

BGer 2P.47/2003 vom 9. September 2003

Bundesgericht, 2003-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.47_2003

FR: TF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003

IT: TF 2P.47/2003 del 9 settembre 2003

Regeste

Grundrecht

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich - zumal das Kantonsgericht auf die bei ihm erhobene Beschwerde nicht eingetreten ist, soweit der Streit seiner Ansicht nach Bundesrecht betraf - ausschliesslich auf kantonales Submissionsrecht stützt und gegen den als eidgenössisches Rechtsmittel einzig die staatsrechtliche Beschwerde zulässig ist (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).

E. 1.2

Nach der neueren Rechtsprechung ist der in einem Submissionsverfahren übergangene Bewerber gemäss Art. 88 OG zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert. Er kann den Vergabeentscheid nicht bloss - wie bisher - in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht anfechten (BGE 125 II 86 E. 4 S. 95 f. ; 125 I 406 E. 1 S. 408). Die Beschwerdeführerin war am vorliegenden Submissionsverfahren beteiligt, weshalb sie nach dem Gesagten befugt ist, den ergangenen Vergebungsentscheid bzw. das diesen schützende Urteil des Kantonsgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten. Dieses Rechtsmittel steht auch dann offen, wenn mit dem ausgewählten Bewerber - wie es vorliegend am 20./24./25. Februar 2003 geschehen ist (vgl. Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 15. April 2003, E. 2) - bereits ein Vertrag abgeschlossen worden ist. Zwar wird die Gültigkeit dieses Vertrages durch die Gutheissung der Beschwerde eines Konkurrenten nicht berührt, doch behält der übergangene Bewerber insofern ein aktuelles und praktisches Interesse am Verfahren, als das Bundesgericht auf Grund der speziellen Regelung von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) in diesem Falle wenigstens die Bundesrechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheides festzustellen hat, um dem Betroffenen die allfällige Geltendmachung von Schadenersatz zu ermöglichen (BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f.). Die von der Beschwerdeführerin vorliegend gestellten Anträge sind daher zulässig (vgl. auch Urteil 2P.139/2002 vom 18. März 2003, E. 1.1., am Ende).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst gewisse formelle Aspekte des Vergabeverfahrens und rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, des Willkürverbotes sowie des Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren (S. 6 ff. der Beschwerdeschrift). Sie beanstandet die Feststellung des Kantonsgerichts, wonach für den auf die Furka-Oberalp-Bahn entfallenden Teil der Vergabung die einschlägigen Bestimmungen des Bundesrechts massgebend seien und

diesbezüglich die Beschwerde an das Kantonsgericht nicht offen stehe, sondern die zuständige eidgenössische Rekurskommission anzurufen sei. Die Beschwerdeführerin erblickt hierin einen klaren Widerspruch zu einer früheren Veröffentlichung im Amtsblatt bzw. in den Vergabeunterlagen, wo erklärt worden sei, dass das kantonale Recht für den Gesamtauftrag, mithin auch für den den Auftragsteil der Furka-Oberalp-Bahn, anwendbar sei. Die beiden Auftraggeber hätten sich nach Treu und Glauben an die Verlautbarungen in den Ausschreibungsunterlagen zu halten. Die Beschwerdeführerin habe Anspruch darauf, dass auch der Verwaltungsrat der Furka-Oberalp-Bahn einen Vergebungsentscheid fälle, den das Kantonsgericht ebenfalls zu überprüfen habe. Zudem wäre nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine Beschwerde an die eidgenössische Rekurskommission gar nicht zulässig gewesen, da die bundesrechtlichen Bestimmungen für die Vergabe des Bahnanteils nicht anwendbar gewesen seien. Das eingeschlagene Vorgehen entspreche im Übrigen der inzwischen (1. Juni 2002) in Kraft getretenen Regelung in Art. 2c der eidgenössischen Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11 [Fassung vom 30. November 2001]), wonach in Fällen der vorliegenden Art das Recht der Hauptauftraggeberin massgebend sei, wie dies auch Art. 8 der (revidierten) Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.5) vorsehe. Die vorgenommene Aufteilung des Gesamtauftrages in zwei Teilaufträge, von denen nur einer der kantonalen Gesetzgebung unterliege, sei willkürlich, weil ein solches Vorgehen zu widersprüchlichen Ergebnissen führen könne.

E. 2.2

Zur Argumentation im Urteil des Kantonsgerichts, wonach es sich bei der Furka-Oberalp-Bahn um eine Unternehmung im Sinne von Art. 2a Abs. 2 lit. b VoeB handle und - soweit der vorliegende Streit den Vergabeanteil der FO betreffe - Beschwerdebehörde daher die Eidgenössische Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungswesen sei, ist Folgendes zu bemerken:

E. 2.2.1

Nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) bezeichnet der Bundesrat die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen der Wasser-, der Energie- und der Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GATT-Übereinkommen und anderen völkerrechtlichen Verträgen auch unter dieses Gesetz fallen. Bis anhin nicht erfasst vom Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen waren u.a. die Auftraggeberinnen aus den Bereichen Eisenbahnen und Telekommunikation (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. Februar 2000, VPB 64.61). Die Nichtunterstellung der SBB sowie der übrigen Auftraggeberinnen (auf Bundesebene) aus dem Sektorenbereich Eisenbahnen unter das Gesetz bedeutete in erster Linie einen - vorläufigen - Ausschluss entsprechender Aufträge vom Rechtsmittelsystem (Galli/ Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 21). Nach bisherigem Bundesrecht stand den unterlegenen Anbietern im fraglichen Bereich des Beschaffungswesens (Eisenbahnen) - anders, als es möglicherweise das Kantonsgericht angenommen hatte - daher überhaupt keine Rekursmöglichkeit offen.

E. 2.2.2

Seit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (vgl. insbesondere Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 3 Abs. 4 lit. b, Art. 4 und Art. 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.68) am 1. Juni 2002 unterstehen auch der Betrieb von Eisenbahnanlagen durch die SBB, durch Unternehmen, bei denen sie die Aktienmehrheit besitzen, oder durch andere unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehende Betreiber von Eisenbahnanlagen (wie zum Beispiel die Furka-Oberalp-Bahn) grundsätzlich dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. Galli, Moser, Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, Zürich, Basel, Genf 2003, Rz. 580); auf denselben Zeitpunkt hin hat der Schweizerische Bundesrat die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen entsprechend revidiert (vgl. insbesondere Art. 2a Abs. 2 lit. b VoeB, in der Fassung vom 30. November 2001 [AS 2002 886]). Die Unterstellung der Auftraggeberinnen im Bereich des Eisenbahnwesens unter das Gesetz gilt aber nur, wenn gewisse Schwellenwerte überschritten werden (vgl. Art. 2a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2a Abs. 3 VoeB), was im vorliegenden Fall beim Vergabeanteil der Furka-Oberalp-Bahn nicht zutrifft. Darüber hinaus richten sich ausschliesslich Vergabeverfahren, die nach dem Inkrafttreten der Änderung vom 30. November 2001 (also nach dem 1. Juni 2002) durchgeführt werden, nach dem neuen Recht (Art. 72a VoeB; Marginale: Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 30. November 2001). Somit findet auch Art. 2c VoeB, wonach das Recht der Hauptauftraggeberin gilt, wenn sich mehrere dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht unterstellte Auftraggeberinnen an einer Beschaffung beteiligen, vorliegend keine Anwendung.

E. 2.3

Wie bei gemeinsamen Aufträgen von Auftraggebern, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstehen, aufgrund der geänderten Bestimmungen des Bundesrechts vorzugehen wäre, wieweit auch der zweite Auftraggeber in das gemäss dem dominierenden Recht durchzuführende Submissionsverfahren einzubeziehen wäre und wieweit dieser am Vergabungsentscheid formell mitwirken müsste, braucht hier nicht untersucht zu werden, da die betreffenden neuen bundesrechtlichen Bestimmungen vorliegend noch nicht anwendbar waren. Inwiefern das Vorgehen der kantonalen Behörden aufgrund der damals geltenden Vorschriften willkürlich und verfassungswidrig gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Nachdem das Bundesrecht für den Vergabeanteil der Furka-Oberalp-Bahn (sowohl nach der bisherigen als auch nach der ab 1. Juni 2002 geltenden revidierten Ordnung [vgl. E. 2.2.1 und E. 2.2.2]) kein formelles Vergabeverfahren verlangt, ein solches aber für den Kanton vorgeschrieben war (Art. 3 ff. des inzwischen aufgehobenen kantonalen Gesetzes vom 23. Juni 1998 betreffend das öffentliche Beschaffungswesen [vgl. Art. 22 des Gesetzes vom 8. Mai 2003 betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in Kraft seit 1. Juni 2003]), war es vertretbar, für den zu vergebenden Auftrag ein Submissionsverfahren nach kantonalem Recht durchzuführen und die Einbindung der mitbetroffenen Furka-Oberalp-Bahn vertraglich zu regeln. Ob sich das kantonale Verfahren formell auf den gesamten Auftrag oder nur auf den (finanziell) auf den Kanton Wallis entfallenden Anteil bezog, ist für die hier streitige Frage, ob das von der Beschwerdeführerin gemachte Angebot wegen formeller Mängel ausgeschlossen werden durfte, letztlich nicht

entscheidend. Wenn es den in der Ausschreibung als massgebend erklärten Anforderungen des kantonalen Submissionsrechtes nicht genügte, durfte es von den zuständigen kantonalen Submissions- und Rechtsmittelbehörden ausgeschlossen werden. Darin, dass keine gleichlautende, ebenfalls beim Kantonsgericht anfechtbare zusätzliche Verfügung des Verwaltungsrates der Furka-Oberalp-Bahn erging, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt, liegt kein Verstoß gegen das Willkürverbot oder sonstige Verfassungsgarantien, zumal weder die anwendbaren Bestimmungen noch die vom Kanton mit der Furka-Oberalp-Bahn getroffene Vereinbarung ein solches Vorgehen klar geboten.

E. 3.1

Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde von den kantonalen Behörden als ungültig betrachtet, weil es nach Ablauf der Eingabefrist unzulässigerweise geändert worden sei (Art. 31 Abs. 1 der inzwischen aufgehobenen kantonalen Verordnung vom 26. Juni 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB [vgl. Art. 42 der Verordnung vom 11. Juni 2003 über das öffentliche Beschaffungswesen, in Kraft seit 1. Juni 2003]), und weil der Anbieter gegenüber dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt habe (Art. 34 Abs. 1 lit. b VöB). Nach den Ausschreibungsunterlagen (S. 2 Ziff. 1.1) hat der mit der Gesamtleitung beauftragte Ingenieur die notwendigen "Spezialisten" beizuziehen. Er kann mit diesen entweder eine "Gemeinschaft" bilden oder aber die Spezialisten als "Subunternehmer" beiziehen. Die Offerte der Beschwerdeführerin vom 31. Januar 2002 wurde als Angebot einer aus drei Unternehmen bestehenden "Ingenieurgemeinschaft" präsentiert, wobei die A._____ AG als Ingenieur Gesamtleiter bezeichnet war. Die Offerte trug zunächst - für die letztere Firma - nur die Unterschrift von C.A._____. Als die beiden anderen Firmen (nach Ablauf der Eingabefrist) zur Unterzeichnung aufgefordert wurden, taten sie dies mit dem Zusatz "als Unterakkordant" (vgl. vorne "B.-"). In einem Schreiben vom 11. März 2002 bestätigte die Beschwerdeführerin, dass die beiden bisherigen Partner H._____ AG und I._____ AG sich an ihrem Angebot nur als Unterakkordanten beteiligen wollten, und zwar deshalb, um sich auch an den Angeboten anderer Arbeitsgemeinschaften beteiligen zu können, wie ihnen dies seitens der Bauherrschaft zugesichert worden sei.

E. 3.2

Das Kantonsgericht führte dazu aus, die Person des Anbieters gehöre zum wesentlichen Inhalt einer Offerte, der nach Ablauf der Eingabefrist keiner Änderung mehr zugänglich sei. Die streitige Offerte sei als gemeinsames Angebot der Beschwerdeführerin und der beiden von ihr beigezogenen Spezialbüros für Geologie und Umwelt konzipiert gewesen, die sich als Gemeinschaft vorgestellt hätten. Die Vergabebehörde habe das Angebot denn auch so interpretiert, indem sie die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 5. Februar 2002 aufgefordert habe, die Offerte durch alle Partner unterzeichnen zu lassen. Zwar seien im gleichen Schreiben auch noch Angaben über "die rechtliche und finanzielle Struktur (Ingenieur und Subunternehmer)" verlangt worden, doch seien im Organigramm der Offerte noch weitere Ingenieurunternehmen aufgeführt gewesen, so dass die betreffende Frage auch in diesem Kontext zu sehen sei (vgl. S. 15 des angefochtenen Entscheides). Die vorbereitende Dienststelle und die Vergabebehörde hätten daher das Angebot zu Recht als Offerte einer Gemeinschaft betrachtet, womit die spätere Erklärung der Partner, sich nur als Subunternehmer zu beteiligen, als Änderung der Offerte erscheine, was deren Ausschluss nach sich ziehe, unabhängig davon, wieweit die Güte des Angebotes durch diese Frage betroffen sei. Die Beschwerdeführerin erblickt in dieser Argumentation einen verfassungswidrigen überspitzten Formalismus. Es sei den kantonalen Behörden darum

gegangen, die Beschwerdeführerin von der Vergabe auszuschliessen, weil ihr einziger Verwaltungsrat L. _____ mit der Autobahnpolitik des Staatsrates und des betreffenden Departementsvorstehers seit Jahren auf Kriegsfuss stehe. Ein einziger kurzer Telefonanruf hätte genügt, um die Unklarheit bezüglich der in der Offerte verwendeten Ausdrücke "Ingenieurgemeinschaft" bzw. "Arbeitsgemeinschaft" zu beseitigen. Die Möglichkeit solcher Erläuterungen sei in Art. 36 VöB ausdrücklich vorgesehen. Seitens des Kantons werden derartige politische Motive in Abrede gestellt. Es mag zutreffen, dass die Vergabebehörde vorliegend auch anders hätte vorgehen können, wobei eine Zulassung der fraglichen Korrektur bzw. Klarstellung möglicherweise wiederum von anderen Offerenten angefochten worden wäre. Die Argumentation des Kantonsgerichts ist vorliegend lediglich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere unter jenem des Willkürverbotes, zu prüfen. Der durch das angefochtene Urteil geschützte Standpunkt, wonach die fragliche Offerte bezüglich der Person des Offerenten nachträglich geändert worden und damit ungültig sei, erscheint nicht unhaltbar oder überspitzt formalistisch, zumal es hinsichtlich der Verantwortlichkeit gegenüber der Bauherrschaft einen Unterschied macht, ob eine Unternehmung dem Konsortium angehört oder lediglich als Zulieferer auftritt. Zwar mag die Rechtsfolge des Ausschlusses streng erscheinen, doch darf sie der Beschwerdeführerin umso eher zugemutet werden, als sie durch ihre zweideutigen Formulierungen zur behaupteten Missdeutung der Offerte als Angebot eines Konsortiums entscheidend Anlass gegeben hat.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin erhebt im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde sodann den Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung, weil ähnliche Mängel der Offerten anderer Konkurrenten nicht beanstandet worden seien (S. 17 ff. der Beschwerdeschrift). Soweit diese Darlegungen nicht ohnehin als neue tatsächliche bzw. rechtliche Vorbringen unzulässig sind (Novenverbot, vgl. BGE 119 Ia 88 E. 1a S. 90; 118 Ia 20 E. 5a S. 26; 99 Ia 113 E. 4a S. 122, Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 369 ff.), erscheinen sie unbegründet. So sind beim Angebot Nr. 2 Partner und Unterakkordanten/Subunternehmer klar bezeichnet, ebenso beim Angebot Nr. 3; das Angebot Nr. 4 unterscheidet die Partner von den "Spezialisten" (was den Ausschreibungsunterlagen entspricht). Soweit das Angebot Nr. 5 noch zwischen "Subunternehmern" und "beigezogenen Spezialisten" differenziert, ändert dies an der von den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebenen transparenten Darstellung von Partnerfirmen und Subunternehmern - wie sie im Falle der Beschwerdeführerin gerade fehlt - nichts. Insgesamt kann weder von einem Verstoss gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) noch von einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen (Art. 27 BV) gesprochen werden.

E. 3.4

Der Verzicht auf die verlangten Zeugeneinvernahmen (M. _____, N. _____ und H.H. _____) erscheint ebenfalls nicht verfassungswidrig; die allfällige Bestätigung der Darstellung der Beschwerdeführer, wonach sie vom Sektionschef M. _____ die (richtige) Auskunft erhalten hätten, sie dürften bei Beteiligung an mehreren Angeboten jeweils nicht als Partner, sondern nur als Subunternehmer auftreten, wäre für die Auslegung der von der Beschwerdeführerin verfassten Offerte nicht entscheidend gewesen (die H. _____ AG und die I. _____ AG traten bei den anderen Offerten, an denen sie sich beteiligten, denn auch ausdrücklich nur als Subunternehmer auf).

E. 4

Schliesslich kann auch darin, dass im Vergabeverfahren keine separate Ausschlussverfügung gegen die Beschwerdeführerin ergangen ist, keine Verfassungsverletzung erblickt werden. Wohl sieht Art. 15 lit. g des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (in Verbindung mit Art. 23) vor, dass über den Teilnahmeausschluss durch eine separat anfechtbare Verfügung befunden wird; dies schliesst jedoch nicht aus, dass das Vorliegen eines allfälligen Ausschlussgrundes auch noch beim Entscheid über die Vergabung berücksichtigt werden kann. Einen Rechtsnachteil erleidet der ausgeschlossene Bewerber dadurch nicht. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorträgt, der Staatsrat sei beim Vergabeentscheid über den damit implizierten Ausschluss der "IGH Ingenieurgesellschaft 'B. _____'" wohl gar nicht im Bilde gewesen, wird eine solche Vermutung widerlegt durch den Protokollauszug über die betreffende Staatsratssitzung vom 3. Juli 2002. Dieser Protokollauszug nimmt auf die aktenkundigen diversen Berichte der beteiligten Dienststellen Bezug, wovon eine u. a. die Frage des Ausschlusses der Beschwerdeführerin einlässlich behandelte (vgl. "Note à l'intention de M. O. _____ concernant le dossier B. _____" der Dienststelle für Aussenangelegenheiten und Wirtschaftsrecht vom 2. Juli 2002).

E. 5

Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Den Beschwerdegegnern ist im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden. Sie haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

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