

TG_OBERGERICHT TVR 2021 Nr. 18 vom 20. Januar 2021

Tg Obergericht, 2021-01-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2021_Nr._18

FR: TG_OBERGERICHT TVR 2021 Nr. 18 du 20 janvier 2021

IT: TG_OBERGERICHT TVR 2021 Nr. 18 del 20 gennaio 2021

Regeste

Vorbefassung: Rechtzeitigkeit der Rüge; indirekte Vorbefassung

Erwägungen

E. 1

Die Rüge, ein Mitbewerber sei vorbefasst, ist sobald als möglich zu erheben. Dies hat mit Blick auf den Grundsatz, dass sich die Anbietenden nach Treu und Glauben zu verhalten haben, spätestens bei der nächsten Verfügung zu geschehen. Hingegen ist die Rüge nicht bereits bei Zustellung des Offertöffnungsprotokolls zu erheben, sondern erst bei der Anfechtung der Zuschlagsverfügung, wenn die Vorbefasstheit nicht einfach erkennbar ist und dadurch keine Verzögerung des Verfahrens verursacht wird (E. 3).

E. 2

Ist aufgrund der äusseren Umstände bei einem obsiegenden Anbieter und dem für die Ausschreibung verpflichteten Ingenieurbüro von indirekter Vorbefassung auszugehen, ist diese Vermutung durch den obsiegenden Anbieter oder der Gemeinde zu widerlegen (E. 4). Die Gemeinde Z schrieb die Vergabe von Lüftungsanlagen/Installationen im Zusammenhang mit der Erweiterung und Sanierung ihres Familien- und Freizeitbads im offenen Verfahren aus. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen insgesamt sieben Offerten ein, darunter diejenige der Y mit einer Nettosumme von Fr. 1'274'320.-- und diejenige der A mit einer Nettosumme von Fr. 1'292'206.75. Am 7. August 2020 sendete die Politische Gemeinde Z sämtlichen Anbietern das Offertöffnungsprotokoll per E-Mail zu. Mit Entscheid vom 17. September 2020 erteilte die Politische Gemeinde Z der A den Zuschlag, was sie sowohl ihr als auch der Y eröffnete. Gegen diesen Entscheid erhob die Y Beschwerde, welche das Verwaltungsgericht gutheisst. Aus den Erwägungen:

E. 3.1

Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Verfahrensbeteiligte bringen vor, dass die Beschwerdeführerin die Rüge einer möglichen Vorbefassung zu spät erhoben habe. Nach Lehre und Rechtsprechung sei diese Rüge umgehend vorzubringen, also zum Zeitpunkt, zu welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung entsprechenden Tatsachen habe. Der Anbieter müsse umgehend und mit separater, schriftlicher Eingabe zum Ausdruck bringen, dass die Verfahrensteilnahme eines bestimmten Anbieters infolge Vorbefassung für unzulässig erachtet und ein Ausschluss aus dem Verfahren beantragt werde. Der Anbieter, der trotz Kenntnis der Vorbefassung eines Mitbewerbers eine entsprechende Rüge im Vergabeverfahren unterlasse und diese erst in der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringe, handle treuwidrig. Werde mit der Erhebung der Rüge bis zum Erlass der nächstfolgenden anfechtbaren Verfügung zugewartet, sei eine solche Rüge verspätet. Der Umstand, dass die D als Lüftungsingenieurin hinzugezogen worden sei, sei

bereits aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen. Auch habe den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden können, dass die D beim Offertvergleich mitgearbeitet habe. Die Tatsache, dass die D und die Zuschlagsempfängerin zur gleichen Firmengruppe gehörten, sei öffentlich und in der Branche allgemein bekannt. Spätestens mit Erhalt des Offertöffnungsprotokolls am 7. August 2020 habe die Beschwerdeführerin daher gesicherte Kenntnis darüber gehabt, dass eine Anbietende den Zuschlag erhalten habe, welche zur gleichen Firmengruppe wie die D gehöre. Die Rüge der Vorbefassung hätte daher umgehend nach Erhalt des Offertöffnungsprotokolls erhoben werden müssen und die Beschwerdeführerin hätte damit nicht bis zur Eröffnung der Zuschlagsverfügung warten dürfen. Das Recht, diese Rüge zu erheben, sei daher verwirkt.

E. 3.2

Der Ausschlussgrund der Vorbefassung muss grundsätzlich von Amtes wegen beachtet und durchgesetzt werden. Dennoch dürfen die Konkurrenten des vorbefassten Anbieters nicht zuwarten, falls sie Kenntnis der Vorbefassung erhalten und die Behörde untätig bleibt. Die Rechtsprechung nimmt teilweise, in enger Anlehnung an die Grundsätze zur Geltendmachung von Ausstandgründen in der Verwaltungsrechtspflege, eine Rügepflicht der Konkurrenten an (Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2009, S. 276). Im Vergabeverhältnis, das ein öffentlich-rechtliches Verfahrens- und ein privatrechtliches Vertragsverhandlungsverhältnis darstellt, haben sich sowohl die Beschaffungsstelle als auch der Anbieter nach Treu und Glauben zu verhalten. Die am Vergabeverhältnis Beteiligten dürfen in verstärktem Mass darauf vertrauen, dass die Gegenseite sich redlich verhält, indem sie die Vertragspartei im Rahmen des für sie Erkennbaren über alle im Hinblick auf einen allfälligen Vertragsabschluss relevanten Umstände aufklärt. Wird die unzulässige Verfahrensteilnahme des vorbefassten Anbieters frühzeitig gerügt, kann der Mangel, sollte er zutreffen, im laufenden Vergabeverfahren korrigiert werden, ohne dass dadurch grössere Verzögerungen verursacht werden. Im offenen und selektiven Verfahren werden verschiedene Verfahrensstufen in Form von selbstständig anfechtbaren Verfügungen abgeschlossen. Unterbleibt die Anfechtung dieser Einzelentscheide, kann auf Rügen, die bereits damals hätten erhoben werden können, im Beschwerdeverfahren gegen spätere Entscheide nicht mehr zurückgekommen werden (Jäger, Diss., a.a.O., S. 278). Es entspricht dem Beschleunigungsgebot, welches das Verfahren zur Durchführung von öffentlichen Beschaffungen beherrscht, dass es vorzuziehen ist, eine Unregelmässigkeit der Ausschreibung oder der dazugehörigen Dokumente sofort zu verbessern, statt die Vergabe abzuschliessen und sich der Gefahr auszusetzen, das ganze Verfahren von vorne wiederholen zu müssen, falls der Mangel nachträglich durch den Richter festgestellt wird (BGE 125 I 205). Ein Anbieter ist allerdings nicht verpflichtet, sofort den Richter anzurufen, wenn er eine Unregelmässigkeit im Ausschreibungsverfahren feststellt. Er ist aber gehalten, diese dem Auftraggeber anzuzeigen, wenn er sich nicht dem Vorwurf aussetzen will, gegen Treu und Glauben zu handeln. Von den Anbietern kann auch nicht verlangt werden, dass sie die Ausschreibung und deren Dokumente einer vertieften rechtlichen Überprüfung unterziehen, zumal sie im Allgemeinen nicht über die hierzu notwendigen Kenntnisse verfügen und für die Einreichung der Angebote verhältnismässig kurze Fristen bestehen. Eine allzu grosse Strenge ist nicht angezeigt und der Ausschluss des Rechtswegs ist den Fällen von besonders klaren und offensichtlichen Unregelmässigkeiten vorbehalten. Dies bewirkt eine gewisse Effizienz des Rechtsschutzes für die Anbieter, weil diese erfahrungsgemäss nur sehr selten eine Ausschreibung oder deren Dokumente vor dem

Zuschlag anfechten, um nicht die Chance zu schmälern, den Auftrag zu erhalten (BGE 130 I 214 E. 4.3 = Pra 2005 Nr. 59 E. 4.3).

E. 3.3

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass in mehrstufigen Verfahren wie etwa beim selektiven Verfahren die Rüge der Vorbefassung eines Anbieters auf jeden Fall spätestens mit Erlass der nächsten Verfügung zu erheben ist. Hingegen ist es nach der dargestellten bundesgerichtlichen Auffassung nicht zwingend, dass der Einwand der Vorbefassung zwingend umgehend im Sinne von sofort nach seiner Entdeckung zu rügen ist. Die Pflicht, die Rüge der Vorbefassung möglichst schnell vorzubringen, wird damit begründet, dass im Verfahren keine unnötigen Verzögerungen herbeigeführt werden sollen. Die Beschwerdegegnerin hat ein offenes Verfahren durchgeführt. Dieses Verfahren war nicht mehrstufig. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass seitens der projektierenden Architekten die D als Lüftungsingenieurin hinzugezogen wurde. Erst dem Offertöffnungsprotokoll vom 7. August 2020 konnte entnommen werden, dass die Verfahrensbeteiligte ein Angebot abgegeben hatte. Dass die beiden Firmen zur gleichen Firmengruppe gehören, ist jedenfalls für einen Aussenstehenden nicht ohne weiteres erkennbar. Ob dieses Wissen innerhalb der Branche allgemein bekannt ist und dieser Zusammenhang der Beschwerdeführerin klar sein musste, entzieht sich der Kenntnis des Gerichts, ist aber ohnehin ohne Belang. Die Beschwerdeführerin war so oder anders nicht gehalten, diesen Umstand umgehend im Sinne von sofort zu rügen. Nach der Zustellung des Offertöffnungsprotokolls am 7. August 2020 musste zwingend und ohne weitere Zwischenstufe die Bewertung der Offerten sowie die Zuschlagserteilung erfolgen. Hätte die Beschwerdeführerin in diesem Zeitpunkt die Rüge der Vorbefassung vorgebracht, so hätte zunächst in einem gesonderten Verfahren über diese Rüge bzw. den Ausschluss der Verfahrensbeteiligten aus dem Vergabeverfahren entschieden werden müssen. Dies hätte zu einer Verfahrensverzögerung geführt, was nicht im Sinne der Beschwerdegegnerin sein konnte. Nachdem die Beschwerdeführerin gemäss dem Offertöffnungsprotokoll die günstigste Anbieterin war, konnte sie zudem mit einiger Wahrscheinlichkeit auf den Zuschlag hoffen. Dass die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen auf eine sofortige Rüge verzichtete, um die bei ihr aufgrund des niedrigsten Preises grundsätzlich guten Chancen für den Zuschlag nicht zu gefährden, ist daher nachvollziehbar und verstösst nicht gegen das Prinzip, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Es kann auch nicht von einer besonders klaren und offensichtlichen Unregelmässigkeit, wie das Bundesgericht es verlangt, damit eine Rüge sofort erhoben werden muss, gesprochen werden. Wenn die Beschwerdeführerin erst mit der Anfechtung des Zuschlags vom 17. September 2020 und damit nur knapp sechs Wochen nach der Offertöffnung vorbrachte, es liege eine unzulässige Vorbefassung vor, so versties sie damit weder gegen Treu und Glauben, noch gegen das Beschleunigungsgebot. Der Einwand der Beschwerdegegnerin und der Verfahrensbeteiligten, die Beschwerde sei bereits deshalb abzuweisen, weil die Rüge der Vorbefassung zu spät erhoben worden sei, erweist sich somit als unbegründet. Damit ist als nächstes zu prüfen, ob der seitens der Beschwerdeführerin erhobene Vorwurf, die Verfahrensbeteiligte sei durch das Mitwirken der zur gleichen Firmengruppe gehörenden D bei der Ausschreibung indirekt vorbefasst, weshalb sie vom Ausschreibungsverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, zutrifft.

E. 4.1.1

Die Beschwerdeführerin begründete ihren Antrag, die Verfahrensbeteiligte hätte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, damit, eine Vorbefassung und damit ein Ausschlussgrund liege nach herrschender Praxis immer vor, wenn ein Anbieter die Ausschreibungsunterlagen selbst erarbeitet habe oder umfassend mit der Planung bzw. Projektierung betreut worden sei. Die D habe das Leistungsverzeichnis und damit das zentrale Dokument in der vorliegenden Ausschreibung erstellt. Zudem gehe aus den Unterlagen hervor, dass sie auch beim Offertvergleich der Angebote mitgewirkt habe. Damit liege zweifelsohne eine sehr hohe Vorbefassungsintensität vor, welche nicht kompensiert werden könne. Nicht die D habe allerdings den Zuschlag erhalten, sondern die Verfahrensbeteiligte. Beide Unternehmen gehörten jedoch zu 100% zur G Group. In solchen Konstellationen werde der Anbieterbegriff weiter gefasst. Entscheidend sei die Intensität der wirtschaftlichen Verbindung zwischen beiden Unternehmen. Überschreite diese eine gewisse Intensitätsschwelle, werde die Vorbefassung dem Anbieter als sogenannte indirekte Vorbefassung zugerechnet. Eine solche Vorbefassung liege in aller Regel vor, wenn das vorbefasste und das anbietende Unternehmen zum gleichen Konzern gehörten. Vorliegend seien mehrere Personen in beiden Unternehmen als zeichnungsberechtigte Personen eingetragen, zwei davon je einmal als Präsident und Mitglied. Diese beiden Personen seien auch Mitglied des Verwaltungsrates bei der G Holding AG. Diese Vorbefassung sei von der Vergabestelle nicht transparent gemacht worden.

E. 4.1.2

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, wolle eine Anbieterin gestützt auf die Regeln der Vorbefassung eine Konkurrentin ausschliessen lassen, trage sie die Beweislast für die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen, also dafür, dass tatsächlich eine Vorbefassung gegeben sei, dass sich daraus ein Wettbewerbsvorteil ergebe und dass der Vorteil nicht hinreichend ausgeglichen worden sei. Nicht jede Mitwirkung an der Vorbereitung oder am Vergabeverfahren sei unzulässig. Vielmehr müsse das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus der Vorbefassung erwiesen sein. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Die D habe die technische Fachplanung zur Umsetzung des von den Architekten erarbeiteten Projekts übernommen. Entsprechend dieses Projekts habe sie für die Lüftungsanlagen die Planung übernommen und das Leistungsverzeichnis erstellt. Die darin enthaltenen Produkte seien Standardprodukte und könnten bei den entsprechenden Anbietern bestellt und dann zusammengesetzt werden. Diese Elemente würden nicht durch die Anbieter selbst hergestellt, weshalb der vorliegende Fall nicht mit zum Beispiel IT-Ausschreibungen verglichen werden könne, wo Spezifikationen gegebenenfalls auf bestimmte Anbieter zugeschnitten werden könnten. Im Rahmen des Offertvergleichs habe die D betreffend den offerierten Positionen eine rein technische Überprüfung im Sinne einer Übereinstimmung mit den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses vorgenommen. Dadurch sei der Beschwerdeführerin kein Nachteil entstanden. Auch im Bereich Referenzen Betrieb und Wartung habe sie nur eine untergeordnete Funktion wahrgenommen. Sie habe aufgrund einer Vorlage der Architekten die angegebenen Referenzunternehmen kontaktiert und um eine Referenz betreffend Betrieb und Wartung gebeten. Anschliessend habe sie eine simple Übersicht der erhaltenen Rückmeldungen gemacht. Die D habe auch diesbezüglich keinerlei Wertung vorgenommen, hätten doch die angefragten Referenzunternehmen die Leistungen nach einem vorgegebenen Schema ankreuzen müssen, sodass die Punktzahl fixiert gewesen sei. Eine simple Konzernzugehörigkeit genüge nicht, um eine Vorbefassung anzunehmen,

zumal es sich bei den beiden Unternehmen um selbstständige Einheiten innerhalb des Konzerns handele. Die G Group verfolge einen stark dezentralen Ansatz im operativen Geschäft. Die D und die Verfahrensbeteiligte seien in ihrer operativen Tätigkeit vollständig voneinander unabhängig, weshalb es an der genügend engen Verbindung fehle, welche für eine indirekte Vorbefassung erforderlich sei.

E. 4.1.3

Die Verfahrensbeteiligte führte ergänzend aus, das Leistungsverzeichnis habe den Anbieterinnen keine bestimmten Produkte bzw. Einlagekomponenten vorgeschrieben. Die Verfahrensbeteiligte und Zuschlagsempfängerin kaufe wie alle Anbieterinnen die einzelnen Anlagekomponenten bei Dritten ein und baue diese zu einer Gesamtanlage zusammen. Es handle sich nicht um eigene oder gar eigens für den konkreten Beschaffungsgegenstand erarbeitete Produkte oder Anlagekomponenten, welche einem konkreten Anbieter einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnten. Ein Auftrag wie der vorliegende könne im Rahmen des Leistungsverzeichnisses nicht derart massgeschneidert werden, dass er auf die Verfahrensbeteiligte hätte zugeschnitten werden können. Das Leistungsverzeichnis sei vollständig neutral formuliert worden. Die Verfahrensbeteiligte habe den Zuschlag erhalten, weil sie preislich das zweitbeste Angebot eingereicht habe und die besseren Referenzauskünfte habe vorweisen können. Auch sei der Beweis für einen angeblichen Wettbewerbsvorteil nicht erbracht, welcher auch nicht vorhanden sei. Der allseits bekannte Umstand, dass ein Konzernverhältnis vorliege, lasse nicht automatisch auf eine Vorbefassung schliessen. Dies sei nach der Rechtsprechung nur dann relevant, wenn zwei juristisch eigenständige Unternehmen derart personell und wirtschaftlich miteinander verflochten seien, dass praktisch und faktisch eine Einheit unter ihnen bestehe. Die D sei ein Ingenieurbüro mit Sitz in Wallisellen, die Verfahrensbeteiligte habe ihren Sitz in Kreuzlingen. Die Geschäftsführer der beiden Firmen seien nicht identisch. Es lägen auch sonst keine Anhaltspunkte für eine personelle Verstrickung der beiden Unternehmen vor.

E. 4.2.1

Laut Art. 11 lit. d IVöB sind bei der Vergabe von Aufträgen die Ausstandsregeln zu beachten. Die Bestimmung umschreibt allerdings nicht näher, was genau unter den Begriff "Beachtung der Ausstandsregeln" zu verstehen ist. Grundsätzlich kann aber davon ausgegangen werden, dass damit auf die allgemein gültigen Ausstandsregeln, wie sie in Art. 29 Abs. 1 BV für das gesamte Rechtspflegeverfahren vorgibt und wie sie auch im Submissionsverfahren Gültigkeit haben (vgl. hierzu auch § 7 VRG), verwiesen wird. § 19 VöB hält darüber hinaus für das Submissionsverfahren gesondert fest, dass sich Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, nicht am Verfahren beteiligen dürfen. § 19 VöB umschreibt somit den Tatbestand der Vorbefassung.

E. 4.2.2

Eine Vorbefassung liegt laut bundesgerichtliche Rechtsprechung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1). Wenn eine Unternehmung bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt

hat und danach selber ein Angebot einreicht, so spricht man von direkter Vorbefassung. Lehre und Rechtsprechung kennen aber auch den Tatbestand der indirekten Vorbefassung. Indirekt vorbefasst ist eine Anbieterin, die nicht selber an der Beschaffungsvorbereitung beteiligt war, jedoch mit einem daran wirkenden Unternehmen oder Behördenmitglied so verbunden ist, dass gestützt auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise davon ausgegangen werden muss, sie geniesse im Vergabeverfahren einen daraus fliessenden Wettbewerbsvorteil (vgl. hierzu Jäger, Diss., a.a.O., S. 142 f.). Die Ausdehnung des Ausschlussgrundes der Vorbefassung über die direkt in die Planung und Vorbereitung der Beschaffung involvierten Personen hinaus auf weitere Rechtssubjekte basiert auf einer Zurechnung nach rechtlichen Kriterien. Es handelt sich um einen normativen Wertungsentscheid: wird festgestellt, dass eine bestimmte, qualifizierte Verbindung zu derjenigen Person besteht, welche an der Beschaffungsvorbereitung beteiligt war, führt dies zum Ausschluss des Anbieters. Beweisschwierigkeiten sprechen dagegen, auf die tatsächlichen Verhältnisse - das heisst den effektiven Austausch des projektbezogenen Sonderwissens oder das effektive Zuschneiden der Ausschreibung - abzustellen. Zur Erfüllung des Tatbestandes der indirekten Vorbefassung muss es genügen, dass bestimmte äussere Umstände nachgewiesen sind, die einen Informationsfluss zur Anbieterin oder den Vorsprung der Beschaffung nahelegen (Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, in: BR 1/2011, S. 11, B 1.).

E. 4.2.3

Damit von indirekter Vorbefassung gesprochen werden kann, muss eine enge Verbindung zwischen der an der Beschaffungsvorbereitung beteiligten Person und dem Anbieter bestehen. Ob eine solche enge Verbindung besteht, ist in der Regel unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Das Zurechnungskriterium beruht letztlich auf der Annahme, dass bei Vorliegen einer solchen, qualifizierten Verbindung wahrscheinlich ist, dass die an der Beschaffungsvorbereitung mitwirkende Person ihr Wissen an die Anbieterin weitergegeben oder zu deren Gunsten Einfluss genommen hat (Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren; a.a.O., S. 11, B 3.b.). Zur Beurteilung, ob eine enge Verbindung vorliegt, ist auf alle relevanten Umstände des Einzelfalles abzustellen, namentlich auf die Orte von Sitz und Tätigkeit, die Grösse, die Natur, die leitenden Personen, die Beteiligungsverhältnisse, allfällige Kooperationen und den Marktauftritt der infrage stehenden Subjekte. Das Bundesverwaltungsgericht ging in seinem Entscheid B-4602/2019 vom 4. März 2020 bei zwei Gesellschaften, die je zu 100 % durch eine Konzernmutter gehalten wurden, die zum Konsolidierungsperimeter des Konzerns gehörten und deren Strategien dem Konzerninteresse angepasst und nach diesem koordiniert wurden, von einer engen Verbindung in Sinne der Regeln über die indirekte Vorbefassung aus (Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, S. 43 N 60).

E. 4.3

Es ist unbestritten, dass die D und die Verfahrensbeteiligte zu 100% der G Group (G Holding AG) gehören. Die G Group ermöglicht gemäss den Angaben auf ihrer Website eine reibungslose und erfolgreiche Abwicklung von Gebäudetechnikprojekten. Im Rahmen der Erweiterung und Sanierung ihres Familien- und Freizeitbad hat die Beschwerdegegnerin für den BKP 244 "Lüftungsanlagen / Installation" die zur G Group gehörende D als Lüftungsingenieurin und damit zur Ausarbeitung des 275 Seiten umfassenden Leistungsverzeichnisses (inklusive Offertunterlagen) für diesen BKP hinzugezogen. Präsident des Verwaltungsrates der D ist M. Ein weiteres Mitglied des Verwaltungsrates ist

B. In der G Group sind B und M sowohl in der Geschäftsleitung als auch im Verwaltungsrat tätig. Präsident des Verwaltungsrates der Verfahrensbeteiligten ist B und M ist Mitglied des Verwaltungsrates. Gemäss dem Webauftritt der G Group übt zudem C für die Beschaffung eine zentrale Funktion für diese Holding aus. Sie ist sowohl für die D als auch für die Verfahrensbeteiligte zeichnungsberechtigt. Eine hohe personelle Verflechtung dieser drei Unternehmen ist somit offensichtlich. Ob und inwieweit die D und die Verfahrensbeteiligte dabei als eigenständige Einheiten auftreten und agieren, worauf die Beschwerdegegnerin hinweist, muss daher gar nicht abschliessend geprüft werden. Bemerkenswert ist immerhin folgender Umstand: Wird in der Suchmaschine Google der Begriff "A" eingegeben, so sind die ersten zwei Einträge, die erscheinen, Links zur Website der G Group. Die Verfahrensbeteiligte scheint nicht über eine eigene Website zu verfügen. Wie erwähnt, genügt eine bestimmte, qualifizierte Verbindung zu den Personen, die an der Beschaffungsvorbereitung beteiligt waren. Gerade weil es schwierig ist, einen entsprechenden Austausch des projektbezogenen Sonderwissens oder das effektive Zuschneiden der Ausschreibung zu beweisen, ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Vorliegend sind äussere Umstände nachgewiesen, die einen Informationsfluss zur Anbieterin oder einen Vorsprung für die Beschaffung nahelegen. Es ist daher von indirekter Vorbefassung auszugehen. Bei Vorliegen einer engen Verbindung besteht die (widerlegbare) Vermutung, dass das mit einem vorbefassten Subjekt verbundene Subjekt (indirekt) auch vorbefasst ist (Beyeler, a.a.O., N. 60). Zu prüfen ist daher, ob Umstände vorhanden sind, die diese Vermutung zu widerlegen vermögen.

E. 4.4.1

Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Verfahrensbeteiligte machen sinngemäss geltend, der ausgeschriebene Leistungsauftrag beinhalte im Wesentlichen das Zusammenstellen und Zusammenbauen von Normprodukten, weshalb selbst dann, wenn bei der Verfahrensbeteiligten ein Wissensvorsprung vorhanden gewesen wäre, daraus kein Wettbewerbsvorteil hätte entstehen können. Dem ist allerdings zu entgegnen, dass ein möglicher Anbieter durch Informationen bereits in der Vorbereitungsphase früher als seine Konkurrenten Kenntnis von der bevorstehenden Beschaffung und den zu erfüllenden Anforderungen Kenntnis erhält. Je nach Organisation der Vorbereitungsarbeiten und Intensität der Mitwirkung erlangt der Anbieter dadurch sogar mehr Informationen über die Beschaffung als später aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein wird, wie etwa die Präferenzen und Vorstellungen der Vergabebehörden oder die finanziellen Rahmenbedingungen. "Früher" oder "mehr" zu wissen als die Konkurrenz kann die Zuschlagschancen des eigenen Angebots erheblich erhöhen, da der vorbefasste Anbieter diese zusätzlichen Informationen in seiner Offerte berücksichtigen, rechtzeitig die Einholung von verlangten Nachweisen in die Wege leiten und zuverlässiger bzw. günstiger offerieren kann (Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, a.a.O., S. 9, N. 5a). In den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Ordnern, welche die einzelnen Angebote enthalten, findet sich auf S. 273 jeweils eine Zusammenfassung der zu erbringenden Leistungen und der dafür offerierten Preise. Die Beträge, welche die Anbieter für Apparate, Leitungen, Armaturen, Instrumente sowie Dämmungen offerieren, bewegen sich zum Teil in sechsstelliger Höhe. Es ist nicht anzunehmen und wird auch nicht behauptet, dass es sich bei all diesen zu beschaffenden lüftungstechnischen Anlagen und Apparaten um vorgefertigte Produkte eines einzigen Anbieters handelt. Ein Anbieter mit einem Wissensvorsprung hat daher eventuell die Möglichkeit, Produkte früher oder in grösseren Mengen zu bestellen und kann dadurch möglicherweise entsprechende Rabatte

aushandeln, wodurch er günstiger offerieren kann. Bei einem möglichen Wissensaustausch besteht auch die Möglichkeit, dass das Angebot auf Produkte zugeschnitten oder zumindest auf solche geplant wird, die ein Anbieter bereits an Lager hat und bereits günstig einkaufen konnte. Es ist daher ohne weiteres und entgegen den Auffassungen der Beschwerdegegnerin und der Verfahrensbeteiligten denkbar, dass auch hier eine frühzeitige Information über die auszuschreibenden Arbeiten und die zu beschaffenden Apparate, Leitungen und Gerätschaften zu einem Wettbewerbsvorteil führen konnte. Widerlegt ist dies jedenfalls nicht.

E. 4.4.2

Hinzu kommt, dass die D nicht nur bei der Ausarbeitung des Leistungskatalogs als Fachingenieurin beigezogen wurde, sondern auch beim Offertvergleich zumindest behilflich war. Sie hat bei den von den Anbietern angegebenen Referenzen die notwendigen Angaben eingeholt. Das erscheint problematisch, weil die Offerte der Verfahrensbeteiligten nur die zweit-preisgünstigste war. Die D war in einem mit der Bewertung der Referenzen zusammenhängenden Bereich betraut, mithin in dem Bereich, in dem die subjektive Wertung massgebend ist und welche letztlich auch dazu geführt hat, dass die Verfahrensbeteiligte ihren Rückstand auf das preisgünstigste Angebot der Beschwerdeführerin noch aufholen konnte. Eine Beeinflussungsmöglichkeit in diesem Bereich ist jedenfalls nicht vollständig auszuschliessen.

E. 4.5

Zusammengefasst ergibt sich daher, dass zwischen der D und der Verfahrensbeteiligten von einer engen Verbindung auszugehen ist. Die indirekte Vorbefassung der Verfahrensbeteiligten ist somit zu vermuten. Da es weder der Beschwerdegegnerin noch der Verfahrensbeteiligten gelungen ist, die zu vermutende indirekte Vorbefassung zu widerlegen, ist sie vom Submissionsverfahren für den BKP 244 "Lüftungsanlagen / Installation" für die Erweiterung und Sanierung des Familien- und Freizeitbads auszuschliessen. Der mit Verfügung vom 17. September 2020 an die Verfahrensbeteiligte erfolgte Zuschlag ist daher aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese über den Zuschlag unter Ausschluss des Angebotes der Verfahrensbeteiligten neu entscheidet (BGE 146 II 276).
Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2020.145/E vom 20. Januar 2021 × JavaScript errors detected
Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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