Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.1/2004 /zga

Urteil vom 7. Juli 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Hungerbühler, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Werner Marti,

gegen

Y._____ AG,
Beschwerdegegnerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz-Xaver Muheim,
Baudirektion des Kantons Zug, Aabachstrasse 5, Postfach 897, 6301 Zug,
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, verwaltungsrechtliche Kammer, Postfach 760, 6301 Zug.

Gegenstand
Art. 9 BV (Submission),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 10. Dezember 2003.

Sachverhalt:
A.
In den Amtsblättern vom 6. und 13. Juni 2003 schrieb die Baudirektion des Kantons Zug die Bauarbeiten für die Sanierung des Reussdamms in der Gemeinde Hünenberg, Teilstück Sinserbrücke-Mühlauerbrücke, öffentlich aus. Die Publikation enthielt u.a. den Hinweis, dass die im offenen Verfahren durchgeführte Ausschreibung nicht dem GATT/ WTO-Übereinkommen unterstehe. Ferner ging aus der Publikation hervor, dass die einzuhaltenden Bedingungen den ab dem 10. Juni 2003 erhältlichen Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen seien. Diese Unterlagen enthielten unter Ziff. 221 u.a. folgenden Passus:

Zusätzlich hat der Unternehmer dem Angebot folgende Unterlagen beizulegen:
- (...)
- (...)
- Bauprogramm; Beurteilung des vorgegebenen Terminplanes
- (...)
- (...)
- (...)
Das Angebot ist auf Verlangen des Bauherrn mit folgenden Beilagen zu ergänzen:
- Detailliertes Bauprogramm
- (...)
- (...)
Sodann wurden in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien bekanntgegeben und wie folgt gewichtet:

Qualität (gemäss Unternehmerblatt) 15 Punkte
Termine(gemäss Offertbeilage) 15 Punkte
Ökologie/Umweltverträglichkeit 5 Punkte
Arbeitsvorgang im Bereich Dammsanierung 5 Punkte
Preis, günstigstes Preisangebot 60 Punkte

Total wirtschaftlich günstigstes
Preis-/Leistungsverhältnis max. 100 Punkte
B.
Am 22. Juli 2003 fand die Offertöffnung statt. Elf Anbieter hatten eine Offerte eingereicht. Das Angebot der X._____ AG, belief sich auf brutto Fr. 4'576'187.90, dasjenige der Y._____ AG, auf brutto Fr. 5'282'885.00. Die letztere Arbeitsgemeinschaft hatte zudem eine Unternehmervariante für netto Fr. 5'130'305.05 eingereicht.
C.
Mit Beschluss vom 9. September 2003 beauftragte der Regierungsrat des Kantons Zug die Baudirektion, die Arbeiten für die Reussdammsanierung aufgrund des Globalangebots von Fr. 5'130'305.05 an die Y._____ AG zu vergeben. Gestützt auf diesen Beschluss eröffnete die Baudirektion des Kantons Zug am selben Tag allen Anbietern eine entsprechende Zuschlagsverfügung. Den Zuschlagsentscheid begründete sie damit, dass das Angebot des berücksichtigten Anbieters am besten mit den Zuschlagskriterien übereinstimme und sich als das wirtschaftlich günstigste erwiesen habe.

Eine gegen diesen Zuschlagsentscheid gerichtete Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zug am 10. Dezember 2003 ab, soweit es darauf eintrat.
D.
Mit Eingabe vom 7. Januar 2004 führt die X._____ AG staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 10. Dezember 2003 aufzuheben; eventuell sei die Rechtswidrigkeit dieses Entscheides respektive der Verfügung der Baudirektion des Kantons Zug vom 9. September 2003 festzustellen.

Die Baudirektion des Kantons Zug beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Y._____ AG stellt ebenfalls den Antrag, die Beschwerde abzuweisen.
E.
Mit Verfügung vom 27. Januar 2004 schrieb der Abteilungspräsident das gleichzeitig mit der Beschwerdeeinreichung gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung - dem er mit einer am 9. Januar 2004 versandten Formularverfügung superprovisorisch noch entsprochen hatte - ab, nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Werkvertrag zwischen dem Kanton Zug und der Y._____ AG schon am 8./9. Januar 2004 abgeschlossen worden war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales Submissionsrecht stützt und gegen den mangels Zulässigkeit eines anderen eidgenössischen Rechtsmittels nur die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).
1.2 Die Beschwerdeführerin war am vorliegenden kantonalen Submissionsverfahren beteiligt und ist als übergangene Bewerberin zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG). Dieses Rechtsmittel steht auch dann offen, wenn mit dem ausgewählten Bewerber - wie vorliegend geschehen (vgl. vorne "E.-") - bereits ein Vertrag abgeschlossen worden ist (BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f. ). In einem solchen Fall kann aber nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der "angefochtenen Verfügung" verlangt werden (vgl. Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]). Dieser Feststellungsanspruch kann sich nur auf die bereits vollzogenen Sachanordnungen der Submissionsbehörde beziehen, nicht aber auf den diese bestätigenden kantonalen Rechtsmittelentscheid, der bei Begründetheit der staatsrechtlichen Beschwerde schon deshalb aufgehoben werden muss, um eine Korrektur des Kostenspruchs

zu ermöglichen. Im Falle einer Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde stellt das Bundesgericht daher zusätzlich zur Aufhebung des Rechtsmittelentscheides auch die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheides fest, sofern diese Frage spruchreif ist. Erscheint die Frage der Rechtswidrigkeit des
(vollzogenen) Zuschlags nicht liquid, beschränkt sich das Bundesgericht auf die Aufhebung des kantonalen Rechtsmittelentscheides, und es ist alsdann Sache der kantonalen Rechtsmittelinstanz, aufgrund neuer Beurteilung die allfällige Rechtswidrigkeit des Zuschlags selber festzustellen.

Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin (Feststellung der Rechtswidrigkeit des "Entscheides des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug respektive der Verfügung der Baudirektion des Kantons Zug vom 09.09.2003") ist daher nach dem Gesagten nur zum Teil zulässig.
1.3 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b).
2.
2.1 Die Submissionsbehörde ermittelte - soweit hier interessierend - bei der vorliegend streitigen Vergabe folgende Rangliste der Angebote (vgl. Beschluss des Regierungsrates vom 9. September 2003):
Rang Unternehmung Offertbetrag Punkte
1 Y._____ AG 5'130'305.05 88,6
2 X._____ AG 4'584'223.65 85,9
3 A._____ AG 5'792'668.80 79,7
(...)
6 B._____ 4'500'000.– 68.0
(...)
11 C._____ 6'903'021.75 37.0
Beim Kriterium "Termine" hatte die Y._____ 13 Punkte, die X._____ AG 7 Punkte erhalten.

Der Regierungsrat erwog, bei der preislich günstigsten Offerte (B._____) fehlten wesentliche Angaben und Unterlagen. Die X._____ AG als zweitgünstigste Anbieterin habe bei verschiedenen Kriterien Abzüge erhalten (u.a. fehlten ein Bauprogramm und ein vollständiger Beschrieb; es sei nur eine Zusicherung vorhanden, dass die Vorgaben der Bauherrschaft eingehalten würden). Insgesamt rechtfertige es sich, die Arbeiten dem preislich Drittgünstigsten zu vergeben.
2.2 Das Verwaltungsgericht kam auf Beschwerde der X._____ AG zum Ergebnis, es könne nicht gesagt werden, dass aufgrund der Ausschreibungsunterlagen überhaupt kein (eigenes) Bauprogramm erforderlich gewesen wäre. Unter Position 221 sei ein solches ausdrücklich verlangt worden. Dass das Angebot nur auf Verlangen des Bauherrn mit einem "detaillierten" Bauprogramm habe ergänzt werden müssen, ändere daran nichts. Die Unterlassung der Beschwerdeführerin zeige, dass sie sich mit den einzelnen Arbeitsschritten und der Frage, ob und wie die Bauzeit allenfalls verkürzt werden könne, nicht auseinandergesetzt habe. Das schlechtere Abschneiden der X._____ AG unter dem Zuschlagskriterium "Termine" (7 statt 13 Punkte gegenüber der Y._____ AG) sei daher durchaus sachlich begründet.
2.3 Die Beschwerdeführerin wendet ein, unter dem Kriterium "Termine" seien ihr zu Unrecht Punkte in Abzug gebracht worden. Sie rügt eine Verletzung von Art. 4 BV (recte: Art. 9 BV, vgl. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101], in Kraft seit 1. Januar 2000) und macht geltend, die Feststellung des Verwaltungsgerichts, es sei ausdrücklich ein Bauprogramm verlangt worden, sei aktenwidrig und willkürlich. Sodann liege in der streitigen Vergabe ein Verstoss gegen die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.4): Das Transparenzgebot sei verletzt und auch der Grundsatz, wonach der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden solle.
3.
3.1 Gemäss § 4 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes vom 27. Juni 1996 über das öffentliche Beschaffungswesen erfolgt der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Dabei müssen neben dem Preis je nach Auftrag

eine sinnvolle Auswahl folgender Kriterien berücksichtigt werden wie Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur.

Vorliegend geht es einzig noch darum, ob die Differenz von sechs Punkten beim Kriterium "Termine" auf einer zulässigen Interpretation der Ausschreibungsunterlagen beruht. Diese Frage ist einzig unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes zu prüfen. Mit grundsätzlich freier Kognition wäre zu beurteilen, ob die bei der Ausschreibung festgelegten Zuteilungskriterien, so wie sie ohne Willkür ausgelegt und angewendet werden durften, vor den Normen des Konkordatsrechts, d.h. insbesondere vor dem Grundsatz des Transparenzgebotes und vor dem Grundsatz, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll, standhalten (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.). Vorliegend geht es aber allein um die Auslegung als solche, und die Frage, ob die Ausschreibungsunterlagen für die vorzunehmende Bewertung richtig ausgelegt worden sind, ist auch bei Anrufung der erwähnten beiden Grundsätze nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür zu prüfen.
3.2 Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt sodann nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 127 I 60 E. 5a S. 70; 125 II 129 E. 5b S. 134; 123 I 1 E. 4a S. 5).
3.3 Die Auffassung der kantonalen Instanzen, wonach die Beschwerdeführerin gemäss den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 221) auch ein eigenes Bauprogramm hätte einreichen und sich zum vorgegebenen Terminplan näher hätte äussern müssen, ist zumindest nicht unhaltbar, auch wenn die Ausschreibung in diesem Punkt, wie die diesbezüglich ebenfalls mangelhaften Eingaben weiterer Bewerber zeigen, zu Missverständnissen Anlass geben konnte und klarer hätte abgefasst werden können. Es wäre aber Sache der Beschwerdeführerin gewesen, sich durch eine (allenfalls informelle) Rückfrage über die zu diesem Punkt erwarteten Angaben ins Bild zu setzen. Dies wäre ohne besonderen Aufwand möglich gewesen, zumal Ziff. 291 der abgegebenen Ausschreibungsunterlagen (S. 11) ausdrücklich das Tiefbauamt des Kantons Zug als Auskunftsstelle "über alle Belange der Ausschreibung" bezeichnete (inklusive Telefon/Fax-Nummern und E-Mail-Adresse).

In der staatsrechtlichen Beschwerde wird des weiteren nichts vorgebracht, was die Folgen bzw. die Bewertung dieses Mangels (Differenz von sechs Punkten gegenüber der Beschwerdegegnerin) als willkürlich erscheinen lassen könnte. Dies gilt insbesondere auch für den Einwand, die Bauherrschaft habe ausdrücklich auf die Einreichung eines Bauprogramms nach Art. 93 der SIA-Norm 118 verzichtet. Die Ausschreibungsunterlagen sehen unter Ziff. 710 (Marginale: "Änderungen und Ergänzungen von SIA 118") zwar vor, dass die Bauleitung vom Unternehmer "jederzeit und kostenlos die Vorlage eines detaillierten und vertraglich bindenden Arbeitsprogrammes für alle oder einzelne Bauphasen verlangen" kann. Dies schliesst nicht aus, dass von der Beschwerdeführerin erwartet werden durfte, dass sie sich, wie in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangt, bereits zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung in einem eigenen Bauprogramm mit den vorgegebenen Terminen auseinandersetzt.
4.
Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Sie hat darüber hinaus die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Beschwerdegegnerinnen ein prozessualer Aufwand erst entstanden ist, nachdem der Werkvertrag abgeschlossen bzw. mit den Bauarbeiten begonnen war und ihnen insoweit kein Rechtsnachteil mehr drohte, der Anlass zu einer Beteiligung am Verfahren hätte geben können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 1'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Baudirektion und dem Verwaltungsgericht (verwaltungsrechtliche Kammer) des Kantons Zug schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. Juli 2004
Im Namen der II öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: