

# BGer 2C\_233/2016 vom 17. November 2016

Bundesgericht, 2016-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_233\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_233_2016)

FR: TF 2C\_233/2016 du 17 novembre 2016

IT: TF 2C\_233/2016 del 17 novembre 2016

## Erwägungen

### E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit bzw. die Zulässigkeit des Rechtsmittels von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition ( BGE 137 III 417 E. 1 S. 417).

### E. 1.1

Gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG ). Art. 83 lit. f BGG schliesst sie indes aus gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn einerseits der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages 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 und sich andererseits keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten müssen demnach e contrario sowohl das Erreichen des Schwellenwerts sowie das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung kumulativ erfüllt sein ( BGE 138 I 143 E. 1.1 S. 146; 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

Gemäss Art. 1 lit. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12), beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen im Anwendungsbereich des BöB Fr. 230'000.--. Betreffend das bilaterale Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft sieht Anhang 1 Art. A1-2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 resp. vom 15. März 2001 (IVöB) für Submissionen von Gemeinden betreffend Dienstleistungen einen Schwellenwert von Fr. 350'000.-- resp. EUR 240'000.-- vor. Ausgehend von den in der Ausschreibung genannten ca. 3'560 Tonnen Kehrlicht pro Jahr, der angegebenen Vertragsdauer von sieben Jahren und einem Preis von Fr. 82.--/t (Offerte Z. \_\_\_\_\_ AG) resp. von Fr. 96.--/t (Offerte X. \_\_\_\_\_ AG) hat der im Streit liegende Vergabeauftrag einen Wert von Fr. 2.04 Millionen. resp. von Fr. 2.39 Millionen, womit die massgeblichen Schwellenwerte offensichtlich erreicht sind.

Fraglich ist dagegen, ob sich vorliegend eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Dabei muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln ( BGE 137 II 313 E. 1.1.1 S. 316; 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun ( Art. 42 Abs. 2

BGG ; BGE 133 II 396 E. 2.2 S. 399). Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nur restriktiv: Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft ( BGE 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; SEILER in: Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, Rz. 63 zu Art. 83). Die Beschwerdeführerin erachtet es als Grundsatzfrage,

"ob bei der Beurteilung der Offerte eines Unternehmens, das sich 'rechtzeitig' in Nachlassstundung begeben hat und mehr als CHF 750'000.00 an Steuern und Sozialabgaben nicht bezahlt hat und auch nicht bezahlen wird, diese Schulden einfach als 'nicht existent' betrachtet werden dürfen, wie dies die Vergabestelle, geschützt vom Verwaltungsgericht Graubünden, im vorliegenden Fall getan hat." Diese Frage ist jedoch auf den konkreten Einzelfall bezogen, ohne dass eine übergeordnete Tragweite offensichtlich wäre. Dementsprechend beinhalten die Vorbringen der Beschwerdeführerin im Wesentlichen eine einzelfallbezogene Willkürüge oder sie betreffen die blosser Anwendung von bekannten Rechtsinstituten wie dem Rechtsgleichheitsgebot im Vergaberecht und dem rechtlichen Gehör auf den konkreten Streitfall. Bei dieser Sachlage ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu verneinen (vgl. HÄBERLI in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rz. 157c zu Art. 83, mit Hinweis auf die Urteile 2C\_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 1.3 und 2C\_107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 1.1).

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit ausgeschlossen, weswegen auf dieses Rechtsmittel nicht einzutreten ist. Zu prüfen bleibt die Zulässigkeit der gleichzeitig erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 und Art. 119 BGG ).

### **E. 1.2**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Art. 72-89 BGG möglich ist ( Art. 113 BGG ). Ein solcher Entscheid liegt hier vor. Gemäss Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids verfügt (lit. b). Im Bereich des öffentlichen Vergabewesens ist letzteres der Fall, wenn die Beschwerdeführerin als unterlegene Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.1 S. 27; Urteil 2C\_658/2016 vom 25. August 2016 E. 1.3 m.w.H.). Diese Voraussetzung ist ohne Weiteres erfüllt, zumal die Beschwerdeführerin im streitbetroffenen Vergabeverfahren den zweiten Platz belegte. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 116 BGG ). Ausgeschlossen ist damit die Rüge der Verletzung von Gesetzes-, Staatsvertrags- und Konkordatsrecht. Zulässig ist aber die Rüge einer

willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung, da im öffentlichen Beschaffungsrecht die Anbieter ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben ( BGE 125 II 86 E. 4 S. 95).

#### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 beruht ( Art. 118 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ).

#### **E. 2**

Gemäss Art. 22 lit. f. des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2004 (SubG/GR) wird ein Angebot von der Berücksichtigung insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Anbieter Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat. Art. 22 lit. k SubG/GR sieht sodann den Ausschluss des Angebots vor, wenn sich der Anbieter in einem Konkursverfahren befindet oder gegen ihn in den letzten 12 Monaten eine Pfändung vollzogen wurde.

Die von Art. 27 Abs. 1 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit umfasst auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden bzw. der Konkurrenten. Dieser verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen ( BGE 136 I 1 E. 5.5.2 S. 16; 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291 ; 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53).

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, gegen die Z. \_\_\_\_\_ AG hätten gemäss Betriebsregistrauszug vom 8. September 2015 u.a. Forderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend Mehrwertsteuer in Höhe von über Fr. 600'000.-- sowie Forderungen der AHV-Ausgleichskasse Graubünden über Fr. 130'000.-- bestanden. Alle diese Forderungen seien fällig und aufgrund des Nachlassverfahrens lediglich gestundet. Trotz entsprechender Anträge habe das Verwaltungsgericht nicht abgeklärt, ob diese Steuergelder und Sozialabgaben letztlich bezahlt werden oder aber verloren gehen. Auch die eingesetzte Sachwalterin habe sich diesbezüglich bedeckt gehalten. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits seit mehreren Jahren in grossem Umfang Steuern und Sozialabgaben nicht bezahlt habe und diese Ausstände auch zukünftig nicht begleichen werde. Die Zuschlagserteilung stelle daher eine willkürliche Anwendung von Art. 22 lit. f SubG/GR und eine wettbewerbsverzerrende Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes dar, denn durch die erhebliche Nichtbezahlung von Abgaben habe sich die Z. \_\_\_\_\_ AG einen krassen Wettbewerbsvorteil verschafft und sei so in der Lage gewesen, tiefere Preise anzubieten.

Zudem - so die Beschwerdeführerin weiter - begründe die fehlende Abnahme der beantragten Beweiserhebungen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) : Es wäre notwendig gewesen, zwecks Feststellung des Ausmasses und der Zusammensetzung der unbezahlten Steuern und Sozialabgaben sowie zum Beweis der Überschuldung der Z. \_\_\_\_\_ AG den zuständigen Mitarbeiter der Sachwalterin als

Zeugen zu befragen und Berichte bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung, der AHV-Ausgleichskasse Graubünden, der Steuerverwaltung V. \_\_\_\_\_ sowie bei der Sachwalterin betreffend die Ausstände der Z. \_\_\_\_\_ AG bzw. über die Höhe der gegenüber ihr angemeldeten Forderungen im Nachlassverfahren einzuholen.

Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, am 12. Februar 2016, d.h. am gleichen Tag, als das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts verschickt worden sei, habe die Sachwalterin in einem Schreiben an die Gläubiger der Z. \_\_\_\_\_ AG mitgeteilt, dass im Nachlassverfahren insgesamt Forderungen über Fr. 1'975'232.35 eingereicht und Forderungen über Fr. 1'725'720.91 anerkannt worden seien. Sodann sei eine Nachlassdividende von 34 % resp. von Fr. 586'745.11 vorgesehen. Aus den dem Schreiben beiliegenden Unterlagen ergebe sich zudem, dass allein der Bund (Eidgenössische Steuerverwaltung / Oberzolldirektion), welcher Forderungen über Fr. 917'000.-- habe, bei Annahme des Nachlassvergleichs rund Fr. 605'000.-- definitiv verlieren werde. Ebenfalls ergebe sich aus der detaillierten Übersicht über die eingereichten Forderungen der 3. Klasse, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG nicht einmal die Quellensteuer bezahlt habe, welche das Unternehmen zuvor seinen im Kanton St. Gallen wohnhaften ausländischen Arbeitnehmern vom Lohn abgezogen hatte.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz berief sich im angefochtenen Entscheid auf den Entscheid des kantonalen Gesetzgebers, Anbieter im Nachlassverfahren - anders als solche im Konkursverfahren (Art. 22 lit. k SubG/GR; E. 2 hiervor) - nicht kategorisch vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Da erfahrungsgemäss jede Unternehmung, welche um Nachlassstundung ersuchen müsse, mehr oder weniger grosse Ausstände von Steuern oder Sozialabgaben habe, sei klar, dass dies die Anwendbarkeit des entsprechenden Ausschlussgrundes (Art. 22 lit. f SubG/GR) von vornherein massiv einschränke. Die Gewährung der Rechtswohlthat der Nachlassstundung verhindere somit systemimmanent einen Ausschluss wegen Ausständen von Steuern oder Sozialabgaben. Dass damit eine gewisse Wettbewerbsverzerrung einhergehe, sei nicht von der Hand zu weisen, doch habe dies der kantonale Gesetzgeber in Kauf genommen. Überdies werde der Nachteil der Wettbewerbsverzerrung durch das öffentliche Interesse am Weiterbestand einer sanierungsfähigen Firma samt deren Arbeitsplätzen wieder aufgewogen. Die Sanierungsfähigkeit der Z. \_\_\_\_\_ AG sei implizit durch das zuständige Bezirksgericht festgestellt worden, da dieses eine Verlängerung der Nachlassstundung nur unter der Voraussetzung habe anordnen dürfen, dass es von der Wirksamkeit der Sanierungsmassnahmen bzw. den guten Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung überzeugt sei.

#### **E. 5**

Ausgangspunkt jeder Auslegung eines Gesetzes bildet der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element; BGE 141 V 206 E. 3.2 S. 212). Ist der Wortlaut der Bestimmung klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematisch) geben ( BGE 141 II 57 E. 3.2 S. 61; 140 II 495 E. 2.3.2 S. 500).

Es trifft wohl zu, dass der Grosse Rat des Kantons Graubünden davon abgesehen hat, Anbieter im Nachlassverfahren

automatisch von Submissionsverfahren auszuschliessen (Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden an den Grossen Rat, Heft Nr. 8/2003-2004, S. 295 f.; Protokoll des Grossen Rates vom 9. Februar 2004 S. 605 ff.); entsprechend wurde für Anbieter im Nachlassverfahren keine analoge Bestimmung zu Art. 22 lit. k SubG/GR (Anbieter im Konkursverfahren oder bei Pfändungsvollzug in den letzten 12 Monaten) aufgenommen. Dies ändert jedoch nichts am klaren Wortlaut von Art. 22 lit. f SubG/GR: Anbieter, die Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben, sind vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Eine spezifische Ausnahme für Anbieter im Nachlassverfahren findet sich in dieser Bestimmung nicht. Soweit diese demnach (auch) Ausstände bei Steuern und Sozialabgaben haben, hat jedenfalls aufgrund dieses Umstandes ein Ausschluss zu erfolgen.

Daran ändert auch das von der Z.\_\_\_\_\_ AG vorgebrachte Argument nichts, es sei nur die Nichtbezahlung von

fälligen Steuern oder Sozialabgaben beachtlich und die Fälligkeit von Forderungen werde durch das Nachlassverfahren aufgehoben: Zwar bewirkt die Nachlassstundung u.a., dass eine Betreibung gegen den Schuldner weder eingeleitet noch fortgesetzt werden kann ( Art. 297 Abs. 1 SchKG ), dass der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen ausgeschlossen sind ( Art. 297 Abs. 3 SchKG ), dass Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen mit Ausnahme dringlicher Fälle sistiert werden ( Art. 297 Abs. 5 SchKG ) sowie dass Verjährungs- und Verwirkungsfristen stillstehen ( Art. 297 Abs. 6 SchKG ); auf die Fälligkeit der Forderungen hat die Nachlassstundung demgegenüber keinen Einfluss (KURT AMONN / FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 54 Rz. 35).

Ebenso wenig überzeugt der vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, das öffentliche Interesse am Weiterbestand einer sanierungsfähigen Firma und deren Arbeitsplätze rechtfertige vorliegend den Nichtausschluss der Z.\_\_\_\_\_ AG: Soweit die im Streit liegende Auftragsvergabe zur Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen beiträgt, trifft dies sowohl auf die lokale Z.\_\_\_\_\_ AG als auch auf die auswärtige X.\_\_\_\_\_ AG zu.

Soweit die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, dass Angebote von Unternehmen in Nachlassstundung grundsätzlich nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind, obwohl von diesen Steuern und/oder Sozialabgaben nicht bezahlt wurden, lässt sich dies demnach mit der ausdrücklich gegenteilig lautenden Vorschrift von Art. 22 lit. f. SubG/ GR nicht willkürfrei in Vereinbarung bringen.

Da unbestritten und aktenkundig ist, dass die Z.\_\_\_\_\_ AG zum Zeitpunkt der Vergabe Steuern und Sozialabgaben in beträchtlicher Höhe nicht bezahlt hatte, ist sie gemäss dem Gesagten in Übereinstimmung mit Art. 22 lit. f SubG/GR vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Der Zuschlag ist stattdessen der zweitplatzierten X.\_\_\_\_\_ AG zu erteilen, denn es wurden keine Gründe geltend gemacht, die diesem Zuschlag entgegenstehen würden.

## **E. 6**

Nach dem Ausgeführten ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und der Zuschlag für den ausgeschriebenen Auftrag ist

der X. \_\_\_\_\_ AG zu erteilen.

Bei diesem Ergebnis sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens der Region Landquart, welche im vorliegenden Verfahren Vermögensinteressen verfolgte, sowie der Z. \_\_\_\_\_ AG je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 [e contrario] BGG). Zudem haben die Beschwerdegegnerinnen der Beschwerdeführerin je hälftig eine Parteientschädigung für das Verfahren vor Bundesgericht zu bezahlen ( Art. 68 BGG ).

Zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens ist die Angelegenheit überdies an die Vorinstanz zurückzuweisen.

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