

Submissionsverfahren

Submission: Vorbefassung. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber wird verletzt, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein erwecken, es bestünden nicht für alle Bewerber gleiche Voraussetzungen und ein fairer Wettbewerb sei nicht garantiert.

Sachverhalt

Für die Installation der Elektroanlagen im Zusammenhang mit dem Umbau einer Liegenschaft führte die Römisch-Katholische Kirchgemeinde X. ein Submissionsverfahren durch. Die Arbeitsausschreibung erfolgte im Februar 1997 im Bremgarter Bezirksanzeiger. Es wurden vier Offerten eingereicht. Die Römisch-Katholische Kirchenpflege X. vergab den Auftrag mit Beschluss vom 3. Juni 1997 an Y. zum Preis von Fr. 21'438.30. Y. hatte bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen als Fachperson und administrativ mitgewirkt. Mit Schreiben vom 17. Juni 1997 teilte die Kirchenpflege dem späteren Beschwerdeführer die anderweitige Vergabe des Auftrags mit. Das Verwaltungsgericht hob den Zuschlag auf und wies die Angelegenheit zurück zur neuen Vergabe der Arbeiten aufgrund der durchgeführten Submission.

Aus den Erwägungen

1. a)

[...] Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 des Submissionsdekrets (SubmD) vom 26. November 1996 kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Tritt eine Gemeinde als Vergabestelle auf, gilt diese Rechtsschutzbestimmung unabhängig vom Wert des Auftrags (§ 24 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 lit. d SubmD).

b)

aa)

Das SubmD trat am 1. Mai 1997 in Kraft (Regierungsratsbeschluss vom 8. Januar 1997); gleichzeitig wurde die Verordnung über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung, SubVO) vom 16. Juli 1940 aufgehoben. Die Submission, die vorliegendenfalls angefochten wird, wurde am 3. / 4. Februar 1997 öffentlich ausgeschrieben (wobei die Bedeutung dieser Ausschreibung umstritten ist [vgl. Erw. II/1 hienach]); der Beschluss der Beschwerdegegnerin über die Erteilung des Zuschlags datiert vom 3. Juni 1997. Damit stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts und hierbei zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im vorliegenden Fall.

bb)

Gemäss der Übergangsbestimmung von § 42 SubmD findet das Dekret Anwendung auf alle geplanten Aufträge, die entweder nach seinem Inkrafttreten ausgeschrieben werden (lit. a), oder, soweit die Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden, über die vor dem Inkrafttreten noch kein Vertrag geschlossen wurde (lit. b [hier liegt offensichtlich ein Redaktionsversehen vor, indem der Satzteil "soweit die Aufträge ohne Ausschreibung vergeben werden" wiederholt wird, ohne dass darin irgendein Sinn erkennbar wäre]).

Der Wortlaut von § 42 SubmD unterscheidet nicht zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. Nach Rechtsprechung und Lehre sind jedoch neue Verfahrensvorschriften grundsätzlich sofort und uneingeschränkt mit Inkrafttreten anzuwenden, wenn die Kontinuität des materiellen Rechts dadurch nicht gefährdet wird und die Übergangsbestimmungen nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen (BGE 115 II 40 f.; 115 II 101; 111 V 47; 109 Ib 165; 79 I 87; Fritz Gygis, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 52 f.). Dementsprechend beurteilt sich auch die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nach dem im Zeitpunkt seiner Einlegung geltenden Prozessrecht (BGE 115 II 101). Diesem allgemeinen Grundsatz entspricht auch die Übergangsbestimmung des VRPG; § 87 VRPG sieht vor, dass die beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits angehobenen Verfahren nach bisherigem Recht zu Ende geführt würden: "Für Verfügungen und Entscheide, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnet werden, bestimmt sich die Weiterziehbarkeit und das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz nach neuem Recht". § 23 SubmD verweist bezüglich des Rechtsschutzes auf die Vorschriften des VRPG, weshalb es sich rechtfertigt, § 87 VRPG zur Auslegung von § 42 SubmD heranzuziehen.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint es richtig, die Übergangsbestimmung von § 42 SubmD dahingehend zu interpretieren, dass auf Aufträge, die vor dem 1. Mai 1997 ausgeschrieben worden sind, bei denen der Zuschlag (als die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbare Verfügung) jedoch erst nach dem 1. Mai 1997 erfolgt ist, die Rechtsschutzbestimmungen (Zuständigkeit und Verfahren) des Submissionsdekrets Anwendung finden. Im übrigen bleiben aber die Vorschriften der Submissionsverordnung grundsätzlich anwendbar (vgl. Erw. II/1 hienach). Der Dekretgeber wollte mit der Übergangsbestimmung vor allem verhindern, dass nach altem Recht angehobene Submissionsverfahren, weil nicht dem Dekret entsprechend, wiederholt werden müssen (vgl. auch Botschaft des Regierungsrats zum Submissionsdekret vom 22. Mai 1996, S. 21).[...]

II.

1. a)

Umstritten ist zunächst die Frage, nach welchem Recht die Beschwerde materiell zu beurteilen ist. [...]

b)

Am 4. Februar 1997 veröffentlichte die Beschwerdegegnerin im Bremgarter Bezirksanzeiger unter dem Titel "Arbeitsausschreibung" eine Einladung zur Teilnahme an einer Submission im Rahmen des Bauvorhabens Umbau "Altes Vereinshaus", u. a. betreffend BKP 230 "Elektroanlagen". Die Beschwerdegegnerin behielt sich das Recht vor, den Kreis der Submittenten zu begrenzen oder allenfalls zu erweitern. Nachdem sie am 26. April 1997 die Baubewilligung für den Umbau erhalten hatte, wurden aufgrund einer Submittentenliste (datierend vom 12. Mai 1997) die Offertunterlagen am 12. Mai 1997 vier ausgewählten Unternehmern zugestellt. Diesen Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die Offerten der Submissionsverordnung unterliegen. Weiter wird festgehalten, dass die Teilnahme von Unternehmern an der Offertöffnung gemäss Kreisschreiben (des Regierungsrats) zu § 30 der Submissionsverordnung ausgeschlossen wird. Ein Hinweis darauf, dass das auf den 1. Mai 1997 in Kraft getreten Submissionsdekret anwendbar sei, findet sich dagegen nirgends. Damit steht fest, dass die Arbeiten betreffend Elektroarbeiten einerseits ganz klar vor dem 1. Mai 1997 öffentlich ausgeschrieben worden sind und zwar im Sinne einer Submission auf Bewerbung. Gemäss § 42 SubmD bleibt damit die Submissionsverordnung materiell anwendbar. Andererseits hat die Beschwerdegegnerin die Submissionsverordnung in ihren Ausschreibungsunterlagen, die unbestrittenermassen erst nach dem 1. Mai 1997 verschickt worden sind, ausdrücklich für anwendbar erklärt. Wenn sie nun geltend macht, es handle sich vorliegendenfalls um eine freihändige Vergabe im Sinne des Submissionsdekrets, setzt sie sich – wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt – in Widerspruch zu ihren eigenen Äusserungen und verstösst gegen Treu und Glauben. Die Bewerber durften berechtigterweise davon ausgehen, es handle sich um eine öffentliche Submission mit Präqualifikation, auf welche die Submissionsverordnung zur Anwendung gelangt.

Die Beschwerde ist somit materiellrechtlich noch nach den Vorschriften der Submissionsverordnung zu beurteilen.

2.

[...] b)

Gemäss § 7 Abs. 1 SubVO ist den Beamten und Angestellten der vergebenden Gemeinwesen und Organisationen "die Mitwirkung bei der Aufstellung von Wettbewerbsangeboten in allen Fällen und jeder Form untersagt". Der Zweck der Regelung ist der folgende: Es soll – zur Wahrung der Chancengleichheit der sich bewerbenden Unternehmer – verhindert werden, dass Funktionäre des vergebenden Gemeinwesens, die als solche potentiell über bessere bzw. sogar geheime Informationen verfügen und zu den für den Vergabungsentscheid zuständigen Stellen in einer engen beruflichen Beziehung stehen können, einem einzelnen Bewerber oder einzelnen Bewerbern bei der Gestaltung der Offerte Hilfe leisten und dadurch deren Aussicht auf einen Zuschlag erhöhen; konsequenterweise muss es ihnen auch untersagt sei, selber als Bewerber aufzutreten. Dieses Verbot gilt zunächst für die "Beamten und Angestellten" des betreffenden Gemeinwesens. Darunter ist sicher vorab das im Dienste dieses Gemeinwesens stehende Personal zu verstehen. Nach Sinn und Zweck des Verbots sind davon aber alle Personen betroffen, die in so enger Weise mit der vergebenden Stelle verbunden sind, dass sie gegenüber ihren Mitbewerbern bevorteilt scheinen (vgl. zum Ganzen: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1990, S. 508 ff.). Diese Auslegung entspricht im übrigen auch den sich unmittelbar aus Art. 4 der Bundesverfassung (BV) ergebenden verfahrensrechtlichen Minimalgarantien. Diese greifen, namentlich wenn es um die Ausstandspflichten geht, auch in einem Submissionsverfahren Platz (vgl. BGE 119 Ia 431).

c)

Vorliegendenfalls hat die Beschwerdegegnerin das Architekturbüro P. mit der Planung und Bauleitung im Zusammenhang mit dem Umbau der Liegenschaft "Altes Vereinshaus" beauftragt. Dieses wiederum hat für die Elektroplanung Y. zur technischen Mithilfe hinzugezogen. Sowohl der beauftragte Architekt als der vom diesem zugezogene Elektroplaner [Y.] erscheinen damit als Hilfspersonen der Vergabebehörde für das fragliche Submissionsverfahren.

Die Mitwirkung von Y. bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen wird von der Beschwerdegegnerin und deren Architekten nicht bestritten. Da Elektroinstallationen für Wohnungen einfach seien und man Kosten habe sparen wollen, sei auf den Beizug eines Planungsbüros verzichtet worden. Der Architekt habe die Planung und das Devis erstellt; dabei sei für technische Details Y. zugezogen worden, und das Devis sei auf dem PC im Büro Y. erstellt worden. Der Architekt könne nicht abschliessend für Elektroinstallationen zuständig sein, sondern sei auf vorgängige technische Mithilfe angewiesen. Die Firma Y. habe durch die erteilten Angaben aber keinen Wettbewerbsvorteil gehabt; allen Offertstellern hätten dieselben Unterlagen zur Verfügung gestanden.

d)

Im Submissionsverfahren kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber eine zentrale Bedeutung zu. Ein fairer Wettbewerb ist nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen bestehen. Um dies zu gewährleisten, sieht die Submissionsverordnung z. B. verschiedene Verfahrensvorschriften vor. So sind die Offerten innert bestimmter Frist einzureichen; verspätete Offerten sind ungeöffnet auszuschneiden (§§ 18, 22 Abs. 1, 25 Abs. 1, 26 Abs. 4 SubVO). Die Angebote müssen den Wettbewerbsunterlagen entsprechen und unter Benützung des Eingabeformulars gemacht werden (§ 23 Abs. 1 SubVO). Wirkt ein Bewerber nun in irgend einer Weise bereits bei der Ausarbeitung des Projekts oder der Submissionsformulare mit, ist es offensichtlich, dass ihm zumindest ein Wissensvorsprung gegenüber seinen Konkurrenten zukommt. Er weiss, wie der Beschwerdeführer zu recht geltend macht, wo das Devis Schwachstellen aufweist, welche Positionen auszuführen sind, welche möglicherweise wegfallen, wo also am ehesten gespart werden kann. Hinzukommt, dass in solchen Fällen die Gefahr von bewussten Manipulationen bei der Ausarbeitung des Devis nicht zu bestreiten ist. Vor allem dort, wo besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, die nur der Betreffende aufweist, ist eine Überprüfung durch die Bauherrschaft bzw. den Architekten, ob sich der spätere Bewerber durch die Aus- oder Mitgestaltung des Devis einen Vorteil verschafft, ohne die Expertise eines Fachmanns kaum möglich. Es besteht somit bei solchen Konstellationen generell die Gefahr, dass die Chancengleichheit der Bewerber nicht mehr gewährleistet ist. Ob sich derjenige, der zunächst bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitwirkt und anschliessend als Bewerber auch an der Submission teilnimmt, im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft oder einen solchen verschaffen könnte, kann nicht entscheidend sein. Es muss genügen, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein erwecken, es bestünden nicht für alle Bewerber gleiche Voraussetzungen und ein fairer Wettbewerb sei nicht garantiert. Insofern liegt eine mit der Frage der Unparteilichkeit von Richtern (Art. 58 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 der

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK] vom 4. November 1950/3. Oktober 1974) vergleichbare Situation vor. Befangenheit eines Richters ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts bereits dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Das heisst, es wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist, sondern es genügt, wenn - objektiv begründet - Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (AGVE 1995, S. 414). Analoges muss für die Mitwirkung von späteren Bewerbern bei der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen gelten.

Entscheid des Verwaltungsgerichts (III/61) vom 25.08.1997 in Sachen L.M., S. 4 ff.