

IV. Submissionen

24 **Ausstand eines Gemeinderats, der Arbeitnehmer der Zuschlagsempfängerin ist.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 27. Februar 2012 in Sachen in Sachen A. AG und B. AG gegen Einwohnergemeinde C. (WBE.2011.271).

Aus den Erwägungen

5.

Zu prüfen bleibt die Frage, ob in Bezug auf den Gemeindeamann D. eine Verletzung der Ausstandspflicht vorliegt.

5.1.

Gemäss § 4 Abs. 1 SubmD richtet sich der Ausstand von Mitgliedern der Vergabestelle nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Dieses bestimmt unter anderem, dass am Erlass von Entscheiden nicht mitwirken darf, wer in der Sache ein persönliches Interesse hat (§ 16 Abs. 1 lit. a VRPG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte (§ 16 Abs. 1 lit. e VRPG). Die Ausstandsregeln sind im Grundsatz streng auszulegen, da nur so ein faires, transparentes und für alle Beteiligten leicht überprüfbares Auswahlverfahren bei Submissionen garantiert werden kann, was sowohl unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit als auch der Rechtsgleichheit aller Wettbewerbsteilnehmer und wirtschaftlichen Mitkonkurrenten stets von elementarer und zentraler Bedeutung ist (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 30. Juni 2006 [U 06 65], Erw. 2.b). Der Ausstandspflicht von als Mitbewerber auftretenden und mithin persönlich interessierten Behördenmitgliedern kommt deshalb eine besondere Bedeutung zu. Wer in einem Vergabeverfahren als Anbieter auftritt oder auftreten

will, darf nicht auf Seiten der Behörde bei der Durchführung des Verfahrens mitwirken, weil er sich dadurch ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse bezüglich der Ausgestaltung seiner Offerte verschaffen kann und ihm im Übrigen auch die Möglichkeit offen steht, in unzulässiger Weise auf den Zuschlagsentscheid einzuwirken (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2002 [2P.152/2002], Erw. 2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/ Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 699). Ein persönliches Interesse am Ausgang des Vergabeverfahrens ist auch dann zu bejahen, wenn das betreffende Behördenmitglied zwar nicht selber als Anbieter in Erscheinung tritt, aber zu einem Unternehmen, das als Anbieter auftritt, in einem Arbeitsverhältnis steht. Gemeindeammann D. ist Arbeitnehmer der Zuschlagsempfängerin. Damit ist seine persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit zur betreffenden Anbieterin nicht gegeben und eine Pflicht zum Ausstand beim streitigen Submissionsverfahren ohne Weiteres zu bejahen (vgl. auch AGVE 2006, S. 207 f.). Nicht relevant ist der Umstand, dass D. nach Darstellung der Vergabestelle bei seiner Arbeitgeberin eine rein interne Funktion bekleidet und weder mit der Abwicklung noch mit der Akquisition von Aufträgen zu tun hat.

5.2.

Das Bestehen einer Ausstandspflicht des Gemeindeammanns wird denn auch von der Vergabestelle anerkannt. Sie verneint jegliche unzulässige Einflussnahme auf den Vergabeentscheid und hält diesbezüglich fest, D. habe sich von Anfang an aus sämtlichen das fragliche Submissionsverfahren betreffenden Fragen herausgehalten. Die gesamte Auswertung der Angebote sei extern durch das Ingenieurbüro E. AG in F. erfolgt. An der Gemeinderatssitzung vom 25. Juli 2011, an der der Vergabeentscheid getroffen worden sei (Diskussion und Abstimmung), habe er nicht teilgenommen. D. habe somit – selbst wenn er dies gewollt hätte – gar keine Möglichkeit gehabt, Einfluss auf den Entscheid hinsichtlich des Zuschlags zu nehmen. Er sei in keiner Weise materiell in das Geschäft involviert gewesen. Ansprechpartner für die Bauverwaltung sei während des gesamten Verfahrens der zuständige Ressortchef und Vizeammann G.

gewesen. Hinzu komme, dass der "Bewertungsschlüssel zum Offertvergleich" der Vergabestelle vom Ingenieurbüro E. AG erst zusammen mit der Vergabeempfehlung zugestellt worden sei. Damit sei auch ausgeschlossen, dass D. seiner Arbeitgeberin nützliche Informationen hinsichtlich der Bewertung habe zukommen lassen können. Der Umstand, dass D. routinemässig die an die nicht berücksichtigten Anbieter adressierten Verfügungen unterzeichnet habe, beruhe auf einem Versehen und sei lediglich ein "Schönheitsfehler". Entscheidend sei, dass er an der relevanten Sitzung nicht teilgenommen habe.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass sich der Gemeindeammann im Ausstand befunden habe. Ein solcher sei nirgends erwähnt oder protokolliert. Seine Abwesenheit bei der Gemeinderatssitzung vom 25. Juli 2011 möge ein Zufall gewesen sein, da er offensichtlich nicht im Ausstand gewesen sei. Hingegen habe er den Vergabeentscheid unterzeichnet; dass dies versehentlich geschehen sei, sei nicht glaubwürdig. Falsch sei die Behauptung, dass das Ingenieurbüro alleine die Bewertung und die Vergabe vorgenommen habe; die Vergabestelle habe sich am Vergabeverfahren massgebend beteiligt, indem z. B. der Bauverwalter Referenzauskünfte über die Beschwerdeführerin 1 eingeholt habe. Auch wenn D. offiziell nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben sollte, was bestritten werde, sei es ihm ohne weiteres möglich gewesen, die Zuschlagsempfängerin mit Insider-Wissen zu versorgen.

5.3.

Aus dem Protokoll der Sitzung des Gemeinderats C. vom 25. Juli 2011 geht hervor, dass der Gemeindeammann D. und der Gemeinderat H. abwesend waren. Bei der Rubrik "Ausstand" befindet sich ein Strich. Richtigerweise hätte, um jegliche diesbezügliche Unklarheit zu vermeiden, der Name des Gemeindeammanns jedoch sowohl bei der Rubrik "Abwesend" als auch bei der Rubrik "Ausstand" eingetragen werden müssen. Andere Unterlagen, in denen der Ausstand des Gemeindeammanns im vorliegenden Vergabeverfahren eindeutig dokumentiert ist, hat die Vergabestelle nicht vorgelegt. Auch wenn somit der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen zutrifft, dass in den vorliegenden Verfahrensakten der Ausstand von

D. nirgends schriftlich vermerkt ist, würde sich allein aus dieser Unterlassung wohl noch nicht auf eine Verletzung der Ausstandspflicht schliessen lassen. Hinzu kommt jedoch Folgendes:

Nach Darstellung der Vergabestelle ist D. am Mittag des fraglichen 25. Juli 2011 in seine Ferien abgereist, das heisst *vor* der Gemeinderatssitzung, welche von 13.30 bis 15.40 Uhr dauerte. Gemäss Ziffer 2 des Gemeinderatsbeschlusses war den nicht berücksichtigten Offertstellern das Ergebnis mittels Verfügung mitzuteilen, und die Bauverwaltung wurde beauftragt, die entsprechenden Absageschreiben vorzubereiten. Die abschlägigen Verfügungen tragen das Datum vom 25. Juli 2011 und wurden noch am gleichen Tag versandt. Unterzeichnet sind die Verfügungen vom Gemeindeammann D. und vom Gemeindeschreiber. Daraus folgt, dass die Verfügungen bereits vor dem massgeblichen Vergabebeschluss erstellt und vom Gemeindeammann unterschrieben worden sind. Die Vergabestelle begründet dies damit, dass der Gemeindeammann routinemässig die bei einer vorhersehbaren Entscheidung erforderlichen Dokumente unterzeichnet habe. Er sei demnach davon ausgegangen, dass der Gemeinderat einen Entscheid entsprechend der Empfehlung des Ingenieurbüros E. AG treffen würde. Dieses Vorgehen erscheint in mehrfacher Hinsicht befremdlich. Zunächst hätte der Gemeindeammann die Verfügungen aufgrund seines Ausstandes klarerweise nicht unterzeichnen dürfen. Sodann folgt aus der Darstellung der Vergabestelle, dass der Gemeindeammann von der Auswertung und insbesondere vom beabsichtigten Zuschlag, mithin vom entsprechenden Dossier, Kenntnis gehabt haben muss, *bevor* der Vergabebeschluss des Gemeinderats am Nachmittag des 25. Juli 2011 getroffen wurde. Er hat die entsprechenden Verfügungen ganz bewusst und in Kenntnis ihres Inhaltes mitunterzeichnet. Auch dies ist mit der Ausstandspflicht nicht zu vereinbaren. Ein weiteres Fragezeichen ist dahingehend anzubringen, dass die Vergabeverfügungen bereits – jedenfalls teilweise, nämlich vom Gemeindeammann – unterzeichnet waren, bevor die zuständige Behörde, das heisst der Gemeinderat, über die Vergabe überhaupt beschlossen hatte. Der Protokollauszug enthält zwar richtigerweise den Auftrag an die Bauverwaltung, die entsprechenden Absageschreiben vorzubereiten. Im vorliegenden

Fall lagen diese Verfügungen aber bereits vor der Sitzung vor und waren zumindest vom Gemeindeammann bereits unterschrieben worden.

5.4.

Es steht somit fest, dass D. zwar nicht an der Sitzung teilgenommen hat, an welcher der Beschluss über die Zuschlagserteilung an seine Arbeitgeberin gefasst worden ist. Indessen hat er im fraglichen Submissionsverfahren mit dem Mitunterzeichnen der Vergabeverfügungen Handlungen vorgenommen, die mit seiner Ausstandspflicht nicht vereinbar sind. Zudem ist sein Ausstand im fraglichen Vergabeverfahren nirgends schriftlich festgehalten worden. Der Ausstandspflicht von selber als Anbieter auftretenden oder bei Mitbewerbern angestellten Behördenmitgliedern kommt – wie ausgeführt (Erw. 5.1. oben) – im Hinblick auf die Grundsätze von Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Transparenz eine zentrale Bedeutung zu. Deshalb sind an die formellen Voraussetzungen strenge Anforderungen zu stellen. Angesichts der mit dem Arbeitsverhältnis zu einer Anbieterin gegebenen heiklen Konstellation im vorliegenden Submissionsverfahren wäre es dringend geboten gewesen, den Ausstand des Gemeindeammanns auch in formaler Hinsicht sicherzustellen und aktenmässig zu dokumentieren, sobald feststand, dass sich die I. AG an der Submission beteiligte. Auf diese Weise hätte sich auch das Unterzeichnen der Vergabeverfügungen durch den Gemeindeammann vermeiden lassen. Eine Verletzung der Ausstandspflicht ist vorliegend zu bejahen.

Festzuhalten ist im Übrigen, dass auch die Vergabeverfügungen im Submissionsverfahren "Erschliessung J.", in dem ebenfalls am 25. Juli 2011 über den Zuschlag beschlossen wurde, vom Gemeindeammann unterzeichnet waren. Auch in diesem Fall war die I. AG als Anbieterin am Vergabeverfahren beteiligt, erhielt den Zuschlag allerdings nicht.

25 Teilung des Auftrags

Eine nachträgliche Aufteilung in Lose ist u.a. dann unzulässig, wenn sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich angekündigt worden ist, es sei denn die Vergabebehörde holt