

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00068 vom 20. April 2005

ZH Verwaltungsgericht, 2005-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00068

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00068 du 20 avril 2005

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00068 del 20 aprile 2005

Regeste

Submission | Die Beschwerdeführerin erhielt den Zuschlag der gesamten Schreinerarbeiten, jedoch nur über einen Teil der ausgeschriebenen Leistungen auch einen Werkvertrag. Die verbleibenden Schreinerarbeiten wurden nochmals ausgeschrieben und dann an eine andere Anbieterin vergeben; die Beschwerdeführerin hatte ebenfalls ein Angebot eingereicht. Ausführung der Arbeiten trotz aufschiebender Wirkung. Inhalt der ersten Verfügung war der Zuschlag der gesamten Schreinerarbeiten an die Beschwerdeführerin. Der Vorbehalt bezüglich des Zustandekommens eines gültigen Vertrags ändert daran nichts (E. 3.1). Der Zuschlag verpflichtet die Vergabebehörde nicht zum Vertragsabschluss mit dem Zuschlagsempfänger, sie wird lediglich zum Abschluss ermächtigt (E. 3.2). Die Vergabebehörde kann stets auf die Beschaffung verzichten. Will sie für dieselbe Beschaffung ein neues Vergabeverfahren durchführen, hat sie den bestehenden Zuschlag durch Widerruf zu beseitigen (E. 3.3). Bezüglich der Voraussetzungen für einen Widerruf verweist die Submissionsverordnung auf die Ausschlussgründe (§ 36 in Verbindung mit § 28 SubmV). Da es sich bei diesen vor allem Gründe handelt, welche die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Vergabeverfahren betreffen, sind sie nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabebehörde bereits zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zu Tage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem andern Zuschlagsentscheid führen müssten. Ein Widerruf muss andererseits auch in Fällen zulässig sein, die von den Ausschlussgründen des § 28 SubmV nicht erfasst werden. Die Gründe für den Abbruch eines Verfahrens (§ 37 SubmV) können nicht ohne weiteres als Gründe für einen Widerruf des Zuschlags herangezogen werden (E. 3.4). In diesem Fall lag kein ausreichender Grund für einen Widerruf vor, weshalb die Einleitung des zweiten Verfahrens nicht zulässig war (E. 3.5). Die Beschwerdeführerin war nicht gehalten, bereits die Einleitung des Verfahrens anzufechten. Die Unterzeichnung des Teilwerkvertrags und die Teilnahme am zweiten Verfahren stehen einer Anfechtung des zweiten Zuschlagsentscheids nicht entgegen, da die Beschwerdeführerin mündlich gegen das Vorgehen protestiert hat (E. 3.6). Der angefochtene Zuschlag erweist sich als unrechtmässig (E. 3.7). Wird trotz Erteilung der aufschiebenden Wirkung unzulässigerweise ein Vertrag abgeschlossen, hindern Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB, welche die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Vergabeentscheids bei zulässigem Vertragsabschluss regeln, die Rechtsmittelinstanz nicht, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben (E. 4). Aufhebung des Zuschlagsentscheids (E. 5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin, die am zweiten Einladungsverfahren teilgenommen hat, ist ohne weiteres legitimiert, den Zuschlag an die Mitbeteiligte anzufechten. Sie hat allerdings nicht die Aufhebung des angefochtenen Zuschlagsentscheids, sondern lediglich die Feststellung von dessen Ungültigkeit beantragt. Ein schützenswertes Interesse an dieser Feststellung besteht nicht, solange der Zuschlag noch aufgehoben werden kann (RB 2002 Nr. 15 = BEZ 2002 Nr. 67 E. 1b; zur Möglichkeit, den Zuschlag aufzuheben, vgl. hinten, E. 4). Aus der Beschwerdebegründung geht jedoch hervor, dass die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung des Zuschlags beantragen wollte. Auf die Beschwerde ist daher in diesem Sinn einzutreten.

E. 2

Nach einem weiteren Beschwerdeantrag soll das Verwaltungsgericht die Beschwerdegegnerin dazu verpflichten, die gesamten Schreinerarbeiten gemäss der Zuschlagsverfügung vom 16. Dezember 2004 durch die Beschwerdeführerin ausführen zu lassen. Die vergebende Behörde kann jedoch im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens über den Vergabeentscheid nicht verpflichtet werden, einen Vertrag mit einer bestimmten Anbieterin abzuschliessen (hinten, E. 3.2). Auf dieses Begehren ist daher nicht einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass ihr aufgrund des rechtskräftigen Zuschlags vom 16. Dezember 2004 der Auftrag für die gesamten Schreinerarbeiten zustehe, die Gegenstand des damaligen Vergabeverfahrens waren. Die Durchführung eines neuen Verfahrens für einen Teil dieser Arbeiten sei daher nicht zulässig gewesen und der in diesem Verfahren ergangene (vorliegend angefochtene) Vergabeentscheid sei aus diesem Grund ungültig. Demgegenüber geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass sie zur nochmaligen Einleitung eines Vergabeverfahrens berechtigt gewesen sei, weil die Beschwerdeführerin für die hier strittigen Arbeiten offensichtlich zu teuer offeriert habe. Im zweiten Verfahren seien die geforderten Leistungen zudem anders, nämlich Kosten sparer, umschrieben worden.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin hatte im ersten Vergabeverfahren ein Angebot zum Preis von netto Fr. 102'167.50 eingereicht. Die kommunale Baukommission L stellte in ihrer Sitzung vom 13. Dezember 2004 fest, dass dies das einzige gültige Angebot sei. Sie beurteilte jedoch die Preise der Beschwerdeführerin für Vorhangbretter und Simse als zu teuer und beschloss daher, den Auftrag "um die Vorhangbretter und Simse reduziert" an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Gemäss dem Protokoll der Sitzung hielt sie fest: "Die Vorhangbretter und Simse werden erneut ausgeschrieben ...". Mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit, die

Leistungen seien aufgrund des durchgeführten Einladungsverfahrens, bei dem ein gültiges Angebot mit revidiertem Betrag von Fr. 102'346.90 eingegangen sei, an sie vergeben worden. Vorbehalten bleibe das Zustandekommen eines gültigen Vertrages. Der in der Sitzung der Baukommission protokollierte Vorbehalt bezüglich der Vorhangbretter und Simse wurde nicht erwähnt. Dass der Werkvertrag mit der Beschwerdeführerin nur einen Teil der fraglichen Leistungen umfassen sollte und für die übrigen Arbeiten ein neues Vergabeverfahren vorgesehen war, erfuhr die Beschwerdeführerin erst aus den Mitteilungen der Beschwerdegegnerin vom 13. Januar 2005, mit welchen ihr der reduzierte Werkvertrag und die Einladung zur nochmaligen Offertstellung zugesandt wurden. Nach den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin ist diese Sendung wegen einer ungenügenden Frankatur erst am 20. Januar 2005 bei ihr eingegangen. Aufgrund der Mitteilung vom 16. Dezember 2004 hatte die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass die gesamten Schreinerarbeiten, die Gegenstand des damaligen Verfahrens waren, an sie vergeben wurden. Die davon abweichende interne Meinungsbildung der Baukommission L ist demgegenüber ohne Belang; ob die Abweichung auf den Beschluss eines andern Gemeindeorgans oder auf ein blosses Versehen zurückzuführen ist, kann offen bleiben. Inhalt der Verfügung war daher der Zuschlag der gesamten Schreinerarbeiten zum erwähnten Preis an die Beschwerdeführerin. Der in der Mitteilung vom 13. Dezember 2004 enthaltene Vorbehalt bezüglich des Zustandekommens eines gültigen Vertrags ändert nichts an diesem Ergebnis. Der Vorbehalt entspricht der Rechtslage, nach welcher die Behörde aufgrund des Zuschlagsentscheids ohnehin nicht verpflichtet ist, einen Vertrag abzuschliessen (nachstehende E. 3.2). Offenbar bringt die Beschwerdegegnerin in ihren Vergabeentscheiden denn auch regelmässig einen entsprechenden Vermerk an (vgl. den vorliegend angefochtenen Zuschlag des zweiten Verfahrens).

E. 3.2

Die Rechtswirkung des Zuschlags besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht darin, dass die Vergabestelle in der Folge zum Abschluss eines Vertrages mit dem Zuschlagsempfänger verpflichtet wäre. Eine derartige Kontrahierungspflicht ergibt sich aus dem Vergaberecht nicht (BGE 129 I 410 E. 3.4; VGr, 28. Januar 2004, BEZ 2004 Nr. 35 E. 2.3 = ZBl 105/2004, S. 386; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 1.2, www.vgrzh.ch; vgl. Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich etc. 2004, S. 291 ff.). Gestützt auf den Zuschlag ist die Behörde lediglich ermächtigt, mit dem Zuschlagsempfänger einen Vertrag über die im Vergabeentscheid bezeichnete Beschaffung zu schliessen. Die Bedeutung dieser Ermächtigung liegt darin, dass bei einer öffentlichen Beschaffung, die in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, der Auftraggeber keinen Vertrag schliessen darf, ohne das für diese Beschaffung vorgesehene Verfahren durchgeführt zu haben. Es besteht insoweit ein Verbot für den Abschluss von Verträgen, das erst mit dem Zuschlag – begrenzt auf den Zuschlagsempfänger und die im Zuschlag umschriebene Beschaffung – aufgehoben wird (vgl. Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag [eine Reprise], BauR 2003, S. 4 f.; Beyeler, S. 191 ff., 266 ff.). Ein unter Missachtung dieser Regeln geschlossener Vertrag ist nur beschränkt wirksam (vgl. hinten, E. 4).

E. 3.3

Der Zuschlagsempfänger erhält somit durch den Zuschlag keinen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrages. Seine Interessen werden durch den Entscheid zwar insofern geschützt, als es der Auftraggeberin nicht erlaubt ist, über dieselbe Beschaffung mit einem

andern Anbieter einen Vertrag abzuschliessen. Die Vergabestelle hat jedoch stets die Möglichkeit, auf die Beschaffung zu verzichten. Ob dieser Verzicht in jedem Fall in der Form eines Widerrufs des Zuschlags erfolgen muss (so Beyeler, S. 289 f.), erscheint fraglich. Die Rechtsstellung des Zuschlagsempfängers, der nach dem Gesagten keinen Anspruch auf den Vertragsschluss hat, wird durch einen vollständigen Verzicht auf die Beschaffung in seiner vergaberechtlichen Rechtsstellung nicht betroffen. Zweifellos entspricht es aber einem korrekten Umgang mit den Anbietern und ist es auch mit Blick auf die privatrechtlichen Folgen sachgerecht, dass die Behörde den Verzicht auf eine Beschaffung klar bekannt gibt. Beabsichtigt die Vergabestelle hingegen, ein neues Vergabeverfahren für dieselbe Beschaffung – bzw. für eine Beschaffung mit vergleichbarem Zweck – durchzuführen, so ist dies nur möglich, wenn der bestehende Zuschlag vorgängig oder anlässlich der Einleitung des neuen Verfahrens widerrufen wird (Beyeler, S. 282 ff.). Der Widerruf beseitigt die Rechtskraft des Zuschlags, der einem neuen Verfahren über denselben Gegenstand im Weg steht.

E. 3.4

Die Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf des Zuschlags in Frage kommt, wurden in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts noch wenig geklärt. § 36 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) sieht vor, dass der Zuschlag "unter den Voraussetzungen von § 28" widerrufen werden kann. § 28 SubmV umschreibt die Sachverhalte, bei deren Vorliegen ein Anbieter von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen wird. Es handelt sich dabei vor allem um Gründe, welche die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Verfahren betreffen. Diese sind jedoch nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zu Tage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem andern Zuschlagsentscheid führen müssten. Andererseits ist ein Widerruf auch in Fällen zulässig, die von den Ausschlussgründen des § 28 SubmV nicht erfasst werden. So muss es z.B. möglich sein, den Zuschlag zu widerrufen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht entspricht (vgl. VGr, 15. Dezember 1999, BEZ 2000 Nr. 8, E. 2 und 4, betreffend die Feuerfestigkeit von Türen). Die Gründe, die einen Abbruch des Verfahrens und dessen anschliessende Wiederholung rechtfertigen (§ 37 SubmV), können entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ebenfalls nicht ohne weiteres als Gründe für einen Widerruf des Zuschlags herangezogen werden. Das ergibt sich schon aus dem unterschiedlichen Stand des Verfahrens zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheide. Während der Abbruch ein noch hängiges Vergabeverfahren betrifft, bei welchem der Behörde in mancher Hinsicht ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht, richtet sich der Widerruf gegen einen rechtskräftigen Zuschlagsentscheid nach abgeschlossenem Verfahren und ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit an strengere Voraussetzungen gebunden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich etc. 2002, Rz. 995, 997). Des Weiteren betreffen die Gründe, die nach § 37 SubmV einen Abbruch ermöglichen, zum Teil Sachverhalte, die bereits vor dem Vergabeentscheid zu Tage treten und aus diesem Grund keinen Widerruf rechtfertigen. Das trifft gerade auch für den vorliegend von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Umstand zu, dass kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet war, weil nur ein einziges gültiges Angebot (dasjenige der Beschwerdeführerin) eingegangen war. Dieser Umstand hätte die

Beschwerdegegnerin zweifellos berechtigt, das Verfahren abubrechen und zu wiederholen (§ 37 Abs. 1 lit. c SubmV). Nachdem sie der Beschwerdeführerin aber in Kenntnis der Tatsache dennoch einen Zuschlag erteilt hat, kann derselbe Einwand nicht nachträglich herangezogen werden, um den Widerruf des getroffenen Entscheids zu rechtfertigen. Anders verhält es sich mit dem in § 37 Abs. 1 lit. d SubmV genannten Grund, dass eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wurde. Während dieser Umstand vor dem Zuschlag einen Abbruch des Verfahrens rechtfertigt, muss der Behörde bei einer wesentlichen Änderung, die erst nach dem Zuschlag eintritt, die Möglichkeit offen stehen, den Zuschlag zu widerrufen (vgl. Beyeler, Rz. 366, der seine Auffassung, wonach das Vorliegen eines Abbruchgrunds stets auch den Widerruf der Zuschlagsverfügung rechtfertige, vor allem mit dem Abbruchgrund der wesentlichen Projektänderung begründet [Art. 30 Abs. 3 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, § 36 Abs. 1 lit. d der Vergaberichtlinien zur IVöB vom 25. November 1994/ 15. März 2001]). Ob eine Leistungsänderung vor und nach dem Zuschlag nach demselben Massstab zu beurteilen ist oder ob nach dem Zuschlag eine weiter gehende Projektänderung erforderlich ist, um einen Widerruf zu begründen, braucht hier nicht entschieden zu werden.

E. 3.5

Vorliegend macht die Beschwerdegegnerin sinngemäss geltend, dass das zweite Einladungsverfahren eine wesentlich geänderte Leistung betroffen habe, weil die Anforderungen in wichtigen Punkten anders umschrieben worden seien. Um Kosten zu sparen, seien nämlich nicht mehr Vorhangbretter aus beschichtetem Kunstharz, sondern aus Holzplatten verlangt worden, und die Schreinerarbeiten seien nicht mehr nach Metern, sondern nach Stückzahl zu offerieren gewesen, was weniger Abfall ergebe. Bei diesen Änderungen handelte es sich jedoch um eher untergeordnete Anpassungen der Spezifikationen, die auch im Rahmen des ersten Verfahrens hätten vorgenommen werden können. Schon damals hatte die Beschwerdegegnerin erkannt, dass die offerierten Preise nicht ihren Erwartungen entsprachen, und sie hätte daher von den Anbietenden entsprechend angepasste Offerten verlangen können (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 8c, www.vgrzh.ch; vgl. RB 2003 Nr. 57 = BEZ 2003 Nr. 15 E. 4). Dass sie dies nicht getan hat, lag wohl eher an der Tatsache, dass in jenem Verfahren nur ein einziges gültiges Angebot eingegangen war und daher kein wirksamer Wettbewerb zustande kam. Wie bereits erwähnt und wie die Beschwerdegegnerin zu Recht feststellt, wäre sie aus diesem Grund berechtigt gewesen, das Verfahren gestützt auf § 37 Abs. 1 lit. c SubmV abubrechen und zu wiederholen. Nachdem sie den Zuschlag aber in Kenntnis dieser Sachlage dennoch erteilt hatte, konnte sie ihn nicht aus demselben Grund nachträglich widerrufen. Ein ausreichender Grund für einen Widerruf des ersten Zuschlags lag somit nicht vor. Die Einleitung des zweiten Verfahrens für eine demselben Zweck dienende Beschaffung war daher nicht zulässig.

E. 3.6

Damit stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin diesen Mangel mit ihrer heutigen Beschwerde gegen den Zuschlag noch beanstanden kann. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin habe mit der Unterzeichnung des Teilwerkvertrages aus dem ersten Verfahren und dem kommentarlosen Einreichen eines neuen Angebots für das zweite Verfahren konkludent anerkannt, dass eine geänderte Beschaffung vorliege. Ihre Befugnis, die Durchführung des zweiten Verfahrens anzufechten, habe sie damit verwirkt.

Der Entscheid zur Einleitung eines Einladungsverfahrens wird in Art. 15 Abs. 1 bis IVöB nicht als anfechtbarer Entscheid erwähnt. Diese Aufzählung ist allerdings nicht abschliessend, da gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM) das kantonale Rechtsmittel gegen alle "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt" im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stehen muss (vgl. VGr, 11. Februar 2004, BEZ 2004 Nr. 37 E. 2.1 zu § 4 des bisherigen Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996). So hat das Verwaltungsgericht in einem Ausnahmefall auch die Beschwerde gegen eine Nichteinladung zum Einladungsverfahren als zulässig bezeichnet (VGr, 11. Februar 2004, BEZ 2004 Nr. 37 E. 3.2). Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin auch im vorliegenden Fall befugt gewesen wäre, die Einleitung des zweiten Vergabeverfahrens mit einer Beschwerde anzufechten. Das kann jedoch offen bleiben, denn diese Anfechtungsmöglichkeit war keineswegs offensichtlich und die Beschwerdegegnerin hat auch keine dahin gehende Rechtsmittelbelehrung erteilt. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht entgegengehalten werden, dass sie erst gegen den Zuschlag Beschwerde führt. Ebenso wenig kann der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden, dass sie am zweiten Einladungsverfahren teilgenommen hat, um ihre Chance auf einen nochmaligen Zuschlag zu wahren. Nach Treu und Glauben war sie in dieser Situation lediglich verpflichtet, klar zu erkennen zu geben, dass sie mit der nochmaligen Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht einverstanden war, damit ihr Verhalten nicht als Zustimmung zum Vorgehen der Beschwerdegegnerin gewertet werden konnte (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Dieser Anforderung hat sie genügt. Nach Eingang der Sendung vom 13. Januar 2005, mit welcher ihr der reduzierte Werkvertrag und die Einladung zur nochmaligen Offertstellung zugesandt wurden, wandte sich ihr Sachbearbeiter unbestrittenermassen mündlich an den Sekretär der Baukommission und erklärte diesem gegenüber, die Beschwerdeführerin sei mit dem Vorgehen der Gemeinde nicht einverstanden, fasse eine Beschwerde ins Auge und erwarte nach wie vor den Rest des Werkvertrags. Diese Erklärung muss angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles als ausreichend betrachtet werden. Mit Blick auf künftige Situationen vergleichbarer Art ist jedoch festzuhalten, dass in der Regel ein deutlicher schriftlicher Vorbehalt anlässlich der Offerteingabe erwartet werden darf.

E. 3.7

Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass das zweite Vergabeverfahren nicht hätte eingeleitet werden dürfen, ist somit im Rahmen der vorliegenden, gegen den Zuschlag gerichteten Beschwerde noch zulässig. Da der Einwand nach dem Gesagten begründet ist (vorn, E. 3.5), erweist sich der angefochtene Zuschlag als unrechtmässig.

E. 4

Der Beschwerde wurde mit Präsidialverfügung vom 10. März 2005 die aufschiebende Wirkung erteilt. Die Beschwerdegegnerin war somit während der Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens nicht befugt, gestützt auf den angefochtenen Zuschlag einen Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen (RB 1999 Nr. 66 = BEZ 1999 Nr. 13 E. 2c = ZBl 100/1999, S. 372; RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 5). Dennoch liess die Beschwerdegegnerin einen Teil der vom Zuschlag erfassten Arbeiten bereits ausführen. In ihrer Stellungnahme vom 14. April 2005 bestätigt sie, dass die erste Etappe der Arbeiten

inzwischen weit gehend erstellt sei. Welche Art von Vertrag sie mit der Mitbeteiligten geschlossen hat, geht aus ihrer Mitteilung nicht hervor. Wird eine Beschwerde gutgeheissen, nachdem der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger bereits abgeschlossen ist, kann die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB nur noch feststellen, inwiefern der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist. Eine entsprechende Regel enthält Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen für das Vergabeverfahren des Bundes. Nach weit gehend übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Lehre gilt diese Einschränkung jedoch nur, wenn der Vertrag von der Behörde zulässigerweise abgeschlossen wurde. In der Beurteilung der privatrechtlichen Wirksamkeit eines verfrüht abgeschlossenen Vertrags gehen die Ansichten zwar auseinander. So betrachtet die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen den Vertrag im Prinzip als nichtig (VPB 62/1998 Nr. 79 E. 2; vgl. Galli/Moser/Lang, Rz. 653; Evelyne Clerc, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, AJP 1997, S. 804 ff.; ähnlich das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, FZR 1999, S. 115 = BauR 1999, S. 60 Nr. S18). Das Aargauer Verwaltungsgericht sieht in den vergaberechtlichen Voraussetzungen des Vertragsschlusses so genannte Rechtsbedingungen und schliesst daraus, dass ein verfrüht abgeschlossener Vertrag bis zur Rechtskraft des Zuschlags in einem Schwebezustand verbleibt (AGVE 2001, S. 311 E. II/2; vgl. Elisabeth Lang, *Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht*, ZBl 103/2002, S. 478; Galli/Moser/Lang, Rz. 656). Nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung bewirkt das vergaberechtliche Verbot des Vertragsschlusses eine Vollmachtsbeschränkung im Sinn von Art. 33 Abs. 1 des Obligationenrechts mit der Folge, dass die Behörde, welche den Vertrag vorzeitig schliesst, ohne Vertretungsmacht handelt (Peter Gauch, *Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages*, BauR 1998, S. 123). Ein neuerer Vorschlag, welcher der Lösung des Aargauer Verwaltungsgerichts nahe kommt, gelangt aufgrund einer privatrechtlichen Lückenfüllung zum Ergebnis, dass der verfrüht und deshalb rechtswidrig abgeschlossene Vertrag für beide Parteien unwirksam bleibt, seine Ungültigkeit aber ohne weiteres geheilt wird, wenn die Erlaubniswirkung des Zuschlags eintritt (Gauch, BauR 2003, S. 7). Alle dargestellten Auffassungen stimmen jedoch darin überein, dass der unzulässigerweise geschlossene Vertrag die Rechtsmittelinstanz im Sinn von Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB nicht daran hindert, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben (ebenso das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, LGVE 2003 II Nr. 14; Beyeler, S. 296 f.). Eine andere Praxis befolgt das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen. Es weist auf rechtliche Unstimmigkeiten und praktische Schwierigkeiten hin, die mit der Annahme der Nichtigkeit eines vorzeitig geschlossenen Vertrags verbunden wären, und ist zudem der Auffassung, dass die Nichtbeachtung des bereits geschlossenen Vertrags mit den gesetzlichen Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB nicht vereinbar sei (GVP SG 2003 Nr. 40; 2001 Nr. 22). Dieser Rechtsprechung kann nicht gefolgt werden. Zwar sprechen gute Gründe dagegen, dass der vorzeitig geschlossene Vertrag als nichtig betrachtet wird (vgl. Gauch, BauR 1998, S. 121 ff.; ders., BauR 2003, S. 5 f.; RB 1999 Nr. 66 = BEZ 1999 Nr. 13 E. 2d = ZBl 100/1999, S. 372). Die angesprochenen dogmatischen und praktischen Fragen können jedoch, wie die dargestellte Rechtsprechung und Lehre zeigen, mit andern privatrechtlichen Ansätzen sachgerecht gelöst werden. Sodann ergibt sich aus den Bestimmungen von Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB keineswegs zwingend, dass ein unzulässigerweise geschlossener Vertrag der Aufhebung des Zuschlags

entgegensteht. Diese Bestimmungen sind in Zusammenhang mit der besonderen verfahrensrechtlichen Ordnung zu sehen, nach welcher der Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid nicht in jedem Fall aufschiebende Wirkung zukommt und daher in vielen Fällen schon während des Rechtsmittelverfahrens ein Vertrag geschlossen werden darf. Für Verträge, die in Missachtung dieser Ordnung geschlossen wurden, beanspruchen sie keine Geltung. Das Zürcher Verwaltungsgericht hatte die Rechtswirkungen eines vorzeitigen abgeschlossenen Vertrages bisher nicht zu beurteilen (vgl. RB 1999 Nr. 66 = BEZ 1999 Nr. 13 E. 2d = ZBl 100/1999, S. 372). Auch im vorliegenden Fall ist es nicht erforderlich, dessen privatrechtliche Wirksamkeit im Einzelnen zu klären; diese sind vor allem für die vertragsrechtliche Abwicklung des zu Unrecht erteilten Auftrags von Bedeutung, welche jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Aus der Sicht des Vergaberechts ist nur entscheidend, ob der unzulässigerweise geschlossene Vertrag die Rechtsmittelinstanz im Sinn von Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB daran hindert, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben. Mit der überwiegenden Mehrheit von Rechtsprechung und Lehre ist davon auszugehen, dass dies nicht zutrifft. Andernfalls wäre eine wirksame Durchsetzung der vergaberechtlichen Regeln nicht gewährleistet.

E. 5

Der angefochtene Zuschlag ist somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Eine Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin ist nicht erforderlich, da nicht Mängel des zweiten Vergabeverfahrens zur Aufhebung des Zuschlags führen, sondern die Durchführung dieses Verfahrens überhaupt hätte unterbleiben müssen. Mit der Aufhebung des angefochtenen Zuschlags bleibt daher der im ersten Verfahren ergangene Zuschlagsentscheid vom 16. Dezember 2004 gültig. Die Behörde hat damit die Möglichkeit, gestützt auf den damaligen Zuschlag einen Auftrag an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), und sie hat die Beschwerdeführerin für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erweist sich eine Umtriebsentschädigung von Fr. 1'500.- (Mehrwertsteuer inbegriffen). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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