

## IV. Submissionen

### 37 Rechtsschutz.

- **Unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens besteht seit der Revision des Submissionsdekrets vom 18. Oktober 2005 kein Rechtsschutz, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. September 2007 in Sachen H. AG gegen den Gemeinderat L. (WBE.2007.141).

### *Aus den Erwägungen*

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig "in den Fällen, welche dieses oder ein anderes Gesetz bestimmt" (§ 51 Abs. 1 VRPG). Überdies kann durch Dekret des Grossen Rates die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf weitere Fälle ausgedehnt werden (§ 51 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 SubmD, in der Fassung vom 18. Oktober 2005, kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Beim Gemeinderat L. handelt es sich unstreitig um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD. Sind die Schwellenwerte 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 (§ 8 Abs. 3 lit. a SubmD).

1.2.

Der vorliegend zu vergebende Auftrag umfasst neben der Lieferung und Montage der neuen Heizanlage auch die Demontage der bestehenden Anlage (Heizzentrale, Öltank, Unterstation). Es handelt sich somit um Arbeiten im Zusammenhang mit den technischen Installationen eines Bauwerks, d.h. um Arbeiten des Baunebengewerbes. Davon geht zu Recht auch die Beschwerdeführerin aus. Ebenfalls unbestritten ist, dass der für die Vergabe im Einladungsverfahren massgebende Schwellenwert von Fr. 150'000.-- vorliegend nicht erreicht wird. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, sie habe dennoch Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung. Sie begründet diesen Standpunkt vor allem mit einem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 31. Juli 1997, wonach sich der Anspruch auf eine Verfügung aus §§ 23 und 24 SubmD, § 23 VRPG und aus Art. 9 BGBM ergebe.

1.3.

1.3.1.

Der von der Beschwerdeführerin angerufene VGE III/55 vom 31. Juli 1997 (BE.1997.00163) ist unter der Geltung des SubmD in der ursprünglichen Fassung vom 26. November 1996 (nachfolgend: aSubmD) ergangen. Danach unterstanden die Gemeinden den Bestimmungen des SubmD nur, wenn sie Bauaufträge über einem geschätzten Wert des Einzelauftrags von Fr. 200'000.-- bzw. Dienstleistungs- und Lieferaufträge über einem geschätzten Wert des Einzelauftrags von Fr. 50'000.-- (§ 5 Abs. 1 lit. d aSubmD) oder Aufträge, die von der öffentlichen Hand subventioniert wurden, vergaben (§ 5 Abs. 1 lit. b aSubmD). Diese Einschränkung bestand indes nur in Bezug auf die Geltung der materiellen Bestimmungen des Dekrets, nicht aber in Bezug auf die Vorschriften über den Rechtsschutz, denn § 24 Abs. 3 aSubmD sah ausdrücklich vor, dass die Bestimmung über die Beschwerde auch für Gemeinden und andere Vergabestellen gemäss § 5 Abs. 1 lit. d aSubmD galt. Mithin bestand

nach altem Recht gestützt auf § 24 aSubmD gegenüber sämtlichen Vergaben öffentlicher Aufträge die Möglichkeit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Daraus sowie insbesondere aus der Vorschrift von Art. 9 Abs. 1 BGBM leitete das Verwaltungsgericht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre – einen Anspruch der Anbietenden auf das Ergehen einer beschwerdefähigen Verfügung auch bei kommunalen Vergaben unterhalb der Schwellenwerte von § 5 Abs. 1 lit. d aSubmD ab (erwähnter VGE vom 31. Juli 1997, S. 6 f., 9 f.).

#### 1.3.2.

In einem Urteil vom 11. Februar 2005 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Regelung des Kantons Bern, wonach Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens (oder tieferer kommunaler Schwellenwerte) nicht anfechtbar sind, vor Art. 9 BGBM standhalte. Es gebe eine Reihe gewichtiger Gründe für die Zulässigkeit einer solchen Regelung. So sei auch im Bund eine analoge Beschränkung vorgesehen. Das BoeB sei nur anwendbar, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht würden. Nur dann kämen auch die Rechtsschutzbestimmungen zur Anwendung. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Kantone verpflichtet sein sollten, auch für Bagatellvergaben Rechtsmittelverfahren vorzusehen, wenn der Bund selber für solche Fälle keinen Rechtsschutz kenne. Sodann habe die Gewährung einer Anfechtungsmöglichkeit grundsätzlich nur dort einen Sinn, wo das einschlägige Submissionsrecht im Hinblick auf die Bedeutung des Auftrags ein formalisiertes Vergabeverfahren überhaupt vorsehe. Das freihändige Verfahren sei kein derartiges Verfahren. Dass zwischen dem Verfahrensaufwand und der Bedeutung des zu vergebenden Auftrags ein vernünftiges Verhältnis bestehen solle, komme auch aus Art. 5 Abs. 2 BGBM zum Ausdruck, wonach nur Vorhaben für "umfangreiche" öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten unter Angabe der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren seien. Es stehe sodann ausser Frage, dass der kantonale Gesetzgeber die Ausgestaltung des Submissionsverfahrens bzw. den damit für die Behörde verbundenen Evaluationsaufwand u.a. von der Bedeutung der Vergebung, d.h. von zu erreichenden Schwellenwerten, abhängig machen dürfe. Art. 9

BGBM schliesse derartige Differenzierungen nicht aus. Ebenso sei klar, dass nicht für jede kleine und kleinste Vergebung der öffentlichen Hand ein förmliches Verfahren durchgeführt und entsprechende Anordnungen unabhängig vom Wert des Auftrags immer in die Form einer anfechtbaren Verfügung gekleidet werden müssten; dies widerspräche der Realität (vgl. zum Ganzen BGE 131 I 137 Erw. 2.4; siehe ferner Martin Beyeler, in: BR 2005, S. 70 f.; ähnlich schon Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. September 1999, in: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP] 1999, Nr. 36, S. 104 ff.).

### 1.3.3.

Im Rahmen der Teilrevision des Submissionsdekrets im Jahr 2005 wurde vor dem Hintergrund des vorgenannten bundesgerichtlichen Entscheids § 24 SubmD (Beschwerde) wie folgt neu gefasst:

<sup>1</sup>Gegen Verfügungen der Vergabestelle kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden; dieses entscheidet endgültig.

<sup>2</sup>Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht, gelten als anfechtbare Verfügungen:

- a) die Ausschreibung;
- b) der Zuschlag;
- c) der Entscheid über die Auswahl von Anbietenden im selektiven Verfahren;
- d) der Ausschluss vom Vergabeverfahren;
- e) der Widerruf des Zuschlags oder der Abbruch des Vergabeverfahrens.

<sup>3</sup>Der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren kann unabhängig vom Schwellenwert angefochten werden."

Die bisherige lit. d von § 5 Abs. 1 SubmD sowie § 5 Abs. 2 SubmD wurden ersatzlos gestrichen.

In der Zusatzbotschaft des Regierungsrats zur Teilrevision des Submissionsdekrets vom 6. Juli 2005 (GR.04.199) wurde zur Begründung u.a. ausgeführt, eine Regelung analog der bernischen, mit der Durchführung von förmlichen Verfahren nur oberhalb von bestimmten Schwellenwerten, führe zu einer wesentlichen Vereinfachung und damit zu einer Verkleinerung des Verwaltungsaufwands der Vergabestellen in diesem Bereich, aber auch zu rascheren Verfah-

ren. Zudem sei absehbar, dass auch die Anzahl der Beschwerden an das Verwaltungsgericht abnehmen werde (Zusatzbotschaft, S. 2).

Mithin handelt es sich nach der Konzeption des SubmD bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens um verfügbares staatliches Handeln.

1.4.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerdeführerin nach der gemäss der Teilrevision vom 18. Oktober 2005 geltenden Rechtslage aus dem Submissionsdekret im vorliegenden Fall keinen Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung und damit auch keinen Anspruch auf Rechtsschutz ableiten kann.

### **38 Varianten; Qualitätsbewertung; Preisbewertung.**

- **Varianten (§ 16 SubmD):** Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Variante mit der Amtslösung kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu (Erw. 3.2-3.3).
- **Allgemeine Ausführungen zum Gesamteindruck genügen den Anforderungen an die Prüfung der Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von 50 % nicht (Erw. 7.1.3-7.5).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 3. Oktober 2007 in Sachen A. AG gegen den Gemeindeverband V. (WBE.2007.167).

### *Aus den Erwägungen*

3.

3.1. (...)

3.2.

3.2.1.

Den Anbietenden steht es frei, Offerten für Varianten und Teilangebote einzureichen (§ 16 Abs. 1 SubmD). Die Vergabestelle bezeichnet in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an Varianten und Teilangebote (§ 16 Abs. 2 SubmD). Das Angebot einer Variante ist ungültig, wenn damit nicht eine Offerte für das Grundangebot eingereicht wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz