

BGer 2C 116/2007 vom 10. Oktober 2007

Bundesgericht, 2007-10-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_116_2007

FR: TF 2C 116/2007 du 10 octobre 2007

IT: TF 2C 116/2007 del 10 ottobre 2007

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen (Tischmacherhof Galgenen, Investoren- und Totalunternehmerausschreibung) | Grundrecht

Erwägungen

E. 1

Die angefochtenen Urteile sind nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG;SR 173.110) ergangen, weshalb für das vorliegende Verfahren die Vorschriften des neuen Gesetzes massgebend sind (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG).

E. 2

Die beiden beim Bundesgericht eingereichten Beschwerden betreffen die gleiche Angelegenheit. Aufgrund des engen sachlichen und prozessualen Zusammenhanges sind die beiden Verfahren zu vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (vgl. Art. 71 BGG i.V. mit Art. 24 BZP).

E. 3

Die angefochtenen beiden Urteile schliessen das Vergabeverfahren nicht ab. Es handelt sich damit um Zwischenentscheide, welche als solche beim Bundesgericht - sei es mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 117 BGG) - nur dann sofort gesondert anfechtbar sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind. Wie es sich vorliegend damit verhält, bedarf aufgrund der folgenden Erwägungen keiner weiteren Prüfung.

E. 4.1

Art. 83 lit. f BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aus gegen Entscheide über öffentliche Beschaffungen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) oder gemäss dem Abkommen 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 (Ziff. 1) sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Diese beiden Voraussetzungen müssen, wie das Bundesgericht in einem zur Publikation bestimmten Urteil in Übereinstimmung mit der Doktrin vor kurzem festgestellt hat (Urteil 2C_224/2007 vom 10. September 2007 E. 2.1, mit Hinweisen) - und wovon auch die Parteien des vorliegenden Verfahrens ausgehen - , kumulativ erfüllt sein, damit das Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist.

E. 4.2

Die Voraussetzung des Vorliegens einer "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" ("question juridique de principe", "questione di diritto d'importanza fondamentale") ist restriktiv zu handhaben (vgl. BGE 133 III 493 E.1.1, mit Hinweisen), zumal bei Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsmittels der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bei kantonalen Submissionen immer noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung steht und bei Vergabungen durch Bundesorgane, soweit sie aufgrund ihres Auftragswertes überhaupt den Vorschriften des Beschaffungsrechts unterstehen (Art. 6 BoeB), das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz angerufen werden kann (Art. 27 Abs. 1 BoeB). Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdeschrift darzutun, dass und inwiefern die Voraussetzung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erfüllt ist, widrigenfalls auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Urteil 2C_224/2007 vom 10. September 2007, E. 2.2; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 2.2.2.1 S. 442).

E. 4.3

Die angefochtenen beiden Urteile des Verwaltungsgerichts betreffen Fragen des Rechtes der öffentlichen Beschaffungen. Der Wert der zu erstellenden öffentlichen Bauten liegt über den in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erwähnten Schwellenwerten (Art. 6 Abs.1 lit. c BoeB : 10,07 Mio. Franken bei Bauwerken; Art.1 lit. c der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007 [SR 172.056.12] : 9,575 Mio. Franken bei Bauwerken).

E. 4.4

Im Verfahren 2C_116/2007 (erste Beschwerde vom 7. April 2007, S. 4/5 gegen das Verwaltungsgerichtsurteil vom 6. März 2007) erachtet der Beschwerdeführer das Erfordernis des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einerseits als erfüllt in Bezug auf den Streitpunkt, ob bei der Vergabe von Arbeiten im Rahmen eines "Public Private Partnership" auch dann lediglich der Investor öffentlich ausgeschrieben werden müsse, wenn in dieser Investorenausschreibung keine Anforderungen bezüglich Ausführung der Bauten gestellt würden. Von grundsätzlicher Bedeutung sei andererseits die Frage, ob es einem Gemeinwesen freistehe, einen Totalunternehmerauftrag mit einem auf öffentliche Bauten entfallenden Auftragsvolumen von 21 Mio. Franken selektiv im Präqualifikationsverfahren, aber nicht öffentlich auszuschreiben, wenn der Gemeinderat bestimme, welche Totalunternehmer Offerten einreichen dürften, der Entscheid über die Vergabe des Totalunternehmerauftrages aber nicht vom Gemeinwesen, sondern von einem Dritten - nämlich vom Investor - getroffen werde. Ebenfalls von grundsätzlicher Bedeutung sei die Rechtsfrage, ob es zulässig sei, eine Ausschreibung an ein Zuschlagskriterium - Erwerb von Bauland für private Bauten - zu knüpfen, welches mit dem öffentlich ausgeschriebenem Bau- oder Dienstleistungsauftrag nicht direkt zusammenhänge. Von grundsätzlicher Bedeutung wäre vorliegend allenfalls die Frage gewesen, ob und wieweit Verträge über öffentliche Beschaffungen, in denen der private Partner zugleich als Abnehmer von nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallenden Sachleistungen des Gemeinwesens auftritt, überhaupt dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen. Diese

Frage ist hier jedoch durch das unangefochten gebliebene Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 29. August 2006 bereits entschieden. Gemäss rechtskräftiger Anordnung ist der Investor für das gesamte Vorhaben - d.h. nicht nur für die von ihm zu erstellenden öffentlichen Bauten, sondern auch für die vorgesehene Abtretung von Bauland zwecks Erstellung privater Wohnungen und Geschäftsräume - nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechtes gestützt auf eine Ausschreibung zu bestimmen. An diese Vorgabe sind für die weitere Abwicklung nicht nur die Verfahrensbeteiligten gebunden, sondern auch die Beurteilung der hier angefochtenen Verfahrensschritte durch das Bundesgericht muss auf dieser Grundlage erfolgen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts stellt sodann klar, dass der vom Investor beizuziehende Totalunternehmer nicht ebenfalls aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung durch die Gemeinde ausgewählt wird, sondern - unabhängig vom Ergebnis des seitens der Vergabebehörde eingeleiteten informellen Präqualifikationsverfahrens - autonom vom Investor zu bestimmen ist, welcher für die Kosten einzustehen hat (Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung). Die aufgrund des Vorgehens der Gemeinde diesbezüglich möglichen Unsicherheiten sind damit beseitigt, und es stellen sich in diesem Punkt keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Schliesslich hängen auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der für die Auswahl des Investors heranzuziehenden Kriterien stark von den Umständen des konkreten Geschäftes ab. Dieses ist vorliegend zu einem grossen Teil durch Faktoren mitgeprägt, welche ausserhalb des Geltungsbereiches des öffentlichen Beschaffungsrechtes liegen (Veräusserung von Bauland zwecks Erstellung privater Wohnungen und Geschäftsräume), und zudem einem anschliessenden, von subjektiven Wertungen mitbeeinflussten politischen Entscheid unterworfen (Zustimmung der Gemeindebürger), was für eine entsprechende Offenheit der Zuschlagskriterien Raum lässt. Was der Beschwerdeführer diesbezüglich vorbringt, betrifft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Verwaltungsurteil vom 6. März 2007 ist daher nicht einzutreten.

E. 4.5

Im Verfahren 2C_396/2007 betreffend den Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichtes vom 12. Juli 2007 erblickt der Beschwerdeführer eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darin, ob es während der Rechtshängigkeit des Verfahrens vor dem Bundesgericht zulässig sei, die streitige Investorenausschreibung zu revidieren bzw. zu ergänzen und die entsprechenden Unterlagen nicht nur den Bewerbern zuzustellen, welche rechtzeitig innert der ursprünglichen Eingabefrist eine Offerte eingereicht hätten, sondern auch an "beliebige Dritte", die sich zu einem früheren Zeitpunkt für das Projekt interessiert hatten. Von grundsätzlicher Bedeutung sei auch die Frage, ob nicht überhaupt eine neue Ausschreibung vorliege, die unter Hinweis auf die Rechtsmittelmöglichkeiten neu hätte publiziert werden müssen. Dass festgestellte Fehler einer Ausschreibung nicht in jedem Falle zu einer Neuausschreibung führen müssen, sondern unter gewissen Voraussetzungen im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens korrigiert werden können, entspricht einem Gebot der Praxis. Im vorliegenden Fall mag Bedenken erwecken, dass nicht nur die am Verfahren bereits beteiligten Bewerber, sondern auch potentiell interessierte Dritte durch Zusendung der korrigierten Unterlagen nachträglich noch die Möglichkeit der Einreichung einer Offerte erhalten haben, wodurch nach Meinung des Beschwerdeführers das bisher offene Verfahren in ein selektives Verfahren umgewandelt worden sei. Nach seiner Auffassung hätte aufgrund der Erweiterung des zur Offertstellung zugelassenen Personenkreises formell eine neue Ausschreibung stattfinden müssen. Inwiefern die eigene

Stellung des Beschwerdeführers als Bewerber dadurch im Ergebnis verbessert würde, ist schwer einzusehen, kann aber dahingestellt bleiben. Das Verwaltungsgericht (welches die vorgenommenen Korrekturen der Ausschreibung als von untergeordneter Bedeutung einstufte) hat das erwähnte Prozedere in seiner Entscheidung nicht gebilligt, sondern lediglich die Zulässigkeit einer sofortigen Anfechtung verneint mit dem Hinweis, dass die Vergabebehörde um Transparenz und Gleichbehandlung bemüht sei und die Rechtmässigkeit des beanstandeten Vorgehens, d.h. insbesondere der Ausweitung des Offerentenkreises, allenfalls "im Zusammenhang mit der Zuschlagsverfügung" geprüft werden könne. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was diese verfahrensrechtliche Einschätzung als nicht vertretbar erscheinen liesse (Art. 42 Abs. 2 BGG). Es stellt sich damit auch in Bezug auf das zweite angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts (noch) keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Verfahren 2C_396/2007 ebenfalls nicht offen steht.

E. 5.1

Zulässig bleibt, da es sich bei den angefochtenen beiden Urteilen um letztinstanzliche kantonale Entscheide handelt, das Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG . Die Eingaben können ungeachtet ihrer anderslautenden Bezeichnung als solche entgegengenommen werden, falls sie die formellen Anforderungen erfüllen (vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 2C_224/2007 vom 10. September 2007, E. 3.1 sowie BGE 131 I 291 E. 1.3 S. 296). Mit der Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Nach dem hiefür geltenden Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG) muss der Beschwerdeführer in seiner Eingabe dartun, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sein sollen. Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen, wie sie dem Bundesgericht hinsichtlich des Gesetzes- und Verordnungsrechts des Bundes zusteht (Art. 106 Abs. 1 BGG), findet nicht statt. Das Bundesgericht untersucht daher nicht von sich aus, ob der angefochtene kantonale Entscheid verfassungsmässig ist, sondern es prüft, wie bisher im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 2C_224/2007 vom 10. September 2007, E. 3.2 sowie BGE 133 II 393 E. 6 S. 397).

E. 5.2

Mit den vorliegenden Eingaben werden ausschliesslich Verletzungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sowie des GATT/WTO-Abkommens und des bilateralen Abkommens gerügt. Verstösse gegen verfassungsmässige Individualrechte, welche gemäss Art. 116 BGG als Beschwerdegrund einzig vorgebracht werden können, werden nicht geltend gemacht. Eine Entgegennahme der Eingaben als subsidiäre Verfassungsbeschwerden fällt daher ausser Betracht.

E. 6

Auf die beiden Beschwerden ist demnach nicht einzutreten. Da für die möglichen Vorgehensweisen zum Entscheid über das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung noch nicht für alle Bereiche eine gefestigte Gerichtspraxis besteht (vgl. für den Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen BGE 133 IV 125), rechtfertigt es sich, hier in Fünferbesetzung zu entscheiden (vgl. Art. 20 Abs. 2 BGG). Bei diesem

Ausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 65 und 66 BGG). Bund, Kantonen und Gemeinden wird gemäss Art. 68 Abs. 3 BGG "in der Regel" keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen. Die Natur und die Umstände des vorliegenden Verfahrens rechtfertigen es, der Gemeinde Galgenen, welche als kleineres Gemeinwesen (4'500 Einwohner) über keinen eigenen Rechtsdienst verfügt und zur Wahrung ihrer Interessen auf den Beizug eines Anwaltes angewiesen war, in Abweichung von der Regel des Art. 68 Abs. 3 BGG zu Lasten des Beschwerdeführers eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.