

31 Vertragsschluss

- **Unzulässigkeit eines Vertragsschlusses solange nicht feststeht, dass die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist.**
- **Ein unzulässiger Vertragsschluss entfaltet (jedenfalls bis zum Entscheid betreffend aufschiebende Wirkung im hängigen Beschwerdeverfahren) keine Rechtswirkungen.**
- **Anordnung vorsorglicher Massnahmen (insbesondere Verbot von Vertragshandlungen, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB).**

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 28. Dezember 2016 in Sachen A. AG gegen B. AG (Beiladene) und C. AG (WBE.2016.539).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, wenn nicht aus wichtigen Gründen im angefochtenen Entscheid oder durch besondere Vorschrift etwas anderes bestimmt wird (§ 46 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeinstanz oder das ihr vorsitzende Mitglied prüft, ob eine gegenteilige Anordnung oder andere vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind (§ 46 Abs. 2 VRPG).

Das Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) kennt bezüglich aufschiebender Wirkung eine Sonderregel: Nach § 26 Abs. 1 hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann der Beschwerde auf Gesuch oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (§ 26 Abs. 2 SubmD).

1.2.

Die aufschiebende Wirkung ist ein notwendiges Institut des Prozessrechts, um wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Die aufschiebende Wirkung hemmt die Durchsetzbarkeit der Verfügung im Rechtsmittelverfahren; sie schiebt die Rechtswirkungen auf. Dies verhindert, dass durch den vorzeitigen Vollzug rechtliche oder tatsächliche Präjudizien geschaffen werden; die Beschwerdeinstanz soll ungehindert den vom materiellen Recht gebotenen Entscheid fällen und diesen dann auch durchsetzen können. Es geht neben der in erster Linie massgebenden Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes (zugunsten des Bürgers) auch um die Entscheidungsfreiheit der Rechtsmittelbehörde, um die Gewährleistung, den gesetzlichen Zweck und die Realisierbarkeit des Verfahrensergebnisses zu wahren (vgl. MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38 - 72 VRPG, Zürich 1998, § 44 N 6). Im Übrigen kann die Beschwerdeinstanz gestützt auf § 46 Abs. 2 VRPG vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens treffen. Diese vorsorglichen Massnahmen errichten bei entsprechendem Bedürfnis für die Dauer des Prozesses eine wirksame Übergangsordnung. Sie ermöglicht den Parteien während des Prozesses einen *modus vivendi*, den die Beschwerdeinstanz anhand der summarisch beurteilten Rechtslage verfügt (MERKER, a.a.O., § 44 N 33 f.).

2.

Das Submissionsdekret legt in § 21 Abs. 1 bezüglich Vertragsschluss fest:

"¹ Der Vertrag mit den Anbietenden darf nach dem Zuschlag geschlossen werden, wenn:

- a) die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist;
- b) im Fall einer Beschwerde feststeht, dass die Beschwerdeinstanz dieser keine aufschiebende Wirkung erteilt."

3.

Die Vergabestelle bringt mit Eingabe vom 22. Dezember 2016 vor, sie habe den Vertrag mit der B. AG, welche den Zuschlag erhalten habe, bereits abgeschlossen. Es sei stets die Absicht gewesen, den

Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger noch im Jahr 2016 zu schliessen, zumal die ersten Lieferungen per 31. Dezember 2016 erfolgen sollen. Hinweise darauf, dass ein nicht berücksichtigter Anbieter Beschwerde erheben würde, habe es nicht gegeben. Die Vergabestelle reicht eine Bestellung von (...)geräten bei der B. AG über Fr. 1'740'000.00 ein. Die Bestellung trägt das Datum vom 14. Dezember 2016. Die Vergabestelle habe mit dem Versand abgewartet, bis die Rechtsmittelfrist am 15. Dezember 2016 abgelaufen sei. Tags darauf habe sie die Bestellung ausgelöst (16. Dezember 2016). Sie teile in Erfüllung von § 21 Abs. 2 SubmD diesen Vertragschluss mit.

4.

Diese Ausführungen der Vergabestelle verkennen die Rechtslage und wecken Befremden, sie verstossen bereits auf den ersten Blick gegen § 21 SubmD. Danach darf der Vertrag mit den Anbietenden erst nach dem Zuschlag geschlossen werden und auch dies nur unter zwei alternativen Voraussetzungen: Entweder muss die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen sein oder im Fall einer Beschwerde muss feststehen, dass die Beschwerdeinstanz keine aufschiebende Wirkung erteilt hat. Ein gegenteiliges Vorgehen ist darauf angelegt, den submissionsrechtlichen Rechtsschutz auszuhebeln. Der Beschwerdeinstanz wird damit einerseits ein wesentlicher Teil ihrer gesetzlichen Rechtsprechungsaufgaben entzogen, andererseits wird ein Rechtsschutz für den nichtberücksichtigten Anbieter weitgehend illusorisch.

Hinzu kommt, dass verfrüht (insbesondere während laufender Beschwerdefrist oder trotz hängigen Gesuchs um aufschiebende Wirkung) abgeschlossene Verträge von Lehre und Praxis nichtig, ungültig oder unwirksam betrachtet werden (vgl. AGVE 2001, S. 311 ff.; MARTIN BEYELER, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?, in: AJP 2009, S. 1142 ff.; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2439 ff., PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1326 ff.).

5.

Die Absageverfügung vom 23. November 2016 wurde der Beschwerdeführerin am 5. Dezember 2016 zugestellt. Die zehntägige Beschwerdefrist gemäss § 25 Abs. 1 SubmD endete somit am 15. Dezember 2016. Die Beschwerdeführerin hat ihre Beschwerde am 15. Dezember 2016 der Post übergeben und damit fristgerecht das Rechtsmittel eingereicht. Die Beschwerde ging am 19. Dezember 2016 beim Verwaltungsgericht ein, gleichentags erliess der Instruktionsrichter eine prozessleitende Verfügung und gewährte superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

Angesichts dieser Sachlage erfolgte der Vertragsschluss bzw. die Bestellung vom 14. bzw. 16. Dezember 2016 klarerweise zu früh. Dass es keine Hinweise auf eine Beschwerdeerhebung gegeben habe, ist vollständig irrelevant. Aufgrund des Abschlussverbots von § 21 Abs. 1 SubmD entfaltet der Vertragsschluss keine Wirkungen, was die Vergabestelle in ihrer Eingabe vom 22. Dezember 2016 offenkundig verkennt.

Die B. AG als Zuschlagsempfängerin und vorgesehene Vertragspartnerin der Vergabestelle ist am vorliegenden Verfahren formell noch nicht als Partei beteiligt. Die entsprechende Mitwirkung am Verfahren wurde ihr mit Verfügung vom 19. Dezember 2016 freigestellt. Die B. AG ist nunmehr mittels Beiladung in das Verfahren einzubeziehen. (...)

6.

Bis anhin wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt (Verfügung vom 19. Dezember 2016). Dies gilt auch gegenüber der B. AG. Die B. AG hat – wie die Vergabestelle – alle Vollziehungsvorkehrungen, insbesondere Handlungen aus dem abgeschlossenen Lieferungsvertrag, zu unterlassen, bis das Verwaltungsgericht den Entscheid über das Begehren betreffend aufschiebend Wirkung gefällt hat. Die von der Vergabestelle gewünschte Lieferung per 31. Dezember 2016 fällt somit ausser Betracht.

(...)

Der Verwaltungsrichter verfügt:

1.–2. (...)

3.

Die C. AG und die B. AG bzw. deren beider Organe haben alle Vollziehungsvorkehrungen im Zusammenhang mit dem streitigen Submissionsverfahren – insbesondere Vertragshandlungen wie Lieferung und Entgegennahme von (...)geräten – bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts über das Begehren betreffend aufschiebende Wirkung zu unterlassen.

Im Falle einer Widerhandlung gegen diese Verfügung wird eine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

"Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

4.–7. (...)