II. Verwaltungsgerichtshof. Entscheid vom 3. Februar 1999 in der Beschwerdesache **(2A 98 95) Architektengemeinschaft** (ARGE), alle vertreten durch Rechtsanwalt , **Beschwerdeführerin**, gegen den **Oberamtmann des Sensebezirks**, 1712 Tafers, und die **Baukommission Prehl des Gemeindeverbandes Orientierungsschule (OS) der Region Murten**, 3280 Murten, **Beschwerdegegner**, betreffend **Arbeitsvergabe, Submission von Architekturleistungen durch einen Gemeindeverband, Erteilung der aufschiebenden Wirkung, wenn mit dem Anbieter bereits der Vertrag abgeschlossen wurde, (Entscheid des Oberamtmannes vom 25. November 1998)**

hat sich ergeben:

A. Der Gemeindeverband Orientierungsschule der Region Murten (nachfolgend: Gemeindeverband) schrieb am 19. Juni 1998 Architekturarbeiten für den Neubau der Schul- und Sportanlage Prehl in Murten öffentlich aus. Die geschätzte honorarberechtigte Bausumme wurde mit 32 Millionen Franken angegeben und die Vergabe sollte im selektiven Verfahren erfolgen. Am 27. August 1998 wählte der Gemeindeverband sieben Teilnehmer, darunter die Architektengemeinschaft ...(nachfolgend kurz: ARGE), für die Einreichung eines Angebotes aus. Er erteilte schliesslich am 15. Oktober 1998 den Zuschlag an die Architektengemeinschaft X.

B. Gegen diesen Entscheid erhob die ARGE am 30. Oktober 1998 beim Oberamtmann des Seebezirks Beschwerde mit dem Antrag, den Vergabeentscheid vom 23. (recte: 15.) Oktober 1998 aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen; subsidiär sei die Angelegenheit dem Gemeindeverband zur Neubewertung der Offerten zurückzuweisen oder, subsubsidiär, festzustellen, dass die Verfügung vom 23. (recte: 15.) Oktober 1998 rechtswidrig sei. Gleichzeitig wurde beantragt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beizumessen und demzufolge den Gemeindeverband anzuweisen, mit dem Abschluss des Architekturvertrages mit der Architektengemeinschaft X zuzuwarten. In zwei Stellungnahmen vom 13. November und vom 3. Dezember 1998 beantragte der Gemeindeverband die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren.

C. Am 27., 29. oder 30. Oktober 1998 schloss der Gemeindeverband mit der Architektengemeinschaft X den Vertrag für die Architekturarbeiten ab. In der Folge soll die Anbieterin offenbar sofort mit den Arbeiten (Erstellen des Kostenvoranschlages, Entscheide hinsichtlich Raumprogramm, Materialwahl usw.) begonnen haben.

D. Am 16. November 1998 gab der Staatsrat des Kantons Freiburg einem vom Oberamtmann des Seebezirks gestellten Ausstandsbegehren statt und überwies die Angelegenheit zur weiteren Behandlung dem Oberamtmann des Sensebezirks. Dieser wies mit Entscheid vom 25. November 1998 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab im Wesentlichen mit der Begründung, das Begehren sei unbegründet und zudem sei es bereits zu einem Vertragsabschluss gekommen.

E. Gegen diesen Entscheid reichte die ARGE am 7. Dezember 1998 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und u.a. festzustellen, dass der zwischen dem Gemeindeverband und der Architektengemeinschaft X abgeschlossene Vertrag nichtig sei.

Der Oberamtmann des Sensebezirks und der Gemeindeverband schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden könne.

Auf die Begründung der einzelnen Anträge wird, soweit für die Rechtsfindung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingetreten.

Der II. Verwaltungsgerichtshof
zieht in Erwägung:

1. Die vorliegende Angelegenheit beurteilt sich nach der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2), dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.1). Art. 5 Abs. 1 BGBM bestimmt, dass die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Nicht zur Anwendung gelangt das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1). Das BoeB ist ein Vergabegesetz des Bundes. Es regelt und umfasst das Verfahren durch Vergabe von "öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen", die in den Kompetenzbereich des Bundes - nicht der Kantone oder Gemeinden - fallen.

   Der Schwellenwert beträgt mindestens 1'228'000 Franken, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt die IVöB anwendbar ist (vgl. Art. 7 IVöB).

2. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerde ergibt sich aus Art. 2 des Gesetzes vom 11. Februar 1998 (siehe auch Art.

35 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen, ÖBR, SGF 122.91.11). Der Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung ist eine Zwischenverfügung. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 15 Abs. 2 IVöB; Art. 79 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege, VRG, SGF 150.1). Die Frist ist eingehalten.

3. Nach Art. 14 Abs. 1 IVöB darf der Vertrag mit der Anbieterin oder dem Anbieter nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt. Dagegen darf nach Bundesrecht der Vertrag schon nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, vorausgesetzt einer Beschwerde wurde keine aufschiebende Wirkung erteilt (Art. 22 BoeB).

Die Eröffnung des Zuschlags erfolgte im Amtsblatt vom 23. Oktober 1998. Die zehntägige Beschwerdefrist (Art. 15 Abs. 2 IVöB) lief am 2. November 1998 ab. Der Gemeindeverband führt in der Beschwerdeantwort aus, der Architekturvertrag mit der Architektengemeinschaft X trage zwar das Datum vom 27. Oktober 1998. An diesem Tag sei der Vertrag aufgesetzt worden, die Unterzeichnung habe aber am 29. oder 30. Oktober 1998 stattgefunden.

Wie dem auch sei, es steht jedenfalls fest, dass der Vertrag vor Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen wurde.

4. Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der (Zuschlags-)Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, stellt die Beschwerdeinstanz fest, dass die Verfügung rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Ähnlich lauten Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 32 Abs. 2 BoeB: Erweist sich ein kantonales Rechtsmittel oder eine staatsrechtliche Beschwerde (nach BoeB: die Beschwerde) im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens als begründet und ist mit der Anbieterin oder dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt die kantonale Rekursinstanz oder das Bundesgericht (nach BoeB: die Rekurskommission) fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Demzufolge ist grundsätzlich die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist, können doch im Rahmen der Gewährung des Suspensiveffektes nicht weitergehende Wirkungen als mit dem Endentscheid selbst erzielt werden (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N 548 und 607). Auch ist nach den erwähnten Bestimmungen eine Aufhebung des bereits abgeschlossenen Vertrages grundsätzlich nicht vorgesehen (vgl. ZBl 98/1997 S. 220 ff.).

Die ARGE ist der Auffassung, der SIA-Vertrag zwischen dem Gemeindeverband und der Architektengemeinschaft X sei nichtig, da der Vertragsabschluss während der Beschwerdefrist erfolgt sei.

5. a) Der zwischen dem Gemeindeverband und der Architektengemeinschaft X unbestrittenermassen während der Beschwerdefrist abgeschlossene Vertrag ist privatrechtlicher Natur. Ob ein abgeschlossener Beschaffungsvertrag nichtig ist oder nicht, ist eine Frage des materiellen Rechts, welche der Oberamtmann und mithin das Verwaltungsgericht vorfrageweise beurteilt (Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, Baurecht, BR, 1998 S. 119; Evelyne Clerc, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, AJP 1997 S. 804; Peter Galli, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, in: Nicolas Michel/Roger Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 112). Zur Frage der Nichtigkeit hat die Eidgenössische Rekurskommission das Folgende ausgeführt (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB, 62/1998 Nr. 79 S. 788 Erw. 2.d. S. 796 mit Hinweisen): "Die Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BoeB setzt voraus, dass der in Frage stehende Vertrag mit dem von der Vergabebehörde ausgewählten Submittenten als gültig erscheint. Diesfalls ist die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen. Ist aufgrund einer prima-facie-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Rekurskommission nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Wie es dem Zivilrichter unbenommen ist, Fragen öffentlich-rechtlicher Natur präjudiziell selbständig zu entscheiden, so steht es auch dem Verwaltungsrichter zu, über die Gültigkeit privatrechtlicher Verträge vorfrageweise zu befinden."

Diese Auffassung ist auf den vorliegenden Fall anwendbar, umso mehr im Unterschied zu Art. 22 BoeB (siehe VPB 62/1998 Nr. 79 S. 788 Erw. 2.a.cc. S. 793) der Wortlaut von Art. 14 IVöB klar ist: Der Vertrag mit der Anbieterin oder dem Anbieter darf erst nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden.

b) Der Gemeindeverband bringt in diese Zusammenhang vor, er habe den Vertragsabschluss "gutgläubig in Unkenntnis von Art. 14 IVöB" vorgenommen. Dieser Umstand spiele aber ohnehin keine Rolle. Der Zuschlag sei am 23. Oktober 1998 im Amtsblatt veröffentlicht worden. Die Mitteilung, dass Beschwerde eingereicht worden sei, datiere vom 2. November 1998 und sei ihm mit gewöhnlicher Post zugestellt worden. Es wäre nun aber ohne weiteres möglich gewesen, dass der Vertrag nach Ablauf der Beschwerdefrist, aber noch vor Bekanntgabe der Existenz der Beschwerde abgeschlossen worden wäre. In dem Fall hätte sicher keine Verletzung von Art. 14 IVöB bestanden.

c) Dem ist entgegen zu halten, dass nach einem allgemeinen Grundsatz niemand Vorteile aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis ableiten kann (BGE 110 V 334 Erw. 4 S. 338). Überdies sind die Normen über das öffentliche Beschaffungswesen relativ neu. Es liegt daher nahe, die in der IVöB enthaltenen Bestimmungen zu konsultieren. Auch die angeblich späte Kenntnisnahme der Beschwerdeeinreichung vermag dem Gemeindeverband nicht zu helfen. Andernfalls könnte der Vertrag unmittelbar nach Ablauf der Rechtsmittelfrist abgeschlossen werden. Das ist klarerweise nicht der Sinn der IVöB. Im Gegenteil, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Fairnessgebot muss vor Abschluss der Vertrages alles Zumutbare unternommen werden, um abzuklären und sich zu vergewissern, ob gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde eingereicht worden ist. Erst wenn völlig sicher ist, dass keine Beschwerde erhoben wurde, darf der Vertrag abgeschlossen werden. Eine Nachfrage bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz wäre im vorliegenden Fall ohne weiteres möglich gewesen.

d) Das Gericht ist der Auffassung, dass aufgrund einer prima-facie-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen ist. Würde man nämlich trotz des klaren Wortlautes des Gesetzes den Abschluss des Vertrages während der Rechtsmittelfrist zulassen, würde Art. 14 IVöB zur Farce verkommen. Es wäre widersprüchlich, einerseits einen förmlichen und effektiven Rechtsschutz zu Gunsten des Submittenten zu schaffen, andererseits dem Antragenden aber die Möglichkeit zu geben, einseitig und ohne sich auf zwingende Gründe des öffentlichen Interesses berufen zu müssen, diesen Rechtsschutz illusorisch zu machen, indem während der Rechtsmittelfrist der Vertrag abgeschlossen wird (VPB 62/1998 S. 788 Erw. 2.c.cc. S. 793 ff.). Dem nicht berücksichtigten Anbieter würde nichts anderes übrig bleiben, 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 dem Vergabeentscheid nicht unmittelbar der Vertragsabschluss folgt. Eine Ausnahme von diesem Ergebnis könnte nur dann ins Auge gefasst werden, wenn sich die Auftraggeberin mit einer notstandsähnlichen Situation konfrontiert sieht, die auf äussere, ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist (VPB 61/1997 Nr. 24 S. 261 Erw. 2.c. S. 268; AJP 1997 S. 339).

e) In diesem Zusammenhang bringt der Gemeindeverband vor, die Raumverhältnisse an den Murtener Schulen seien absolut unhaltbar. Der Schulunterricht erfolge in Baracken und Containern, der Turnunterricht im Freien bei Schnee, Eis und Regen. Jeder Tag zähle, um diese "Misere" zu beheben.

Diese Behauptung mag zutreffen und es besteht sicher ein Interesse an einer raschen Realisierung der Schulhausbauten. Von einer ausserordentli-

chen Dringlichkeit oder einem Notstand kann trotzdem nicht gesprochen werden. Dem Gemeindeverband steht es weitgehend frei, den zeitlichen Ablauf des Verfahrens selbst zu gestalten oder einer unerwünschten Verzögerung des Verfahrens entgegen zu wirken. Bei seiner Planung musste er zudem daran denken, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird. Durch eine allfällige Verzögerung werden die Schulen in Murten zumindest im bisherigen Umfang betroffen bleiben. Diese Schwierigkeiten müssen aber im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes zurücktreten (ZBl 99/1998 S. 539 ff.). Das führt zum Schluss, dass, obwohl der Vertrag bereits abgeschlossen ist, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung behandelt werden muss (VPB 61/1997 Nr. 24 S. 261 Erw. 2.c. S. 268).

6. a) Nach Art. 17 IVöB hat die Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1). Die Beschwerdeinstanz kann auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen stehen (Abs. 2). Wird die aufschiebende Wirkung auf Gesuch der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdeführers angeordnet und kann sie zu einem bedeutenden Nachteil führen, kann die Beschwerdeführerin oder der Beschwerdeführer innerhalb nützlicher Frist zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigung verpflichtet werden. Wird die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, wird der Entscheid über die aufschiebende Wirkung hinfällig (Abs. 3). Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer sind verpflichtet, den Schaden, der aus der aufschiebenden Wirkung entstanden ist, wenn sie absichtlich oder grob fahrlässig gehandelt haben, zu ersetzen (Abs. 4).

b) Im Unterschied zu Art. 84 Abs. 1 VRG sieht Art. 17 IVöB also vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Eine gleiche Bestimmung kennt das kantonale Recht im Raumplanungs- und Baugesetz vom 9. Mai 1983 (RPBG; SGF 710.1). Der Beschwerde gegen Entscheide in Bausachen kommt von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu; sie kann jedoch von Amtes wegen oder auf Gesuch hin angeordnet werden (Art. 176 Abs. 3 RPBG).

Das Gesetz enthält keine weiteren Voraussetzungen für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Es können aber jene Kriterien übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021), Art. 28 BoeB und Art. 84 Abs. 1 VRG entwickelt haben. Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckung sprechen, gewichtiger sind, als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen der Be-

schwerdeführer, öffentliche Interessen der Auftraggeber sowie allfällige Interessen Dritter einzubeziehen. In der GATT-Botschaft wird beispielsweise ausgeführt, falls das öffentliche Interesse an einem schnellen Vertragsabschluss überwiege, sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen; überwiege hingegen das öffentliche Interesse an der Verhinderung bzw. am Aufschub des Vertragsabschlusses, müsse die aufschiebende Wirkung erteilt werden (ZBl 98/1997 S. 219 mit Hinweisen).

Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber den Suspensiveffekt nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsverfahren bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Clerc, a.a.O., S. 545).

c) Liegt ein Gesuch um aufschiebende Wirkung vor, ist - im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage - zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. 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 Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung kommen darf. Macht die Auftraggeberin Dringlichkeit geltend, so muss sie diese im einzelnen begründen und belegen (VPB, 62/1998 Nr. 79 S. 788 Erw. 2.a. S. 790 ff. mit Hinweisen; Galli, Rechtsprechung, a.a.O., S. 113 ff.).

d) Eine prima-facie-Beurteilung der Erfolgschancen aufgrund der gegebenen Aktenlage ergibt, dass die Beschwerde keineswegs als von vornherein offensichtlich unbegründet und haltlos zu bezeichnen ist. Die Erfolgsaussichten der ARGE müssen als durchaus intakt gewertet werden, ist es doch zumindest möglich, dass dem Gemeindeverband im Rahmen des Submissionsverfahrens oder beim angefochtenen Zuschlag Verfahrensfehler oder sonstige Verstösse gegen das IVöB unterlaufen sind (VPB 62/1998 Nr. 79 S. 788 Erw. 3.b. S. 797). Dass keine Dringlichkeit und kein Notstand vorliegen, wurde bereits gesagt. Der Schulbetrieb und der Turnunterricht sind weiterhin, wenn auch unter erschwerten Umständen möglich. Von einer massiven Beeinträchtigung kann jedoch nicht gesprochen werden, wird der Schulbetrieb in Murten doch seit geraumer Zeit in dieser Form geführt. Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher zu entsprechen und infolgedessen die Beschwerde gutzuheissen.