

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00407 vom 28. August 2025

ZH Verwaltungsgericht, 2025-08-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00407

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00407 du 28 août 2025

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00407 del 28 agosto 2025

Regeste

Submission | Beschaffung von Software-Dienstleistungen für die Erstellung der Dienstpläne der Notfalldienstärzte. Ausstand und Vorbefassung. Die Ausstandsgründe des revidierten Art. 13 Abs. 1 IVöB sind – bis auf den Auffangtatbestand von lit. e – weitgehend identisch mit den allgemeinen Ausstandsregeln von § 5a Abs. 1 VRG. Da die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts grundsätzlich auch für die öffentlichen Vergabestellen gelten, wird sich an der bisherigen Rechtsprechung im Grundsatz nichts ändern und kann auch unter neuem Recht weiterhin darauf Bezug genommen werden (E. 4.2.2). Vorliegend ist der (Vereins-)Präsident der Vergabestelle gleichzeitig auch der Verwaltungsratspräsident der Mitbeteiligten und war offensichtlich ausstandspflichtig. Erscheint in einem Vergabeverfahren bereits die Mitwirkung eines direkten Vorgesetzten einer befangenen Person problematisch, so ist die Mitwirkung einer der befangenen Person hierarchisch direkt untergeordneten Person grundsätzlich unzulässig. Vorliegend waren Personen, welche hierarchisch direkt dem ausstandspflichtigen Präsidenten untergeordnet sind, an der Gesamtauswertung der Zuschlagskriterien sowie am Vergabeentscheid beteiligt. Die strittige Vergabe erging damit in Verletzung der Ausstandsvorschriften (E. 5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2024.00407 Urteil der 1. Kammer vom 28. August 2025 Mitwirkend: Abteilungspräsident Daniel Schweikert (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, vertreten durch RA B und/oder RA C, Beschwerdeführerin, gegen AGZ (Ärztegesellschaft des Kantons Zürich), vertreten durch RA E und/oder RA F, Beschwerdegegnerin, und G AG, vertreten durch RA H und/oder I, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Ärztegesellschaft des Kantons Zürich (AGZ) schrieb am 22. April 2024 auf Simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz, in einem offenen Submissionsverfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich die Beschaffung eines innovativen Software-Tools (Software-Dienstleistungen) für die Erstellung der Dienstpläne der Notfalldienstärzte aus. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 14. Mai 2024 gingen drei Angebote ein mit Preisen (netto inkl. MWST) zwischen Fr. 189'175.- und Fr. 268'088.-. Die A AG offerierte für Fr. 213'325.-. Der Zuschlag ging mit Verfügung vom 17. Juni 2024 zum Gesamtpreis von Fr. 189'175.- an die G AG. Dieses Ergebnis wurde den Anbietenden mit Schreiben vom selben Tag mitgeteilt und am 19. Juni 2024 auf Simap.ch publiziert. II. Die A AG gelangte gegen dieses Ergebnis mit Beschwerde vom 8. Juli 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die Zuschlagsverfügung aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen und den

Zuschlag ihr zu erteilen. Eventuell sei die Angelegenheit zur neuen Erteilung des Zuschlags im Sinn der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Sodann verlangte sie eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Vergabestelle und/oder der Zuschlagsempfängerin. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde – zunächst superprovisorisch und danach provisorisch – aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu untersagen, einen Vertrag über den Beschaffungsgegenstand abzuschliessen. Sodann beantragte sie, ihr – überwiegende Geheimhaltungsinteressen Dritter vorbehalten – vollständige Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren. Überdies beantragte sie die Edition verschiedener Unterlagen durch die Vergabestelle. Das Verwaltungsgericht untersagte der Beschwerdegegnerin mit Präsidialverfügung vom 10. Juli 2024 einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, den Vertrag abzuschliessen. Am 15. Juli 2024 reichte die Beschwerdeführerin die angeforderte geschwärzte Beschwerdeschrift für die Zuschlagsempfängerin ein. Mit Präsidialverfügung vom 29. Juli 2024 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Mitbeteiligten teilweise gutgeheissen und das Gesuch der Mitbeteiligten um Neuansetzung der Beschwerdeantwortfrist abgewiesen. Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 31. Juli 2024, die Beschwerde abzuweisen, eventuell die Angelegenheit zur Neu Beurteilung an sie zurückzuweisen sowie eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und die von der Beschwerdeführerin beantragte Offenlegung von Unterlagen zu beschränken. Die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 6. August 2024, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, sowie eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteren Schriftenwechsel abzuweisen und die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Rechtsschriften und Akten gegenüber der Beschwerdeführerin vertraulich zu behandeln. Der Beschwerdegegnerin wurde mit Präsidialverfügung vom 8. August 2024 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, der Vertragsschluss untersagt. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die eingereichten Vergabeakten gewährt. Die Beschwerdeführerin replizierte am 10. September 2024 innert erstreckter Frist unter Festhalten an den gestellten Anträgen. Ebenfalls innert erstreckter Frist und mit unveränderten Rechtsbegehren ergingen die Dupliken vom 3. Oktober 2024. Gleiches gilt für die Triplik vom 29. Oktober 2024. Die Quadrupliken vom 15. bzw. 25. November 2024 erfolgten – innert erstreckter Frist – weiterhin mit unveränderten Rechtsbegehren; ebenso die Quintuplik vom 23. Dezember 2024. Mit Präsidialverfügungen vom 11. September, 9. Oktober, 4. November und 26. November 2024 wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Mit Präsidialverfügungen vom 2. Dezember 2024 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 29. November 2024 abgewiesen und das gleichzeitig gestellte Fristerstreckungsgesuch für die Quintuplik gutgeheissen. Ferner wurde der Beschwerdegegnerin weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Mit Präsidialverfügung vom 7. Januar 2025 wurde der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten Frist zur Stellungnahme zum Sistierungsbegehren der Beschwerdegegnerin angesetzt. Am 14. Januar 2025 wurde das Beschwerdeverfahren einstweilen bis 28. Februar

2025 sistiert. Mit Eingabe vom 3. Februar 2025 teilte die Beschwerdegegnerin dem Verwaltungsgericht das Scheitern der Vergleichsgespräche mit und beantragte die Wiederaufnahme des Verfahrens. Mit Präsidialverfügung vom 10. Februar 2025 wurde die Sistierung aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt. Mit Eingabe vom 18. Februar 2025 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf eine weitere Stellungnahme. Die Mitbeteiligte nahm am 21. Februar 2025 mit unveränderten Rechtsbegehren Stellung zur Quintuplik. Eine letzte Stellungnahme der Beschwerdeführerin erfolgte mit Eingabe vom 10. März 2025. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 22. April 2024 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

E. 1.2

Die AGZ ist ein selbständiger Berufsverband, welcher als Verein organisiert ist. Da sie mit der Notfalldienstorganisation eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist die AGZ ohne Weiteres dem Vergaberecht unterstellt, was zu Recht von keiner Seite infrage gestellt wird (vgl. zur Unterstellung VGr, 21. Juli 2023, VB.2023.0190, E. 1).

E. 1.3

Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte aus mehreren Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Unter anderem rügt sie Verletzungen der Regeln über Ausstand und Vorbefassung. Sodann bringt sie vor, die Zuschlagsempfängerin erfülle das Eignungskriterium Referenzen nicht und habe ein unvollständiges Angebot eingereicht. Ferner macht sie geltend, die Mitbeteiligte hätte unzulässig tief offeriert, weshalb der Angebotspreis zu korrigieren sei. Im Übrigen habe sie selbst ein qualitativ mindestens gleichwertiges Angebot eingereicht. Dringt sie mit diesen

Rügen durch, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen.

E. 3

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren stellen sich aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin sowohl Fragen hinsichtlich des Ausstands (nachfolgend E. 4) als auch solche hinsichtlich der Vorbefassung (nachfolgend E. 5). Vorab sind deshalb diese beiden Begriffe voneinander abzugrenzen. Unter dem Gesichtspunkt der Vorbefassung interessiert, ob die betreffende Anbieterin an der Ausschreibung direkt oder indirekt mitgewirkt oder ob sie anderweitig relevantes Vorwissen erlangt hat. Unter demjenigen des Ausstands geht es demgegenüber um die Frage, ob eine befangene Person direkt oder indirekt am Vergabeverfahren, insbesondere an der Entscheidungsfindung, mitgewirkt oder diese anderweitig beeinflusst hat (vgl. VGr, 24. März 2022, VB.2021.00775 bzw. VB.2021.00782, E. 3.2.4 m. w. H.).

E. 4.1

Bezüglich des Vorliegens von Ausstandsgründen macht die Beschwerdeführerin geltend, angesichts der "Konzernstruktur" seien zahlreiche Personen der Vergabestelle zugleich Vertreter der Zuschlagsempfängerin, was die erforderliche Unabhängigkeit vermissen lasse, da diese ein offensichtliches betriebliches bzw. kommerzielles Interesse an der Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte hätten. Aufgrund der engen personellen und organisatorischen "Verstrickungen" zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin sei davon auszugehen, dass Personen am Ausschreibungsverfahren mitgewirkt hätten, die in den Ausstand hätten treten müssen. Aus den Akten ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführerin bereits am 1. Mai 2024 Ausstandsgründe geltend gemacht hat.

E. 4.2

Die Anbietenden haben Anspruch auf eine transparente, objektive und unparteiische Durchführung des gesamten Vergabeverfahrens (Art. 11 lit. a IVöB). Das frühere Recht enthielt – abgesehen davon, dass bei der Vergabe von Aufträgen der Grundsatz der Beachtung der Ausstandsregeln zum Tragen kam – keine allgemeinen Ausstandsregeln. Daher wurde bisher bezüglich der allgemeinen Ausstandsregeln im Submissionsrecht auf § 5a VRG abgestellt (VGr, 24. März 2022, VB.2021.00775, E. 3.2.1 m. w. H.).

E. 4.2.1

Mit dem Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts sieht nun Art. 13 Abs. 1 IVöB eigenständige Ausstandsgründe vor. Am Vergabeverfahren dürfen demnach auf Seiten des Auftraggebers oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben (lit. a); mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen (lit. b); mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind (lit. c); Vertreter eines Anbieters sind oder für einen Anbieter in der gleichen Sache tätig waren (lit. d); oder aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen (lit. e).

E. 4.2.2

Diese Ausstandsgründe sind – bis auf den Auffangtatbestand von Art. 13 Abs. 1 lit. e IVöB – weitgehend identisch mit denjenigen von § 5a Abs. 1 VRG. Da die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts grundsätzlich auch für die öffentlichen Vergabestellen gelten, wird sich an der bisherigen Rechtsprechung im Grundsatz nichts ändern und kann auch unter neuem Recht weiterhin darauf Bezug genommen werden.

E. 4.3

Die Ausstandspflicht erstreckt sich auf sämtliche Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts Einfluss nehmen können, namentlich auch auf Sachbearbeitende oder Protokollführende mit beratender Funktion (VGr, 23. März 2017, VB.2016.00513, E. 3.1; 8. Oktober 2015, VB.2015.00403, E. 4.2; Regina Kiener, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 5a N. 10; vgl. auch VGr, 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 4.2).

E. 4.3.1

Für die Annahme einer rechtlich unzulässigen Befangenheit genügt es, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen (VGr, 24. März 2022, VB.2021.00775 sowie VB.2021.00782, je E. 3.2.2). Die tatsächliche Befangenheit der entsprechenden Entscheidträger muss nicht bewiesen werden (BGE 137 II 431 E. 5.2).

E. 4.3.2

Ein unter Missachtung von Ausstandsvorschriften zustande gekommener Entscheid bzw. Verwaltungsakt ist unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit aufzuheben (BGE 111 Ia 164 E. 2a mit Hinweisen; 115 Ia 8 E. 2a). Ausnahmen werden dann in Kauf genommen, wenn der Verfahrensverstoss geringes Gewicht hat und ein Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung ausgeschlossen erscheint (BGr, 14. Februar 1997, 2A.364/1995, E. 4, in: ZBl 99/1998 S. 289 ff., mit Hinweisen).

E. 4.4

Den Vorwürfen der Beschwerdeführerin hielt die Vergabestelle in ihrer Beschwerdeantwort entgegen, sie habe die Mitbeteiligte und deren Mitarbeiter zu keinem Zeitpunkt und in keiner Weise in das Vergabeverfahren miteinbezogen. Vielmehr habe sie nach Erkenntnis ihrer Submissionspflicht mittels interner Weisungen sichergestellt, dass kein Informationsfluss zwischen ihr und der Mitbeteiligten stattfinde. Für die Vorbereitung und Auswertung habe sie nur Mitarbeitende eingesetzt, welche weder für die Mitbeteiligte arbeiten würden noch dieser nahe ständen oder mit ihr verbunden seien.

E. 4.5

Vorliegend ist der (Vereins-)Präsident der Vergabestelle gleichzeitig auch der Verwaltungsratspräsident der Mitbeteiligten. Ferner ist noch ein weiteres Mitglied des Verwaltungsrats der Mitbeteiligten gleichzeitig auch im Vorstand der Vergabestelle. Aus den Akten des Vergabeverfahrens – namentlich dem Offertöffnungsprotokoll, dem Protokoll der formalen Prüfung, dem Protokoll der Eignungsprüfung sowie dem Vergabeentscheid – ergibt sich sodann, dass keine der betreffenden Personen an den formellen Akten des Vergabeverfahrens beteiligt war. Was die von der Beschwerdegegnerin erwähnten internen Weisungen betrifft, lässt sich den Akten des Vergabeverfahrens allerdings nichts entnehmen.

E. 4.5.1

Mit Blick auf die Ausstandspflicht geht es im vorliegenden Fall um die Frage, ob Personen unter Umständen an der Bewertung der Offerten mitgewirkt haben, die sie – also die Umstände – als persönlich befangen erscheinen lassen, und zwar unabhängig davon, ob sie ein persönliches Interesse in der Sache haben (VGr, 24. März 2022, VB.2021.00775 sowie VB.2021.00782, je E. 3.2.4, auch zum Folgenden). Erscheint in einem Vergabeverfahren bereits die Mitwirkung eines direkten Vorgesetzten einer befangenen Person problematisch – droht hier doch eine sachfremde Rücksichtnahme und damit eine unzulässige Beeinflussung des Vergabeentscheids (vgl. dazu bereits VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 4) –, so ist die Mitwirkung einer der befangenen Person hierarchisch direkt untergeordneten Person grundsätzlich unzulässig.

E. 4.5.2

In Fällen wie dem vorliegenden mit personellen Überschneidungen muss durch organisatorische Vorkehrungen dafür gesorgt werden, dass nicht der Anschein von Befangenheit entstehen kann. Dies ist etwa im Rahmen der Übergabe der Vorbereitung der Submission, der Offertöffnung, der Bereinigung und der Bewertung der Offerten an ein externes Büro möglich (VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 4). Zumindest darf das Beurteilungsgremium nicht aus direkten Vorgesetzten bzw. Unterstellten einer ausstandspflichtigen Person bestehen (VGr, 24. März 2022, VB.2021.00775 sowie VB.2021.00782, je E. 3.2.4).

E. 4.5.3

Der Präsident der Vergabestelle war als Verwaltungsratspräsident der Mitbeteiligten offensichtlich ausstandspflichtig. Den Zuschlag verfügt haben – gemäss Unterschriftenfeld der Zuschlagsverfügung – der Vizepräsident und die stellvertretende Generalsekretärin der Vergabestelle auf Antrag der Leiterin der Geschäftsstelle der Notfalldienstkommission der Vergabestelle. Dieselben Personen, welche hierarchisch direkt dem ausstandspflichtigen Präsidenten untergeordnet sind, waren auch an der Gesamtauswertung der Zuschlagskriterien beteiligt.

E. 4.6

Die strittige Vergabe erging nach dem Ausgeführten in Verletzung der Ausstandsvorschriften von Art. 13 Abs. 1 lit. e IVöB, weshalb der Entscheid aufzuheben ist. Angesichts des Umstands, dass die Bewertung der Angebote unter Verletzung der Ausstandsvorschriften erfolgt ist, mangelt es an einer Grundlage für die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es sei im vorliegenden Vergabeverfahren gegen die Regeln betreffend Vorbefassung und insofern gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstossen worden. Zur Begründung führt sie – unter Bezugnahme auf VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.1, und VGr, 28. November 2019, VB.2019.00261, E. 7.1.2 – aus, wenn praxismässig bereits die Tochtergesellschaft einer vorbefassten externen Person oder Unternehmung vom Verfahren auszuschliessen sei, so müsse dies umso mehr für die eigene Tochtergesellschaft der Vergabestelle gelten, zumal sie personell und organisatorisch eng mit dieser verbunden sei. Es müsse davon ausgegangen werden, dass mit der Zuschlagsempfängerin verbundene

Personen bereits an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt gewesen seien und die Ausschreibung auf eine Software-Lösung zugeschnitten worden sei, welche die Zuschlagsempfängerin habe entwickeln lassen.

E. 5.2

Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bezieht sich die Problematik der Vorbefassung regelmässig nicht auf Mitarbeitende bei der Vergabestelle, sondern auf Mitarbeitende bei den anbietenden Unternehmen. Insoweit bedeutet Vorbefassung eine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens. 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 Guts. Eine solche Beteiligung kann sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Wettbewerbsverfälschung problematisch sein. Der vorbereitete Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten, oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabestelle durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (VGr, 30. November 2022, VB.2022.00554/556, E. 4.2 mit Hinweis auf BGr, 25. Januar 2005, 2P.164/2004, E. 3.1, mit weiterem Hinweis; VGr, 24. März 2022, VB.2021.00782, E. 3.2.3; 24. März 2022, VB.2021.00775, E. 3.2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen).

E. 5.2.1

Personen oder Unternehmungen, welche als Anbietende an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken (VGr, 30. November 2022, VB.2022.00554/556, E. 4.2.1, auch zum Folgenden). Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieterinnen auftreten (VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.1). Erfolgt von solchen Personen oder Unternehmen dennoch ein Angebot, so ist dieses grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 1052).

E. 5.2.2

Das Verbot der Vorbefassung wurde unter bisherigem Recht zum einen aus den Regeln über den Ausstand und zum anderen aus dem vergaberechtlichen Gebot der Fairness und der Gleichbehandlung abgeleitet (VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.1). Mit Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts besteht nun mit Art. 14 Abs. 1 IVöB eine explizite Regelung bezüglich der Vorbefassung. Demgemäss sind Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, zum Angebot nicht zugelassen, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet. Entsprechend können Auftraggebende Anbietende von einem Vergabeverfahren ausschliessen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn

festgestellt wird, dass die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren, und der dadurch entstehende Wettbewerbsnachteil der anderen Anbieter nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann (Art. 44 Abs. 1 lit. i IVöB).

E. 5.2.3

Ein Ausschluss eines Anbietenden von einer Submission kommt demnach – wie bereits nach bisheriger Rechtsprechung – nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist (VGr, 30. November 2022, VB.2022.00554/556, E. 4.2.3, auch zum Folgenden). Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet (VGr, 29. August 2012, VB.2012.00309, E. 4.1; 10. September 2012, VB.2012.00328; 26. September 2012, VB.2012.00286; vgl. auch VGr, 7. Oktober 2009, VB.2009.00151, E. 2.2 = BEZ 2009 Nr. 57, mit weiteren Hinweisen; BGr, 25. Januar 2005, 2P.164/2004, E. 5.7.3, in: ZBI 106/2005, S. 473, mit weiteren Hinweisen und auch zum Folgenden). Insofern unterscheidet sich diese Rechtsprechung klar von derjenigen zur Ausstandspflicht von Richterinnen und Richtern sowie von Behördenmitgliedern, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht (VGr, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 6.2).

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin hält den Vorwürfen der Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, sie habe die Mitbeteiligte bei der Vorbereitung der Ausschreibung nicht beigezogen. Daran vermöge auch die gesellschaftliche Nähe nichts zu ändern; aus der Mutter-Tochter-Konstellation dürfe nicht per se auf eine Vorbefassung geschlossen werden. Ein Ausschluss setze zudem kumulativ einen Wettbewerbsvorteil voraus, welcher nicht ausgeglichen worden sei. Das Vorliegen eines aus Vorbefassung resultierenden Wettbewerbsvorteils müsse sodann erwiesen sein. Weiter führte die Beschwerdegegnerin aus, die in der Ausschreibung definierten, technischen Funktionalitäten des Software-Tools seien nach umfassender Analyse der Nutzerbedürfnisse festgelegt worden und keineswegs auf die Lösung der Mitbeteiligten zugeschnitten, sondern auf die ermittelten Nutzerbedürfnisse.

E. 5.3.1

Diesbezüglich ist der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin allerdings auch zu entnehmen, dass sie seit der Übertragung des Leistungsauftrags "Notfalldienst" im Jahr 2018 für die Planung des Notfalldienstes die Dienstplanungssoftware der Beschwerdeführerin nutzt, jedoch seit Längerem damit nicht mehr zufrieden ist. Daher habe sie die Beschaffung einer Dienstplanungssoftware ausgeschrieben, welche die Bedürfnisse der Nutzerschaft abdecken und die benötigten Funktionalitäten enthalten sollte. In der Vorbereitung der Ausschreibung habe sie eine Analyse der Nutzerbedürfnisse durchgeführt und gestützt darauf insgesamt 80 technische Funktionalitäten definiert.

E. 5.3.2

Aus der Beschwerdeantwort der Zuschlagsempfängerin ergibt sich weiter, dass diese für gewisse ärztliche Fachgesellschaften die Dienstplanung übernimmt. Sie führt aus, in dieser Funktion sei sie – wie alle anderen Dienstplanerinnen auch – Benutzerin der Software der Beschwerdeführerin. Als Dienstplanerin kenne sie die Bedürfnisse der Dienstplanenden wie auch der Dienstleistenden sehr gut. Sodann habe sie erkannt, dass die Software der Beschwerdeführerin nicht an die sich ändernden Bedürfnisse in der Notfallplanung

angepasst worden sei und zudem äusserst langsam und mühsam in der Bedienung sei. Vor diesem Hintergrund habe sie sich entschieden, selbst eine Dienstplanungssoftware zu entwickeln.

E. 5.3.3

Wie dargelegt (vgl. vorn, E. 4.5) sind Personen, welche die Mitbeteiligte beherrschen, sowie Personen, welche in führender Stellung für die Vergabestelle tätig sind, teilweise identisch. Aus den vorstehenden Ausführungen (E. 5.3.1 und 5.3.2) ergibt sich sodann, dass die Mitbeteiligte als Nutzerin der Dienstplanungssoftware bei der Eruiierung der Nutzerbedürfnisse im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt gewesen sein muss und damit vorbefasst war. Die gegenteiligen Ausführungen der Vergabestelle vermögen nicht zu überzeugen. Am Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils der Mitbeteiligten bestehen aufgrund der Doppelrolle des Präsidenten der Vergabestelle bzw. des Verwaltungsratspräsidenten der Zuschlagsempfängerin sodann keine Zweifel. Dass der dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil mit geeigneten Mitteln ausgeglichen worden wäre, wurde nicht ausgeführt und ist auch nicht erkennbar. Zumal vorliegend lediglich drei Anbieterinnen (einschliesslich der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin als bisheriger Leistungserbringerin) offeriert haben, ist allerdings eine Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietenden durch den Ausschluss der Mitbeteiligten nicht auszuschliessen. Da sich der Zuschlag an die Mitbeteiligte nach dem Ausgeführten bereits aufgrund der Verletzung der Ausstandspflicht der Beschwerdegegnerin nach Art. 13 Abs. 1 lit. e IVöB als rechtswidrig erwies und aufzuheben ist, braucht nicht mehr abschliessend beurteilt zu werden, ob auch die letzte Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 IVöB (keine Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietenden durch einen Ausschluss) für eine Aufhebung aufgrund unzulässiger Vorbefassung der Mitbeteiligten erfüllt ist.

E. 6

Zusammengefasst ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Zuschlag aufzuheben. Bei diesem Ergebnis können die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin ungeprüft bleiben.

E. 7

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

E. 8

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten aufzuerlegen. Sie sind überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für den gerechtfertigten Beizug der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 9

Der Auftragswert von Fr. 875'000.- (ohne Mehrwertsteuer) für fünf Jahre übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen dieses Urteil ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage

von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls und falls der Auftragswert den obgenannten Schwellenwert nicht übersteigt, steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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