

## V. Submissionen

### 20 Partei- und Prozessfähigkeit

**Mitglieder einer Bietergemeinschaft müssen gegen einen Zuschlag gemeinsam Beschwerde führen. Wird die Beschwerde einzig und allein von der "Bietergemeinschaft" erhoben, ist darauf nicht einzutreten, da die Bietergemeinschaft als einfache Gesellschaft über keine Rechtspersönlichkeit verfügt.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 8. Oktober 2019, in Sachen Ingenieurgemeinschaft A. gegen B. (WBE.2019.311).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Neben der Zuständigkeit gelten als Sachurteilsvoraussetzungen – d.h. als Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Beschwerdeinstanz auf das Rechtsmittel eintritt, die Sache inhaltlich (materiell) prüft und einen Sachentscheid fällt (vgl. MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38 – 72 [a] VRPG, Diss., Zürich 1998, Vorbem. zu § 38 N 1; MARTIN BERTSCHI, in: ALAIN GRIFFEL [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbem. zu §§ 19 – 28a N 52; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 51 N 6) – u.a. die Parteifähigkeit, die Prozessfähigkeit und die Beschwerdebefugnis (vgl. MERKER, a.a.O., Vorbem. zu § 38 N 9 ff.; BERTSCHI, a.a.O., Vorbem. zu §§ 19 – 28a; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 51 N 6). Das Vorliegen

der Sachurteilsvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (MERKER, a.a.O., Vorbem. zu § 38 N 2; BERTSCHI, a.a.O., Vorbem. zu §§ 19 – 28a, N 53; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 51 N 8).

Die Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, in einem Verfahren als Partei auftreten zu können. Sie ist die prozessuale Rechtsfähigkeit. Rechtsfähig ist, wer fähig ist, Rechte und Pflichten zu haben, also jedes Rechtssubjekt (vgl. MERKER, a.a.O., Vorbem. zu §§ 38 – 72 N 9; BERTSCHI, a.a.O., Vorbem. zu §§ 21 – 21a N 2; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 11 N 3). Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit den Prozess selbst zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen. Die Prozessfähigkeit ist das Gegenstück zur zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit (vgl. MERKER, a.a.O., Vorbem. zu §§ 38 N 32; BERTSCHI, a.a.O., Vorbem. zu §§ 21 – 21a N 7; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 11 N 1). Die Beschwerdebefugnis richtet sich sodann nach § 42 VRPG (i.V.m. § 23 SubmD). Gemäss lit. a dieser Bestimmung ist zur Beschwerde befugt, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheids hat. Zwischen bundesrechtlicher (vgl. Art. 89 Abs. 1 des BGG) und aargauischer Beschwerdebefugnis (nach § 42 lit. a VRPG) besteht inhaltlich kein Unterschied (vgl. VGE vom 17. Juni 2009 [WBE.2009.56], S. 4 f.; Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Ges.-Nr. 07.27, S. 55).

## 2.2.

### 2.2.1.

Die von Anwälten verfasste Beschwerde wurde gemäss Deckblatt von der "Ingenieurgemeinschaft A." erhoben, mit der Zustelladresse "c/o" C. SA. In der Begründung der Beschwerde bestätigt sich dies, indem ausgeführt wird, "Die Beschwerdeführerin, die Ingenieurgemeinschaft A., ist ein Konsortium, bestehend aus den rechtlich selbständigen Unternehmen C. SA, die D. AG sowie die E. AG. Das Konsortium hat als Anbietergemeinschaft im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot eingereicht. Federführend für das Konsortium ist die C. SA.". Die Ingenieurgemeinschaft A.

wird somit auch hier explizit als "die Beschwerdeführerin" bezeichnet.

Bei der Ingenieurgemeinschaft A. handelt es sich um eine Bietergemeinschaft, ein Konsortium. Bietergemeinschaften oder Konsortien treten – wie auch Arbeitsgemeinschaften – regelmässig in der Form der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) auf (AGVE 2015, S. 192; DANIELA LUTZ, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, in: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MARTIN BEYELER/STEFAN SCHERLER [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht* 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 239 f.; PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 243). Von einer einfachen Gesellschaft ist auch im vorliegenden Fall auszugehen.

#### 2.2.2.

Die einfache Gesellschaft ist keine juristische Person, sondern eine zivilrechtliche Gemeinschaft, die nicht über Rechtspersönlichkeit verfügt und daher weder partei- noch prozessfähig ist (vgl. BGE 142 III 783 = Pra 2018, S. 395; vgl. auch BGE 137 III 459 = Pra 2012, S. 135; LUTZ, a.a.O., S. 240; GAUCH, a.a.O., Rz. 243). Insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist insofern allgemein anerkannt, dass die Mitglieder einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft bzw. eines Konsortiums, die gemeinsam Gläubiger von Gesellschaftsforderungen sind (Art. 544 Abs. 1 OR), von einem Nicht-Zuschlag nicht einzeln, sondern nur als Partnerschaft betroffen sind. Das Recht zur Beschwerde gegen eine solche Verfügung mit dem Ziel, den Zuschlag dennoch zu erhalten, kommt deshalb nur allen gemeinsam zu und muss – gleich wie die notwendigen Streitgenossen im Zivilprozess – auch gemeinsam ausgeübt werden (BGE 131 I 160 f. mit diversen Hinweisen = Pra 2006, S. 195; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Juli 2009 [B-2561/2009], Erw. 3.3 ff.; AGVE 2015, S. 192 = Baurecht 2017, S. 265; vgl. auch VGE vom 29. September 1998 [BE.98.00223], S. 5; Baurechtsentscheide des Kanton Zürich [BEZ] 2000 Nr. 7, S. 23 f.; RB Uri 2004/05 Nr. 45, S. 109; LUTZ, a.a.O., S. 261 f.; BERTSCHI, a.a.O., § 21 N 43; ROBERT WOLF, *Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: ISABELLE HÄNER/ BERNHARD WALDMANN

[Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 173).

Für die Arbeitsgemeinschaft als Ganzes oder ihre anderen Mitglieder kann ein einzelnes Mitglied somit nicht Beschwerde führen. Möglich ist die Beschwerdeführung indes im Namen und mit Vollmacht aller Mitglieder der Gemeinschaft (AGVE 2015, S. 139; BEZ 2000 Nr. 7, S. 23; BGE 131 I 161 mit Hinweisen = Pra 2006, S. 195). Voraussetzung ist allerdings, dass die Beschwerde rechtzeitig im Namen aller Mitglieder erhoben wurde; eine nachträgliche Erklärung, dass diese weiterhin bereit seien, den Auftrag auszuführen, genügt nicht (AGVE 2015, S. 193; vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 104/2003, S. 16; ferner: BEZ 2000 Nr. 7, S. 23). In solchen Fällen ist daher auch keine Frist für das nachträgliche Beibringen weiterer Vollmachten anzusetzen (AGVE 2015, S. 193; BEZ 2000 Nr. 7, S. 23).

### 2.2.3.

Vorliegend wurde die Beschwerde nicht gemeinsam von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft bzw. des Konsortiums erhoben, sondern – wie dargelegt – explizit von der "Ingenieurgemeinschaft A.". Als Beschwerdeführerin wird einzig und allein die "Ingenieurgemeinschaft A." bezeichnet (siehe bereits Erw. 2.2.1). Da es sich bei der Ingenieurgemeinschaft A. jedoch um eine einfache Gesellschaft handelt (siehe Erw. 2.2.1), kommt ihr keine Rechtspersönlichkeit zu, d.h. sie ist weder partei- noch prozessfähig und damit auch nicht befugt, gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde zu erheben (vgl. Erw. 2.2.2). Auf die Beschwerde der Ingenieurgemeinschaft A. ist deshalb nicht einzutreten.

Hinzuweisen ist überdies, dass die Beschwerde gerade nicht von der C. SA erhoben wurde. Diese hat zwar die Anwaltsvollmacht "federführend für die Ingenieurgemeinschaft A." erteilt und das Beschwerdeverfahren letztlich verursacht. Sie trat jedoch nicht als Beschwerdeführerin auf. Die Beschwerde wurde auch nicht von ihr im Namen aller Mitglieder der Gemeinschaft erhoben. Daran ändert schliesslich ebenso wenig, dass auf dem Deckblatt die Adresse der C. SA angegeben wurde, geht aus dem Vermerk "c/o" doch klar hervor,

dass es sich dabei lediglich um die Zustelladresse der Ingenieurgesellschaft A. handelt.