

beigemessen, wie es von der Beschwerdeführerin erwartet werden durfte, und es kommt dem Preis auch nicht die Bedeutung zu, welche die Beschwerdegegnerin selbst dem Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 60 Prozent geben wollte. Die vorgenommene Bewertung liegt daher nicht mehr innerhalb des Ermessens der Beschwerdegegnerin. Richtigerweise hätte die Vergabe wegen fehlender Angabe der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung alleine oder jedenfalls hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgen müssen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass der Preis als Kriterium bei der Benotung nicht genügend gewichtet worden sei, ist daher gerechtfertigt. Wäre die Bewertung der Angebote ausschliesslich nach dem Kriterium des Preises erfolgt, hätte zweifellos die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten müssen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juni 2004

V 2003/114

*§ 8 Abs. 2 IVöB; §§ 15 Abs.4 und 23 VRöB – Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden (Erw. 1). Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. 3).*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 lud die AC AG im Auftrag der Klinik Y. neben anderen Unternehmungen die K. AG zur Einreichung eines Angebots für eine neue Kommunikationslösung in der Klinik Y. ein. Am 30. Oktober 2003 reichte die K. AG eine Offerte ein. Am 22. Dezember 2003 wurde der K. AG zunächst telefonisch und anschliessend per E-Mail mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sie nach den Bewertungskriterien nicht in den ersten drei Rängen sei. Nach schriftlicher Intervention des Rechtsvertreters der K. AG eröffnete die Klinik Y. der K. AG mit Schreiben vom 16. Februar 2004, dass sie am 9. Februar 2004 entschieden habe, das Angebot der K. AG nicht zu berücksichtigen. Der Zuschlag sei an die AC AG erteilt worden.

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die K. AG am 1. März 2004 Beschwerde und beantragte, die Verfügung vom 16. Februar 2004 sei aufzuheben und der Zuschlag an die AC AG sei zu widerrufen. Weiter sei das Submissionsverfahren an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen und es sei festzustellen, dass die AC AG wegen Verletzung der Ausstandsregeln am Submissionsverfahren nicht teilnehmen dürfe. Mit Vernehmlassung vom 15. März 2004 liess die Klinik Y. durch ihren Rechtsvertreter beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen und die Beschwerdeführerin sei zu verurteilen, die Gerichtskosten sowie der Beschwerdegegnerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. In der Replik vom 5. April 2004 liess die Beschwerdeführerin die in der Beschwerde gestellten Anträge erneuern. Zur weiteren Begründung lässt die Beschwerdeführerin unter anderem ausführen, die Klinik Y. habe zunächst versucht, den Auftrag direkt der AC AG zu vergeben, weshalb es erst über ein halbes Jahr nach der Kündigung des Wartungsvertrags zu einer offiziellen Ausschreibung gekommen sei. Die Klinik Y. falle selbstverständlich unter die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens. Dies ergebe sich aus der periodisch von der Baudirektion im Amtsblatt zu veröffentlichenden Liste der öffentlichen und privaten Unternehmungen, die unter das Submissionsgesetz fallen. Eine entsprechende Anfrage bei der Baudirektion habe dies bestätigt. In der Duplik vom 22. April 2004 hielt die Klinik Y. vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren und Ausführungen in der Vernehmlassung vom 15. März 2004 fest. Die AC AG mache in keinem Stadium des Verfahrens von der Gelegenheit Gebrauch, eine Stellungnahme einzureichen.

#### *Aus den Erwägungen:*

1. Die Klinik Y. hat zunächst geltend machen lassen, dass sie als privatrechtliche Aktiengesellschaft, die nicht im Eigentum einer öffentlichrechtlichen Körperschaft stehe, nicht den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehe. Damit wird jedoch übersehen, dass auch private Unternehmen unter die Submissionsgesetzgebung fallen können, wenn sie Aufträge für Objekte und Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand (Bund, Kanton und Gemeinden) subventioniert werden (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, IVöB, BGS 721.52). Die Klinik Y. gehört zu den öffentlich subventionierten Spitälern im Kanton Zug, an deren baulichen und betrieblichen Investitionen sich die öffentliche Hand mit Beiträgen von 60 Prozent der Kosten beteiligt, sofern die weiteren Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. Verordnung über Investitionsbeiträge an die öffentlich subventionierten Spitäler und die Pflegeheime mit regionalem Leistungsprogramm vom 16. August 2000, BGS 826.117). Entsprechend – ohne jedoch rechtlich verbindlich zu sein – findet sich die Klinik Y. auch in der von der Baudirektion des Kantons Zug veröffentlichten Liste der Auftraggeberinnen und Auftragge-

ber, die aufgrund des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen unter das kantonale Submissionsgesetz fallen. Die Klinik Y. macht nicht geltend, dass die vorliegende Investition die Voraussetzungen für die Beteiligung durch die öffentliche Hand nicht erfülle und ihr der Investitionsbeitrag von 60 Prozent verweigert oder gekürzt worden sei. Wird aber die vorliegende Investition zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert, so fällt die Klinik Y. ohne Weiteres unter die öffentlichrechtlichen Submissionsvorschriften.

...

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die AC AG, welche den Zuschlag erhalten hat, sich nicht am Submissionsverfahren als Submittentin hätte beteiligen dürfen, sondern von sich aus in den Ausstand hätte treten müssen, da sie das Projekt verfasst, die Ausschreibungsunterlagen erstellt, das Submissionsverfahren durchgeführt und bei der Beurteilung der eingegangenen Offerten sowie beim Entscheid über die Vergabe in massgeblicher Weise mitgewirkt habe.

a) Für die kantonalen Behörden gelten nach § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) die Ausstandsbestimmungen des KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1). Aufgrund § 11 Ziff. 1 des KRB haben Beamte und Angestellte des Kantons in den Ausstand zu treten: In eigener Sache; in Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie sind, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesses am Geschäft haben. Diese Regel ist auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch kantonale Behörden zu beachten und gelangt vorliegend entsprechend zur Anwendung. Mit der Frage der Ausstandspflicht eng verwandt ist auch jene der Vorbefassung. Nach § 15 Abs. 4 (VRöB, BGS 721.521) dürfen die Auftraggeberinnen und Auftraggeber nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. In dieser Hinsicht sieht neuerdings § 8 der revidierten (vom Kanton Zug indes noch nicht übernommenen) Vergaberichtlinien (VRöB) aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) ausdrücklich vor, dass «Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, [...] sich am Verfahren nicht beteiligen» dürfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich auch aus Art. 29 Abs. 1 BV und den Zielsetzungen der für die Kantone geltenden Vorschriften im Sub-

missionswesen, dass nicht bei der Durchführung des Vergebungsverfahrens mitwirken darf, wer selber als Offerent auftritt oder auftreten will, weil er dadurch ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse für die Gestaltung seiner Offerte erlangen kann und/oder die Möglichkeit hat, in unzulässiger Weise auf den Vergabeentscheid einzuwirken (vgl. Urteil 2P.152/2002 vom 12. Dezember 2002 Erw. 2.3). Somit hat, wer ein Angebot einreichen will, die Ausstandsregeln zu beachten, und wer nicht in den Ausstand tritt, den Ausschluss vom Verfahren in Kauf zu nehmen. Der Ausschluss infolge Vorbefassung und/oder Befangenheit findet sich zwar unter den Ausschlussgründen in § 23 VRöB nicht ausdrücklich erwähnt. Die Bestimmung ist jedoch so offen gefasst («insbesondere»), dass sich dieser Ausschlussgrund dort unterbringen lässt.

b) Vorliegend war die AC AG mit der Projektleitung betraut, sie hat das Leistungsverzeichnis ausgearbeitet, das Submissionsverfahren durchgeführt und (unter Beizug eines zusätzlichen fachlichen Beraters) die technische Bewertung der Angebote vorgenommen. Sie konnte dadurch zweifellos ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse für die Gestaltung ihrer Offerten erlangen und hatte auch die Möglichkeit, in unzulässiger Weise auf den Vergabeentscheid einzuwirken. Sie kann sich daher des Vorwurfs der Vorbefassung und der Befangenheit nicht erwehren. Es ist mit den Ausstandsregeln nicht zu vereinbaren, dass die AC AG auch als Offerentin aufgetreten ist. Sie hätte daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Klinik Y. lässt gegen einen Ausschluss der AC AG infolge Vorbefassung einwenden, dass sich im Bereich von Telefonvermittlungsanlagen das Feld der Wettbewerber auf etwa zehn Unternehmen beschränke und sie deshalb auf die AC AG als eine der wenigen Bieterinnen nicht habe verzichten können. Dazu ist zu sagen, dass zwar auch Ausnahmen vom Grundsatz, wonach vorbefasste Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind, denkbar sind, etwa in Fällen, da die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann, zu welchen auch der vorbefasste Anbieter gehört, oder ein Anbieter nur in untergeordneter Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt war. War der Anbieter jedoch – wie es vorliegend der Fall ist – mit der ganzen Vorbereitung oder gar mit dem Ausschreiben selbst betraut, so greift der Grundsatz absolut (vgl. dazu Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 15 f. These Nr. 8.3). Im Weiteren geht es vorliegend nicht nur um die Frage der Vorbefassung, sondern auch um diejenige der Befangenheit. Indem die AC AG auch mit der technischen Beurteilung der Offerten beauftragt war, hatte sie zusätzlich die Möglichkeit, in unzulässiger Weise auf den Vergabeentscheid einzuwirken. Unter diesen Umständen ist der Ausschluss der AC AG als Anbieterin im Vergabeverfahren unumgänglich.

c) Schliesslich weist die Klinik Y. darauf hin, dass die Beschwerdeführerin vorbehaltlos eine Offerte eingereicht habe, obwohl in den Ausschreibungs-

unterlagen ausdrücklich auf die Problematik der Doppelrolle der AC AG als Beraterin und mögliche Lieferantin hingewiesen worden sei. Sie stellt sich damit auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin die Geltendmachung von Ausstandsgründen verwirkt habe. Ausstandsgründe müssen von einem Betroffenen sofort nach deren Kenntnis geltend gemacht werden. Untätigbleiben oder eine Einlassung in das Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zur Verwirkung des Anspruch (vgl. BGE 121 I 225 ff., 229 f. Erw. 3; VGr ZH, 28.01.2004, VB.2003.00237, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), Erw. 3.2). Vorliegend sind die Anbieter unbestreitbar bereits mit der Bekanntgabe der Bewertungskriterien auf den Interessenkonflikt des Projektleiters als Vertreter einer mitbietenden Firma hingewiesen worden. Dazu wurde angemerkt, dass man aus diesem Grund zusätzlich einen fachlichen Berater mit einer anderen Lieferantenpolitik gewählt habe. Damit die technische Beurteilung der Offerten fair stattfinde, seien Projektleiter und fachlicher Berater verpflichtet, an die Klinik Y. übereinstimmende Anträge zur technischen Beurteilung der Offerten zu richten. Entscheide würden durch die Klinik Y. getroffen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die AC AG sei vorbefasst und befangen, hätte daher bereits im Zeitpunkt der Kenntnisnahme geltend gemacht werden sollen.

d) Wo die Ausstandsregeln indes in besonders gravierender Weise verletzt werden, kann auf die Geltendmachung nicht rechtswirksam verzichtet werden, zumal gravierende Verfahrensfehler ohnehin zu Nichtigkeit führen (vgl. Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 209 ff., 211 f. und 217 ff.). Vorliegend wiegen die Verfahrensverstösse derart schwer, dass sie automatisch zur Nichtigkeit des streitigen Vergabeentscheids führen. Der ungerechtfertigte Vorteil der AC AG als Anbieterin durch die Vorbefassung mit der Ausschreibung und dem Interessenkonflikt bei der Mitwirkung an der technischen Bewertung der Offerten sind derart evident und gravierend, dass sie nach einer Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids verlangen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass für die technische Beurteilung der Offerten ein zusätzlicher fachlicher Berater beigezogen wurde und Entscheidungen von der Klinik Y. nur aufgrund übereinstimmender Anträge getroffen wurden. Die Klinik Y. kann daher mit dem Einwand, die Beschwerdeführerin habe auf die Geltendmachung der Ausstandsgründe verzichtet, nicht gehört werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2004

V 2004/36