

fahren erscheint bei einer Bausumme von Fr. 80 - 90 Mio. ohne weiteres vertretbar. Im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs wäre es im vorliegenden Fall wohl angezeigt gewesen, alle geeigneten Bewerber zur zweiten Verfahrensstufe zuzulassen und diesen die Entscheidung darüber, ob sie den mit der Offerterstellung verbundenen Aufwand erbringen wollen oder nicht, zu überlassen. Die Beschränkung auf das Minimum von drei zugelassenen Bewerbern jedenfalls lässt sich nicht rechtfertigen; sie verstösst gegen § 7 Abs. 2 SubmD, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB und Art. X Ziff. 1 ÜoeB.

81 Ausstandspflicht.

- Verletzung der Ausstandspflicht.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 3. Dezember 2002 in Sachen ARGE E. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

5. g) bb) ccc) Bezüglich der von den Anbietern eingesetzten Materialien hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass sie sich vorbehalte, im Laufe der Bereinigung des Angebots zusätzliche Unterlagen und Bemusterungen zu verlangen; diesem Begehren sei innerhalb von 14 Tagen nachzukommen. In diesem Sinne ordnete die Vergabestelle eine Bemusterung der von den Zuschlagsempfängerinnen vorgeschlagenen Materialien an. Die Bemusterung fand am 29. Mai 2002 im Beisein von G. (Chefelektriker des Baudepartements), H. (Projektingenieur und Montageleiter) sowie E. und G. (als Vertretern der Zuschlagsempfängerinnen) statt. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden dabei zu Recht, dass G., Chefelektriker im Elektrowerkhof N., also zuständig für den Bareggunnel, als Vater eines zur Bemusterung eingeladenen Betriebsinhabers an der Bemusterung teilnahm. Nach § 4 SubmD in Verbindung mit § 5 Abs. 1 VRPG dürfen Behördenmitglieder und Sachbearbeiter nicht beim Erlass von Verfügungen und Entscheiden mitwirken, wenn ein Ausstandsgrund im Sinne der Zivilprozessord-

nung vorliegt. Sie haben sich insbesondere dann in Ausstand zu begeben, wenn sie selbst oder ihnen nahe verbundene Personen an der Verfügung oder dem Entscheid persönlich interessiert sind (Abs. 2). Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion (vgl. AGVE 1998, S. 362; VGE III/25 vom 25. September 2001 [BE.2001.00173] in Sachen Team T., S. 21; Peter Hänni / Marco Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, in BR 1999, S. 131 ff., insb. S. 134 f.; Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 9 N 7; vgl. ferner Daniel Bircher / Stefan Scherler, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Bern/Stuttgart/Wien 2001). Da die Ergebnisse der Bemusterung als Grundlage für die Beurteilung des Teilkriteriums "Qualität und Eignung der eingesetzten Komponenten" dienen, hat G. bei der Bewertung der Angebote mitgewirkt und damit die Zuschlagserteilung mitbeeinflusst. Er hätte somit nach Massgabe der erwähnten Vorschrift in den Ausstand treten müssen. Auch dieser klare Verstoss gegen die Ausstandsregeln führt zur Aufhebung des Zuschlags. Es liesse sich sogar fragen, ob nicht das Submissionsverfahren als Ganzes aufgehoben werden müsste. Indessen kann davon Umgang genommen werden, weil der Wortlaut des Protokolls der Bemusterung keine Anhaltspunkte dafür enthält, dass anlässlich der Bemusterung Vorgänge stattfanden, welche den tragenden Prinzipien des Submissionsrechts (Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot etc.) widersprechen.

82 Arbeitsgemeinschaften.

- Unzulässige Schlechterbewertung von Arbeitsgemeinschaften.