

TG_GERICHTE TVR-2014-2 vom 1. Januar 2014

TG Obergericht, 2014-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_TVR-2014-2

FR: TG_GERICHTE TVR-2014-2 du 1 janvier 2014

IT: TG_GERICHTE TVR-2014-2 del 1 gennaio 2014

Volltext

Ausstand von Hilfspersonen der Vergabebehörde im Öffentlichen Beschaffungswesen. Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 7 VRG Auch Hilfspersonen der Vergabebehörde unterliegen den Ausstandsvorschriften von Art. 29 Abs. 1 BV und insbesondere von Art. 7 Abs. 1 Ziff. 4 VRG. Der Anschein der Befangenheit ist etwa dann gegeben, wenn in einem selektiven Vergabeverfahren ein Inhaber der von der Vergabestelle mandatierten Beratungsfirma bis kurz vor Abschluss der Präqualifikation bei einer der beiden letztlich zur Offerte eingeladenen Bauunternehmungen in einer Kaderfunktion angestellt war und einzelne Projekte der betreffenden Bauunternehmung im Auftragsverhältnis noch weiter abwickelt. Ein Ausstandsgrund liegt dabei insbesondere dann vor, wenn es sich um ein kleines Beratungsunternehmen handelt, bei welchem einer der beiden Inhaber das Vergabeverfahren betreut und massgebliche Entscheide der Vergabebehörde vorbereitet. Die Primarschulgemeinde P plant den Neubau eines Primarschulzentrums. Für die Realisierung des aus einem Planungswettbewerb hervorgegangenen Siegerprojekts wurde eine Totalunternehmer-Submission im Öffentlichen Vergabeverfahren mit Präqualifikation (selektives Verfahren) durchgeführt. Für die Begleitung bzw. Durchführung der Totalunternehmer-Submission und die Bauherrenberatung zog die Primarschulgemeinde P die Firma XY AG bei. Am Vergabeverfahren nahmen insgesamt sieben Anbieter teil. Aufgrund einer Empfehlung der Baukommission wurden von der Primarschulgemeinde P die beiden Unternehmungen A AG und B AG für die zweite Phase selektiert. Am 11. März 2014 wurde das Ergebnis der Präqualifikation bzw. der Zulassung zur zweiten Phase den beteiligten Unternehmungen mitgeteilt. Nach Durchführung von Fragerunden und Offertpräsentationen der beiden zugelassenen Anbieterinnen sowie gestützt auf eine Bewertungsmatrix beschloss die Primarschulgemeinde P am 18. August 2014, den Zuschlag für den Totalunternehmervertrag der A AG zu erteilen. Mit Zuschlagsverfügung vom 18./19. August 2014 wurden die B AG und die A AG über den Entscheid in Kenntnis gesetzt. Eine von der B AG dagegen erhobene Beschwerde heisst das Verwaltungsgericht in dem Sinne teilweise gut, als der Zuschlagsentscheid aufgehoben und die Sache an die Primarschulgemeinde P zur erneuten Durchführung des Vergabeverfahrens ab der zweiten Phase, das heisst unmittelbar nach der Präqualifikation/Selektion der A AG und der B AG, und zum Neuentcheid zurückgewiesen wurde. Aus den Erwägungen: 2. 2.1 Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Beschwerdeeingabe insbesondere eine Verletzung der Ausstandspflicht durch die von der Beschwerdegegnerin für die Totalunternehmer-Submission beigezogene XY AG bzw. durch die beiden Inhaber der Firma (R und M) geltend, dies unter Hinweis auf deren frühere Anstellungsverhältnisse bei der Verfahrensbeteiligten (B AG). Auf diesen Einwand ist vorweg einzugehen. 2.2 2.2.1 Für den Bereich des Öffentlichen Beschaffungswesens enthalten weder die IVB noch das GAB spezifische Ausstandsregelungen. Auf kantonaler Ebene ist daher auf Art. 7 VRG

abzustellen. Nach Art. 7 Abs. 1 Ziff. 4 VRG haben Behördenmitglieder und Personen, die von Kanton oder Gemeinde gewählt, angestellt oder beauftragt sind, in Verfahren, in denen sie ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen befangen sind, von Amtes wegen in den Ausstand zu treten. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. (2) Eine Ausstandspflicht besteht, wenn der Amtsträger selbst Partei des Verfahrens ist oder ein persönliches Interesse am Verfahrensgegenstand hat und insoweit in eigener Sache entscheidet (Urteile des Bundesgerichts 1C_278/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.2 und 2C_305/2011 vom 22. August 2011 E. 2.4 f.; vgl. TVR 2013 Nr. 2, E. 2.2.2 f., und TVR 2012 Nr. 2, E. 5.1, je mit Hinweisen, sowie Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, Art. 29 N. 35 f.). Für das Setzen eines Ausstandsgrundes im dargestellten Sinne genügt bereits der Anschein der Befangenheit (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1P.316/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 3.6.3, am Ende, und 2C_487/2013 vom 5. September 2013 E. 3.1.3). Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Ein Entscheid, der in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffen worden ist, ist deshalb regelmässig unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst aufzuheben. Allerdings lässt die bundesgerichtliche Praxis eine Heilung zu und sieht im Interesse der Verwaltungseffizienz von einer Aufhebung ausnahmsweise ab, wenn die Ausstandspflichtverletzung im Verwaltungsverfahren nicht schwer wiegt und ein Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung praktisch ausgeschlossen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 1C_96/2014 vom 5. Mai 2014 E. 2.5, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2.2.2 Die Ausstandspflicht im Vergabeverfahren

grundsätzlich auch für Hilfspersonen der Vergabebehörde. Machtkonzentrationen und Interessenverflechtungen können sich auch bei Privatpersonen ergeben. Unter dem Gesichtspunkt der Ausstandspflicht werden diese bedeutsam, sobald ein Unternehmen bzw. einer seiner Angestellten als Hilfsperson der Behörde am Vergabeverfahren beteiligt ist. Diesfalls besteht die Gefahr von Interessenkollisionen und Verfahrensmanipulationen, namentlich wenn dieses Unternehmen mit einem Anbieter verbunden ist, zu ihm in einem Konkurrenzverhältnis steht oder die beidseits involvierten natürlichen Personen miteinander befreundet oder verwandt sind. Während des Vergabeverfahrens fallen deshalb auch Private unter die Ausstandspflicht, welche die Vergabebehörde als Hilfspersonen bei der Durchführung des Verfahrens, zum Beispiel bei der Angebotsauswertung, unterstützen. Der persönliche Geltungsbereich dieser Pflicht ist weit umschrieben und erfasst über die eigentlichen Amtspersonen hinaus alle Personen mit einem gewissen Einfluss auf den Vergabeentscheid. Fachkundige Hilfspersonen haben häufig einen massgeblichen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens, besonders wenn sie der Behörde einen Antrag für die Vergabe des öffentlichen Auftrags stellen können. Sind die entsprechenden Ausstandsgründe erfüllt, müssen die Verwaltungshelfer in den Ausstand treten. Nicht ausstandspflichtig sind sie - analog zum Kanzleipersonal - dann, wenn sie ausschliesslich administrative Arbeiten (Protokollführung, Sekretariatsarbeiten etc.) zur Entlastung der Vergabebehörden erledigen und damit keinen Einfluss auf die Zuschlags- oder andere Verfügungen nehmen können. Die Pflicht, in den Ausstand zu treten, bedeutet für die in der Regel nur einzelfallweise beigezogenen Privaten die vorzeitige Beendigung ihres

Mandats (vgl. JÄrger, Die Vorbefassung des Anbieters im Öffentlichen Beschaffungsrecht, ZÄrich/St. Gallen 2009, S. 64 f., mit Hinweisen). 2.2.3 Ein Ausstandstatbestand ist dann gegeben, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtsverwalters bzw. der betreffenden Hilfsperson objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden einer Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2) oder ob gar nur Anhaltspunkte für eine tatsächliche Voreingenommenheit bestehen. Weil der Zweck der Ausstandspflichten darin besteht, für die Akzeptanz behördlicher Entscheide durch die Parteien zu sorgen und das Vertrauen der Rechtsuchenden in eine integere Rechtspflege zu schützen, greifen die Ausstandspflichten bereits dann, wenn der blosser Anschein einer Befangenheit oder die blosser Gefahr einer Interessenkollision besteht. Auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände, die für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für eine Ausstandspflicht aufweisen, kann zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen. Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungen (zum Beispiel eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein der Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstands begründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist. Angesichts der Vielzahl möglicher Formen wirtschaftlicher Interessenverflechtungen hängt es im Kontext von Ausstandsfragen, bei denen ein früherer Arbeitgeber vom Verfahren betroffen ist, von der Dauer der Anstellung, der Zeitspanne seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie der Position des ehemaligen Arbeitnehmers ab, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 5.4.2, zusammengefasst wiedergegeben in: Zufferey/StÄckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Band 25, ZÄrich/Basel/Genf 2014, S. 40 f., N. 83). 2.3 Im vorliegenden Fall wurde der Einwand der Ausstandspflichtverletzung von der Beschwerdeführerin zu Recht erhoben. 2.3.1 So wurde das Mandat für die Ausarbeitung der Totalunternehmer-Submission, die Begleitung und Betreuung des Vergabeverfahrens nach einer ersten Sitzung vom 4. März 2014 mit R und M an die XY AG erteilt. R und M sind die beiden Inhaber der am 28. November 2013 gegründeten XY AG. Nach der Erarbeitung der TU-Ausschreibungsunterlagen durch die XY AG wurden im Rahmen der zweiten Phase, das heisst nach der Präqualifikation, die eingereichten Offertunterlagen der Beschwerdeführerin und der Verfahrensbeteiligten durch den für die Betreuung des Projekts vorgesehenen M beurteilt. Als Vorschlag zuhanden der Baukommission füllte dieser sodann auch die Beurteilungsmatrix aus. Gestützt insbesondere auf diese Beurteilungsmatrix beschloss die Baukommission, nach einer nochmaligen Beurteilung der Zuschlagskriterien, der Beschwerdegegnerin bzw. der Primarschulbehörde die Wahl der Verfahrensbeteiligten als Totalunternehmerin zu beantragen. Am 18. August 2014 füllte die Primarschulbehörde alsdann den Zuschlagsentscheid zugunsten der Verfahrensbeteiligten entsprechend dem Antrag der Baukommission. 2.3.2 Die XY AG bzw. deren Inhaber R und insbesondere M nahmen bei der Vorbereitung der Totalunternehmer-Submission und des Zuschlagsentscheids eine zentrale Funktion als Hilfspersonen für die Beschwerdegegnerin ein. Unbestrittenermassen gelten die Ausstandsregelungen auch für R und M als

Hilfspersonen der Vergabebehörde (vgl. E. 2.2 vorstehend). Ebenso unbestritten ist, dass sowohl R als auch M vormals bei der Verfahrensbeiliegten angestellt waren. In der schriftlichen „Bestätigung Mandate/Unabhängigkeit“ vom 19. März 2014 erklärte die Verfahrensbeiliegte diesbezüglich, dass R vom 1. Februar 2002 bis 28. Februar 2014 und M vom 1. Juni 1997 bis 31. August 2011 bei ihr, der Verfahrensbeiliegten, fest angestellt gewesen seien und die Funktionen als Niederlassungsleiter bzw. Projektleiter inne gehabt hätten. Am 28. November 2013 sei von ihnen gemeinsam die Firma XY AG gegründet worden. Am 15. März 2014 sei die zweijährige Garantieabnahme des durch R als Gesamtprojektleiter geführten, hoch komplexen Projektes „X“ erfolgt, weshalb ihm das Mandat nach SIA 102 für die Betreuung der Mängelbeseitigung erteilt worden sei. R werde diese Leistungen als freier Mitarbeiter erbringen. Die Arbeiten seien voraussichtlich bis Ende Juli 2014 abgeschlossen. Alsdann verweist die Verfahrensbeiliegte auf weitere Mandate, die R für sie nach seinem Austritt vom 28. Februar 2014 „im Sinne einer rollenden Übergabe“ an firmeninterne Mitarbeiter noch fertig bearbeiten werde. Dabei geht es um Infrastrukturplanungen für zwei grössere Werke, welche gemäss Darstellung der Verfahrensbeiliegten ca. im Juli 2014 bzw. im September 2014 abgeschlossen sein sollten. Abschliessend wird nochmal bestätigt, dass weder die Verfahrensbeiliegten noch irgendwelche Vertreter oder Mitarbeiter derselben in irgendeiner Form an der Firma XY AG beteiligt seien und diese wie auch die Verfahrensbeiliegte wirtschaftlich, finanziell und auch materiell voneinander unabhängig seien. Allfällige weitere Mandate würden auf der Basis von SIA 102 ausgeschrieben und vergeben. Diese hätten den gleichen Status wie die Zusammenarbeit mit anderen Büros im selben Tätigkeitsgebiet.

2.3.3 Vor diesem Hintergrund ist, nachdem der Zuschlag unter massgeblicher Mitwirkung der XY AG bzw. von M der Verfahrensbeiliegten erteilt wurde, zumindest vom Anschein der Befangenheit dieser Hilfsperson(en) auszugehen. Mit der Mandatserteilung an die XY AG kam M und R eine zentrale Funktion bei der Vorbereitung des Zuschlagsentscheids, so etwa in Form der Erarbeitung der Submissionsunterlagen, der Bewertung der eingereichten Angebote und des Ausfüllens der Bewertungsmatrix (als Vorschlag zuhanden der Baukommission), zu. R und M wären als Inhaber der von der Vergabebehörde beauftragten XY AG verpflichtet gewesen, spätestens nach dem Entscheid über die Präqualifikation bzw. mit Kenntnisnahme der Selektion der Verfahrensbeiliegten für die zweite Phase in den Ausstand zu treten, was einer vorzeitigen Beendigung ihres Mandats gleich gekommen wäre (vgl. Jäger, a.a.O., S. 65). Durch die Weiterbetreuung des Vergabeverfahrens wurde insbesondere durch M die Ausstandspflicht verletzt.

2.4 Dem vermögen auch die Beschwerdegegnerin und die Verfahrensbeiliegte nichts Entscheiderelevantes entgegenzusetzen.

2.4.1 Unmassgeblich ist etwa, dass - gemäss Darstellung der Beschwerdegegnerin - die Durchführung der Submission „durchgehend, vollumfänglich und ausschliesslich“ durch M erfolgt sein soll, wobei weder R noch andere Mitarbeiter der XY AG an der Mandatsabwicklung und -erfüllung involviert gewesen seien. Das Mandat wurde von der Beschwerdegegnerin nicht an M allein, sondern an die XY AG als Auftragnehmerin erteilt. Darin wurde in Ziff. 5.3 festgelegt, dass das Projekt zwar durch M bearbeitet werde, die Stellvertretung jedoch durch R sichergestellt sei. Die erste Sitzung der Baukommission fand denn auch nicht nur mit M, sondern auch mit R statt. Auch die Offerte der XY AG stammte offenbar von R. Bei der XY AG handelt es sich um ein kleines Unternehmen, welches von R und M im November 2013 gemeinsam gegründet wurde. M war vom 1. Juni 1997 bis 31. August

2011 und R vom 1. Februar 2002 bis 28. Februar 2014 bei der Verfahrensbeteiligten angestellt. Zweifellos besteht zwischen M und R eine enge Verbindung, die auch Auswirkungen auf die Mandatsabwicklung der an die XY AG erteilten Aufträge zeitigt. Dabei müssen auch die (vormaligen und aktuellen) geschäftlichen Beziehungen von R zur Verfahrensbeteiligten mitberücksichtigt werden. (â■) Anlässlich der Sitzung vom 6. März 2014 fällte die Baukommission ihren Entscheid über die Präqualifikation bzw. die Selektion der Beschwerdeführerin und der Verfahrensbeteiligten für die zweite Phase. Bereits in jenem Zeitpunkt hätte es den Inhabern der XY AG obliegen, die Problematik der Befangenheit eingehender zu prüfen und in den Ausstand zu treten - und damit wohl auch vom Abschluss des Mandatsvertrages, der erst am 12./18. März 2014 geschlossen wurde, Abstand zu nehmen. Zwar trifft es zu, dass M vor der Mandatsübernahme im Frühjahr 2014 bereits ca. 3 Jahre nicht mehr bei der Verfahrensbeteiligten angestellt war. Jedoch greift die Beschränkung der Sichtweise auf M allein angesichts der Unternehmensstruktur der XY AG (Kleinunternehmen mit lediglich zwei Inhabern) und des Umstandes, dass das Mandat nicht M, sondern der XY AG als Unternehmung erteilt wurde, zu kurz. Vielmehr sind - wie dargestellt - die Beziehungen von R zur Verfahrensbeteiligten mitzubersichtigen. Sodann trifft es zu, dass ein nach Stellenwechsel allenfalls bestehender Anschein der Befangenheit mit der Dauer der Anstellung bei der Vergabestelle (bzw. Mandatierung durch diese) zunehmend entkräftet wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 5.8). R war jedoch auch noch im Zeitpunkt der Abgabe der ersten Offerte der XY AG und des ersten Gesprächs mit den Vertretern der Beschwerdegegnerin bei der Verfahrensbeteiligten angestellt und erledigte zudem auch während der - zentralen - Evaluationsphase nach der Selektion der Verfahrensbeteiligten Arbeiten, die er noch während seiner Anstellungszeit bei ihr begonnen hatte. Trotz des bereits drei Jahre zuvor erfolgten Austritts von M aus der Verfahrensbeteiligten lässt sich der Anschein der Befangenheit desselben und von R in der vorliegenden Konstellation nicht beseitigen. Dasselbe gilt für die Positionen, die R und M vormals bei der Verfahrensbeteiligten inne hatten (Niederlassungsleiter bzw. Projektleiter). Dabei handelte es sich offensichtlich um Kaderpositionen, die auf erhebliche Kenntnisse der Geschäftstätigkeit bzw. -abwicklung, der internen Abläufe und der Funktionsweise der Verfahrensbeteiligten schliessen lassen. 2.4.2 bis 2.4.6 (â■) 3. 3.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass seitens von M und R als Inhaber der von der Beschwerdegegnerin beauftragten XY AG bei der Vorbereitung/Mitbetreuung der Totalunternehmer-Submission der Anschein der Befangenheit vorliegt. Der Zuschlagsentscheid leidet damit an einem erheblichen formellen Mangel. Die Ausstandspflichtverletzung muss sodann auch als schwerwiegend qualifiziert werden. Mithin lässt sich angesichts der zentralen Funktion insbesondere von M bei der Vorbereitung des Zuschlagsentscheids ein Einfluss seinerseits als Mitinhaber der von der Vergabebehörde mandatierten XY AG auf den Inhalt der Entscheidung nicht ausschliessen. Insofern kann auch nicht von einer ausnahmsweisen Heilung dieses formellen Mangels im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausgegangen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_96/2014 vom 5. Mai 2014 E. 2.5). 3.2 Als Konsequenz davon ist der Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 18./19. August 2014 aufzuheben. Die zentrale Funktion der XY AG, insbesondere von M, im Rahmen des Vergabeverfahrens setzte zwar wohl bereits mit der Vorbereitung/Erarbeitung der Vergabeunterlagen ein. Die Ausstandspflichtverletzung wurde jedoch erst nach der Präqualifikation, das heisst nach der Selektion der Verfahrensbeteiligten bzw. ihrer Zulassung zur Offerteingabe, aktuell. Die

Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese das Vergabeverfahren ab der zweiten Phase, mithin unmittelbar nach der Präqualifikation/Selektion der Beschwerdeführerin und der Verfahrensbeteiligten, nochmals neu durchführe - dies selbstverständlich ohne Miteinbezug/Mitbetreuung des Vergabeverfahrens durch die XY AG bzw. ihrer Inhaber - und hernach über den Zuschlag nochmals neu entscheide. In diesem Sinne erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet und ist entsprechend teilweise gutzuheissen. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2014.175/E vom 5. November 2014 ×

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