

28 Beschwerdebefugnis

Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft, die als einfache Gesellschaft auftritt, müssen gegen einen Ausschluss gemeinsam Beschwerde führen. Wird die Beschwerde nicht rechtzeitig im Namen aller Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft erhoben, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. Oktober 2015 in Sachen A. GmbH gegen B. AG (WBE.2015.337).

Aus den Erwägungen

2.2.2.

Die Beschwerdeführerin hat als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft (bestehend aus der C. GmbH und der Beschwerdeführerin) am Vergabeverfahren teilgenommen. Arbeitsgemeinschaften treten regelmässig in der Form der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) auf, die als Vertrags- bzw. Gesellschaftszweck meist die gemeinsame Ausführung des zu vergebenden Auftrags hat (VGE III/132 vom 29. September 1998 [BE.98.00223], S. 5; PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 243, 245). Von einer einfachen Gesellschaft ist auch im vorliegenden Fall auszugehen.

Insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist allgemein anerkannt, dass die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft, 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.; Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2000 Nr. 7, S. 23 f.; Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri [RB Uri] 2004/05, S. 109; vgl. auch VGE III/132 vom 29. September 1998 [BE.98.00223], S. 5; MARTIN BERTSCHI, in: ALAIN GRIFFEL [Hrsg.], *Kommentar VRG*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 21 N 43; ROBERT WOLF, *Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN [Hrsg.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zürich/Basel/Genf 2013 [nachfolgend: *Rechtsschutz*], S. 173 mit Hinweisen). Gleiches muss bei einer Verfügung über den Ausschluss vom Verfahren (oder z.B. einem benachteiligenden Präqualifikationsentscheid im selektiven Verfahren, vgl. BEZ 2000 Nr. 7, S. 23 ff. sowie Beschluss des Verwaltungsgerichts des Kantons

Zürich vom 5. Mai 2010 [VB.2009.00667], Erw. 2.4) gelten. Auch hier sind die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft nicht einzeln, sondern nur als Partnerschaft betroffen. Das Recht zur Beschwerde gegen eine solche Verfügung mit dem Ziel, weiterhin am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, müssen sie deshalb gemeinsam ausüben.

Für die Arbeitsgemeinschaft als Ganzes oder ihre andern Mitglieder kann das einzelne Mitglied somit nicht Beschwerde führen. Möglich ist die Beschwerdeführung indes im Namen und mit Vollmacht aller Mitglieder der Gemeinschaft (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 (vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 104/2003, S. 16; vgl. auch BEZ 2000 Nr. 7, S. 23; Beschluss des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2010 [VB.2009.00667], Erw. 2.4). In solchen Fällen ist daher auch keine Frist für das nachträgliche Beibringen weiterer Vollmachten anzusetzen (BEZ 2000 Nr. 7, S. 23).

2.2.3.

Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin die Beschwerde im eigenen Namen. Der Beschwerde vom 18. August 2015 kann nicht entnommen werden, dass sie auch im Namen der C. GmbH erhoben würde. Es wird an keiner Stelle dargelegt oder auch nur erwähnt, dass gleichzeitig auch die C. GmbH Beschwerde führte. Solches lässt sich auch nicht aus dem einleitenden Satz der Beschwerde "hiermit führen wir gegen den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren [...] Beschwerde [...]" ableiten; die Formulierung "wir" lässt sich mit Blick auf die Beschwerdeschrift nur so verstehen, dass damit die Beschwerdeführerin, welche ein Unternehmen und in der Rechtsform einer GmbH organisiert ist, gemeint war. Die mit der Replik eingereichte Bestätigung der C. GmbH vom 11. September 2015, wonach sie, die C. GmbH, mit der Beschwerdeführerin am 17. August 2015 vereinbart (bzw. diese beauftragt) habe, die Beschwerde gegen die

Ausschlussverfügung auch in ihrem Namen einzureichen, ändert schliesslich nichts an der Tatsache, dass die Beschwerde einzig im Namen der Beschwerdeführerin erhoben worden ist.

Da die Beschwerde somit nicht rechtzeitig im Namen aller Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft erhoben wurde, darf darauf nicht eingetreten werden.

2.2.4.

Im Weiteren könnte man sich die Frage stellen, ob die Beschwerdeführerin allenfalls mit Blick auf die Praxis, wonach einem einzelnen Gesamthandschafter eine selbstständige Anfechtungsbefugnis zuerkannt wird, wenn das Rechtsmittel darauf ausgerichtet ist, eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung abzuwenden (siehe etwa BGE 131 I 161 = Pra 2006, S. 196; BEZ 2000 Nr. 7, S. 23 f.), selbstständig gegen die Ausschlussverfügung vorgehen konnte. Dies ist zu verneinen: Gleich wie die Beschwerde gegen einen Zuschlag oder gegen einen Präqualifikationsentscheid im selektiven Verfahren ist auch die Beschwerde gegen eine Ausschlussverfügung nicht darauf gerichtet, eine die Arbeitsgemeinschaft belastende oder verpflichtende Anordnung abzuwehren, sondern vielmehr auf den Vorteil, der sich aus dem Verbleib im Verfahren bzw. dem Zuschlag ergibt (vgl. BGE 131 I 161 = Pra 2006, S. 196). Bei diesen angestrebten Rechtsfolgen handelt es sich zudem um "unteilbare" Leistungen, die nur an die Arbeitsgemeinschaft als Ganzes ergehen können. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von den Situationen, bei welchen die Rechtsprechung die Geltendmachung eines der Gesamthandschaft zustehenden Leistungsanspruchs durch ein einzelnes Mitglied zugelassen oder zumindest erwogen hat (vgl. BGE 131 I 161 = Pra 2006, S. 196; BEZ 2000 Nr. 7, S. 24). Die Beschwerdeführerin ist daher auch aus diesem Blickwinkel nicht zur Beschwerde befugt.

2.2.5.

Hinzuweisen ist schliesslich, dass vorliegend auch kein Fall zur Beurteilung steht, in welchem ein Vertrag zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger bereits abgeschlossen worden wäre und in dem die Beschwerde nicht mehr auf den Verbleib im Verfahren bzw. den Zuschlag der Beschaffung zielte, sondern auf die Fest-

stellung der Rechtswidrigkeit (vgl. BGE 131 I 163 ff. = Pra 2006, S. 197 ff.). Es kann daher offen bleiben, ob ein einzelnes Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft in letzterer Konstellation im eigenen Namen zur Beschwerde befugt wäre (zur Praxis vgl. z.B. WOLF, Rechtsschutz, S. 173).

2.3.

Demgemäss ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.