

NW_GERICHTE 28022 vom 24. Januar 2022

NW Gerichte, 2022-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_28022

FR: NW_GERICHTE 28022 du 24 janvier 2022

IT: NW_GERICHTE 28022 del 24 gennaio 2022

Regeste

Submission (VA 21 33)

Erwägungen

E. 1

Die öffentlichen Beschaffungen durch Gemeinde richten sich nach dem kantonalen oder interkantonalen Recht (Art. 5 Abs. 1 Binnenmarktgesetz [BGBM; SR 943.02]). Es ist davon Vormerk zu nehmen, dass per 1. Januar 2021 das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) eine Revision erfahren hat. In diesem Zusammenhang wurde auch das dieses ergänzende Konkordat, die Interkantonale Vereinbarung über das Öffentliche Beschaffungswesen (revIVöB), modernisiert bzw. nachgeführt. Nachdem der Kanton Nidwalden dem revIVöB bis dato noch nicht beigetreten ist, beurteilt sich gegenständliche Angelegenheit einzig nach der geltenden Fassung des IVöB vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (NG 612.2) und dem kantonalen Submissionsgesetz (NG 612.1). Dies gälte selbst dann, wenn das revIVöB zwischenzeitlich in Kraft träte. Art. 64 Abs. 1 revIVöB sieht diesbezüglich vor, dass Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 3 SubmG betreffend die ausnahmsweise Nichtanwendung des Submissionsgesetzes liegt im Übrigen nicht vor.

E. 2

Auf die Beschwerde ist – nachdem diese Rechtsfolge auch ausdrücklich angedroht wurde – gemäss Art. 54 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 3 VRG nicht einzutreten.

10■12

E. 2.1

Die Behörde prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Entscheides erfüllt sind; sie kann das Verfahren und den Entscheid vorerst auf diese Fragen beschränken (Art. 54 Abs. 1 VRG [NG 265.1]). Fehlt eine Voraussetzung für den Erlass eines Entscheides, tritt die Behörde auf die Sache nicht ein (Abs. 3) Die Beschwerde richtet sich gegen die beschwerdegegnerische Zuschlagsverfügung vom 2./5. November 2021. Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren des kantonalen Rechts kann binnen 10 Tagen Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden (Art. 10 Ziff. 5 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Submissionsgesetz [SubmG; NG 265.1]). Zuständig für die Beurteilung ist die Verwaltungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden (Art. 31 GerG [NG 261.1]), welche in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 33

6■12

Ziff. 3, Art. 38 Abs. 1 GerG). Nachdem die Rechtsvorkehr hier fristgerecht erfolgte und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben ist, wäre – vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen – auf die Beschwerde einzutreten gewesen.

E. 2.2.1

Weitere Prozessvoraussetzung bildet die Parteifähigkeit- und Verfahrensfähigkeit (Art. 54 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Die Parteifähigkeit lehnt sich an die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit gemäss Art. 11 ZGB an und bedeutet die Fähigkeit, als Partei in eigenem Namen im Verfahren aufzutreten (ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, N 469). Die Verfahrensfähigkeit ist die Fähigkeit, einen Prozess selber zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen (häufiger als Prozessfähigkeit bezeichnet, vgl. dazu HÄNER, a.a.O., N 500 ff.; MARTIN BERTSCHI, in: Bertschi et al. [Hrsg.], Kommentar VRG/ZH, 3. A., 2014, N 7 zu Vor §§ 21-21a VRG/ZH). Die Parteien können in Verwaltungssachen selbständig handeln, wenn ihnen für den Gegenstand des Verfahrens nach privatem oder öffentlichem Recht die Handlungsfähigkeit zusteht (Art. 13 Abs. 1 VRG). Juristischen Personen steht die Handlungsfähigkeit über ihre Organe zu (vgl. Art. 55 ZGB). Eine ARGE (Arbeitsgemeinschaft) ist nach allgemeinem Verständnis und gängiger Praxis ein Unternehmerkonsortium, d.h. ein Zusammenschluss von zwei oder mehr rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen zur gemeinsamen Ausföhrungen eines konkreten Bauprojekts (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., 2019, N 243). In rechtlicher Hinsicht handelt es sich hierbei um eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR (GAUCH, a.a.O., N 243; LUKAS HANDSCHIN, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], BSK-OR II, 5. A., 2016, N 14 zu Art. 530 OR; zur gesetzlichen Definition der [einfachen] Gesellschaft: Art. 530 Abs. 1 und 2 OR). Sie verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist nicht selbst parteifähig (BGE 142 III 782 E. 3.1.1; HÄNER, a.a.O., N 483). Die das Konsortium bildenden Gesellschafter agieren prozessual als eine dem Zivilprozessrecht analoge notwendige Streitgenossenschaft (BGE 131 I 153 E. 5.4 [«à l'instar de consorts nécessaires dans un procès civil»]; für das Zivilprozessrecht: BGE 142 III 782 E. 3.1.1). Bilden mehrere Parteien eine notwendige Streitgenossenschaft, haben diese ihr Prozesswirken zu koordinieren, indem sie gemeinsam und übereinstimmend handeln (für das Zivilprozessrecht: PETER RUGGLE, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 29 zu Art. 70 ZPO). Die Partei ist in der Rechtsmittelschrift genau zu bezeichnen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 VRG),

7■12

andernfalls diese zur Verbesserung unter Ansetzung einer angemessenen Frist mit der Androhung des Nichteintretens zurückzuweisen ist (vgl. Art. 75 Abs. 1 VRG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Berichtigung einer Parteibezeichnung zulässig, wenn jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann (BGE 136 III 545 E. 3.4.1, 131 I 57 E. 2.2), mit anderen Worten die Identität der Partei von Anfang eindeutig feststeht, deren Benennung aber falsch war (BGE 116 V 335 E. 4b; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2434/2013 vom 9. Dezember 2013 E. 1.2.2; A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 2.4 jeweils m.w.H.). Zu ergänzen bleibt, dass beim abschlägigen Vergabeentscheid nicht jedem einzelnen Mitglied eines Konsortiums ein selbstständiges Beschwerderecht zusteht, sondern nur den am Konsortium Beteiligten gemeinsam (BGE 131 I 153 E. 5.8; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.3 f.). Anderes gilt erst dann, wenn der Vertrag abgeschlos-

wurde und der Zuschlag ohnehin nicht mehr erteilt werden kann, diesfalls jeder einzelne Gesellschafter die Feststellung der Rechtswidrigkeit beantragen kann (Urteil des Bundesgerichts 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019 E. 5.3 m.w.H.).

E. 2.2.2

Auf der Verwaltungsbeschwerde wird als Beschwerdeführerin die «ARGE A. __» geführt. Weiter wird eine Korrespondenzadresse («c/o») bei einer Zweigniederlassung der B. __ AG (CHE- __; «Gesellschafterin 1») in Z. __ genannt. Die angegebene Beschwerdeführerin ist damit eine dem Privatrecht unterstehende einfache Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wo- mit ihr auch die verwaltungsprozessuale Partei- und Verfahrensfähigkeit fehlt (vgl. Art. 13 Abs. 1 VRG i.V.m. Art. 530 ff. OR e contrario). Partei- und verfahrensfähig sind nach vorne Dargelegtem vielmehr die Gesellschafter des Konsortiums, die aber – nachdem der Vertragsabschluss im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung noch nicht erfolgt war – nur gemeinsam Beschwerde führen können und als notwendige Streitgenossenschaft agieren. Vorab ist die deren Zusammensetzung zu bestimmen. Ausdrückliche Angaben zur Zusammensetzung der ARGE fehlen in der Beschwerdeschrift entgegen Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 VRG. Immerhin findet sich auf der ersten Seite der Beschwerde neben dem Logo der Gesellschafterin 1 auch dasjenige der E. __ AG (CHE- __; «Gesellschafterin 2»), weshalb hier – nachdem dies auch im Einklang mit weiteren Verfahrensstücken (Formulare «Offertbeurteilung Anbieter» sowie «Protokoll Offertöffnung Baumeisterarbeiten» [BF- Bel. 1 und 2]) steht – davon ausgegangen werden kann, dass es sich beim auf der Beschwerdeschrift angegebenen Konsortium um einen Zusammenschluss der Gesellschafterinnen 1

8■12

und 2 handelt. Diesen kommt als Aktiengesellschaften und damit als juristischen Personen des Privatrechts ohne Weiteres Parteifähigkeit zu; sie sind über ihre Organe handlungsfähig (Art. 13 Abs. 1 VRG i.V.m. Art. 54 ZGB sowie Art. 620 ff. OR; HÄNER, a.a.O., N 476). Ob nun auf die Beschwerde in Ermangelung einer genauen Parteibezeichnung in Anwendung von Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 VRG nicht einzutreten gewesen wäre oder die Voraussetzungen für eine Berichtigung der Parteibezeichnung ex officio vorgelegen haben, kann hier aber offenbleiben. Ein Nichteintreten erfolgt nämlich – wie sich gleich zeigen wird (vgl. unten E. 2.3.2) – bereits aus andere Gründen.

E. 2.3.1

Ebenso verlangt ist die von Amtes wegen zu prüfende Vertretungsbefugnis der Parteivertreter, andernfalls die Behörde auf die Sache nicht eintritt (Art. 54 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 VRG). Auf das hier Beschwerde führende Baukonsortium findet wie dargelegt das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung (vorne E. 2.2; Art. 530 ff. OR; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.5). Dieses enthält namentlich Bestimmungen über die Geschäftsführung (vgl. etwa BGE 79 II 389 E. 1): Die Vertretung ist ein Teilbereich der Geschäftsführung, und zwar derjenige, welcher das rechtsgeschäftliche Aussehen der Geschäftsführung umfasst (WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, 2006, N 37 zu Art. 535 OR). Eine abweichende dispositiven Regelung der Gesellschafter vorbehalten, wird ein Zusammenfallen der Vertretungs- mit der Geschäftsführungsbefugnis vermutet (FELLMANN/MÜLLER, a.a.O., N 37 f. zu Art. 535 OR). Zur Bestellung eines

Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, ist, sofern nicht Gefahr im Verzuge liegt, die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich (Art. 535 Abs. 3 OR). Die Prozessführung stellt eine Handlung von besonderer Bedeutung dar, welche regelmässig über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgeht (Urteil des Bundesgerichts 5A_137/2010 vom 21. Mai 2010 E. 5.3; FELLMANN/MÜLLER, a.a.O., N 87 zu Art. 535 OR). Prozesshandlungen einer einfachen Gesellschaft – wie namentlich die Einreichung einer Beschwerde – können entsprechend nur gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.5 unter Verweis auf BGE 116 II 49 E. 4a).

9■12

Die Rechtsmittelschrift ist durch die Partei oder den Vertreter zu unterzeichnen (Art. 74 Abs. 1 Ziff. 5 VRG). Leidet die Rechtschrift an einem Mangel (...), wird sie zur Verbesserung (...) unter Ansetzung einer angemessenen Frist zurückgewiesen mit der Androhung, dass auf die Sache nicht eingetreten und diese auf Kosten der betreffenden Partei vom Protokoll abgeschrieben wird (vgl. Art. 75 Abs. 1 VRG).

E. 2.3.2

Unterzeichnet wurde die Beschwerde durch D. ___. Unproblematisch ist dies mit Blick auf die Gesellschafterin 1. Beim Unterzeichneten handelt es sich nämlich um den einzelzeichnungsberechtigten Präsidenten des Verwaltungsrates der Gesellschafterin 1. Der Verwaltungsrat war als Organ der Gesellschafterin 1 ohne Weiteres berechtigt, Prozesshandlung in deren Namen vorzunehmen (vgl. Art. 716 ff., insb. Art. 718a Abs. 1 OR, Art. 55 ZGB). Anderes gilt hinsichtlich der Gesellschafterin 2, der zweiten Partei: Die Beschwerde war weder vom Verwaltungsrat noch von einem von diesem ernannten Prokuristen oder anderen Bevollmächtigten (vgl. Art. 721 OR) und damit nicht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Ziff. 5 VRG durch die Partei selbst unterzeichnet. Innert der angesetzten Nachfrist wurde denn auch keine durch beide Gesellschafterinnen unterzeichnete Beschwerdeschrift nachgereicht. Grundsätzlich vorstellbar und möglich wäre indes, dass auf der Grundlage der Geschäftsführungs- und Vertretungsbestimmungen des der Streitgenossenschaft zugrundeliegenden materiellen Rechtsverhältnisses (einfache Gesellschaft; Art. 530 ff. OR) die Gesellschafterin 1 die Beschwerde stellvertretend in geschäftsführender Funktion für sich und die Gesellschafterin 2 unterzeichnet hat. Als Handlung von besonderer Bedeutung, welche über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgeht, erforderte die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens jedoch die Einwilligung beider Gesellschafterinnen (vgl. Art. 535 Abs. 3 OR). Eine Zustimmung oder Vollmacht der Gesellschafterin 2 reichte die Beschwerdeführerin jedoch – auch innert der erwähnten Nachfrist – nicht ein, womit auch eine Vertretung ausser Betracht fällt. Im Ergebnis erhob die Gesellschafterin 1 das Rechtsmittel damit in unzulässiger Weise ohne Nachweis der Vertretungsbefugnis beziehungsweise ohne dokumentierte Zustimmung der Gesellschafterin

E. 3

Nachdem auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, erübrigt sich eine materielle Prüfung der Beschwerdegründe. Der Vollständigkeit halber wird aber darauf hingewiesen, dass die Beschwerde in der Hauptsache abzuweisen wäre. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden

Erwägungen der Prozessleitung im Zwischenentscheid vom 6. Dezember 2021 betreffend Ge- such um aufschiebende Wirkung und Akteneinsicht (P 21 15) verwiesen werden.

E. 4.1

Die Kosten des Verwaltungsverfahrens umfassen die amtlichen Kosten (Gebühren und Aus- lagen) sowie die Parteientschädigung (Art. 115 VRG). Die Festlegung der amtlichen Kosten sowie der Parteientschädigung im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Prozesskostengesetz (PKoG; NG 261.2 [Art. 116 Abs. 3 VRG]).

E. 4.2

Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwal- tungsgericht beträgt die Gebühr Fr. 100.– bis Fr. 7'000.– (Art. 17 PKoG). Wird ein Streitfall ohne materiellen Entscheid erledigt, beträgt die Gebühr höchstens drei Viertel der ordentlichen Gebühr (Art. 4 Abs. 2 PKoG), d.h. hier maximal Fr. 5'250.–. Die Partei hat die amtlichen Kosten im Rechtsmittelverfahren zu tragen, wenn sie unterliegt, auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten wurde oder wenn sie das Rechtsmittel zurückgezogen hat (Art. 122 Abs. 1 VRG). Die Submissionsbeschwerde war für die Parteien von gewichtiger wirtschaftlicher Bedeutung, immerhin liegt ihr ein Zuschlagspreis von Fr. 5'977'081.35 zu Grunde. Auch kann die Sache – insbesondere aufgrund der zahlreichen Rügen – nicht als einfach bezeichnet werden. Der Auf- wand für die Prozesserledigung war mit Blick auf den bereits umfassend zu begründenden Zwischenentscheid P 21 15 betreffend die aufschiebende Wirkung nicht vernachlässigbar. In Würdigung dieser Umstände wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'000.– festgesetzt. Sie werden der Beschwerdeführerin, auf deren Beschwerde nicht eingetreten wurde, auferlegt, in dieser Höhe mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verrechnet und sind be- zahlt. Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, der Beschwerdeführerin die Restanz von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten.

11■12

E. 4.3

Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen (Art. 123 Abs. 2 VRG). Die Entschädigung einer Partei, die nicht berufsmässig vertreten ist, umfasst eine angemessene Umtriebsentschädigung, insbesondere für den Arbeitsaufwand und das notwendige Erschei- nen vor einer Instanz, sowie der Ersatz der notwendigen Auslagen (Art. 30 PKoG). Die unterliegende Beschwerdeführerin ist nicht entschädigungsberechtigt (Art. 123 Abs. 2 VRG). Die Zuschlagsempfängerin beteiligte sich nicht am Verfahren, womit ihr kein Aufwand entstanden ist. Auch der Beschaffungsstelle steht grundsätzlich keine Parteientschädigung zu (Art. 123 Abs. 4 VRG). Entschädigungen sind demzufolge keine zu sprechen.

12■12