

Öffentliches Beschaffungsrecht Marchés publics

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 13 322 vom 7. Februar 2014

Ausschreibung und Legitimation

- Auch ein Wettbewerb ist in einem nach Beschaffungsrecht vorgesehenen Verfahren durchzuführen. Der Preisentscheid einer Jury ist anfechtbar, wenn er von massgeblicher Bedeutung für den späteren Vergabeentscheid ist.
- Zur Beschwerde legitimiert ist nur, wer bei Gutheissung der Beschwerde auch mit dem Zuschlag rechnen kann. Überdies wird eine materielle Beschwerde auch dann bejaht, wenn der nicht berücksichtigte Anbieter durch seine Beschwerde eine neue Ausschreibung respektive eine Wiederholung des Submissionsverfahrens erreichen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neu kalkuliertes Angebot einzureichen.

Appel d'offres et légitimation

- Un concours est également à mener selon la procédure prévue par le droit des marchés publics. La décision du jury concernant les prix est attaquant si elle revêt une signification déterminante pour la décision ultérieure d'adjudication.
- A seul qualité pour recourir celui qui peut espérer se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. Est en outre particulièrement atteint le soumissionnaire évincé qui pourrait obtenir un nouvel appel d'offres respectivement une répétition de la procédure d'adjudication, de sorte qu'il conserve la possibilité de déposer une nouvelle offre.

Erwägungen

(...)

dass der Architekturwettbewerb in Art. 2 lit. d und in 14 Abs. 1 lit. b des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) sowie in Art. 24 bis 30 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; VS/SGS 726.100) seinen Niederschlag gefunden hat;

dass es sich vorliegend um einen „concours de projet à un degré en procédure ouverte selon les articles 3.3 et 6.1 du règlement SIA 142, édition 2009“ handelt (Programm des Architekturwettbewerbs S. 12 f.). Gemäss Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB gelten als Planungswettbewerbe unter anderem auch der Projektwettbewerb, wobei es sich um einen

Wettbewerb handelt, welcher es erlaubt, Vorschläge zu erhalten, die zu klar definierten Problemen eine Lösung anbieten, deren Realisierung in Betracht gezogen wird, und qualifizierte Berufsleute zu ermitteln, die zur Ausführung der Vorschläge befähigt sind. Die Bestimmungen der übrigen Abschnitte der VöB (abgesehen der Art. 24 bis 30 VöB) gelten insoweit, als diese Bestimmungen denjenigen der Art. 24 bis 30 VöB nicht widersprechen (Art. 26 Abs. 2 VöB);

dass gemäss Art. 26 Abs. 2 VöB die Regeln der Berufsorganisationen (SIA) anwendbar sind, sofern diese Regeln nicht den Bestimmungen der VöB widersprechen. Das Programm des Architekturwettbewerbs erklärt die SIA-Norm 142 (Ausgabe 2009) in casu für subsidiär anwendbar (vgl. das Programm des Architekturwettbewerbs S. 13; zur SIA-Norm im Allgemeinen vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 992);

dass auch ein Wettbewerb in einem der vom Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1) und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (BdVöB; SR 172.056.11) bzw. von der IVöB und den kantonalen Ausführungserlassen zur Verfügung gestellten Verfahren (offenes oder selektives Verfahren, gegebenenfalls auch Einladungsverfahren) durchzuführen ist (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 990). In casu wurde im Programm des Architekturwettbewerbs festgehalten, dass der Wettbewerb im offenen Verfahren durchgeführt werde (Programm des Architekturwettbewerbs S. 13);

dass die kantonale Rechtsprechung die Frage, ob auch die Preisentscheide im Rahmen von Architekturwettbewerben angefochten werden können, unterschiedlich beantwortet. Das Tessiner Verwaltungsgericht und das Verwaltungsgericht Zürich haben sich beispielsweise dagegen ausgesprochen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Tessin vom 15. Juli 2004, zit. nach Hubert Stöckli (Hrsg.), *Das Vergaberecht der Schweiz*, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 657 S. 608; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00110 vom 12. März 2003 E. 2, ebenfalls erwähnt in Hubert Stöckli (Hrsg.), a.a.O., Nr. 656 S. 607). Das Verwaltungsgericht Luzern hingegen nimmt die gegenteilige Position ein: Die formell verfügende Instanz in Wettbewerbsverfahren (vorliegend also die Luzerner Gemeinde) sei immer die Auf-

traggeberin (und nie das Preisgericht). Entscheide des Preisgerichts über die Rangierung, Preisverteilung oder allfällige Ankäufe seien daher durch die Auftraggeberin formell mitzuteilen, damit den am Wettbewerb teilnehmenden Architekten der Rechtsmittelweg gegen solche Entscheide eröffnet werde. „Vor diesem Hintergrund hilft es der Auftraggeberin (in casu der Gemeinde) im Wettbewerbsverfahren nicht weiter, wenn sie vorschreibt, es läge hier ein nicht anfechtbarer Entscheid des Preisgerichts vor. Dieses handelt im Auftrag der Einwohnergemeinde, weshalb seine Handlungen und Entscheide ihr zuzurechnen sind“ (Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 16. März 2000 E. 1 bb), publ. in LGVE 2000 II Nr. 17; ebenso Alfred Koller, Der Architekturwettbewerb, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A., Freiburg 1995, Rz. 266 und 279). Die Teilnehmer haben Anspruch auf Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen und auf Behebung von Fehlern des Preisentscheids. Deshalb haben sie auch grundsätzlich das Recht, den Preisentscheid einer Wettbewerbsjury anzufechten (Alfred Koller, a.a.O., Rz. 266; Simon Ulrich, Der Architekturwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung fehlerhafter Preisentscheide, Diss. St. Gallen, Hallstadt 1994, S. 170). Für die Anfechtbarkeit des Preisentscheides durch die Teilnehmer am Wettbewerb spricht überdies, dass das Preisgericht üblicherweise zu Handen der Auftraggeberin einen Beurteilungsbericht verfasst und eine Empfehlung ausspricht (dazu und zum Folgenden vgl. Claudia Schneider Heusi/Stefan Scherler, Wettbewerbe und Studienaufträge, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 66). Die Empfehlung lautet auf Erteilung des Zuschlags für den in Aussicht gestellten Folgeauftrag. Auch in casu hält das Programm für den Architekturwettbewerb (Ziff. 1.11 in fine S. 15) fest: „A condition d'une décision unanime du jury, l'achat et le travail au premier rang peuvent être recommandés pour une poursuite de travail (art. 22.3, SIA 152).“ Die Jury hat sich vorliegend einstimmig für das Projekt der Preisträgerin ausgesprochen (Stellungnahme der Dienststelle vom 21. Oktober 2013 S. 3 Ziff. IV). Mithin ist auch hier der Preisentscheid der Jury von massgeblicher Bedeutung für den späteren Vergabeentscheid, was ebenfalls und erneut für die grundsätzliche Anfechtbarkeit des Juryentscheides durch die am Wettbewerb teilnehmenden Architekten im Allgemeinen respektive durch den Beschwerdeführer im Besonderen spricht. Der in casu umstrittene Juryentscheid ist also entsprechend der Rechtsmittelbelehrung anfechtbar;

dass die Preisträgerin geltend macht, dass der Beschwerdeführer seine Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht rechtzeitig in angemessener Form eingereicht habe (Stellungnahme der Preisträgerin vom 22. Oktober 2013 S. 10 Ziff. IV). Es ist unbestritten, dass das Kantonsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Beschwerdeführers in Anwendung von Art. 49 VVRG zur Verbesserung zurückgewiesen hat (Verfügung des Kantonsgerichts vom 2. September 2013). Infolge eines Auslandsaufenthaltes des Beschwerdeführers hat sich die Einreichung der verbesserten Eingabe der Verwaltungsgerichtsbeschwerde weiter verzögert (Schreiben des Beschwerdeführers [undatiert, Poststempel vom 4. September 2013, eingegangen beim Kantonsgericht am 5. September 2013]). Dessen unbenommen sieht Art. 49 VVRG die Einräumung einer Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerdeschrift vor. Ist die Beschwerde zwar innert Frist eingereicht worden, entspricht den gesetzlichen Anforderungen aber erst nach der Ansetzung einer Nachfrist und nach der Rückweisung zur Verbesserung, so stellt dies eben gerade keinen Grund dar, auf die Beschwerde nicht einzutreten;

dass die Beschwerdeführerin den Antrag stellte, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei. In seiner Verfügung vom 2. Oktober 2013 bestimmte das Kantonsgericht, dass alle Beteiligten sämtliche Vollziehungsvorkehren, insbesondere der Vertragsabschluss betreffend die Arbeitsvergabe, zu unterlassen hätten. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos;

dass die Dienststelle die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers in Frage stellt. Sie macht insbesondere geltend, dass das Projekt des Beschwerdeführers bereits in der ersten Qualifikationsrunde ausgeschieden sei und daher ohnehin nie eine realistische Chance gehabt hätte, den ersten Preis zu gewinnen. Deshalb mangle es dem Beschwerdeführer am schutzwürdigen Interesse, Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen (Stellungnahme der Dienststelle vom 21. Oktober 2013 S. 2 Ziff. II). Auch die Preisträgerin macht geltend, dass der Beschwerdeführer nicht zur Beschwerdeführung legitimiert sei (Stellungnahme der Preisträgerin vom 22. Oktober 2013 S. 4 Ziff. II und S. 8 ff. Ziff. IV). Insgesamt seien 63 Projekte vorgelegt worden. Im Rahmen einer ersten Qualifikationsrunde seien deren 39 ausgefiltert worden, darunter auch das Projekt des Beschwerdeführers. Von diesen 39 ausgesonderten Projekten seien nach einer

erneuten Prüfung deren 5 wieder in den Wettbewerb aufgenommen worden. Insgesamt 34 Projekte (von total 63) seien aber im Rahmen der ersten Qualifikationsrunde definitiv ausgeschieden, darunter auch das Projekt des Beschwerdeführers (Stellungnahme der Preisträgerin vom 22. Oktober 2013 S. 8 f. Ziff. IV). „S’il devait obtenir gain de cause en la présente affaire, R. [...] n’aurait aucune chance raisonnable d’obtenir le marché aujourd’hui adjugé. Sa qualité pour recourir n’existe pas de ce fait [Stellungnahme der Preisträgerin vom 22. Oktober 2013 S. 8 Ziff. IV].“;

dass sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt stellt, dass es keine Rolle spiele, ob er in der ersten Runde des Wettbewerbs ausgeschieden sei (Replik des Beschwerdeführers vom 29. Oktober 2013 S. 1). Sämtliche Teilnehmer des Wettbewerbs hätten das Recht, dass die Wettbewerbsbedingungen für alle Projekte gleich lauten und insbesondere Projekte, die klar gegen die Bedingungen verstossen, vorweg aus dem Wettbewerb ausgeschlossen würden. Es gehe ihm auch gar nicht „um mein Projekt an und für sich, sondern um die Einhaltung von Verfahrensvorschriften, welche aus Rechtsgleichheitsgrundsätzen für alle gleich sein muss[t]en“;

dass im Rahmen des Beschaffungsrechts des Bundes die Legitimation des Beschwerdeführers grundsätzlich unabhängig von der konkreten Chance auf einen Zuschlag gegeben ist (CRM 8/01 E. 2a mit weiteren Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 1302; ablehnend zu dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts A1 03 48 vom 6. Juni 2003 E. 2.3). Denn das Bundesverwaltungsgericht geht in Anlehnung an die frühere Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) davon aus, dass der Zuschlag nebst dem bisherigen Zuschlagsempfänger grundsätzlich nur noch an Anbieter ergehen kann, welche den Vergabeentscheid angefochten haben. Deshalb sei ein Anbieter, dessen Offerte als schlechteste gewertet wurde, dennoch berechtigt, den Ausschluss der im ersten Rang liegenden Offerte zu beantragen. Denn wenn die vor ihm liegenden Anbieter keine Beschwerde erhoben hätten, könnte er bei Gutheissung seines Rechtsmittels dennoch den Zuschlag erhalten (siehe zu all dem auch Robert Wolf, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2013, S. 172);

dass zum Vorgenannten jedoch sogleich ein Dreifaches einschränkend anzufügen ist: 1. Diese Rechtsprechung der BRK wird stark kritisiert und gibt nicht die Ansicht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung wieder (vgl. unter anderen die Kritik von Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZSR 2003 S. 1 ff., insbes. S. 11 f.). Denn die meisten Gerichte nehmen an, dass der Beschwerdeführer, der keine Chance auf den Zuschlag besitzt, nicht zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. unter anderen den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau AGVE 1999 S. 321 E. 3c; den Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz, wiedergegeben in Baurecht 2002 Nr. 23 S. 79; beide zit. nach Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, S. 12, u.a. auch FN 61). 2. Auch das Bundesgericht hält in Bezug auf das kantonale Verfahrensrecht fest, dass die Frage, ob eine reelle Chance auf den Zuschlag im Rahmen der Legitimation vorausgesetzt werden könne oder müsse, umstritten sei (BGE 137 II 313 E. 3.3.1; vgl. hierzu auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 1304; eingehend Robert Wolf, Der Rechtsschutz, S. 172 f.). 3. Wie bereits angetönt bejaht die Mehrheit der kantonalen Verwaltungsgerichte - im Unterschied zur BRK - eine materielle Beschwer des nicht berücksichtigten Anbieters bloss dann, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen (dazu und zum Folgenden vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., Rz. 1304; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, S. 11 f.; siehe auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz vom 23. Oktober 2000, wiedergegeben in: Baurecht 2002 Nr. 23 S. 79). Überdies wird eine materielle Beschwer auch dann bejaht, wenn der nicht berücksichtigte Anbieter durch seine Beschwerde eine neue Ausschreibung respektive eine Wiederholung des Submissionsverfahrens erreichen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neu kalkuliertes Angebot einzureichen. Das Verwaltungsgericht Zürich hat beispielsweise explizit darauf abgestellt, dass der Ausschluss des erstrangierten Projekts den Beschwerdeführern keinen Nutzen brächte (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00110 vom 12. März 2003 E. 3b). Denn das im zweiten Rang liegende Projekt weise keinerlei Überschreitung des Planungsperimeters (auch keine unterirdische) auf und läge auch nach dem Ausscheiden des Siegerprojekts klar vor demjenigen der Beschwerdeführer, welches überhaupt nicht rangiert worden war. „Ihnen [also

den Beschwerdeführern] könnte somit auch der Ausschluss der Mitbeteiligten nicht zum Zuschlag für den Folgeauftrag verhelfen“ (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2002.00110 vom 12. März 2003 E. 3b in fine);

dass das Kantonsgericht im Urteil A1 00 70 vom 14. Juli 2000 E. 6.1 festgehalten hat, dass die Chancen, bei einer Gutheissung der Beschwerde den Auftrag zu erhalten, nicht als Legitimationsvoraussetzungen beigezogen werden dürfen. In E. 6.2 verallgemeinerte das Kantonsgericht jedoch, dass im besagten Fall nicht gesagt werden könne, dass keine Aussicht auf einen Zuschlag bestehe. Im Urteil A1 03 48 vom 6. Juni 2003 E. 2.2 distanzierte sich das Kantonsgericht von dieser Rechtsprechung. Es erinnerte daran, dass nur jener ein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides habe, der bei Annahme der Beschwerde auch mit dem Zuschlag rechnen könne. Ansonsten erschöpfe sich sein Interesse am Beschwerdeentscheid darin, dem Recht im Allgemeinen zum Durchbruch zu verhelfen. Lehre und Rechtsprechung verlangten deshalb zu Recht, dass der Beschwerdeführer Rügen erhebe, deren Gutheissung zur Folge habe, dass sein Angebot den Zuschlag erhalte oder zumindest erhalten könnte. Dies schliesse zwar nicht aus, dass allenfalls ein Anbieter, dessen Angebot nach vorgenommener Bewertung in den hintersten Positionen der Rangliste anzutreffen ist, doch zur Beschwerde zugelassen werde. Das greife dann, wenn der Beschwerdeführer einen derart schwerwiegenden Mangel geltend mache, dass das Verfahren als solches vollständig wiederholt werden müsste, und er demzufolge mit einem neu berechneten Angebot antreten könne, oder dass ein formeller Fehler vorliege, der eine völlig neue Bewertung zur Folge habe. „Hat der Beschwerdeführer trotz Richtigkeit der von ihm erhobenen Rügen keine Chance, den Zuschlag zu erhalten, weil vor ihm liegende Angebote zum Zuge kämen, muss seine Legitimation verneint werden“ (Urteil des Kantonsgerichts A1 03 48 vom 6. Juni 2003 E. 2.2 in fine). Im Urteil des Kantonsgerichts A1 03 222 vom 12. Februar 2004 E. 2a) streifte das Kantonsgericht die Beschwerdelegitimation nur kurz, da die materielle Beschwerde keine besonderen Fragen aufwarf;

dass das Kantonsgericht in casu keinen Grund sieht, von seiner im Urteil A1 03 48 vom 6. Juni 2003 E. 2 einlässlich begründeten Rechtsprechung abzuweichen, wonach nur jener ein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides habe, der bei Annahme der

Beschwerde auch mit dem Zuschlag rechnen könne, widrigenfalls sich sein Interesse am Beschwerdeentscheid darin erschöpfen würde, dem Recht im Allgemeinen zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. insbesondere E. 2.2). Dies lässt sich auch problemlos in Einklang bringen mit der Lehre und Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation im Verwaltungsverfahren im Allgemeinen: Die Verwaltungsbeschwerde und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind nicht als Popularbeschwerde ausgestaltet (dazu und zum Folgenden vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1766 und 1940). Sie steht nicht jedermann, sondern nur den Betroffenen offen. Die Popularbeschwerde ist unzulässig (vgl. zum Ganzen BGE 121 II 176 E. 2a; 123 II 376 E. 2; 125 I 7 E. 3c, je mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1A.148/2005). Damit wird der Kreis der zur Beschwerde befugten Personen beschränkt. Dies dient dem Schutz der Rechtsmittelinstanzen vor Überlastung, der Rechtssicherheit und der Wahrung einer angemessenen Vertretung aller Interessen im Beschwerdeverfahren (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 1766). Deshalb gilt das Interesse des Beschwerdeführers bloss dann als schutzwürdig, wenn seine tatsächliche oder rechtliche Situation durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann, d.h. wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden oder aus diesem einen praktischen Nutzen ziehen kann (BGE 121 II 176 E. 2a; 123 II 376 E. 2; 125 I 7 E. 3c; Urteile des Bundesgerichts 1A.148/2005 vom 20. Dezember 2005; 1C_133/2008 vom 6. Juni 2008; 1C_455/2007 vom 10. März 2008 E. 2). Das Kantonsgericht hält mithin an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die Legitimation des Beschwerdeführers verneint werden muss, wenn der Beschwerdeführer trotz Richtigkeit der von ihm erhobenen Rügen keine Chance hat, den Zuschlag zu erhalten, weil vor ihm liegende Angebote zum Zuge kämen. Genau dies trifft in casu zu: Der Beschwerdeführer hätte ohnehin keine Chance, den Zuschlag zu erhalten, da er im Rahmen der ersten Qualifikationsrunde mit 33 anderen Mitbewerbern (von total 63 Teilnehmern am Architekturwettbewerb) definitiv ausgeschieden ist. Da der Beschwerdeführer keinen derart schwerwiegenden Mangel geltend macht, der es rechtfertigen würde, das Verfahren als solches vollständig zu wiederholen, fungieren in der Rangierung noch mindestens 29 Mitbewerber vor ihm. Der Beschwerdeführer hat mithin - selbst wenn seine Verwaltungs-

gerichtsbeschwerde gutgeheissen würde - keine Chance, den ersten Preis für den Architekturwettbewerb zu erhalten. Damit fehlt es ihm am schutzwürdigen Interesse und damit an der Beschwerdelegitimation;

dass das Kantonsgericht damit zum Schluss kommt, dass auf die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde mangels Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers nicht eingetreten werden kann. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, auf die materiellrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers (Unterschreitung der feuerpolizeilichen Abstände; Überschreitung der Gebäudehöhe) einzugehen (verbesserte Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 30. September 2013 Ziff. IV./B). Dieser Ausgang des Verfahrens zeitigt seine Folgen in der Verlegung der Gerichtskosten und in der Festsetzung der Parteientschädigung.