

Verhinderung einer De-facto-Vergabe durch einen Anbieter

Droht eine De-facto-Vergabe, kann die Vergabestelle über eine Beschwerde beim zuständigen Verwaltungsgericht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäss anwendbarem Vergaberecht gezwungen werden.

S'il existe un risque d'adjudication de fait, le tribunal administratif peut, sur recours, obliger l'entité adjudicatrice à effectuer une procédure formelle conforme au droit des marchés publics.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 11. November 2015 (WBE.2015.114)¹

Peter Galli, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich²

Der Fall

(2) «Die Aargauische Pensionskasse (APK) ist Eigentümerin von Liegenschaften mit 165 Mietwohnungen [...] in O. Geplant war ursprünglich, ab April 2016 etappenweise in allen Wohnungen die Küchen und Bäder zu sanieren.»

Das Architekturbüro B AG hatte zufällig erfahren, dass die APK die notwendigen Architekturleistungen möglicherweise de facto zu beschaffen gedenkt, weshalb es diese mit Schreiben vom 6. Februar 2015 ersuchte, es über den Stand des Beschaffungsverfahrens zu orientieren; insbesondere wollte die B AG wissen, «ob das geplante Beschaffungsgeschäft öffentlich ausgeschrieben werde oder welche andere vergaberechtliche Behandlung das Geschäft erfahren solle».

«Mit Schreiben vom 24. Februar 2015 teilte die APK mit, bei der geplanten Küchen- und Badsanierung in O handle es sich nicht um ein Geschäft, welches öffentlich ausgeschrieben werden müsse.»

Gestützt auf den vorgenannten Briefverkehr erhob die B AG am 4. März 2015 eine Beschwerde an das Aargauer Verwaltungsgericht.

Die APK bestritt, dem «öffentlichen Vergaberecht zu unterstehen». Bezüglich des strittigen Vergabegeschäfts räumte sie ein, bereits «Architekturleistungen mit einem über CHF 300 000.– liegenden Honorarvolumen» ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben zu haben; der diesbezüglich abgeschlossene Beschaffungsvertrag sei bereits weitgehend erfüllt worden. Die «handwerkliche Ausführung der Sanierungsarbeiten sowie die Bauleitung der Ausführung» seien jedoch noch nicht vergeben worden.

¹ Das Urteil des Verwaltungsgerichts wurde von der APK ans BGER weitergezogen. Mit Urteil vom 18. Juli 2016 (2C_6/2016, zur Publikation in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide vorgesehen) hat das BGER die Beschwerde abgewiesen. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI hat das bundesgerichtliche Urteil im Jusletter vom 7. November 2016 einlässlich besprochen. Zu den Fragen betreffend Verhinderung einer De-facto-Vergabe hatte sich das BGER in seinem Verfahren nicht mehr zu äussern. Der vorliegende Beitrag befasst sich daher ausschliesslich mit dem oben angeführten erstinstanzlichen Urteil.

² Das beschwerdeführende Architekturbüro ist im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren durch den Schreibenden anwaltlich vertreten worden.

Der Entscheid

1. Die Frage, «ob in einem konkreten Fall zu Recht auf ein dem Submissionsdekret unterstelltes Vergabeverfahren verzichtet» wurde, «kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle stets in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die blosser Behauptung der Nichtanwendbarkeit des öffentlichen Submissionsrechts zu

umgehen». Im Gegensatz zur Anfechtung von im Rahmen eines Submissionsverfahrens ergangenen und ordnungsgemäss eröffneten Verfügungen gemäss § 24 Abs. 2 SubmD wurde im vorliegenden Fall gerade kein formelles Verfahren eingeleitet und durchgeführt.³ Ob die 10-tägige Beschwerdefrist gemäss § 25 Abs. 1 SubmD hier überhaupt zum Tragen kommen kann, ist daher fraglich. Auch das BGer redet in diesem Kontext von einer Anfechtung binnen «*nützlicher Frist*». «Erlangt eine Anbieterin Kenntnis von einer ihres Erachtens unzulässigen De-facto-Vergabe, muss es ihr unbenommen sein, vor einer Beschwerdeerhebung mit der Auftraggeberin – ggf. auch mehrmals – Rücksprache zu nehmen und alle erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Abklärungen zu treffen, ohne dass sie bereits deswegen das Beschwerderecht verwirkt». Die Beschwerdefrist wurde vorliegend eingehalten.

2. Ist ein Auftrag de facto vergeben worden, sind Anbieter zur Beschwerde legitimiert, wenn sie geltend machen, das «vorgeschriebene Vergabeverfahren sei zu Unrecht unterblieben». Erforderlich ist zudem, dass der Beschwerdeführer «am Auftrag interessiert ist und dem Kreis der potenziellen Anbieter zugerechnet werden kann, d.h. in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen».⁴

Nachdem die hier zur Debatte stehenden Architekturleistungen in den Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin fallen, kann ihr «das schutzwürdige Interesse an der Feststellung, dass der bereits erfolgte Vertragsschluss rechtswidrig ist, nicht abgesprochen werden».

3. Die APK ist «eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit» und untersteht – «wie auch etwa die Aargauische Kantonalbank oder die Aargauische Gebäudeversicherung – gemäss § 5 SubmD dem öffentlichen Vergaberecht». Aus Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB kann die APK nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die IVöB «als Rahmenvereinbarung einen Minimalstandard sicherstellt» und die Kantone eine Unterstellung in einem weiter gehenden Sinne statuieren dürfen⁵, was der Kanton Aargau mit § 5 SubmD getan hat. Da der «Versichertenbestand der APK per Ende Dezember 2014 zu rund 55% auf rechtlichen Vorgaben des Kantons beruhte» (§ 2 Abs. 1 des Pensionskassendekrets) und derselbe seinerzeit nicht über ein Beschaffungsverfahren erlangt, sondern durch gesetzliche Vorschrift der APK zugeteilt wurde, «kann von einer rein wirtschaftlichen bzw. kommerziellen Tätigkeit der APK keine Rede sein». Überdies wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass «kantonale oder kommunale Einrichtungen des öffentlichen

Rechts sämtliche Aufträge nach Vergaberecht zu vergeben haben».⁶ Die APK nimmt im Bereich der beruflichen Vorsorge «eine öffentliche Aufgabe wahr». Die Einnahmen der APK haben sodann «einen überwiegend öffentlich-rechtlichen» Ursprung. Auch entbinden die bundesrechtlichen Bestimmungen über den BVG-Bereich die Pensionskassen nicht von der Einhaltung des kantonalen Vergaberechts.

4. Die Unterstellung der APK unter das Submissionsdekret umfasst namentlich die «Bewirtschaftung ihrer Immobilien im Anlagevermögen in Bezug auf die Auftragsarten gemäss § 6 Abs. 1 SubmD.»

5. Soweit der Architekturvertrag bereits am 28. Februar 2014 abgeschlossen und schon weitgehend erfüllt wurde, ist die «Rechtswidrigkeit» dieses «Vertragsabschluss(es)» festzustellen. Die noch nicht vergebenen Architekturleistungen sind «in einem Vergabeverfahren nach dem massgebenden Submissionsrecht auszuschreiben; bei einer Vergabe über einen GU-Auftrag hat die APK diesen öffentlich auszuschreiben. Zur Sicherung der Vollstreckung ist die Ausschreibungsverpflichtung mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verbinden».

Anmerkungen

1. Bei De-facto-Vergaben und zu tiefstufigen Vergabeverfahren (Freihandvergabe anstatt eines Einladungsverfahrens bzw. eines der beiden letztgenannten Verfahrens anstatt der vorgeschriebenen öffentlichen Ausschreibung) besteht für den nicht in das Verfahren einbezogenen Anbieter das Problem, davon überhaupt bzw. vor dem Abschluss des Beschaffungsvertrags Kenntnis zu erlangen.⁷ Da das Gesetz dem Anbieter weder de lege lata noch gemäss den Revisionsvorlagen BöB/IVöB wirksame Instrumente in die Hand gibt, um solchen Verfahrensfehlern auf die Spur zu kommen, reduziert sich das (rechtzeitige) Auffinden von solcherart fehlerhaftem Vergabestellenverhalten auf reine *Zufallsfunde*.

Bei einem Verdacht kann ein Anbieter die Vergabestelle um eine Stellungnahme ersuchen und ggf. – gestützt auf diese Korrespondenz – über eine Beschwerde beim zuständigen Verwaltungsgericht die Durchführung eines Submissionsverfahrens gemäss anwendbarem Vergaberecht erwirken.⁸

⁶ MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 295, S.150.

⁷ Das Zürcher Verwaltungsgericht hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem die Vergabestelle eine Freihandvergabe durchführte, obschon die Beschaffung aufgrund des Schwellenwerts im Einladungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen (VB.2015.00238 vom 3. Dezember 2015). Das Gericht ging dabei zu Recht davon aus, dass es den im zu tiefstufigen Vergabeverfahren ergangenen Zuschlag trotz des Beschaffungsvertrags hätte aufheben und nicht bloss die Rechtswidrigkeit feststellen können. Es beschränkte dann aber die Anordnung einer Neuvergabe auf Fälle, in welchen die zur Debatte stehenden Leistungen noch nicht ausgeführt worden sind (E. 6.5.2).

⁸ Das Verwaltungsgericht betont ausdrücklich die Wichtigkeit dieser Beschwerdemöglichkeit für die Durchsetzung des Gebots der öffentlichen

³ Das Vorliegen einer Verfügung ist für die Beschwerdeerhebung im vorliegenden Spezialfall nicht notwendig. Interessant in diesem Zusammenhang MARTIN BEYELER (BR/DC 1/2014, S. 56, Nr. 63, Anmerkung Ziffer 3), der die in der rechtswidrig unterlassenen Ausschreibungsverfügung liegende Rechtsverweigerung als Anfechtungsobjekt betrachtet. In casu könnte allerdings auch das oben erwähnte Schreiben der Vergabestelle vom 24. Februar 2015 als Anfechtungsobjekt angesehen werden.

⁴ Statt vieler BGE 137 II 321 E. 3.2.3.

⁵ MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 28, S. 27.

2. Da De-facto-Vergaben und zu tiefstufige Vergabeverfahren aufgrund der den Anbietenden häufig fehlenden einschlägigen Informationen wohl nur selten über eine Beschwerde vermieden werden können, ist das Eingreifen der *Aufsichtsbehörden*⁹ umso wichtiger.

Ausschreibung von grösseren Beschaffungen (E. 2.4; dazu schon AGVE 2001, S. 313; 2013, S. 202).

⁹ Vgl. dazu den Beschluss des Zürcher Regierungsrats Nr. 758/2015 vom 8. Juli 2015, mit welchem die nach Art. 620 ff. OR organisierte GZO AG, welche das Spital Wetzikon betreibt, zusammen mit den Mitgliedern ihrer leitenden Organe unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB verpflichtet wurde, bei «sämtlichen Beschaffungen, welche die GZO AG vor-

Eine gewisse Rolle spielt im vorliegenden Zusammenhang auch die WEKO, die im Rahmen ihrer Überwachung der Einhaltung des BGBM durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben Untersuchungen durchführen, Empfehlungen abgeben, Gutachten erstellen und Beschwerde führen kann.¹⁰

nimmt, die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne der Erwägungen einzuhalten».

¹⁰ RPW 2014/2, S. 442, Ziffer 1; vgl. im vorliegenden Zusammenhang BGE 141 II 113 als Beispiel des Eintretens der WEKO gegen ein zu tiefstufiges Vergabeverfahren.