

Öffentliches Beschaffungsrecht - KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 17 67 vom 25. Oktober 2017

Schadenersatzpflicht des Auftraggebers

- Wenn in Submissionsfällen der Vertrag trotz erhobener Beschwerde zulässigerweise geschlossen wird, weil die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), bleibt er gültig, auch wenn im Nachhinein die Beschwerde gutgeheissen wird.
- Die Gutheissung hat nur zur Folge, dass die Beschwerdeinstanz die Rechtsverletzung feststellt (Art. 18 Abs. 2 IVöB), was eine Schadenersatzpflicht des Auftraggebers zur Folge haben kann (Art. 17 Abs. 1-2 GIVöB). Mit diesem Feststellungsurteil kann der Beschwerdeführer in einem Zivilverfahren Schadenersatz fordern (E. 5).

Responsabilité de l'adjudicateur pour le préjudice causé

- Dans les cas de marchés publics, lorsque le contrat est valablement conclu malgré le dépôt d'un recours, celui-ci n'ayant pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP), ledit contrat demeure valide et cela même si le recours est par la suite admis.
- Dite admission n'entraîne qu'un constat d'illicéité par l'autorité de recours (art. 18 al. 2 AIMP), ce qui est susceptible d'engager la responsabilité de l'adjudicateur pour le préjudice causé (art. 17 al. 1 et 2 LcAIMP). Nanti d'un tel jugement de constatation, le recourant peut exiger réparation de son préjudice dans une procédure civile (consid. 5).

Erwägungen

(...)

5. Nachfolgend ist über die Rechtsfolgen des Entscheids zu bestimmen. Wenn in Submissionsfällen der Vertrag trotz erhobener Beschwerde zulässigerweise abgeschlossen wird, weil die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), bleibt er nach bisher geltender Rechtslage gültig, auch wenn im Nachhinein die Beschwerde gutgeheissen wird. Die Gutheissung hat nur, aber immerhin, zur Folge, dass die Beschwerdeinstanz die Rechtsverletzung feststellt (Art. 18 Abs. 2 IVöB), was eine Schadenersatzpflicht des Auftraggebers zur Folge haben kann (Art. 17 Abs. 1-2 GIVöB). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer von vornherein nicht mehr erreichen kann, dass ihm der streitige Auftrag erteilt wird, schliesst somit nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Anfechtung nicht aus (vgl. im Rahmen der alten staatsrechtlichen Beschwerde bzw. der subsidiären Verfassungsbeschwerde: BGE 137 II 313 E. 1.2.2; BGE 131 I 153 E. 1.2; BGE 125 II 86 E. 5b.; Urteile 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 1.2; 2C_634/2008 vom 11. März

2009 E. 2.2; je mit Hinweis auf Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]). Wird die Beschwerde gutgeheissen, so stellt das Gericht fest, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig war. Dieses Feststellungsurteil öffnet dem Beschwerdeführer die Tür zum sekundären Vergaberechtsschutz in dessen Rahmen er Schadenersatz fordern kann (Martin Beyeler, a.a.O., N. 552 f.).

Vorliegend hat das Gericht im Sinne von Art. 17 Abs. 1 GIVöB die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheidendes vom 9. Mai 2017 festgestellt, womit die Gemeinde für den Schaden haftet, der durch das mangelhafte Vergabeverfahren entstanden ist. Die Haftung beschränkt sich hierbei auf die Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 17 Abs. 2 GIVöB). Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin kann mithin in einem allfällig einzuleitenden Zivilverfahren ihre Schadenersatzansprüche gegenüber der Gemeinde geltend machen. Indes ist dabei Praxis und Doktrin zu beachten, wonach der nicht berücksichtigte Anbieter, der einen Schadenersatz geltend machen will, sich nicht damit begnügen darf, die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsverfahrens durch die Beschwerdeinstanz feststellen zu lassen, sondern ebenfalls, sofern der Vertrag noch nicht geschlossen worden ist, so bald wie möglich die aufschiebende Wirkung für die Beschwerde verlangen muss, um so zu verhindern, dass der Schaden eintreten kann (Peter Galli et. al., a.a.O., N. 1427; Urteil des Bundesgerichts 2P.71/2005 vom 27. Januar 2006 E. 5

Nach Art. 17 Abs. 1 GIVöB stellt das Gericht die Rechtswidrigkeit der Verfügung fest. Die Gemeinde haftet indes nur für die Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 17 Abs. 2 GIVöB). Dies bedeutet, dass selbst jener Anbieter, dem der Beweis gelingt, dass er den Zuschlag und den Beschaffungsauftrag bei Wegbleiben des Vergabefehlers erhalten hätte, Ersatz für seinen entgangenen Gewinn nur in der Höhe seiner Aufwendungen zurückfordern kann (Martin Beyeler, a.a.O., N 629 f.).