



AR GVP 32/2020 Nr. 3771

Verwaltungsverfahren. Beschwerdebefugnis im öffentlichen Beschaffungsrecht. Ein Teilnehmer an einem Projektwettbewerb ist nicht zur Beschwerde legitimiert, wenn er auf eine weitere Teilnahme am Wettbewerb verzichtet hat.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 07.01.2020, ERV 19 54

Aus den Erwägungen:

1.4 Die Vorinstanz hat geltend gemacht, der Beschwerdeführer (eine Bietergemeinschaft von 4 Unternehmen) habe seine Legitimation verloren, weil er auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet habe. Der Beschwerdeführer hat sich dazu nicht geäußert. Die Beschwerdebefugnis (vgl. zum Begriff: RHINOW/KOLLER/ KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 1094) stellt eine Prozessvoraussetzung dar. Das Obergericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist (RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 1038).

Eingangs ist festzuhalten, dass die Frage der Beschwerdebefugnis weder im GöB noch in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (bGS 712.11) noch in der IVöB geregelt ist und deshalb nach dem allgemeinen Verfahrensrecht zu beurteilen ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1296; WIEDERKEHR/EGGENSCHWILER, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, 2018, Rz. 177). Als zweite Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass bei einer Bietergemeinschaft alle Mitglieder gemeinsam Beschwerde führen müssen (vgl. MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, 2018, Rz. 383 und 391). Die Beschwerdeschrift vom 6. September 2019 (act. 1) erfüllt diese Voraussetzung, trägt sie doch die Unterschriften der Vertreter aller 4 Mitglieder der Bietergemeinschaft A./B./C./D..

Wie die Vorinstanz richtig hat darlegen lassen, verliert eine an sich legitimierte Partei ihre Legitimation, wenn sie auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet (GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1301; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 48 VwVG). Zu prüfen ist, ob die an das Atelier T. gerichteten E-Mails vom 13. und 26. November 2019 als Verzicht zu beurteilen sind, welcher zum Verlust der Legitimation führt. Auszulegen sind die beiden E-Mails wie im Privatrecht nach dem Vertrauensprinzip (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1343; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2197/2011 vom 18. Oktober 2011 E. 3.4).

Nach der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung haben die Beteiligten über die Art und Weise des Wiedereinstiegs des Beschwerdeführers ins Verfahren verhandelt. In einer E-Mail vom 13. November 2019 hat der Beschwerdeführer angeboten, gegen eine Entschädigung von Fr. 25'000.-- auf die Teilnahme am Wettbewerb zu verzichten. Falls die Gemeinde damit nicht einverstanden sei, werde der Entscheid in der Hauptsache abgewartet. Die Vorinstanz bzw. deren Vertreter hat dieses Angebot in einer E-Mail vom 19. November 2019 abgelehnt und gleichzeitig die Eckpunkte für die Beteiligung des Beschwerdeführers beschrieben. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, bis 25. November 2019 durch eine verbindliche Rückmeldung die

Teilnahme am Projektwettbewerb zu erklären. Diese Frist hat der Beschwerdeführer ohne Reaktion verstreichen lassen. Die Untätigkeit während der angesetzten Frist durfte von der Vorinstanz als Verzicht auf die Teilnahme des Beschwerdeführers am Verfahren verstanden werden. Erst am 26. November 2019 hat der Beschwerdeführer dann eine E-Mail an den Vertreter der Vorinstanz gerichtet. Darin erklärte er zwar sein Interesse an der Teilnahme, macht dies jedoch von „fairen und gleichen Bedingungen“ abhängig. Zudem wird auf das Risiko der Nachnomination eines 6. Teams hingewiesen. In diesem Zusammenhang verlangt der Beschwerdeführer den Verzicht der anderen Planer auf zukünftige Einsprachen. Diese letzte Bedingung des Beschwerdeführers kann und konnte die Vorinstanz nicht erfüllen, weil sie gegenüber den zum Wettbewerb zugelassenen Planern keinen Anspruch auf Abgabe eines Rechtsmittelverzichts hat. Es ist unwahrscheinlich, dass die anderen Planer zum Voraus freiwillig auf ein allfällig ihnen zustehendes Beschwerderecht verzichten. Indem der Beschwerdeführer eine Bedingung aufgestellt hat, die von der Vorinstanz nicht erfüllt werden konnte, hat er faktisch auf die Teilnahme am Wettbewerb verzichtet. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer am Schluss seiner E-Mail vom 26. November 2019 erklärt, den Entscheid in der Hauptsache abwarten zu wollen, um über das weitere Vorgehen zu entscheiden. Selbst ein für den Beschwerdeführer positiver Entscheid im vorliegenden Verfahren hätte an der Problematik des weiteren Vorgehens nichts geändert. Nach der Gewährung der aufschiebenden Wirkung war der Beschwerdeführer hinsichtlich der Beteiligung am Wettbewerb nicht anders gestellt als nach einem positiven Endentscheid. Eine Erklärung über die Beteiligung bzw. Nichtbeteiligung am Wettbewerb während laufendem Hauptverfahren ist deshalb auch beachtlich für die Zeit nach dem Entscheid in der Hauptsache.

Es ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer in seiner E-Mail vom 26. November 2019 auf eine weitere Teilnahme am Wettbewerb verzichtet hat. Demzufolge ist seine Beschwerdebefugnis zu verneinen und auf die Beschwerde nicht einzutreten.