

## V. Submissionen

### 37 Rechtsschutz

- **Im Anwendungsbereich des SubmD besteht unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens auch unter Geltung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kein gerichtlicher Rechtsschutz und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. August 2009 in Sachen B. AG gegen A.R.M. (WBE.2009.124).

### *Aus den Erwägungen*

#### 1.6.

##### 1.6.1.

Auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist Art. 29a BV. Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. In Ausnahmefällen können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen. Mit der auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist die Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts an die Rechtsweggarantie zwischenzeitlich erfolgt. Die Generalklausel in § 54 Abs. 1 VRPG regelt den Grundsatz; mit ihr soll die Rechtsweggarantie umgesetzt werden. Gemäss § 54 Abs. 1 VRPG ist gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. In § 54 Abs. 2 und 3 VRPG werden die zulässigen Ausnahmen geregelt. Während § 54 Abs. 2 VRPG die wichtigsten Ausnahmefälle explizit auflistet, hält § 54 Abs. 3 VRPG fest, dass weitere Ausnahmen gesetzlich vorgesehen werden können. Gemäss der Botschaft des Regierungsrats vom 14. Februar 2007 zum

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (S. 66) hat dies einzelfallweise in einem formellen Gesetz zu geschehen.

#### 1.6.2.

Damit stellt sich die Frage, ob der sich aus § 24 SubmD ergebende Ausschluss eines Rechtsschutzes für unterschwellige Auftragsvergaben der öffentlichen Hand auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, d. h. auf einem formellen Gesetz, beruht. Formelle Gesetze sind in erster Linie dem Referendum unterstellte Erlasse. Vom Parlament beschlossene Akte (sog. Parlamentsverordnungen) genügen dem Erfordernis der formellen gesetzlichen Grundlage, wenn die anwendbare kantonale Verfassungsordnung dies zulässt, da die Kantone von Bundesrechts wegen nicht gehalten sind, ihre Gesetze dem Referendum zu unterstellen (BGE 126 I 182 mit Hinweisen; vgl. auch AGVE 2007, S. 117 ff.). Die Möglichkeit der Rechtsetzung bezüglich ausführender Bestimmungen durch den Erlass von Dekreten ist in § 78 Abs. 2 KV vorgesehen. Erforderlich ist eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Das SubmD stützt sich ausser auf § 82 Abs. 1 lit. 1 KV ("regelt durch Dekret das öffentliche Beschaffungswesen") insbesondere auch auf Art. 11 BGBM und Art. 3 IVöB. Es handelt sich beim SubmD somit trotz des Ausschlusses des Referendums um ein Gesetz im formellen Sinn. Damit stellt § 24 SubmD in Bezug auf die darin vorgesehene Beschränkung des Rechtsschutzes auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens und dem daraus resultierenden Ausschluss unterschwelliger Vergaben vom Beschwerdeverfahren eine genügende (formelle) gesetzliche Grundlage dar. Der Umstand, dass § 24 SubmD als (teilweiser) Ausnahmetatbestand bereits vor dem Inkrafttreten des revidierten VRPG und der Rechtsweggarantie bestanden hat, vermag an seiner Gesetz- und Verfassungsmässigkeit nichts zu ändern.

#### 1.6.3.

Der Grosse Rat entschied sich somit dazu, lediglich bei Submissionen, welche den Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreichen, einen Rechtsschutz vorzusehen; bei unterschwelligen Vergaben (Bagatellvergaben) ist der Rechtsschutz ausgeschlossen. Diese Regelung erscheint vertretbar und sachgerecht (vgl. BGE 131 I

137 ff.; Martin Beyeler, in: Baurecht 2005, S. 70 f.). Nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts hält sie auch vor Art. 29a BV sowie Art. 86 und Art. 114 BGG stand, welche Bestimmungen denn auch Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz zulassen (Art. 29a Satz 2 BV, Art. 86 Abs. 3 BGG). Für die Zulässigkeit des Ausschlusses unterschwelliger Vergaben vom Rechtsschutz sprechen sodann die folgenden Argumente:

- Auch im Bund (BoeB) besteht ein gerichtlicher Rechtsschutz (Bundesverwaltungsgericht; Art. 27 BoeB) nur bei Vergaben oberhalb der GATT/WTO-Schwellenwerte (vgl. Art. 6 BoeB, Verordnung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements [EVD] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [SR 172.056.12]).
- Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) ist gemäss dem Bundesgerichtsgesetz nur zulässig bei Vergaben des Bundes und der Kantone, die den massgebenden GATT/WTO-Schwellenwert oder denjenigen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR.0.172.052.68) erreichen (vgl. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG); bei kantonalen Beschaffungen unterhalb des Schwellenwerts ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) möglich; bei Vergaben des Bundes im unterschweligen Bereich besteht gar kein Rechtsmittel.
- Das bevorstehende Inkrafttreten der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV war dem Bundesgericht beim Entscheid vom 11. Februar 2005 (BGE 131 I 137 ff.), in dem es die Zulässigkeit der zu § 24 SubmD analogen Regelung im Kanton Bern bejaht hat, zweifellos bekannt; es hat sich dazu jedoch mit keinem Wort geäussert, geschweige denn irgendwelche Bedenken angebracht.
- Der Vorentwurf zur Totalrevision des BoeB vom 30. Mai 2008 (VE-BoeB) sieht generell einen Rechtsschutz, unabhängig von der tatsächlich gewählten Verfahrensart, nur bei Beschaffungsverfahren, in denen die massgebenden Schwellenwerte für das

offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren erreicht oder überschritten werden, vor (Art. 68 VE-BoeB; vgl. insbesondere auch Erläuternder Bericht [Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen] vom 30. Mai 2008, S. 74). Mit anderen Worten ist auch bei den Kantonen (wo das Gesetz ebenfalls gelten soll, vgl. Art. 4 VE-BoeB) unterhalb der massgebenden Schwellenwerte keine Beschwerdemöglichkeit an ein Gericht vorgesehen.

**38 Zuschlagskriterien; Unterteilung in Sub- oder Teilkriterien**

- **Subkriterien müssen sich einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst sein. Es dürfen hierbei keine neuen Zuschlagskriterien geschaffen oder herangezogen werden und die Anbietenden dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (Erw. 3.1. und 3.2.).**
- **Ein Kriterium "(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz" ist ein unzulässiges vergabefremdes Kriterium (Erw. 3.3.2.).**
- **Die Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage "aus der gleichen Firma" stammen muss, ist im konkreten Fall unzulässig (Erw. 3.3.3.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. November 2009 in Sachen P. AG gegen Ortsbürgergemeinde G. (WBE.2009.160).

*Aus den Erwägungen*

3.

3.1.

Gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung anzugeben. Allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Ge-