

VS_GERICHTE A1 19 64 vom 14. Juni 2019

VS Kantonsgericht, 2019-06-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 19 64](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_19_64)

FR: VS_GERICHTE A1 19 64 du 14 juin 2019

IT: VS_GERICHTE A1 19 64 del 14 giugno 2019

Regeste

A1 19 64 URTEIL VOM 14. JUNI 2019 Kantonsgericht Wallis Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin, in Sachen X _____ AG, gegen STADTGEMEINDE A _____, und Y _____ AG, vertreten durch Rechtsanwalt M _____, (Arbeitsvergabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung vom 27. Februar 2019.

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid der Vergabestelle stellt eine letztinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, die nach Art. 16 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (kGIVöB; SGS/VS 726.1) und Art. 15 Abs. 1 bis lit. e der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SGS/VS 726.1-1) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen nach Eröffnung der Verfügung beim Kantonsgericht einzureichen (Art. 16 Abs. 2 kGIVöB).

E. 1.1

Die Gemeinde ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b kGIVöB und hat ein Einladungsverfahren nach Art. 12 Abs. 1 lit. bbis IVöB und Art. 11 Abs. 1 kGIVöB gewählt. Es finden das kGIVöB und die VöB darauf Anwendung.

- 6 -

E. 1.2

Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrecht enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (Peter Galli/André Moser/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts,

E. 1.3

Die Beschwerdeschrift hat eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts und der Begründung unter Angabe der Beweismittel sowie die Begehren zu enthalten (Art. 80 Abs. 1 lit. c VVRG i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VVRG). An ein Begehren sowie deren Begründung sind im Verwaltungsgerichtsverfahren keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, insbesondere dann nicht, wenn sie von einem juristischen Laien erhoben werden. Es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten die

angefochtene Verfügung beanstandet wird und inwiefern der angefochtene Akt geändert werden soll. Mit dem Rechtsbegehren wird der Anfechtungsgegenstand

- 7 - auf einen bestimmten Streitgegenstand eingeschränkt. Die Beschwerdeführende Partei legt mit ihrem Begehren fest, in welche Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will (André Moser, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. A., 2019, N. 1 und 3 zu Art. 52 VwVG). Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Antrag auf Aufhebung des Zuschlags sinngemäss eventuel- ter mitenthalten (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00321 vom 28. September 2011 E. 2.2). Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin können nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr erweitert, sondern höchstens präzisiert wer- den (Peter Galli et al., a.a.O., N. 1284). Die knappe Beschwerdeschrift vom 7. März 2019 enthält das Begehren die "Einsprache zu prüfen" mit der Begründung, dass die Planungsfirma C _____ AG und die Be- schwerdegegnerin, welche den Zuschlag erhalten hat, der gleichen Holding angehören würden. Daraus, dass die Beschwerdeschrift fälschlicherweise als "Einsprache" betitelt ist und aufgrund der fehlenden expliziten Rechtsbegehren, schliesst das Kantonsgericht, dass es sich um eine Laieneingabe handelt. Folglich sind die Anforderungen an die Rechtsbegehren nicht allzu hoch. Aus der Formulierung der Beschwerdeschrift ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 27. Februar 2019 verlangt, weshalb die Beschwerde ausreichend begründet ist. Demnach ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten. 2. Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 kGIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Recht- sprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung man- gelhaft sein soll (Urteile des Kantonsgerichts A1 11 155 vom 15. März 2012 E. 2; A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 2). Das Gericht kann nur Rechtsverletzungen, ein- schliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts prüfen, nicht jedoch die Unangemessenheit oder die Zweckmässigkeit der Verfügung (Art. 16 IVöB). 3.1.1 Gemäss Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB ist die Ausschreibung eine selbstständig an- fechtbare Verfügung. Vertritt ein Anbieter die Meinung, die Art und Weise der Ausschrei- bung, das vorgesehene Verfahren oder der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sei nicht gesetzeskonform, hat er diese Rechtswidrigkeiten innert der Frist von zehn Tagen mit Beschwerde geltend zu machen. Er kann nicht zuwarten und vorerst das Resultat der Vergabe abwarten, um dann bei einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens

- 8 - die Ausschreibung als solche in Frage zu stellen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 5.5 und 6.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 10

E. 3

vom 31. März 2010 E. 3.1). Der Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben verlangt von der Beschwerdeführerin, dass diese der ausschreibenden Behörde eine entsprechende Feststellung umgehend anzeigt (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Die spätere Abweisung einer Rüge gegen die Ausschreibung aufgrund einer Verletzung von Treu und Glauben ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Mangel ohne grossen Aufwand erkennbar gewesen

wäre. Ferner ist dem beschwerdeführenden Mitbewerber eine gewisse Zurückhaltung zuzubilligen, will dieser doch während der Ausschreibung nicht seine Chancen auf einen Zuschlag kompromittieren (Urteil des Kantonsgericht A1 10 3 vom 31. März 2010 E. 3.1). Zudem kann sich die Vergabestelle dann nicht darauf berufen, wenn sie es selbst unterlässt, für die entsprechende Klarheit zu sorgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Beschwerdeführerin erst mit der Zustellung des Vergabeentscheidens von der Teilnahme der Mitbeteiligten am Vergabeverfahren Kenntnis erhält (Peter Galli et al., a.a.O., N. 1055).

3.1.2 In den Ausschreibungsunterlagen ist angegeben, dass die C _____ AG die Projektverfasserin der geplanten Heizungserneuerung war. Wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 29. März 2019 geltend macht, dass die Gemeinde auf diese Weise "regelmässig die gleichen Firmen" bediene, um sich "signifikante Preisvorteile" zu verschaffen, erweckt dies den Anschein, dass es aus Sicht der Beschwerdeführerin bereits mehrfach zu Ausschreibungen gekommen ist, in welchen die C _____ AG als Planungsunternehmen beigezogen und der Beschwerdegegnerin der Zuschlag erteilt worden ist. Sofern dem so ist, hätte sie bereits zu diesem Zeitpunkt den Einwand an die Vergabebehörde richten können, dass eine Teilnahme der Beschwerdegegnerin am Einladungsverfahren aus ihrer Sicht unzulässig sei, wenn die C _____ AG als Fachplanerin agiere. Es ist jedoch nicht ausreichend nachgewiesen, dass es bereits im Vorfeld zu einem solchen Vorgehen der Gemeinde gekommen ist und die Beschwerdeführerin bereits in diesem Zeitpunkt davon ausgehen musste, dass auch in diesem Fall die Beschwerdegegnerin eine Offerte einreichen wird. Spätestens beim Termin der Offertöffnung, am 30. Januar 2019, hätte die Beschwerdeführerin von der Teilnahme der Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungen "BKP 24 Heizungsanlagen Los 1" sowie "BKP 24 Heizungsanlagen Los 2" Kenntnis erhalten und eine allfällige Unzulässigkeit der Teilnahme geltend machen können. Es gilt jedoch in Erwägung zu ziehen, dass die Teilnahme an einer Offertöffnung lediglich fakultativer Natur ist. Dies führt in der Praxis dazu, dass die Anbieter – gerade bei Projekten geringeren Umfangs – nur selten an den Offertöffnungen teilnehmen (Art. 18 Abs. 2 VöB; vgl. Urteil des Kantonsgerichts A1 10 3 - 9 - vom 31. März 2010 E. 3.2). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin nicht an der Offertöffnung teilgenommen: Gemäss Offertöffnungsprotokoll sind neben zwei Vertretern der Vergabebehörde und einem Vertreter der C _____ AG ausschliesslich ein Vertreter der Beschwerdegegnerin anwesend gewesen. Im Verzicht der Beschwerdeführerin auf die Teilnahme an der Offertöffnung ist keine pflichtwidrige Unsorgfalt zu erblicken. Ob und allenfalls wann das Protokoll der Offertöffnung der Beschwerdeführerin im Nachgang an die Sitzung zugestellt worden ist, geht aus den Akten nicht hervor. Die Beschwerdeführerin hat folglich erst mit Zustellung der Zuschlagsverfügungen vom 27. Februar 2019 nachweislich Kenntnis von der Teilnahme der Beschwerdegegnerin an den strittigen Vergabeverfahren erhalten, weshalb kein treuwidriges Verhalten vorliegt. Die Rüge der Vorbefassung ist somit nicht verspätet erfolgt und daher zuzulassen.

E. 3.2

Nach Art. 23 Abs. 1 lit. k VöB wird ein Anbieter vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen, wenn er bereits im Rahmen desselben Projektes ein oder mehrere Planungs- oder Bauleitungsaufträge ausgeführt hat und diese Leistungen ihm für das gegenwärtige Angebot einen privilegierten Informations- und Wissensstand verschaffen, welche die Chancengleichheit verfälschen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1). Eine Beteiligung am Submissionsverfahren kann trotz Vorbefassung

zulässig sein, beispielsweise wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist. Ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offengelegt wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3). Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.2; Res Nyffenegger/ Hans Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004, S. 68 f., mit Hinweisen).

E. 3.2.1

Der Ausschlussgrund nach Art. 23 Abs. 1 lit. k VöB knüpft an konkrete Vorarbeiten einer Anbieterin im Rahmen des ausgeschriebenen Projekts an. Die Rüge der Beschwerdeführerin knüpft jedoch an Vorkenntnisse an, welche in der wirtschaftlichen, finanziellen und personellen Verbindung zwischen der Beschwerdegegnerin und der - 10 - Fachplanerin gründen. Die Zuschlagempfängerin hat weder an der Projektierung noch an der Vorbereitung der Ausschreibung in Sachen "Erneuerung Heizungsanlage Regionalschulhaus B _____" direkt mitgewirkt. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass Vorbefassung auch indirekt vorliegen kann. Dies in Fällen, in denen das vorbefasste Unternehmen und die Anbieterin zwar nicht identisch sind, das Wissen des ersteren der Anbieterin dennoch zugerechnet werden kann. Damit eine solche indirekte Vorbefassung möglich ist, bedarf es einer genügend engen Verbindung zwischen den beiden Unternehmen, welche den Wissensfluss zwischen ihnen sehr wahrscheinlich erscheinen lässt (Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2009, S. 24). Eine genügend enge Verbindung, welche die Zurechnung der Vorbefassung rechtfertigt, liegt vor, wenn zwischen der mitwirkenden Gesellschaft und der Anbieterin ein Beherrschungsverhältnis besteht. Insbesondere in Konzernkonstellationen, das heisst, wenn formell selbstständige Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden, wird eine Beherrschung angenommen. Die Beherrschung kann auch bloss mittelbar über eine am Beschaffungsvorgang selber unbeteiligte Drittesellschaft gegeben sein. Als Strukturträger von Konzernen dienen in der Regel Holdinggesellschaften als Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht. Die alleinige Zusammenfassung verschiedener Unternehmen genügt jedoch nicht. Vielmehr müssen die Gesellschaften auch tatsächlich unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehen. Nur auf diese Weise ist die Kontrolle und Lenkung des Wissens- und Informationsflusses innerhalb der verbundenen Unternehmen sowie die Durchsetzung einer auf das Interesse aller gerichteten Tätigkeiten möglich, was für die Annahme einer indirekten Vorbefassung von entscheidender Bedeutung ist (Christoph Jäger, a.a.O., S. 152). Um eine realitätsfremde Überdehnung des Vorbefassungstatbestandes zu vermeiden, ist eine qualifizierte Geschäftsbeziehung vorausgesetzt, die nicht leichthin angenommen werden darf. Bei der Beurteilung der Verbindung zwischen dem Planungsunternehmen und der Anbieterin ist folglich ein strenger Massstab anzuwenden (Christoph Jäger, a.a.O., S. 161).

E. 3.2.2

Im Submissionsverfahren haben Anbieter auch einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (Peter Galli et al., a.a.O., N. 1071). Die Beachtung der Ausstandsregeln ist einer der Grundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 11 Abs. 1 lit. d IVöB). Nach Art. 10 Abs. 1 VVRG haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (lit. a) oder aus andern Gründen befangen sein könnten (lit. e). Die Ausstandspflicht trifft nicht nur, wer selber verfügt oder entscheidet, sondern auch die Personen, die auf den

- 11 - Entscheid bzw. das Zustandekommen der Verfügung Einfluss nehmen können (Urteile des Kantonsgerichts A1 18 238 vom 28. Mai 2019 E. 5.1 und A1 15 122 vom 24. März 2016 E. 4.4.1 mit Hinweisen; Peter Galli et al., a.a.O., N. 1071). Mithin gelten die Ausstandsregeln auch für private Personen, die an der Vorbereitung von Vergabeentscheidungen beteiligt sind, wie beispielsweise Architektur-, Planungs- und Ingenieurbüros oder Sachbearbeiter (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 1682/2016 vom 6. April 2017 E. 4.2.2; B-3563/2016 vom 22. September 2016 E. 2; Martin Beyeler/Stefan Scherler, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht* 2018, S. 61; Christoph Jäger, a.a.O., S. 64 f.). Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass eine Beeinflussung des Vergabeverfahrens durch einen Berater sowohl in der Vorbereitungsphase als auch im Rahmen der Offertbewertung je nach den Umständen der konkreten Situation als möglich erscheine. Ob der Beitrag in der Vorbereitungsphase oder in der Bewertung der Offerten geleistet wurde, sei an sich nicht entscheidend. Vielmehr komme es für die Bejahung eines Ausstandsgrundes massgeblich auf die im Einzelfall bestehende Art, den Zeitpunkt und die Intensität der geschäftlichen Beziehungen an (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.3.3.2).

E. 3.2.3

Die Beweislast der Vorbefassung obliegt im Streitfall nicht dem vorbefassten Anbieter, der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Abklärung beizutragen hat, sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspricht (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1 und 5.7.3; Peter Galli et al., a.a.O., N. 1049 und N. 1067). Fallentscheidend ist, dass die von der Zuschlagsempfängerin bzw. der Hilfsperson der Vergabebehörde geleisteten Vorabklärungen und die so erlangten Zusatzinformationen als derart wichtig eingestuft werden müssen, dass ein Wettbewerbsvorteil möglich erscheint (Urteil des Kantonsgerichts A1 10 3 vom 31. März 2010 E. 3.3.1). Über die Vorbefassung an sich, das heisst über die Mitwirkung einer Person an der Beschaffungsvorbereitung, den Nachweis der Anbietereigenschaft sowie der rechtlichen Identität zwischen vorbefasster und anbietender Person ist grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen. Bei der indirekten Vorbefassung gilt aufgrund der Beweisschwierigkeiten die Vermutung, dass bei einer festgestellten engen Verbindung zwischen dem Planungsunternehmen und der Anbieterin aufgrund der Lebenserfahrung angenommen werden darf, dass es zu einer Übertragung des Wissens kam. Der daraus entstandene Wettbewerbsvorteil muss hingegen nicht strikte bewiesen werden, sondern es ist ausreichend, wenn er anhand objektiver Anhaltspunkte mit gewisser, überwiegender Wahrscheinlichkeit dargelegt wird (Christoph Jäger, a.a.O., S. 174 f.).

- 12 - Im Folgenden ist die gesellschaftsrechtliche Organisation der Beschwerdegegnerin und der C _____ AG, insbesondere deren Verbindung untereinander zu untersuchen, um festzustellen, ob die beiden eine wirtschaftliche Einheit bilden und das Wissen der C _____ AG der Beschwerdegegnerin zugerechnet werden kann.

E. 3.2.4

Die Y _____ AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E _____, die gemäss Handelsregisterauszug die Planung, Ausführung und den Unterhalt von gebäudetechnischen Anlagen, Heizungs- und Lüftungsanlagen, Sanitärinstallationen, Bodenleitungen für Wasserversorgung, Industrieanlagen, Spenglerei und Bedachungen, Bad- und Kücheneinrichtungen bezweckt. Ihr Aktienkapital beträgt insgesamt Fr. 500 000.-- und ist in 750 Namenaktien aufgeteilt. Sämtliche Aktien (500 Namenaktien zu je Fr. 500.- - und 250 Namenaktien zu je Fr. 1 000.--) gehören der F _____ AG mit Sitz in G _____. Die C _____ AG bezweckt die Beratung und Planung im Bereich Energie, Wasser, Elektrizität und Infrastruktur und hat Sitz in A _____. Sie verfügt über ein Aktienkapital von Fr. 100 000.--, aufgeteilt in 100 Namenaktien zu je Fr. 1 000.- -. 80 dieser Namenaktien gehören ebenfalls der F _____ AG während die übrigen 20 auf zwei weitere, hier nicht relevante, Aktionäre aufgeteilt sind. Der Zweck der F _____ AG besteht im Erwerb, dem Halten, der Verwaltung und der Veräusserung von Beteiligungsrechten an in- und ausländischen Unternehmen. Sie ist Alleinaktionärin der Y _____ AG und Mehrheitsaktionärin der C _____ AG. Rein aufgrund der finanziellen Mehrheitsbeteiligung ist noch nicht dargelegt, inwiefern die F _____ AG eine tatsächliche Kontrolle und Lenkung auf die beiden Unternehmen ausübt, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden muss, dass Informationen ungehindert zwischen der Y _____ AG und der C _____ AG fließen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U-06-65 vom 30. Juni 2006 E. 2 b). Diese hohe Wahrscheinlichkeit fehlt dann, wenn die Holding AG ihre Beteiligung an der anderen lediglich als Investition hält und über die blosser Ausübung der Aktionärsrechte hinaus keinen Einfluss auf das operative Geschäft der Tochtergesellschaften nimmt. Neben der rein finanziellen Beteiligung einer Holding am Planungsunternehmen und an der Anbieterin müssen also zusätzliche Faktoren gegeben sein, welche auf eine tatsächliche Kontrolle und Lenkung der beiden Unternehmen durch die gleiche Gesellschaft schliessen lässt.

E. 3.2.5

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass zwischen den drei Unternehmen eine personelle Verstrickung bestehe. So sei I _____ bei allen drei Unternehmen im Verwaltungsrat vertreten. Bei solchen Konstellationen wird verlangt, dass aufgrund dieser

- 13 - personellen Verflechtung mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Weitergabe des projektspezifischen Wissens über diese Person an die anderen Unternehmen oder mit einer begünstigenden Einflussnahme gerechnet werden kann (CHRISTOPH JÄGER, a.a.O., S. 166). Grundsätzlich führt der Verwaltungsrat als Ganzes die Geschäfte der Gesellschaft (Art. 716 Abs. 2 OR). Er kann die Geschäftsführung aber auch an eine personell vollständig vom Verwaltungsrat getrennte Geschäftsleitung delegieren. In diesem Fall besteht seine Kompetenz ausschliesslich in der strategischen Führung, während die Geschäftsleitung für die operative Führung zuständig ist. In solchen Fällen führt die Geschäftsleitung das Unternehmen im Alltag und der Verwaltungsrat hat eine überwachende

Funktion (Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, S. 273). Die C _____ AG sowie die Beschwerdegegnerin verfügen jeweils über eine getrennte Geschäftsleitung, welche das Tagesgeschäft, zu dem auch die Offertstellung bzw. die Projektplanung gehört, führt. Dass I _____ weitergehende Befugnisse und Aufgaben in den jeweiligen Unternehmen zukommen, geht aus den Akten nicht hervor. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass I _____ aufgrund seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat der C _____ AG über projektspezifisches Wissen, sei es seitens der C _____ AG aber auch seitens der Beschwerdegegnerin, betreffend das Projekt der neuen Heizungsanlage im Regionalschulhaus B _____ verfügt, noch solches an eine der beiden Unternehmungen weitergeleitet hat. So gibt es keinerlei Hinweise darauf, dass er an den Planungsarbeiten der C _____ AG oder an der Ausarbeitung der Offerte der Beschwerdegegnerin direkt mitgewirkt hat. Hinzu kommt, dass es einem Verwaltungsrat grundsätzlich untersagt ist, Geschäftsgeheimnisse und interne Informationen an eine andere Gesellschaft weiterzugeben. Damit stehen gesellschaftsrechtliche Vorschriften dem Informationsfluss zwischen der Beschwerdegegnerin und der C _____ AG über I _____ entgegen. Es muss folglich nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem solchen gerechnet werden. Der Umstand, dass I _____ Mitglied des Verwaltungsrats der C _____ AG, der F _____ AG sowie der Beschwerdeführerin ist, reicht nicht aus, um von einer genügend engen Verbindung zwischen dem Planungsunternehmen und der Anbieterin auszugehen und das Wissen der einen der anderen angerechnet werden könnte.

E. 3.2.6

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Stellungnahme vom 29. März 2019 zudem vor, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin und der C _____ AG um eine wirtschaftliche Einheit handle. So sei bereits in anderen ähnlich gelagerten Vergabeverfahren

- 14 - ren die Planungsfirma C _____ AG vorgeschoben worden und in der effektiven Arbeitsausführung die Y _____ AG aufgetreten. Als Nachweis reicht sie diesbezüglich diverse E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin ein. Diese E-Mails betreffen gemäss Betreff unter anderem das Projekt "xx1", "xx2", "xx3" und "xx4". Aus diesen E-Mails geht hervor, dass die Nachrichten der Beschwerdegegnerin jeweils als Kopie an einen Mitarbeiter der C _____ AG gesendet wurden und dass offensichtlich bei der Realisierung die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin und die C _____ AG beteiligt waren. Wie jedoch die genaue Zusammenarbeit zwischen der C _____ AG und der Beschwerdegegnerin ausgestaltet ist, ergibt sich aus diesen Belegen nicht und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher dargelegt. Zudem ist nicht ersichtlich, welches Unternehmen an diesen Projekten wie beteiligt war und inwiefern die Projekte mit dem vorliegenden vergleichbar gewesen sind. Diese Belege vermögen folglich nicht ausreichend nachzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin und die C _____ AG wirtschaftlich, technisch und organisatorisch eng verbunden sind.

E. 3.2.7

Es hat sich gezeigt, dass die Beschwerdegegnerin und die C _____ AG zwar durch die Mehrheitsbeteiligung der F _____ AG miteinander verbunden sind. Über diese rein finanzielle Beteiligung hinaus ist jedoch keine weitergehende Verbindung der beiden Unternehmungen ersichtlich, dass von einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden müsste. Insbesondere verfügen die C _____ AG und die Y _____ AG jeweils über eine unabhängige Geschäftsführung, welche für die Offertstellung bzw. die Planungsarbeit

einzelner Projekte zuständig ist (Art. 716b des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR; SR 220]). Es liegt folglich keine genügend enge Verbindung zwischen der Beschwerdegegnerin und der C _____ AG vor, welche dazu führt, dass das Wissen der C _____ AG der Beschwerdegegnerin zugerechnet werden könnte. Aus diesem Grund ist eine Vorbefassung der Beschwerdegegnerin aufgrund des Bezugs der C _____ AG als Planungsunternehmen ausgeschlossen. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund abzuweisen.

E. 3.3

Für den Fall, dass die Planungsarbeiten der C _____ AG aufgrund der engen Verbindung der Beschwerdegegnerin angerechnet würden, müsste zumindest glaubhaft gemacht werden, dass ihr diese Leistungen für das gegenwärtige Angebot einen privilegierten Informations- und Wissensstand verschafft hätte, welcher die Chancengleichheit verfälscht (Art. 23 Abs. 1 lit. k VöB). Das heisst, es müssten objektive Anhaltspunkte

- 15 - dafür vorliegen, dass die vorbereitete Anbieterin einerseits über einen privilegierten Informations- und Wissensstand verfügt und sie andererseits diesen nutzte und damit das Vergabeverfahren beeinträchtigte (Christoph Jäger, a.a.O., S. 128).

E. 3.3.1

Es ist unbestritten, dass die C _____ AG im vorliegenden Projekt von der Gemeinde mit sämtlichen Planungs- und Vorbereitungsarbeiten beauftragt worden ist und das Vergabeverfahren vorbereitet und begleitet hat. Ihre Mitwirkung ist damit nicht bloss untergeordneter Natur. Worin jedoch der Wissensvorsprung genau besteht und ob dieser allenfalls geeignet war, einen Wettbewerbsvorteil der Beschwerdegegnerin zu verursachen und damit die Chancengleichheit zu verletzen, ist damit nicht dargetan. Die Beschwerdeführerin bringt in ihren Eingaben lediglich vor, dass die Beschwerdegegnerin und das Planungsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden würden. Sie unterlässt es aber darzulegen, welchen Einfluss dies auf das vorliegende Vergabeverfahren gehabt hat.

E. 3.3.2

Sofern der Wettbewerbsvorteil aus zusätzlichen Informationen bestehen sollte, welche der Beschwerdeführerin bei der Offertstellung nicht vorlagen, der Beschwerdegegnerin jedoch schon, so geht weder aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin noch aus den Akten hervor, um welche Art von Informationen es sich handeln sollte. Die Beschwerdeführerin behauptet insbesondere nicht, dass die Einladungsunterlagen unvollständig gewesen seien und den Anforderungen von Art. 6 VöB nicht entsprochen hätten und es ihr daher nicht möglich gewesen wäre, ordnungsgemäss zu offerieren. Zudem ist ihr die Möglichkeit eingeräumt worden, die Projektpläne und Schemata beim Projektverfasser einzusehen (Einladungsunterlagen Punkt 24.1). Ob sie von diesem Recht Gebrauch gemacht hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich und auch nicht relevant. Ebenfalls ist eine vorzeitige Einsichtnahme in die Offerte der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin ausgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin hat ihre Offerte nämlich bereits am 24. Januar 2019, also einen Tag vor der Beschwerdeführerin eingereicht.

E. 3.3.3

Sofern der Wettbewerbsvorteil in einer manipulierenden Einflussnahme der C _____ AG auf das Vergabeverfahren zugunsten der Beschwerdeführerin bestehen sollte, ergeben

sich auch diesbezüglich keine ausreichenden Anhaltspunkte aus den Akten. Gemäss Einladungsunterlagen war das Zuschlagkriterium zu 100% der Preis. Die C _____ AG hat die eingegangenen Offerten aufgrund dieses Kriteriums verglichen und einen entsprechenden Vergabeantrag an die Gemeinde gestellt. Aus Sicht des Kan-

- 16 - tonsgerichtes liegen keine Hinweise auf Unregelmässigkeiten vor. Die Zuschlagserteilung ist nachvollziehbar und transparent erfolgt (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 956).

E. 3.3.4

Insgesamt ergeben sich weder aus den Akten noch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin objektive Anhaltspunkte, dass die Beschwerdegegnerin in den Vergabeverfahren betreffend die Erneuerung der Heizungsanlage im Regionalschulhaus B _____ über zusätzliche Informationen verfügt hätte, welche der Beschwerdeführerin nicht vorgelegen haben und mittels welchen sie das Vergabeverfahren verzerrt hätte. Ebenso bestehen keine Hinweise darauf, dass die C _____ AG aufgrund ihres Planungsmandats in missbräuchlicher Weise Einfluss auf das Vergabeverfahren zugunsten der Beschwerdegegnerin genommen hat. Ein Ausstandsgrund liegt somit nicht vor. Die Beschwerdegegnerin hatte in den vorliegenden Vergabeverfahren folglich keinen Wettbewerbsvorteil, der zu einem Ausschluss i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. k IVöB führt. Auch aus diesem Grund ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 4

Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin und der Stadtgemeinde A _____ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 14. Juni 2019

E. 4.1

Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Es bestehen keine Gründe, vorliegend von dieser Regel abzuweichen, so dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten zu tragen hat. Gemäss Art. 3 GTar setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art von Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 1 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

- 17 -

E. 4.2

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Gemäss Art. 4 Abs. 1 GTar umfasst die Parteientschädigung die Entschädigungen an die berechtigte Partei und die Kosten des Rechtsbeistands. Die

Beschwerdegegnerin war im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten. Das Honorar des Rechtsbeistands hält sich zwischen einem gesetzlich vorgesehenen Minimum und Maximum. Berücksichtigt wird die Natur und Bedeutung des Falls, die Schwierigkeit, der Umfang, die vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandte Zeit und die finanzielle Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar). Für das Verfahren bei einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird das Honorar festgesetzt auf zwischen Fr. 1 100 und Fr. 11 000 (Art. 39 Abs. 1 GTar). Der Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin hat eine zehneitige Stellungnahme und eine fünfseitige Duplik eingereicht, welchen sich eingehend mit der Thematik befasst haben. Es handelt sich um ein überschaubares Dossier mittlerer Schwierigkeit. Der Aufwand für das Verfahren um aufschiebende Wirkung ist gemäss Urteil vom 15. Mai 2019 bereits entschädigt worden. Die Entschädigung für das vorliegende Verfahren ist unter Berücksichtigung der soeben genannten Kriterien auf Fr. 2 000.-- festzulegen. Die an die Beschwerdegegnerin zu leistende Parteientschädigung ist von der unterliegenden Beschwerdeführerin zu bezahlen.

- 18 -

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 1 500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2 000.--.

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