

98/99 30 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 47 SubV. Aufschiebende Wirkung. Interessenabwägung. Kein zum Vornherein stärkeres Gewicht des öffentlichen Interesses. Den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Vergabebehörde in ihre Planung einzubeziehen. Dringlichkeit der Beschaffung setzt eine notstandsähnliche Situation voraus, die auf äussere, ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist.

Obergericht, 16. April 1999, OG V 99 24

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Beschwerde ist fristgerecht erhoben worden. Die Beschwerde erscheint als ausreichend begründet.

Zu prüfen bleibt, ob keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entgegenstehen.

Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

a) Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen der Beschwerdeführerin, öffentliche Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen. Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber in der SubV den Suspensiveffekt nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass es diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6.02.1998, BRK 019/97, publ. in BR 1998 S. 52 Nr. 175 [mit Kommentar Gauch]). Dafür spricht auch der Wortlaut von Art. 47 Abs. 2 SubV, kann doch gemäss diesem das Obergericht auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung nicht nur ausnahmsweise erteilen. Inwiefern diese Feststellung mit den Besonderheiten des Vergabeverfahrens nicht vereinbar sein sollte, ist nicht ersichtlich (vgl. angeführter Kommentar Gauch). Vielmehr ergibt sich aus den Besonderheiten des Vergabeverfahrens, dass, wie erwähnt, eine individuelle Prüfung der Frage der aufschiebenden Wirkung notwendig ist und deshalb die aufschiebende Wirkung nicht zum Vornherein gesetzlich gewährt wird. Die SubV räumt dem Anbieter mit der Bestimmung in Art. 49 Abs. 1 auch über die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung hinausgehende Ansprüche ein (Art. 49 Abs. 2 SubV; Peter Galli, Rechtsprechung der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, in Nicolas Michel/Roger Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 113; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rn 549; vgl. angeführter Kommentar Gauch).

Je grösser die Chancen der Beschwerde auf Gutheissung im Lichte der Prima-facie-Würdigung sind, desto gewichtiger müssen die von der Auftraggeberin geltend gemachten öffentlichen Interessen sein, damit es zu einer Abweisung des Antrages auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung kommen darf (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6.02.1998, BRK 019/97, publ. in BR 1998 S. 52 Nr. 175).

b) Zu beachten ist, dass die Tatsache, dass eine Verfügung an sich unverzüglich vollstreckbar ist, nicht bedeutet, dass eine sofortige Vollstreckung auch stets erwünscht ist. Der Beschwerdeführer hat insbesondere dann ein Interesse an einer nicht sofortigen Vollstreckung der Verfügung, wenn ohne Suspensivwirkung der Rechtsschutz illusorisch würde (Peter Saladin, Das Verfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, S. 206; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 244 f.; Gerold Steinmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in ZBI 1993 S. 146). Dies ist im Submissionsver-

fahren insoweit von entscheidender Bedeutung, als ein mit dem Anbieter geschlossener Vertrag durch das Obergericht nicht aufgehoben werden kann (Art. 49 Abs. 2 SubV). Solange der Vertrag jedoch nicht abgeschlossen ist, entscheidet das Obergericht in der Sache selbst oder es weist diese mit oder ohne verbindliche Weisungen an den Auftraggeber zurück (Art. 49 Abs. 1 SubV). Dies kann bei einer zu Unrecht nicht erfolgten Berücksichtigung eines Anbieters bedeuten, dass die Vergabebehörde das Submissionsverfahren auf Weisung des Obergerichtes ab einem bestimmten Zeitpunkt zu wiederholen hat. Die Vergabebehörde hat sich diesfalls die damit zusammenhängenden möglichen Mehrkosten selber anrechnen zu lassen (vgl. Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 11.05.1998 i.S. A.B.AG und weitere gegen Baudirektion Uri, OG V 98 52, E. 3a).

Eine Ausnahme kann sich in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen nur dann rechtfertigen, wenn der Auftrag bzw. die Beschaffung aus dringenden Gründen sofort ausgeführt werden muss. Diese Dringlichkeit muss dabei auf äussere, unvorhersehbare Umstände zurückzuführen sein und nicht etwa auf ein Verhalten der Auftraggeberin, mit der diese die rechtsgültige Eröffnung des Zuschlags ohne Grund hinausgezögert hat (vgl. zum Ganzen: VPB 61 [1997] Nr. 24 S. 268 E. 2c). Die Dringlichkeit ist durch die Auftraggeberin im Einzelnen zu begründen und zu belegen. Ist der Vergabeentscheid unverzüglich durch den Abschluss des Vertrages vollstreckbar, bleibt dem Beschwerdeführer nichts anderes übrig, als Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen. Der ihm dabei zustehende Rechtsschutz geht selbstredend bedeutend weniger weit, als jener, der ihm bei einer Aufhebung des Vertrages zustehen würde. Der nicht berücksichtigte Anbieter hat folglich ein Interesse daran, dass auf den Vergabeentscheid nicht unmittelbar der Vertragsschluss folgt. Eine Ausnahme kann nur dann ins Auge gefasst werden, wenn sich die Auftraggeberin mit einer notstandsähnlichen Situation konfrontiert sieht, die auf äussere, ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist (Entscheid Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 6.02.1998, BRK 019/97, publ. in BR 1998 S. 250 Nr. 175; Peter Galli, a.a.O., S. 113 f.).

Derartige äussere, ausserordentliche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar. Dies hat in der Konsequenz zur Folge, dass, damit der Rechtsschutz nicht weitgehend illusorisch wird, vorliegend bis auf weiteres die aufschiebende Wirkung erteilt werden muss. Damit wäre aber ein wirksamer Rechtsschutz ausreichend gewahrt (vgl. Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 11.05.1998 i.S. A.B.AG und weitere gegen Baudirektion Uri, OG V 98 52, E. 3a).

c) Der Einwand, dass durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung das Verfahren hinausgezögert würde und dies zur Verzögerung und zu erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung führe, ist nur beschränkt stichhaltig. Der Auftraggeberin steht es weitgehend frei, den zeitlichen Ablauf des Verfahrens selbst zu gestalten oder einer unerwünschten Verzögerung des Verfahrens entgegenzuwirken. Den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Vergabebehörde schliesslich bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen (ebenso: Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen in VPB 61 [1997] Nr. 24 S. 269 E. 2d) (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 11.05.1998 i.S. A.B.AG und weitere gegen Baudirektion Uri, OG V 98 52, E. 3b).