Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.230/2006 /bnm

Urteil vom 5. März 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Karlen,
Gerichtsschreiber Häberli.

Parteien
Ingenieurgemeinschaft X._____, bestehend aus:
1. X._____ AG,
2. Y._____ AG,
3. Z._____ AG,
Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Roland Hürlimann und Dr. German Grüniger,

Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft, 4410 Liestal, mitbeteiligte Behörde.
gegen

Ingenieurgemeinschaft U._____, bestehend aus:
1. U._____ AG,
2. V._____ AG,
3. W._____ AG,
Beschwerdegegnerinnen, alle vertreten durch Fürsprecherin Gabrielle Flückiger-Lilla,

Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Postfach 635, 4410 Liestal,

Gegenstand
Submission (Ausarbeitung des Detailprojekts und Bauausführung für den Sanierungstunnel Belchen),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 28. Juni 2006.

Sachverhalt:
A.
Im Hinblick auf die für das Jahr 2015 terminierte Aufnahme der Sanierungsarbeiten an den bestehenden Röhren des Autobahntunnels Belchen (A2) soll ein Sanierungstunnel erstellt werden. Diesbezüglich schrieben die Kantone Basel-Landschaft und Solothurn am 8. September 2005 einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus, welcher die Ausarbeitung des Detailprojekts und die Bauausführung umfasst. Durchgeführt wurde das Vergabeverfahren von der Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft, welche als Zuschlagskriterien den Preis (30%), die Qualifikation der Schlüsselpersonen (30%), die Auftragsanalyse (25%) und die Offertpräsentation (15%) nannte.
B.
Durch Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Januar 2006 wurde der Zuschlag der Ingenieurgemeinschaft X._____ - bestehend aus der X._____ AG, der Y._____ AG und der Z._____ AG - für einen Preis von 10'167'006 Franken erteilt. Die mit nur knappem Punkterückstand auf dem zweiten Platz klassierte Ingenieurgemeinschaft U._____ - bestehend aus der U._____ AG, der

V._____ AG und der W._____ AG - hatte mit 8'254'979 Franken einen wesentlich günstigeren Preis offeriert; ihr Angebot war aber insbesondere bei den Kriterien "Auftragsanalyse" und "Offertpräsentation" tiefer bewertet worden als jenes der Ingenieurgemeinschaft X._____ (INGE X._____). Die Mitglieder der Ingenieurgemeinschaft U._____ (INGE U._____) gelangten deshalb an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, welches ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilte (Verfügungen vom 15. Februar und 2. März 2006). Mit Urteil vom 28. Juni 2006 hiess das Kantonsgericht die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gut, womit sinngemäss der Zuschlag an die INGE X._____ aufgehoben und der Regierungsrat verpflichtet wurde, den Zuschlag der INGE U._____ zu erteilen.

C.

Am 14. September 2006 haben die Mitglieder der INGE X._____ gemeinsam beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. Sie rügen eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV).

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2006 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der staatsrechtlichen Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.

Die Mitglieder der INGE U._____ schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Die Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft hat sich namens des Regierungsrats vernehmen lassen, ohne Antrag zu stellen, während das Kantonsgericht auf Stellungnahme verzichtet hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Auf das vorliegende Verfahren findet noch das bis Ende 2006 geltende Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) Anwendung (vgl. Art. 132 Abs. 1 des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]).

1.2 Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auf Bundesebene nur die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 in Verbindung mit Art. 84 Abs. 2 OG). Die Beschwerdeführerinnen sind in rechtlich geschützten Interessen betroffen, zumal der angefochtene Kantonsgerichtsentscheid den ihnen erteilten Zuschlag aufgehoben hat (vgl. Art. 88 OG).

1.3 Die staatsrechtliche Beschwerde muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sein sollen (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Das Bundesgericht untersucht nicht von Amtes wegen, ob ein kantonaler Hoheitsakt verfassungsmässig ist, sondern prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.; 119 Ia 197 E. 1d S. 201, mit Hinweisen). Wird eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend gemacht, genügt es nicht, wenn der Beschwerdeführer bloss den angefochtenen Entscheid kritisiert, wie er dies in einem appellatorischen Verfahren tun könnte, bei dem die Rechtsmittelinstanz die Rechtsanwendung frei überprüfen kann. Er muss deutlich dartun, welche Vorschriften oder allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze die kantonalen Behörden in einer gegen Art. 9 BV verstossenden Weise verletzt haben sollen (vgl. BGE 117 Ia 10 E. 4b S. 12). Soweit die Beschwerdeschrift diesen Anforderungen nicht genügt und sich in appellatorischer Kritik erschöpft, ist auf sie nicht einzugehen.

1.4 Das Bundesgericht prüft die Anwendung des kantonalen Submissionsrechts (hier des basel-landschaftlichen Gesetzes über öffentliche Beschaffungen vom 3. Juni 1999 [BeG/BL]) durch die kantonale Rechtsmittelinstanz nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür; dasselbe gilt für die Interpretation der Ausschreibungsunterlagen und für die Feststellung des Sachverhalts. Demgegenüber steht ihm bei der Beurteilung von gerügten Konkordats- und Staatsvertragsverletzungen (Art. 84 Abs. 1 lit. b u. lit. c OG) grundsätzlich freie Kognition zu (vgl. BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f., mit Hinweisen).

2.

Streitig ist im vorliegenden Verfahren allein die Handhabung des Zuschlagskriteriums des Preises bzw. die verwendete Preiskurve:

2.1 Die Vergabebehörde ging bei der Bewertung der Angebote wie folgt vor: Das billigste Angebot der Beschwerdegegnerinnen erhielt mit 90 Punkten den Maximalwert, während die übrigen (teureren) Angebote linear abnehmend mit weniger Punkten bewertet wurden. Die Bewertungsobergrenze, ab deren Erreichen ein Angebot keine Punkte mehr erhielt, bestimmte die Vergabebehörde auf 200 Prozent des billigsten Angebots.

Dadurch wurde das Angebot der Beschwerdeführerinnen, dessen Preis gut 23 Prozent über dem billigsten lag, noch mit 69 Punkten bewertet; selbst die teuerste Offerte, welche einen Preis von 11'877'194 Franken vorsah und damit knapp 44 Prozent mehr kostete als das Angebot der Beschwerdegegnerinnen, erzielte mit 50 Punkten noch mehr als die Hälfte des Punktemaximums.
2.2 Das Kantonsgericht erachtete die Gewichtung des Preises mit 30 Prozent zwar als tief, aber noch als zulässig. Die anschliessend angewandte flache Preiskurve führe aber zu einer wesentlichen Relativierung und damit zu einer Verfälschung dieser Gewichtung. Indem die Vergabebehörde für die Bewertung der Offertpreise lediglich knapp die Hälfte der Bewertungsskala ausgenutzt habe, trügen die Kosten der Angebote letztlich nur zu 14 Prozent zum Gesamtergebnis bei; die tatsächliche Gewichtung des Preises komme so unter die Grenze von 20 Prozent zu liegen, welche gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in jedem Fall zu respektieren sei. Damit verletze die verwendete Preiskurve im Ergebnis sowohl das Transparenzgebot als auch den Grundsatz, dass der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei. Angesichts des geringen Punkteabstands zwischen den Angeboten der INGE X._____ und der INGE U._____ stehe mithin fest, dass der Zuschlag der Letzteren zu erteilen sei: Bereits eine Senkung der Bewertungsobergrenze auf den (nach Auffassung des Kantonsgerichts immer noch unzulässig hohen) Wert von 175 Prozent des billigsten Angebots würde dazu führen, dass das Angebot der INGE U._____ die höchste Punktzahl
erzielt.
2.3 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Kantonsgericht habe im angefochtenen Entscheid sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vergabebehörde gesetzt und dadurch seine Kognition überschritten. Eine Bewertungsobergrenze von 200 Prozent des billigsten Angebots sei nicht ungewöhnlich und angesichts der erheblichen Preisunterschiede, welche zwischen den Angeboten zu erwarten gewesen seien, durchaus sachgerecht. Weiter sei nicht nachvollziehbar, wie das Kantonsgericht zum Schluss komme, die tatsächliche Gewichtung des Preises betrage nur 14 Prozent. Schliesslich widerspreche die vom Kantonsgericht verwendete Preiskurve auch den Ausschreibungsunterlagen. Die Beschwerdeführerinnen rügen jeweilen eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV; vgl. BGE 127 I 60 E. 5a S. 70), wobei ihre Vorbringen aber weitgehend rein appellatorischer Natur sind und den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügen (vgl. E. 1.3). Deshalb kann es mit den folgenden Ausführungen sein Bewenden haben:
3.
3.1 Der Rüge, das Verwaltungsgericht habe in willkürlicher Weise in das "Ermessen" der Vergabebehörde eingegriffen, käme dann verfassungsrechtlich eine eigenständige Tragweite zu, wenn der Vergabeentscheid einer Gemeindebehörde streitig wäre, welche sich als solche auf den Schutz ihrer Autonomie berufen könnte. Vorliegend steht jedoch der Entscheid einer Rechtsmittelbehörde des gleichen Gemeinwesens in Frage, das über die Vergabe zu befinden hatte. Eine allfällige Verfassungsverletzung kann daher einzig darin liegen, dass das Kantonsgericht die ihm nach dem massgebenden Verfahrensrecht zustehende Überprüfungsbefugnis willkürlich überschritten hat. Zwar rügen die Beschwerdeführerinnen, der angebliche Eingriff in das "Ermessen" der Vergabebehörde sei ohne gesetzliche Grundlage erfolgt. Dabei setzen sie sich jedoch weder mit den kantonalen Vorschriften, welche die Überprüfungsbefugnis des Kantonsgerichts regeln, noch mit den hierfür massgebenden Grundsätzen in rechtsgenüglicher Weise auseinander. Sie beschränken sich vielmehr auf die nicht näher begründete Behauptung, das Kantonsgericht dürfe nur dann korrigierend eingreifen, wenn seitens der Vergabebehörde ein eigentlicher Ermessensmissbrauch vorliege, was hier nicht der Fall sei.
Insoweit fehlt es an schlüssigen Ausführungen darüber, dass und inwiefern das Kantonsgericht bei der Überprüfung der Preisbewertung rechtlich zwingend einer Kognitionsbeschränkung unterworfen ist. Die Rüge, die Gerichtsbehörde habe ihre Kognitionsbefugnis in verfassungswidriger Weise überschritten, vermag deshalb nicht durchzudringen.
3.2 Daran ändert nichts, dass das Kantonsgericht im angefochtenen Entscheid selber festhält, die Bestimmung der Preiskurve falle in den "Ermessensbereich" der Vergabebehörde. Mit dieser Wortwahl lehnt es sich lediglich an die Formulierungen an, wie sie auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwendet (vgl. etwa Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3). Diese Terminologie ist präzisierungsbedürftig: Zwar trifft zu, dass aufgrund der unbestimmten Vorgaben in der Ausschreibung - aber auch wegen des nicht ohne weiteres voraussehbaren Inhalts der Offerten - bezüglich der Festsetzung der Preiskurve regelmässig eine grosse Gestaltungsfreiheit besteht. Dabei handelt es sich indessen nicht um ein eigentliches Ermessen, dass der Vergabebehörde zusteht (vgl. zu diesem Begriff: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 427 ff.); vielmehr geht es um eine Konkretisierung jener Vorgaben, welche sich für

die Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises einerseits aus der Ausschreibung und andererseits aus den einschlägigen Rechtsnormen ergeben. Richtigerweise muss deshalb von einem Beurteilungsspielraum gesprochen werden, dessen Handhabung grundsätzlich der Rechtskontrolle der
kantonalen Verwaltungsgerichte unterliegt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 446a), auch wenn diese dabei regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben und erst eingreifen, wenn die Vergabebehörde den ihr zustehenden Spielraum überschritten hat.
4.
Nach dem Gesagten bleibt zu prüfen, ob die Ausführungen des Kantonsgerichts zur Preiskurve gegen das Willkürverbot verstossen:
4.1 Den Beschwerdeführerinnen ist insoweit zuzustimmen, als bei komplexeren Werken oder Dienstleistungen dem Offertpreis im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots weniger Gewicht zukommt als bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen. Je aufwendiger die ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien, wie Qualität, Termine oder Umweltaspekte in den Vordergrund. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang aber eine Gewichtung des Preises im Umfang von 20 Prozent als unterste Grenze bezeichnet, ansonsten der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, seines Gehalts entleert werde (BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327). Daraus folgt, dass eine relativ geringe Gewichtung des Preises, welche an und für sich noch nicht zu beanstanden wäre, dann unzulässig werden kann, wenn sie durch die verwendete Bewertungsskala weiter abgeschwächt wird (vgl. BGE 130 I 241 E. 6.1 S. 250 f.; 129 I 313 E. 9.2 u. 9.3 S. 327 f.).
4.2 Wiewohl es sich vorliegend um einen relativ aufwendigen Dienstleistungsauftrag handelt, kam das Kantonsgericht zum Schluss, die Gewichtung des Preises bewege sich mit 30 Prozent im unteren Bereich des Zulässigen. Die Beschwerdeführerinnen bemerken dazu, eine entsprechende Gewichtung sei "nicht nur angemessen, sondern sachlich sogar angezeigt", beanstanden die dahingehenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid jedoch nicht substantiiert. In Anbetracht des Umstands, dass dem Kriterium des Preises zum Vornherein nur ein verhältnismässig geringes Gewicht zukam, durfte das Kantonsgericht die verwendete Preiskurve ohne Willkür als unzulässig bezeichnen: Eine Skala, bei welcher die Bewertungsobergrenze beim Doppelten des billigsten Angebots liegt und die für ein um 50 Prozent teureres Angebot immer noch die Hälfte der maximalen Punktzahl vorsieht, führt zu einer äusserst flach verlaufenden Preiskurve. Dergestalt wird die Gewichtung des Preises weiter abgeschwächt, so dass es vorliegend einer Preisdifferenz von rund 92'000 Franken bedurfte, um in der Bewertung einen Unterschied von einem einzigen der 90 möglichen Punkte zu erzielen. Ob die tatsächliche Gewichtung des Preises so letztlich nur noch 14 Prozent ausmachte, wie das
Kantonsgericht angenommen hat, kann offen bleiben. Nach dem Gesagten ist so oder anders zumindest zweifelhaft, ob die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten würde. Zwar hat das Bundesgericht - allerdings mit Bedenken (vgl. etwa Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3) - wiederholt auch Preiskurven als noch zulässig bezeichnet, die ähnlich flach verliefen wie die vorliegende. Es waren jedoch stets Vergabeverfahren betroffen, in denen dem Preis als Zuschlagskriterium jeweils eine wesentlich grössere Bedeutung zukam als hier (vgl. z.B. das zitierte Urteil). Dem Kantonsgericht kann jedenfalls keine Willkür vorgeworfen werden, wenn es die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve beanstandet hat.
4.3 Wie gesehen genügt eine Senkung der Bewertungsobergrenze auf 175 Prozent des billigsten Angebots, damit die Beschwerdegegnerinnen im Vergabeverfahren die höchste Punktzahl erreichen. Weshalb eine entsprechende Preiskurve mit Blick auf die Ausschreibungsunterlagen geradezu unhaltbar sein sollte, ist weder rechtsgenüglich dargetan noch ersichtlich. Das Zuschlagskriterium des Preises ist in diesen wie folgt umschrieben: "Das Angebot wird nach einer linearen Funktion bewertet. Dabei entspricht die Steigung der Preisbewertung derjenigen der Qualitätsbewertung." Diese Erläuterung ist inhaltslos, zumal sich nur für die Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises eine eigentliche Kurve mit einer "Steigung" bestimmen lässt; Voraussetzung hierfür ist, dass die Vergabebehörde eine abstrakte Formel festlegt, nach welcher jedem Offertpreis unmittelbar ein bestimmter Punktewert zugeordnet werden kann. Entsprechendes ist bei den übrigen Zuschlagskriterien regelmässig nicht möglich, setzt deren Bewertung doch eine individuelle Beurteilung der eingegangenen Angebote aufgrund von verschiedenen Unterkriterien voraus, wobei die einzelnen Angebote gerade erst aufgrund der ihnen zugeordneten Punktewerte untereinander vergleichbar werden.
Dementsprechend geben die von den Beschwerdeführerinnen gezeichneten "Verteilungskurven" lediglich die Streuung der Ergebnisse der Bewertung der "Qualitätskriterien" wieder und sagen - im Unterschied zu ei-

ner Preiskurve - nichts über die Art und Weise der Bewertung aus. Mit ihrer Argumentation verkennen die Beschwerdeführerinnen diesen grundlegenden Unterschied, weshalb die einschlägige Passage der Ausschreibungsunterlagen zum Vornherein nicht in ihrem Sinne verstanden werden kann: Eine Zusage der Vergabebehörde, die Steigung der Preiskurve dem Verlauf von Kurven anzupassen, welche die Streuung der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien wiedergeben, würde gegen das Willkürverbot verstossen, weil sie sich durch keine sachliche Gründe rechtfertigen liesse und offensichtlich dem Grundsatz widerspricht, dass der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen ist.
5.
Nach dem Gesagten ist die staatsrechtliche Beschwerde unbegründet, soweit auf sie einzutreten ist.
Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Abs. 7 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Zudem haben sie die obsiegenden Beschwerdegegnerinnen für den diesen im Zusammenhang mit dem bundesgerichtlichen Verfahren entstandenen Aufwand angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.– wird den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft auferlegt.
3.
Für das bundesgerichtliche Verfahren haben die Beschwerdeführerinnen, unter Solidarhaft, die Beschwerdegegnerinnen mit insgesamt Fr. 10'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, sowie dem Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. März 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: