

WBE.2023.178 / MW / we

Art. 62

Urteil vom 19. Juni 2023

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Lang
Verwaltungsrichter Michel
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin

A._____ AG,
vertreten durch Philipp Simmen, Rechtsanwalt, Hans Huber-Strasse 38,
Postfach, 4503 Solothurn

gegen

Einwohnergemeinde Q._____
handelnd durch den Gemeinderat
dieser vertreten durch MLaw Alexander Pfeiffer, Advokat, nigon
Rechtsanwälte, Marktplatz 18, 4001 Basel

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Beschluss des Gemeinderats Q._____ vom 27. Februar 2023

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

1.

Im Zusammenhang mit der Sanierung und Erweiterung der Primarschule schrieb die Einwohnergemeinde Q. den Auftrag für die Lieferung der Leuchten und Lampen (BKP 233) am 13. September 2022 auf www.simap.ch (Meldungsnummer _____) im offenen Verfahren (nicht im Staatsvertragsbereich) öffentlich aus. Innert Frist wurden fünf Angebote mit Eingabesummen (inkl. MWST) zwischen Fr. 149'929.55 und Fr. 273'147.45 eingereicht. Am 27. Februar 2023 beschloss der Gemeinderat Q.:

1.

Die Vergabe Leuchten und Lampen erfolgt an die B. GmbH, aaa R., für CHF 273'147.45. Es wird auf den bei den Akten beiliegenden Vergabeantrag und Offertvergleich der C. GmbH verwiesen.

2.

Die Auftragsvergabe und -absagen werden den Unternehmern durch die D. AG zugestellt.

Mit E-Mail vom 7. März 2023 teilte die D. GmbH den Anbietern, darunter die A. AG, den Zuschlagsentscheid des Gemeinderats Q. betreffend BKP 233 Leuchten und Lampen mit. Das E-Mail enthielt eine Rechtsmittelbelehrung. Ihm angehängt waren der Vergabeantrag der C. GmbH vom 19. Dezember 2022 und der Protokollauszug des Gemeinderats Q. vom 27. Februar 2023 (Vergabebeschluss).

2.

Die A. AG ersuchte mit Schreiben vom 27. März 2023 (unter Beilage technischer Datenblätter) die Gemeindeverwaltung Q. (E.) um nochmalige Überprüfung des Entscheids. Anlässlich eines Telefongesprächs zwischen der Gemeindeverwaltung Q. und dem Verwaltungsrat der A. AG (F.) wurde letzterem mitgeteilt, dass die nachgereichten Unterlagen zu keiner erneuten Überprüfung des Zuschlags führen könnten.

3.

Mit Schreiben vom 3. Mai 2023 forderte die nunmehr anwaltlich vertretene A. AG die Gemeindeverwaltung Q. auf, die bei ihr am 27. März 2023 fristgerecht erhobene Beschwerde gegen den Vergabebeschluss des Gemeinderats unverzüglich an das zur Behandlung zuständige Verwaltungsgericht weiterzuleiten.

B.

1.

Die inzwischen ebenfalls anwaltlich vertretene Einwohnergemeinde Q. überwies mit Eingabe vom 15. Mai 2023 das Schreiben der A. AG vom 3. Mai 2023 zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht.

2.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2023 wurde die Einwohnergemeinde Q. unter einstweiligem Verzicht auf das Einholen von Stellungnahmen zur Aktenvorlage aufgefordert.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [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 Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

1.2.

Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (§ 4 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 [DöB; SAR 150.920]; Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB; SAR 150.960]). Sind die

Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB erreicht, sind durch Beschwerde u.a. der Zuschlag anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

Bei der Einwohnergemeinde Q. handelt es sich um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 IVöB, und der vorliegend streitige Auftrag erreicht den Schwellenwert des Einladungsverfahrens für Leistungen des Baunebenwerbes und Lieferungen. Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung einer sich gegen den Zuschlagsentscheid gerichteten Beschwerde zuständig.

2.

2.1.

Zu prüfen ist, ob es sich beim an die Bauverwaltung Q. adressierten Schreiben vom 27. März 2023 um eine Beschwerde im Sinn von Art. 52 Abs. 1 IVöB und § 4 DöB handelt, die gestützt auf § 8 VRPG zuständigkeitshalber zur Behandlung an das Verwaltungsgericht hätte weitergeleitet werden müssen (vgl. Anwaltsschreiben der A. AG vom 3. Mai 2023; oben A/3). Die Vergabestelle bringt vor, sie sei stets davon ausgegangen, dass das Schreiben vom 27. März 2023 keine Beschwerde im Rechtssinne darstelle, weshalb – bis anhin – auch keine Überweisung erfolgt sei (Eingabe der Vergabestelle vom 15. Mai 2023, S. 2).

2.2.

Gemäss Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art 53 Abs. 1 lit. e IVöB ist der Zuschlag unter der Voraussetzung, dass die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind, mit Beschwerde anfechtbar. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Vorschriften des VRPG, soweit die IVöB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 55 IVöB). Nach Art. 56 Abs. 1 IVöB müssen Beschwerden schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Darüber hinaus enthält die IVöB keine besonderen Bestimmungen zu den Anforderungen an die Beschwerdeschrift. Diese richten sich damit nach § 43 VRPG: Danach sind Beschwerden schriftlich bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Abs. 1). Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag sowie eine Begründung enthalten. Auf Beschwerden, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, ist nicht einzutreten (Abs. 2). Der angefochtene Entscheid ist anzugeben, allfällige Beweismittel sind zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Die Eingabe ist zu unterzeichnen. Ist die Beschwerde in dieser Hinsicht ungenügend oder sonst unklar, ist eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen unter Androhung des Nichteintretens (Abs. 3).

2.3.

2.3.1.

Das Schreiben der A. AG vom 27. März 2023 ist an die Gemeindeverwaltung Q., Frau E., adressiert. Die A. AG bedankt sich darin zunächst für das

Schreiben mit dem Protokollauszug des Gemeinderats vom 27. Februar 2023 und führt des Weiteren aus, dass (und wieso) die von ihr angebotenen Leuchten die Anforderungen der SIA 387/4 bezüglich Leuchten-Lichtausbeute erfüllen bzw. deutlich übertreffen würden. Sie weist sodann auf Artikel 18 des Submissionsgesetzes des Kantons Aargau hin, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Gemäss Protokollauszug wäre ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste. Das Schreiben schliesst wie folgt: "Basierend auf den oben erwähnten Tatsachen und des erwähnten Artikels bitten wir Sie, Ihren Entscheid nochmals zu überprüfen und auf uns zu zukommen. Lassen Sie uns bitte wissen, falls Sie weitere Daten für diese Überprüfung benötigen, damit wir sie nachreichen können. Gerne warten wir auf Ihren Bescheid."

2.3.2.

Diesem Schreiben lässt sich nichts entnehmen, was den Schluss nahe legen würde, dass die A. AG damit beim Verwaltungsgericht Beschwerde erheben wollte und eine gerichtliche Überprüfung des kommunalen Zuschlagsentscheids beabsichtigte. Ein Wille, den Rechtsmittelweg zu beschreiten und insbesondere auch das damit verbundene Kostenrisiko in Kauf zu nehmen (auf die Kostenpflichtigkeit des Verfahrens vor Verwaltungsgericht wurde in der im E-Mail vom 7. März 2023 enthaltenen Rechtsmittelbelehrung hingewiesen), ist nicht zu erkennen. Vielmehr handelt es sich unmissverständlich um ein ausschliesslich an die Vergabestelle bzw. die Bauverwaltung gerichtetes Ersuchen, den erteilten Zuschlag selbst noch einmal zu überprüfen und dabei die neu vorgebrachten Tatsachen zu berücksichtigen. Auch Laien müssen ihren Beschwerdewillen klar bekunden, andernfalls nicht von einer Beschwerde ausgegangen werden kann (vgl. BGE 117 Ia 126 ff., Erw. 5c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5523/2015 vom 31. August 2016, Erw. 1.3.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, S. 135, Rz. 2.211a, mit Hinweisen). Ein solcher Beschwerdewille wird erstmals im Schreiben vom 3. Mai 2023 behauptet, geht aus dem ursprünglichen Schreiben vom 27. März 2023, wie ausgeführt, jedoch nicht hervor. Insofern hatte die Vergabestelle bis zum 3. Mai 2023 keine Veranlassung, das Schreiben gestützt auf § 8 VRPG zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht zu überweisen.

Nach § 39 Abs. 1 VRPG können Entscheide durch die erstinstanzlich zuständige Behörde (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) in Wiedererwägung gezogen werden (vgl. dazu Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2022.283 vom 19. Januar 2023, Erw. II/2). Es liegt nahe, beim Schreiben der A. AG von einem Wiedererwägungsgesuch im Sinne von § 39 Abs. 1 VRPG auszugehen, dem die Vergabestelle indessen nicht stattgegeben hat. Gemäss ihrer Darstellung hat am 3. April 2023 ein Telefongespräch zwischen ihr und F. (Verwaltungsrat der A. AG) stattgefunden, bei

dem letzterem mitgeteilt wurde, dass die nachgereichten Unterlagen zu keiner erneuten Überprüfung des Zuschlags führen könnten (Eingabe der Vergabestelle vom 15. Mai 2023, S. 2).

Da es sich beim Schreiben vom 27. März 2023 nicht um eine Beschwerde im Sinne von Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. § 43 VRPG handelt, ist darauf nicht einzutreten.

II.

1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 VRPG). Vergabestellen werden praxisgemäss erstinstanzlich verfügenden Behörden bzw. Vorinstanzen gleichgestellt (§ 13 Abs. 2 lit. e und f VRPG).

Im vorliegenden Fall unterliegt die A. AG, da auf das durch ihre Veranlassung vom Gemeinderat zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht überwiesene Schreiben vom 27. März 2023, das keine Beschwerde darstellt, nicht eingetreten werden kann. Dementsprechend hat sie die Verfahrenskosten zu bezahlen.

2.

Der anwaltlich vertretenen Vergabestelle ist im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren nur vernachlässigbarer Aufwand entstanden, weshalb es sich rechtfertigt, von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen (§ 32 Abs. 2 i.V.m. § 29 VRPG).

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Auf die Beschwerde bzw. die Eingabe vom 27. März 2023 wird nicht eingetreten.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 120.00, gesamthaft Fr. 1'120.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin (Vertreter)
die Einwohnergemeinde Q. (Vertreter)

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 nach Artikel 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

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. 273'147.45 (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 Verfassungsrecht 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, 19. Juni 2023

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi