

ableiten. Sie muss auch nicht im Voraus ankündigen, dass sie keine Bewerbungen, ein Teilangebot einzureichen, zu berücksichtigen gedenkt. Immerhin ist festzustellen, dass bereits der Hinweis der Vergabestelle in den Präqualifikationsunterlagen, falls für gewisse Arbeiten Unterlieferanten berücksichtigt oder Arbeitsgemeinschaften gebildet würden, seien diese namentlich aufzuführen, den Schluss nahe lege, dass Teilangebote aus der Sicht der Gemeinderäte Villmergen und Wohlen nicht erwünscht waren.

70 Kostentragung bei gegenstandslos gewordener Rechtsverzögerungsbeschwerde; Absage von der die Vergabestelle beratenden Drittperson.

- Bei Rechtsverzögerungsbeschwerden erfolgt die Kostentragung weder nach dem Grundsatz, dass diese dem formellen Ausgang des Verfahrens folgt, noch nach dem ausnahmsweise anzuwendenden Verursacherprinzip, wenn der materielle Ausgang klar anders liegt als der formelle. Es ist in solchen Fällen zu prüfen, ob die Beschwerde im Zeitpunkt ihrer Einreichung begründet war bzw. ob der Beschwerdeführer den Vorwurf der Rechtsverzögerungsbeschwerde zu Recht erhoben hat.
- Es genügt, wenn die nicht berücksichtigten Anbieter zunächst eine formlose Absage von der die Vergabestelle beratenden Drittperson erhalten und erst in einem zweiten Schritt - auf entsprechendes Verlangen des Anbieters - eine förmliche, anfechtbare Verfügung der Vergabestelle selbst ergeht (Erw. 2/c/bb).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 23. Juni 2000 in Sachen ARGE E. AG/M. AG gegen Abwasserband O.

Aus den Erwägungen

1. Nachdem die anderweitige Vergabe den Beschwerdeführerinnen zunächst durch ein Schreiben des Ingenieurbüros T. AG vom 5. Juni 2000 mitgeteilt worden ist, hat ihnen der Abwasserverband O. die Vergabe der Baumeisterarbeiten an die B. AG mit Verfügung vom 17. Juni 2000 förmlich eröffnet. Die Verfügung enthält eine

Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung. Damit ist das Verfahren mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses bezüglich der Beschwerdebegehren 1 - 3 gegenstandslos geworden und kann als erledigt von der Geschäftskontrolle abgeschrieben werden (vgl. VGE III/122 vom 10. Dezember 1997 in Sachen B. AG, S. 4; ferner Fritz Gysi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 154, 326). Hingegen ist noch über die Verfahrens- und Parteikosten zu befinden.

2. a) Gemäss einem Grundsatzentscheid des Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 1982 erfolgt die Kostenverteilung regelmässig nach dem formellen Ausgang, d. h. nach den Grundsätzen von § 33 Abs. 2 und § 36 VRPG (Obsiegen/Unterliegen), wenn ein Verfahren ohne Sachentscheid erledigt wird. Um stossende Ergebnisse zu verhindern, wurde eine Ausnahme vorgesehen für den Fall, dass der formelle und der materielle Verfahrensausgang auseinanderfallen; vom Grundsatz wird dann abgewichen, wenn das Ergebnis aus besonderen, objektiven Gründen stossend erscheint. Dies trifft insbesondere dort zu, wo es (formell) zu einem Beschwerderückzug oder zur Gegenstandslosigkeit kommt, nachdem dem Beschwerdebegehren materiell Rechnung getragen wurde, indem beispielsweise die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde ihre Verfügung in Wiedererwägung gezogen und im Sinne des Beschwerdeführers abgeändert hat, so dass der materielle Ausgang klar anders als der formelle liegt. Insoweit richtet sich der Kostenentscheid also auch nach dem Verursacherprinzip (AVGE 1982, S. 305 ff.). Hieran ist seither festgehalten worden (AGVE 1983, S. 252 f.; 1989, S. 276 f. und 317 f.; 1990, S. 324).

Gegenstandslos gewordene Rechtsverzögerungsbeschwerden bilden nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts in dieser Hinsicht allerdings einen Spezialfall. Würde nämlich unesehen nach Massgabe des vorhin Gesagten vorgegangen, so müsste der Kostenentscheid stets zugunsten des Beschwerdeführers lauten; dieser hat ja sein Ziel, von der Vorinstanz einen Entscheid zu erwirken, vollum-

fänglich erreicht. Eine solche Regelung der Kostenfrage wäre unbefriedigend, denn die Behörden sind von Verfassungen wegen dazu verpflichtet, ein bei ihnen eingeleitetes Verfahren (in irgendeinem Zeitpunkt) durch einen Entscheid abzuschliessen (vgl. Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986, § 10 N 15); somit könnten Rechtsverzögerungsbeschwerden ohne jedes Kostenrisiko eingereicht werden. Um dies zu verhindern, ist in solchen Fällen zu prüfen, ob der Beschwerdeführer den in seiner Beschwerde enthaltenen Vorwurf der Rechtsverzögerung zu Recht erhoben hat bzw. ob die Beschwerde im Zeitpunkt ihrer Einreichung begründet war (vgl. zum Ganzen: AGVE 1989, S. 318). Analoges muss für den vorliegenden Fall gelten, in dem die Beschwerdeführerinnen den Vorwurf der Rechtsverweigerung erhoben haben (vgl. den erwähnten VGE in Sachen B. AG, S. 5).

b) Das Verbot der Verweigerung oder Verzögerung eines Rechtsanwendungsakts gemäss Art. 29 Abs. 1 BV wird verletzt, wenn eine Behörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert (Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1585; Eichenberger, a.a.O., § 10 N 15; vgl. ferner René A. Rhinow / Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 80 B II, S. 258 mit Hinweisen). Rechtsverweigerung liegt also vor, wenn die Behörde in einem Verfahren eine ihr obliegende Amtshandlung nicht vornimmt. Eine Rechtsverzögerung ist demgegenüber anzunehmen, wenn die zuständige Behörde den von ihr zu treffenden Entscheid nicht binnen der Frist erlässt, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der Umstände angemessen erscheint; es genügt dabei, wenn die ungebührliche Verzögerung aus objektiven Gründen der Behörde zur Last fällt, d. h. die Verzögerung darf keine objektive Rechtfertigung finden, die gegenüber dem Rechtsschutzanspruch des Bürgers Bestand hätte (vgl. Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 80 B II, S. 258 mit

Hinweisen; ferner AGVE 1971, S. 341; VGE III/103 vom 26. November 1992 in Sachen B., S. 5 f.).

c) aa) Im vorliegenden Fall wurde den Beschwerdeführerinnen ihre Nichtberücksichtigung für die zu vergebenden Baumeisterarbeiten zunächst mit Schreiben des Ingenieurbüros T. AG vom 5. Juni 2000 mitgeteilt. Diesem Brief kommt trotz der vorhandenen Rechtsmittelbelehrung klarerweise kein Verfügungscharakter zu; es handelt sich lediglich um die schriftliche Mitteilung des Zuschlags durch die Hilfsperson der Vergabestelle. Das Schreiben stellt demzufolge kein Anfechtungsobjekt im Sinne von § 24 Abs. 1 SubmD dar.

bb) Das Verwaltungsgericht hat bezüglich der freihändigen Vergabe in einem früheren Urteil festgehalten, dass das Effizienzgebot, dem nachzuleben die Verwaltung ebenfalls verpflichtet ist, es der Vergabestelle nahe lege, in gewissen Fällen - vorerst - auf die Zustellung von (förmlichen) Verfügungen zu verzichten. In der Praxis erfolgten die Mitteilungen über den Zuschlag häufig nicht durch die Vergabestelle selbst, sondern in deren Namen durch die Bauleitung oder den Architekten, denen die Durchführung und Leitung des Submissionsverfahrens und die Beratung der Vergabestelle obliege. Zumindest im Bereich der freihändigen Vergabe (einschliesslich Einladungsverfahren) müsse es der Vergabebehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle gestattet sein, ihre Entscheidungen den Beteiligten zunächst durch formlose Mitteilung zur Kenntnis zu bringen. Es müsse aber für den nicht berücksichtigten Anbieter die Möglichkeit bestehen, nachträglich den Erlass einer förmlichen, beschwerdefähigen Verfügung zu verlangen. Ein Widerspruch zu den Anforderungen des Bundesrechts (insbesondere gemäss Art. 9 BGBM) entstehe nicht, solange der dort verlangte Rechtsschutz gewährleistet sei. Dazu sei es ausreichend, wenn der nichtberücksichtigte Anbieter bezüglich aller Entscheidungen der Vergabebehörde ex post eine Verfügung verlangen könne, die ihm den Rechtsweg auch bei freihändigen Beschaffungen öffne (vgl. Thomas Cottier / Benoit Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des

Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: Roland von Büren / Thomas Cottier [Hrsg.], Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 35 ff., 76 f.). Ein solches Vorgehen finde im Übrigen auch im VRPG, das grundsätzlich - unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Eigenart dieses Verfahrens - auch auf das Submissionsverfahren anwendbar ist (vgl. § 1 Abs. 1 VRPG), eine Grundlage (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 VRPG; vgl. zum Ganzen VGE III/55 vom 31. Juli 1997 in Sachen H. und M. AG, S. 9 f.).

Es spricht nichts dagegen, diese Überlegungen auf das offene und das selektive Verfahren zu übertragen. Denn im Zentrum soll nicht die Form, sondern die praktische Verwirklichung des Rechtsschutzinteresses der betroffenen Anbieter liegen (Cottier/Merk, a.a.O., S. 76). Es muss der Vergabestelle überlassen sein, welche Vorgehensweise sie im konkreten Fall als zweckmässiger und effizienter erachtet. Es genügt also auch für das offene und für das selektive Verfahren, wenn die nicht berücksichtigten Anbieter zunächst eine formlose Absage des die Vergabestelle beratenden Ingenieurbüros erhalten und erst in einem zweiten Schritt - auf entsprechendes Verlangen des Anbieters - eine förmliche, anfechtbare Verfügung der Vergabestelle selbst ergeht. Im Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) vom 15. April 1994 ist zusätzlich auch § 36 SubmD zu beachten. Die formlose Absage muss indessen mit dem Hinweis versehen werden, dass eine förmliche Verfügung verlangt werden kann. Der Anbietende hat einen Rechtsanspruch auf eine anfechtbare Verfügung, und die Rechtsmittelfrist gemäss § 25 Abs. 1 SubmD läuft erst ab der Eröffnung dieser Verfügung. Letzteres muss sich die Vergabestelle bei der Wahl ihres Vorgehens stets vor Augen halten. Zweckmässigerweise enthält die formlose Absage auch eine Begründung und den Hinweis darauf, dass die Vergabestelle auf Gesuch hin die zusätzlichen Auskünfte gemäss § 20 Abs. 2 SubmD erteilt. Falsch ist es hingegen, das formlose Absageschreiben - wie im vorliegenden

Fall geschehen - mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, da nur die Vergabestelle selbst eine förmliche Verfügung erlassen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Vergabestelle dadurch, dass sie die Absage nicht verfügt, sondern das beratende Ingenieurbüro mit der entsprechenden Mitteilung beauftragt hat, jedenfalls keiner Rechtsverweigerung schuldig gemacht hat.

cc) Der Abwasserverband hat die zu erlassende Verfügung am 17. Juni 2000 ausgefertigt und spätestens am 18. Juni 2000 der Post übergeben. Von einer Rechtsverweigerung kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein, zumal auch von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet wird, der Abwasserverband habe ihnen gegenüber verlauten lassen, er beabsichtige nicht, die fragliche Verfügung zu erlassen, oder er habe den Anspruch auf eine Verfügung grundsätzlich bestritten.

d) Bereits der vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 30. März 2000 aufgehobene Zuschlag an die B. AG wurde den Beschwerdeführerinnen zunächst mit Schreiben der T. AG mitgeteilt. Nach Beschwerdeerhebung erging dann eine förmliche Verfügung namens und auftrags der Vergabestelle (ob der Umstand, dass die Ausfertigung durch den Rechtsvertreter der Vergabestelle erfolgte, einen rechtserheblichen Mangel darstellt, wie die Beschwerdeführerinnen behaupten, kann hier offen bleiben). Nachdem die Vergabestelle somit auch im ersten Verfahren betreffend die Beschwerdeführerinnen auf Verlangen hin ein Schreiben des beratenden Ingenieurbüros durch eine Verfügung der Vergabestelle selbst ersetzt hatte, bestand für die Beschwerdeführerinnen zur Einreichung der vorliegenden Beschwerde keinerlei objektive Veranlassung. Sie hatten keinen Grund zur Annahme, dass ihnen die Verfügung verweigert würde, wenn sie auf einer solchen beharrten. Es kann ihnen diesbezüglich der Vorwurf des übereilten und inadäquaten Handelns nicht erspart werden, hätte es doch unter den obwaltenden Umständen durchaus genügt, wenn die Beschwerdeführerinnen die Verfügung bei der Vergabestelle angefordert hätten; ihr Rechtsvertreter musste als er-

fahrener Anwalt wissen, dass damit der gewünschte Zweck ohne weiteres erreicht worden wäre. Erst wenn die Vergabestelle dieser Aufforderung nicht nachgekommen wäre, hätte sie sich den Vorwurf der Rechtsverweigerung gefallen lassen müssen. Damit war die Rechtsverweigerungsbeschwerde auch zum Zeitpunkt ihrer Einreichung erstens unbegründet und zweitens nicht erforderlich, um den gewünschten Zweck zu erreichen.

71 Gewichtung der Zuschlagskriterien.

- **Weder der Wortlaut von § 18 Abs. 3 SubmD noch der aus den Materialien erkennbare Wille des Dekretsgebers verlangen eine prozentuale Angabe der Gewichtung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 14. Juli 2000 in Sachen F. AG gegen die Verfügung der Kantonalen Strafanstalt Lenzburg.

Aus den Erwägungen

4. a) Die Vergabestelle hat die Zuschlagskriterien nicht prozentual, sondern mit den Begriffen „hoch“ (Preis) und „mittel“ (Technik, Firma) gewichtet. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Gewichtung der Zuschlagskriterien sei zu vage angegeben worden. Auch enthalte die Vergabeverfügung der Strafanstalt keine Angaben über die Gewichtung; diese Angaben hätten bereits in der Ausschreibung enthalten sein sollen.

b) Gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die ausgewählten Zuschlagskriterien „in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung aufzuführen. Fehlt diese Angabe, gilt als Zuschlagskriterium der Preis“ (vgl. auch Ziff. 6 des Anhangs 3 zum SubmD). Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien ist anlässlich der Revision vom 18. Januar 2000 neu in das Submissionsdekret aufgenommen worden. Zuvor waren die ausgewählten Zuschlagskriterien lediglich in