

XII. Submissionen

- 69 **Rechtsmissbräuchliche Beschwerdeführung; Wahl der Verfahrensart; Konsequenzen eines verfrühten Vertragsabschlusses.**
- Bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart handelt es sich um einen schwerwiegenden Rechtsmangel, der auch zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird; der Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Beschwerdeführung ist nicht beachtlich (Erw. I/4).
 - Ausnahmecharakter einer freihändigen Vergabe gestützt auf § 8 Abs. 3 lit. b-h SubmD; für die freihändige Vergabe und den damit verbundenen Ausschluss des freien Wettbewerbs müssen stets sachliche Gründe vorliegen (Erw. II/1).
 - Ein unter Verletzung von § 21 Abs. 1 SubmD verfrüht abgeschlossener Vertrag befindet sich bis zur Rechtskraft des Zuschlags bzw. bis zum Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Submissionsbeschwerde durch die Rechtsmittelinstanz in einem Schwebezustand und entfaltet keine Rechtswirkungen (Erw. II/2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 8. März 2001 in Sachen G. AG gegen den Beschluss des Gemeinderats B.

Aus den Erwägungen

I. 4. a) Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, der Auftrag für die Modernisierung des Gemeinschaftsantennenanlagenetzes hätte nicht freihändig vergeben werden dürfen, sondern hätte öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Die Vergabestelle bezeichnet die Rüge als rechtsmissbräuchlich, da die Beschwerdeführerin von Anfang an darüber im Bild gewesen sei, dass der Auftrag freihändig vergeben werde; zudem habe sie eine Offerte einreichen können, für die sie mit Fr. 5'000.-- entschädigt worden sei. Auf die

Beschwerde sei daher gar nicht einzutreten. Die Darstellung der Vergabestelle wird von der Beschwerdeführerin ausdrücklich bestritten. Sie sei von der Vergabestelle stets im Glauben gelassen worden, dass nach Einreichung der „Projektstudie“ und der „Richtofferte“ eine dekretsgemässe Submission stattfinden werde.

b) Den Akten lässt sich Folgendes entnehmen: Die Beschwerdegegnerin reichte im Mai 1999 zunächst ein „detailliertes Richtprojekt mit Kostenberechnung für den Umbau des Gemeinschaftsnetzes auf die Bandbreite von 606 MHz“ ein; die dadurch entstehenden Kosten wurden mit Fr. 410'276.40 veranschlagt. Im Oktober 1999 offerierte die Beschwerdegegnerin den Umbau der „Gross-Gemeinschafts-Anlage auf 860 MHz inkl. Einbau Retourweg“ zum Preis von Fr. 600'584.--. Ein weiteres Angebot der Beschwerdegegnerin, diesmal über Fr. 558'254.70, datiert vom 21. März 2000. Der Gemeinderat B. beschloss am 13. September 1999, die Beschwerdeführerin gegen eine Entschädigung von Fr. 5'000.-- mit der Erstellung „eines Projekts für den Umbau der GA B. ab Hub Schulanlage bis zu den einzelnen optischen/elektrischen Wandlern mit einer Bandbreite von 5 - 606 MHz“ zu beauftragen. Als Option war der Ausbau auf eine erweiterte Bandbreite von 862 MHz zu berechnen. Die Beschwerdeführerin reichte daraufhin am 20. Januar 2000 eine „Projektstudie über Zweiweg-Kommunikation mit LWL-Übertragung“ und eine „Richtofferte GGA B.“ zum Preis von Fr. 569'988.-- ein; am 16. März 2000 folgte ein redimensioniertes Projekt, wiederum verbunden mit einer Richtofferte mit Gesamtkosten von Fr. 394'965.--. Am 7. Juni 2000 genehmigte die Einwohnergemeindeversammlung das Kreditbegehren über Fr. 550'000.--.

Das dargestellte Vorgehen der Vergabestelle kann objektiv betrachtet auch dahingehend verstanden werden, dass es zunächst nur um das Erstellen von Projekten und Richtofferten für die Modernisierung der Anlage (namentlich für den Kreditantrag zuhanden der Einwohnergemeindeversammlung), nicht aber um die Vergabe der Ausführung ging. Namentlich die Tatsache, dass in den Akten mehrfach von „Richtprojekt“, „Richtofferte“ oder auch „Mitarbeit während der Projektphase“ die Rede ist, aber auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin für die Ausarbeitung ihrer Unterlagen - abwei-

chend vom Grundsatz, dass die Ausarbeitung der Angebote ohne Vergütung erfolgt (§ 14 Abs. 2 SubmD) - mit Fr. 5'000.-- entschädigt wurde, lassen ihre Darstellung, sie sei von der nachfolgenden Durchführung einer dekretskonformen Submission ausgegangen, zumindest nicht als unglaublich erscheinen, auch wenn die Vergabestelle eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags offensichtlich nie beabsichtigte (vgl. auch Erw. II/2/b hienach). Wie es sich damit verhält, kann für die Eintretensfrage aber offen bleiben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers (AGVE 1997, S. 343 f.; VGE III/113 vom 28. November 1997 [BE.97.00249] in Sachen D. C., S. 6 ff.; vgl. auch Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungsrecht [ERKB] vom 19. Juli 1999, in: VPB 64/2000 Nr. 8, S. 81 f.). Nur so kann eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für grössere Beschaffungen (vgl. Art. 5 BGBM; Erw. II/1/a hienach) wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden. Der Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Prozessführung (§ 3 Abs. 2 VRPG) erweist sich vor diesem Hintergrund als nicht beachtlich, und auf die Beschwerde ist einzutreten. Die Verfahrenswahl ist demzufolge zu überprüfen.

II. 1. a) Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Diesem Auftrag ist der Kanton Aargau nachgekommen, indem in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SubmD vorgesehen ist, dass im offenen oder selektiven Verfahren zu vergebende Aufträge öffentlich auszuschreiben sind (vgl. §§ 12 Abs. 1 und 34 Abs. 1 SubmD; vgl. auch Botschaft des Regierungsrats vom 13. Oktober 1999 zur Teilrevision des SubmD, S. 1 f.). Gemäss § 8 Abs. 1 SubmD sind Aufträge dann im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.-- (lit. a) bzw. bei

Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.-- (lit. b) erreicht. § 8 Abs. 3 SubmD regelt die Fälle, in denen ein Auftrag freihändig vergeben werden darf.

b) Gegenstand der vorliegenden Submission bildet die Modernisierung des örtlichen CATV-Verteilnetzes auf 860 MHz. Der Auftrag umfasst im Wesentlichen die folgenden Leistungen: „Netzmodernisierung auf 860 MHz, inkl. Tiefbauarbeiten, schlüsselfertig projektiert und installiert. HF-Material, HF-Installations- und Tiefbauarbeiten, Einbau Retourweg. Inbetriebnahme und Einpegelungsarbeiten.“ Es handelt sich somit um einen kombinierten bzw. „gemischten“ Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag. Es ist seitens der Verfahrensbeteiligten zu Recht unbestritten, dass die Vergabe dieses Auftrags durch die Gemeinde als Eigentümerin der Antennenanlage und des CATV-Netzes dem Submissionsdekret untersteht. Die Einwohnergemeindeversammlung hat am 7. Juni 2000 einem Kreditbegehren über Fr. 550'000.-- für die Modernisierung der Gemeinschaftsantennenanlage zugestimmt. Gemäss Beschluss des Gemeinderats ist der Auftrag zum Preis von Fr. 505'000.-- an die Beschwerdegegnerin erteilt worden. Die vom Submissionsdekret für die Vergabe im offenen oder selektiven Verfahren in § 8 Abs. 1 vorgesehenen Schwellenwerte von Fr. 500'000.-- bzw. Fr. 250'000.-- sind somit in jedem Fall überschritten, zumal der Anteil an den dem Bauhauptgewerbe zuzurechnenden Tiefbauarbeiten verhältnismässig klein und somit der tiefere Schwellenwert von § 8 Abs. 1 lit. b SubmD im Vordergrund steht.

Offen bleiben kann, ob der Auftrag auch in den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994, welcher der Kanton Aargau mit Beschluss des Grossen Rates vom 26. November 1996 beigetreten ist, und unter das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA [= Government Procurement Agreement]), in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996, fällt. Die interkantonalen und internationalen Bestimmungen sind, unabhängig von ihrer Geltung für die vorliegende Vergabe, jedenfalls für die Auslegung des Submissionsdekrets beizuziehen (vgl. AGVE 1998, S. 406 f.).

c) Auch ein die Schwellenwerte des Submissionsdekrets für das offene oder selektive Verfahren überschreitender Auftrag kann freihändig vergeben werden, wenn ein Grund im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. b – h SubmD gegeben ist. Auch Art. 5 Abs. 2 BGBM steht dem grundsätzlich nicht entgegen (Verwaltungsgericht Zürich, in: Baurechtsentscheide [BEZ] 20/2000 Nr. 26, S. 52).

aa) Die Vergabestelle beruft sich auf § 8 Abs. 3 lit. e und lit. g SubmD. Gemäss § 8 Abs. 3 lit. e SubmD ist die freihändige Vergabe zulässig, wenn auf Grund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur eine Person als Anbietende in Frage kommt. § 8 Abs. 3 lit. g SubmD gestattet die freihändige Vergabe, wenn im Zusammenhang mit einem vergebenen Auftrag Ergänzungsarbeiten, -lieferungen oder -dienstleistungen notwendig werden.

bb) aaa) Die Vergabestelle macht im Wesentlichen geltend, das Kabelnetz der Gemeinde B. werde seit Jahren durch die Beschwerdegegnerin betreut und ausgebaut. Im heiklen Bereich der elektronischen Signalübertragung wolle der Gemeinderat bei der Modernisierung die gleichen technischen Komponenten verwenden, wie sie im bestehenden Netz schon vorhanden seien. Dabei handle es sich um spezifische Produkte der Beschwerdegegnerin. Hinzu komme, dass quer durch die Gemeinde B. das Hauptkabel der Beschwerdegegnerin verlaufe; die Beschwerdegegnerin könne daher ihre bestehenden Verbindungen benutzen. Einer Konkurrenzfirma stünden diese Kabelleitungen nicht oder nur gegen entsprechende Bedingungen zur Verfügung.

bbb) Auch die Beschwerdegegnerin beruft sich auf technische Besonderheiten des Auftrags, die eine freihändige Vergabe rechtfertigten. Netzeigentümerin sei zwar die Einwohnergemeinde B.; die Programmmzulieferung erfolge jedoch durch die Beschwerdegegnerin von einer von dieser betriebenen Kopfstation aus. Die Beschwerdegegnerin besorge auch den technischen Unterhalt der Anlage. Ferner habe die Beschwerdegegnerin im Schulhaus K. einen Hub (Übergangsstation) installiert. Von dort führe die neue Glasfaser-Versorgungsleitung Richtung D. und L. Neben der digitalen Versorgung solle der Ausbau des Netzes im weiteren zu einer Zweiwegtauglich-

keit führen, welche die von der Beschwerdegegnerin angebotenen Einführung des Highspeed-Internets ermögliche. Wenn bei der vorhandenen Konstellation - Anlageeigentum der Gemeinde, Programzulieferung und Wartung der Anlage durch die Beschwerdegegnerin - für die bauliche Erweiterung eine andere Firma zum Zuge käme, entstünden massive technische Probleme. Eine derartige Dreiteilung liege auch nicht im Interesse der angeschlossenen Teilnehmer. Angesichts der verschiedenen Verantwortlichkeiten würde unklar, an wen Störungsmeldungen zu richten seien und wer für die Behebung zuständig sein würde. Diese Situation würde zu Differenzen führen, die sich zu Lasten der Abonnenten auswirken würden. Bei der Fehlereingrenzung entstünden wohl auch Geheimhaltungsprobleme. Schliesslich befänden sich im Rohrblock der Gemeinde Kabel der Beschwerdegegnerin, die von der Gemeinde wieder mitbenützt würden.

cc) aaa) Abgesehen von den öffentlichen Beschaffungen von geringem Wert gemäss § 8 Abs. 3 lit. a SubmD sind Aufträge grundsätzlich zwingend im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren zu vergeben. Bei den in § 8 Abs. 3 lit. b – h SubmD aufgeführten Fällen handelt es sich um Ausnahmen, in denen der freie Wettbewerb eingeschränkt und der Auftrag freihändig vergeben werden kann. Bei der Anwendung der Ausnahmebestimmungen ist daher eine gewisse Zurückhaltung geboten. Die einzelnen Ausnahmefälle sind allerdings zum Teil so umschrieben, dass der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum bleibt. Dieser darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, den Auftrag direkt an einen bevorzugten Anbieter zu vergeben (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 38, Ziff. 15.4). Für die freihändige Vergabe und den damit verbundenen Ausschluss des freien Wettbewerbs müssen stets sachliche Gründe bestehen (AGVE 1998, S. 407). Das GATT-Übereinkommen (Art. XV GPA), die Verordnung des Bundesrats über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (Art. 13 VoeB) sowie die Vergaberichtlinien aufgrund der IVöB vom 1. Dezember 1995 (§ 8 VRöB) enthalten mit § 8 Abs. 3 lit. b – h SubmD vergleichbare Regelungen. Auch bei diesen Bestimmungen wird der Ausnahme-

charakter betont (vgl. z.B. Musterbotschaft zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Schweizerische Rechtserlasse, Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, hrsg. von Christian Bock, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 238; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 181, 188 ff.; Verwaltungsgericht Zürich, in: BEZ 20/2000 Nr. 26, S. 26).

bbb) Nach der von der Vergabestelle angerufenen Bestimmung von § 8 Abs. 3 lit. e SubmD kann ein Auftrag ohne öffentliche Ausschreibung vergeben werden, wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums *nur eine Person* als Anbietende in Frage kommt (vgl. auch die vergleichbaren Formulierungen in § 8 Abs. 1 lit. c VRöB; Art. XV lit. b GPA; Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB). Dieser Ausnahmetatbestand ist erst dann erfüllt, wenn der Auftrag aufgrund der genannten Besonderheiten nur an einen bestimmten Auftraggeber erteilt werden kann, d.h. wenn dieser als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen (vgl. Verwaltungsgericht Zürich, in: BEZ 20/2000, Nr. 26, S. 53). Diese Voraussetzung ist vorliegend zweifellos nicht erfüllt. Weder die Vergabestelle noch die Beschwerdegegnerin selbst behaupten, die Beschwerdegegnerin sei als einzige Anbieterin in der Lage, die fraglichen Leistungen zur Modernisierung des CATV-Netzes zu erbringen, und eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags habe sich mangels weiterer Anbieter erübrigt.

Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin machen aber geltend, der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung rechtfertige sich vor allem durch die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin Signallieferantin sei und bislang auch für den Ausbau und den technischen Unterhalt der Antennenanlage verantwortlich gewesen sei. Durch die Vergabe des Erweiterungs- bzw. Modernisierungsauftrags an eine Drittfirma würden in erheblichem Mass technische Probleme und Koordinationsschwierigkeiten entstehen. Sie bringen somit vor, die konkrete Situation in Bezug auf die Anlage in B. lasse vernünftigerweise nur eine Arbeitsvergabe an die Beschwerdegegnerin in Betracht kommen.

ccc) Fest steht, dass die Einwohnergemeinde B. Eigentümerin der 1981 erstellten Gemeinschaftsantennenanlage ist. Die Gemeinde verfügt heute über ein 450-MHz-Netz (teilweise 606 MHz) für die Radio-TV-Übertragung. An das Kabelnetz angeschlossen sind rund 1'550 Abonnenten. Signallieferantin ist gestützt auf einen Signalliefervertrag vom 5./18. Mai 1993 zwischen der Gemeinde B. und der H. AG (einer Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin) die Beschwerdegegnerin. Die Anlieferung der CATV-Programme erfolgt derzeit - sie soll voraussichtlich im Jahr 2001 ausser Betrieb genommen werden - noch ab der Kopfstation R., die der Beschwerdegegnerin gehört. Die Instandhaltung der Gemeinschaftsantennenanlage (Sekundärnetz und Verteilnetz bis zu den Hausübergabestellen) wird ebenfalls durch die Beschwerdegegnerin wahrgenommen. Umfasst werden namentlich Reparaturarbeiten und der Betrieb eines Störungsdienstes. Weiter besteht zwischen der Einwohnergemeinde B. und der Beschwerdegegnerin eine Vereinbarung vom 31. Mai / 15. Juni 1999 bezüglich gemeinsamer Grabarbeiten und Benützung von Rohranlagen sowie der zugehörigen Verteilanlagen auf dem Gemeindegebiet. Daraus ergibt sich vorab die Berechtigung der Beschwerdegegnerin, für die Verlegung von Kabeln teilweise Rohranlagen der Gemeinde B. mitzubenützen. Die Beschwerdegegnerin hat schliesslich im Schulhaus K. einen Raum gemietet, der als technischer Raum bzw. als Knotenpunkt im Kommunikationsnetz (Hub) der Beschwerdegegnerin benützt wird. Von dieser Übergangsstation führt eine neue Glasfaser-Versorgungsleitung, die von der Kopfstation R. gespiesen wird, Richtung D. und L. Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdegegnerin derzeit für den Betrieb und den Unterhalt der Gemeinschaftsantennenanlage eine gewichtige Rolle übernommen hat.

Diese Sachlage verlangt nun aber nicht, auch den Auftrag für die Modernisierung der Anlage zwingend der Beschwerdegegnerin zu vergeben. Art. 3.1 des Signallieferungsvertrags ist beispielsweise zu entnehmen, dass sich die Signalbezügerin, d.h. die Gemeinde B. verpflichtet, „beim Bau bzw. Ausbau ihrer örtlichen Verteilanlagen Material zu verwenden, welches den jeweils gültigen Vorschriften der PTT für Gemeinschaftsantennenanlagen entspricht“. Diese Ver-

pflichtung spricht klarerweise gegen die Annahme, nur die Beschwerdegegnerin als Signallieferantin sei technisch zum Ausbau des Netzes in der Lage und die Gemeinde dürfe nicht ein Drittunternehmen damit beauftragen. Dadurch wird überdies auch die Feststellung der Vergabestelle relativiert, man wolle im heiklen Bereich der elektronischen Signalübertragung die gleichen technischen Komponenten, d.h. spezifische Produkte der Beschwerdegegnerin verwenden, wie sie im bestehenden Netz schon vorhanden seien. Die Verwendung dieser Produkte ist technisch offensichtlich nicht zwingend. Weder der Signallieferungsvertrag noch der Instandhaltungsvertrag enthalten irgendwelche sonstigen Anhaltspunkte, die aus technischer Sicht den Ausbau der Anlage nur durch die Beschwerdegegnerin in Betracht kommen lassen. Die von der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin angeführten Gründe zeigen zwar, dass eine Vergabe der Modernisierung an die Beschwerdegegnerin die notwendige Koordination erleichtern würde. Diese kann indessen - wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt - durchaus auch anderweitig sichergestellt werden. Koordinationsfragen von mehr oder weniger grosser Tragweite stellen sich letztlich bei jeder Sanierung, Erweiterung oder Modernisierung einer bestehenden Baute oder technischen Anlage. Weder der ursprüngliche Ersteller noch der mit dem Betrieb oder der Instandhaltung beauftragte Unternehmer können deswegen solche Aufträge für sich beanspruchen, obschon mit einer direkten Vergabe zweifellos gewisse Vorteile verbunden sind. Solche Aufträge sind, soweit sie die massgeblichen Schwellenwerte erreichen, im Normalfall öffentlich auszuschreiben. Die von der Vergabestelle und von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente zeigen zwar auf, dass eine Auftragserteilung an die Beschwerdegegnerin mit gewissen Vorteilen verbunden und aus ihrer Sicht wünschbar ist. Indessen handelt es sich hierbei nicht um „technische Besonderheiten“ im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. e SubmD, welche die Auftragserteilung an die Beschwerdegegnerin unabdingbar machen und eine Vergabe an einen Dritten vernünftigerweise nicht in Betracht kommen lassen.

ddd) Ebenfalls nicht anwendbar ist im vorliegenden Fall § 8 Abs. 3 lit. g SubmD, der es im Zusammenhang mit einem bereits

vergebenen Auftrag gestattet, notwendige Ergänzungsarbeiten, -lieferungen oder -dienstleistungen freihändig (an den Zuschlags-empfänger des Hauptauftrags) zu vergeben, und auf den sich die Vergabestelle ebenfalls beruft. Der Bau der Gemeinschaftsantennenanlage ist im Jahr 1981 erfolgt. Wer die Anlage seinerzeit gebaut hat, ist nicht bekannt, spielt für das vorliegende Verfahren aber auch keine Rolle. Die rund 19 Jahre später erfolgende Modernisierung und Erweiterung der Anlage lassen sich zweifellos nicht als „notwendige Ergänzungsarbeiten“ im Zusammenhang mit einem vergebenen Auftrag im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. g SubmD qualifizieren. Gemeint sein können damit (auch wieder im Sinne des Ausnahmecharakters dieser Art von freihändiger Vergabe [Erw. c/cc/aaa hievor]) nur Leistungen, die einen unmittelbaren sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zum Hauptauftrag aufweisen. Gegen die Annahme von blossen Ergänzungsarbeiten, -lieferungen oder -dienstleistungen spricht schliesslich auch der mehr als 0,5 Mio. betragende Wert des zu vergebenden Auftrags.

dd) Die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gestützt auf § 8 Abs. 3 lit. e und g SubmD sind somit nach dem Gesagten nicht erfüllt. Andere Ausnahmegründe gemäss § 8 Abs. 3 SubmD fallen hier nicht in Betracht. Der Verzicht auf die öffentliche Ausschreibung des Auftrags und die Vornahme einer freihändigen Vergabe mit lediglich zwei Anbietern waren damit nicht gerechtfertigt. Der der Beschwerdegegnerin erteilte Zuschlag erweist sich infolgedessen nicht nur als dekretswidrig, sondern verstösst auch gegen Art. 5 Abs. 2 BGBM.

2. a) aa) Gemäss § 27 Abs. 1 SubmD kann das Verwaltungsgericht die Aufhebung der Verfügung beschliessen und sie an die Vergabestelle mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (vgl. auch § 37 Abs. 4 SubmD). Dies gilt jedenfalls dann uneingeschränkt, wenn zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlags-empfänger noch kein (privatrechtlicher) Vertrag abgeschlossen worden ist. Ist der Vertrag jedoch bereits (rechtsgültig) abgeschlossen, bleibt der Beschwerdeinstanz bei Gutheissung der Beschwerde gemäss Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 1 und 2 IVöB nur die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzu-

stellen (vgl. auch Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB] vom 16. Dezember 1994). Das Submissionsdekret selbst enthält für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung, und es kennt überdies im Unterschied zur IVöB oder zum BoeB den automatischen Suspensiveffekt der Beschwerde (vgl. Art. 17 IVöB; Art. 28 BoeB; § 26 SubmD). Es will also einen erhöhten und möglichst wirksamen Rechtsschutz gewähren. Aus diesen Umständen kann nun allerdings nicht gefolgert werden, für das Verwaltungsgericht sei die Tatsache eines bereits geschlossenen privatrechtlichen Vertrags schlechterdings bedeutungslos, und es sei dessen ungeachtet in jedem Fall befugt, einen sich als rechtsfehlerhaft erweisenden Zuschlag aufzuheben. Vielmehr hat auch das Verwaltungsgericht das Faktum des zivilrechtlichen Vertragsschlusses im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu würdigen (siehe VGE III/110 vom 20. August 1999 [BE.1999.00114] in Sachen H., S. 8 f.; statt vieler: Verfügung vom 9. Januar 2001 im Verfahren S. AG gegen Gemeinderat F. [BE.2000.00405]).

bb) Beim Beschaffungsvertrag eines Gemeinwesens, das in dieser Phase nicht mehr hoheitlich handelt, unterstehen Vertragsabschluss und Vertrag in der Regel dem privaten Vertragsrecht und nicht dem öffentlichen Recht (vgl. Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 70). Nach den anwendbaren Regeln des privaten Vertragsrechts, d.h. insbesondere den Vorschriften des Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911, bestimmen sich namentlich Zustandekommen und Gültigkeit des Vertrags. Der Abschluss des Vertrags geschieht gemäss Art. 1 Abs. 1 OR durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Damit ist der Vertrag zustande gekommen, und es tritt grundsätzlich die Vertragswirkung ein. Der abgeschlossene Vertrag kann aber auch an einem Mangel leiden, der ihn ungültig macht (vgl. dazu Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Auflage, Zürich 1998, Rz. 286 ff.). Es kann nun nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, sich im Rahmen eines Submissionsbeschwerdeverfahrens in umfassender Weise mit der Gültigkeit des zivilrechtlichen Vertrags auseinanderzusetzen. Dies ist gegebenenfalls Aufgabe des Zivilrichters. Das Verwaltungsgericht hat sich daher nur, aber im-

merhin, *vorfrageweise* von der Tatsache des Vertragsschlusses und davon zu überzeugen, dass keine Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrags (vgl. Art. 20 OR), die von Amtes wegen und auch gegen den Willen der Vertragsparteien zu berücksichtigen wären, gegeben sind (erwählter VGE vom 20. August 1999 in Sachen H., S. 9; vgl. auch ERKB, in: VPB 62/1998 Nr. 79, S. 796; Peter Galli, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungsrecht [BRK], Die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in: Nicolas Michel/Roger Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 112; Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 3. Februar 1999, in: Freiburgische Zeitschrift für Rechtsprechung 1999, S. 117).

cc) Gelangt das Verwaltungsgericht aufgrund seiner vorfrageweisen Prüfung zum Schluss, der privatrechtliche Vertrag leide nicht an derart erheblichen Rechtsmängeln, dass sie ihn unwirksam machen, kann es somit gestützt auf Art. 9 Abs. 3 BGBM den Zuschlag nicht mehr aufheben, sondern lediglich dessen Rechtswidrigkeit feststellen (vgl. Erw. a/aa hievor). Im Anschluss an eine festgestellte Rechtswidrigkeit kann dann bei der Beschwerdeinstanz ein Schadenersatzbegehren gestellt werden, wobei der Schadenersatz allerdings auf die Aufwendungen, die den Anbietenden im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind, beschränkt ist (§ 38 SubmD; Art. 34 VRöB). Eine weitergehende Ersatzpflicht der Vergabebehörde könnte sich allenfalls aus der zivilrechtlichen Haftung bei culpa in contrahendo ergeben (Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., Rz. 1062).

Ergibt demgegenüber die Prüfung, dass der bereits geschlossene Vertrag an einem erheblichen Rechtsmangel leidet, der ihn unwirksam macht, kann das Verwaltungsgericht folgerichtig den Zuschlag trotz des Vertragsschlusses aufheben, falls sich die erfolgte Vergabe - wie in diesem Fall - als rechtswidrig erweist. Im Anschluss daran hätte die Vergabebehörde über das weitere Vorgehen zu befinden (vgl. dazu AGVE 1997, S. 360).

b) Im vorliegenden Fall haben der Gemeinderat B. und die Beschwerdegegnerin am 4. bzw. 11. September 2000 einen Werkvertrag über die Modernisierung des örtlichen CATV-Verteilnetzes auf 860

MHz inkl. Retourweg zum Pauschalpreis von Fr. 505'000.-- unterzeichnet. Aufgrund der Akten muss daher von einem bereits in der ersten Septemberhälfte 2000 abgeschlossenen Werkvertrag zwischen dem Einwohnergemeinde B. als Bauherrin und der Beschwerdegegnerin als (General)unternehmerin ausgegangen werden. Der Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 7. September 2000 mitgeteilt, dass der Gemeinderat den Auftrag für die Modernisierung des Netzes an die Beschwerdegegnerin erteilt hat. Erst am 2. Oktober 2000 (auf ausdrückliches Verlangen der Beschwerdeführerin) erliess der Gemeinderat einen Vergabebeschluss, mit dem der Beschwerdeführerin die anderweitige Auftragsvergabe förmlich eröffnet wurde.

Die unzutreffende Rechtsauffassung des Gemeinderats B. (Erw. II/1/c hievor) führte dazu, dass er sich als Vergabestelle durch den Abschluss des Werkvertrags bereits am 4./11. September 2000, d.h. noch vor der formlosen Mitteilung an die Beschwerdeführerin, über § 21 Abs. 1 SubmD hinweggesetzt hat, wonach der Vertrag mit den Anbietenden erst abgeschlossen werden darf, wenn die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist (lit. a) oder wenn die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat (lit. b). § 21 Abs. 1 SubmD verbietet es der Vergabestelle, unmittelbar nach dem Zuschlag den Vertrag abzuschliessen, um auf diese Weise eine spätere Aufhebung des Zuschlags durch die Rechtsmittelinstanz unmöglich zu machen (vgl. auch Art. 14 Abs. 1 IVöB). Auch im freihändigen Verfahren ist der sofortige Vertragsabschluss nur dann zulässig, wenn lediglich *ein* Angebot vorhanden ist. Liegen hingegen zwei oder mehrere gültige Offerten vor, weil die Vergabestelle im Sinne von § 8 Abs. 4 SubmD eine Wettbewerbssituation geschaffen hat, muss sie den Zuschlag den Beteiligten zunächst korrekt eröffnen (vgl. § 20 SubmD) und beim Vertragsabschluss § 21 Abs. 1 SubmD beachten. Diese Vorschriften hat der Gemeinderat B. nicht eingehalten.

c) aa) Das Submissionsdekret äussert sich nicht ausdrücklich zu den Konsequenzen der Verletzung von § 21 SubmD durch die Vergabestelle. Es werden - mit Ausnahme von § 28 Abs. 2 SubmD, wonach Widerhandlungen gegen Vergabebestimmungen durch eine subventionierte Vergabestelle durch den ganzen oder teilweisen Ent-

zug der Subventionen geahndet werden können - keine weiteren Sanktionsmöglichkeiten genannt. Zusätzlich muss die Vergabestelle aber gegebenenfalls mit Schadenersatzforderungen rechnen, und wenn sie sich bewusst über § 21 SubmD hinwegsetzt, kommt jedenfalls eine Anzeige bei der zuständigen Aufsichtsbehörde wegen rechtswidrigen Verhaltens in Betracht (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 16. November 1999, 2A 99 38, in Sachen Firma F, S. 8). Insbesondere aber stellt sich die Frage, welche Folgen die Verletzung von § 21 Abs. 1 SubmD für den verfrüht geschlossenen Werkvertrag hat. Es ist zu prüfen, ob damit ein Mangel vorliegt, der den Vertrag - ungeachtet des Parteiwillens - unwirksam und damit für das Verwaltungsgericht unbeachtlich macht (vgl. Erw. a/bb und cc hievor).

bb) aaa) Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag nichtig, wenn er einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst. Der Verstoss gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts führt nur dann zur Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR, wenn diese Nichtigkeitsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 119 II 224).

bbb) Die Frage, ob die Verletzung öffentlichrechtlicher Vergaberegeln einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 20 OR darstellen kann, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungsrecht geht davon aus, dass der verfrühte Abschluss des Vertrags unter Umständen ein Mangel ist, der die Annahme der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags rechtfertigen kann (Entscheid der ERKB vom 7. November 1997, publiziert in: VPB 62/1998 Nr. 32.II). Gegen diese Rechtsprechung äussert namentlich Peter Gauch schwerwiegende Bedenken, die insgesamt zu überzeugen vermögen (Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages [im Folgenden: Nichtigkeit], in: Baurecht 1998, S. 119 ff.). Ein Vertrag ist gemäss Art. 20 Abs. 2 OR nur dann widerrechtlich, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives Recht verstösst. Dabei kann es sich sowohl um Bundesrecht als auch um kantonales Recht handeln.

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit muss jedoch in der betreffenden Norm ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergeben (BGE 119 II 224 mit Hinweisen; Gauch in: Baurecht 1998, S. 119 ff.; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz. 640 ff.). Peter Gauch weist darauf hin, dass die Auftraggeberin, die den Vertrag abschliesse, bevor sie ihn nach dem anwendbaren Vergaberecht abschliessen dürfe, zwar gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts verstosse, die indessen den Abschluss des Vertrags nicht wegen seines Inhalts untersage. Der vorzeitige Vertragsschluss bewirke daher keine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR (Gauch, Nichtigkeit, S. 121 mit Hinweisen). Auch § 21 Abs. 1 SubmD regelt einzig die Frage, ab welchem Zeitpunkt (nach dem Zuschlag) und dannzumal unter welchen Voraussetzungen (entweder unbenutzter Ablauf der Beschwerdefrist oder Entzug der aufschiebenden Wirkung) der Vertragsschluss zulässig ist; er bezieht sich einzig auf die äusseren, zeitlichen Umstände, aber in keiner Art und Weise auf den Inhalt des vereinbarten Vertrags. Sanktionen gegen einen verfrühten Vertragsschluss werden wie erwähnt in § 21 SubmD jedoch nicht normiert, und auch Sinn oder Zweck der Bestimmung rechtfertigen die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht (vgl. Ernst A. Kramer, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI [Art. 19-22 OR. Allgemeine Bestimmungen], Art. 19-20, N 141 und 148 f.).

cc) aaa) Peter Gauch vertritt die Auffassung, die Vollmacht der staatlichen Funktionäre zum Vertragsabschluss könne allenfalls (auch) durch das anwendbare Vergaberecht beschränkt werden. Er knüpft dabei an Art. 33 Abs. 1 OR an, wonach die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, soweit sie aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts hervorgeht, sich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone beurteilt. Nach dieser Betrachtungsweise wirkt z.B. die Regelung von Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit dem Anbieter (noch) nicht abgeschlossen werden darf, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, auch als Vollmachtbeschränkung. Der Vertreter des öffentlichen Auftraggebers ist nicht ermächtigt, den Vertrag abzuschliessen, bevor Art. 22 Abs. 1 BoeB den Vertragsab-

schluss erlaubt. Das in Art. 22 Abs. 1 BoeB statuierte „Abschlussverbot“ wirkt somit zugleich als Vollmachtsbeschränkung. Schliesst der Vertreter den Vertrag trotzdem ab, handelt er ohne Vertretungsmacht (Gauch, Nichtigkeit, S. 123; Peter Gauch, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, recht 1997, S. 173 f.; ferner Verwaltungsgericht Zürich, in: ZBl 100/1999, S. 381).

bbb) Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat den Werkvertrag als Vertreter der Einwohnergemeinde B. abgeschlossen. Gemäss § 36 Abs. 2 GG vertritt der Gemeinderat die Gemeinde nach aussen und wird seinerseits durch den Gemeindeammann und den Gemeinbeschreiber vertreten. Dazu gehört u. a. auch die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gemeinde, d.h. die Befugnis, sowohl auf dem Gebiet des privaten wie auch des öffentlichen Rechts für die Gemeinde zu handeln. Es handelt sich bei diesem Vertretungsrecht nach § 36 Abs. 2 GG um eine organschaftliche Vertretung nach öffentlichem Recht (vgl. Andreas Baumann, Die Kompetenzordnung im aargauischen Gemeinderecht, Diss. Aarau 1986, S. 219 f.). Die Befugnis des Gemeinderats zum Abschluss der privatrechtlichen Verträge im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (als Vollzug des erteilten Zuschlags) ergibt sich somit gestützt auf § 36 Abs. 2 in Verbindung mit § 37 Abs. 2 lit. 1 GG (wonach dem Gemeinderat die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen obliegt).

Wie bereits festgestellt, ist der Vertragsschluss durch den Gemeinderat B. nun allerdings in Verletzung von § 21 Abs. 1 SubmD erfolgt (Erw. b hievor). Vor dem Hintergrund der von Peter Gauch hauptsächlich im Hinblick auf das Bundesvergaberecht (Art. 22 Abs. 1 BoeB) vertretenen Lehrmeinung stellt sich die Frage, ob nicht auch § 21 SubmD als gesetzliche Vollmachtsbeschränkung aufzufassen ist, welche die Vertretungsmacht der Gemeindeorgane zum Abschluss von Werkverträgen im Verkehr mit Dritten rechtswirksam zu beschränken vermag. Die Annahme einer solchen Vollmachtsbeschränkung hätte zur Folge, dass der vorzeitig abgeschlossene privatrechtliche Vertrag - zumindest vorübergehend - an einem schwerwiegenden Rechtsmangel leiden und keine Wirksamkeit entfalten würde. Dagegen lässt sich allerdings mit guten Gründen einwenden, dass § 21 SubmD nach seinem Wortlaut der Vergabestelle (also z.B. Kan-

ton, Gemeinde [vgl. dazu § 5 SubmD]) den vorzeitigen Vertragsabschluss an sich untersagt und damit nicht das Verhältnis zwischen der Vergabestelle und dem jeweils für sie handelnden Organ (z.B. Gemeinderat) betrifft; insofern erscheint der Rückgriff auf die durch das Vergaberecht beschränkte Vertretungsmacht konstruiert. Es kann letztlich aber offen bleiben, ob § 21 Abs. 1 SubmD als gesetzliche Vollmachtbeschränkung im Sinne der von Peter Gauch vertretenen Betrachtungsweise verstanden werden könnte. Aufgrund der konkreten Formulierung vom § 21 Abs. 1 SubmD, wonach der Vertrag mit dem Anbietenden erst nach dem Zuschlag geschlossen werden darf, wenn entweder die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist (lit. a) oder die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat (lit. b), stellt sich nämlich die Frage, ob § 21 Abs. 1 SubmD im Hinblick auf den Vertragsschluss nicht viel eher die Bedeutung einer sogenannten Rechtsbedingung (*condicio iuris*) zukommt.

dd) aaa) Im Privatrecht wird unter einer Bedingung zunächst ein objektiv ungewisses zukünftiges Ereignis verstanden, von dem nach dem Willen der Parteien die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines sonstigen Rechtsgeschäfts abhängt (vgl. Art. 151 ff. OR). Bedingungen können dabei ausdrücklich vereinbart werden oder stillschweigend von beiden Parteien gewollt sein (statt vieler: Felix Ehrat, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 1996, Vorbemerkungen zu Art. 151-157, N 1 ff.).

Die Rechtsbedingungen sind keine Bedingungen in diesem Sinne. Darunter sind vielmehr Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts zu verstehen, die direkt auf dem Gesetz beruhen und zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten. Nicht jede Voraussetzung, an die das Gesetz die Entstehung, Veränderung oder den Untergang von Rechten knüpft, kann Rechtsbedingung sein, sondern nur eine solche, die einen Schwebezustand auslöst. Es handelt sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung, die beim Geschäftsabschluss noch fehlt, aber nachgeholt werden kann (Hermann Becker, Berner Kommentar, Band IV [Art. 1-183 OR. Allgemeine Bestimmungen], Bern 1945, N 2 f.). Beispiele sind die Verfügungsmacht des Verfügenden, die rechtzeitige Mängelrüge des Käufers als Voraussetzung

der kaufrechtlichen Gewährleistung, der Bestand einer zu sichernden Forderung als Voraussetzung einer gültigen Verbürgung und Verpfändung, die Zustimmung eines Dritten, sofern dies von Gesetzes wegen zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlich ist oder auch die staatliche Bewilligung für den Grundstückkauf durch Ausländer als (Rechts-) Bedingung für das Wirksamwerden des Vertrages (Ehrat, a.a.O., N 12). Fehlt bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts eines dieser Erfordernisse und kann es nachgeholt werden, so entsteht bezüglich der Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts, wie bei den Bedingungen im Sinne von Art. 151 ff. OR, ein Schwebezustand, der aber nicht den Regeln des Bedingungsrechts untersteht (Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, S. 260). Für die sehr verschiedenartigen Fälle gelten besondere Regeln, die sich aus den einschlägigen Gesetzesvorschriften oder aus der Natur der Sache ergeben. Allenfalls kann sich eine analoge Anwendung des Bedingungsrechts aufdrängen, wobei das betreffende Rechtsgeschäft erst vom Zeitpunkt der Genehmigung bzw. der Konvaleszenz an Rechtswirkungen entfalten kann (von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 260; vgl. auch für das deutsche Recht: Manfred Wolf, in: Soergel-Siebert [Herausgeber]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart 1999, N 8 vor § 153 BGB).

bbb) Wie das Beispiel der staatlichen Bewilligung von Grundstücksgeschäften mit ausländischer Beteiligung nach der Lex Friedrich zeigt, kann die Gültigkeit von privatrechtlichen Rechtsgeschäften auch vom Vorliegen einer *öffentlichrechtlichen* Wirksamkeitsvoraussetzung abhängen. Der Bewilligungsvorbehalt gemäss Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) vom 16. Dezember 1983 hat dabei unmittelbare Bedeutung für die Gültigkeit des Schuldvertrags, der dem Grundstückserwerb zugrunde liegt, indem Art. 26 BewG selbst die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Kaufvertrages normiert, so u.a. wenn der „Erwerber das Rechtsgeschäft vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt“. Fehlt es an der Bewilligung, so bleibt der abgeschlossene Schuldvertrag „schwebend“ unwirksam, bis entweder die Bewilligung für den vereinbarten

Erwerb rechtskräftig erteilt oder der Vertrag nichtig wird, wobei die Bewilligung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkt (Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., Rz. 723). Mithin ordnet die Lex Friedrich selbst die Rechtsfolgen bei bewilligungslosem Grundstückserwerb.

ccc) Im Unterschied dazu normiert das SubmD selbst keine Sanktionsfolgen, es ordnet insbesondere nicht die Nichtigkeit eines in Verletzung von § 21 SubmD geschlossenen Vertrages an (siehe Erw. c/bb/bbb hievor). Dies hindert allerdings die Qualifikation des in § 21 Abs. 1 SubmD statuierten Erfordernisses des rechtskräftigen Zuschlags oder des Entzugs der aufschiebenden Wirkung als Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des Werkvertrags im Grundsatz nicht. Der aargauische Submissionsdekretgeber wollte den bisher schon bestehenden Rechtsschutz bewahren bzw. (im Vergleich zum interkantonalen Recht) ausbauen und - auch mit der Normierung eines automatischen Suspensiveffekts der Submissionsbeschwerde - wirksam verhindern, dass die Vergabestelle allein durch den Abschluss des privatrechtlichen Vertrages dem Verwaltungsgericht die Aufhebung des Zuschlags im Beschwerdeverfahren verunmöglichen und es auf die Feststellung der Widerrechtlichkeit des Zuschlages beschränken kann (vgl. Erw. a/aa hievor). Dieses klar dokumentierte Ziel des Dekretgebers lässt es gerechtfertigt und sachlich richtig erscheinen, den unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist - d.h. die Rechtskraft des Zuschlags - oder den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde als öffentlichrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Abschluss des privatrechtlichen Vertrages zu betrachten.

ddd) Stellt § 21 Abs. 1 SubmD also eine Rechtsbedingung im Sinne einer öffentlichrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung für den im Anschluss an den Zuschlag abzuschliessenden Werkvertrag dar, so befindet sich der unter Verletzung von § 21 Abs. 1 SubmD verfrüht abgeschlossene Vertrag bis zur Rechtskraft des erfolgten Zuschlags (entweder durch unbenützten Ablauf der Beschwerdefrist oder infolge Abweisung der Beschwerde) bzw. bis zum Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Submissionsbeschwerde durch die

Beschwerdeinstanz in einem Schwebezustand und entfaltet keine Rechtswirksamkeit.

d) Nachdem im vorliegenden Vergabeverfahren weder die Rechtskraft des erteilten Zuschlags durch Ablauf der Beschwerdefrist eingetreten ist noch das Verwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat, waren die in § 21 Abs. 1 SubmD vorgesehenen Bedingungen für einen Vertragsschluss nicht erfüllt. Damit vermag der zwischen der Einwohnergemeinde B. und der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Werkvertrag derzeit keine Rechtswirksamkeit zu entfalten. Er steht demzufolge auch der Aufhebung des widerrechtlich erteilten Zuschlags durch das Verwaltungsgericht nicht entgegen (Erw. a/cc hievor).

70 Eignungs- und Zuschlagskriterien; Grundsatz der Transparenz.

- **Auch in einem offenen Verfahren ist grundsätzlich bereits in der Ausschreibung klar zwischen den von den Anbietenden zu erfüllenden Eignungskriterien und den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien im Sinne von § 18 Abs. 2 SubmD zu unterscheiden (Erw. 3/c/aa).**
- **Die Ausschreibung muss alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung enthalten (Erw. 3/c/bb).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 10. April 2001 in Sachen S. AG gegen den Beschluss des Regierungsrats und die Verfügung der Psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau.

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss Ziffer 10 der öffentlichen Ausschreibung waren die folgenden Zuschlagskriterien massgebend:

- Referenzinstallationen in der Schweiz im Gesundheitsbereich Kunden mit vergleichbarer Grösse und Struktur
- Einführungs-, Entwicklungsplan für TARMED muss vorliegen
- Vollständigkeit der Offerte
- Preis (Investitions-, Betriebskosten)/Leistung
- Genügend Ressourcen, auch im Fachbereich