

Aktennotiz

An	Keller Unternehmensberatung AG, Stefan Trachsel, Täfernstrasse 26, 5405 Baden-Dättwil AG
Von	Baur Hürlimann AG, Dr. Oliver Bucher / MLaw Claudia Schnüriger
Betreffend	Vergaberechtliche Beurteilung der Wiedereinführung des Inseratenteils im kantonalen Amtsblatt
Datum	22. Mai 2024

I Executive Summary

- 1 Das im Vorfeld eines Vergabeverfahrens beabsichtigte Betrauen der Multicolor Print AG mit *umfassenden* Abklärungen zum (technischen) Ablauf der Produktion und Integration des Inseratenteils «Marktblatt» (sog. Konzept) kann sich im darauffolgenden Beschaffungsverfahren als unzulässige Vorbefassung auswirken, sofern und soweit die Multicolor Print AG im Zuge dieser Vorabklärungen einen wettbewerblich relevanten Wissensvorsprung erlangt, der nicht durch Kompensationsmassnahmen zu Gunsten der anderen Anbieter ausgeglichen werden kann.
- 2 Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen, dass die Staatskanzlei des Kantons Zug entsprechende Massnahmen ergreift, um die Informationsasymmetrie zwischen der Multicolor Print AG und den anderen Anbietern auszugleichen. Zudem muss sie die Multicolor Print AG über ihr Wahlrecht, ob sie nur den vorgelagerten Beratungsauftrag annehmen und auf die Beteiligung am Vergabeverfahren des Hauptauftrages verzichten will oder ob sie umgekehrt auf die Unterstützung/Beratung der Staatskanzlei verzichtet, um sich um den Hauptauftrag zu bewerben, aufklären. Erarbeitet die Multicolor Print AG das gewünschte Konzept, so sollten zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Anbieterinnen im nachfolgenden Vergabeverfahren (1) die wesentlichen Angaben auch an die anderen Anbieterinnen weitergegeben werden, (2) auf die Beteiligung der Multicolor Print AG im Vorfeld hingewiesen werden und (3) die Eingabefrist für die Multicolor Print AG verkürzt werden (Rz. 33 ff., 36 ff.).
- 3 Falls im Vergabeverfahren betreffend «Marktblatt» ein Drittunternehmen und nicht die bereits mit dem Druck und der Zustellung des Amtsblatts beauftragte Multicolor Print AG den Zuschlag erhält, gibt es sowohl aus vergabe- als auch vertragsrechtlicher Sicht keine Möglichkeit, einseitig die Multicolor Print AG (ohne deren Zustimmung) zur Integration des vom Dritten erstellten «Marktblatts» zu verpflichten, ohne vorgängig das bestehende Vertragsverhältnis mit der Multicolor Print AG aufzulösen. In vergabe- und vertragsrechtlicher Hinsicht dürfte dies allerdings dazu führen, dass für die Produktion des Amtsblattes (inkl. «Marktblatt») ein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist und die Multicolor Print AG für die vorzeitige Vertragsauflösung Schadenersatzansprüche geltend machen kann.

II Sachverhalt und Fragestellung

- 4 Im Jahr 2022 erging der Zuschlag für den Druck und die Zustellung der Printversion des Amtsblatts des Kantons Zug an die Multicolor Print AG, Baar. Der Inseratenteil («Marktblatt») wurde dabei bewusst weggelassen. Im Dezember 2022 wurde der Vertrag für den Druck und die Zustellung der Printversion des Amtsblatts des Kantons Zug zwischen der Staatskanzlei des Kantons Zug und der Multicolor Print AG, Baar, abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde für eine feste Dauer bis zum 31. Dezember 2026 abgeschlossen und kann einmalig höchstens um weitere vier Jahre verlängert werden.
- 5 Nun soll die Wiedereinführung und Integration des Inseratenteils in das Amtsblatt geprüft werden. Geplant ist die Ausarbeitung eines Konzepts für die technische Wiedereingliederung des sog. «Marktblatts» mit der Multicolor Print AG. Mit diesem Konzept soll der Ablauf der Produktion des Inseratenteils «sog. Marktblatt» ausgearbeitet werden. Es soll aufgezeigt werden, wie die Integration des «Marktblatts» in das Amtsblatt in technischer Hinsicht erfolgen soll. Das Konzept soll allerdings derart offen sein, dass der Inseratenteil auch an eine andere Firma vergeben werden kann.
- 6 Nachfolgend sollen das weitere Vorgehen und die möglichen Risiken bei der Ausarbeitung des Konzepts betreffend Vorbefassung durch die Multicolor Print AG aufgezeigt werden. Überdies ist zu prüfen, ob es vergabe- und vertragsrechtlich möglich ist, die Multicolor Print AG (im Falle, dass nicht sie, sondern ein Drittunternehmen den Zuschlag für das «Marktblatt» erhält) zu verpflichten, mit diesem Drittunternehmen zusammenzuarbeiten bzw. das «Marktblatt» in das Amtsblatt zu integrieren.

III Rechtliches

A Vorbefassung

1. Vorbemerkungen

- 7 Die Vorbereitung einer öffentlichen Beschaffung soll nach dem Konzept des Vergaberechts grundsätzlich ohne Beteiligung der potentiellen Anbieter rein verwaltungsintern stattfinden. Die Spezifikation der Leistung und die Ausarbeitung eines Vertragsentwurfs haben danach durch die Vergabebehörde allein und noch vor den Vertragsverhandlungen im Rahmen der Submission zu erfolgen. Ist sie dazu z.B. aus fachlichen Gründen nicht in der Lage, kann sie zur Einschätzung der Kosten und Bestimmung des massgebenden Schwellenwerts Richtofferten einholen oder zur Diskussion und Klärung technischer Fragen mit einem oder mehreren Anbietern in den sog. technischen Dialog treten. Diese Zusammenarbeit mit einem Anbieter bei der Vorbereitung der Beschaffung bildet die Ursache der Vorbefassung (JÄGER CHRISTOPH, Die

Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/St. Gallen 2009, S. 20f.).

- 8 Die Problematik des Beizugs eines (potentiellen) Anbieters zur Beschaffungsvorbereitung liegt darin, dass der beigezogene Anbieter aus seiner Vorbefassung allenfalls Wettbewerbsvorteile gegenüber den Konkurrenten ziehen kann, die ihren Ursprung in Manipulationen der Beschaffung, namentlich dem Zuschneiden der Ausschreibung haben oder auf Informationsasymmetrien zurückgehen. Abgesehen davon birgt die Vorbefassung die Gefahr von Interessenkonflikten (JÄGER, a.a.O., S. 38).
- 9 Sofern eine Vergabestelle Unterstützung in der Vorbereitung einer Beschaffung benötigt, sei es in Vorabklärungen, Studien oder im Erstellen von Ausschreibungsunterlagen selbst, sind gewisse Spielregeln zu beachten, nach welchen Massstäben diese Unterstützung erfolgen darf und welche Konsequenzen daraus abgeleitet werden müssen (HÄNER CÉDRIC, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 14, N 1).

2. Grundsätze

- 10 Eine Vorbefassung liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn «ein Anbieter *bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt* hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Vergabestelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 3.1).
- 11 Ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren tritt nur ein, wenn die Vorbefassung *qualifiziert* ist, d.h. eine gewisse Schwere und Tragweite erreicht. Unter eine qualifizierte Vorbefassung fällt gemäss Rechtsprechung insbesondere eine Mitwirkung, welche nicht nur untergeordneter Natur ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Anbieterin die Planung oder Projektierung in Vorbereitung einer Ausschreibung durchgeführt hat. Ebenso darunter subsumiert wird, wenn die betroffene Anbieterin zur gesamten Submission *Studien oder Vorprojekte* erstellt und hierzu eine *vertiefte Analyse der Verhältnisse* vorgenommen hat oder wenn die Anbieterin sogar *wesentliche Teile oder die gesamten Ausschreibungsunterlagen* erarbeitet hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 3.3). Aus der Mitwirkung an der Beschaffungsvorbereitung muss der Anbieterin im nachfolgenden Vergabeverfahren ein *Wettbewerbsvorteil erwachsen* (JÄGER, a.a.O., S. 99).
- 12 Die Teilnahme einer vorbefassten Anbieterin erachtet das Bundesgericht demgegenüber unter anderem dann als zulässig, wenn:
 - nur ein geringfügiger Wissensvorsprung gegenüber der Konkurrenz vorhanden ist,
 - die fraglichen Handlungen der Vorbefassten nur von untergeordneter Natur waren,

- aufgrund der Marktsituation die ausgeschriebene Leistung nur noch von wenigen Anbietern erbracht werden kann,
 - die Mitwirkung der vorbefassten Anbieterin bzw. deren Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern ausgeglichen sowie im Hinblick auf die Herstellung der Transparenz offengelegt wird (vgl. unten Rz. 36 ff.).
- 13 Der Beweis, dass aus der Mitwirkung im Vorfeld des Vergabeverfahrens kein Wettbewerbsvorteil resultiert, liegt beim vorbefassten Anbieter (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 3.3).

3. Vorbefassung im konkreten Fall

- 14 Vorliegend soll die Multicolor Print AG mit der Ausarbeitung eines Konzepts betreffend technische Möglichkeiten der Integration des «Marktblatts» in das Amtsblatt des Kantons Zug beauftragt werden.
- 15 Dabei ist nicht auszuschliessen, dass zur Erstellung des Konzepts eine Analyse der bestehenden technischen Gegebenheiten, Abläufe und Dateitypen vorgenommen werden muss. Sofern das erwartete Konzept nicht nur in der Darstellung / Offenlegung der bestehenden Abläufe und der Bekanntgabe der zu verwendenden Dateiformate und -darstellungstypen besteht, sondern insbesondere auch auf nur der Multicolor Print AG bekannte Abläufe und Strukturen aufbaut, so besteht durchaus das Risiko, dass im Zuge der Ausarbeitung eines solchen Konzepts ein mehr als geringfügiger Wissensvorsprung gegenüber der Konkurrenz resultieren kann. Überdies kann die Ausarbeitung eines Gesamtkonzepts wohl nicht mehr als untergeordnete Handlung qualifiziert werden (vgl. auch die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2001.00332 vom 19. April 2002; VB.2003.00161 vom 13. August 2003); dies namentlich dann, wenn darin die erforderliche technische «Umgebung» dargestellt und vorgegeben wird, die es zu beachten und umzusetzen gilt, wenn das «Marktblatt» in das Amtsblatt integriert werden soll. Die Mitwirkung der Multicolor Print AG an der Beschaffungsvorbereitung könnte daher durchaus als unzulässige Vorbefassung im anschliessenden Vergabeverfahren qualifiziert werden. Nachfolgend gilt es aufzuzeigen, wie diese Vorbefassungsproblematik gelöst werden kann (vgl. unten Rz. 16 ff.).

4. Lösungsansätze im Zusammenhang mit der Vorbefassungsproblematik

- 16 Der Vorbefassungsproblematik kann mit zwei Lösungsansätzen entgegengewirkt werden. Die Vergabestelle kann zum einen auf die Mitwirkung eines Anbieters (vorliegend Multicolor Print AG) bei der Beschaffungsvorbereitung ganz verzichten und damit eine Vorbefassung vermeiden. Zum anderen kann sie versuchen, die Vorbefassung so zu begrenzen, dass die beigezogene

Multicolor Print AG gegenüber den übrigen Bewerbern *keinen entscheidenden Wettbewerbsvorteil* erlangt.

- 17 Im Vordergrund stehen demnach Massnahmen zur Begrenzung der Vorbefassung (nachfolgende Rz. 19 ff.). Allfällige Massnahmen zur Vermeidung einer Vorbefassung werden lediglich der Vollständigkeit halber angeführt (Rz. 26 ff.), da nicht davon auszugehen ist, dass auf die Mitwirkung der Multicolor Print AG aufgrund der bestehenden Vertragssituation verzichtet werden kann. Diese Massnahmen könnten sich allenfalls dann als prüfenswert erweisen, wenn das bestehende Vertragsverhältnis mit der Multicolor Print AG aufgelöst und eine Neuvergabe ins Auge gefasst werden sollte.
- 18 Auf den vorliegenden Fall zugeschnitten, sind demgegenüber die nachfolgend unter Rz. 33 ff. dargestellten Massnahmen, die einen Wissensvorsprung der Multicolor Print AG gegenüber den anderen Anbietern des Vergabeverfahrens kompensieren.

a. Begrenzung der Vorbefassung

- 19 Der Ansatz der Begrenzung der Vorbefassung setzt auf die Kontrolle und Begrenzung der Weitergabe von projektbezogenen Informationen an den beigezogenen Anbieter in der Vorbereitungsphase. Ziel ist, durch präventive Vorsichtsmassnahmen den *Wettbewerbsvorteil des vorbefassten Anbieters* in Grenzen zu halten und diesen trotz Vorbefassung zum Vergabeverfahren zulassen zu können. Es geht also um eine geschickte Organisation und Durchführung der Vorbereitung der Beschaffung.
- 20 Vorteile für einen Anbieter können dabei grundsätzlich auf zwei Arten vermieden werden: Entweder vermeidet die Vergabestelle die Privilegierung eines bestimmten Unternehmens, indem sie Vertreter von möglichst allen potentiellen Anbietern zur Beschaffungsvorbereitung beizieht (Runder Tisch, Bildung eines Experten-Gremiums) oder sie achtet darauf, dass das beigezogene Unternehmen nur ungefähr diejenigen projektspezifischen Informationen erhält, die später aus den Ausschreibungsunterlagen für alle ersichtlich sein werden (selektive Mitwirkung).

aa. Fachgremium aus Anbieter-Vertretern

- 21 Die Vergabestelle könnte mit (mutmasslich) sämtlichen potentiellen Anbietern in einen technischen Dialog treten und ein Fachgremium aus ihrer Mitte bilden, um mit diesem fachliche Aspekte des Beschaffungsvorhabens zu erörtern.
- 22 Vergaberechtlich sind keine Vorschriften ersichtlich, die solche Fachgespräche in der Vorbereitungsphase grundsätzlich ausschliessen würden. Zu beachten sind der Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz sowie als einzige konkrete Vorgabe GPA 2012 Art. X Ziff. 5 betreffend die Zulässigkeit der Beratung durch potentielle Anbieter. Diese Vorschriften schliessen eine institutionelle Vorbefassung aller Anbieter nicht aus, solange Gleichbehandlung und Wettbewerb dadurch nicht ausgeschaltet werden. Vorteil eines derartigen Fachgremiums aus Anbieter-Vertretern ist, dass sich die Vergabebehörde bei der Projektierung und Erarbeitung der

Ausschreibung von Personen mit dem nötigen Fachwissen und Praxiserfahrung beraten lassen kann, dabei aber gleichzeitig alle potentiellen Anbieter gleichbehandelt und einen Wissensvorsprung Einzelner verhindert. Dabei ist ein guter Marktüberblick der Vergabestelle vorausgesetzt, damit möglichst sämtliche potentiellen Anbieter einbezogen werden. Gelingt dies nicht und reicht ein unbeteiligtes Unternehmen eine Offerte ein, bleibt die Vorbefassungsproblematik bestehen. Aus diesem Grund ist dieser Lösungsansatz nur bei überschaubaren, lokal geprägten Märkten oder bei hoch spezialisierten Märkten mit nur ganz wenigen Anbietern geeignet. Gefahr dieser Lösung ist, dass durch das Zusammenführen potentieller Anbieter Submissionsabsprachen Vorschub geleistet wird. Zudem kann auch ohne solche Absprachen allein durch die gegenseitige Kenntnisnahme der Unternehmen der wirksame Wettbewerb beeinträchtigt werden (JÄGER, a.a.O., S. 52f.).

- 23 Aus den Preisangaben der Vergabe betreffend Druck und Zustellung des Amtsblatts ohne «Marktblatt» ist ersichtlich, dass nicht nur lokale Anbieter ein Angebot eingereicht haben. Der Anbieter 3 hat seinen Sitz in Langenthal, Kanton Bern. Auch von einem hoch spezialisierten Markt ist vorliegend nicht auszugehen, weshalb die Variante des Fachgremiums ausscheidet.

bb. Punktueller Beizug, selektive Information

- 24 Die Vergabestelle hat es mit einer geschickten, vorausschauenden Organisation der Vorbereitungs- und Projektierungsarbeiten in der Hand, einen grossen, *nicht ausgleichbaren* Wissensvorsprung des beigezogenen Unternehmens zu vermeiden. Die Vergabestelle hat die Informationsweitergabe an das beigezogene Unternehmen auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken und den Informationsfluss so zu steuern, damit dieses nicht ein umfassendes Wissen über das Beschaffungsvorhaben erlangt. Die Minimierung der Weitergabe von projektbezogenen Angaben kann nur gelingen, wenn die Vergabebehörde selber hinreichende Fachkompetenz besitzt, um die Vorbereitung fachlich im Wesentlichen selber zu führen und in der Lage ist, einzelne Fachfragen gezielt herauszufiltern und diese dem beigezogenen Unternehmen isoliert zur Beurteilung vorzulegen. Auf diese Weise wird der Verwaltungshelfer nur mit punktuellen Abklärungen betraut und erhält keine umfassenden Kenntnisse des Beschaffungsprojekts; er wirkt nur selektiv an der Beschaffungsvorbereitung mit (JÄGER, a.a.O., S. 53f.)
- 25 Fraglich ist, ob es vorliegend überhaupt möglich ist, die Multicolor Print AG bei der Vorbereitung der Beschaffung nur punktuell beizuziehen, denn diese soll ja im Vorfeld der Vergabe ein Konzept zum Ablauf der Produktion bzw. Integration des «Marktblatts» ausarbeiten und nicht nur vereinzelte Fragen abklären.

b. Vermeidung der Vorbefassung

- 26 Da die Staatskanzlei des Kantons Zug bei der Beschaffungsvorbereitung auf externes Fachwissen angewiesen ist, erscheint der Verzicht auf einen Beizug der Multicolor Print AG als potentielle Anbieterin in der Vorbereitungsphase nicht zielführend. Gefragt ist vor diesem

Hintergrund eine Vorgehensweise, welche die Vorbefassung der Multicolor Print AG vermeidet, aber dennoch deren Fachwissen für die Beschaffungsvorbereitung nutzbar macht.

aa. Funktionale Ausschreibung

- 27 Im Falle der funktionalen Ausschreibung verzichtet die Vergabestelle auf ein detailliertes, abschliessendes Leistungsverzeichnis und beschreibt in der Ausschreibung lediglich das Beschaffungsziel bzw. ein Leistungsprogramm. Vorgegeben werden Funktion und Zweck der fertigen Leistung, die der Anbieter erbringen muss, allenfalls verbunden mit Mindestanforderungen oder Sonderwünschen. Damit wird dem Anbieter ein erheblicher Gestaltungsspielraum eingeräumt und *ein Teil der Projektierung* auf ihn übertragen, so dass er sein Fachwissen und seine unternehmerische Erfahrung einbringen kann. Mit der funktionalen Ausschreibung sind allerdings auch Nachteile und Gefahren verbunden. Die Vergabestelle ist verpflichtet, die Zielvorgaben und den Umfang der Ausschreibung so klar zu beschreiben, dass die Angebote letztendlich miteinander verglichen werden können und die Gleichbehandlung sichergestellt ist, auch wenn die technische Umsetzung den Anbietern freigestellt ist (OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30, N 17f.).
- 28 Bei diesem Lösungsansatz würde im vorliegenden Fall auf die vorgängige Ausarbeitung des Konzepts durch die Multicolor Print AG verzichtet und direkt die Produktion des «Marktblatts» inkl. Integration in das kantonale Amtsblatt ausgeschrieben. Die konkrete Vorgehensweise bei der Produktion bzw. Integration wird dem Anbieter überlassen.

bb. Optionen

- 29 Unter dem Blickwinkel der Vorbefassung erweisen sich gestufte Beschaffungen als besonders heikel. Mit einem solchen Vorgehen ist die Gefahr verbunden, dass Teilnehmer und Zuschlagsempfänger der vorangegangenen Auftragsvergaben wegen Vorbefassung vom aktuellen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, was in der Regel mit einem Verlust an Zeit, Geld und Wissen verbunden ist. Andererseits besteht in der Praxis, namentlich bei noch unbestimmten Aufgaben oder wenig konkreten Projekten, das Bedürfnis nach einem zeitlich gestaffelten, phasenweisen Vorgehen, bei welchem im Zuge der Konkretisierung sachlich aufeinanderfolgende (Teil-)Aufträge separat vergeben werden (z.B. Ideenstudie, Vorprojekt, Bauprojekt und Ausführung).
- 30 Der Abschluss von Aufträgen mit Optionen kann, unter Vermeidung der Vorbefassung eines Anbieters, diesem Bedürfnis gerecht werden (JÄGER, a.a.O., S. 45f.). Mit einer Option wird der Vergabestelle die Möglichkeit für Folgeaufträge gewährt. Bei einer Ausschreibung mit Optionsklausel erhält die Vergabestelle die Möglichkeit (nicht aber die Pflicht), die Option auszuüben.
- 31 Diese Vorgehensweise stellt eine vergaberechtskonforme Vermeidung von Vorbefassungen dar, indem auch die Vorbereitungs- und Planungsarbeiten in ein formelles Vergabeverfahren eingebunden werden. So kann z.B. bei der Durchführung von Pilotprojekten die Bevorzugung eines

einzelnen Anbieters ausgeschlossen werden, wenn bereits dieses Projekt in einem ordentlichen Vergabeverfahren vergeben wird, verbunden mit der Option auf Erfüllung des Gesamtauftrags. Die Gesamtausschreibung über mehrere Phasen hinweg stellt allerdings hohe Anforderungen an die Vergabebehörde, insbesondere hinsichtlich der Festlegung der Zuschlags- und Eignungskriterien und der Angebotsauswertung (JÄGER, a.a.O., S. 46).

- 32 Bei dieser Variante muss die Staatskanzlei bereits die Ausarbeitung des Konzepts ausschreiben, verbunden mit der Option auf Produktion des «Marktblatts» sowie dessen Integration in das kantonale Amtsblatt. Welche vergabe- und vertragsrechtlichen Probleme sich bei der Integration des «Marktblatts», in das von der Multicolor Print AG erstellte kantonale Amtsblatt ergeben, werden nachfolgend näher ausgeführt (vgl. unten Rz. 41 ff.).

5. Gleichzeitige Beteiligung am Vorbereitungs- und Vergabeverfahren

a. Aufklärungspflicht

- 33 Vorliegend kommen angesichts der «Abhängigkeit» von der Multicolor Print AG als derzeitige Herstellerin des Amtsblatts und der Notwendigkeit einer technischen Einbindung des «Marktblatts» in den technischen Rahmen der Amtsblattproduktion keine der vorstehend dargestellten Lösungsansätze in Frage. Bei *vorgängiger* Beauftragung der Multicolor Print AG mit der Ausarbeitung eines Konzepts trifft die Vergabestelle diesbezüglich im Vergabeverfahren eine Aufklärungspflicht gegenüber der Multicolor Print AG. Dies aus den folgenden Gründen:
- 34 Der Anbieter, der von der Vergabestelle zur Mithilfe ausgewählt wird, hat in diesem Zeitpunkt faktisch ein Wahlrecht, ob er nur den Beratungsauftrag annehmen und auf die Beteiligung am Vergabeverfahren des Hauptauftrages verzichten will oder ob er umgekehrt auf die Unterstützung der Vergabestelle verzichtet, um sich um den Hauptauftrag zu bewerben. Selbstverständlich ist es ihm unbenommen, den Beratungsauftrag anzunehmen und dennoch eine Offerte für den Hauptauftrag im nachfolgenden Vergabeverfahren einzureichen. Er setzt sich damit aber dem Risiko eines Ausschlusses wegen Vorbefassung aus. Es ist deshalb wichtig, dass die Vergabestelle ihre Aufklärungspflicht wahrnimmt und den betreffenden Anbieter auf das faktische Wahlrecht hinweist (HÄNER, Handkommentar, Art. 14, N 11).
- 35 Damit das Risiko der Vorbefassung und eines Ausschlusses der Multicolor Print AG bestmöglich minimiert wird, muss die Staatskanzlei im Vergabeverfahren im Sinne der Gleichbehandlung aller Anbieter die spezifischen Kenntnisse der Multicolor Print AG auch ihrer Konkurrenz zugänglich machen. Nachfolgend werden die Massnahmen beschrieben, nach welchen die Vergabestelle den allfälligen Wettbewerbsvorteil der Multicolor Print AG ausgleichen und dadurch einen Ausschluss verhindern kann. Dabei gilt weiterhin, dass auch unter Anwendung der nachfolgend aufgeführten Ausgleichsmassnahmen gewisse Situationen zu einer Interessenlage führen, welche trotz Einsatz aller Massnahmen nicht ausgeglichen werden kann und einen Ausschluss der vorbefassten Anbieterin indiziert (HÄNER, Handkommentar, Art. 14, N 12).

b. Ausgleichsmassnahmen

aa. Weitergabe wesentlicher Angaben

- 36 Zentrales Mittel zum Ausgleich eines Wissensvorsprungs ist die Weitergabe aller wesentlichen Informationen über die Vorarbeiten. Die ungleiche Wissensverteilung zwischen den Konkurrenten soll dadurch beseitigt und so die Chancengleichheit im Rahmen der Angebotserstellung gewahrt werden. Es können insbesondere Vorstudien, Projektanalysen oder bestehende Systemdokumentationen als Teil der Ausschreibung allen Anbietern zur Verfügung gestellt werden.
- 37 Zu beachten ist allerdings, dass die erarbeiteten Informationen, welche zum Ausgleich des Wissensvorsprungs herausgegeben werden sollen, nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind. In den Ausschreibungsunterlagen kann festgehalten werden, welche Schritte von den interessierten Anbietern unternommen werden müssen, um Zugang zu diesen weiterführenden Informationen zu erhalten. Die Herausgabe dieser Dokumente kann, sofern notwendig, gegen Vorliegen einer unterzeichneten Geheimhaltungsverpflichtung vorgenommen werden (HÄNER, Handkommentar, Art. 14, N 13f.).

bb. Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten

- 38 Als weiteres Mittel zum Ausgleich einer Vorbefassung gilt die Bekanntgabe der an der Vorbereitung beteiligten Anbietern. In der Lehre und Rechtsprechung wird allerdings festgehalten, dass die reine Bekanntgabe der vorbereiteten Anbieter für sich selbst kein Mittel darstellt, eine Vorbefassung auszugleichen. Vielmehr dient dies dem Transparenzgebot und stellt eine Grundvoraussetzung zum Ausgleich jeglicher Vorbefassung dar (HÄNER, Handkommentar, Art. 14, N 16).

cc. Verlängerung der Eingabefrist

- 39 Eine weitere Ausgleichsmöglichkeit besteht in der Verlängerung der Mindestfristen. Die Verlängerung der Fristen kann auf zwei unterschiedliche Arten vorgenommen werden. Zum einen kann eine generelle Verlängerung der Mindestfrist (für alle Anbieter, also auch den Vorbefassten) um eine, für die Ausgleichung des Vorteils als notwendig erachtete, zusätzliche Frist zur Einreichung des Angebots vorgenommen werden. Zum anderen kann eine unterschiedliche Laufzeit der Fristen vorgesehen werden. Dabei wird eine für die vorbereitete Anbieterin kürzere Angebotsfrist gegenüber den nicht vorbereiteten Anbietern in der Ausschreibung festgehalten (HÄNER, Handkommentar, Art. 14, N 17).

dd. Kombination von Ausgleichsmassnahmen

- 40 Ob die Anwendung einer einzigen Ausgleichsmassnahme ausreicht oder ob eine Kombination von mehreren Ausgleichsmassnahmen notwendig ist, ist zu prüfen. Der Multicolor Print AG darf durch die Ausarbeitung des Konzepts im nachfolgenden Vergabeverfahren kein

Wettbewerbsvorteil erwachsen, d.h. dieser muss durch die obigen Massnahmen je einzeln oder in Kombination ausgeglichen werden. Vor diesem Hintergrund dürfte (zumindest der Vorsicht halber) eine Kombination der vorstehend aufgezeigten drei Massnahmen geboten sein.

B (Keine) Pflicht der Multicolor Print AG, das von einem Dritten erstellte «Marktblatt» in das kantonale Amtsblatt zu integrieren

1. Vorbemerkungen

- 41 Nachfolgend ist zu beurteilen, ob und allenfalls wie die Multicolor Print AG im Falle eines Zuschlags des «Marktblatts» an ein Drittunternehmen verpflichtet werden kann, die Integration des Teils «Marktblatt» in das kantonale Amtsblatt vorzunehmen.
- 42 Vertragsgegenstand anlässlich der Vergabe im Jahr 2022 war der Druck und die Zustellung der Printversion des Amtsblatts des Kantons Zug. Der Inseratenteil «Marktblatt» ist nicht Vertragsgegenstand. Fraglich ist, ob die Erweiterung des Vertragsgegenstands auf die Integration des von einem Dritten erstellten «Marktblatts» vergaberechtlich zulässig ist und ob die Multicolor Print AG dieser Erweiterung zustimmen muss.

2. Vergaberechtliche Aspekte

a. Vertragsänderung

- 43 Genauso, wie der öffentliche Auftraggeber nach dem Zuschlag und vor dem (ersten) Vertragsschluss von den inhaltlichen Festlegungen der Zuschlagsverfügung nicht in erheblicher Weise abweichen darf, ist es ihm auch nach dem ersten Vertragsschluss und während der gesamten Dauer der Erfüllung verboten, sich von den inhaltlichen Zuschlagsfestlegungen erheblich zu entfernen und durch einvernehmliche Vertragsänderung mehr, weniger oder etwas anderes mit dem Zuschlagsempfänger zu vereinbaren, als die Abschlusserlaubnis es vorsieht. Der öffentliche Auftraggeber darf auch nach dem ersten Vertragsschluss mit seinem Vertragspartner grundsätzlich keine Änderung vereinbaren, die als nicht mehr unerhebliche Geschäftsänderung oder gar als grundlegende Projektänderung zu qualifizieren wäre.
- 44 Demzufolge sind Vertragsmodifikationen und Neuvereinbarungen, die im Ergebnis nur *unerhebliche* Geschäftsänderungen mit sich bringen, vergaberechtlich jederzeit erlaubt. Unerheblich ist eine Abweichung so lange, wie sie den der Zuschlagsempfängerin erteilten Zuschlag nicht infrage stellt, solange also die Abweichung nicht dazu führt, dass ein hypothetischer Bieterreihenfolgesturz nicht ernsthaft auszuschliessen, wahrscheinlich oder gar gewiss ist. Von einem solchen Bieterreihenfolgesturz ist dann zu sprechen, wenn Auftraggeber und

Zuschlagsempfänger etwas vereinbaren, das vom Zugeschlagenen derart abweicht, dass der Zuschlag unter der Hypothese der Durchführung des Angebotsvergleichs auf den neuen Grundlagen nun einem anderen Bieter gebühren würde. Ist das nicht ernsthaft auszuschliessen, wahrscheinlich oder gar sicher, gilt die Abweichung als erheblich und ist unzulässig. Wenn die Erheblichkeit nicht ernsthaft ausgeschlossen werden kann, ist auf Erheblichkeit zu schliessen.

- 45 Zu beachten ist, dass die obigen Ausführungen von einer einvernehmlichen Vertragsmodifikation ausgehen. Da bereits der Zuschlag keine Kontrahierungspflicht der Zuschlagsempfängerin begründet, besteht vergaberechtlich auch keine Möglichkeit, gegenüber der Zuschlagsempfängerin eine Vertragsmodifikation gegen ihren Willen durchzusetzen. Will der Auftraggeber eine Änderung am Geschäft vornehmen, die im Rahmen der bestehenden Abschlusserlaubnis nicht gestattet ist (erhebliche Geschäftsänderung), so hat er den bestehenden Vertrag soweit nötig zu beenden und mit Bezug auf das geänderte Bedürfnis im dafür vergaberechtlich vorgesehenen Vergabeverfahren eine entsprechende Abschlusserlaubnis zu erwerben. Vorbehalten bleiben die vertragsrechtlichen Folgen (vgl. unten Rz. 47 ff.).

b. Vertragsauflösung

- 46 Die vorzeitige Vertragsauflösung unterliegt mit Blick auf ihre Voraussetzungen und Folgen allein den Regeln des Vertrags bzw. des Geschäfts und untersteht keinen vergaberechtlichen Bestimmungen (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen).

3. Vertragsrechtliche Aspekte

a. Vertragsänderung

- 47 Da erhebliche Vertragsänderungen vergaberechtlich nicht erlaubt sind, wird in vertragsrechtlicher Hinsicht nicht näher darauf eingegangen. Auch unerhebliche Vertragsänderungen erfordern für ihre vertragliche Wirksamkeit immer das Einverständnis des Vertragspartners.
- 48 Selbst wenn die Integration des «Marktblatts» in das kantonale Amtsblatt als eine unerhebliche Vertragsänderung zu qualifizieren wäre, wovon nicht auszugehen ist, so wäre die Zustimmung der Multicolor Print AG für eine solche Vertragsanpassung notwendig. Im Vertrag mit der Multicolor Print AG ist indessen keine Anpassungsklausel vorgesehen, weshalb die Vertragserweiterung nicht einseitig durchgesetzt werden kann. Auch das Argument, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen (politischer Vorstoss zur Reintegration des «Marktblatts» in das kantonale Amtsblatt) drastisch verändert haben, wodurch eine Vertragsanpassung oder Aufhebung zwingend notwendig wird, überzeugt nicht. Ohne die Zustimmung der Multicolor Print AG kann der jetzige Vertrag nicht angepasst werden, und es besteht keine rechtliche Möglichkeit, die Multicolor Print AG zur Integration des von einem Dritten erstellten «Marktblatts» zu verpflichten.

b. Vertragsauflösung

- 49 Bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung hat die Multicolor Print AG Schadenersatzansprüche gegenüber dem Kanton Zug.