bedeuten können. Die restriktive Legitimationspraxis, die für die Anfechtung von Zuschlagsverfügungen gilt (die reelle Chance auf den Zuschlag: Urteil V 02 59 vom 15.5.2003, E. 2b; BG-Urteil 2P.176/2003 vom 6.2.2004, E. 3.3), kommt im vorliegenden Fall nicht zum Zuge. Freilich gilt auch hier, dass die Beschwerdebefugnis hinsichtlich der einzelnen Rügen gegeben sein muss.

E. 3

Die Beschwerdeführerin verlangt in der Hauptsache, das Vergabeverfahren abzubrechen und die Vergabestelle anzuweisen, das Beschaffungsgeschäft neu auszuschreiben. Die Beschwerdegegnerin widersetzt sich diesem Antrag. a) Das öBG kennt keine materielle Vorschrift, nach der das Gericht bei Vorliegen bestimmter Gründe ein Beschaffungsverfahren abbrechen muss. 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, faire Chance, letztlich die erfolgreiche Bewerberin sein zu können. Diese Rechtslage gilt auch hinsichtlich der Wirkungen des Zuschlags (§ 19 öBG; BGE 129 I 416). Diese Chance wird der einzelnen Anbieterin entzogen, wenn die Auftraggeberin das Verfahren abbricht, ohne den Auftrag zu vergeben. Eine Beschaffungsstelle kann deshalb ein Vergabeverfahren nicht aus beliebigen Gründen abbrechen, wiederholen oder neu durchführen. In § 18 öBG werden die möglichen Gründe aufgezählt. Die Auftraggeberin darf das Verfahren abbrechen, wenn sie auf die Beschaffung verzichtet (Abs. 1). Sie kann das Verfahren abbrechen und wiederholen, wenn keine entsprechenden Angebote eingegangen sind, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen oder wegfallender Wettbewerbsverzerrungen günstigere Angebote zu erwarten sind sowie wenn andere wichtige Gründe vorliegen (Abs. 2). Die Auftraggeberin kann überdies das laufende Verfahren abbrechen und ein neues Verfahren durchführen, wenn sie die verlangte Leistung wesentlich ändert (Abs. 3). Die Vergabebehörde hat bei der Entscheidung darüber, ob ein Beschaffungsverfahren wiederholt oder neu durchgeführt werden soll, ein Entschliessungsermessen, das einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich ist (§ 30 Abs. 2 öBG; LGVE 2000 II Nr. 14 E. 2a; Urteil V 05 90 vom 14.7.2005, E. 3a). b) Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Gericht nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände zum Mittel eines Verfahrensabbruchs greifen darf. Nur wenn sich die angefochtene Ausschreibung oder die beanstandeten Ausschreibungsunterlagen als klar rechtswidrig erweisen und eine faire Durchführung des Verfahrens samt korrekter Bewertung der Angebote unmöglich erscheint, muss in das laufende Verfahren eingegriffen und als ultima ratio das Vergabeverfahren abgebrochen werden.

E. 4

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag auf Abbruch des Verfahrens mit der ihrer Ansicht nach rechtswidrigen Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Die neue Formulierung speziell der Zuschlagskriterien laufe auf eine unzulässige Verknüpfung mit den Eignungskriterien und auf eine Doppelprüfung hinaus und verunmögliche eine korrekte Bewertung. Zudem liege eine unzulässige Vorbefassung einer Mitbewerberin vor, was ebenfalls die Aufhebung des Beschaffungsverfahrens rechtfertige. a) Soweit die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien selbständig anfecht, sind die entsprechenden Rügen als verspätet zu betrachten. Die Eignungskriterien wurden nicht geändert. Sie sind in der Ausschreibung im Kantonsblatt enthalten. Gemäss Ziff. 6 wurden als Eignungskriterien für die Zulassung zur Angebotsabgabe die Fachkunde einerseits und die Leistungsfähigkeit andererseits umschrieben. Mangels einer Anfechtung innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen gelten diese Kriterien als anerkannt und sind jedenfalls mit Bezug auf die beabsichtigte Korrektur von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen nicht relevant. Wieweit eine unzulässige Vermischung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien gestützt auf die Anpassung der letzteren gegeben ist, wird noch zu prüfen sein (E. 5). b) Unbestritten ist, dass die Zuschlagskriterien nachträglich von der Vergabestelle geändert oder angepasst wurden. Die Unterkriterien des Kriteriums "Kapazität" wurden umgestellt; die Leistungsfähigkeit der Anbieter soll gemessen an deren Umsatz in den letzten drei Jahren mit ausschliesslich kommunalen Schwimmbädern aus Edelstahl bewertet werden. Weiter ist das Unterkriterium "Personaleinsatz" anders formuliert worden; die Bewertung der Arbeitsausführung erfolgt vor dem Hintergrund des eingesetzten Eigenpersonals. Das Kriterium Schlüsselperson wird in ein Kriterium Erfahrung umbenannt und die Gewichtung

von 10 % auf 5 % herabgesetzt. Und schliesslich wird das Zuschlagskriterium "spezifische Eignung" auf 20 % Gewichtung aufgewertet, wobei drei Unterkriterien eingeführt werden (Referenzen vergleichbarer Becken, Alter der Referenzen, Vorfertigungsgrad). Die Beschwerdeführerin baut nach eigenen Angaben seit 15 Jahren Schwimmbäder in rostfreiem Edelstahl für Private und die öffentliche Hand. In der Schweiz sei sie das einzige Unternehmen, das auch grosse Becken für die Gemeinwesen erstelle. Daneben würden noch vier grosse Firmen bestehen, die auch Schwimmbäder für die öffentliche Hand anbieten würden (3 Anbieter aus Österreich, 1 Anbieter aus Deutschland). Für das Grossprojekt kämen nur sie und die genannten Konkurrenten in Frage. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sowie die Änderung der Zuschlagskriterien liefen darauf hinaus, den Zuschlag dem Unternehmen B zu erteilen. c) Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass die Zuschlagskriterien insgesamt und namentlich deren Änderung auf ein Angebot der Firma B zugeschnitten sind. Gegenteil sei bei den Referenzgrössen mit einer Mindestwasserfläche von 400 m² bewusst eine kleine Fläche verlangt worden. Es gehe darum, unter Beurteilung aller Eignungs- und Zuschlagskriterien das wirtschaftlich beste Angebot zu erhalten. Die Zuschlagskriterien seien einzig deshalb geändert worden, weil den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen irrtümlich ein falsches, nämlich für standardisierte Beschaffungen konzipiertes Beurteilungsblatt beigelegt habe. d) Die Umschreibung von Gegenstand und Umfang eines öffentlichen Auftrags ist Sache der Vergabestelle; ihr obliegt es, vorgängig eine sachgerechte Bedürfnisabklärung vorzunehmen und den Auftrag anhand derselben zu bestimmen (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Rz. 224 ff.). Die Festlegung der Leistung mit Beschrieb und Leistungsverzeichnis ist Teil der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen. Zu den zentralen Angaben gehören die Zuschlagskriterien. Anhand dieser wird deutlich, welchen technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Auftraggeber im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung besondere Bedeutung beimisst (vgl. § 5 öBG). Die Zuschlagskriterien sind denn auch spätestens in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen, einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden (§ 8 Abs. 1 lit. f öBV). Diese Kriterien nebst den übrigen Bedingungen konkretisieren den Beschaffungsgegenstand und präzisieren das Verfahren für die Beurteilung der späteren Angebote. Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen sind für den Auftraggeber verbindlich, weshalb sich ihre nachträgliche Änderung oder Anpassung grundsätzlich verbietet. Dieses nachträgliche Abänderungsverbot der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich aus den im Submissionsverfahren geltenden Gleichbehandlungs- und Transparenzgeboten (BG-Urteil 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 4c; Urteil V 03 184 vom 10.9.2003, E. 4b). Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine nachträgliche Anpassung des Beschaffungsgegenstandes, sondern um eine Modifikation der Bewertungsgesichtspunkte, also von Bedingungen, die für die Beurteilung der Angebote massgeblich sind. Solches muss zulässig sein unter der Voraussetzung, dass sämtliche Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen allen (verbleibenden) Verhandlungsteilnehmern oder Anbietern mitgeteilt werden (Gebot der Gleichbehandlung und Transparenz), dass die Änderungen nicht auf eine andere oder neue Ausschreibung hinauslaufen (Gebot der Konstanz des Beschaffungsvorganges) und die Anbieter gleichermassen in der Lage bleiben, auf die geänderten Bedingungen zu reagieren und ein korrektes Angebot einzureichen (Gebot der Berechenbarkeit; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 233). e) Im vorliegenden Fall ist die Änderung unbestritten allen bekannten Teilnehmern am Vergabeverfahren

frühzeitig mitgeteilt worden. Die Beschwerdeführerin macht geltend, am 10. Mai 2010 die Ausschreibungsunterlagen via Internet heruntergeladen zu haben. Rund eine Woche später, am 19. Mai 2010, wurde sie über die Änderung der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Bewertungsmatrix informiert. Gemäss Ausschreibung im Kantonsblatt konnten die Offertunterlagen vom 10. bis 24. Mai 2010 bezogen werden. Die Modifikation der Ausschreibungsunterlagen erfolgte mithin noch während der laufenden Bezugsfrist. Weder war in jenem Zeitpunkt der Eingabetermin abgelaufen noch war die Offertöffnung erfolgt. Aus zeitlicher Sicht kann daher die Änderung der Zuschlagskriterien nicht beanstandet werden. Auch hinsichtlich der übrigen oben erwähnten Voraussetzungen ist ein Nachteil der Beschwerdeführerin nicht gegeben. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, sie sei nicht (mehr) in der Lage, am Vergabeverfahren teilzunehmen und das ausgeschriebene Projekt zu offerieren. Dass sie wegen der Änderung der Zuschlagskriterien eine andere Offerte habe ausarbeiten müssen oder sie gestützt auf die frühere Bewertungsmatrix anders kalkuliert habe, wird auch nicht vorgetragen. Sie sieht sich zwar diskriminiert, weil die geänderten Zuschlagskriterien zu einer Bevorteilung der grösseren Unternehmen führe. Kleinere Unternehmen würden deutlich benachteiligt. Diese Rügen sind aber vor dem Hintergrund des Einwandes der unzulässigen Vorbefassung einer Mitbewerberin zu sehen und haben - ausschliesslich bezogen auf die Änderung der Zuschlagskriterien - keine eigenständige Bedeutung (s. aber E. 6). Von daher ist fraglich, wieweit die Beschwerdeführerin in den genannten Punkten legitimiert ist. Doch kann diese Frage offen gelassen werden. Wie erwähnt, geht es weder um eine Projektänderung noch um eine Einschränkung oder Ausdehnung des Leistungsgegenstandes. Es wurden auch nicht die Zuschlagskriterien als solche geändert, wenn auch ihre Bezeichnung gemäss alter und neuer Bewertungsmatrix nicht in allen Teilen identisch ist. Es wurden vielmehr prozentual geringe Verschiebungen der Gewichtung vorgenommen und teilweise die Unterkriterien neu definiert, wobei auch die Punktezuteilung miteinfasst ist. Von einer wesentlich neuen Bewertungsgrundlage kann aber nicht gesprochen werden. Ausserdem macht die Beschwerdegegnerin geltend, beim ersten Beurteilungsblatt handle es sich insofern um einen Irrtum, als dieses für Standard-Beschaffungen verwendet werde und deshalb habe ausgetauscht werden müssen. Die Darlegung der Vergabebehörde erscheint nachvollziehbar. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts besteht im Übrigen keine Verpflichtung, eine Beurteilungsmatrix im Voraus zu erstellen und den Anbietern vorgängig bekannt zu geben. Soweit die Beschwerdegegnerin das Beurteilungsblatt mit den Bewertungsparametern in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen hat, ist sie über ihre Verpflichtungen hinausgegangen. Es handelt sich dabei um einen nicht zwingenden Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen. Auch unter diesem Gesichtspunkt müssen die Rügen im Beschwerdeverfahren relativiert werden, umso mehr, als die Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote einen erheblichen Ermessensspielraum hat (LGVE 2004 II Nr. 10). f) Insgesamt kann daher die Vorgehensweise mit Bezug auf die Änderung des Beurteilungsblattes für Unternehmen als vertretbar bezeichnet werden. Die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erweist sich - was die Änderungen als solche betrifft - als unbegründet. In dem Zusammenhang ist noch zu ergänzen, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gegeben ist. Es liegt gerade im Wesen des Beschaffungsverfahrens, dass die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen allein in der Verantwortung der Vergabestelle liegt. Eine vorgängige Anfrage bezüglich einer beabsichtigten Änderung sieht denn auch das Gesetz nicht vor.

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, im Kantonsblatt sei der in den Vorjahren erzielte Umsatz von mindestens Fr. 2'500'000.-- im Bereich der Erstellung von Schwimmbädern für die öffentliche Hand als Eignungskriterium genannt worden. Zusätzlich werde der massgebende Umsatz noch einmal als Zuschlagskriterium gewertet, wobei bei einem Umsatz von weniger als Fr. 3'000'000.-- beim betreffenden Kriterium kein Punkt zugeteilt werde. Damit werde der Umsatz einer Anbieterin sowohl als Eignungs- wie auch als Zuschlagskriterium gewertet, was unzulässig sei. Die Beschwerdegegnerin macht hierzu geltend, die Leistungsfähigkeit gestützt auf den durchschnittlichen Jahresumsatz zu bewerten, sei naheliegend und gerechtfertigt. Der Nachweis eines Umsatzes in der Grössenordnung von Fr. 2'500'000.-- sei unabdingbar; nur eine Anbieterin, welche dieses Eignungskriterium erfülle, biete Gewähr, die sechs Edelstahlbecken fach- und termingerecht zu erstellen. Dass die effektiven Umsatzzahlen als Grundlage eines Teilaspekts der Kapazität (Leistungsfähigkeit) bei der Bewertung der Angebote berücksichtigt würden, habe mit einer unzulässigen Doppelbewertung nichts zu tun. Je grösser der Umsatz sei, desto ausgewiesener seien die Ressourcen eines Anbieters für die Erfüllung der anspruchsvollen Aufgabe. b) Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, Zuschlagskriterien auf das Angebot selber. Das Schwergewicht bei den Eignungskriterien liegt somit in einer subjektiven Komponente (Beurteilung des Trägers des Angebots), jenes bei den Zuschlagskriterien dagegen in einem objektiven Moment (Bewertung der Eigenschaften des Angebots). Vorliegend ist zwar eine Überschneidung im Hinblick auf die Beurteilung der Leistungsfähigkeit gegeben; dass letztere unter den gleichen Voraussetzungen zweimal quasi deckungsgleich beurteilt würde, ist aber nicht der Fall. Der geforderte Jahresumsatz von Fr. 2'500'000.-- (Eignungskriterium) erweist sich als Einfallstor für die Zulassung des Angebots. Ein Unternehmen, das diesen Jahresumsatz nicht nachweisen kann, gilt als nicht geeignet und ihr Angebot wird nicht bewertet. Angebote von Unternehmen, welche den Mindestjahresumsatz erfüllen, werden gemäss Zuschlagskriterium Kapazität (Unterkriterium Leistungsfähigkeit) nach ihrem effektiven durchschnittlichen Jahresumsatz bewertet; je höher der Umsatz, desto grösser die Zuteilung von Punkten. Eine Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist nicht immer einfach, weshalb gewisse Kriterien sowohl für die Eignung wie auch für den Zuschlag verwendet werden können, ohne dass eine unerlaubte Doppelprüfung der Eignung vorliegt (Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Fribourg, 2004, Rz. 288). Eine gewisse Konnexität zwischen den beiden Kategorien von Kriterien ist daher systemimmanent und stellt bei entsprechend klarer Bekanntgabe keine unzulässige Doppelprüfung dar (zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 380 ff. mit Hinweisen; V 09 138 vom 21.7.2009, E. 4b).). Im vorliegenden Fall wird seitens der Vergabestelle auf Zahlenwerte abgestellt, aus denen die Leistungsfähigkeit beurteilt werden soll. Auch wenn - wie erwähnt - die Leistungsfähigkeit hinsichtlich persönlicher Eignung und sachbezogenem Angebot gewisse Überschneidungen enthält, ist deswegen keine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen festzustellen. Ob später die einzelnen Angebote sachlich korrekt bewertet werden und das von der Vergabestelle gewählte Bewertungssystem vor den gesetzlichen Vorschriften stand hält, ist hier nicht Gegenstand der richterlichen Prüfung. Aufgrund der Unterlagen und des konkreten Vorgehens kann jedenfalls im heutigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, es liege eine unzulässige Doppelbewertung vor.

E. 6

a) Die Beschwerdeführerin verlangt schliesslich den Abbruch des Vergabeverfahrens wegen einer unzulässigen Vorbefassung. Die Firma B habe das detaillierte Leistungsverzeichnis für die Beschaffung erstellt. Darüber hinaus seien die Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf einen beabsichtigten Zuschlag an das Unternehmen B geändert worden. Die Beschwerdegegnerin räumt ein, dass die B AG in der Submissionsplanung und Detailausarbeitung der Ausschreibung mitgewirkt habe. An drei oder vier Arbeitssitzungen seien die Ausschreibungsunterlagen bearbeitet worden. Es treffe aber nicht zu, dass die Ausschreibungsunterlagen auf Veranlassen des Unternehmens B oder in dessen Interesse angepasst worden seien. Zu jeder Zeit seien die gesetzlichen Normen und die Vorgaben der Vergabestelle alleinige Richtschnur gewesen. b) Mittlerweile steht fest, dass die B AG eine Offerte eingereicht hat. Diese Tatsache und der Umstand, dass das Unternehmen bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, legt die Problemstellung einer unzulässigen Vorbefassung offen. Wer als Anbieter auftritt, darf bei der Durchführung des Submissionsverfahrens nicht mitwirken, weil er dadurch ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse für die Gestaltung seiner Offerte erlangen kann und/oder die Möglichkeit hat, in unzulässiger Weise auf die Vergabe einzuwirken. Ausnahmen sind zulässig, wenn das Gleichbehandlungsprinzip (Ausgleichung des Informationsvorsprungs) und der Transparenzgrundsatz (Offenlegen der Vorbefassung gegenüber allen Anbietern) gewahrt ist (zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 679 ff.; insb. Rz. 699, mit Hinweis auf das BG-Urteil 2P.152/2002 vom 12.12.2002, E. 2 und 3; LGVE 2009 II Nr. 10 E. 4a und 2007 II Nr. 12 E. 3). c) Angesichts dieser Rechtslage und der konkreten Umstände des Falles erklärt die Beschwerdegegnerin, sie werde nach Fortführung und Abschluss des Vergabeverfahrens prüfen, ob sie das Angebot der B AG aus dem Verfahren ausschliesse. Auf diese Erklärung ist die Beschwerdegegnerin zu behaften. Laut Angaben in der Beschwerde wirkte das Unternehmen nicht nur beim Erstellen des Leistungsverzeichnisses mit, sondern es habe dieses auch gezielt auf ihre eigenen Produktions- und Fabrikationsvorgaben abgestimmt (Beschwerde S. 12 ff. mit diversen Graphiken und Ausführungsdetails). Sollte diese Darstellung zutreffen - sie blieb in der Vernehmlassung weitgehend unbestritten -, so sind kaum Gründe ersichtlich, warum das Angebot der B AG berücksichtigt werden dürfte. Das Gericht hat indes keine Veranlassung, der Entscheidung der Vergabebehörde vorzugreifen noch ihr entsprechende Weisungen zu erteilen. Dies gilt schon deshalb, weil das genannte Unternehmen im hier zu beurteilenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligt ist und dieses eine allfällige Ausschlussverfügung wiederum gerichtlich anfechten könnte. Der Klarheit halber ist aber im Dispositiv Vormerk zu nehmen, dass die Beschwerdegegnerin den Ausschluss des Angebots prüfen wird. Damit wird auch klar, dass dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf gerichtliche Verfügung des Ausschlusses nicht entsprochen werden kann. d) Gestützt auf die obigen Erwägungen ist der Hauptantrag der Beschwerdeführerin, das Vergabeverfahren integral abzubrechen, abzuweisen. Für eine solche ausserordentliche Massnahme (vgl. E. 3) sind keine Gründe vorhanden. Wesentlich ist im Zusammenhang mit der Problematik der Vorbefassung, dass die Beschwerdeführerin nirgends geltend macht, sie sei nicht in der Lage (gewesen), den Auftrag im Rahmen von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen offerieren zu können. Auch die übrigen Einwendungen - die Änderung der Ausschreibungsunterlagen als solche und die Rüge der Doppelbewertung - rechtfertigen keinen Abbruch des Verfahrens (vgl. E. 4 f.).

Nach dem Gesagten erweisen sich die Beschwerdeanträge als unbegründet. Lediglich im Zusammenhang mit der Frage der Vorbefassung ist im Dispositiv eine entsprechende Feststellung zu treffen (E. 6c). Insgesamt ist daher die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

E. 8

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten zu tragen (§ 35 Abs. 2 öBG in Verbindung mit § 198 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3.7.1972 [VRG; SRL Nr. 40]). Bei der Verlegung der Kosten ist allerdings zu beachten, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die Rechtsprechung zur Anfechtung einer (angeblichen) Vorbefassung Anlass hatte, die Beschwerde gegen die Änderung der Ausschreibungsunterlagen einzureichen (LGVE 2009 II Nr. 10 E. 6c und 2008 II Nr. 8 E. 4). Eine Anpassung der Ausschreibungsunterlagen in der hier gewählten Form ist unüblich und zudem bestätigte die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen den Sachverhalt bezüglich der Vorbefassung. Gestützt auf die besonderen Umstände des Falles sind der Beschwerdeführerin die Hälfte der amtlichen Kosten aufzuerlegen. Auf eine Kostenbelastung der Beschwerdegegnerin wird verzichtet. Einerseits unterliegt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen; andererseits sind bei der Vergabestelle - soweit ersichtlich - im Vorfeld der Beschwerde keine Einwendungen bezüglich der behaupteten Vorbefassung erhoben worden.

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