

BL_GERICHTE 810 06 214 vom 21. März 2007

BL Gerichte, 2007-03-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_06_214

FR: BL_GERICHTE 810 06 214 du 21 mars 2007

IT: BL_GERICHTE 810 06 214 del 21 marzo 2007

Regeste

Freihändige Vergabe

Erwägungen

E. 10

Tagen nach Eröffnung des Zuschlages oder der schriftlichen Begründung Beschwerde beim Verwaltungsgericht (heute: Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben werden. Nach § 31 lit. a bis g BeG ist die Beschwerde möglich gegen den Entscheid über Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt, die Auswahl im selektiven Verfahren, die Zusammensetzung der ständigen Listen, Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Verfahrens, den Ausschluss vom Vergabeverfahrens, den Zuschlag und den Widerruf des Zuschlages. In der Tat liegt vorliegendfalls kein in § 31 BeG aufgezähltes Anfechtungsobjekt vor. Vorgeworfen wird der Vergabeinstanz, sie habe zu Unrecht den Auftrag freihändig vergeben und nicht ein offenes bzw. selektives Verfahren oder einen Planungswettbewerb oder ein Einladungsverfahren durchgeführt. Damit wird gerügt, es sei die falsche Verfahrensart gewählt worden. Die Wahl der richtigen Verfahrensart ist eine fundamentale Bestimmung im Beschaffungswesen, denn die Verfahrensart entscheidet darüber, welche Bestimmungen des Beschaffungsrechts zur Anwendung kommen. Durch die falsche Wahl der Verfahrensart können die Vorschriften über die richtigerweise anzuwendende Verfahrensart umgangen und somit kann das öffentliche Beschaffungsrecht ausgehöhlt werden. Die Durchführung des richtigen Verfahrens soll der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und einen wirksamen Wettbewerb garantieren. Diese Grundsätze sind primäre Ziele des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. § 1 lit. b und c BeG). Die Wahl des falschen Verfahrens stellt somit einen erheblichen Rechtsmangel dar. Die Frage, ob unrechtmässig eine freihändige Vergabe und somit zu Unrecht kein anfechtbarer Zuschlag vorliegt, muss somit in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz 165 ff., mit Hinweisen auf Entscheide verschiedener Kantone, die in diesem Sinne entschieden haben). Der Umstand, dass kein Anfechtungsobjekt im Sinne von § 31 vorliegt, führt bei der vorliegenden Konstellation nicht zum Nichteintreten auf die Beschwerde. 1.5 Als nächstes ist auf die Beschwerdelegitimation einzugehen. Diese ist gegeben, wenn die beschwerdeführende Partei materiell und formell beschwert ist. Soweit das BeG nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach der Verwaltungsprozessordnung (§ 30 Abs. 5 BeG). Demgemäss ist gestützt auf § 47 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 zur Beschwerde befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat (lit. a) und jede andere

Person, Organisation oder Behörde, die durch besondere Vorschrift zur Beschwerde ermächtigt ist (lit. b). Zu den so genannten primären Verfügungsadressaten, welche formell beschwert sind, gehören bei einem öffentlichen Vergabeverfahren nach Art. 9 BGBM unter anderem die nicht berücksichtigten Mitbewerber (Entscheid der BRK vom 4. August 1998, in: BR 1999, S. 54, S4; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 637). Soll aber die unrechtmässig erfolgte Vergabe, d.h. die freihändige Vergabe, wo das Einladungsverfahren nötig gewesen wäre, oder das Einladungsverfahren, wo das offene Verfahren richtig gewesen wäre, in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können, so kann die Überprüfung grundsätzlich nur von einem nicht berücksichtigten potenziellen Bewerber und nicht von einem konkreten Bewerber, da dieser zu Unrecht eben gerade nicht existiert, verlangt werden. Gehört ein Unternehmen zum Kreis der für eine Einladung bzw. für die Teilnahme an einem öffentlichen Verfahren in Frage kommenden Anbieter, d.h. verfügt er über die Fähigkeit, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und kann er ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft machen, so gehört er sicherlich zum Kreis derjenigen, die in einer näheren Beziehung zum Streitgegenstand als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit zählen (vgl. dazu Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 168, mit Hinweis auf einen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts, VB.2001.00116, E. 2c). Damit sind die Unternehmen, die die soeben genannten Voraussetzungen erfüllen, formell beschwert. Bei den Beschwerdeführerinnen handelt es sich um Architekturbüros. Sie gehören somit zum Kreis derjenigen, die für den umstrittenen Auftrag, bei welchem es um die Erbringung von Architekturleistungen geht, in Frage kommen. Dass die beschwerdeführenden Architekturbüros an der Ausführung des hier zu beurteilenden Auftrages Interesse haben, ist nicht weiter zu erläutern. Die Beschwerdeführerinnen sind somit formell beschwert.

1.6.1 Zu untersuchen ist als nächstes, ob die Beschwerdeführerinnen auch materiell beschwert sind, das heisst, ob sie aus einer allfälligen Aufhebung des Zuschlags einen praktischen Nutzen ziehen können. Die Sachentscheidungsvoraussetzungen und somit auch der praktische Nutzen müssen im Zeitpunkt des Entscheides und somit heute vorliegen (Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rz 1218). Im Zusammenhang mit dem massgeblichen Zeitpunkt soll an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Klausel betreffend Folgeauftrag (vgl. dazu Sachverhalt Buchstabe G) in der Zwischenzeit aus dem Vertrag gestrichen wurde. Ausserdem ist anlässlich der heutigen Verhandlung explizit ausgeführt worden, dass der Vertrag in der Zwischenzeit vollständig erfüllt wurde. Das Kantonsgericht kann somit heute für die Beschwerdeführerinnen bestenfalls einen bereits erfüllten Vertrag aufheben bzw. für nichtig erklären oder die Rechtswidrigkeit der Vorgehensweise der Gemeinde feststellen.

1.6.2 Einzelne kantonale Verwaltungsgerichte bejahen eine materielle Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters nur dann, wenn er bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn er eine Wiederholung des Submissionsverfahrens erreichen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neu kalkuliertes Angebot einzureichen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 639). Gemäss dieser Praxis müsste die Beschwerdeinstanz zuerst eine materielle Überprüfung des Vergabeentscheides vornehmen, um die Legitimation des Beschwerdeführers beurteilen bzw. bei Aussichtslosigkeit in der Sache verneinen zu können. Das Kantonsgericht nimmt in ständiger Praxis an, dass eine nicht berücksichtigte Anbieterin an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich ein hinreichendes eigenes Interesse hat, welches sie zur Beschwerdeführung berechtigt, ohne dass sie sich in der Sache über eine besondere Beeinträchtigung ihrer Interessen ausweisen muss (vgl. z.B. KGE VV vom 19. Oktober 2005, 810 05 229, E. 1).

Zur Beschwerde ist somit legitimiert, wer als Anbieter am Submissionsverfahren teilgenommen hat und beim Zuschlag unberücksichtigt geblieben oder vom Verfahren ausgeschlossen worden ist (vgl. auch Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: ZBl 2002, S. 479 mit Verweis auf die Judikatur).

1.6.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass unrechtmässigerweise eine freihändige Vergabe stattgefunden hat und aus diesem Grund auch kein Zuschlagsentscheid vorliegt. Entsprechend der soeben zitierten Rechtsprechung des Kantonsgerichts, wonach eine nicht berücksichtigte Anbieterin an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich ein hinreichendes eigenes Interesse hat, welches sie zur Beschwerdeführung berechtigt, ohne dass sie sich in der Sache über eine besondere Beeinträchtigung ihrer Interessen ausweisen muss, muss auch einer aufgrund der falschen Verfahrensart nicht berücksichtigten potenziellen und formell beschwerten Anbieterin an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich ein hinreichendes eigenes Interesse zugesprochen werden. Die Beschwerdeführerinnen als potentielle und formell beschwerte Anbieterinnen sind somit materiell beschwert. Daran vermag auch das nachfolgende Argument der Beschwerdegegnerin nichts zu ändern.

1.6.4 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, es fehle den Beschwerdeführerinnen die materielle Beschwer. Diese wäre gegeben, wenn bei einer Gutheissung der Beschwerde die Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit hätten, gemäss § 33 BeG Schadenersatz geltend zu machen. Gemäss § 33 Abs. 2 BeG beschränke sich diese Haftung aber auf Aufwendungen, die der Anbieterin oder dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen seien. Da die Beschwerdeführerinnen jedoch gar nicht an einem Vergabeverfahren teilgenommen hätten, könnten bei ihnen auch keine Aufwendungen in einem Vergabeverfahren entstanden sein. Dem Argument der Beschwerdegegnerin, dass ein Feststellungsinteresse fehle, da kein Schadenersatz geltend gemacht werden könne, ist entgegenzuhalten, dass das BeG für die Zulässigkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit gemäss § 30 Abs. 3 BeG nicht voraussetzt, dass anschliessend eine Schadenersatzforderung nach § 33 BeG erhoben wird. Es wird auch nicht vorausgesetzt, dass der Beschwerdeführer den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit und auf Zusprechung der Schadenssumme nach § 33 BeG gleichzeitig erhebt. Das heisst, dem Betroffenen ist es freigestellt, ob er nach Feststellung der Rechtswidrigkeit ein Schadenersatzforderungsbegehren nach § 33 BeG anstrebt. Dabei übersieht das Kantonsgericht nicht, dass, obwohl die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht an die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung geknüpft ist, in der Regel ein Schaden vorliegt und somit geltend gemacht werden könnte, vorliegendenfalls hingegen kein Schaden gemäss § 33 BeG vorliegt. Im Übrigen wäre, würde der Argumentation der Beschwerdegegnerin gefolgt werden, die Beschwerdelegitimation in allen Fällen zu verneinen, in denen die Vergabebehörde zu Unrecht freihändig vergibt. Damit könnte das Submissionsrecht ausgehöhlt werden, ohne dass eine Rechtsmittelinstanz die Unrechtmässigkeit je beurteilen kann. Dass und aus welchen Gründen die Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens von der Rechtssprechung und Lehre klar gewünscht wird, wurde in der Urteilsabwägung 1.4. dargetan.

1.7 Die beschwerdeführende Person muss die Beeinträchtigung materieller oder ideeller Interessen geltend machen. Die Beeinträchtigung materieller Interessen wurde vorliegendenfalls - wie dargelegt - bejaht. Das Interesse an der Geltendmachung dieser Beeinträchtigung muss aktuell sein. Die Praxis sieht allerdings von diesem Erfordernis ab, wenn sonst in Grundsatzfragen kaum je ein rechtzeitiger Entscheid gefällt werden könnte und wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder

ähnlichen Umständen wieder stellen könnte (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz 538, 540, 914). Würde davon ausgegangen werden, dass der Vertrag nicht aufgehoben werden könnte und das Feststellungsinteresse an der Rechtswidrigkeit nicht genügend sein würde, da wie vorliegendenfalls kein Schaden im Sinne von § 33 BeG vorliegt, so könnte sich durchaus die Frage nach dem aktuellen Rechtsschutzinteresse stellen. Da die in diesem Verfahren gestellten Rechtsfragen Grundsatzfragen darstellen und diese ansonsten nie zur Beurteilung kämen, muss von diesem Erfordernis abgesehen werden.

1.8 An der Einwohnergemeindeversammlung vom 13. Juni 2006 waren erstmals Einzelheiten über den Umfang der Auftragsvergabe an die X. AG in Erfahrung zu bringen. Damit waren erstmals auch die Umstände gegeben, die eine begründete Beschwerdeerhebung möglich machten. Am 23. Juni 2006 erhoben die S. AG und die W. AG Beschwerde. Damit ist auch zweifelsohne die zehntägige Beschwerdefrist eingehalten. Da auch die übrigen formellen Beschwerde Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde und alle vorgebrachten Rügen einzutreten.

2. (...) 3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass keine freihändige Vergabe hätte erfolgen dürfen, weil das Auftragsvolumen den entsprechenden Schwellenwert überschreite. Gemäss § 13 BeG in Verbindung mit § 7 BeV und Anhang 2 zur IvöB ist das freihändige Verfahren bei Dienstleistungen nur zulässig bis Fr. 150'000.--. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass dieses Auftragsvolumen bei Weitem überschritten ist, wohingegen die Beschwerdegegnerin dies bestreitet. Zu prüfen ist somit, ob der Schwellenwert von Fr. 150'000.-- überschritten wurde.

3.2 Wie bereits in der Urteilsabwägung 1.4. dargelegt, kommt der Wahl des richtigen Verfahrens im Beschaffungswesen eine zentrale Bedeutung zu. Mit der Berechnung des massgeblichen Werts befassen sich unter anderem die §§ 9 ff. BeV. § 10 Abs. 1 BeV statuiert, dass als massgebender Wert der Wert des einzelnen Auftrages ohne Mehrwertsteuer gilt. Nach § 11 Abs. 2 BeV ist der Gesamtwert massgebend, wenn ein Auftrag Optionen auf Folgeaufträge enthält. Die Vergabestelle hat sich bei der Wahl der Verfahrensart auf eine vorgängige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme abzustützen. Dabei darf sie jedoch - um nicht die Bestimmungen über die Schwellenwerte ihres Zwecks zu berauben - nicht zu knapp kalkulieren und hat die Verfahrensart aufgrund der oberen Bandbreite der Schätzung zu wählen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. November 1999, VB 99.00125, E. 2.b, erwähnt in: BR 4/2000, S. 128, Nr. S40 und in Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 160; Urteil des Kantonsgerichts Wallis, vom 11. Januar 2001, A1 00 206, E. 5.2, erwähnt in: Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 158).

3.3 Gemäss dem Vertrag für Architekturleistungen zwischen der Gemeinde und der X. AG vom 16. Februar 2006/21. März 2006 betreffend Planung und GU-Ausschreibung für den Neubau der Mehrzweckhalle wurde die Vergütung für die Teilleistungen gemäss Beilage 6 auf gesamthaft Fr. 191'240.-- (exkl. MWST) festgesetzt. Davon wurden Fr. 30'000.-- für das bereits entlohnte Vorprojekt, 10% Gemeinderabatt (= Fr. 16'124.--) sowie ein weiterer Sonderrabatt in der Höhe von Fr. 10'116.-- abgezogen (alle genannten Beträge exkl. MWST). Das so errechnete Architektenhonorar exkl. MWST betrug Fr. 135'000.-- und inkl. MWST Fr. 145'260.--. Unter dem Titel "Vergütungen von Nebenkosten und Kosten von Drittleistungen" und Untertitel "Kopien, Plots, Ausdrucke" wurden zusätzlich Fr. 12'000.-- exkl. MWST vereinbart. Folgende Leistungen wurden als Inhalt des Vertrages genannt: erstens das Vorprojekt, welches das Studium von Lösungsmöglichkeiten und Grobschätzung der Baukosten sowie Vorprojekt und Kostenschätzung umfasste; zweitens das Bauprojekt, dessen Inhalt mit Bauprojekt, Detailstudien und Kostenvoranschlag

umschrieben wurde; drittens das Bewilligungsverfahren und Auflageprojekt und viertens die Ausschreibung, der Offertvergleich und der Vergabeantrag. Diese Arbeiten wurden mit einem Aufwand von 1'366 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 140.-- veranschlagt. Gemäss heutiger Ausführungen von B. sind 10% Rabatt bei Honoraren an Gemeinden üblich, ein weiterer Sonderrabatt ist jedoch nicht üblich.

3.4 Aus dem Protokoll der Sitzung der Bau- und Planungskommission vom 2. Februar 2006 ist ersichtlich, dass abgeklärt worden war, bis zu welchem Betrag die Arbeiten freihändig vergeben werden dürften. Im Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 6. Februar 2006 wird Folgendes festgehalten: "Das Büro X. AG welches ein Vorprojekt erarbeitet hat, würde diese Kosten von ca. Fr. 30'000.-- an den Planungskosten abziehen, der Planungsbetrag käme so auf Fr. 145'000.-- exkl. MWSt. Das Büro wird diesbezüglich wegen einer Reduktion nochmals kontaktiert, der Gesamtbetrag darf Fr. 150'000.-- (inkl. MWSt.) nicht überschreiten. Der Offertpreis richtet sich nach der SIA-Norm". Im Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 13. März 2006 wird ausgeführt, dass die X. AG nach Verhandlungen für die Planung und GU-Ausschreibung für den Neubau der Mehrzweckhalle Fr. 135'000.-- exkl. MWST, total Fr. 145'260.-- verlange.

3.5 Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Kosten für das Vorprojekt in der Höhe von Fr. 30'000.-- nicht zum für den Schwellenwert massgeblichen Auftragsvolumen hinzugezählt werden müssen, liegt das Auftragsvolumen gemäss Vertrag vom 16. Februar 2006/21. März 2006 ohne Abzug der grosszügigen Rabatte in der Höhe von Fr. 26'240.-- (rund 13.7 % von Fr. 191'240.--) und ohne Hinzurechnung der Vergütung von Nebenkosten und Kosten von Dritteleistungen in der Höhe von Fr. 12'000.-- bei Fr. 161'240.-- ohne MWST. Damit ist der Schwellenwert von Fr. 150'000.-- überschritten. Der Auftrag hätte somit nicht freihändig vergeben werden dürfen. Auch für den Fall, dass der oft gewährte Rabatt von 10% bei Offerten an Gemeinden vom Auftragsvolumen abgezogen und die Spesen nicht zum Auftragsvolumen hinzugezählt würden, könnte kein anderer Schluss gezogen werden. Das so errechnete Auftragsvolumen würde dann bei Fr. 145'116.-- exkl. MWST liegen. Bei einer nach Rechtsprechung nicht zulässigen zu knappen Schätzung der Auftragssumme muss bei einem so geringfügig unter dem Schwellenwert liegenden Betrag die Verfahrensart gewählt werden, die für den über dem unwesentlich unterschrittenen Schwellenwert gilt. Auch das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 6. Februar 2006 lässt keinen anderen Schluss zu. Gemäss diesem war der Planungsbetrag nach Abzug der Fr. 30'000.-- für das Vorprojekt auf Fr. 145'000.-- (exkl. MWST) festgelegt worden. Wie soeben erörtert, muss bei einem derart knapp unter dem Schwellenwert liegenden Auftragsvolumen die Verfahrensart gewählt werden, die für das über dem geringfügig unterschrittenen Schwellenwert gilt.

3.6 Wie dargelegt, hätte aufgrund des Auftragsvolumens auch ohne Einbezug der Kosten für das Vorprojekt der Auftrag nicht freihändig vergeben werden dürfen. Diesbezüglich sei dennoch ausgeführt, dass es der Vergabebehörde grundsätzlich - unter Beachtung gewisser Regeln - frei steht, einen Auftrag gesamthaft oder aufgeteilt in Lose bzw. Einzelaufträge zu vergeben. Gemäss § 13 Abs. 2 BeG ist es jedoch unzulässig, einen Auftrag in der Absicht aufzuteilen, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen (siehe so auch BRK vom 26. Juni 2002, 004/2002, in: BR 2/2003, S. 58, Nr. S4). Bei der oben beschriebenen Vorgehensweise besteht Grund zur Annahme, dass bei der Ausscheidung der Kosten für das Vorprojekt von den übrigen Kosten eine derartige Umgehung vorliegt (vgl. zum Zerstückelungsverbot auch Hubert Stöckli, Das Vergaberecht in der Schweiz, Überblick - Erlasse - Rechtsprechung, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 362 f.).

3.7 Des Weiteren gilt es auch festzustellen, dass die Klausel in Ziffer 14 des Vertrages, gemäss welcher die X. AG dem GU als

Architekten vorgegeben wird als Option auf einen Folgeauftrag im Sinne von § 11 Abs. 2 BeV zu bewerten ist und demzufolge für die Berechnung des Gesamtwertes grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Da diese Option jedoch spätestens mit dem Vertrag vom 19./20. Oktober 2006 gestrichen wurde (im Vertrag vom 19./20. Oktober 2006 und anlässlich der heutigen Ausführungen wird erklärt, die X. AG und die Gemeinde hätten bereits im April 2006 von der Absichtserklärung in Ziffer 14 Abstand genommen, man habe es aber unterlassen, die entsprechende Klausel unter Ziffer 14 nachträglich zu streichen), ist hier nicht weiter darauf einzugehen.

3.8 Als Zwischenergebnis wird festgehalten, dass die Vergabebehörde § 13 Abs. 1 BeG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 BeV verletzt hat und den Auftrag aufgrund des massgeblichen Auftragsvolumens nicht freihändig an die X. AG hätte vergeben dürfen. Als nächstes ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde die Bestimmungen über den Ausstand verletzt hat.

4.1 In der ergänzenden Beschwerdebegründung vom 23. August 2006 erklären die Beschwerdeführerinnen, dass B. als Architekt und Mitglied der Geschäftsleitung bei der X. AG tätig sei. Er sei ferner Mitglied des Gemeinderates K. und habe - bis zum nicht genau datierbaren Rücktritt - der kommunalen Bau- und Planungskommission angehört. Aus den Kommissionsprotokollen gehe hervor, dass B. an allen Sitzungen teilgenommen habe und offenbar auch bei der Beschlussfassung mitgewirkt habe, insbesondere ergebe sich aus dem Sitzungsprotokoll vom 2. Februar 2006, dass alle anwesenden Kommissionsmitglieder die weitere Zusammenarbeit mit der X. AG befürwortet hätten. Es seien demzufolge die Ausstandsvorschriften verletzt worden. Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Vernehmlassung vom 23. Oktober 2006 fest, dass dieser Vorwurf fehl gehe, da im Gemeinderatsprotokoll vom 3. April 2006 ausdrücklich festgehalten worden sei, die Ausstandspflicht sei von Anfang an gewahrt worden. So habe die Bau- und Planungskommission, die Empfehlung, die Arbeiten für die Planung und GU-Ausschreibung der Beigeladenen zu übertragen, ohne Mitwirkung von B. getroffen.

4.2 Die Anbieter haben im Vergabeverfahren Anspruch auf Beurteilung ihrer Offerten und Durchführung des gesamten Submissionsverfahrens inkl. Zuschlagserteilung durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde. 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. Dabei genügt es zur Annahme einer rechtlich unzulässigen Befangenheit, wenn die gegebenen Umstände den Anschein der Befangenheit entstehen lassen; ob auch tatsächlich eine Befangenheit vorliegt, ist demnach nicht nachzuweisen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 523). Wann die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, ergibt sich einerseits aus dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht und andererseits aus den aus Art. 29 Abs. 1 BV hergeleiteten Grundsätzen (Daniela Lutz, Ausstand und Vorbefassung Grundlagen/Rechtsprechung/Probleme in der Praxis/Wie weiter?, in: BR 2004, Sonderheft, S. 45 - 53, S. 45; Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2003, 2P. 139/2002, E. 4.2.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2002, 2P.152/2002, E. 2.2).

4.3 Gemäss § 171a Abs. 1 lit. a Gemeindegesetz gelten für den Erlass von Verfügungen durch die Behörden und Organe der Gemeinden unter anderem die §§ 3 - 19 VwVG BL sinngemäss. § 8 Abs. 1 VwVG BL statuiert, dass in den Ausstand tritt, wer eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten hat, wenn er in der Sache ein persönliches Interesse hat (lit. a); mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe oder Verlobung verbunden ist, wobei die Auflösung einer Ehe oder Verlobung den Ausstandsgrund nicht aufhebt (lit.

b); Vertreter einer Partei ist oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig war (lit. c) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte (lit. d). Der Anspruch auf Einhaltung der Ausstandsregeln ist formeller Natur. Demzufolge muss derjenige, der einen Entscheid mit dem Argument anfechtet, es habe daran eine befangene Person mitgewirkt, nicht nachweisen, dass der Entscheid ohne deren Mitwirkung anders ausgefallen wäre (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 214). Die Ausstandspflicht für Behördenmitglieder ergibt sich jedoch nicht nur aus § 171a Gemeindegesetz in Verbindung mit § 8 Abs. 1 VwVG BL, sondern auch auf § 22 Abs. 1 Gemeindegesetz, gemäss welchem die Behördenmitglieder bei Geschäften, die sie unmittelbar betreffen, in den Ausstand treten. Nach § 22 Abs. 1 Gemeindegesetz gilt die Ausstandspflicht für Vorbereitung, Beratung und Beschlussfassung (vgl. zur Ausstandspflicht auch KGE VV vom 7. Dezember 2005, 810 04 482, E. 4.2.). 4.4 B. ist diplomierter Architekt FH STV und seit 1986 im Büro X. AG tätig. Im Jahr 2005 wurde er als Partner aufgenommen und ist Mitglied der Geschäftsleitung. B. ist Gemeinderatsmitglied und war als solcher für das Ressort Hochbau zuständig. Er war zudem Mitglied der Bau- und Planungskommission. Gemäss Gemeinderatsprotokoll vom 3. April 2006 entschied der Gemeinderat, dass der Gemeinderat B. als Vertreter des Gemeinderates per sofort aus der Bau- und Planungskommission zurücktrete. An dessen Stelle werde ein neues Mitglied aus dem Gemeinderat in die Kommission delegiert. Das Ressort Hochbau Projekt Mehrzweckhalle K. werde durch ein anderes Gemeinderatsmitglied per sofort übernommen. Bei zu treffenden Beschlüssen und Entscheiden in Bezug auf das Projekt Mehrzweckhalle durch den Gemeinderat trete Gemeinderat B. in den Ausstand (Interessenkonflikt). In diesem Protokoll wurde festgehalten, dass L., ebenfalls Mitglied der Bau- und Planungskommission, bestätige, dass die Ausstandspflicht von Anfang an innerhalb der Bau- und Planungskommission gewahrt worden sei. Die Entscheidungen, die Arbeiten für das Vorprojekt sowie für die Planung und GU-Ausschreibung der X. AG zu übertragen, habe die Bau- und Planungskommission ohne das Mitwirken von B. getroffen. Gemäss Protokoll war an jener Sitzung S., Leiter der Stabstelle Gemeinden der Finanz- und Kirchendirektion des Kantons Basel-Landschaft anwesend. Er war vom Gemeinderat eingeladen worden, um Fragen über Kompetenzen bezüglich der Planung und Bau der geplanten Mehrzweckhalle zu besprechen. Anlässlich der heutigen Verhandlung führt Z. aus, dass er die Mitarbeit von B. an der Planung der Mehrzweckhalle durch die Gemeinde im Hinblick auf die Ausstandsregeln immer als heikel empfunden habe, und er aus diesem Grund ein Treffen mit S. gewünscht habe. 4.5 Aus den verschiedenen Protokollen der Sitzungen der Bau- und Planungskommission, an denen B. anwesend war, ist ersichtlich, dass er beim Projekt Mehrzweckhalle involviert war (vgl. Protokoll der Sitzung vom 6. Mai 2004, Punkt 3; vom 1. Juni 2004, Punkt 3). Auch war er gemäss Protokoll der Sitzungen vom 18. April 2005 und vom 5. Mai 2005 dabei, als die Aufträge betreffend Projektstudien erteilt wurden (jeweils Punkt 5). Auch an der Sitzung vom 2. Februar 2006 nahm B. teil, als über die weitere Zusammenarbeit mit X. AG entschieden wurde (Punkt 4). An der Sitzung vom 15. Februar 2006 war er anwesend, als Entscheidungen über Modalitäten des Architekturleistungsvertrages getroffen wurden. In keinem dieser Protokolle wurde erwähnt, dass B. in den Ausstand getreten sei oder sich sonst wie nicht an Entscheidungen beteiligt hätte. An der heutigen Verhandlung erklärt C., dass B. nicht an den Gemeinderatssitzungen teilgenommen habe, wenn es um Geschäfte im Zusammenhang mit der X. AG gegangen sei. In den Sitzungen der Bau- und Planungskommission sei er bei Entscheidungen in den Ausstand getreten. Die Frage des

vorsitzenden Gerichtspräsidenten, ob B. bezüglich Geschäfte im Zusammenhang mit der X. AG mitdiskutiert habe, aber diesbezüglich keine Entscheidungen getroffen habe, bejaht C. Sie stellt klar, dass B. die anderen Mitglieder der Bau- und Planungskommission nicht beeinflusst habe. Z. erklärt an der heutigen Verhandlung, dass B. an den Gemeinderatssitzungen den Raum verlassen habe, wenn über das Projekt Mehrzweckhalle bzw. Aufträge an die X. AG diskutiert worden sei. Sei am Anfang der Sitzung über dieses Projekt geredet worden, sei er später an die Sitzung gekommen. Sei am Ende der Sitzung darüber diskutiert worden, habe er die Sitzung früher verlassen. 4.6 B. war, als die Arbeiten im Zusammenhang mit der Mehrzweckhalle vorbereitet, beraten und darüber Beschlüsse gefasst wurden, ein Behördenmitglied des Gemeinderates und der Bau- und Planungskommission. Er war überdies in dieser Zeit Partner der X. AG und Mitglied der Geschäftsleitung der X. AG. Die Geschäfte im Zusammenhang mit der Mehrzweckhalle betrafen ihn in seiner Funktion in der X. AG unmittelbar. B. befand sich aufgrund seiner verschiedenen Funktionen in einem typischen Interessenkonflikt. Aufgrund der obigen Ausführungen ist festzuhalten, dass B. vor allem als Mitglied der Bau- und Planungskommission zumindest bei der Vorbereitung und Beratung des hier fraglichen Vertrages massgebend mitgewirkt hat. Die Frage, ob er bei den jeweiligen (formellen) Beschlussfassungen in den Ausstand getreten ist, kann offen gelassen werden. Nicht zu beantworten ist auch die Frage, ob und inwieweit B. die anderen Behördenmitglieder beeinflusst hat. Denn für die Annahme einer rechtlich unzulässigen Befangenheit reicht gemäss Rechtsprechung, wenn die gegebenen Umstände den Anschein der Befangenheit entstehen lassen; ob auch tatsächlich eine Befangenheit vorliegt ist demnach nicht nachzuweisen. Vorliegend muss der Anschein der Befangenheit zumindest in Bezug auf Vorbereitung und Beratung des Projektes Mehrzweckhalle bejaht werden. B. hat demzufolge die Ausstandspflichten nach § 22 Gemeindegesetz und § 8 Abs. 1 lit. a VwVG BL verletzt. Die Beschwerde ist demzufolge auch in diesem Punkt gutzuheissen. 4.7 Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Vergabebehörde aufgrund der massgeblichen Auftragssumme die Bestimmungen über die Schwellenwerte verletzt hat und den fraglichen Auftrag nicht hätte freihändig vergeben dürfen. Ausserdem ist der Entscheid, den fraglichen Auftrag an die X. AG zu erteilen, unter Missachtung der massgeblichen Ausstandsvorschriften ergangen. 5.1. Als nächstes ist zu prüfen, welche Konsequenzen aus der Verletzung des BeG und der Ausstandspflicht unter Beachtung der Tatsache, dass der Vertrag zwischen der X. AG und der Gemeinde bereits abgeschlossen worden ist und überdies, wie an der heutigen Verhandlung bestätigt wurde, in der Zwischenzeit vollständig erfüllt ist, zu ziehen sind. Dabei ist zwischen dem Zuschlagsentscheid einerseits und dem Vertrag andererseits zu unterscheiden. 5.2 Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass der Vertrag nichtig oder eventuell nicht gültig zustande gekommen sei. Die Beschwerdegegnerin vertritt die Meinung, der Vertrag sei gültig zustande gekommen. Auf jeden Fall sei keine Aufhebung des Vertrages möglich. 5.3 § 30 Abs. 4 BeG statuiert, dass für den Fall, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, das Verwaltungsgericht die Aufhebung des Zuschlages beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen kann. Nach § 30 Abs. 3 BeG stellt das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Entscheides fest, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet erweist. Gemäss § 33 Abs. 1 BeG haften die Auftraggeberinnen und Auftraggeber für den Schaden, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit vom

Verwaltungsgericht festgestellt worden ist. 5.4 Die vom Kantonsgericht festgestellte falsche Wahl des Verfahrens und der Verstoss gegen die Ausstandsregeln würden, wäre der Vertrag nicht bereits abgeschlossen worden, zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung führen (vgl. zu den Folgen der Verletzung der Ausstandsregeln Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 3. Dezember 2002, publiziert bzw. erwähnt in: AGVE 2002, Nr. 81, S. 344 f. und in: BR 2003, S. 150, S28). Zu prüfen ist, ob diese Verletzungen zur Aufhebung des Vertrages führen. 5.5 Der Zuschlag des Auftrages ist eine Verfügung des öffentlichen Rechts, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Für den Zuschlagsempfänger ist es ein Entscheid, der ein Recht begründet und die Verpflichtung, einen Vertrag abzuschliessen, mit sich bringt. Für die nicht berücksichtigten Anbieter werden mit dem gleichen Entscheid ihre Anträge auf Begründung eines Rechts und einer Pflicht abgewiesen. Diese Verfügung kann mit Beschwerde angefochten werden, mit der sämtliche Rechtsfehler geltend gemacht werden können. Der Vertrag, der im Rahmen eines Submissionsgeschäftes alsdann abgeschlossen wird, ist dagegen privatrechtlicher Natur. Entsprechend richten sich insbesondere Abschluss, Form, Abänderung und Beendigung nach dem anwendbaren Privatrecht (Galli/Moser/Lang/ a.a.O., Rz 529). 5.6 Über die Verbindlichkeit von aus submissionsrechtlicher Sicht unzulässigerweise abgeschlossenen Verträgen hat sich Lehre und Rechtsprechung im Rahmen der verfrüht abgeschlossenen Verträge eingehend befasst. Bei so genannt verfrüht abgeschlossenen Verträgen handelt es sich um Verträge, die abgeschlossen wurden, bevor feststand, dass die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen war bzw. in einem allfälligen Beschwerdeverfahren keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt worden war (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 651; Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag [eine Reprise], in: BR 2002, S. 3 - 9; Peter Gauch, Zur Richtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages ein Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, in: BR 1998, S. 119 - 124; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 2003, S. 1 - 31, S. 28; Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 8. März 2001, in: AGVE 2001, S. 311 ff., E. II/2; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 26. September 2003, V 03 50, in: LGVE 2003 II, N. 14, S. 262 ff.; Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 28. August 2003, in: SGGVP 2003, N. 40, S. 118 ff.). Diese Frage wurde vor allem im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 14 Abs. 1 IVöB und Art. 22 Abs. 1 BoeB abgehandelt. Nach Art. 14 Abs. 2 IVöB und nach Art. 22 Abs. 1 BoeB darf der Vertrag mit der Anbieterin nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt. In der Lehre und Rechtsprechung besteht Uneinigkeit darüber, ob die aus submissionsrechtlicher Sicht verfrüht abgeschlossenen Verträge nichtig bzw. ungültig sind oder trotzdem ihre Verbindlichkeit bewahren. 5.7 Art. 18 Abs. 1 IVöB statuiert, dass, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet erweist, die Beschwerdeinstanz feststellt, dass die Verfügung rechtswidrig ist. Nach Art. 32 Abs. 2 BoeB stellt das Bundesverwaltungsgericht lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, sofern sich die Beschwerde als begründet erweist und der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist. Auch § 30 Abs. 3 BeG statuiert, dass das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Entscheides feststellt, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet

erweist. Im Vergleich zum BoeB und zur IVöB statuiert § 30 Abs. 3 BeG aber zusätzlich ausdrücklich, dass die Aufhebung des Vertrages ausgeschlossen ist. In der Vorlage des Regierungsrates an den Landrat betreffend BeG und Eintritt zur IVöB (98/78) vom 21. April 1998 wird zu § 30 Abs. 3 BeG ausgeführt, dass die Gültigkeit des Vertrages als privatrechtliches Rechtsverhältnis nicht von der Einhaltung der Submissionsvorschriften abhängt. Deshalb sei die Aufhebung des Vertrages im Rekursverfahren ausgeschlossen. Unter Umständen könne die Fehlerhaftigkeit des Zuschlags allerdings zugleich ein Mangel im Sinne des Privatrechts sein, der die Nichtigkeit (Art. 20 des Obligationenrechts [OR] vom 30. März 1911) oder Anfechtbarkeit (Art. 23 ff. OR) des Vertrages zur Folge haben könne. Die Feststellung der Nichtigkeit oder die Aufhebung des Vertrages sei jedoch nicht Sache des Verwaltungsgerichts, sondern der Zivilgerichte. 5.8 § 30 Abs. 3 BeG verbietet ausdrücklich die Aufhebung des Vertrages. Die genannte Vorlage lässt auch keinen Zweifel daran, dass dies bewusst so gewollt war. Der Gesetzgeber hat damit dem Interesse am Bestand eines privatrechtlich abgeschlossenen Vertrages höheres Gewicht als dem Interesse eines im Beschwerdeverfahren obsiegenden Konkurrenten, den Zuschlag zu erhalten, beigemessen. Das Kantonsgericht erachtet aufgrund des klaren Wortlautes von § 30 Abs. 3 BeG die Aufhebung des Vertrages im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren als nicht möglich. 6. Zusammenfassend wird festgehalten, dass die freihändige Vergabe der Architekturleistungen für die Mehrzweckhalle in K. durch die Beschwerdegegnerin rechtswidrig ist. Der Vertrag wird jedoch nicht aufgehoben. 7. (...) KGE VV vom 21.3.2007 i.S. S. AG und W. GmbH (810 06 214)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.