

B 7	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	<b>1. Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence</b>

*Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence.*

*Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission.*

## 1 Erläuterungen / Commentaires

La ville de Bremgarten a invité plusieurs soumissionnaires à lui soumettre une offre pour la réalisation d'un projet pilote de travail avec les jeunes («Jugendarbeit») dont le crédit-cadre était d'un montant de 445'000.-francs. À l'issue de la procédure, elle a attribué le marché au prix d'environ 300'000 francs.

Dans le cadre de cette procédure, un soumissionnaire a fait recours par devant le Tribunal administratif du canton d'Argovie au motif que l'adjudicataire aurait dû être exclu de la procédure. La ville a répliqué qu'elle estimait que le marché n'était pas soumis au droit des marchés publics.

Après des considérations d'ordre procédural (partie en droit I., non publiée), le Tribunal administratif du canton d'Argovie a considéré que le transfert d'une tâche public à un tiers privé par le biais d'un contrat de prestation est bel et bien soumis au droit des marchés publics, respectivement que l'art. 5 LMI est applicable à un tel transfert (partie en droit II., en particulier II.2).

En conséquence, le tribunal administratif argovien a annulé l'adjudication et a renvoyé l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il procède à une nouvelle procédure pour la passation de ce marché. En effet, selon sa jurisprudence, le choix d'une procédure de marché public erronée constitue une violation du droit des marchés publics telle qu'il n'est pas possible de la «réparer» de sorte que la procédure doit être annulée et reprise à zéro.

\*\*\*

Die Stadt Bremgarten hat mehrere Anbieter eingeladen, ihr ein Angebot für die Realisierung eines Pilotprojektes für Jugendarbeit einzureichen, dessen Rahmenkredit

sich auf CHF 445'000 belief. In der Folge erteilte sie den Zuschlag zum Preis von ca. CHF 300'000.

Dagegen reichte ein Anbieter beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau Beschwerde ein und beantragte, der Zuschlag sei zu widerrufen, weil der Zuschlagsempfänger vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Stadt Bremgarten stellte sich auf den Standpunkt, dass der Auftrag gar nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt sei.

Im Anschluss an verfahrensrechtliche Erwägungen (Ziffer I der Erwägungen; nicht publiziert), hält das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau fest, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen privaten Dritten gestützt auf einen Dienstleistungsvertrag dem Beschaffungsrecht unterstellt ist, bzw. dass Art. 5 BGBM auf eine solche Übertragung anwendbar ist (Ziffer II der Erwägungen, insb. II. 2).

Gestützt darauf hob das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau den erteilten Zuschlag auf und wies die Sache an die Beschaffungsstelle zurück, damit diese ein neues Beschaffungsverfahren durchführt. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts stellt die Wahl des falschen Beschaffungsverfahrens eine Verletzung des Binnenmarktrechts dar, die nicht geheilt werden kann, sodass das Verfahren abgebrochen und von Neuem durchgeführt werden muss.

**2 Extrait des considérants, Jugement du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 8 octobre 2014 (WBE.2014.187) / Auszug aus den Erwägungen des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Oktober 2014 (WBE.2014.187)**

[...]

Beschwerdeführer

X., [...], [...]

gegen

Stadt Bremgarten, Rathausplatz 1, 5620 Bremgarten AG  
handelnd durch den Stadtrat

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung des Stadtrats Bremgarten vom 3. Juni 2014

Die Einwohnergemeinde Bremgarten genehmigte am 12. Dezember 2013 ein Konzept zur Jugendarbeit für die Jahre 2014 - 2016 und einen Brutorahmenkredit von Fr. 445'000.00 für die Umsetzung des Konzepts. Das Konzept sah vor, die Jugendarbeit einer externen Trägerschaft im Rahmen eines Leistungsauftrags zu übertragen. Ende Januar 2014 erfolgten für die Umsetzung des Jugendarbeitskonzepts (Pilotphase 2014 - 2016) mehrere Offertanfragen. Eingereicht wurden schliesslich drei Angebote (Z., [...]; Y., [...]; X., [...]) mit (bereinigten) Beträgen von Fr. 308'970.00 bis Fr. 401'658.00. Mit Beschluss vom 2. Juni 2014 vergab der Stadtrat Bremgarten den Auftrag an den Y. zum Preis von Fr. 308'970.00 (als fixe Pauschale). X. [...] wurde die anderweitige Auftragsvergabe mit Verfügung vom 3. Juni 2014 mitgeteilt.

B.

1.

Mit Eingabe vom 13. Juni 2014 erhob X. beim Verwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, der Zuschlag der Jugendarbeit Bremgarten an Y. sei zu widerrufen. Die eigenmächtige Abänderung der Zielgruppe sei ein Ausschluss- und nicht ein Zuschlagsgrund.

2.

Mit Beschwerdeantwort vom 25. Juni 2014 beantragte der Gemeinderat Bremgarten, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

3.

Y. teilte mit Eingabe vom 26. Juni 2014 den Verzicht auf eine Verfahrensteilnahme mit machte aber verschiedene, aus seiner Sicht von Amtes wegen zu berücksichtigende Ausführungen zur Beschwerde.

4.

Mit Replik vom 10. Juli 2014 nahm der Beschwerdeführer Stellung zur Beschwerdeantwort des Stadtrats Bremgarten und zur Eingabe [von] Y.

5.

Der Stadtrat Bremgarten erstattete mit Eingabe vom 24. Juli 2014 eine Duplik.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 8. Oktober 2014 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

[...]

[...]

II.

1.

Gegenstand des vorliegend strittigen Submissionsverfahrens bildet die Übertragung der Jugendarbeit an einen externen Träger im Rahmen eines Leistungsauftrags für eine dreijährige Pilotphase (2014 - 2016). Die Einwohnergemeinde genehmigte dafür am 12. Dezember 2013 einen Rahmenkredit von Fr. 445'000.00 (darin eingeschlossen Beiträge des Kantons von Fr. 75'150.00 und Sponsoring-Beiträge von Fr. 8'250.00).

2.

2.1.

Nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 8. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) 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 (vgl. § 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 (vgl. AG-VE 2001. S. 313 f.; 1097, 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 regelt schliesslich die Fälle, in denen ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden darf.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers (AGVE 2001, S. 313; 1097, S. 343 f.; VGE 111/20 vom 21. Februar 2014 [WBE.2013.547], S. 14; VGE 111/75 vom 18. Dezember 2012 [WBE:2012.429], S. 6 f.; VGE 111/74 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.327], S. 5 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 337).

2.2.

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und andererseits 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 Breite der Schätzung zu halten (AGVE 2008, S. 197; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 323ff.). Die eidgenössische Mehrwertsteuer wird bei der Berechnung des Auftragswerts nicht berücksichtigt (§ 8 Abs. 5 SubmD; AGVE 2008, S. 197).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist bei der Berechnung des Werts des zu vergebenden Auftrags die Dauer bzw. die vorgesehene Dauer mitzuberechnen. Ist vertraglich eine bestimmte Dauer festgelegt, während derer die Leistungen wiederkehrend oder dauernd zu erbringen sind, so bestimmt sich der Wert des Auftrags aufgrund dieser Dauer (AGVE 1999, S. 307 f.; VGE 111/74 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.327], S. 6 f.; VGE 111/75 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.429], S. 7).

2.3.

Die Kosten für die dreijährige Pilotphase vom 1. April 2014 bis zum 30. Juni 2016, für deren Dauer die Jugendarbeit extern vergeben werden sollte, belaufen sich nach der Berechnung des Stadtrats auf Fr. 445'000.00 (Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung vom 12. Dezember 2013, Ziff. 9 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]; vgl. auch Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats vom 2. Juni 2014, S. 1 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]). Die (bereinigten) Angebotspreise der drei eingegangenen Offerten für die Pilotphase liegen zwischen Fr. 308'970 und Fr. 401'658.00 (Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats vom 2. Juni 2014, S. 3 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]). Der Zuschlag an Y. wurde zum Betrag von Fr. 308'970.00 erteilt (Vergabeverfügung vom 3. Juni 2014).

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. Die Vergabe der Jugendarbeit 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. Aus diesem Grund ist der erteilte Zuschlag aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die Rügen des Beschwerdeführers näher einzugehen. Es wird Sache des Stadtrats sein, den Auftrag in einem den Vorschriften des Submissionsdekrets entsprechenden Verfahren neu zu vergeben.

3.

Demgemäss ist die Beschwerde gutzuheissen und der an den Verein Y. erteilte Zuschlag aufzuheben.

[...]

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der an Y., erteilte Zuschlag vom 2. Juni 2014 aufgehoben.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

[Zustellung]

[Rechtsmittelbelehrung]

[Rechtsmittelbelehrung]

Aarau, 8. Oktober 2014

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz: Gerichtsschreiber:

[sig.] [sig.]

Winkler Wildi