

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00263 vom 18. Dezember 2002**

ZH Verwaltungsgericht, 2002-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00263](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00263)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00263 du 18 décembre 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00263 del 18 dicembre 2002

## **Regeste**

Submission | Submission betreffend Warteneinrichtung für Verkehrsleitzentrale. Mangelhafte Ausschreibung. Bevorzugung eines Anbieters. Befangenheit des beauftragten Planungsbüros. Dass für die Vorbereitung einer Vergabe ein Unternehmen aus demselben Tätigkeitsbereich herangezogen wird, aus welchem auch die Anbieter stammen, lässt sich nicht immer vermeiden und führt auch nicht von vornherein zur Befangenheit der vorberatenden Fachleute. Im vorliegenden Fall war das an der Vorbereitung und Auswertung der Vergabe beteiligte Unternehmen aber die wichtigste schweizerische Konkurrentin der Beschwerdeführerin auf dem Gebiet des Leitstellenbaus. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, dass das Konkurrenzverhältnis nicht ohne Einfluss auf seine Mitwirkung im Vergabeverfahren blieb. Da sich daraus zumindest der Anschein der Befangenheit ergab, hätten dessen Mitarbeiter bei der Prüfung der Angebote in den Ausstand treten müssen. Von massgeblicher Bedeutung ist sodann die Zusammenarbeit des an der Vorbereitung und Auswertung der Vergabe beteiligten Unternehmens und der Mitbeteiligten. Letztere wird vorliegend als eine von zwei Partnerfirmen des am Vergabeverfahren mitwirkenden Unternehmens für die von diesem angebotenen Leistungen im Bereich Möbel und Innenausbau genannt, und aufgrund der unbestritten gebliebenen Angaben ist von einer engen und für beide Seiten bedeutenden wirtschaftlichen Beziehung auszugehen, welche eine unparteiische Beurteilung des Angebots der Partnerfirma nicht mehr erwarten lässt. Der angefochtene Entscheid ist mithin unter Mitwirkung ausstandspflichtiger Personen zustande gekommen, was ohne weiteres zu dessen Aufhebung und damit zur Gutheissung der Beschwerde führt (E. 2d). Der Beschwerdegegner hat, falls er das Vergabeverfahren auf der bisherigen Grundlage fortsetzen will, die Mitbeteiligte vom Verfahren auszuschliessen und die verbleibenden Angebote ohne die Mitwirkung des an der Vorbereitung und Auswertung der Vergabe beteiligten Unternehmens sowie unabhängig von den durch dieses erstellten Auswertungen neu zu beurteilen. Andererseits steht dem Beschwerdegegner die Möglichkeit offen, das Verfahren vollständig zu wiederholen, da angesichts der erkannten Mängel der Vergabeunterlagen und des reduzierten Teilnehmerfelds ausreichende Gründe im Sinn von § 35 Abs. 2 SubmV für eine Wiederholung sprechen. In diesem Fall ist unter der Voraussetzung, dass die Vergabeunterlagen ohne Mitwirkung des an der Vorbereitung der Vergabe beteiligten Unternehmens sowie unter Verwendung einer produktneutralen Umschreibung der technischen Spezifikationen (§ 18 SubmV) neu ausgearbeitet werden, auch eine erneute Beteiligung der Mitbeteiligten als Anbieterin zulässig (E. 4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 zur Anwendung.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vom Beschwerdegegner für die Vorbereitung der Vergabe beigezogenen Mitarbeiter der E AG in den Ausstand hätten treten müssen, da diese Unternehmung eine direkte Konkurrentin der Beschwerdeführerin auf dem Gebiet der Einrichtung von Leitstellen sei und überdies enge geschäftliche Verbindungen zu der als Mitbieterin aufgetretenen Mitbeteiligten besitze. a) Nach § 5a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) treten Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere (lit. a) wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben. Diese Regel ist auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten (VGr, 6. April 2001, VB.2000.0068, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung), E. 3c; vgl. Peter Hänni/Marco Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, BauR 1999, S. 131). Vorliegend wurde die E AG vom Beschwerdegegner für die Ausarbeitung der Vergabeunterlagen beigezogen, und sie hat auch die eingegangenen Angebote zuhanden der vergebenden Amtsstelle geprüft und bewertet. Die mit dieser Aufgabe betrauten Mitarbeiter der E AG wirkten daher zweifellos im Sinn von § 5a VRG an der Vorbereitung des Vergabeentscheids mit und unterstanden den Ausstandsregeln dieser Bestimmung. b) Ausstandsgründe müssen von einem Betroffenen sofort nach deren Kenntnis geltend gemacht werden. Ein Untätigbleiben oder eine Einlassung in das Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zur Verwirkung des Anspruchs (BGE 121 I 225 E. 3; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 5). Die Beschwerdeführerin hat beim Erhalt der Vergabeunterlagen festgestellt, dass diese von der E AG erarbeitet worden waren. Wenn sie diesen Umstand als Verletzung der Ausstandsregeln hätte beanstanden wollen, hätte sie dies unverzüglich tun müssen. Heute steht ihr diese Rüge nicht mehr zu. Mit Bezug auf die weitere Mitwirkung der E AG macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe den Projektleiter des Beschwerdegegners, D, darauf aufmerksam gemacht, dass diese Unternehmung ihre direkte Konkurrentin sei. Herr D habe ihr erklärt, die E AG habe nur die Planung ausgeführt und nehme am Wettbewerb nicht teil. Sie (die Beschwerdeführerin) habe nicht damit gerechnet, dass die E AG an der Auswertung der Angebote mitwirken werde; dies sei bei der Beschaffung von Leitstelleneinrichtungen weder üblich noch notwendig, da es sich dabei nicht um technisch komplizierte Aufträge handle. Auch von der Teilnahme der Mitbeteiligten an der Vergabe habe sie erst mit dem Zuschlagsentscheid erfahren. Diese Angaben werden vom Beschwerdegegner nicht bestritten. Er weist zwar zu Recht darauf hin, dass es ihm grundsätzlich unbenommen ist, einen Fachberater zur Auswertung der Angebote beizuziehen (vgl. RB 1999 Nr. 4 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl 101/2000, S. 265 E. 5; VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 3b), behauptet aber nicht, dass die Beschwerdeführerin über diesen Beizug orientiert worden sei. Ebenso erscheint es als

glaubwürdig, dass die Beschwerdeführerin keine Kenntnis von der Verfahrensteilnahme der Mitbeteiligten hatte, denn die Öffnung der Angebote erfolgte gemäss Ziffer 15 des Angebotsformulars des Beschwerdegegners nicht öffentlich, und das Eröffnungsprotokoll konnte nur auf Verlangen eingesehen werden. Dass die Beschwerdeführerin diese Einsicht beansprucht habe, wird nicht geltend gemacht. Unter diesen Umständen ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Mitarbeiter der E AG hätten bei der Auswertung der Angebote nicht mitwirken dürfen, im Beschwerdeverfahren noch zulässig. c) aa) Nach den Angaben der Beschwerdeführerin ist die E AG selber Anbieterin von Einrichtungen für Leitstellen und auf diesem Gebiet ihre grösste und in der Schweiz faktisch einzige Konkurrentin. Schon aufgrund dieses Konkurrenzverhältnisses sei sie nicht zu einer neutralen Beurteilung der Angebote in der Lage. Überdies sei ihr (der Beschwerdeführerin) nicht zuzumuten, dass sie ihr detailliertes Angebot einer Konkurrentin unterbreiten müsse, die damit unmittelbaren Einblick in Konstruktionsdetails ihres Programms erhalte. Hinzu komme, dass die E AG beim Vertrieb ihrer eigenen Einrichtungen für Leitstellen eng mit der Mitbeteiligten zusammenarbeite. Auf der Homepage der E AG werde die Mitbeteiligte als Partnerfirma genannt, und nach ihrem Wissen stelle diese im Auftrag der E AG seit 16 Jahren deren international geschützte Komponenten her. Gemäss einem Artikel in der Fachzeitschrift "R" vom 6. Mai 1999 machten die Aufträge der E AG 50–60 % des Umsatzes der Mitbeteiligten aus. Schliesslich zeige sich die Voreingenommenheit der E AG auch in der Gestaltung der Vergabeunterlagen, indem dort die Masse und Konstruktionsdetails der zu beschaffenden Einrichtung bis ins Detail umschrieben und auf die Produkte der Mitbeteiligten abgestimmt seien. bb) Der Beschwerdegegner führt in seiner Stellungnahme aus, dass das Hochbauamt keine Kenntnis davon besessen habe, inwiefern die E AG eine Konkurrentin der Beschwerdeführerin sei. Diese Frage sei aber ohnehin nicht von Bedeutung, da die E AG ausdrücklich von der Teilnahme an der Submission ausgeschlossen worden sei. Dass die Mitbeteiligte auf der Homepage der E AG aufgeführt werde, treffe zwar zu, doch figurierten dort noch andere Firmen. Von Partnerfirmen in einem rechtlichen Sinn könne nicht gesprochen werden; zwischen den beiden Unternehmungen bestehe weder eine finanzielle noch sonst eine vertragliche Verknüpfung oder Abhängigkeit. Die E AG habe in der Vergangenheit oft auch mit anderen Betrieben zusammengearbeitet. Aus dem Umstand, dass die Mitbeteiligte den Zuschlag erhalten habe, entstehe ihr keinerlei Vorteil. Sodann treffe es auch nicht zu, dass in den Vergabeunterlagen Produkte der Mitbeteiligten umschrieben seien. Die E AG habe die Vorgaben für die spezifischen Bedürfnisse der vorliegenden Beschaffung ausgearbeitet, und diese seien für alle Anbieter gleichermassen neu gewesen. Die Mitbeteiligte machte in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2002 geltend, dass sie nicht wisse, welche Firmen die E AG auf ihrer Homepage als Partnerfirmen bezeichne, und dass keinerlei organisatorische oder rechtliche Verbindungen zwischen ihr und der E AG bestünden. Es treffe zu, dass sie für die E AG in der Vergangenheit Komponenten der Produkte "K" und "L" hergestellt habe; für die vorliegende Vergabe habe sie jedoch ein individuell konstruiertes Produkt offeriert, das in keinem Zusammenhang mit den erwähnten Produkten oder deren Komponenten stehe. cc) Die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach die E AG ihre grösste bzw. faktisch sogar einzige Konkurrentin auf dem Gebiet der Einrichtung von Leitstellen sei, wird vom Beschwerdegegner nicht bestritten. Er weist lediglich darauf hin, dass dieser Umstand der vergebenden Amtsstelle nicht bekannt gewesen sei; mit Bezug auf die Frage der Ausstandspflicht von Mitarbeitern der E AG ist dies jedoch nicht von Belang. Unterschiedliche Angaben bestehen zum Ausmass der wirtschaftlichen Zusammenarbeit

zwischen der E AG und der Mitbeteiligten. Beschwerdegegner und Mitbeteiligte machen geltend, dass keine finanzielle, organisatorische oder vertragliche Verknüpfung zwischen den beiden Unternehmungen bestehe. Über das Mass der wirtschaftlichen Zusammenarbeit machen sie keine Angaben; die Mitbeteiligte bestätigt lediglich, dass sie in der Vergangenheit für die E AG gearbeitet habe, während der Beschwerdegegner darauf hinweist, dass diese Firma oft auch mit andern Betrieben zusammengearbeitet habe und auf ihrer Homepage noch andere Partnerfirmen genannt würden. Tatsächlich wird auf der Homepage der E AG auf der Seite "Partnerfirmen" unter der Rubrik "S" nebst der Mitbeteiligten noch ein weiterer Betrieb erwähnt (die Darstellung der Internetseite entspricht noch heute der von der Beschwerdeführerin eingereichten Kopie). Es erscheint daher durchaus als glaubhaft, dass die E AG nicht nur mit der Mitbeteiligten zusammenarbeitet. Die Erwähnung als eine von zwei Partnerfirmen für diesen wesentlichen Teilbereich der Tätigkeit ist jedoch ein Indiz für eine erhebliche Bedeutung der Zusammenarbeit. Die Mitbeteiligte und der Beschwerdegegner haben denn auch die von der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die erwähnte Publikation in der Zeitschrift "R" gemachte Aussage, dass die Aufträge der E AG einen Anteil von 50–60 % des Umsatzes der Mitbeteiligten ausmachten, nicht bestritten. Auch die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass die Mitbeteiligte als einzige Partnerfirma die von der E AG entwickelten Komponenten herstelle, wird nicht widerlegt. Bestritten ist dagegen von Seiten des Beschwerdegegners wie auch der Mitbeteiligten, dass die Vergabeunterlagen auf die von der E AG entwickelten und von der Mitbeteiligten hergestellten Produkte ausgerichtet sei. Tatsächlich enthalten die Vergabeunterlagen kaum funktionale Anforderungen, dafür aber in vielen Punkten sehr detaillierte Angaben zur Konstruktion. Für eine Vergabe dieser Art ist dies eher ungewöhnlich und entspricht wohl nicht der Anforderung von § 18 Abs. 1 lit. a der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV), wonach technische Spezifikationen eher in Bezug auf die Leistung als in Bezug auf die Konstruktion umschrieben werden sollen. Ob die Vorgaben tatsächlich auf die von der E AG und der Mitbeteiligten vertriebenen Produkte ausgerichtet sind, steht damit jedoch noch nicht fest und müsste anhand der Spezifikationen dieser Produkte überprüft werden. Die Frage kann offen bleiben, da sie für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend ist. d) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kann als erwiesen gelten, dass die E AG auf dem hier in Frage stehenden Geschäftsfeld eine wichtige Konkurrentin der Beschwerdeführerin ist und in einer engen geschäftlichen Beziehung zur Mitbeteiligten steht. Keine Klarheit besteht dagegen in der Frage, ob die von der E AG zuhanden der Vergabeunterlagen erstellten technischen Spezifikationen auf die von ihr und der Mitbeteiligten vertriebenen Produkte ausgerichtet sind; die Vermutung der Beschwerdeführerin, dass die E AG aus der Vergabe an die Mitbeteiligte einen unmittelbaren Nutzen ziehe, ist daher nicht bewiesen. Vorweg stellt sich die Frage, ob das festgestellte Konkurrenzverhältnis als solches bereits einen Ausstandsgrund darstellt. Dass für die Vorbereitung einer Vergabe ein Unternehmen aus demselben Tätigkeitsbereich herangezogen wird, aus welchem auch die Anbieter stammen, lässt sich nicht immer vermeiden und führt auch nicht von vornherein zur Befangenheit der vorbereitenden Fachleute. In einem sehr engen Markt, der von wenigen Anbietern beherrscht wird, kann sich jedoch eine Situation ergeben, bei welcher keiner der Konkurrenten über die notwendige Unvoreingenommenheit verfügt, um an der Vorbereitung und Bewertung von Konkurrenzangeboten mitzuwirken. Vorliegend war die E AG nach den insoweit nicht bestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin ihre wichtigste – wenn nicht sogar faktisch

einzig schweizerische – Konkurrentin auf dem Gebiet des Leitstellenbaus. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, dass das Konkurrenzverhältnis nicht ohne Einfluss auf ihre Mitwirkung am Vergabeverfahren blieb. Da sich daraus zumindest der Anschein der Befangenheit ergab, hätten die Mitarbeiter der E AG bei der Prüfung der Angebote in den Ausstand treten müssen. Von massgeblicher Bedeutung erweist sich sodann die enge wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen der E AG und der Mitbeteiligten. Zwar führen auch geschäftliche Beziehungen zu einem Anbieter nicht in jedem Fall zu einer Befangenheit der mit der Vorbereitung einer Vergabe betrauten Berater (vgl. für das Baubewilligungsverfahren VGr, 23. Oktober 2002, VB.2001.00189, E. 1b); zu berücksichtigen ist stets auch das Ausmass und die Art der Beziehung. Vorliegend wird jedoch die Mitbeteiligte als eine von zwei Partnerfirmen der E AG für die von dieser angebotenen Leistungen im Bereich S genannt, und aufgrund der unbestrittenen Angaben hat als erstellt zu gelten, dass sie seit vielen Jahren die von der E AG entwickelten Komponenten herstellt und gut die Hälfte ihres Umsatzes aus Aufträgen dieser Firma erzielt. Unter diesen Umständen muss von einer engen und für beide Seiten bedeutenden wirtschaftlichen Beziehung ausgegangen werden, welche eine unparteiische Beurteilung des Angebots der Partnerfirma nicht mehr erwarten lässt. Auch aus diesem Grund hätten die Mitarbeiter der E AG an der Durchführung und Auswertung der Vergabe, an welcher die Mitbeteiligte als Anbieterin teilnahm, nicht mitwirken dürfen. Die Tatsache, dass der angefochtene Entscheid unter Mitwirkung dieser ausstandspflichtigen Personen zustande gekommen ist, führt ohne weiteres zu dessen Aufhebung und damit zur Gutheissung der Beschwerde.

### **E. 3**

Im Hinblick auf die Weiterführung des Verfahrens durch den Beschwerdegegner ist sodann der Einwand der Beschwerdeführerin zu prüfen, dass die Mitbeteiligte als vorbefasste Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsse. a) Zu diesem Einwand ist die Beschwerdeführerin nur legitimiert, wenn sie im Fall des Ausschlusses der Mitbeteiligten eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen; andernfalls fehlt ihr das schutzwürdige Interesse an der Erhebung der Rüge (vgl. RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Die Beschwerdeführerin hat zwar den tiefsten Preis offeriert, liegt jedoch aufgrund der vom Beschwerdegegner anhand der Zuschlagskriterien vorgenommenen Gesamtbewertung erst an dritter Stelle. Sie stellt diese Bewertung indessen in verschiedener Hinsicht in Frage, u.a. was die Benotung der Funktion und des Designs anbelangt, und macht in diesem Zusammenhang auch geltend, dass die technischen Spezifikationen auf das Produkt der Mitbeteiligten ausgerichtet worden seien. Ferner bringt sie sinngemäss vor, die Benotung der Preise trage deren Gewichtung nicht zutreffend Rechnung (vgl. dazu VGr, 18. Dezember 2002, VB.2001.00095, E. 3g und 4b). Diese Fragen wird der Beschwerdegegner bei der erneuten Beurteilung der Angebote zu prüfen haben, und es ist keineswegs ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin dann mit ihrem Angebot obsiegt. Auf ihre gegen die Teilnahme der Mitbeteiligten gerichtete Rüge ist daher einzutreten. b) Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem für alle Teilnehmer dieselben Bedingungen bestehen (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB). Diese Voraussetzungen werden beeinträchtigt, wenn ein Anbieter bereits bei der Vorbereitung der Vergabe mitwirkt, da dieser unter Umständen die Möglichkeit hat, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für ihn günstigen Weise zu beeinflussen und überdies von einem Wissensvorsprung zu profitieren. Nach Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche

Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement) und der gleich lautenden Bestimmung von § 18 Abs. 4 SubmV ist es den Vergabestellen daher untersagt, auf einen Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben kann, Ratschläge einzuholen oder anzunehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendbar sind. Eine Unternehmung, die bereits an der Projektverfassung oder der Erstellung der Vergabegrundlagen mitgewirkt hat, darf demnach in der Regel nicht als Anbieterin am Verfahren teilnehmen. Ob sich die vorbefasste Anbieterin im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft, ist dabei unerheblich; ausschlaggebend ist der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils. Dieselbe Einschränkung gilt sodann auch für Anbieter, welche mit den vorbefassten Planern oder Unternehmungen eng verbunden sind, insbesondere diese beherrschen oder von ihnen beherrscht werden (vgl. zum Ganzen RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; VGr, 10. April 2002, BEZ 2002 Nr. 30 + 31; VGr, 8. Mai 2002, BEZ 2002 Nr. 32 E. 2a und d; ferner VGr AG, AGVE 1998, S. 350 E. II/2 = ZBl 100/ 1999, S. 387; AGVE 1997, S. 348 E. 3; Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 8.2, S. 15; Stefan Scherler, Vorbefassung, BauR 2000, S. 52). c) Die Rüge der Vorbefassung ist, ähnlich wie der Einwand der Befangenheit, grundsätzlich zu dem Zeitpunkt vorzubringen, zu welchem der Betroffene die für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen zur Kenntnis erhält. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin bereits aus den Vergabeunterlagen erfahren, dass die E AG an der Vorbereitung der Vergabe beteiligt war, erhielt jedoch, soweit ersichtlich, erst mit der Eröffnung des Zuschlagsentscheids davon Kenntnis, dass die Mitbeteiligte als Anbieterin am Verfahren teilnahm (vorn, E. 2b). Ihre Rüge ist daher im Beschwerdeverfahren noch zulässig (VGr, 10. April 2002, BEZ 2002 Nr. 30 E. 3). d) Das aus der Vorbefassung abgeleitete Verbot, als Anbieter an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, richtet sich nach dem Gesagten nicht nur an die Unternehmung, welche unmittelbar an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt hat, sondern auch an eng mit dieser verbundene Anbieter. So kann eine unzulässige Vorbefassung darin bestehen, dass die Lieferanten oder Subunternehmer eines Anbieters an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt waren (VGr, 10. April 2002, BEZ 2002 Nr. 31 E. 5). Vorliegend hat, wie gezeigt, die mit der Mitbeteiligten geschäftlich eng verbundene E AG sowohl an der Vorbereitung der Vergabe wie auch an der Auswertung der Angebote mitgewirkt (E. 2c und d). In dieser Situation ist die Mitbeteiligte als vorbefasst zu betrachten und demzufolge vom Verfahren auszuschliessen. e) Eine andere Ausgangslage ergibt sich, falls das Vergabeverfahren von Beginn weg vollständig wiederholt wird. In diesem Fall müssen die Vergabeunterlagen ohne Mitwirkung der E AG sowie unter Verwendung einer produktneutralen Umschreibung der technischen Spezifikationen (§ 18 SubmV) neu ausgearbeitet werden. Unter dieser Voraussetzung ist es – nachdem keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Behörde als solche gegenüber einzelnen Anbietern voreingenommen wäre – zulässig, dass auch die Mitbeteiligte sich wieder an der Vergabe beteiligt.

#### **E. 4**

Der Beschwerdegegner hat somit, falls er das Vergabeverfahren auf der bisherigen Grundlage fortsetzen will, die Mitbeteiligte vom Verfahren auszuschliessen und die verbleibenden Angebote ohne die Mitwirkung der E AG sowie unabhängig von den durch diese erstellten Auswertungen neu zu beurteilen. Andererseits steht ihm auch die Möglichkeit offen, das Verfahren vollständig zu wiederholen, da angesichts der erkannten Mängel der

Vergabeunterlagen und des reduzierten Teilnehmerfeldes ausreichende Gründe im Sinn von § 35 Abs. 2 SubmV für eine Wiederholung sprechen. In diesem Fall ist unter den erwähnten Voraussetzungen (vorstehend, E. 3e) auch eine erneute Beteiligung der Mitbeteiligten als Anbieterin zulässig.

#### **E. 5**

Die Sache ist demnach zu neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Vergabeentscheid der kantonalen Baudirektion vom 9. August 2002 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an die Baudirektion zurückgewiesen. 2. ...

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