

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Rechtsanwälte,
März 2018

Submission: Verfrüht abgeschlossener Vertrag hat keine Rechtswirkungen

Nach einem Vergabeentscheid ist es unzulässig, den Vertrag mit dem siegreichen Anbieter abzuschliessen, solange nicht feststeht, ob gegen den Entscheid eine Beschwerde erhoben und falls ja, ob der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Bevor Klarheit herrscht, gilt der Vertrag als verfrüht abgeschlossen. Ein solcher Vertrag hat keine Rechtswirkungen. Das Gericht kann im Beschwerdeverfahren daher trotz Vertragsabschluss den Vergabeentscheid aufheben. Damit der Vertrag während des Beschwerdeverfahrens nicht trotzdem umgesetzt wird, kann das Gericht die Umsetzung ausdrücklich verbieten und für den Fall der Verbotsmissachtung eine strafrechtliche Sanktion androhen.



Die öffentliche Hand (vorab Bund, Kantone und Gemeinden, aber auch öffentliche Spitäler, Gemeindewerke, usw.) sind an das Submissionsrecht gebunden. Das bedeutet, dass sie nicht frei entscheiden dürfen, wem sie ihre Aufträge erteilen. Sie müssen ein bestimmtes Verfahren - das Vergabeverfahren, Submissionsverfahren - einhalten. Es ist ein Wettbewerb der Unternehmungen um das wirtschaftlich günstigste Angebot. Am Ende dieses Verfahrens steht die siegreiche Unternehmung fest. Sie erhält den so genannten *Zuschlag*. Dieser stellt die Erlaubnis für die Vergabestelle dar, mit dieser Unternehmung den Vertrag

abzuschliessen, z.B. über eine Architekturleistung, die Beschaffung von Computern, eines Feuerwehrfahrzeuges, usw. Der Zuschlag ist ein formeller Entscheid (Verfügung; § 24 Abs. 2 des kantonalen Submissionsdekrets, SubmD). Unterliegende Unternehmungen können den Zuschlag innert 10 Tagen nach Erhalt mit Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht anfechten (§ 25 Abs. 1 SubmD). Eine solche Beschwerde hat *keine aufschiebende Wirkung* (§ 26 Abs. 1 SubmD). Dies bedeutet, dass die Verfügung trotz Beschwerde gilt und durchsetzbar ist. Hätte die Beschwerde aufschiebende Wirkung, wäre die Wirkung der Verfügung vorerst aufgeschoben (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] [AGVE 2016, S. 194 E. 1.2](#)). Da die Beschwerde gegen den Zuschlag gemäss SubmD also *keine aufschiebende Wirkung* hat, gilt der Zuschlag als erteilt und der Vertrag dürfte abgeschlossen werden. Damit das nicht geschieht, stellt § 21 SubmD ein Abschlussverbot auf und hält fest: Der Vertrag mit den Anbietenden darf erst abgeschlossen werden, wenn entweder die 10-tägige Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist. Oder, falls eine Beschwerde eingereicht wurde, muss feststehen, dass das Gericht der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt hat. Das SubmD regelt jedoch nicht den Fall, in welchem eine Vergabestelle den Vertrag trotz Abschlussverbot eingeht. Ist der *verfrüht abgeschlossene Vertrag* gültig oder nicht? Das Verwaltungsgericht konnte dies in einem kürzlich publizierten Entscheid klarstellen ([AGVE 2016, S. 194](#)).

Vor Verwaltungsgericht lag ein Zuschlag vom 23. November 2016 im Streit, welcher einer unterliegenden Unternehmung am 5. Dezember 2016 eröffnet worden war. Die 10-Tagesfrist für die Beschwerde lief somit am 15. Dezember 2016 ab. Die Beschwerde wurde an diesem Tag eingereicht, also fristgerecht. Das Gericht forderte die Vergabestelle zu einer Stellungnahme zur Beschwerde auf. Diese erklärte in ihrer Eingabe vom 22. Dezember 2016, sie habe den Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen. Es sei stets ihre Absicht gewesen, den Vertrag noch im Jahr 2016 abzuschliessen, denn die ersten Lieferungen sollten bereits per 31. Dezember 2016 erfolgen. Sie habe keine Hinweise gehabt, dass ein unterliegender Anbieter Beschwerde erheben werde. Dazu reichte sie eine Bestellung vom 14. Dezember 2016 ein und führte aus, sie habe mit dem Versand der Bestellung bis am 16. Dezember 2016 zugewartet, das heisst bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 15. Dezember 2016.

Das Verwaltungsgericht rügte die Vergabestelle deutlich. Es hielt fest, ihre Ausführungen widersprächen bereits auf den ersten Blick § 21 SubmD. Ein Vertrag

dürfe erst nach unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden oder wenn feststehe, dass eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung habe. Hier sei fristgerecht eine Beschwerde eingereicht worden und das Gericht habe dieser umgehend die aufschiebende Wirkung erteilt. Der Vertrag sein damit klar zu früh abgeschlossen worden. Es sei völlig irrelevant, dass es keine Hinweise auf eine Beschwerdeerhebung gegeben habe. Aufgrund des Abschlussverbotes von § 21 SubmD habe der Vertragsabschluss daher keine Wirkungen. Das habe die Vergabestelle offensichtlich verkannt. Um zu verhindern, dass die Vergabestelle und die siegreiche Unternehmung den Vertrag umsetzen, verbot das Verwaltungsgericht dies ausdrücklich. Damit diese Anordnung eingehalten wurde, verband das Gericht sie mit der Androhung der Bestrafung für Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 Strafgesetzbuch, StGB).

Mit diesem Entscheid knüpfte das Verwaltungsgericht an einen Entscheid aus dem Jahre 2001 an ([AGVE 2001, S. 311](#)). Das Verwaltungsgericht hielt damals fest, der verfrüht abgeschlossene Vertrag sei in einem *Schwebezustand* und entfalte *keine Rechtswirkungen*. Daher müsse das Gericht diesen in einem Beschwerdeverfahren nicht beachten. Es könne daher einen widerrechtlich erteilten Zuschlag aufheben, auch wenn gestützt auf diesen Zuschlag bereits der Vertrag abgeschlossen worden sei ([AGVE 2001, S. 311, 330](#)). Diese Rechtsprechung liegt auf der Linie anderer Gerichte, beispielsweise des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (Entscheid [VB2015.00238 vom 3. Dezember 2015 E. 6.5.2](#)): Das Gericht kann zwar nicht in den privatrechtlich abgeschlossenen Vertrag eingreifen. Hingegen kann es dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über sein vertragliches Verhalten machen.

Es nützt einer Vergabestelle also nichts, wenn sie nach dem Zuschlag sofort den Vertrag mit dem siegreichen Anbieter abschliesst, ohne den Ablauf der Rechtsmittelfrist abzuwarten oder abzuwarten, ob eine erhobene Beschwerde aufschiebende Wirkung hat oder nicht. *Der verfrüht abgeschlossene Vertrag hat keine Rechtswirkungen*. Er schützt nicht davor, dass ein allenfalls widerrechtlicher Zuschlag aufgehoben wird. Es drohen sogar Strafsanktionen. Andernfalls wäre dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet, indem mit dem Zuschlag auch gleich der Vertrag abgeschlossen wird und unterliegende Anbieter so um die Beschwerdemöglichkeit gebracht werden. Der Rechtsschutz wäre ausgehöhlt.