Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.184/2005/bie

Urteil vom 8. Dezember 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Hatzinger.

Parteien
A._____, Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Jodok Wyer,

gegen

Munizipalgemeinde Täsch, 3929 Täsch,
Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, Justizgebäude, 1950 Sitten,

B._____ AG,
C._____,
Beschwerdegegner,

Gegenstand
Art. 8 Abs. 1 BV (Beschaffungswesen),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 9. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
Die Munizipalgemeinde Täsch schrieb im Rahmen der Sanierung ihrer Liegenschaft Täschhorn im Einladungsverfahren unter anderem spezielle Gipserarbeiten aus und lud am 9. Februar 2005 acht Bewerber ein, ihre Angebote einzureichen. In der Folge gingen vier Offerten ein, so eine von A._____ über Fr. 167'107.40 (bereinigt Fr. 168'580.30) sowie eine andere von der Arbeitsgemeinschaft B._____ AG und C._____ (Arbeitsgemeinschaft) über Fr. 160'655.– (bereinigt Fr. 167'146.40). Die Gemeinde vergab die Arbeiten mit Verfügung vom 2. März 2005 an die Arbeitsgemeinschaft. Diese erzielte eine Punktezahl von 6,97, der zweitplatzierte A._____ eine solche von 6,83. Am 4. März 2005 forderte die Gemeinde die Anbieter auf, ihre Qualifikation nochmals detailliert nachzuweisen, da sich in dieser Hinsicht nachträglich Unstimmigkeiten ergeben hätten. Die Gemeinde hielt in der Folge indes an ihrem Vergabeentscheid fest.
B.
Gegen die Zuschlagsverfügung vom 2. März 2005 führte A._____ Beschwerde ans Kantonsgericht Wallis. Dieses wies das Rechtsmittel am 9. Juni 2005 ab (Zustellung: 13. Juni 2005).
C.
A._____ hat am 13. Juli 2005 gegen dieses Urteil staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass der Vergabeentscheid und das Verhalten der Gemeinde widerrechtlich gewesen seien.

Das Kantonsgericht und die Gemeinde beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Letztere verlangt zudem die

Zusprechung einer Parteientschädigung. Keine Stellungnahme ging seitens der Arbeitsgemeinschaft B._____ AG und C._____ ein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales (Submissions-)Recht stützt und gegen den die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (vgl. Art. 84 Abs. 2 und Art. 86 f. OG). Diese ist auch dann zulässig, wenn der Zuschlagsentscheid bereits vollzogen und mit dem ausgewählten Bewerber ein Vertrag abgeschlossen worden ist. Diesfalls 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 [BGBM; SR 943.02]). Da die streitigen Arbeiten offenbar ohne formellen Abschluss eines Werkvertrags schon ausgeführt sind, ist auf das Begehren des Beschwerdeführers um Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids grundsätzlich einzutreten. Dieser Feststellunganspruch kann sich indes lediglich auf die bereits vollzogenen Sachanordnungen der Submissionsbehörde beziehen, nicht aber auf den kantonalen Rechtsmittelentscheid, der die Anordnungen bestätigt; dieser Entscheid muss bei begründeter Eingabe schon deshalb aufgehoben werden, um eine Korrektur des Kostenspruchs zu ermöglichen. Bei einer Gutheissung der Beschwerde hebt das Bundesgericht den Rechtsmittelentscheid auf und
stellt zudem die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids fest, sofern diese Frage spruchreif ist (vgl. zum Ganzen BGE 130 I 258 E. 1.2 S. 261; siehe auch Urteile 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004; 2P.219/2003 vom 17. Juni 2005, je E. 1.2; 2P.188/2003 vom 1. Dezember 2003, E. 1.1). Insofern hätte der Beschwerdeführer auch beantragen müssen, den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben, der den Vergabeentscheid der Gemeinde bestätigt hat. Wie dem auch sei, aufgrund der nachfolgenden Erwägungen ist die Beschwerde ohnehin unbegründet.
1.2 Da die Auftragssumme den Schwellenwert nicht erreicht, ist die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; vgl. deren Art. 7) hier nicht anwendbar. Dies gilt auch bezüglich des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422), das Beschaffungen auf Gemeindeebene ohnehin nicht erfasst. Massgebend sind daher einzig die kantonalen Submissionsbestimmungen, deren Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel der Willkür prüft (vgl. zum Ganzen Urteil 2P.282/2002 vom 11. Juni 2003, E. 1.3, mit Hinweis; siehe auch Urteil 2P.188/2003 vom 1. Dezember 2003, E. 3.1); deshalb gehen die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die Verletzung des Konkordats an der Sache vorbei. Im Übrigen hält sich das Bundesgericht besonders bei der Beurteilung der Offerten gestützt auf die Zuschlagskriterien zurück; denn dies verlangt häufig spezielle technische Kenntnisse sowie einen Vergleich mit den andern Offerten und enthält unweigerlich eine subjektive Komponente (vgl. BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; Urteil 2P.111/ 2003 vom 21. Januar 2004, E. 1.3).
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 nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. etwa BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; Urteil 2P.219/2003 vom 17. Juni 2005, E. 2.2, mit Hinweisen).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Anwendung von Art. 90 des Walliser Gemeindegesetzes vom 5. Februar 2004, wonach die Mitglieder der Exekutivbehörde, die eine Verfügung zu treffen haben, in den Ausstand treten müssen, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben. Dies sei beim Gemeindepräsidenten der Fall, der als involvierter Beauftragter im Submandat nicht die Interessen der Gemeinde, sondern diejenigen seines Auftraggebers vertrete und insofern nicht mehr unabhängig sei.

Zwar ist der Gemeindepräsident Partner einer Architektengemeinschaft, welche einen Teil des Architektenmandats für die Baute ausführt, die Gegenstand der Submission bildet. Das Kantonsgericht durfte jedoch ohne Willkür annehmen, dass dieser Umstand kein persönliches Interesse an einer bestimmten Vergabe der hier strei-

tigen Gipserarbeiten erkennen lässt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kommt es nicht darauf an, dass der Gemeindepräsident in seiner Eigenschaft als mandatierter Architekt eigene Interessen vertritt, die denjenigen der Gemeinde allenfalls widersprechen könnten. Entscheidend ist vielmehr, ob dieser ein persönliches Interesse hat, an wen die fraglichen Arbeiten vergeben werden.
3.2 Ferner wendet der Beschwerdeführer ein, die Gemeindevertreter hätten die Offerten in Abwesenheit der Anbieter geöffnet, wodurch Art. 18 der Vollzugsbestimmungen (d.h. Art. 18 der Walliser Verordnung vom 11. Juni 2003 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB/VS]) verletzt worden sei. Das Kantonsgericht räumt ein, dass die Anbieter (und ein Vertreter des jeweiligen Berufsverbands) aufgrund dieser Bestimmung der Offertöffnung beiwohnen können. In der Ausschreibung hiess es aber, die Angebotsöffnung werde "nicht öffentlich" sein, was in Widerspruch zu Art. 18 VöB/VS steht. Nach Ansicht des Kantonsgerichts hätte der Beschwerdeführer diesen Mangel nach Treu und Glauben jedoch sofort und nicht erst in der Replik des späteren Rechtsmittelverfahrens rügen müssen.
3.2.1 Auch diese Auffassung erscheint zumindest als vertretbar, entspricht sie doch der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anwendung des Konkordats; danach ist auf allfällige Mängel grundsätzlich frühzeitig hinzuweisen und sind diese nicht erst im Beschwerdeverfahren gegen den entgangenen Zuschlag zu rügen (vgl. BGE 125 I 203 E. 3a S. 205 ff.; Urteil 2P.231/2003 vom 28. Januar 2004, E. 2.2, mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist zudem davon auszugehen, dass die Ausschreibung eine selbständig anfechtbare Verfügung darstellt, wogegen die Beschwerde zulässig gewesen wäre (vgl. Art. 15 des Walliser Gesetzes vom 8. Mai 2003 betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [GIVöB/VS]mit Hinweis auf Art. 15 IVöB, in dessen Abs. 1bis lit. a die Ausschreibung des Auftrags ausdrücklich als selbständig anfechtbare Verfügung qualifiziert wird).
3.2.2 Der Beschwerdeführer durfte in guten Treuen auch nicht annehmen, dass mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit von der Angebotsöffnung in der Ausschreibung nur das Publikum habe ausgeschlossen werden sollen. Davon ist gerade nicht auszugehen, wenn mit dem Beschwerdeführer angenommen wird, dass "jeder mündige Walliser Bürger weiss", dass Gemeinderatssitzungen (und Offertöffnungen) im Kanton Wallis nicht publikumsöffentlich sind; denn es bestand insofern kein Grund, das Publikum in der Ausschreibung ausdrücklich von der Offertöffnung auszuschliessen; sinnvoll konnte dieser Ausschluss nur sein, wenn damit die Submittenten und die Berufsverbände gemeint sein sollten.
3.3 Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Anwendung von Art. 23 IVöB (bzw. VöB/VS, betreffend Ausschlussgründe), weil die berücksichtigten Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllt sowie falsche Auskünfte erteilt hätten und ihr Angebot auch die Anforderungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt habe.
3.3.1 Diese Rügen sind ebenfalls unbegründet. Dies gilt zuerst für den Beizug des Unterakkordanten C._____, zumal ein solcher Beizug in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen war und die formellen Voraussetzungen hierfür erfüllt waren. Dass im Protokoll des Gemeinderats nur von der B._____ AG die Rede war, beruht auf einem offensichtlichen Versehen; es war eindeutig immer die Arbeitsgemeinschaft mit C._____ gemeint; eine separate, von der B._____ AG allein auszuführende Offerte gab es nicht.
3.3.2 Die B._____ AG musste nicht schon deswegen vom Verfahren ausgeschlossen werden, weil sie nicht auf der ständigen Liste eingetragen ist. Diese Liste bezweckt die Vereinfachung des administrativen Vergabeverfahrens durch die Einführung eines Systems zur Vorqualifikation der beruflichen Fähigkeiten der Anbieter und zur Kontrolle der Einhaltung der sozialen und wirtschaftlichen Anforderungen (Art. 2 Abs. 1 der Walliser Verordnung vom 11. Juni 2003 betreffend die Führung ständiger Listen; vgl. Art. 7 GIVöB/VS; Art. 13 VöB/VS; siehe auch Art. 13 lit. e IVöB). Der Eintrag in eine solche Liste ist aber nicht unabdingbar, um an einem Submissionsverfahren teilnehmen zu können; der Submittent kann auch auf andere Art nachweisen, dass er die Bedingungen erfüllt (vgl. Urteil 2P.226/2001 vom 5. April 2002, E. 2.2, 2.3.2; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 311 f.). Dass C._____ nur auf der Liste der Maler, nicht aber auf jener der Gipser eingetragen ist und die B._____ AG die Fähigkeitsausweise für ihre Mitarbeiter erst nachträglich einreichte, rechtfertigte ihren Ausschluss ebenfalls nicht. Die entsprechenden Ausführungen des Kantonsgerichts, mit denen sich der Beschwerdeführer nicht
auseinandersetzt, lassen sich durchaus vertreten: Danach ging es nicht um typische Gipserarbeiten, was keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung darstellt (vgl. etwa BGE 129 I 173 E. 2.2 S. 177, mit Hinweis; siehe oben E. 2); auch erfüllte C._____ die Anforderungen der Liste wenigstens teilweise und erbrachte später die berufliche Qualifikation. Zudem änderte die B._____ AG ihre Offerte nicht nachträglich, indem sie die fraglichen Unterlagen nachreichte (vgl. dazu auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 340).

3.3.3 Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass es sich um ein Einladungsverfahren handelte: Der Auftraggeber verlangt ohne Ausschreibung mindestens fünf Angebote von qualifizierten Unternehmen oder Leistungserbringern (Art. 11 GIVöB/VS; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 lit. bbis IVöB). Die Gemeinde lud nur Unternehmungen ein, die sie bereits kannte und als tauglich erachtete. Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, wird mit der Einladung die grundsätzliche Eignung der Eingeladenen vorausgesetzt; deshalb ist auf die entsprechenden Nachweise auch kein allzu grosses Gewicht zu legen (vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 179, 310).
3.3.4 Der Beschwerdeführer nennt keine Bestimmung, welche es der Gemeinde verwehrt hätte, nachträglich bezüglich der beruflichen Qualifikation der Mitarbeiter der B._____ AG weitere Unterlagen einzuverlangen, nachdem in dieser Hinsicht Zweifel aufgetaucht waren. Dass die Gemeinde die Qualifikation beider Bewerber auch nach vertiefter Prüfung als gleichwertig erachtete, was für den Zuschlag entscheidend war, beanstandet der Beschwerdeführer übrigens nicht als willkürlich.
3.4 Der Beschwerdeführer rügt als Verletzung von Art. 14 IVöB, dass der Vertrag mit der B._____ AG abgeschlossen worden sei, obwohl das Kantonsgericht der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt habe. Indessen ist das Konkordat hier gar nicht anwendbar. Im Übrigen würde eine Verletzung dieser Vorschrift bzw. dem entsprechenden Art. 37 VöB/VS den Zuschlag als solchen nicht rechtswidrig machen; nur darum geht es im vorliegenden Verfahren (vgl. E. 1.1).
3.5 Inwiefern schliesslich das Gleichheitsgebot (Art. 8 BV) verletzt worden sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar, indem er bloss auf "andere Urteile" des Kantonsgerichts hinweist; deshalb ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.; Urteil 2P.219/2003 vom 17. Juni 2005, E. 2.1, mit Hinweisen).
4.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der unterliegende Beschwerdeführer wird kostenpflichtig (vgl. Art. 153, 153a, 156 Abs. 1 OG). Parteientschädigungen sind weder den berücksichtigten Anbietern noch der Gemeinde zuzusprechen (vgl. Art. 159 Abs. 2 OG). Diese hat im Gegensatz zu jenen zwar Anträge gestellt und im Hauptantrag obsiegt, sich aber nicht vertreten lassen. Soweit sie einen Anspruch auf Entschädigung mit Mietausfällen und Verspätungskosten begründet, hat dies mit den durch das bundesgerichtliche Verfahren verursachten Kosten nichts zu tun; die Gemeinde hat sich denn auch eine entsprechende Schadenersatzklage ausdrücklich vorbehalten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Munizipalgemeinde Täsch und dem Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Dezember 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: