

23 Wahl der Verfahrensart

Bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart handelt es sich um einen schwerwiegenden Rechtsmangel, der auch zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 3. Dezember 2018, in Sachen A. GmbH gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2018.416).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Diesem Auftrag ist der Kanton Aargau nachgekommen, indem in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SubmD vorgesehen ist, dass im offenen oder selektiven Verfahren zu vergebende öffentliche Aufträge öffentlich auszuschreiben sind (§ 12 Abs. 1 und § 34 Abs. 1 SubmD). Gemäss § 8 Abs. 1 SubmD sind Aufträge dann im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.00 (lit. a) bzw. bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.00 (lit. b) erreicht (AGVE 2001, S. 313 f.; 1997, S. 344). Nach § 8 Abs. 2 SubmD sind Aufträge im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 300'000.00 (lit. a), bei Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 150'000.00 (lit. b) bzw. bei Lieferungen Fr. 100'000.00 (lit. c) übersteigt. § 8 Abs. 3 SubmD re-

gelt schliesslich die Fälle, in denen ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden darf.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schweren Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers (AGVE 2001, S. 313; 1997, S. 343 f.; VGE vom 8. Oktober 2014 [WBE.2014.187], S. 9; VGE vom 21. Februar 2014 [WBE.2013.547], S. 14; VGE vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.327], S. 5 f.; VGE vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.429], S. 6 f.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 337).

2.2.

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und anderseits der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen. Massgebend ist der vor der Ausschreibung geschätzte Auftragswert und nicht der Wert des später bei der Vergabe berücksichtigten Angebots. Die Vergabestelle hat somit vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen. Es hat sich dabei um eine zuverlässige und sorgfältige Schätzung zu handeln. Insbesondere darf dabei, um die Bestimmungen über die Schwellenwerte einzuhalten, nicht zu knapp kalkuliert werden; die Behörde hat sich eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten (AGVE 2008, S. 197; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 323 ff.). Die eidgenössische Mehrwertsteuer wird bei der Berechnung des Auftragswerts nicht berücksichtigt (§ 8 Abs. 5 SubmD; AGVE 2008, S. 197).

2.3.

Nach Angaben der Vergabestelle wurde "das Gesamtvolumen für den BKP 292.0 Bauingenieur Holzbau, [...] im Vorfeld der Erstellung der Unternehmerliste und vor Versand der Offertanfragen vom planenden Büro C. AG ermittelt und mit insgesamt

Fr. 309'840.00 eingesetzt. Gestützt auf die Gesamtsumme hat der Gemeinderat das Einladungsverfahren gemäss § 8, Ziffer 2) Submissionsdekret vorgesehen".

Der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags übersteigt somit den Schwellenwert von Fr. 250'000.00, bis zu dem bei Dienstleistungen ein Einladungsverfahren zulässig ist (vgl. § 8 Abs. 2 lit. b und Abs. 1 lit. b SubmD) deutlich, was die Vergabestelle offenbar übersehen hat. Die Vergabe der Fachplanerleistungen für BKP 292.0 Bauingenieur Holzbau hätte deshalb nach Wahl der Vergabestelle im offenen oder allenfalls im selektiven Verfahren erfolgen müssen, was in beiden Fällen eine vorgängige öffentliche Ausschreibung vorausgesetzt hätte (§ 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 SubmD). Das durchgeführte Einladungsverfahren ist klarerweise dekretswidrig. Daran ändert auch nichts, dass der Zuschlag nur für die (Teil-)Phasen 31 – 33 erteilt worden ist. Zu offerieren und damit Gegenstand der Submission waren gemäss den Ausschreibungsunterlagen die (Teil-)Phasen 31 Vorprojekt, 32 Bauprojekt, 33 Baubewilligungsverfahren, 41 Ausschreibung, 51 Ausführungsplanung, 52 Ausführung, 53 Inbetriebnahme, Abschluss (Leistungsanteil 100 %). Aus diesem Grund ist der an die D. AG erteilte Zuschlag aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die Rügen der Beschwerdeführerin näher einzugehen. Es wird Sache der Vergabestelle sein, den Auftrag in einem den Vorschriften des Submissionsdekrets entsprechenden Verfahren neu zu vergeben.