

## VI. Submissionen

### 31 Ausstand; Verwirkung

- **Ausstandspflicht/Befangenheit**
- **Ausstandsgründe sind beim Bekanntwerden sofort geltend zu machen. Ein Untätigbleiben oder eine Einlassung in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt zur Verwirkung des Anspruchs.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 13. März 2014 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2013.362).

### *Aus den Erwägungen*

6.

6.1. (...)

6.2.

Die Anbietenden haben im Vergabeverfahren Anspruch auf Beurteilung ihrer Offerten und Durchführung des gesamten Vergabeverfahrens inkl. Zuschlagserteilung durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde (vgl. Peter GALLI/ANDREAS MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1071 mit Hinweis). Gemäss § 4 Abs. 1 SubmD richtet sich der Ausstand von Mitgliedern der Vergabestelle nach den Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. 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).

Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion. Insofern kann in einem Submissionsverfahren auch eine aufgrund eines Auftragsverhältnisses beigezogene und die Vergabebehörde beratende externe Stelle (Ingenieur, Architekt etc.) eine Ausstandspflicht im Sinne von § 16 VRPG treffen, insbesondere wenn er bezüglich der Vergabe auch Antrag stellt. Die Ausstandspflicht betrifft im Übrigen nur einzelne Personen und nicht ganze Behörden oder juristische Personen (vgl. VGE III/95 vom 16. Juli 1998 [BE.98.00060], S. 17 f. mit Hinweisen).

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 (AGVE 2012, S. 167; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 30. Juni 2006 [U 06 65], Erw. 2.b). Zur Annahme einer rechtlich unzulässigen Befangenheit genügt es, wenn die gegebenen Umstände den Anschein derselben entstehen lassen; ob eine solche tatsächlich besteht, muss nicht nachgewiesen werden.

Die Ausstandsgründe sind beim Bekanntwerden sofort geltend zu machen. Ein Untätigbleiben oder eine Einlassung in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zur Verwirkung des Anspruchs (vgl. BGE 132 II 485, 496 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1086 mit Hinweisen). Auch die Rüge der Befangenheit ist somit umgehend anzubringen, d.h. zu dem Zeitpunkt, zu dem der Betroffene Kenntnis von der für eine Befangenheit sprechenden Tatsache erhält. Es geht nicht an, im Wissen um die Befangenheit zunächst das Ergebnis des Vergabeverfahrens abzuwarten, um anschliessend – je nach Ergebnis des Verfahrens – den Einwand der Befangenheit zu erheben. Ein solches Vorgehen verstösst gegen Treu und Glauben.

## 6.3.

Im vorliegenden Fall ergeben sich aufgrund der vorliegenden Verfahrensakten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die von der Beschwerdeführerin genannten C. und D. in irgendeiner Weise unmittelbar am vorliegenden Verfahren beteiligt waren oder darauf Einfluss genommen hätten. Insofern erweist sich die gegen diese beiden Personen gerichtete Befangenheitsrüge der Beschwerdeführerin als unbegründet.

Hingegen ist offensichtlich, dass die E. AG bzw. deren Mitarbeiter F. und G. in sehr erheblicher Weise an der Durchführung des Vergabeverfahrens und an der Entscheidungsfindung mitgewirkt haben, auch wenn verantwortliche Vergabestelle letztlich der Gemeinderat B. ist. Ob davon gesprochen werden kann, die E. AG habe als neutrale Fachstelle die Vergabestelle "im vorliegenden Verfahren in rein zudienender Weise unterstützt", erscheint fraglich. Die Tatsache, dass die E. AG im vorliegenden Vergabeverfahren mitwirken würde, war der Beschwerdeführerin bereits mit der Publikation der Ausschreibung bekannt, wird in Ziff. 1.1. der öffentlichen Ausschreibung die E. AG doch ausdrücklich als Beschaffungsstelle/Organisator genannt. Dort namentlich erwähnt ist auch G.. Im von der E. AG erstellten Pflichtenheft kommt deren Mitwirkung ebenfalls unmissverständlich zum Ausdruck. Die Beschwerdeführerin begründet die Voreingenommenheit bzw. Befangenheit der E. AG bzw. deren Mitarbeiter ihr gegenüber mit Umständen, die sich bereits in den Jahren 2011 und 2012 ereignet haben. Dies gilt für den Rechtsstreit der Beschwerdeführerin gegen die H., in dem letztere von D. bzw. dessen Büropartner vertreten war, das sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin negativ äussernde Schreiben der E. AG (...) oder die unterbliebene Einladung zur Submission der Gemeinde I. (...). Die enge Verflechtung der E. AG mit der J. GmbH war ihr ohnehin längst bekannt.

Die Beschwerdeführerin hatte somit bereits im Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung Kenntnis von den für eine Befangenheit der E. AG bzw. deren Mitarbeiter sprechenden Tatsachen, weshalb die entsprechende Rüge bereits im Rahmen der Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung hätte vorgebracht werden können und

müssen. Dies hat die Beschwerdeführerin indessen unterlassen und ohne jeglichen Vorbehalt gegen die Mitwirkung der E. AG am Vergabeverfahren ein Angebot eingereicht. Mithin ist von einer Verwirkung des Anspruchs auf die Geltendmachung des betreffenden Ausstandsgrunds auszugehen.

### 32 Varianten; Pauschalangebot

**Eine Vergütungsart, die von den Bedingungen der Ausschreibung abweicht, stellt keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot dar. Will die Vergabestelle verschiedene Vergütungsarten zulassen, muss sie die Zulässigkeit und die notwendigen Rahmenbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. (Bestätigung/Präzisierung der Rechtsprechung)**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 13. März 2014 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2013.550).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Den Anbietenden steht es grundsätzlich frei, Offerten für Varianten und Teilangebote einzureichen (vgl. § 16 Abs. 1 SubmD). Die Frage, ob es sich bei einem Pauschal- oder Globalangebot um eine zulässige Variante zum Grundangebot oder um ein ausschreibungswidriges Angebot handelt, war in der Lehre und Rechtsprechung ursprünglich umstritten (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2010 [VB.2009.00668], Erw. 7.3, mit Hinweisen). Nach Art. 22a Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) gelten seit dem 1. Januar 2010 im Bundessubmissionsrecht unterschiedliche Preisarten ausdrücklich nicht als