Rechtsprechung

Gericht/Verwaltung: Verwaltungsgericht

Abteilung: Verwaltungsrechtliche Abteilung

Rechtsgebiet: Öffentliches Beschaffungswesen

Entscheiddatum: 23.04.2008

Fallnummer: V 07 298

LGVE: 2008 II Nr. 8

Leitsatz: § 28 Abs. 1 lit. a öBG. Selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen. Im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung können deshalb Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen bereits verwirkt sein.

Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig.

Entscheid: Der Kanton Luzern schrieb für die von ihm geführten Mensen an Schulen und Spitälern unter anderem die Lieferung von Käse separat aus, um mittels einem koordinierten Lebensmitteleinkauf finanzielle Einsparungen und qualitative Verbesserungen der Verpflegung zu erzielen. Die A AG reichte gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde ein und beantragte in der Hauptsache, es sei eine neue Ausschreibung mit genau definierten Produkten durchzuführen.

Aus den Erwägungen:

4. - Der Beschwerdegegner beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da die Beschwerdeführerin einzig rüge, die Ausschreibung sei mangelhaft gewesen. Diesen Umstand hätte sie innert zehn Tagen seit der Publikation der Ausschreibung im Kantonsblatt vorbringen müssen. Zumindest hätte sie sofort nach Kenntnis der Ausschreibungsunterlagen deren angebliche Mangelhaftigkeit geltend machen müssen. Da sie dies nicht getan habe, verhalte sie sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie trotz Kenntnis eines angeblichen Mangels nichts dagegen vorbringe und am Verfahren teilnehme.

a) Gemäss Ausschreibung bildet die Lieferung des jährlichen Bedarfs von Käse an die Mensen der Kantonsschulen und der kantonalen Spitäler Gegenstand des Beschaffungsverfahrens. Die verschiedenen Käseartikel, die offeriert werden sollten, ergaben sich erst aus den Ausschreibungsunterlagen, welche gemäss Ausschreibung ab deren Publikation im Kantonsblatt bis 31. Juli 2007 bezogen werden konnten.

Die gewünschten Käsesorten waren in der Referenzliste aufgeführt, unter anderem Doppelrahmkäse, Rahmkäse, Weichkäse, Halbhartkäse, Hartkäse, Extrahartkäse. Diese Produktbezeichnungen erachtet die Beschwerdeführerin als zu ungenau, was sie am Beispiel von Hartkäse erläutert. So würden verschiedene Produkte mit sehr unterschiedlichen Preisen unter diesen Begriff fallen, z.B. Swisstaler (Fr. 9.80/kg), Emmentaler mild (Fr. 12.90/kg), Emmentaler rezent (Fr. 15.95/kg), Emmentaler Felsenkeller (Fr. 19.80/kg). In ihrer Offerte machte die Beschwerdeführerin deshalb bei den erwähnten Artikeln kein konkretes Angebot. Sie hielt fest, da es in diesen Käsegruppen sehr viele Produkte gäbe, sei es sehr schwer, Preise anzugeben. Einzelne Artikel und Preise ergäben sich aus der beigelegten Preisliste und Produktemappe.

b) Gemäss § 28 Abs. 1 lit. a öBG können Ausschreibungen beim Verwaltungsgericht innert zehn Tagen seit Publikation selbständig angefochten werden. Die von der Beschwerdeführerin als zu ungenau gerügten Artikelbezeichnungen finden sich nun aber nicht in der Ausschreibung selber, sondern in den Ausschreibungsunterlagen. Es fragt sich deshalb, ob die Ausschreibungsunterlagen selber auch anfechtbar sind. Dem Gesetz ist diesbezüglich keine klare Antwort zu entnehmen. Der Begriff der Ausschreibungsunterlagen findet sich einzig in der öBV: unter Ausschreibung und Angebot wird dort der Mindestinhalt der Ausschreibung (§ 7 öBV) und der Ausschreibungsunterlagen (§ 8 öBV) definiert. Aus diesen beiden Bestimmungen ist gemäss LGVE 2000 II Nr. 13 Erw. 4c ersichtlich, dass die Ausschreibungsunterlagen die Ausschreibung näher ausführen und somit als Bestandteil davon bezeichnet werden können. Es rechtfertige sich deshalb, die selbständige Anfechtbarkeit von Ausschreibungsunterlagen gestützt auf § 28 Abs. 1 lit. a öBG in Verbindung mit den §§ 7 und 8 öBV zu bejahen. Es widerspräche der Zielsetzung eines effizienten Vergabeverfahrens, wenn die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben erst mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden könnten. Im Falle einer Gutheissung müsste in diesem Fall das gesamte Beschwerdeverfahren wiederholt werden (vgl. Botschaft des Regierungsrates zum öBG vom 13.2.1998, in: GR 2/1998, § 28, S. 312).

Auch das Bundesgericht betrachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung (vgl. etwa BGE 125 I 203f. Erw. 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 241f. Erw. 4.2 = Pra 2005 Nr. 59), ferner, wenn die zehntägige Anfechtungsfrist bereits abgelaufen sei, bevor die potentiellen Anbieterinnen und Anbieter die Ausschreibungsunterlagen beziehen könnten. Das Bundesgericht erachtet es in diesen Fällen als zulässig, die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen auch noch im nächstfolgenden Beschwerdeverfahren vorzubringen (BGE 129 I 313f. Erw. 6.2 = Pra 2004 Nr. 64). Dass sich im vorliegenden Fall eine der beiden Ausnahmefälle verwirklicht haben sollte, ist nicht erstellt, weshalb von der selbständigen Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen auszugehen ist.

5. - Nachdem die Ausschreibungsunterlagen selbständig angefochten werden konnten, stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen im heutigen Zeitpunkt noch vorbringen darf, oder ob diese bereits verwirkt sind.

a) Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Entscheide, die selbständig anfechtbar sind, nicht mehr im Rahmen einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung angefochten werden können (Botschaft, a.a.O., § 27, S. 312). Zu den Folgen einer verpassten Nichtanfechtung der Ausschreibungsunterlagen hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern im zitierten Urteil fest, es sei fraglich, ob diese auch die Unzulässigkeit zur Folge habe, solche Rügen erst bei der Anfechtung der Zuschlagsverfügung vorzubringen. Es begründete dies mit Unklarheiten betreffend der Anfechtungsfrist, deren Beginn sowie der Kürze der Frist bei meist umfangreichen Ausschreibungsunterlagen. Immerhin könne unter Umständen aufgrund von Treu und Glauben eine Pflicht zur sofortigen Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen mit Verwirkungsfolge im Unterlassungsfall bestehen (LGVE 2000 II Nr. 13 Erw. 4d). Im fraglichen Fall wurden besonders schwere Verfahrensmängel gerügt (fehlende Bekanntgabe der konkreten Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und der Beurteilungsmatrix), welche einen Verstoss gegen den Grundsatz der Transparenz darstellten. Auch hielt das Gericht fest, diese Mängel hätten mangels Kenntnis zu keinem früheren Zeitpunkt geltend gemacht werden können. Deshalb konnte das Gericht die Frage der Verwirkung von Rügen, welche bereits gegen die Ausschreibungsunterlagen hätten gemacht werden können, offen lassen.

b) Der vorliegende Fall unterscheidet sich deutlich von demjenigen, der dem zitierten Urteil zugrunde liegt. So war sich die Beschwerdeführerin bereits vor Erhalt der Zuschlagsverfügung der ungenauen Artikelbezeichnungen bewusst. Dies ergibt sich aus dem Verweis in ihren Offertunterlagen auf die beigelegte Preisliste und Produktemappe. Sie hätte diese Rüge somit nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen vorbringen können, zumal in den Ausschreibungsunterlagen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten war. Das Luzerner Verwaltungsgericht erwähnte im zitierten Urteil, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags könne nicht mehr gerügt werden, ein in der Ausschreibung korrekt veröffentlichtes Kriterium sei ungeeignet. Ein solcher Einwand sei unmittelbar mit Beschwerde gegen die Ausschreibung zu erheben (LGVE 2000 II Nr. 13 Erw. 4d, mit Verweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg vom 18.6.1999, in: BR 1999 S. 148). Die vorliegend geltend gemachten Mängel sind mit diesem Sachverhalt vergleichbar, wird doch sinngemäss vorgebracht, die Produktebezeichnungen seien teilweise ungeeignet bzw. ungenügend. Selbst wenn nicht zwingend von der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen auszugehen wäre, hätte die Beschwerdeführerin diesen Mangel zumindest bei der Vergabestelle frühzeitig beanstanden müssen. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr und verbietet unter anderem den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 623). Obwohl sich die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sah, ein vollständiges Angebot einzureichen, hat sie es unterlassen, bei der Vergabebehörde die ungenauen Produktebezeichnungen zu bemängeln. Sie hat in ihrem Angebot bei sechs von fünfzehn Käsesorten keinen konkreten Preis angegeben, wodurch eine Vergleichbarkeit mit den Offerten ihrer Konkurrenten nicht gegeben war. Ihr hätte klar sein müssen, dass es nicht Aufgabe der Vergabebehörde sein kann, ihr Angebot zu einem beträchtlichen Teil selber zu vervollständigen. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, auf die vorgebrachten Beanstandungen infolge Verwirkung nicht mehr einzutreten.