

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Rechtsanwälte, September 2017

Submission: Auch öffentliche Wettbewerbe müssen nachvollziehbar durchgeführt werden.

Wenn die eine öffentliche Vergabestelle (Kanton, Gemeinde, Gemeindeverband, usw.) ein Preisgericht oder eine Wettbewerbsjury zur Beurteilung eines Projektes einsetzt, muss auch diese das Verfahren nachvollziehbar durchführen. Dazu gehört, dass die wesentlichen Argumente für oder gegen einen Anbieter kurz festgehalten werden, damit die Auswahl nachvollziehbar ist. Es muss Auskunft darüber gegeben werden, *wie* konkret bewertet und *weshalb* ein Anbieter im Vergleich zu anderen schlechter beurteilt worden ist. Das gilt auch bei einer grossen Anzahl von Anbietern. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat dies in einem kürzlich gefällten Entscheid betont, an welchem wir beteiligt waren.



Eine Gemeinde schrieb für die Architekturleistungen im Zusammenhang mit dem Neubau eines Kindergartens einen Projektwettbewerb öffentlich aus. Architekturbüros konnten sich für die Teilnahme am ausgeschriebenen Projektwettbewerb bewerben, als Antrag auf Teilnahme (sogenanntes Verfahren der Präqualifikation). Dazu mussten sie unter anderem Unterlagen über ihre bisher geleisteten Arbeiten einreichen (Referenzobjekte) um nachzuweisen, dass sie die gestellte Aufgabe erfüllen konnten (Eignung). Ein von der Gemeinde eingesetztes Preisgericht beurteilte die Bewerbungen und wählte unter zahlreichen Bewerbern fünf Büros aus, die zur Teilnahme am Projektwettbewerb zugelassen wurden. Mehrere Architekturbüros beschwerten sich gegen diesen Entscheid. Sie machten insbesondere geltend, das Auswahlverfahren sei nicht nachvollziehbar und transparent erfolgt, es liege keine nachvollziehbare Begründung des Entscheides vor und keinem Aktenstück könne die Bewertung entnommen werden.

Die Vergabestelle wehrte sich gegen diese Argumentation. Die Begründung sei vorhanden. Zudem ergänzte sie im Beschwerdeverfahren ihre Argumentation.

Das Verwaltungsgericht hielt im Urteil fest, im Vergaberecht genüge es vorerst, dass der Entscheid, wem der Auftrag erteilt werde (Vergabeentscheid), nur kurz bzw. summarisch begründet werde. Auf Gesuch hin müsse die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden dann die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung sowie die entscheidenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntgeben (so vorgeschrieben in § 20 Abs. 2 lit. d und e Submissionsdekret des Kantons Aargau, SubmD). Das gelte auch im Verfahren der Präqualifikation: Die Teilnehmersauswahl müsse sachlich nachvollziehbar begründet werden, damit sie in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren überhaupt überprüft werden könne. Die Rechtsprechung lasse es immerhin zu, dass die Vergabebehörde die Begründung ihres Entscheides in einem allfälligen Beschwerdeverfahren noch ergänze und damit eine Verletzung der Begründungspflicht behebe.

Im vorliegenden Fall mussten zahlreiche Bewerbungen beurteilt werden. Das Ausformulieren der Beurteilung der Eignung eines Bewerbers war zudem in architektonischer und gestalterischer Hinsicht anspruchsvoll. Das bedeutete einen grossen Aufwand. Das Verwaltungsgericht meinte, in so einer Situation könne keine ausführliche Begründung verlangt werden. Zumindest im Nachhinein müssten aber die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte bekanntgegeben werden. Es gehe um die Auskunft darüber, *wie* die Referenzobjekte konkret bewertet und *weshalb* sie im Vergleich zu den berücksichtigten Bewerbern schlechter beurteilt worden seien. Das habe die Vergabestelle nicht erfüllt. In der Beschwerdeantwort (also im Beschwerdeverfahren, ab welchem wir die Vergabestelle vertraten) habe sie jedoch eine sachlich überprüfbare und genügende Begründung nachgeliefert. Die Begründungspflicht sei damit nachträglich (sogenannt) "geheilt" worden.

Der Entscheid überzeugt. Das Submissionsrecht will unter anderem einen wirksamen Wettbewerb fördern. Dieser ist nur garantiert, wenn alle Anbieter gleichbehandelt werden und kein Anbieter diskriminiert wird, beispielsweise ein ausländischer oder auswärtiger gegenüber einem einheimischen. Damit die Anbieter und nötigenfalls ein Gericht dies nachprüfen können, muss die Vergabebehörde das Verfahren nachvollziehbar durchführen und die wesentlichen Schritte und Argumente offenlegen. Sie muss Transparenz schaffen. Das gilt auch in Wettbewerbsverfahren mit Präqualifikation, und zwar auch wenn ein Preisgericht oder eine Wettbewerbsjury eingesetzt sind und eine grosse Anzahl von Bewerbern mit ihren Referenzobjekten bewertet werden müssen. Die wesentlichen Argumente für oder gegen einen Wettbewerbsteilnehmer müssen auch dann kurz festgehalten werden, beispielsweise in einem Beurteilungsbericht. Das stellt Transparenz her und schützt vor Beschwerden.

(Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2016.475 vom 30. Juni 2017)