

WBE.2009.124 / MW / sk

Art. 61

Urteil vom 24. August 2009

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Präsident
Verwaltungsrichter Gysi
Verwaltungsrichterin Lang
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin

X. AG,
vertreten durch Dr. iur. Guido Fischer, Rechtsanwalt

gegen

Abwasserverband Region M.

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung des Abwasserverbands Region M. vom 2. April 2009

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Für die Ausarbeitung eines Regenüberlaufkonzepts führte der Abwasserverband Region M. ein Submissionsverfahren mit mehreren Anbietern durch. Zur Offertstellung eingeladen wurden am 31. Oktober 2008 vier Ingenieurbüros, von denen drei ein Angebot einreichten. Die (unbereinigten) Angebotssummen bewegten sich zwischen Fr. 44'700.-- und Fr. 131'363.-- (Unternehmervariante). Am 17. Februar 2009 beschloss der Vorstand des Abwasserverbands Region M., den Auftrag an die H. AG zum Preis von Fr. 49'496.-- zu erteilen. Mit Verfügung vom 2. April 2009 teilte der Abwasserverband Region M. X. AG mit, dass der Auftrag der H. AG vergeben worden sei. Deren Angebot habe sich als wirtschaftlich günstigstes erwiesen. Die Verfügung war mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

B.

1.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. April 2009 stellte die X. AG die folgenden Begehren:

"1.

Die angefochtene Verfügung vom 2. April 2009 sei aufzuheben.

2.

Die Sache sei mit verbindlichen Anordnungen zur neuen Entscheidung an die Vergabebehörde zurückzuweisen.

3.

Verfahrensantrag:

Es sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, die vorliegende Beschwerde zu ergänzen, nachdem – allenfalls – die Vergabestelle eine Begründung der angefochtenen Verfügung nachschiebt.

4.

Dieser Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei der Vergabebehörde zu untersagen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen.

5.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

2.

Der Abwasserverband Region M. schloss mit Beschwerdeantwort vom 25. Mai 2009 auf Abweisung der Beschwerde. Gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erhob er keine Einwände.

3.

Mit Verfügung vom 27. Mai 2009 erteilte der Kammerpräsident der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

4.

Die H. AG hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (siehe Ziffer 3 der Verfügung vom 17. April 2009).

5.

Die Beschwerdeführerin hat mit Replik vom 19. Juni 2009 zur Beschwerdeantwort des Abwasserverbandes Region M. Stellung genommen.

6.

Der Abwasserverbande Region M. hat am 2. Juli 2009 (Postaufgabe: 3. Juli 2009) eine Duplik erstattet.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 24. August 2009 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a - h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von § 54 Abs. 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG), was hier der Fall ist.

1.2.

Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910), in der Fassung vom 18. Oktober 2005, kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden; dieses entscheidet endgültig (§ 24 Abs. 1 SubmD). Beim Abwasserverband Region M. handelt es sich unstreitig um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD. Sind die Schwellen-

werte des Einladungsverfahrens (gemäss § 8 Abs. 2 SubmD) erreicht, gilt als anfechtbare Verfügung u. a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD).

Gemäss § 8 Abs. 2 SubmD sind Aufträge im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags folgenden Betrag übersteigt:

- a) Fr. 300'000.-- bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) Fr. 150'000.-- bei Dienstleistungen und Aufträgen des Bauneben-gewerbes;
- c) Fr. 100'000.-- bei Lieferungen.

Erreicht der geschätzte Wert des Einzelauftrags den Betrag für das Einladungsverfahren nicht, so kann der Auftrag freihändig vergeben werden (vgl. § 8 Abs. 3 lit. a SubmD).

1.3.

1.3.1.

Gemäss der Vergabestelle wurde das freihändige Verfahren im Sinne von § 7 Abs. 4 SubmD durchgeführt (Beschwerdeantwort, S. 2; Duplik, S. 1). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hingegen erfolgte die Vergabe in einem formellen Einladungsverfahren nach § 7 Abs. 3 SubmD (Replik, S. 1 ff.).

1.3.2.

Der vorliegend zu vergebende Auftrag umfasst die Ausarbeitung eines Regenüberlaufkonzepts. Es handelt sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag. Dienstleistungsaufträge sind im Einladungsverfahren nach § 7 Abs. 3 SubmD zu vergeben, wenn der geschätzte Wert Fr. 150'000.-- übersteigt. Bei der Berechnung des Auftragswertes ist die eidgenössische Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 5 SubmD). Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, so ist in der Regel der Gesamtwert massgebend (§ 8a Abs. 3 SubmD).

1.3.3.

Die Vergabestelle ist nach ihren Angaben von geschätzten Kosten für die Erarbeitung des Konzeptes in der Grössenordnung von Fr. 50'000.-- ausgegangen (Duplik, S. 1 f. mit Hinweis). Die kalkulierten Kosten für das Überlaufkonzept liegen bei Fr. 50'000.--. Im Finanzplan wurden im Jahr 2009 Fr. 100'000.-- eingesetzt (vgl. Ziff. 3 des Antrags 171.06 [bei den Beilagen zur Beschwerdeantwort]). Die Angebotssummen der eingereichten Honorarofferten betragen Fr. 44'700.-- (exkl. MWST und Nebenkosten), Fr. 55'000.-- und Fr. 98'045.-- / Fr. 131'363.-- (Protokoll über die Öffnung der Offerten vom 28. November 2008 [bei den Beilagen zur Beschwerdeantwort]). Der Grund für die auffallend hohen Preise des drittge-

nannten Anbieters liegt darin, dass dieser nicht über das notwendige Programm für die Berechnungen verfügt und diese Dienstleistung einkaufen muss (vgl. Ziff. 1 des Antrags 171.06 [bei den Beilagen zur Beschwerdeantwort]). Diese beiden Angebotsvarianten vermögen die Richtigkeit der sich auf Fr. 50'000.-- belaufenden Kostenschätzung der Vergabestelle deshalb nicht in Frage zu stellen. Der für die Vergabe im Einladungsverfahren massgebende Schwellenwert von Fr. 150'000.-- wird vorliegend nicht erreicht. Daran würden auch die im Pflichtenheft vorgesehenen Optionen, deren Wert die Beschwerdeführerin auf Fr. 60'000.-- - Fr. 80'000.-- schätzt, nichts ändern.

1.4.

Unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens besteht seit der Teilrevision des Submissionsdekrets vom 18. Oktober 2005 weder ein Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung noch ein Anspruch auf Rechtsschutz (vgl. Zusatzbotschaft des Regierungsrats vom 6. Juli 2005 zur Teilrevision des Submissionsdekrets [Zusatzbotschaft], S. 2). Im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle hat das Verwaltungsgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 die Vereinbarkeit des Ausschlusses des Beschwerderechts für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte mit dem übergeordneten Recht bejaht (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2007, S. 153 ff.; vgl. grundlegend auch BGE 131 I 137 ff. [Sigriswil], insbes. S. 141 ff.; ferner Martin Beyeler, in: Baurecht 2005, S. 70 f.).

1.5.

Unbestrittenermassen nicht zum Tragen kommt vorliegend die in § 24 Abs. 3 SubmD vorgesehene Ausnahme (Anfechtbarkeit des Ausschlusses von künftigen Vergabeverfahren). Angefochten ist einzig die Rechtmässigkeit des erteilten Zuschlags, mithin das Ergebnis des durchgeführten Vergabeverfahrens. Festzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass auch das Einholen mehrerer Offerten nichts am Vorliegen eines freihändigen Verfahrens im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. a SubmD ändert (siehe § 8 Abs. 4 SubmD; BGE 131 I 145; Zusatzbotschaft, S. 3; ferner Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2005, S. 499 ff.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Mai 2009 [VB.2008.00555], Erw. 1). Weiter bleibt festzuhalten, dass gemäss § 24 SubmD für das Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung (und damit eines Rechtsmittels) das Erreichen der massgeblichen Schwellenwerte relevant ist und nicht die Art des durchgeführten Verfahrens. Insofern könnte – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch der (freiwillige) Entscheid für ein höherstufiges Verfahren im unterschwelligen Bereich (was von der Vergabestelle ohnehin verneint wird) nicht dazu führen, dass ein Rechtsmittel gegeben wäre. Demgemäss kann die Beschwerdeführerin auch aus der irrtümlichen Bezeichnung des Absageschreibens vom 2. April 2009 als

Verfügung und der beigefügten Rechtsmittelbelehrung nichts zu ihren Gunsten herleiten.

1.6.

1.6.1.

Auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. In Ausnahmefällen können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen. Mit der auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Revision des VRPG ist die Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts an die Rechtsweggarantie zwischenzeitlich erfolgt. Die Generalklausel in § 54 Abs. 1 VRPG regelt den Grundsatz; mit ihr soll die Rechtsweggarantie umgesetzt werden. Gemäss § 54 Abs. 1 VRPG ist gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. In § 54 Abs. 2 und 3 VRPG werden die zulässigen Ausnahmen geregelt. Während § 54 Abs. 2 VRPG die wichtigsten Ausnahmefälle explizit auflistet, hält § 54 Abs. 3 VRPG fest, dass weitere Ausnahmen gesetzlich vorgesehen werden können. Gemäss der Botschaft des Regierungsrats vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (S. 66) hat dies einzelfallweise in einem formellen Gesetz zu geschehen.

1.6.2.

Damit stellt sich die Frage, ob der sich aus § 24 SubmD ergebende Ausschluss eines Rechtsschutzes für unterschwellige Auftragsvergaben der öffentlichen Hand auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, d. h. auf einem formellen Gesetz, beruht. Formelle Gesetze sind in erster Linie dem Referendum unterstellte Erlasse. Vom Parlament beschlossene Akte (sog. Parlamentsverordnungen) genügen dem Erfordernis der formellen gesetzlichen Grundlage, wenn die anwendbare kantonale Verfassungsordnung dies zulässt, da die Kantone von Bundesrechts wegen nicht gehalten sind, ihre Gesetze dem Referendum zu unterstellen (BGE 126 I 182 mit Hinweisen; vgl. auch AGVE 2007, S. 117 ff.). Die Möglichkeit der Rechtsetzung bezüglich ausführender Bestimmungen durch den Erlass von Dekreten ist in § 78 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV; SAR 110.000) vorgesehen. Erforderlich ist eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Das SubmD stützt sich ausser auf § 82 Abs. 1 lit. I KV ("regelt durch Dekret das öffentliche Beschaffungswesen") insbesondere auch auf Art. 11 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) und Art. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB; SAR 150.950). Es handelt sich beim SubmD somit trotz des Ausschlusses

des Referendums um ein Gesetz im formellen Sinn. Damit stellt § 24 SubmD in Bezug auf die darin vorgesehene Beschränkung des Rechtsschutzes auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens und dem daraus resultierenden Ausschluss unterschwelliger Vergaben vom Beschwerdeverfahren eine genügende (formelle) gesetzliche Grundlage dar. Der Umstand, dass § 24 SubmD als (teilweiser) Ausnahmetatbestand bereits vor dem Inkrafttreten des revidierten VRPG und der Rechtsweggarantie bestanden hat, vermag an seiner Gesetz- und Verfassungsmässigkeit nichts zu ändern.

1.6.3.

Der Grosse Rat entschied sich somit dazu, lediglich bei Submissionen, welche den Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreichen, einen Rechtsschutz vorzusehen; bei unterschwelligen Vergaben (Bagatelvergaben) ist der Rechtsschutz ausgeschlossen. Diese Regelung erscheint vertretbar und sachgerecht (vgl. BGE 131 I 137 ff.; Beyeler, a. a. O., S. 70 f.). Nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts hält sie auch vor Art. 29a BV sowie Art. 86 und Art. 114 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) stand, welche Bestimmungen denn auch Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz zulassen (Art. 29a Satz 2 BV, Art. 86 Abs. 3 BGG). Für die Zulässigkeit des Ausschlusses unterschwelliger Vergaben vom Rechtsschutz sprechen sodann die folgenden Argumente:

- Auch im Bund (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [BoeB; SR 172.056.1]) besteht ein gerichtlicher Rechtsschutz (Bundesverwaltungsgericht; Art. 27 BoeB) nur bei Vergaben oberhalb der GATT/WTO-Schwellenwerte (vgl. Art. 6 BoeB, Verordnung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements [EVD] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [SR 172.056.12]).
- Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) ist gemäss dem Bundesgerichtsgesetz nur zulässig bei Vergaben des Bundes und der Kantone, die den massgebenden GATT/WTO-Schwellenwert oder denjenigen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR.0.172.052.68) erreichen (vgl. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG); bei kantonalen Beschaffungen unterhalb des Schwellenwerts ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) möglich; bei Vergaben des Bundes im unterschwelligen Bereich besteht gar kein Rechtsmittel.
- Das bevorstehende Inkrafttreten der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV war dem Bundesgericht beim Entscheid vom 11. Februar

2005 (BGE 131 I 137 ff.), in dem es die Zulässigkeit der zu § 24 SubmD analogen Regelung im Kanton Bern bejaht hat, zweifellos bekannt; es hat sich dazu jedoch mit keinem Wort geäußert, geschweige denn irgendwelche Bedenken angebracht.

- Der Vorentwurf zur Totalrevision des BoeB vom 30. Mai 2008 (VE-BoeB) sieht generell einen Rechtsschutz, unabhängig von der tatsächlich gewählten Verfahrensart, nur bei Beschaffungsverfahren, in denen die massgebenden Schwellenwerte für das offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren erreicht oder überschritten werden, vor (Art. 68 VE-BoeB; vgl. insbesondere auch Erläuternder Bericht [Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen] vom 30. Mai 2008, S. 74). Mit anderen Worten ist auch bei den Kantonen (wo das Gesetz ebenfalls gelten soll, vgl. Art. 4 VE-BoeB) unterhalb der massgebenden Schwellenwerte keine Beschwerdemöglichkeit an ein Gericht vorgesehen.

2.

Zusammenfassend steht damit fest, dass es sich bei der vorliegenden Arbeitsvergebung des Abwasserverbandes Region M. bzw. der entsprechenden Vergabemitteilung an die Beschwerdeführerin nicht um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von § 24 SubmD handelt. Auf die gegen die Zuschlagserteilung gerichtete Beschwerde darf daher mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden. Soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde rügt, ist die Beschwerde abzuweisen.

II.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht kostenpflichtig (§ 31 Abs. 2 VRPG). Ein Anspruch auf Parteikostenersatz besteht nicht (§ 32 Abs. 2 VRPG).

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden darf.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'000.-- sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 242.--, gesamthaft Fr. 1'242.--, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin (Vertreter)
den Abwasserverband der Region M.

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) und der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SR 172.056.12) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR. 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 49'496.-- (inkl. MWSt).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 24. August 2009

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi