

## **OW\_GERICHTE VVGE 2009/10 Nr. 42 vom 17. Juni 2009**

OW Obergericht, 2009-06-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_2009\\_10\\_Nr\\_42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2009_10_Nr_42)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 2009/10 Nr. 42 du 17 juin 2009

IT: OW\_GERICHTE VVGE 2009/10 Nr. 42 del 17 giugno 2009

### **Regeste**

VVGE 2009/10 Nr. 42, S. 200: Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 4 SubmG; Art. 62 Abs. 1 StVG, Art. 14 Abs. 1 Bst. a und Art. 15 Bst. b GOG Muss der Präsident der Vergabebehörde in den Ausstand treten, wenn sein Sohn Angestellter einer Anbieterin ist,

### **Volltext**

VVGE 2009/10 Nr. 42, S. 200: Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 4 SubmG; Art. 62 Abs. 1 StVG, Art. 14 Abs. 1 Bst. a und Art. 15 Bst. b GOG Muss der Präsident der Vergabebehörde in den Ausstand treten, wenn sein Sohn Angestellter einer Anbieterin ist, beim fraglichen Projekt aber nicht eingesetzt wird? Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 17. Juni 2009. Aus den Erwägungen: 3.a) Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die angefochtene Vergabeverfügung sei neben dem Gemeindeschreiber durch Gemeindepräsident A. unterzeichnet worden. Der Sohn des Gemeindepräsidenten, T., sei bei der Zuschlagsempfängerin B. gmbh als Baggerführer und Maschinist tätig. Aufgrund seines direkten Verwandtschaftsverhältnisses habe der Gemeindepräsident an der Berücksichtigung der B. gmbh ein direktes Interesse gehabt, und er hätte deshalb im gesamten Submissionsverfahren in den Ausstand treten müssen. Die B. gmbh sei ein kleinerer Betrieb mit acht Vollzeitangestellten, der auf Aufträge dieser Grössenordnung stark angewiesen sei. Ein Entscheid über die Berücksichtigung habe deshalb auch direkte Auswirkungen auf die einzelnen Mitarbeiter. Indem der Gemeindepräsident nicht in den Ausstand getreten sei, habe er auf die Entscheidungsgremien des Submissionsverfahrens Einfluss nehmen können. Entsprechend habe dem Vergabeentscheid die gebotene Objektivität und Unabhängigkeit gefehlt. b) Es trifft zu, dass Gemeindepräsident A. sowohl den Beschluss des Einwohnergemeinderats vom 2. Februar 2009 betreffend Vergabe des Auftrags an die B. gmbh als auch die beiden Verfügungen des Einwohnergemeinderates betreffend den Zuschlag vom 3. und 13. Februar 2009 neben Gemeindeschreiber R. unterzeichnet hat. Gemäss der durch die B. gmbh eingereichten Offerte, Teil 2: Angaben über die offerierende Firma, ist zwar nicht vorgesehen, dass der Sohn des Gemeindepräsidenten beim in Frage stehenden Bauprojekt in Einsatz gelangt. Insbesondere wird er nicht als Schlüsselperson (verantwortlicher Baustellenleiter, Polier oder Maschinist) aufgeführt. Der Darstellung des Beschwerdegegners, T. sei lediglich Angestellter bei der B. gmbh ohne Kaderfunktion, der seinen fixen Lohn beziehe und an einem allfälligen Gewinn der B. gmbh nicht beteiligt sei, hält die Beschwerdeführerin jedoch entgegen, Aufträge in der fraglichen Grössenordnung führten gerade in Krisenzeiten zu einer erhöhten Sicherung der Arbeitsplätze bei der B. gmbh und somit auch des Lohnes von T. Es stellt sich bei dieser Sachlage die Frage, ob Gemeindepräsident A. verpflichtet gewesen wäre, beim Entscheid über den Zuschlag in den Ausstand zu treten. c) Vorliegend geht es um die Ausstandspflicht eines Angehörigen eines Exekutivorgans; die aus Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) und Art. 30 Abs. 1 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ableitbaren Ansprüche auf ein unparteiliches Gericht sind daher nicht anwendbar. Wann Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, ergibt sich einerseits aus dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht und andererseits aus den aus Art. 29 Abs. 1 BV herleitbaren Grundsätzen (BGE 125 I 119 Erw. 3; Urteil des Bundesgerichts 2P.139/2002 vom 18. März 2003, mit Hinweisen; vgl. auch Art. 11 Bst. d der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; AS 2003, 196 / GDB 975.61]). Die Anforderungen an die Unparteilichkeit entsprechen dabei weitgehend jenen, die Art. 30 BV an die Gerichte stellt (Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, 947 f.). Gemäss Art. 4 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 27. November 2003 (SubmG; GDB 975.6) richtet sich der Ausstand von Vergabebehörden nach den Bestimmungen des Staatsverwaltungsgesetzes. Das Staatsverwaltungsgesetz vom 8. Juni 1997 (StVG; GDB 130.1) bestimmt in Art. 62 Abs. 1, dass Personen, die eine Verfügung zu treffen haben, in den Ausstand treten, wenn ein Ausstandsgrund gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vorliegt. Gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vom 22. September 1996 (GOG; GDB 134.1) darf eine Person insbesondere ihr Amt nicht ausüben in Sachen, in denen sie selbst oder Verwandte in gerader Linie "ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Verfahrens haben". Art. 29 BV hat keine weitergehende Tragweite: Für Mitglieder politischer Behörden (Kantonsregierungen, Gemeindeexekutiven) besteht unmittelbar von Verfassungs wegen in der Regel nur dann eine Ausstandspflicht, wenn sie am betreffenden Geschäft ein persönliches Interesse haben (BGE 125 I 123 ff., 107 I 137; Urteil des Bundesgerichts 2P.139/2002 vom 18. März 2003). Ein mittelbares Interesse genügt somit grundsätzlich nicht, um die Ausstandspflicht zu begründen. Ist die Betroffenheit nur mittelbar, ist eine Ausstandspflicht nur dann anzunehmen, wenn die persönliche Interessenssphäre des Behördenmitglieds durch den Ausgang des Verfahrens spürbar tangiert wird. Hat der Entscheidungsträger zum Beispiel nur ein mittelbares finanzielles oder ideelles Interesse am Ausgang des Verfahrens, bedarf es eines spezifischen Näheverhältnisses zu einer Verfassenspartei, welches deren Interessen zu eigenen persönlichen werden lässt. Dies ist beispielsweise der Fall bei Behördemitgliedern, die als Organe einer beteiligten juristischen Person am Verfahrensausgang interessiert sind (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, 99 f.; Art. 14 Abs. 1 Bst. c GOG). Im Vergaberecht ging das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden davon aus, mangels eines unmittelbaren Interesses am Ausgang des Vergabeverfahrens habe der Präsident der Vergabebehörde nicht in den Ausstand zu treten, wenn der Schwager Angestellter der berücksichtigten Firma sei (PVG 2000 13/66, Erw. 2a/c). Ebenso verneinte das Bundesgericht eine Ausstandspflicht des Gemeindepräsidenten, welcher Partner einer Architektengemeinschaft ist, welche einen Teil des Architektenmandats für die Baute ausführt, die Gegenstand der Submission bildet. Das Bundesgericht erkannte, die Vorinstanz habe ohne Willkür annehmen dürfen, dass dieser Umstand kein persönliches Interesse an einer bestimmten Vergabe der hier streitigen Gipsarbeiten erkennen lasse. Entscheidend sei, ob der Gemeindepräsident ein persönliches Interesse habe, an wen die fraglichen Arbeiten vergeben würden (Urteil des Bundesgerichts 2P.184/2005 vom 8. Dezember 2005). Eine Ausstandspflicht verneinte das Bundesgericht auch hinsichtlich eines Gemeinderates, der als Angestellter in einer Unternehmung arbeitete, die selbst nicht Anbieterin war, aber allenfalls im Zwischenhandel die Rohre für die Wasserversorgung liefern konnte. Das

Bundesgericht hob hervor, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, inwiefern der betreffende Gemeinderat am Vergabeentscheid ein unmittelbares persönliches Interesse gehabt hätte, beispielsweise als Mehrheitsaktionär oder hohes Kadermitglied der fraglichen Materiallieferantin (Urteil des Bundesgerichts 2P.139/2002 vom 18. März 2003; vgl. zum Ganzen auch Galli/Moser/ Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich 2007, 306 f., N. 695 ff.). d) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass der Gemeindepräsident bei der Bewertung der Angebote nicht mitgewirkt hat, die Beurteilung der Ausstandspflicht nicht zu beeinflussen vermag. Gestützt auf den klaren Wortlaut des Art. 62 Abs. 1 StVG, der auch vom Sinn dieser Bestimmung getragen wird, haben Personen, die eine Verfügung zu treffen haben, in den Ausstand zu treten, wenn ein Ausstandsgrund vorliegt. Da Gemeindepräsident A. an den in Frage stehenden Submissionsbeschlüssen mitwirkte, stellt sich somit nur die Frage, ob ein Ausstandsgrund vorlag. Beim Sohn des Gemeindepräsidenten handelt es sich unumstritten um einen gewöhnlichen Angestellten der B. gmbh. Er bezieht einen fixen Lohn und ist am Geschäftsgewinn oder sonstwie an der Gesellschaft nicht beteiligt. Gemäss der Offerte der Zuschlags-empfängerin würde T. im Rahmen des Gegenstand der Submission bildenden Projekts weder als Schlüsselperson noch in anderer Weise eingesetzt; er bildete somit auch nicht Gegenstand der Bewertung. Allein der Umstand, dass der Zuschlag angeblich zu einer erhöhten Sicherung der Arbeitsplätze bei der B. gmbh führen könnte, begründet kein unmittelbares Interesse des Sohnes des Gemeindepräsidenten am Ausgang des Verfahrens. Dass die Arbeitsplätze bei der B. gmbh ohne den Zuschlag gefährdet wären, vermag die Beschwerdeführerin auch unter Hinweis auf die aktuelle Wirtschaftslage nicht darzutun. Auch der Gemeindepräsident hat selbst kein unmittelbares Interesse an der Frage, wer den Zuschlag in dieser Submission erhält. Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. a GOG liegt somit nicht vor. Es liegt auch kein qualifiziertes mittelbares Interesse des Gemeindepräsidenten oder seines Sohnes am Ausgang des Verfahrens im Sinne eines spezifischen Näheverhältnisses zu einer Verfahrenspartei vor, da der Zuschlag deren Interessensphäre nicht spürbar tangiert. e) Es stellt sich jedoch die Frage, ob Tatsachen vorliegen, welche den Gemeindepräsidenten für das Vergabeverfahren im Sinne von Art. 15 Bst. b GOG als befangen erscheinen lassen, wie die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht. Der mit Art. 15 GOG verfolgte Zweck besteht darin, den Einfluss von prozessfremden Umständen, die dem Verfahren zum Vor- oder Nachteil einer Partei die erforderliche Objektivität nehmen könnten, zu untersagen (vgl. BGE 116 Ia 18, 114 Ia 54). Befangenheit ist danach anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Behördemitglieds zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung eines Behördemitglieds nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen in das Behördemitglied muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE 120 V 365, Erw. 3a in fine, 116 Ia 18 f.; 115 Ia 16, 115 V 263, Erw. 5a; 113 Ia 409; AbR 1998/99, Nr. 41). Ein Ausstandsgrund kann sich auch daraus ergeben, dass das Behördemitglied im Verlaufe eines Verfahrens zu erkennen gibt, dass es eine vorgefasste Meinung hat oder sein Urteil von sachfremden Elementen beeinflusst sein könnte (AbR 1998/99, Nr. 41; OGPE/ AB

01/002 i.S. B.M. vom 27. April 2001). Im vorliegenden Fall bestehen nach dem Gesagten keine Anhaltspunkte, welche ein Misstrauen in das Behördemitglied objektiv zu begründen vermöchten. Sowohl der Sohn des Gemeindepräsidenten als auch dieser selbst haben kein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens. Es sind auch sonst keine Umstände bekannt, welche einen Ausstand des Gemeindepräsidenten zwingend nahegelegt hätten. Es war daher vertretbar, dass sich Gemeindepräsident A. nicht in den Ausstand begab. Die entsprechende Rüge erscheint deshalb als unbegründet. 4.a) Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, der am Vergabeentscheid beteiligte Gemeinderat D. sei zu Unrecht selber Mitglied der Expertenrunde gewesen, welche die Offertunterlagen bewertet habe. Richtigerweise hätte die Bewertung der Offertunterlagen von einem unabhängigen Gremium erfolgen sollen. Dadurch hätte eine Beeinflussung des Ergebnisses durch den Gemeinderat verhindert werden können. D. sei damit nicht nur interessengebunden gewesen, sondern als Landwirt auch für eine technische Beurteilung der Offerten zu wenig fachkundig. Die Teilnahme eines interessefreien Fachspezialisten wäre naheliegender gewesen. b) Diese Rügen sind offensichtlich unbegründet. Gemäss Art. 28 Abs. 1 AB SubmG werden die Angebote nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft; es können Dritte als Sachverständige beigezogen werden. Der Beizug von Sachverständigen für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und die Erarbeitung der Auswertungsunterlagen ist somit wohl zulässig, jedoch nicht in jedem Fall geboten (VVGE 2003/04 Nr. 48, Erw. 10). Die Vergabestellen verfügen über einen erheblichen Ermessensspielraum, ob sie Sachverständige beiziehen wollen. Dies gilt jedenfalls so lange, als die Ausschreibungsunterlagen sachgerecht, nicht diskriminierend erstellt sind und die Angebotsevaluation objektiv und mit einer fachlichen Prüfung sichergestellt werden kann. Soweit also interne Ressourcen und das Know-how einer Vergabestelle es zulassen, dass Angebote sachgerecht und objektiv verglichen werden können, besteht kein Zwang zum Beizug von Sachverständigen. Daran vermag nichts zu ändern, dass es in der Praxis insbesondere für kleinere Vergabestellen unumgänglich ist, etwa bei technischen Anlagen, IT-Ausschreibungen oder bautechnisch anspruchsvollen Ausschreibungen externe Fachpersonen beizuziehen (Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/ Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Freiburg 2008, 242 f., N. 79 und 82). Ohnehin sind selbstredend alle hoheitlichen Handlungen der Vergabestellen nicht delegierbar, so etwa alle Handlungen mit Verfügungscharakter wie Ausschluss und Zuschlagsverfügung. Ferner entbindet der Beizug von Sachverständigen die Vergabestellen nicht davon, die Rechtmässigkeit eines Vergabeantrages, die Nachvollziehbarkeit und Dokumentation zu überprüfen und die Grundlagen für eine rechtskonforme Vergabe zu erarbeiten oder zu überprüfen (Lutz, a.a.O., N. 80 und 83). Aus diesen Gründen ist es ohne weiteres zulässig, wenn ein Mitglied der Vergabebehörde an der Bewertung der Angebote teilnimmt. Solange die Bewertung insgesamt objektiv und sachgerecht erfolgt, ist es auch nicht erforderlich, dass alle Bewerber über die gleiche Fachkenntnis verfügen. Dass im vorliegenden Fall D. als zuständiger Departementsvorsteher und Vertreter der Bauherrschaft neben V., dipl. Umweltingenieur ETH und Vertreter des Kantons, welcher die Oberbauleitung hat und B., dipl. Forsting. ETH, Ingenieurbüro X. gmbh, im bewertenden Fachgremium Einsitz nahm, ist somit nicht zu beanstanden. Zu Recht hebt der Beschwerdegegner hervor, dass der Bauherrenvertreter unabhängig von seiner Ausbildung das Bindeglied zwischen den Fachspezialisten (Ingenieur und Vertreter Kanton) und der Bauherrschaft bilde, welcher letztlich den Vergabeantrag des Bewertungsgremiums in den Kommissionen und der Entscheidbehörde

und allenfalls in der Öffentlichkeit vertreten müsse. Der Beschwerdegegner weist schliesslich auch darauf hin, dass D. aufgrund der Vielzahl der Wasserbauprojekte in der Gemeinde und seines diesbezüglichen Engagements ein entsprechendes Projekt durchaus beurteilen könne. Inwieweit D. in unzulässiger Weise "interessengebunden" sei, legt die Beschwerdeführerin im Übrigen nicht dar. de| fr | it Schlagworte gemeindepräsident ausstand bundesgericht verfahren frage umstände entscheid persönliches interesse objektiv sachverständiger gemeinderat mitglied person lohn kanton Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund EMRK: - EMRK: Art.6 BV: - BV: Art.29 Art.30 AB: Art.28 Amtliche Sammlung 2003/196 Weitere Urteile BGer 2P.139/2002 2P.184/2005 Leitentscheide BGE 115-IA-12 S.16 116-IA-14 S.18 114-IA-50 S.54 113-IA-407 S.409 115-V-257 S.263 125-I-119 S.123 125-I-119 120-V-357 S.365 AbR 1998/99 Nr. 41 VVGE 2003/04 Nr. 48 2009/10 Nr. 42

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