

Die im Vergleich zu den Amtslösungen vertieften Abklärungen bezüglich der Variante (Qualität der Einrichtung, Schadstoffe) waren angesichts der Tatsache, dass die Berücksichtigung einer Variante für die Vergabestelle regelmässig, namentlich wenn es sich um ein deutlich preisgünstigeres Alternativangebot handelt, mit einem erhöhten Risiko bezüglich vorhandener Qualität der Materialien und der Verarbeitung verbunden ist, durchaus sachlich gerechtfertigt und geboten. Es handelt sich hierbei um eine verschärfte sachliche Überprüfung und entgegen der Beschwerdeführerin nicht um eine unzulässige Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin gegenüber den Offerenten der Amtslösung. Das Vorgehen der Vergabebehörde ist daher sachgerecht und nicht zu beanstanden.

39 Legitimation Dritter.

- **Legitimation im Falle einer Drittbeschwerde zugunsten des Verfüngsadressaten (Erw. I/3).**
- **Ausstand eines Gemeinderats, der von Amtes wegen Präsident der Forstbetriebskommission Y. ist und dessen Forstbetrieb Y. für den Flurstrassenunterhalt seiner Einwohnergemeinde ein Angebot eingereicht hat (Erw. II/4.1).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Januar 2006 in Sachen A und B gegen den Gemeinderat X.

Aus den Erwägungen

- I.
- 1.-2. (...)
- 3.
- 3.1.

Der Gemeinderat bestreitet die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1. Da er nicht zum Kreis der zur Offertabgabe eingeladenen gehöre, sei er weder am Verfahren beteiligt noch von den angefochtenen Verfügungen betroffen.

Demgegenüber machen die Beschwerdeführer geltend, das landwirtschaftliche Gewerbe "W." werde als Familienunternehmen geführt. Bis zum 31. Dezember 2002 sei A Eigentümer des Familienunternehmens gewesen. Er habe den "W." an seinen Sohn B per 1. Januar 2003 übergeben. Ab diesem Zeitpunkt sei A bei seinem Sohn B im Betrieb angestellt. Vom Generationswechsel habe die Gemeinde X bereits anlässlich der Hofübergabe Kenntnis erhalten. Jedoch habe sie darauf verzichtet, A den Auftrag für den Unterhalt der gemeindeeigenen Flurstrasse anlässlich der Hofübergabe zu entziehen und ein neues Submissionsverfahren durchzuführen. Die Fakturierung für die nach der Hofübergabe an gemeindeeigenen Strassen geleistete Unterhaltsarbeiten sei durch A und B gemeinsam erfolgt. Im Frühjahr 2004 sei eine Rechnung dann nur noch mit dem Absender B versehen gewesen, woraufhin die Gemeinde das Auftragsverhältnis mit A per 31. Dezember 2004 aufgelöst habe. Die Gemeinde habe somit zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2004 mit B als dem Eigentümer des "W." ein faktisches Auftragsverhältnis aufrechterhalten und gleichzeitig das bestehende Vertragsverhältnis mit A bis zum 31. Dezember 2004 weitergeführt. Die Maschinen und Werkzeuge der Gemeinde seien auch heute noch im "W." eingestellt. Wenn die Hofübergabe seitens der Gemeinde X zum Anlass genommen werde, ein neues Submissionsverfahren durchzuführen, so hätte dies bereits im Jahr 2003 erfolgen müssen. Es sei befremdend, dass die Gemeinde erst 2005 mit dem Submissionsverfahren begonnen habe. Deshalb sei auch A als Beschwerdeführer legitimiert.

3.2.

Verfügungen und Entscheide kann jedermann durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht (§ 38 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 SubmD). Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können. Die nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Mitbewerber gehören bei einem öffentlichen Vergabeverfahren zu den pri-

mären Verfügungsadressaten. Sie sind vom Entscheid der Vergabebehörde direkt und unmittelbar betroffen. Ihnen soll daher grundsätzlich die Möglichkeit zukommen, widerrechtliche Entscheide der Vergabebehörde, namentlich einen widerrechtlichen Ausschluss oder einen widerrechtlich erteilten Zuschlag, durch förmliche Beschwerde anzufechten (§ 24 Abs. 1 SubmD; vgl. AGVE 1998, S. 350 ff. mit Hinweisen).

3.3.

In erster Linie sind es somit die Adressaten einer Verfügung, welche befugt sind, diese anzufechten. Der Beschwerdeführer 2 ist vom Gemeinderat zur Einreichung einer Offerte eingeladen worden. Er hat fristgerecht ein Angebot eingereicht. Dieses Angebot ist vom Gemeinderat nicht berücksichtigt worden, was dem Beschwerdeführer 2 mit Verfügung vom 20. Juni 2005 mitgeteilt worden ist. Als nicht berücksichtigter Anbieter ist der Beschwerdeführer 2 unbestrittenermassen zur Beschwerde legitimiert. Demgegenüber ist der Beschwerdeführer 1 am vorliegenden Verfahren nicht als Anbieter in Erscheinung getreten. Er ist folgerichtig auch nicht Adressat der Verfügung vom 20. Juni 2005. Mithin handelt es sich bei der Beschwerde des Beschwerdeführers 1 um eine Drittbeschwerde zugunsten des Verfügungsadressaten, des Beschwerdeführers 2.

Beschwerden zugunsten Dritter sind nur in Ausnahmefällen zulässig (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 136), in der Regel aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen oder bei Sachverhalten, wo sich der Beschwerdeführer zwar selber auf Vertrauensschutz berufen, aber nicht Leistung an sich selber beantragen kann. Letzteres Kriterium ist insbesondere bei Beschwerden von Vertragspartnern eines Leistungsempfängers zu beachten. Die Praxis bejaht die Beschwerdelegitimation solcher Personen nur zurückhaltend. Die Tatsache, dass ein Vertrag mit dem Verfügungsadressaten besteht, genügt für sich allein nicht, um das Beschwerderecht des Dritten zu begründen; es bedarf dazu in der Regel zusätzlicher, besonderer Gründe. Das Beschwerderecht des Vertragspartners des Verfügungsadressaten wird anerkannt, wenn er in be-

rechtigtem Vertrauen auf den Fortbestand der privatrechtlichen Beziehung bereits umfangreiche Dispositionen getroffen hat, die ihm aufgrund der vertraglichen Beziehung nicht ersetzt werden, wenn er also ein gewichtiges spezifisches, konkretisiertes Interesse nachweist, das durch die Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung gewahrt werden könnte (VGE II/28 vom 9. April 2003 [BE.2003.00038], S. 10; AGVE 1985, S. 356 ff.).

3.4.

Die Übergabe des "W." vom Beschwerdeführer 1 an den Beschwerdeführer 2 erfolgte am 1. Januar 2003. Seither ist der Beschwerdeführer 1 lediglich noch Angestellter des Beschwerdeführers 2. In seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer ist der Beschwerdeführer 1 nach dem Gesagten nicht zur Beschwerde legitimiert. Besondere Gründe, welche die Beschwerdelegitimation ausnahmsweise zu begründen vermögen, wurden nicht geltend gemacht. Der Hinweis auf das bis zum 31. Dezember 2004 für die fraglichen Arbeiten bestehende Vertragsverhältnis zwischen der Einwohnergemeinde X und dem Beschwerdeführer 1 genügt jedenfalls nicht, nachdem der Beschwerdeführer 1 die Kündigung des Vertrages akzeptiert hat. Folglich darf auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 nicht eingetreten werden.

II.

1.-3. (...)

4. (...)

4.1.

Soweit der Beschwerdeführer 2 eine Verletzung der Ausstandspflicht rügt, erweist sich seine Beschwerde ebenfalls als begründet. Gemeinderat X. ist von Amtes wegen Präsident der Forstbetriebskommission Y. Der Forstbetrieb Y. hat für den Flurstrassenunterhalt der Einwohnergemeinde A ein Angebot eingereicht. Als Mitglied der Forstkommission und damit als Verwaltungsorgan des Forstbetriebes war X. wegen des bestehenden Interessenkonflikts verpflichtet, sich bei sämtlichen Gemeinderatssitzungen, welche die Vergebung des Flurstrassenunterhalts zum Geschäftsgegenstand hatten, in den Ausstand zu begeben (§ 5 Abs. 1 VRPG i.V.m. § 2 lit. a Ziff. 7 ZPO). Dies gilt namentlich für die Sitzung vom 9. Mai 2005,

anlässlich welcher über die Zuschlagserteilung beschlossen wurde. Wie dem fraglichen Protokollauszug entnommen werden kann, hat Y bei der Beschlussfassung mitgewirkt. Mithin liegt tatsächlich eine Verletzung der Ausstandspflicht vor. Die in § 2 ZPO geregelten Ausschlussgründe wirken absolut. Solche unter der Mitwirkung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds zustande gekommene Entscheide bleiben anfechtbar, auch wenn ein erkennbarer Ausstandsgrund während des Verfahrens nicht sofort gerügt wurde oder unbemerkt blieb. Auch die erst im Rechtsmittelverfahren gerügte Nichtbeachtung der Ausstandspflicht führt zur Aufhebung des Entscheids (AVGE 2004, S. 170 ff.).

40 Aufschiebende Wirkung.

- **Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (§ 26 SubmD in der Fassung vom 18. Oktober 2005).**

Verfügung des Präsidenten des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, in Sachen H. und K. gegen den Gemeinderat A.

Aus den Erwägungen

3. (...)

3.1.

Über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet der Kammerpräsident (§ 26 Abs. 3 SubmD in der Fassung vom 18. Oktober 2005). Die aufschiebende Wirkung kann erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (§ 26 Abs. 2 SubmD). Im Sinne einer vorläufigen Beurteilung ist die materielle Rechtslage und die Erfolgsaussichten der Beschwerde zu prüfen sowie eine Interessenabwägung vorzunehmen. In diese Prüfung sind die Interessen der Beschwerdeführerin, öffentliche Interessen der Vergabestelle sowie die privaten Interessen der übrigen am Submissionsverfahren beteiligten Dritten einzubeziehen (Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts,