

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**

**vor der Vergabe das Einverständnis der Anbieter ein, die den Zuschlag für die einzelnen Lose erhalten oder ohne Aufteilung allein erhalten hätten.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 27. Februar 2012 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.409).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Die Leistungen für BKP 23 Elektroanlagen, umfassend BKP 232 Starkstrominstallationen, BKP 236 Schwachstrominstallationen, BKP 238 Bauprovisorien und BKP 239 Übriges, wurden an die C. AG, welche wie die Beschwerdeführerin ein Gesamtangebot eingereicht hatte, vergeben. Der Zuschlag für BKP 231 Apparate Starkstrom wurde an die D. AG, welche nur die Starkstromapparate offeriert hatte, erteilt. Kein Zuschlag erfolgte für BKP 233 Leuchten und Lampen; diese Vergabe wurde zurückgestellt.

Zu prüfen ist, ob die Vergabestelle berechtigt war, die ausgeschriebenen Elektroanlagen aufzuteilen und in zwei Teilvergaben zuzuschlagen.

2.2.

Gemäss § 19 Abs. 1 SubmD kann die Vergabestelle einen Auftrag in Lose aufteilen oder an mehrere Anbietende zusammen vergeben. Sie hat diese Absicht in der Ausschreibung bekannt zu geben. Andernfalls steht es den Anbietenden frei, vom Angebot zurückzutreten (§ 19 Abs. 2 SubmD). § 33 der Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB bestimmt, dass der Auftraggeber den Auftrag nur dann und nur insoweit aufteilen und an verschiedene Auftraggeber vergeben kann, wenn er dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht hat oder vor der Vergabe das Einverständnis desjenigen Anbieters, der voraussichtlich den Zuschlag erhält, eingeholt hat. Den Anbietenden ihrerseits steht es grundsätzlich frei, Offerten für Teilangebote einzureichen (§ 16 Abs. 1 SubmD; vgl.

auch AGVE 2000, S. 295 ff.). Nach Ziff. 6 von Anhang 5 zum SubmD enthalten die Ausschreibungsunterlagen besondere Vorschriften, insbesondere über Zulässigkeit und Bedingungen für Bietergemeinschaften, Teilangebote, Pauschal- oder Globalangebote und Varianten sowie die Aufteilung des Auftrags.

Grundsätzlich liegt es also im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Lose (Teilaufträge) bilden will. Unzulässig wäre die Aufteilung eines Auftrages etwa dann, wenn diese einzig in der Absicht erfolgen würde, mit tieferen Beschaffungswerten die vorgeschriebene Verfahrensart zu umgehen. Unzulässig, weil diskriminierend, wäre die Auftragsaufteilung ferner dann, wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will (vgl. AGVE 1999, S. 302 ff.; LGVE 2001 II Nr. 11 Erw. 2). Grundsätzlich unzulässig ist die nachträgliche Aufteilung in Lose schliesslich auch dann, wenn sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich angekündigt worden ist, es sei denn die Vergabebehörde holt vor der Vergabe das Einverständnis der Anbieter ein, die den Zuschlag für den Auftrag erhalten oder ohne Aufteilung allein erhalten hätten (vgl. Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Herausgeber: Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden, Stand 22.04.2010, Kap. 8.8).

### 2.3.

Vorab ist festzustellen, dass eine Zustimmung der betroffenen Anbieter zur vorgenommenen Aufteilung des Auftrags nicht vorliegt. Dies gilt insbesondere für die Beschwerdeführerin. Diese hat gemäss Offertöffnungsprotokoll mit Fr. 349'479.70 das preisgünstigste Gesamtangebot eingereicht. Die C. AG liegt mit einem Preis von Fr. 359'296.80 an dritter Stelle. Die Vergabestelle hat zwar keine Gesamtauswertung vorgenommen, aber bei den beiden Teilvergaben sind diese beiden Anbieterinnen beim Zuschlagskriterium "Qualität" jeweils gleich mit 16 Punkten bewertet worden. Insofern kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einer Gesamtvergabe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat und infolgedessen den Zuschlag hätte erhalten müssen. Mit einer Auftragsaufteilung war sie, wie die Beschwerde zeigt, nicht

einverstanden. Auch eine Zustimmungserklärung der C. AG, die ebenfalls ein Gesamtangebot für BKP 23 eingereicht hat, zur Aufteilung ist nicht vorhanden.

Die Vergabebehörde behauptet denn auch gar nicht, das Einverständnis der Anbieter zur Aufteilung des Auftrags eingeholt zu haben, sondern vertritt die Auffassung, die Vergabe sei in Form von einzelnen Arbeitsgattungen (BKP) öffentlich ausgeschrieben worden.

#### 2.4.

Der öffentlichen Ausschreibung lässt sich unter Ziff. 2.4 Gemeinschaftsvokabular entnehmen, dass BKP 231 Apparate Starkstrom, BKP 232 Starkstrominstallationen, BKP 233 Leuchten und Lampen, BKP 235 Apparate Schwachstrom, BKP 236 Schwachstrominstallationen, BKP 238 Bauprovisorien, BKP 113 Demontagen und BKP 443 Elektroanlagen Gegenstand der Submission sind. Für den detaillierten Projektbescrieb wird in Ziff. 2.5 auf das Devis verwiesen. In Ziff. 2.7 wird festgehalten, dass keine Aufteilung in Lose vorgesehen ist, und gemäss Ziff. 2.9 sind Teilangebote nicht zugelassen. Die Tatsache, dass die verschiedenen genannten Leistungen gemeinsam in einem offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben worden sind, lässt die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin, es sei die Vergabe der Elektroanlagen als Gesamtpaket und nicht die Vergabe einzelner BKP ausgeschrieben worden, durchaus nachvollziehbar erscheinen, zumal eine Aufteilung in Lose sowie die Zulässigkeit von Teilangeboten ausdrücklich verneint wurde. Dasselbe gilt für die Ausschreibungsunterlagen. So war gemäss Titelblatt der Ausschreibungsunterlagen ein "Angebot für BKP 23" einzugeben. Die Vergabekriterien beziehen sich auf BKP 23 ("Vergabekriterien, Gewichtung BKP 23 Elektroanlagen"). Auch das Leistungsverzeichnis lässt darauf schliessen, dass ein Gesamtangebot verlangt ist ([...] "BKP Zusammenfassung"). Einen ausdrücklichen Hinweis, dass auch nur Teilleistungen bzw. einzelne BKP angeboten werden können, enthalten die Ausschreibungsunterlagen nicht. Nach Angabe der Beschwerdeführerin hat sich ein solcher Hinweis einzig auf dem Lieferschein befunden. Auch das Offertöffnungsprotokoll-Formular lautet in der Überschrift auf "BKP Elektroinstallationen 23". Hätte die Vergabestelle tatsächlich beabsichtigt, die Leistungen einzeln zu

vergeben, hätte sie korrekterweise für jede Arbeitsgattung ein gesondertes Offertöffnungsprotokoll vorsehen müssen.

#### 2.5.

Aufgrund der eindeutigen Angaben in der öffentlichen Publikation und in den Ausschreibungsunterlagen muss mit der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle vorliegend klarerweise einen Gesamtauftrag für BKP 23 Elektroanlagen ausgeschrieben und in der öffentlichen Publikation sowohl die Aufteilung in Lose als auch die Zulässigkeit von Teilangeboten ausdrücklich verneint hat. Die gegenteiligen Ausführungen der Vergabestelle in der Beschwerdeantwort vermögen in keiner Weise zu überzeugen. Die Auflistung der einzelnen Arbeitsgattungen (BKP) beim Gemeinschaftsvokabular stellt keine Losbildung dar. Auch der Interpretation, dass mit der Verneinung der Losbildung lediglich der Ausschluss eines zusätzlichen Zerstückelns der einzelnen Arbeitsgattungen in Lose beabsichtigt gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Die getrennte Vergabe von BKP 231 und der restlichen BKP 23 Elektroanlagen erweist sich damit als ausschreibungswidrig und, da kein Einverständnis der betroffenen Anbieter zur nachträglichen Aufteilung vorliegt, im Hinblick auf § 19 Abs. 1 SubmD als unzulässig. Richtigerweise hätten die lediglich für einzelne BKP eingereichten Angebote als nicht ausschreibungskonforme und in der öffentlichen Ausschreibung ausdrücklich untersagte Teilangebote vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen (vgl. auch AGVE 2000, S. 295 ff.). Dies gilt insbesondere auch für das Angebot der D. AG, welche für BKP 231 den Zuschlag erhalten hat. In Bezug auf BKP 233 Leuchten und Lampen macht die Vergabestelle geltend, aufgrund von zu vielen offenen Fragen habe diese Vergabe zurückgestellt werden müssen. Die Ursachen, weshalb es zu offenen Fragen gekommen ist, sind nicht bekannt. Ob sich für BKP 233 allenfalls ein Teilabbruch des Verfahrens hätte rechtfertigen lassen, oder ob die Vergabestelle mit der (Gesamt-)Vergabe von BKP 23 bis zur Klärung/Bereinigung dieser Fragen hätte zuwarten müssen, kann vorliegend aber offen bleiben.

(...)

**26 Öffentlicher Auftrag; Contracting Holzschnittelheizung mit Wärmeverbund**

- Frage einer Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM offen gelassen (Erw. 3.)
- Verhältnis zwischen Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens (Erw. 4.1. und 4.2.)
- Das streitige Contracting Holzschnittelheizung mit Wärmeverbund untersteht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens: Es erfüllt alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags (Erw. 4.3.-4.6.); Vergleichbarkeit des konkreten Contractings mit Infrastruktur-Public-Private-Partnerships (PPP) (Erw. 4.7.).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. Juni 2012 in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.246).

*Aus den Erwägungen*

1.

Dem vorliegenden Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Gemeinde B. möchte den bestehenden Nahwärmeverbund, der mit einer Hackschnitzelfeuerung betrieben wird, vergrössern. Geplant ist die Erstellung eines Fernwärmeverbundes, der ein Vielfaches der bisher versorgten Liegenschaften mit Komfortwärme versorgt. Die Wärme wird in einer neu zu erstellenden Heizzentrale mit einer Leistung von rund 4 MW erzeugt. Die Wärme wird primär mit Holzhackschnitzeln erzeugt, die Erzeugung der Spitzenlast erfolgt mit Heizöl. Von der bestehenden Infrastruktur des heutigen Nahwärmeverbundes sollen nur noch das Netz und die Unterstationen verwendet werden. Der alte Kessel und der Silo werden stillgelegt. Die neu zu erstellende Infrastruktur wie der Neubau der Heizzentrale mit Silo, das Fernwärmenetz mit den Tiefbauarbeiten und alle erforderlichen Übergabestationen werden vom Contractor finanziert und gebaut. Für den Betrieb, den Unterhalt und die Wartung sämtlicher Anlagen ist der Contractor verantwortlich. Der Contractor stellt den