

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2D_31/2016

Urteil vom 2. Februar 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Lukas Pfisterer,

gegen

B._____, AG,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Harald Rüfenacht,

Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____, Ausführungskommission.

Gegenstand
Submission; aufschiebende Wirkung,

Beschwerde gegen die Verfügung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau,
3. Kammer, vom 9. August 2016.

Sachverhalt:

A.
Die Ausschreibung der für die Gesamtmelioration U._____ vorgesehenen Planungs- und Ingenieurarbeiten wurde durch die Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ durchgeführt. Nach öffentlicher Ausschreibung vergab die Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ die Ingenieurarbeiten an die A._____, V._____. Der B._____ AG, W._____, wurde die anderweitige Auftragsvergabe mit Schreiben vom 8. Mai 2015 und Zustellung des Protokollauszuges der Sitzung vom 7. Mai 2015 eröffnet. Mit Urteil vom 21. Januar 2016 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau die von B._____ AG erhobene Beschwerde teilweise gut, hob den mit Beschluss der Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ vom 7. Mai 2015 an die A._____ erteilten Zuschlag wegen verschiedener Bewertungsfehler auf und wies die Sache zur Neuerteilung im Sinne der Erwägungen an die Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ zurück. Mit Beschluss vom 25. April 2016 vergab die Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ die Ingenieurarbeiten der Gesamtmelioration U._____ neu an die B._____ AG.

B.
Mit Beschwerde vom 10. Mai 2016 gelangte A._____ gegen den Zuschlag vom 25. April 2016 an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau. Das Verwaltungsgericht erteilte der Beschwerde zunächst mit Verfügung vom 11. Mai 2016 antragsgemäss superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 wies das Verwaltungsgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab und entzog die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung. Das erneute Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom 3. August 2016 wies das Verwaltungsgericht mit Verfügung vom 9. August 2016 ab.

C.

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 9. September 2016 an das Bundesgericht beantragt A._____, ihrer Beschwerde (an das Bundesgericht) sei umgehend die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei umgehend zu untersagen, den Vertrag mit der B._____ AG abzuschliessen. Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, die Verfügung vom 9. August 2016 der Vorinstanz sei betreffend Abweisung des Gesuchs um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben, und die Sache sei der Vorinstanz zur Neuerteilung und zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vom 10. Mai 2016 zurückzuweisen.

Die Vorinstanz und die B._____ AG haben auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet. Die Bodenverbesserungsgenossenschaft U._____ schliesst auf kostenfällige Abweisung, soweit Eintreten. Mit Verfügung vom 12. September 2016 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vom 9. September 2016 zunächst superprovisorisch und nach Durchführung eines Schriftenwechsels mit Verfügung vom 30. September 2016 zur Zeit die aufschiebende Wirkung erteilt.

Erwägungen:

1.

1.1.

1.1.1. Art. 83 lit. f BGG schliesst Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht, oder wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeführerin stellt sich ausdrücklich auf den Standpunkt, das vorliegende Verfahren werfe keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich somit als das einzig zulässige Rechtsmittel (Art. 42 Abs. 2 e contrario, Art. 83 lit. f Ziff. 2 e contrario, Art. 113 BGG; Urteile 2C_338/2010, 2C_433/2010 vom 11. Juni 2010 E. 1.2, E. 2).

1.1.2. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 117 BGG) eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Zwischenentscheid einer letzten oberen kantonalen Instanz (Art. 117 in Verbindung mit Art. 93 BGG; Art. 114, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG).

1.1.3. Die angefochtene prozessleitende Verfügung vom 9. August 2016, mit welcher die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Beschwerde abgewiesen hat, ist geeignet, der Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zuzufügen (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Wird der Vertrag während hängigem vorinstanzlichem Rechtsmittelverfahren abgeschlossen, kann die Vorinstanz gemäss Beschwerdeschrift nur noch feststellen, dass die Verfügung rechtswidrig ist (§ 27 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 des Kantons Aargau [SubmD/AG]).

1.2. Zur Verfassungsbeschwerde ist legitimiert, wer (lit. a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder zu Unrecht keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und (lit. b) ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids dartun kann (Art. 115 BGG; BGE 133 I 185 E. 3 S. 190). Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG), wofür eine qualifizierte Rügepflicht gilt (Art. 117 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 BGG) : Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53; 134 II 349 E. 3 S. 351 f.; Urteil 2C_598/2012 vom 21. November 2012 E. 1.3). Dass die als verletzt gerügten kantonalen Verfassungsbestimmungen der Beschwerdeführerin einen über die Bundesverfassung hinausgehenden Anspruch verschaffen würden (vgl. etwa MICHEL HOTTELIER, Tribunal fédéral, le Cour de droit public, arrêt 1C_604/2015, 1C_606/2015 du 13 juin 2016, A. et Association des juristes progressistes c. Ministère public de la République et canton de Genève, AJP 2016 S. 1249), hat die Beschwerdeführerin nicht

dargelegt, weshalb auf diese grundsätzlich zulässigen Rügen (Art. 95 lit. c BGG; BGE 131 I 77 E. 1.3.1 S. 79 f.) nicht weiter einzugehen ist.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung in willkürlicher Anwendung kantonalen Submissions- und Verfahrensrechts (Art. 9 BV in Verbindung mit §§ 17, 20, 26 SubmD/AG und § 21 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Dezember 2007 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG/AG]) sowie in Verletzung ihres Anspruches auf ein gerechtes Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) abgewiesen. Bei einer den konventions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Ausübung der Prüfungspflicht hätte die Vorinstanz nicht zum Schluss kommen können, die in der vorinstanzlichen Beschwerde vorgebrachten Argumente seien bereits im ersten Rechtsmittelverfahren behandelt worden, weshalb die Beschwerde ohne Erfolgsaussichten und ihr die aufschiebende Wirkung bereits aus diesem Grund sowie ohne weitere Interessenabwägung zu verweigern sei.

2.1. Gegenstand der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung vom 9. August 2016 war das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 3. August 2016 um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vom 10. Mai 2016. Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz nicht nur eine Wiedererwägung ihrer einstweiligen Verfügung vom 8. Juli 2016 ausgeschlossen, sondern das erneute Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung formell abgewiesen. Gegenstand des vorinstanzlichen und auch des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (vgl. dazu BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; Urteile 2C_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3; 2C_930/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1) ist somit die aufschiebende Wirkung der im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Beschwerde vom 10. Mai 2016.

2.2. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen verfahrensleitenden Verfügung vom 9. August 2016 erwogen, die in der Replik vom 3. August 2016 für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vorgebrachten Gründe würden keinen Anlass dafür bieten, nach dem (abschlägigen) Entscheid über die aufschiebende Wirkung vom 8. Juli 2016 nun der Beschwerde doch noch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Aus diesem Grund sei an der prozessleitenden Verfügung vom 8. Juli 2016 festzuhalten und für die Abweisung des Gesuchs auf die in dieser Verfügung enthaltene Begründung zu verweisen. Mit der prozessleitenden Verfügung vom 8. Juli 2016 hatte die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit der Begründung abgewiesen, der gegen den Zuschlag gerichteten Beschwerde würden prima facie keine Erfolgsaussichten zukommen, weshalb sich eine Interessenabwägung erübrige. Der in der angefochtenen Verfügung enthaltene Verweis auf die rechtliche Begründung der Verfügung vom 8. Juli 2016 ist zulässig (vgl. BERNARD CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 29 zu Art. 112 BGG).

2.3. Die kantonale Vorinstanz hat im vorinstanzlichen Verfahren über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung kantonales Submissions- und Verfahrensrecht (§ 26 SubmD/AG) zur Anwendung gebracht. Gemäss dieser kantonalen Regelung kann der Beschwerde auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen; diese Regelung zeigt, dass die Verwirklichung von Projekten der öffentlichen Hand nicht ohne wichtige Gründe hinausgezögert werden soll (Urteil 2C_755/2009 vom 19. Januar 2010 E. 3.4 betreffend die inhaltlich gleich lautende Regelung von Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB]). Diese Regelung ist dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zu Grunde zu legen; wegen inhaltlicher Divergenzen zwischen den unterschiedlichen spezialgesetzlichen Bestimmungen kann auch nicht vergleichsweise (BGE 106 Ib 115 E. 2a S. 116) auf die in Art. 55 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) enthaltenen Kriterien abgestellt werden (teilweise abweichend zu Art. 28 des Bundesgesetzes vom 16.

Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB SR 172.056.1] HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 191 zu Art. 55 VwVG). Die zuständige Instanz kann über die Gewährung von vorsorglichen Massnahmen auf Grund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage entscheiden (für das Submissionsrecht vgl. insbesondere Urteile 2C_1034/2015 vom 23. November 2015 E. 3.1; 2C_611/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 4.2). Das Bundesgericht legt sich seinerseits bei der Überprüfung von Entscheiden einer verwaltungsunabhängigen richterlichen Behörde über vorsorgliche Massnahmen besondere Zurückhaltung auf: Es hebt deren Entscheid nur auf, wenn die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, oder wenn sie wesentliche Tatsachen völlig übersehen und Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat (grundlegend BGE 99 Ib 215

E. 6a S. 221 f., bestätigt in den Urteilen 2C_1034/2015 vom 23. November 2015 E. 3.1; 2C_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2; für das Submissionsrecht vgl. insbesondere die Urteile 2D_20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 2.2; 2P.161/2002 vom 6. September 2002 E. 2.1). Im vorliegenden subsidiären Verfassungsbeschwerdeverfahren (vgl. oben, E. 1.2) beschränkt sich die bundesgerichtliche Prüfung darauf, ob der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) der Beschwerdeführerin verletzt.

2.4. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtssatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; Willkür liegt dabei nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319; 138 III 378 E. 6.1 S. 379 f.; 137 I 1 E. 2.4 S. 5). Die Vorbringen in der Beschwerdeschrift genügen offensichtlich nicht, um die vorinstanzlichen Erwägungen über die summarische Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde als willkürlich erscheinen zu lassen. Die Vorinstanz gelangte in den verfahrensleitenden Verfügungen vom 9. August 2016 bzw. (auf Grund eines Verweises) vom 8. Juli 2016 gestützt auf ausführliche Erwägungen über die Zuschlagskriterien, dem der Vergabebehörde dabei zukommenden Ermessensspielraum, der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin bei den Subkriterien "Amtliche Vermessung", "Landschaft und Ökologie" und "Qualifikation" zum Ergebnis, der im vorinstanzlichen Verfahren gerügten Rechtsverletzung der mangelnden Transparenz insbesondere käme bei

einer summarischen Würdigung der Rechtslage keine Erfolgschancen zu, woran auch das aus Sicht der Beschwerdeführerin erstmals in der Replik vom 3. August 2016 vorgebrachte Argument der nachgeschobenen Begründung in Form einer Nachlieferung eines Referenzprojektes nichts zu ändern vermöge. Der für den Erlass der vorsorglichen Massnahme zuständige Einzelrichter hat somit nachvollziehbar dargelegt, weshalb er in summarischer Prüfung der Rechtslage die Argumente der Beschwerdeführerin als unzutreffend erachtet, und hat wegen einer fehlenden (kumulativen) Voraussetzung für die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Erfolgschancen, vgl. oben, E. 2.3) deren Gesuch abgewiesen, weshalb sich der angefochtene Zwischenentscheid nicht als willkürlich (Art. 9 BV in Verbindung mit §§ 17, 20, 26 SubmD/AG und § 21 Abs. 1 VRPG/AG) erweist, und die verfassungsrechtlich garantierten Ansprüche der Beschwerdeführerin auf ein gerechtes Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV [für den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK Urteil des EGMR Micallef vs Malta vom 15. Oktober 2009 [Nr. 17056/06], N. 86]) sowie auf eine sachgerechte Begründung (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 111 Ia 2 E. 4b S. 4 f.) wahr. Die von der Beschwerdeführerin

als Massstab erachtete Auseinandersetzung mit ihren materiellen Argumenten in der gewünschten Prüfungs- und Begründungsdichte sind dem Hauptsachenrichter vorbehalten. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. Februar 2017

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall