

Zusammenfassung und Besprechung**Zitiervorschlag:**

Thomas P. Müller, Kreativität in der Preisbildung scheidet in Beschaffungsverfahren aus, Besprechung des Urteils 2C_365/2022 des Bundesgerichts, Newsletter immodroit.ch April 2022

**Art. 29 Abs. 2 BV;
IVöB**

Kreativität in der Preisbildung scheidet in Beschaffungsverfahren aus

Thomas P. Müller

I. Einleitung

In Beschaffungsverfahren finden sich in den Ausschreibungsunterlagen häufig Preisbildungsvorschriften. Anbieterinnen entwickeln mitunter eine erstaunliche Kreativität im Umgang mit diesen. Wie das nachstehend besprochene Urteil 2C_365/2022 des Bundesgerichts exemplarisch zeigt, riskieren sie damit den Ausschluss vom Beschaffungsverfahren und können wegen des grossen Ermessensspielraums der Vergabestellen hinsichtlich des Ausschlusses von Anbieterinnen und den eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten kaum darauf hoffen, dass ihnen das Bundesgericht in diesem Fall hilft.

Der vorliegende Entscheid erging in Anwendung der altrechtlichen Bestimmungen des Beschaffungsrechts. Die Besprechung bietet daher gleichzeitig die Gelegenheit für Hinweise auf die Rechtslage gemäss revidiertem Beschaffungsrecht.

II. Zusammenfassung

A. Sachverhalt

Am 8. Oktober 2021 schrieb die Genossenschaft D (**Vergabestelle**) für den Ersatzbau eines ihrer Gebäude Baumeisterarbeiten öffentlich aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurde festgelegt, dass sich die Preise der einzelnen Positionen für eine fachgemässe, in allen Teilen einwandfreie und vollständige Arbeit, samt allen erforderlichen Materiallieferungen in bester Qualität, inklusive die Kosten für die Transporte bis zur Verwendungsstelle, Ablad- sowie Rückschub von überschüssigem Material, Werkzeug, etc., verstünden. Zuschläge, die nicht im Devis ausgeschrieben seien, würden nicht anerkannt. Sämtliche Nebenarbeiten (wie z. B. Anpass- und Abdekarbeiten, Schützen von Bauteilen) seien in die Einheitspreise einzurechnen. Bei den Zuschlagskriterien wurden der Preis mit 50 %, die Referenzen mit 25 %, die Erfahrung der Schlüsselpersonen mit 10 %, das Bauterminprogramm mit 10 % und die Ausbildung von Lernenden mit 5 % gewichtet.

Fristgerecht gingen bei der Vergabestelle fünf Angebote ein, darunter jenes der ARGE A (**Beschwerdeführerin**), mit einem Angebotspreis von CHF 5'634'154.20 inkl. MWST. Dieses Angebot enthielt bei verschiedenen Positionen Einheitspreise von Fr. 0.01 bzw. einem Rappen; Erläuterungen dazu fehlten. Die Preisspanne der übrigen Angebote reichte von CHF 5'639'291.20 bis CHF 6'300'045.30.

Mit Entscheid vom 2. Dezember 2021 schloss die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin vom weiteren Verfahren aus, im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Angebot für bestimmte Positionen spekulative Preise enthalte respektive von den Vorgaben der Ausschreibung abweiche und nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar sei (**Ausschlussverfügung**). Gleichzeitig erteilte die Vergabestelle mit separater Verfügung der E AG den Zuschlag zum Preis von CHF 5'849'581.95 inkl. MWST (**Zuschlagsverfügung**). Wäre das Angebot der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen, sondern bewertet worden, hätte es gemäss Vergabestelle den zweiten Platz erreicht.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wies mit Urteil vom 30. März 2022 die sowohl gegen die Ausschluss- wie gegen die Zuschlagsverfügung erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin ab.

Die Beschwerdeführerin verlangte mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, der Ausschluss- und der Zuschlagsverfügung. Ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde zunächst superprovisorisch gutgeheissen, mit Präsidialverfügung vom 3. Juni 2022 jedoch abgewiesen.

B. Rechtliches

Beschwerdelegitimation und -anforderungen

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten tritt das Bundesgericht nicht ein, weil die Beschwerdeführerin weder behauptet noch begründet habe, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege und eine solche auch nicht von vornherein klar ersichtlich sei (Erw. 1.3.). Trotz fehlendem ausdrücklichem Antrag nimmt das Bundesgericht die Beschwerde jedoch als subsidiäre Verfassungsbeschwerde an die Hand und tritt im Hauptpunkt (Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils) darauf ein, weil die Beschwerdeführerin am Verfahren auf kantonaler Ebene beteiligt war und als Zweitplatzierte rechtsprechungsgemäss über reelle Chancen auf den Zuschlag verfügt (Erw. 1.4.). Bezüglich der beantragten Aufhebung der Ausschluss- und der Zuschlagsverfügung weist das Bundesgericht darauf hin, dass aufgrund des Devolutiveffekts einzig das vorinstanzliche Urteil Anfechtungsobjekt sei; die beiden genannten Verfügungen würden infolge Anfechtung des vorinstanzlichen Urteils als mitangefochten gelten, weshalb auf die Anträge auf deren Aufhebung nicht einzutreten sei (Erw. 1.4.2.).

In Erw. 2 befasst sich das Bundesgericht mit den zulässigen Rügen subsidiärer Verfassungsbeschwerden im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrecht. Es legt dar, dass mit dieser Beschwerde einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden könne (Art. 116 BGG¹). Ausgeschlossen sei damit die Rüge der Missachtung von Gesetzes- und Konkordatsrecht. Ebenfalls nicht selbständig gerügt werden könne die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenzgebotes und des beschaffungsrechtlichen

¹ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17.6.2005, SR 173.110.

Diskriminierungsverbotes. Diesen Grundsätzen komme gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu. Die Prüfung der Anwendung der eidgenössischen, interkantonalen oder kantonalen Submissionsgesetzgebung sei deshalb auf die Verletzung des verfassungsmässigen Willkürverbots (Art. 9 BV) oder anderer verfassungsmässiger Rechte beschränkt (Erw. 2.1.).

Ob ein angefochtener Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt, prüfe das Bundesgericht sodann nur, soweit in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt werde, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (qualifizierte Rügepflicht im Sinne von Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Berufe sich die Beschwerdeführerin auf das Willkürverbot, müsse sie anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides dartun, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich, d.h. unhaltbar ist. Das Bundesgericht hebe einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar sei. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheine, genüge nicht (Erw. 2.2.).

Akteneinsichtsrecht

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf Akteneinsicht, weil sie nur Einsicht in die Bewertung der Angebote erhalten habe, nicht aber in die Akten bezüglich der weiteren Zuschlagskriterien, nämlich der Referenzen, der Schlüsselpersonen, des Terminprogramms und der Lehrlinge. Das Bundesgericht beurteilt diese Rüge als unbegründet: Das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Recht auf Akteneinsicht gelte nicht absolut und könne aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung komme insbesondere im öffentlichen Beschaffungswesen zum Tragen. Rechtsprechungsgemäss bestehe kein Recht auf Einsicht in Konkurrenzangebote, wohl aber in die Referenzauskünfte, auf welche die Vergabestelle abstellen möchte; dies gelte auch im Rechtsmittelverfahren (Erw. 4.2.).

Anhörungsrecht vor dem Ausschluss eines Angebots

Mit Bezug auf ihren Ausschluss vom Beschaffungsverfahren rügt die Beschwerdeführerin einerseits eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil sie vorgängig nicht angehört worden sei. Damit sei ihr verunmöglicht worden, die bewusst eingesetzten, tiefen Einheitspreise bzw. Platzhalterpreise von einem Rappen zu erläutern.

Das Bundesgericht weist bei der Behandlung dieser Rüge zunächst darauf hin (Erw. 5.3), dass nach gefestigter Praxis nicht kostendeckende bzw. Unterangebote zulässig seien². Laut § 40 aVöB/TG³ könne die Auftraggeberin bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten bei der Anbieterin Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass diese die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen könne. Diese Berechtigung wandle sich rechtsprechungsgemäss in eine Pflicht, wenn die Vergabestelle aufgrund eines solchen Angebots Zweifel an der Fähigkeit der Anbieterin zur Leistungserbringung oder an der Seriosität des Angebots hat und deswegen einen Ausschluss dieser Anbieterin erwägt. In diesen Fällen ist die Anbieterin vor einem allfälligen Ausschluss anzuhören, andernfalls eine Verletzung des

² Das Bundesgericht verweist statt vieler auf den Entscheid BGE 143 II 553 E. 7.1; die zahlreichen Verweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im besprochenen Urteil werden nachfolgend in Fussnoten aufgeführt, um die Lesbarkeit zu erleichtern.

³ Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23.3.2004, RB 720.21.

rechtlichen Gehörs vorliegt⁴. Zeigen sich aufgrund der entsprechenden (auch fehlenden) Auskünfte tatsächlich Mängel bzw. können die Zweifel nicht beseitigt werden, wird das Angebot deshalb ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht aufgrund des tiefen Preises⁵. Beim Angebot der Beschwerdeführerin handelt es sich nach Meinung des Bundesgerichts weder um ein ungewöhnlich niedriges Angebot noch – gemäss den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen um ein Unterangebot, so dass auf dieser Basis keine Verpflichtung bestand, die Beschwerdeführerin vor dem Ausschluss anzuhören (Erw. 5.4.).

Ausschluss eines Angebots

Bestehend Ausschluss ihres Angebots macht die Beschwerdeführerin andererseits geltend, dass dieser materiell rechtswidrig, nämlich willkürlich (Art. 9 BV⁶) gewesen sei: Es treffe zwar zu, dass einzelne von ihr offerierte Einheitspreise nicht kostendeckend seien. Dies sei jedoch nicht unzulässig. Sie sei gewillt und in der Lage, zum offerierten Preis zu erfüllen. Die Kosten bzw. Preise der entsprechenden Positionen seien zudem nicht auf Globalpositionen umgelagert oder in andere Preise eingerechnet worden. Auch handle es sich bei ihrer Offerte nicht um ein ungewöhnlich niedriges Angebot, so dass die Beschwerdeführerin aus diesem Grund nicht ausgeschlossen werden dürfe. Die Ausschreibung basiere auf verbindlichen Vorausmassen der zuständigen Ingenieure bzw. sei bezüglich der verlangten Leistungen sehr genau. Deshalb stelle die Offerierung von nicht kostendeckenden Einheitspreisen auch keine Preisspekulation dar, da die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass sie die entsprechenden Leistungen erbringen müsse. Zudem ver falle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie davon ausgehe, aufgrund der Genauigkeit der Ausschreibung beinhalte eine formelle Preisbildungsregel, wonach keine Einheitspreise unter den Gestehungskosten angeboten werden dürften (Erw. 5.1.).

In der Folge prüft das Bundesgericht, ob der vorliegend schergewichtig wegen der Verletzung wesentlicher Formerfordernisse der Ausschreibung erfolgte Ausschluss verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzte. Hierfür ist gemäss Bundesgericht zu klären, ob im vorliegenden Fall die relevanten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen eine formelle Preisbildungsvorschrift darstellten und wie diese zu verstehen sei.

Ausschreibungsunterlagen seien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden können und müssen. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen komme es nicht an. Allerdings verfüge die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Ausschreibungsunterlagen über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürften. Unter Anwendung dieser Grundsätze kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Schlussfolgerung der Vergabestelle und der Vorinstanz, dass die fraglichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen formelle Preisbildungsregeln darstellen, wonach pro Detailposition reale Einheitspreise einzusetzen waren, nicht willkürlich, sondern rechtskonform sei (Erw. 6.2.).

Damit stellt sich für das Bundesgericht die Folgefrage, ob der deshalb erfolgte Ausschluss der Beschwerdeführerin gemäss angefochtenem Urteil verfassungskonform war. (Erw. 7).

⁴ Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 139 II 489 E. 3.3.

⁵ BGE 143 II 425 E. 5.2; 130 I 241 E. 7.3; Urteil 2D_46/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2.1.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101.

Gemäss § 36 Abs. 1 Ziff. 9 aVöB/TG ist ein Anbieter «in der Regel von der Teilnahme auszuschliessen, wenn er insbesondere wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder der verlangten Unterlagen oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen».

Das Bundesgericht erwägt, dass die Vergabestelle bezüglich des Ausschlusses von Anbietern über ein gewisses Ermessen verfüge, was im Rahmen von § 36 Abs. 1 aVöB/TG nicht zuletzt durch die Formulierung «in der Regel» zum Ausdruck komme. Der Ausschlussgrund müsse allerdings eine gewisse Schwere aufweisen; andernfalls handle die Vergabebehörde unverhältnismässig und überspitzt formalistisch⁷. Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibung und die Missachtung von vergaberechtlichen Formvorschriften könnten zum Ausschluss eines Angebots führen⁸. Seien entsprechende Mängel von untergeordnetem Charakter und werde der Zweck, den die in Frage stehenden Formvorschriften verfolgten, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt, dürften sie allerdings nicht zum Ausschluss eines Anbieters führen⁹. Im Ergebnis könne die Rechtsmittelinstanz nur prüfen, ob die Vergabebehörde die Grenzen des Ermessens im vorgenannten Sinn überschritten, sprich willkürlich gehandelt habe¹⁰. Dagegen müsse die Rechtsmittelinstanz bei der Prüfung der Verfahrensregeln auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens nicht die gleiche Zurückhaltung an den Tag legen¹¹.

Preisbildungsvorschriften, insbesondere die Bedingung, Einheitspreise anzugeben, stellen nach Ansicht des Bundesgerichts formelle Vorschriften dar. Deren Zweck bestehe darin, einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote zu verschaffen und deren Vergleich zu ermöglichen. Die Nichtbeachtung solcher Vorschriften führe zum Ausschluss vom Vergabeverfahren¹². Eine Missachtung solcher Vorschriften liege insbesondere vor, wenn die Anbieterin in wesentlichen Positionen dermassen tiefe, sprich nicht reale Preise einsetzt, dass das Angebot mit den anderen Angeboten nicht vergleichbar sei. Gerade mit der Verpflichtung, Einheitspreise anzugeben, solle der faire Vergleich zwischen den Angeboten ermöglicht werden. Demnach könne und müsse verlangt werden, dass alle wesentlichen Einzelpositionen komplett mit Einheitspreisen ausgefüllt würden. Andernfalls könne das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebots gar nicht beurteilt werden. Ein solches Angebot sei in der Regel auszuschliessen, weil es aufgrund inhaltlicher Mängel nicht vergleichbar, aber auch, weil es unvollständig sei¹³ (Erw. 7.2).

Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass die Vorinstanz willkürfrei erwogen habe, dass die Vorgehensweise der Beschwerdeführerin in wesentlicher Hinsicht gegen die bestehenden, formellen Preisbildungsvorschriften – die Angabe von realen Einheitspreisen in jeder

⁷ BGE 145 II 249 E. 3.3; 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 3 und 8.2.1; Urteile 2C_1020/2020 vom 12. April 2022 E. 4.3.1; 2C_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.2.

⁸ BGE 143 I 177 E. 2.3.1 f.; 141 II 353 E. 8.2.1; Urteile 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.5.1; 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1.

⁹ BGE 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 8.2.1; Urteile 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.5.1; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2; 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3.

¹⁰ BGE 141 II 353 E. 3.; Urteil 2D_2/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 4.1.

¹¹ BGE 141 II 353 E. 3 in fine.

¹² Urteile 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2; 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4; Urteil BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.2.1; das Bundesgericht verweist sodann auf MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2338 ff. und auf PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 456 ff., 464 ff., 495).

¹³ Urteile 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4.

Position – verstosse, und das Angebot der Beschwerdeführerin deshalb vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Auch sei die Vorinstanz unter diesen Umständen willkürfrei zur Einschätzung gelangt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin deshalb nicht mit den anderen Angeboten verglichen werden konnte, was ebenfalls den Ausschluss nach sich ziehe. Die Vorinstanz sei demnach im Rahmen der Anwendung von § 36 Abs. 1 aVÖB/TG nicht in Willkür verfallen bzw. habe zu Recht nicht eingegriffen, weil die Vergabestelle ihr Ermessen korrekt ausgeübt habe.

III. Urteilsbesprechung

A. Vorbemerkungen zum anwendbaren Recht

Das schweizerische Beschaffungsrecht durchlebt derzeit eine Zäsur: Am 1. Januar 2021 trat für die Schweiz das revidierte GPA 2012¹⁴ in Kraft und gleichzeitig auf Bundesebene das BÖB 2019¹⁵. Am 15. November 2019 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen auf kantonaler Ebene die weitgehend mit dem BÖB 2019 harmonisierte IVÖB 2019¹⁶ beschlossen, die am 1. Juli 2021 mit dem Beitritt der ersten beiden Kantone in Kraft getreten ist. Mittlerweile ist das Beitrittsverfahren in zehn Kantonen abgeschlossen¹⁷; für den Kanton Thurgau, nach dessen Rechtsgrundlagen sich das vorliegende Beschaffungsverfahren richtete, ist die IVÖB 2019 per 1. April 2022 in Kraft getreten.

Wichtig für die momentane Übergangsphase ist die Übergangsbestimmung in Art. 64 Abs. 1 IVÖB 2019, gemäss welcher Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVÖB 2019 eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Das Bundesgericht hat seiner Beurteilung der Beschwerde richtigerweise die aVÖB/TG zugrunde gelegt, weil das Beschaffungsverfahren vor dem 1. April 2022 eingeleitet wurde. Für die vorliegenden Fragestellungen sind die materiellen Unterschiede zwischen dem bisherigen und dem neuen Recht indessen marginal.

¹⁴ Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30.05.2012), SR 0.632.231.422.

¹⁵ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019, SR 172.056.1.

¹⁶ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.11.2019.

¹⁷ Für eine Übersicht über den Beitrittsprozess in den einzelnen Kantonen vgl. <https://www.bpuk.ch/bpuk/kordate/ivoeb/ivoeb-2019>.

B. Verfahrensrechtliches

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und letzter kantonaler Instanzen auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde ans Bundesgericht unter der kumulativen Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Auftragswert zugleich den massgeblichen staatsvertraglichen Schwellenwert erreicht (Art. 83 Bst. f BGG¹⁸).

Die bundesgerichtlichen Anforderungen an das Vorliegen einer «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» sind streng¹⁹: Erstens muss die aufgeworfene Rechtsfrage das Gebiet des Beschaffungsrechts betreffen; eine Rechtsfrage von bloss allgemeiner, z.B. verfahrens- oder verwaltungsrechtlicher Bedeutung genügt diesen Anforderungen nicht. Zweitens muss die Rechtsfrage ein gewisses Gewicht haben, d.h. von einigem praktischen Interesse sein. Der blosser Umstand, dass die Frage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Vielmehr muss es sich dabei um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft.

Seine Zurückhaltung begründet das Bundesgericht damit, dass bei kantonalen Submissionen immer noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung steht und bei Bundesvergaben das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz angerufen werden kann.

Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG obliegt es dem Beschwerdeführer, in der Beschwerdeschrift darzutun, dass und inwiefern die Voraussetzung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erfüllt ist. Fehlt es – wie offenbar im vorliegenden Fall – bereits an einer entsprechenden Behauptung, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde selbstredend nicht ein.

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Subsidiär zur ordentlichen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (wenn also die Eintretensvoraussetzungen gemäss Art. 83 Bst. f BGG nicht erfüllt sind) steht gegen Entscheide kantonalen Vorinstanzen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung. Der vorliegende Entscheid ruft die Grenzen des höchstrichterlichen Rechtsschutzes und das bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde geltende qualifizierte Rügeprinzip in Erinnerung (Erw. 2.2.)

Aufschiebende Wirkung

In Beschaffungsverfahren kommt der Frage der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde weitreichende Bedeutung zu²⁰. Weil einer gegen einen Zuschlag erhobenen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt (BöB/IVöB 54 Abs. 1), wäre dieser im Lichte der allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich sofort vollstreckbar und die

¹⁸ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17.6.2005, SR 173.110. Vorbehalten bleiben Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen, bei denen nur das Kriterium der Schwellenwerte zur Anwendung kommt.

¹⁹ Vgl. dazu etwa MARTIN ZOBL, in: HANS RUDOLF TRÜEB (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Vergaberecht, Zürich 2020 (zitiert: BöB/IVöB Komm-AUTOR), N 29 ff. zu Art. 52 BöB/IVöB.

²⁰ Dazu und zum Folgenden: BöB/IVöB Komm-MÜLLER, N 8 ff. zu Art. 42 BöB/IVöB.

Vergabestelle könnte mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abschliessen. Der Vertragsabschluss seinerseits hat zur Folge, dass sich der Primärrechtsschutz (vereinfacht: die Aufhebung der Zuschlagsverfügung) zu einem Sekundärrechtsschutz wandelt, bei dem die Beschwerdeinstanz gegebenenfalls nur noch feststellen kann, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt (Art. 58 IVöB 2019).

Aus diesem Grund verankert Art. 42 IVöB 2019 eine sogenannte Stillhaltefrist (Standstill), während der es der Vergabestelle untersagt ist, mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abzuschliessen, obwohl die Zuschlagsverfügung bei rein formeller Betrachtung wegen der fehlenden aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde an sich vollstreckbar wäre. Der Standstill hat zur Folge, dass die Vergabestelle erst dann zum Vertragsabschluss ermächtigt ist, wenn feststeht, dass gegen einen Zuschlag entweder keine Beschwerde erhoben wurde oder einer solchen Beschwerde mangels entsprechenden Gesuchs oder aufgrund eines ablehnenden Entscheids der Beschwerdeinstanz keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Keine Aussage macht Art. 42 IVöB 2019 zur Frage eines Standstill nach der Abweisung der Beschwerde durch die kantonale Beschwerdeinstanz. Weil den Rechtsmitteln ans Bundesgericht nicht ex lege aufschiebende Wirkung zukommt, ist die (durch die Beschwerdeinstanz bestätigte) Zuschlagsverfügung vollstreckbar, und die Vergabestelle wäre folglich mit dem Beschwerdeentscheid zum Vertragsabschluss ermächtigt. Allerdings hat das Bundesgericht unter dem bisherigen Recht entschieden, dass ein allzu früh nach Erhalt des erstinstanzlichen Entscheids erfolgender Vertragsschluss missbräuchlich sein könnte. Wenn die im Beschwerdeverfahren unterliegende Anbieterin nach Erhalt des Beschwerdeentscheids ankündigt, diesen mit einem Gesuch um aufschiebende Wirkung umgehend beim Bundesgericht anzufechten, und diese Ankündigung effektiv auch umgesetzt, bleibt der Vertragsschluss bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die aufschiebende Wirkung oder andere vorsorgliche Massnahmen untersagt. Die Überlegungen, die das Bundesgericht zur Einführung dieses richterrechtlichen Standstill bewogen haben, behalten ihre Gültigkeit auch unter den revidierten Erlassen, so dass dieser von den Vergabestellen weiterhin zu beachten ist²¹.

Im vorliegenden Fall wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung zunächst superprovisorisch gutgeheissen, anschliessend aber abgewiesen. Die Vergabestelle wäre daher ab dem 2. Juni 2022 grundsätzlich berechtigt gewesen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Dem Entscheid lässt sich nicht entnehmen, ob und wann dies der Fall gewesen ist. Unter der IVöB 2019 wäre die Vergabestelle gemäss Art. 42 Abs. 2 verpflichtet gewesen, den Vertragsabschluss umgehend dem Bundesgericht mitzuteilen.

Praxishinweise

Angesichts der restriktiven Praxis des Bundesgerichts zur Voraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist es regelmässig empfehlenswert, gegen kantonale Entscheide nicht nur die ordentliche Beschwerde, sondern gleichzeitig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben. Die beiden Rechtsmittel sind in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Das ändert aber nichts daran, dass es sich um zwei Beschwerden handelt, die in Anträgen und Begründung auseinandergelassen werden müssen; namentlich muss im Rahmen der subsidiären dem qualifizierten Rügeprinzip Rechnung getragen werden.

²¹ BÖB/IVöB Komm-MÜLLER, N 13 zu Art. 42 BÖB/IVöB.

Grosses Gewicht kommt dem Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu. Unterbleibt ein solches oder wird es nicht gutgeheissen, bleibt einer unterlegenen Anbieterin nur noch der beschaffungsrechtliche Sekundärrechtsschutz. Im bundesgerichtlichen Verfahren ist dabei zu beachten, dass anders als im erstinstanzlichen Verfahren kein ausdrücklicher gesetzlicher Standstill besteht. Um des Primärrechtsschutzes nicht verlustig zu gehen, sollten unterlegene Anbieterinnen weiterhin die Voraussetzungen des richterrechtlichen Standstill unter dem bisherigen Recht beachten.

C. Verletzung verfassungsmässiger Rechte

Zur Tragweite des Akteneinsichtsrechts in Beschaffungsverfahren

Das Akteneinsichtsrecht gehört zu den fundamentalen Verfahrensrechten und bildet einen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Aus dem Verfassungsrang des Akteneinsichtsrechts folgt, dass in der Verwaltungsrechtspflege die Gewährung der Akteneinsicht den Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt. In Beschaffungsverfahren muss das allgemeine Akteneinsichtsrecht indessen gegenüber dem Interesse der Anbieterinnen an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-how zurückzutreten²².

Die Ausführungen des Bundesgerichts zum Akteneinsichtsrecht geben keinen Anlass zu ergänzenden Bemerkungen. Hinzuweisen ist einzig auf die neue Regelung des Akteneinsichtsrechts in Art. 57 BÖB 2019 / IVÖB 2019. Diese differenziert zwischen dem Verfügungsverfahren, in dem kein Anspruch auf Akteneinsicht besteht, und dem Beschwerdeverfahren, in dem der Beschwerdeführerin auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren ist, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Damit soll den divergierenden Anforderungen des GPA 2012 Rechnung getragen werden: Die Auftraggeberin hat einerseits die Vertraulichkeit der Angebote zu gewährleisten (Art. XI Ziffer 1), muss gleichzeitig aber auch ein wirksames Überprüfungsverfahren vorsehen (Art. XVIII Ziffer 1)²³.

Anhörungsrecht vor dem Ausschluss eines Angebots

Auch mit Bezug auf den Ausschluss eines Angebots ist dem Anspruch auf rechtliches Gehör einer Anbieterin Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht referiert im Urteil seine Praxis zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, die grundsätzlich zulässig sind und nur dann vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden dürfen, wenn die Vergabestelle aufgrund eines solchen Angebots Zweifel an der Fähigkeit der Anbieterin zur Leistungserbringung oder an der Seriosität des Angebots hat. In einem solchen Fall hat die Vergabestelle nicht nur das Recht, sondern aufgrund des Anspruchs der Anbieterin auf rechtliches Gehör die Pflicht, diese vorgängig anzuhören. Diese Pflicht ist in Art. 38 Abs. 3 BÖB 2019 / IVÖB 2019 nunmehr ausdrücklich statuiert.

Vorliegend war das Angebot der Beschwerdeführerin bezogen auf den Gesamtpreis nicht als ungewöhnlich niedrig zu qualifizieren, weshalb aus diesem Grund keine Anhörungspflicht bestand.

²² BÖB/IVÖB Komm-BÜHLER, N 3 zu Art. 57 BÖB/IVÖB.

²³ BÖB/IVÖB Komm-BÜHLER, N 2 zu Art. 57 BÖB/IVÖB.

Ungewöhnlich niedrig waren indessen einzelne Elemente des Angebots, indem es Einheitspreise enthielt, die als Platzhalterpreise von einem Rappen ausgestaltet waren. Das Bundesgericht wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Vergabestelle eine Anbieterin auch dann vorgängig anhören muss, wenn sie bei einem Angebot, das gesamthaft betrachtet nicht als ungewöhnlich niedrig erscheint, in Betracht zieht, die Anbieterin wegen ungewöhnlich niedriger Einzelpositionen eines Angebots auszuschliessen. Es lässt diese Frage jedoch offen, weil der Ausschluss im vorliegenden Fall schwergewichtig wegen der Verletzung wesentlicher Formerfordernisse der Ausschreibung erfolgte (Erw. 5.4.).

Praktische Relevanz könnte diese Frage in Konstellationen erhalten, in denen nicht erstellt ist, dass die Preisbildungsvorschriften verletzt sind. Der Ausschluss vom Verfahren gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b BÖB 2019 / IVöB 2019 setzt voraus, dass der entsprechende Sachverhalt (wesentlicher Formfehler oder wesentliche Abweichung von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung) «zutrifft». Bei Platzhalterpreisen besteht die von Art. 44 Abs. 1 BÖB 2019 / IVöB 2019 vorausgesetzte sichere Kenntnis über den Sachverhalt. Denkbar wären aber auch Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Einzelpositionen, bei denen die Abweichung von den Preisbildungsvorschriften in der Ausschreibung nicht evident ist. In diesen Fällen muss die Vergabestelle zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden (Art. 38 Abs. 3 BÖB 2019 / IVöB 2019). Kann die Anbieterin dies nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot in der Folge gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. c BÖB 2019 / IVöB 2019 (und nicht wie bei der Verletzung von Preisbildungsvorschriften gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b BÖB 2019 / IVöB 2019) ausgeschlossen werden.

Formelle Preisbildungsvorschriften

Vergabestellen können den Anbieterinnen Vorschriften über die Art der Preisbildung machen, aus welchen sich ergibt, in welchen genau bezeichneten Positionen die Anbieterinnen welche Kosten und weiteren Aufwendungen sowie Risiko- und Gewinnanteile mit Wirksamkeit für den zu schliessenden Vertrag einrechnen sollen.

Wenn die Anbieterinnen die Ausschreibungsunterlagen in guten Treuen so verstehen konnten und mussten, dass ihnen die Vergabestelle verbindliche Preisbildungsvorschriften macht, spricht das Bundesgericht vom formellen Preisbildungsvorschriften. Missachtet eine Anbieterin diese, weicht das Angebot von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung ab.

Der Ausschluss von Angeboten wegen Verletzung von Formvorschriften

Ist die Verletzung von formellen Preisbildungsvorschriften erstellt, sind als nächstes die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Abweichung von den Anforderungen der Ausschreibung zu klären.

Vorliegend war für die Vergabestelle § 36 Abs. 1 aVöB/TG massgebend, wonach bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften «in der Regel» der Ausschluss des Angebots zu verfügen sei.

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Ausschluss einer Anbieterin nur gerechtfertigt sei, wenn die Verletzung einer Formvorschrift eine gewisse Schwere aufweist; andernfalls handle die Vergabebehörde unverhältnismässig und überspitzt formalistisch. Die vorliegende

Verletzung der Preisbildungsvorschriften qualifiziert das Bundesgericht aber richtigerweise als wesentlich, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie die Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote verunmögliche.

Aus diesem Grund ist auch das Argument der Beschwerdeführerin, ihr Angebot beinhalte keine Preisspekulation, nicht zu hören. Eine solche ist für den Ausschluss nicht vorausgesetzt²⁴.

An diesem Befund des Bundesgerichts hätte sich auch unter dem revidiertem Beschaffungsrecht nichts geändert. Gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. b BÖB 2019 / IVöB 2019 «kann» die Auftraggeberin den Ausschluss eines Angebots verfügen, wenn dieses wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweicht. Trotz der Formulierung als Kann-Vorschrift ist die Vergabestelle bei der Verletzung von formellen Preisbildungsvorschriften in der Regel verpflichtet, den Ausschluss zu verfügen, weil dessen Berücksichtigung die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen würde. Schliesst die Auftraggeberin ein Angebot mit einem derart schwerwiegenden Fehler nicht aus, handelt sie vergaberechtswidrig²⁵.

²⁴ So schon BEYELER (Fn. 12), N 2340.

²⁵ BÖB/IVöB Komm-KUONEN, N 18 ff. zu Art. 34 BÖB/IVöB mit Hinweis auf die Unterscheidung von schwerwiegenden, mittelschweren und geringfügigen Formfehlern; vgl. auch BÖB/IVöB Komm-LOCHER, N 6 zu Art. 44 BÖB/IVöB.