

Die Submissionspraxis des Kantonsgerichts Basel-Landschaft im Jahr 2017

von Dr. Peter Vetter*

1. Einleitung

In kaum einem Rechtsgebiet ist die Regelungsdichte so hoch wie im Submissionsrecht. Neben internationalen Abkommen, allen voran dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen¹, existieren auf Bundesebene insbesondere die beiden Bundesgesetze über das öffentliche Beschaffungswesen² und über den Binnenmarkt³ sowie die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen⁴ und kantonal – für den Kanton Basel-Landschaft – das Beschaffungsgesetz⁵ und die zugehörige Verordnung⁶. Und doch kommt der Rechtsprechung gerade auch in diesem Gebiet die wichtige Funktion zu, das Recht für die Praxis zu interpretieren und weiter zu entwickeln. So hat das Kantonsgericht auch im Sommer 2017 kurz nach einander drei Urteile in Submissionsbeschwerdeverfahren gefällt⁷, mit welchen es Rechtsfragen geklärt und seine Praxis verdeutlicht hat. Nachfolgend sollen die wesentlichen Punkte dieser drei Urteile kurz beleuchtet werden.⁸

2. Kritik an der Ausschreibung - Zeitpunkt der Beschwerde

2.1 In KGE 810 17 15 hatte das Kantonsgericht eine Beschwerde im Rahmen der Vergabe des kantonalen Strassenbau-Grossprojekts «Aesch – Zubringer Pfeffingerring, Neubau zu Hochleistungsstrasse H18/Erneuerung Hauptstrasse» zu beurteilen. Die Ausschreibungsunterlagen nannten mehrere Zuschlagskriterien und gewichteten diese. Aus den Zuschlagskriterien sollte der Nutzwert des Angebots ermittelt werden. Der Angebotspreis sollte sodann durch den in Punkten ausgedrückte Nutzwert dividiert werden. Den Zuschlag würde das Angebot mit dem besten Preis-Nutzwertpunkte-Verhältnis erhalten.

2.2 Die Vergabebehörde fällte ihren Entscheid. Die Anbieterin, die zum tiefsten Preis eingegeben, den Zuschlag aber nicht erhalten hatte, führte dagegen Beschwerde. Das Kantonsgericht entnahm der Eingabe – «zumindest sinngemäss»⁹ die Rüge, das «Bewertungssystem der Nutzwertanalyse (Qualität geteilt durch Preis), das zur Anwendung gekommen sei, sei rechtswidrig».¹⁰

2.3 Auf diesen Beschwerdepunkt trat das Kantonsgericht jedoch mit der Begründung nicht ein, dass «[i]m Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag (...) Rügen, welche die Ausschreibung betreffen, grundsätzlich nicht mehr gehört werden [können], da Einwände gegen die in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Anordnungen ohne Verzug mittels Beschwerde gegen die Ausschreibung zu erheben sind (vgl. Art. 15 Abs. 1bis lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. März 2001). Die Ausschreibung war vorliegend mit einer entsprechenden Rechtsmittelbelehrung versehen. Wer einen Mangel

* Dr. iur. Peter Vetter, M.C.L., Rechtsanwalt, e. Landschreiber des Kantons Basel-Landschaft

¹ auch Government Procurement Agreement, kurz GPA; SR 0.632.231.422.

² BöB; SR 172.056.1.

³ BGBM; SR 943.02.

⁴ IVöB; SGS BL 420.12.

⁵ Gesetz über die öffentliche Beschaffung, BeG; SGS BL 420.0.

⁶ Verordnung zum Beschaffungsgesetz; BeV, SGS BL 420.11.

⁷ Es handelt sich um die Urteile KGE 810 17 15 vom 28. Juni 2017, KGE 810 17 25 vom 16. August 2017 und KGE 810 17 69 vom 30. August 2017.

⁸ Alle Urteile sind publiziert unter <https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht/rechtsgebiet/submission> (Stand 10.4.2018).

⁹ KGE 810 17 15., Ziff. 1.3.

¹⁰ KGE a.a.O.

in der Ausschreibung erkennt und gleichwohl nicht dagegen Beschwerde erhebt, kann sich später nicht mehr darauf berufen und verwirkt diesbezüglich sein Beschwerderecht».¹¹

3. Unternehmervarianten

3.1 In KGE 810 17 69 hatte das Kantonsgericht einen Fall zu entscheiden, in welchem eine Stadt sich von zwei Unternehmern Baumeisterarbeiten für den Ersatz einer Wasserleitung im geschätzten Auftragswert von CHF 80'000 anbieten liess. Gemäss Ausschreibung waren Unternehmervarianten zugelassen. Als einziges Bewertungskriterium führte die ausschreibende Stadt den Angebotspreis an. Beide zur Offertstellung eingeladenen Unternehmer errechneten ihr Angebot nach den von ihnen geschätzten Ausmassen des Werks und boten die Ausführung zudem zu einem Pauschalpreis leicht unter ihrer Offerte gemäss Ausmass-Schätzung an. Die Pauschalpreis-Angebote gaben sie als Unternehmervarianten ein. Die Stadt erteilte dem Anbieter den Zuschlag, der das Werk zum tieferen Pauschalpreis angeboten hatte. Der unterlegene Anbieter zweifelte an, dass die Unternehmervariante seines Konkurrenten zulässig war und führte gegen den Vergabeentscheid Beschwerde.

3.2 Das Kantonsgericht entschied die Beschwerde zwar auf einer anderen rechtlichen Grundlage¹², nutzte den Entscheid aber, um auch in der Frage der Zulässigkeit von Unternehmervarianten Klarheit zu schaffen. Diesbezüglich stellte es zunächst fest, «den Anbietern steht es grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel.»¹³ Aus den Ausführungen lässt sich auch erkennen, dass das Gericht annimmt, die Ausschreibungsunterlagen könnten Unternehmervarianten mittels ausdrücklicher Formulierung trotzdem ausschliessen.¹⁴

3.3 Sodann widmete sich das Kantonsgericht der Frage, ob «ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zum Grundangebot, nach Einheitspreisen überhaupt eine Unternehmervariante ist und ob diese zulässig ist,»¹⁵ und verwies zunächst auf Art. 22a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁶, wonach unterschiedliche Preisarten ausdrücklich nicht als Varianten gelten.¹⁷

3.4 Das Kantonsgericht nahm weiter Bezug auf einen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts, das festgehalten hat, Pauschal- und Einheitspreisangebote seien nicht oder höchstens bedingt miteinander vergleichbar, weshalb Angebotsvarianten nach verschiedenen Preisbildungssystemen nur auf ausdrücklichen Hinweis der Vergabestelle überhaupt zugelassen werden sollten.¹⁸ Es stellte fest, dass weitere kantonale Verwaltungsgerichte diese Sichtweise teilten und schloss sich ihr ebenfalls ohne Vorbehalt an. Damit gilt auch für das Vergabeverfahren im Kanton Basel-Landschaft, «dass unterschiedliche Preisvarianten grundsätzlich unzulässig sind, sofern die Vergabestelle dies nicht ausdrücklich zulässt und die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.»¹⁹

¹¹ KGE a.a.O.; s. auch unten Ziff. 5.5 f. und 8.3.

¹² Vgl. dazu unten Ziff. 4.

¹³ KGE 810 17 69., Ziff. 5.3.

¹⁴ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 5.3 a.E.

¹⁵ KGE a.a.O., Ziff. 5.4.

¹⁶ VöB; SR 172.056.11.

¹⁷ KGE a.a.O.

¹⁸ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 5.5.

¹⁹ KGE a.a.O., Ziff. 5.7.

4. Wahl des Verfahrens

Auch zur Frage der Wahl des Vergabeverfahrens äusserte sich das KGer. im eben zitierten KGE 810 17 69 (Wasserleitung). Die Vergabestelle hatte zwei Unternehmen eingeladen, obschon sie die Ausführung des Werkes auch freihändig hätte vergeben können. Mit einem angenommenen Wert von CHF 80'000 erreichte das Werk die Limite nicht, ab welcher gemäss § 7 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz²⁰ ein förmliches Verfahren vorgeschrieben ist. Das Gericht hielt jedoch fest, dass eine Behörde, auch wenn sie sich «freiwillig für ein höherstufigeres Verfahren als gesetzlich zwingend vorgesehen»²¹, entschieden hat, «sich aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch vollumfänglich den Bestimmungen des gewählten Verfahrens zu unterziehen»²² hat. Dies hatte die Vergabestelle nicht getan, da sie nur zwei statt drei oder gar fünf Anbieter eingeladen und zudem keine auswärtigen Unternehmen berücksichtigt hatte. Im Urteil, mit dem das KGer. den Entscheid aufhob, wies es die Vergabestelle zudem darauf hin, dass sie bei der Neuauflage der Ausschreibung beim gewählten Verfahren zu bleiben habe und nicht etwa zur freihändigen Vergabe wechseln könnte²³.

5. Ausschluss eines Angebots

5.1 In KGE 810 17 25 waren im Rahmen der Erweiterung einer Schulanlage Metallbauarbeiten zu einem Preis von etwa CHF90'000 zu vergeben. Obschon die Vergabebehörde die Arbeit freihändig hätte vergeben können, führte sie – zulässigerweise²⁴ – ein Einladungsverfahren durch. Im Bewerbungsverfahren schloss die Vergabestelle die Anbieterin mit dem preisgünstigsten Angebot aus. Diese hatte in den Offertunterlagen Positionen geändert und eine vorgesehene Vorrichtung, einen Öldämpfer an einem Tor, gar nicht angeboten. Dessen Verwendung sei nach Herstellerangaben für die geplante Konstruktion gar nicht erlaubt. Gegen ihren Ausschluss führte die Anbieterin Beschwerde.

5.2 Das Gericht erwog zunächst, dass aufgrund der gesetzlichen Grundlagen, BeG §§ 8 und 23²⁵, Angebote vom Verfahren auszuschliessen seien, die unvollständig oder verspätet eintreffen. Dabei sei zu beachten, dass nur Unvollständigkeiten von einer gewissen Schwere zum Verfahrensausschluss führen dürften. Andererseits bedürfe es angesichts des Gleichbehandlungsgebots, auf dem die Regel zum Ausschluss unvollständiger Angebote beruhe, einer gewissen Strenge. Sei ein korrekter, transparenter Vergleich der Angebote aufgrund der Unvollständigkeit eines derselben nicht möglich, so bleibe nur dessen Ausschluss. Die Vergabestelle habe dabei allerdings ein erhebliches Ermessen – ebenso wie beim Entscheid, durch Nachfrage eine Korrektur des unvollständigen Angebots zuzulassen. Das Kantonsgericht wiederholte und betonte in der Folge, dass ab einer gewissen Schwere der Unvollständigkeit ein Ausschluss zwingend sei, wobei wiederum nur im Einzelfall zu entscheiden sei, ob die Schwere der Unvollständigkeit den Ausschluss erfordere. Namentlich dann sei ein Ausschluss unumgänglich, wenn das Angebot sich «im Bezug auf wesentliche Punkte»²⁶ als unvollständig erweise. Als Beispiele nannte das Gericht den Fall, dass ganze Angebotsteile fehlen oder Angaben ausgelassen würden, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würden. Sodann sei ein zwingender Ausschlussgrund jede massgebliche «eigenmächtige Änderung des Angebotstextes durch einen Anbieter und Abweichungen von den Vorgaben der Vergabestelle»²⁷.

²⁰ Vgl. oben Fn. 6.

²¹ KGE a.a.O., Ziff. 4.2.3.

²² KGE a.a.O., mit Hinweisen.

²³ KGE a.a.O., Ziff. 4.2.4.

²⁴ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 4.2.2, mit Hinweis auf BeV § 7 Abs. 2 (s. Fn. 6).

²⁵ Vgl. oben Fn. 5.

²⁶ KGE 810 17 25, Ziff. 5.2.

²⁷ KGE a.a.O., Ziff. 5.3.

5.3 Am Rande erwähnte das Kantonsgericht, zulässig seien hingegen Vorbehalte und auslegende Erklärungen bei schwer mangelhaften Ausschreibungsunterlagen.²⁸ Es fragt sich allerdings, ob ein Verfahren, das sich auf schwer mangelhafte Unterlagen stützt, überhaupt erfolgreich beendet werden könnte.

5.4 Das Kantonsgericht prüfte die Zulässigkeit des Verfahrensausschlusses auch unter dem Aspekt des Verbots des überspitzten Formalismus.²⁹ Nach einleitenden Bemerkungen dazu stellte es konkret fest, dass die Vergabestelle mehrfach darauf hingewiesen hatte, dass die unvollständige Eingabe des Angebots ebenso unzulässig sei wie die Einfügung von Angebotsvarianten. Gemäss Ausschreibungsunterlagen waren allfällige Unternehmervarianten separat auszuführen und zusammen mit der Offerte einzugeben.³⁰ Anbieter, welche die vorgesehenen Konstruktion für nicht ausführbar hielten, wurden aufgefordert, dies in einem separaten Dokument anzugeben, das sie mit der Offerte eingeben sollten.³¹ Das Kantonsgericht erkannte, dass sich der von der Vergabestelle ausgeschlossene Anbieter nicht an die sehr klaren Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gehalten hatte. Er hatte die Offertunterlagen eigenmächtig geändert und auch seine Kritik an der vorgesehenen Konstruktion nicht separat und begründet angebracht. Die Vergabestelle hatte nach Ansicht des Kantonsgerichts daher weder überspitzt formalistisch noch unverhältnismässig gehandelt, als sie den Anbieter wegen nicht eingehaltener Formvorschriften vom Verfahren ausschloss.³²

5.5 Das Kantonsgericht beleuchtete schliesslich kurz die Frage, ob eine der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Konstruktionen tatsächlich untauglich und unsicher sei, wie dies der Anbieter, der Beschwerde führte, behauptete. Es stellte fest, dass nicht überzeugend dargestellt worden sei, dass die Ausschreibungsunterlagen einen schweren Mangel enthielten. Entsprechend sei auch die Ablehnung der Forderung des Anbieters, ein Gutachten eines Metallbauexperten einzuholen, zurecht erfolgt.³³ Das Gericht fügt an, Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen selbst hätten ohnehin unverzüglich mittels Beschwerde erhoben werden müssen und verwies dazu auf die eigene Praxis.³⁴

5.6 Offenbar hatte der Beschwerdeführer den Mangel der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Konstruktion nicht deutlich genug machen können, weshalb das Gericht darauf nicht näher einging. Es fragt sich aber, wie das Urteil wohl ausgefallen wäre, wenn das Gericht einen zentralen Sicherheitsmangel in der Konstruktion angenommen hätte. Wäre die Verwendung des in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Öldämpfers tatsächlich, wie der Beschwerdeführer behauptete, illegal gewesen und hätte er zudem für die gesamte Konstruktion eine wesentliche Bedeutung gehabt, hätte der Verweis des Kantonsgerichts auf die verspätete Rüge eher nicht genügt. Diesfalls wäre wohl davon auszugehen gewesen, dass die Ausschreibung eine nichtige Verfügung darstellte, so dass auch der Zuschlag, der sich darauf stützte, dahingefallen wäre und die Ausschreibung hätte wiederholt werden müssen.³⁵

²⁸ KGE a.a.O., Ziff. 5.4.

²⁹ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 6.1 ff.

³⁰ KGE a.a.O., Ziff. 7.

³¹ KGE a.a.O.

³² Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 8, S. 9.

³³ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 8.

³⁴ ... nämlich auf KGE 810 14 311 vom 21.1.2015, Ziff. 2.2, und den hier ebenfalls besprochen KGE 810 17 15 (Zubringer Pfeffingerring). Vgl. dazu die Ausführungen oben in Ziff. 2.3 und unten in Ziff. 8.3.

³⁵ S. dazu auch den Hinweis oben in Ziff. 5.3.

6. Preis als einziges Vergabekriterien

Im bereits erwähnten KGE 810 17 69 (Wasserleitung) befasste sich das Gericht auch kurz mit der Zulässigkeit des Preises als einzigem Zuschlagskriterium. Es hielt fest, dass gemäss § 20 BeV³⁶, welcher den Titel "Zuschlagskriterien" trägt, [«d]as wirtschaftlich günstigste Angebot (...) jenes mit dem besten Preis-/Leistungs-Verhältnis»³⁷ sei. Die Zuschlagskriterien seien für jedes Beschaffungsobjekt aus fachlicher, ökologischer und ökonomischer Sicht festzulegen.³⁸ Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter könne aber auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.³⁹ Weiter führte das Gericht aus: «Dabei kommt dem Terminus "Güter" keine prägende Bedeutung zu. Es geht nicht nur um Lieferaufträge, vielmehr können auch Bau- und Dienstleistungsaufträge unter die genannte Bestimmung fallen. Ob eine reine Preisvergabe zulässig ist, bestimmt sich vielmehr danach, ob im Einzelfall tatsächlich weitgehend standardisierte Leistungen beschafft werden. Die Zulässigkeit der reinen Preisvergabe sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Leistungen so weit spezifiziert werden können, dass relevante Qualitätsunterschiede zwischen den einzelnen Offerenten ausgeschlossen sind. Nur in diesem Fall ist es gerechtfertigt, den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausschliesslich durch den Preis auszufüllen.»⁴⁰ Das Gericht hielt abschliessend fest: «Wenn aber relevante Qualitätsunterschiede nicht ausgeschlossen sind, werden der Wirtschaftlichkeits- und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, soweit diese Unterschiede in der Angebotsbewertung keine Rolle spielen.»⁴¹

7. Transparenzprinzip

7.1 In KGE 810 17 15 (Zubringer Peffingerring) erfolgte der Zuschlag nach Bestimmung des Angebots mit dem besten Preis-Nutzwertpunkt-Verhältnis. Gegen den auf dieser Basis ermittelten und verfügbaren Zuschlag führte die Anbieterin Beschwerde, die das Angebot mit dem tiefsten Gesamtpreis eingegeben hatte. Sie begründete ihre Beschwerde vor allem mit der Verletzung des Transparenzgebots. Die Vergabestelle habe bei der Bewertung Kriterien angewandt, die sie zuvor nicht publiziert habe. Es sei zudem nicht klar gewesen, dass ein Anbieter bei Erfüllung eines Kriteriums nicht die volle Punktzahl erhalte. Die beschwerdeführende Anbieterin stellte sich auf den Standpunkt, sie sei für geeignet befunden worden, die Arbeiten auszuführen, und habe ein vollständiges und mängelfreies Angebot eingegeben, weshalb sie die maximale Punktzahl hätte erhalten müssen.

7.2 Das Kantonsgericht verwies zunächst grundsätzlich auf das in Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB und § 9 lit. a BeG⁴² enthaltene Prinzip, wonach das Ausschreibungsverfahren transparent gestaltet sein müsse, damit ein wirksamer Wettbewerb stattfinden könne.⁴³ «Die Transparenz des Vergabeverfahrens impliziert insbesondere die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Voraussehbarkeit und die Nachvollziehbarkeit sämtlicher Verfahrensschritte sowie die Objektivität und die Nachvollziehbarkeit aller wesentlichen Motive, welche den Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeberin im Vergabeverfahren zugrunde liegen. ... Eine Vergabebehörde handelt mithin rechtswidrig, wenn sie den Zuschlagsentscheid nicht (ausschliesslich) aufgrund der bekannt gegebenen Zuschlags- bzw. Subkriterien und des ebenso vorgängig bekannt gegebenen (relativen) Gewichts eines jeden Kriteriums fällt»⁴⁴.

³⁶ Vgl. Fn. 6.

³⁷ KGE 810 17 69, Ziff. 6.

³⁸ Vgl. KGE a.a.O.

³⁹ Vgl. KGE a.a.O.

⁴⁰ KGE a.a.O.

⁴¹ KGE a.a.O., Ziff. 6. a.E. mit weiteren Hinweisen.

⁴² Vgl. Fn. 5.

⁴³ KGE 810 17 15, Ziff. 4.1.

⁴⁴ KGE a.a.O.

7.3 Sodann erläuterte das Gericht den Unterschied zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Während es bei den Eignungskriterien nur darauf ankomme, dass sie erfüllt seien, und keine Gewichtung vorgenommen werden könne, müssten Zuschlagskriterien mit einer Bewertung versehen werden. «Zuschlagskriterien, bei denen die Erfüllung der Mindestanforderungen automatisch zum Punktemaximum führt, ergeben keinen Sinn»⁴⁵. Mit der Bezeichnung eines Kriteriums als Zuschlagskriterium habe die Vergabestelle «implizit»⁴⁶ angekündigt, dass sie Qualitätsunterschiede berücksichtigen und bewerten werde.⁴⁷

7.4 Auch die Rüge, dass zuvor nicht bekannt gegebene Unterkriterien berücksichtigt wurden, hielt das Gericht nicht für stichhaltig. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrem Angebot ihre Lösungsvorschläge zu diversen Aufgabenstellungen der Ausschreibung offenbar nur summarisch abgehandelt und dafür viel weniger Punkte erhalten als die Anbieterin, die den Zuschlag erhielt. Deren Angebot enthielt detaillierte Lösungsbeschreibungen zu allen nach Ausschreibung erforderlichen Arbeiten. Das Gericht begründete seine Auffassung ausführlich damit, dass die Ausschreibung den Anbietern keinen fertigen Lösungsweg vorschreiben müsse, sondern diverse Punkte offen vorgeben könne, die sie mit eigenen Ideen auszufüllen hätten. «Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung und beim Präzisierungs- und Detaillierungsgrad des Ausschreibungstextes weitgehend frei»⁴⁸. Damit sei den Anbietern überlassen, eigene Lösungen vorzuschlagen und Ideen einzubringen. «Die Anbieter müssen in diesen Fällen nicht nur ein Angebot auf konkrete Vorgaben hin durchkalkulieren. Ihr Angebot hat auch Angaben zu umfassen, wie die gestellte Aufgabe anhand der publizierten Eckwerte am besten gelöst werden kann, was eine planerische Eigenleistung bedingt.»⁴⁹. Das Gericht hob hervor, dass das Vergabeverfahren gerade den Wettbewerb stimulieren solle und es nicht an der Vergabebehörde sei, selbst die gesamte Planungsleistung zu erbringen. Entsprechend folgte es der Rüge der Beschwerdeführerin auch nicht, die Vergabestelle habe sie im Unklaren über die Details der zu erbringenden Leistung gelassen. Aufgabe der Vergabebehörde sei lediglich, die Vorschläge der Anbieter zu prüfen und zu bewerten, um festzustellen, mit welcher Lösung das von ihr zur Ausschreibung gebrachte Projekt am besten zum Ziel geführt werden könnte. Bei dieser Bewertung könne sich die Vergabestelle auf ein Schema von Hilfskriterien stützen, das nicht vorab publiziert wurde. Wörtlich führte das Kantonsgericht aus: «Die Beschwerdeführerin verlangt im Endeffekt, dass die methodischen Werkzeuge zur späteren Bewertung der eingereichten Angebote, darunter sämtliche Unterkriterien und der Benotungsschlüssel, schon in der Ausschreibung offengelegt werden. Diese Hilfsmittel der Vergabestelle stellen jedoch nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts keine vorgängig zu publizierenden Unterkriterien dar.»⁵⁰ Abschliessend befand es, die Vergabestelle habe die Anbieter in genügendem Umfang über die Anforderungen an die Angebote und deren Bewertung informiert, weshalb es das Transparenzprinzip als eingehalten erachtete.⁵¹

7.5 Das Kantonsgericht hielt an verschiedenen Stellen des gesamten Entscheids fest, dass die Vergabebehörde nicht alle Punkte, nach welchen sie ein Angebot bewertet, im Detail auszuführen habe. Motive und Kriterien, welche sie bei ihrer Entscheidung erkennbar leiten würden, müssten in der Ausschreibung nicht explizit erwähnt werden, um später Berücksichtigung zu finden. So stellte es denn auch abschliessend noch einmal fest, dass «die Vergabestelle die zuschlagsrelevanten

⁴⁵ KGE a.a.O., Ziff. 4.2.2. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶ KGE a.a.O.

⁴⁷ Vgl. KGE a.a.O.

⁴⁸ KGE, a.a.O., Ziff. 4.3.2, S. 9, mit Hinweis auf Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, RZ 401 ff.

⁴⁹ KGE, a.a.O.

⁵⁰ KGE, a.a.O.

⁵¹ Vgl. KGE a.a.O., S. 10.

Informationen in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben»⁵² habe und der Anbieter habe erkennen können, «welche Angaben und Eigenleistungen von ihnen gefordert wurden und was unter den einzelnen Kriterien zu verstehen war»⁵³, weshalb eine Verletzung des Transparenzgebots nicht vorliege.⁵⁴

8. Wirtschaftlicher Einsatz öffentlicher Mittel

8.1 Die Beschwerdeführerin brachte im eben erwähnten KGE 810 17 15 (Zubringer Pfeffingerring) zudem vor, die Vergabestelle habe das Prinzip des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel verletzt. Ihr Angebot habe alle Ausschreibungskriterien erfüllt und dabei den tiefsten Preis aufgewiesen. Dennoch habe die Vergabestelle sie nicht berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin kritisierte weiter, dass bei einer Ausschreibung, die weitgehend standardisierte Leistungen verlange, der Preis in der Bewertung nur mit 20% gewichtet worden sei. Eine so gestaltete Ausschreibung widerspreche in sich bereits dem Grundsatz des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes.⁵⁵

8.2 Das Gericht entgegnet dem, dass die Vergabebehörde in ihrer Entscheidung der Ausgestaltung der Ausschreibung völlig frei sei und dass die von ihr festgelegten Kriterien für die Angebotsbewertung nicht justiziabel seien: «Die Auftraggeberin ist frei in der Bestimmung von Zeitpunkt, Gegenstand, Art, Umfang, innerer Ausgestaltung und Qualität der Beschaffung. Handelt sie bei diesen Entscheidungen unwirtschaftlich, so entgeht dies der vergaberechtlichen Rechtskontrolle.»⁵⁶ In diesem Zusammenhang sind wohl auch die beiläufig geäußerten Zweifel des Gerichts zu verstehen, ob dem Grundsatz des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel «überhaupt eine vergaberechtliche individualschützende Bedeutung zukommt».⁵⁷ Das Gericht geht offenbar davon aus, dass rechtlich überprüfbare Wirtschaftlichkeitsüberlegungen erst im Anschluss an die Leistungsdefinition der Vergabebehörde möglich sind. Erst wenn die Behörde festgelegt hat, wie sie die Qualität der einzelnen Angebote im Verhältnis zu einander bewertet, lassen sich auch ihre Preise nach dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit prüfen. Wenn die Vergabebehörde also ein Angebot qualitativ um 20% besser einstuft als das Konkurrenzangebot, so ist es auch dann noch als wirtschaftlicher zu betrachten, wenn es nur um 15% teurer ist. Das Prinzip des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes wäre hingegen verletzt, wenn die Behörde den Zuschlag einem Anbieter erteilen würde, dessen Angebot teurer wäre als das eines Konkurrenten, ohne sich aber qualitativ abzuheben.

8.3 Schliesslich verfiel auch das Argument der Beschwerdeführerin nicht, die zur Ausschreibung gebrachten Werke seien Standardleistungen, die von allen geeigneten Anbietern ohnehin in gleicher Weise erbracht würden, weshalb eine differenzierte Bewertung der Angebote hinsichtlich Qualität gar nicht zulässig sei. Das Gericht verwies zunächst wohl zurecht darauf, dass die Beschwerdeführerin mit diesem Argument das Bewertungssystem selbst angreife. Dieses sei aber bereits in den Ausschreibungsunterlagen dargelegt worden. Deshalb hätte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die Ausschreibung an sich einbringen müssen. Im Rahmen der Beschwerde gegen den Zuschlag müsste die Rüge als verspätet betrachtet werden.⁵⁸ Es liess die Frage der verspäteten Rüge jedoch offen, da es sie materiell ohnehin nicht für zutreffend befand. Es seien mitnichten Standardleistungen ausgeschrieben worden, sondern vielmehr «komplexe und zeitkritische Planungs- und Bauleistungen (...), die namentlich eine akribische Vorbereitung und eine gründliche Projektorganisation

⁵² KGE a.a.O., Ziff. 4.7.

⁵³ KGE a.a.O.

⁵⁴ Vgl. KGE a.a.O.

⁵⁵ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 6.1.

⁵⁶ KGE, a.a.O., Ziff. 6.3.

⁵⁷ KGE, a.a.O., Ziff. 6.5.

⁵⁸ S. dazu auch oben Ziff. 2.3 und 5.5 f.

voraussetzen»⁵⁹. Daher habe die Vergabebehörde den qualitativen Punkten der Offerten auch einen hohen Stellenwert einräumen dürfen.⁶⁰ Unter diesem Aspekt hielt das Gericht auch die vergleichsweise geringe Gewichtung des Preises mit 20% bei der Bewertung der Offerten für zulässig. Es wies allerdings darauf hin, dass damit die unterste Grenze erreicht sei.⁶¹

⁵⁹ KGE a.a.O., Ziff. 6.4.1, S. 17.

⁶⁰ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 6.4.1.

⁶¹ Vgl. KGE a.a.O., Ziff. 6.4.2 sowie Ziff. 6.3, dort mit Hinweisen auf diverse BGE zur absoluten Untergrenze der Berücksichtigung des Preises von 20%.