

schreibung der Gewichtung der Zuschlagskriterien mit den Begriffen „hoch“ und „mittel“ ist somit nicht zu beanstanden. Ebenfalls nicht zu bemängeln ist die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien gemäss § 18 Abs. 3 SubmD in den Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft), da im Einladungsverfahren keine (öffentliche) Ausschreibung stattfindet.

72 Ausschluss eines Anbieters gemäss § 28 SubmD.

- Voraussetzungen für einen Durchgriff verneint, da rechtsmissbräuchliche Verwendung der betroffenen AG nicht nachgewiesen (Erw. 2/d).
- Bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern ist davon auszugehen, dass sowohl gegen § 3 Abs. 1 lit. a SubmD verstossen wird als auch der Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund von § 28 Abs. 1 lit. c SubmD erfüllt ist (Erw. 3).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 14. Juli 2000 in Sachen S. gegen Verfügung des Gemeinderats Aarburg.

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle Anbietende, die Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben (lit. c) oder die sich in einem Konkursverfahren befinden (lit. f), vom Verfahren aus oder widerruft den Zuschlag. Der Ausschluss eines fehlbaren Anbieters ist zwingend (Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 26. November 1996, Art. 1995, S. 622 [Votum Küng]).

b) Im vorliegenden Verfahren ein Angebot eingereicht und dafür den Zuschlag erhalten hat die G. AG. Dabei handelt es sich um eine am 24. Dezember 1996 gegründete (Statutendatum) und ins Handelsregister eingetragene (Tagebucheintrag) Aktiengesellschaft. Bei der Gründung übernommen wurden die „Aktiven und Passiven (ohne Immobilien und Hypotheken) der B. AG, gemäss Bilanz per 30.6.1996 und Vertrag vom 24.12.1996, wonach die Aktiven

Fr. '688'618.74 und die Passiven Fr. 1'318'435.85 betragen, zum Preis von Fr. 370'182.89, wofür 100 Namenaktien zu Fr. 1'000.-- ausgegeben und Fr. 270'182.89 als Forderung gutgeschrieben werden“ (vgl. Handelsregisterauszug). Einziges Mitglied des Verwaltungsrates ist gemäss Handelsregisterauszug H.

c) aa) Fest steht zunächst, dass sich die Zuschlagsempfängerin nicht in einem Konkursverfahren befindet. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht behauptet, hingegen macht er jedenfalls sinngemäss geltend, die Zuschlagsempfängerin sei Teil eines Firmenkonglomerats, das von H. beherrscht werde, und welchem betrügerischer Konkurs vorgeworfen werde.

bb) Aufgrund der Akten ist hierbei im Wesentlichen von der folgenden Vorgeschichte auszugehen: Der A. AG waren vier Geschäftseinheiten angeschlossen, die als Profitcenters geführt wurden. Die Profitcenters wurden in einer einzigen Rechnungslegung der A. AG geführt. Im Jahr 1996 wurden die vier Geschäftseinheiten in vier neugegründete Aktiengesellschaften ausgelagert. Gegründet wurden die D. AG, E. AG, F. AG und G. AG. H. ist in allen vier Gesellschaften (einziges) Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift. In diesen vier Aktiengesellschaften wurde das operative Geschäft zusammengefasst. In der Folge wurde die A. AG durch Statutenänderung vom 20. November 1996 zur Immobilien- und Holdinggesellschaft unter der neuen Firmenbezeichnung B. AG. Sie war zunächst Eigentümerin der neu gegründeten Gesellschaften; diese wurden dann auf die C. AG übertragen. Einziger zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der C. AG war bzw. ist H. Dabei wurde der B. AG mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit Haftungssubstrat entzogen. Über die B. AG wurde Anfang 1998 der Konkurs eröffnet. Das Obergericht des Kantons Solothurn kam in diesem Zusammenhang zum Schluss, durch die Ausgliederung der operativen Gesellschaften und die Übertragung dieser Gesellschaften an die C. AG habe eine Vermögensminderung zulasten der B. AG stattgefunden; die Rede ist auch von betrügerischem Konkurs.

cc) Der Regierungsrat des Kantons Solothurn hat vor diesem Hintergrund einen der Firma G. AG am 18. August 1998 erteilten Zuschlag für Gärtnerarbeiten (Bepflanzung) im Betrag von Fr. 389'329.25 auf Beschwerde hin gestützt auf § 11 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Submissionsgesetz [SubmG]) vom 22. September 1996 widerrufen. Begründet wurde der Widerruf, damit dass sich die Firma durch Ausgliederung von vier operativen Gesellschaften und nachfolgende Übertragung dieser Gesellschaften auf eine Aktiengesellschaft ihrer Pflichten nach § 11 lit. c SubmG (Bezahlung von Steuern und Sozialabgaben) entzogen und auch § 11 lit. b SubmG (Erteilen von falschen Auskünften) verletzt habe.

d) aa) Die G. AG befindet sich – wie schon festgestellt (Erw. c/aa hievor) – unbestrittenermassen nicht in einem Konkursverfahren. Ein sich direkt bzw. unmittelbar auf § 28 Abs. 1 lit. g SubmD stützender Ausschluss vom Verfahren bzw. ein Widerruf des Zuschlags kommt daher nicht in Betracht. Es stellt sich aber die Frage, ob die Tatsache, dass der alleinige Verwaltungsrat der G. AG, H., der beim Konkurs der B. AG (vormals A. AG) massgeblich und möglicherweise sogar in strafrechtlich relevanter Weise beteiligt war, einen Ausschluss rechtfertigen könnte. H. kommt im Rahmen des Firmenkonglomerats zweifellos die beherrschende Rolle zu. Bei der G. AG, der B. AG und H. handelt es sich indessen klarerweise um verschiedene und rechtlich von einander unabhängige Rechtssubjekte. Das heisst, die G. AG wird rechtlich grundsätzlich weder durch den Konkurs der B. AG noch durch damit im Zusammenhang stehende allfällige strafbare Handlungen von H. tangiert. Nur ausnahmsweise – als sogenannter Durchgriff – wird die Eigenschaft der Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt rechtlich nicht beachtet. Das ist aber nur der Fall, wenn die Gesellschaft von einem alleinigen oder beherrschenden Aktionär als Instrument benützt wird, um bestimmte Rechtsvorschriften zu umgehen, wenn somit *Rechtsmissbrauch* oder ein Verletzung von *Treu und Glauben* vorliegt (BGE 113 II 36 mit weiteren Hinweisen; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationen-

recht, 9. Auflage, bearbeitet von Alfred Koller / Anton K. Schnyder / Jean Nicolas Druey, Zürich 2000, § 65 Rz. 18, S. 705; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, Rz. 1181a f.; Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 47 ff.). Möglich ist diesfalls nicht nur der *direkte* Durchgriff (Erfassung des Allein- oder Grossaktionärs von den Pflichten der Gesellschaft), sondern auch der sogenannte *umgekehrte* (Erfassung der Gesellschaft von den Pflichten des Aktionärs) und der *Quer*-Durchgriff (Erfassung von Gesellschaften, die vom selben Aktionär abhängig sind).

bb) Vorliegendenfalls werden die verschiedenen, rechtlich als Aktiengesellschaften verselbständigten Gartenbauunternehmen offensichtlich durch die C. AG beherrscht, deren Gesellschaftszweck u.a. auch „Beteiligungen“ sind (Erw. c/bb hievor). Insofern liegt ein Konzern oder zumindest ein konzernähnliches Gebilde vor (Guhl, a.a.O., § 59 Rz. 40, S. 661). Beim Konzern gilt grundsätzlich die formelle Betrachtungsweise, d. h. das Trennungsprinzip; die einzelnen Gesellschaften werden juristisch als separate Einheiten betrachtet. Dies bedeutet nicht, dass die Zugehörigkeit zu einem Konzern irrelevant wäre. Die Praxis versucht, den wesentlichen Unzukömmlichkeiten mit dem Durchgriff (vgl. Erw. aa hievor) zu begegnen. Dabei erfolgt indessen vielfach nicht eine Beschränkung auf offensichtlichen Rechtsmissbrauch, sondern es erscheint schon der blosser Umstand der engen und dauernden Verbindung als solcher geeignet, die Konzerngesellschaften unter bestimmten Aspekten als rechtliche Einheit zu behandeln. Es findet in diesem Sinne je nach anzuwendender Norm eine Zurechnung bestimmter Fakten zusätzlich an andere Konzerngesellschaften statt; dabei können einer Tochtergesellschaft auch bei der Muttergesellschaft eingetretene Umstände zugeordnet werden (Guhl, a.a.O., § 59 Rz. 47 mit Beispielen aus der bundesgerichtlichen Praxis).

Diese gesellschaftsrechtlichen Überlegungen liegen offensichtlich auch dem erwähnten Widerrufsentscheid des Regierungsrats

des Kantons Solothurn zugrunde, wenn dort festgestellt wird, durch die Ausgliederung von vier operativen Gesellschaften und nachfolgende Übertragung dieser Gesellschaften auf eine Aktiengesellschaft sei gegen § 11 lit. c SubmG verstossen worden, weshalb der erteilte Zuschlag an die G. AG, also an eine der vier ausgegliederten operativen Gesellschaften, zu widerrufen sei (vgl. auch Erw. c/cc hievor).

cc) Im vorliegenden Fall wurde mit der dargestellten Gründung der verschiedenen Aktiengesellschaften wahrscheinlich der B. AG in rechtlich unzulässiger Weise Vermögenssubstrat entzogen (vgl. Erw. c/bb hievor). Indessen lässt sich nicht sagen, die Gründung der G. AG sei erwiesenermassen ausschliesslich zu diesem rechtsmissbräuchlichen Zweck erfolgt. Die 1996 gegründete G. AG betreibt mit einer Belegschaft von rund 20 Personen ein Gartenbauunternehmen, das unter anderem seit mehreren Jahren auch in der Gemeinde Aarburg ohne Beanstandungen Gärtnerarbeiten ausführt. Zur G. AG in Olten gehört auch das Garten-Center H. in A. Gemäss dem Schreiben des Verbands Schweizerischer Gärtnermeister VSG an das Hochbauamt des Kantons Solothurn vom 2. Oktober 1998 wird die G. AG „zur Zeit als Vorzeigefirma schuldenlos präsentiert“. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die G. AG zivil- oder konkursrechtlich für die bei der B. AG eingetretene Vermögensverminderung eintreten müsste. Vor diesem Hintergrund erscheint es trotz der offensichtlichen wirtschaftlichen Verflechtungen nicht sachgerecht, das Fehlverhalten des H. im Zusammenhang mit dem Konkurs der B. AG und damit verbundenen Vermögenstransaktionen auch der G. AG als juristisch eigenständiger Gesellschaft anzulasten und sie deswegen von allen öffentlichen Vergabeverfahren auszuschliessen. Auch wenn die Vergabestelle im vorliegenden Fall somit um das Konkursverfahren der B. AG gewusst hat, bestand für sie deswegen keine Verpflichtung zum Ausschluss der G. AG von der Vergabe.

e) Nach Angaben des Gemeinderats Aarburg waren ihm zum Zeitpunkt des Entscheids über den Zuschlag keine Gründe bekannt,

die gegen eine Vergabe gegen die G. AG gesprochen hätten. Bei der G. AG handelt es sich, wie ausgeführt, um ein Unternehmen, das der Gemeinde bereits bekannt war, da es nebst diversen Gräbern von privaten Auftraggebern auch die Gemeindegräber (Gräberfonds) auf dem Friedhof in Aarburg besorgt. (...) Wenn die Vergabestelle daher *mangels konkreter Anhaltspunkte* keine Veranlassung sah, in Bezug auf mögliche Ausschlussgründe nähere Abklärungen zu treffen, lässt sich dies nicht beanstanden. Solche Abklärungen wurden auch bei den übrigen Anbietern nicht gemacht. Allein die Tatsache, dass über die B. AG ein Konkursverfahren eröffnet worden war, stellt jedenfalls keinen konkreten Anhaltspunkt dar, der zwingend zusätzliche Nachforschungen erfordert hätte. Beim von der Vergabestelle zu betreibenden Aufwand zu berücksichtigen ist auch, dass es sich umfangmässig um einen verhältnismässig kleinen Auftrag handelt.

Damit steht fest, dass der Gemeinderat Aarburg jedenfalls *zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids* keine Veranlassung hatte, die G. AG vom Submissionsverfahren auszuschliessen, weshalb sich der Vergabeentscheid, namentlich soweit er das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäss § 28 Abs. 1 SubmD verneint, nicht beanstanden lässt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

3. a) Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeergänzung geltend, bei der Firma G. AG sei eine Kontrolle betreffend Schwarzarbeit durchgeführt worden, welche verschiedene nicht gemeldete Arbeitnehmer zu Tage gefördert habe. Dem Gemeinderat war auch davon bei seinem Vergabeentscheid nichts bekannt.

b) Unter dem Begriff „Schwarzarbeit“ ist im hier relevanten Zusammenhang einerseits die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften ohne Aufenthaltsbewilligung und andererseits die Erzielung von (zusätzlichen) Arbeitseinkommen, auf die weder Sozialversicherungen noch Steuern bezahlt werden, zu verstehen.

Die Vergabestelle vergibt nach § 3 Abs. 1 lit. a SubmD den Auftrag nur an Anbietende, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingun-

gen einhalten. Die Vergabestelle ist berechtigt, die Einhaltung dieser Bestimmungen zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen. Auf Verlangen haben die Anbietenden deren Einhaltung zu bestätigen oder nachzuweisen (§ 3 Abs. 2 SubmD).

Bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern ist davon auszugehen, dass damit in aller Regel sowohl gegen § 3 Abs. 1 lit. a SubmD verstossen wird als insbesondere auch der Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund von § 28 Abs. 1 lit. c SubmD (Nichtbezahlen von Steuern und Sozialabgaben) erfüllt ist. Handelt es sich bei den beschäftigten Personen um Ausländer ohne Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, wird auch den Vorschriften des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) vom 26. März 1931 zuwidergehandelt (vgl. Art. 3 Abs. 3, Art. 23 Abs. 4 ANAG). Ist die Beschäftigung von Schwarzarbeitern erwiesen, wird ein erteilter Zuschlag in aller Regel allein schon wegen des Nichtbezahls der Sozialabgaben gestützt auf § 28 Abs. 1 lit. c SubmD zu widerrufen sein. Der Gemeinderat Aarburg ist daher aufgrund des Submissionsdekrets verpflichtet, den vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang gegenüber der G. AG erhobenen Vorwürfen (Beschäftigung von Schwarzarbeitern, Aus- bzw. Rückstände bei der AHV-Ausgleichskasse) nachzugehen - allerdings nur soweit sie konkret die Zuschlagsempfängerin, also die G. AG und das Garten-Center, das ebenfalls zur G. AG gehört, betreffen - und zu prüfen, ob ein Grund für einen Widerruf gemäss § 28 Abs. 1 SubmD des an die G. AG erteilten Zuschlags vorliegt. Gegebenenfalls wäre der Zuschlag zu widerrufen.

73 Wechsel der Bewertungsmethode im Anschluss an einen Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts.

- Die neuerliche Bewertung der Angebote muss auf der Grundlage der bereits im ersten Umgang des Vergabeverfahrens festgelegten Bewertungsmatrix bzw. Bewertungsmethode erfolgen.
- Eine Abweichung ist zulässig, wenn eine ausdrückliche Aufforderung zur Korrektur durch die Rechtsmittelinstanz erfolgt oder wenn grundlegende Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse vorliegen.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. November 2000 in Sachen ARGE E. AG/M. AG gegen Verfügung des Abwasserverbands O.

Aus den Erwägungen

4. a) Die Vergabestelle hat auch eine Neubewertung des Angebotspreises vorgenommen. Die bereinigten Netto-Angebotssummen betragen bei den Beschwerdeführerinnen Fr. 1'545'297.55 und bei der B. AG Fr. 1'575'757.80. Es besteht also eine Preisdifferenz von Fr. 30'460.25 oder 2.1 %. Das Verhältnis der Offertpreise (Kostenrelation) spielte beim ersten, vom Verwaltungsgericht aufgehobenen Vergabeentscheid keine Rolle; vielmehr erhielt das preisgünstigste Angebot die Maximalnote 10, das zweitgünstigste die Note 9, usw. Dies führte zur folgenden Preisbewertung (wobei der Preis bzw. die Kosten in Abweichung von der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Reihenfolge der Zuschlagskriterien mit 60 % am weitaus höchsten gewichtet wurde:

ARGE M. AG / E. AG	Note 10	600 Punkte
B. AG	Note 9	540 Punkte

Bei der erneuten Vergabe wurde nun für die Bewertung auf die effektiven Preisdifferenzen abgestellt. Dazu hält die Vergabestelle Folgendes fest: „Die Bewertung der Preisdifferenz wird relativ mit dem Kehrwert der Preisabweichung vorgenommen. Ein Angebot,