Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.282/2002 /sch

Urteil vom 11. Juni 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Lukas Fässler, Artherstrasse 23a, Postfach 1456, 6301 Zug,

gegen

A._____ AG,
Beschwerdegegnerin,
Kreis Oberengadin, 7503 Samedan, vertreten durch Rechtsanwalt Fabrizio Riccardo Visinoni, c/o Advokaturbüro Lüthi & Lazzarini, Via Retica 26,
7503 Samedan,
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden,
2. Kammer, Obere Plessurstrasse 1, 7000 Chur.

Gegenstand
Art. 9 und 29 BV (Submission),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 2. Kammer, vom 4. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Ende Mai 2002 schrieb der Kreis Oberengadin (bzw. das Spital Oberengadin in Samedan) die Lieferung von "Patienten-Mediengeräten und Telefonen" im offenen Verfahren gemäss den Bestimmungen des kantonalen Submissionsgesetzes vom 7. Juni 1998 zur freien Konkurrenz aus. Die Offertunterlagen, welche beim Spital angefordert werden konnten, unterschieden die Positionen "Patienten-Endgeräte (PEG 1.1 - 1.15)", "Zahlterminal (ZT 1-6 )", "Arbeit (ARB1 - ARB6)", "Material (MAT1 und MAT2)" und "Wartung (WA1-WA8)". Die Position "ARB 2" unter dem Titel "Arbeit Installation Mediengeräte" enthielt folgende Leistungsbeschreibung:
"Montage der Fernseher in den Krankenzimmern, Aufschalten
der Fernseher, Montage und Aufschalten der Telefon- oder
Mediensteuergerät-Steckdose. Die vorhandenen Nachttische
müssen mit zwei Nachttischhalterungen für das Terminal
ergänzt werden (...)."

Für die Position "MAT1 (Titel: "Installationsmaterial Nachttischarme") wurde die geforderte Leistung wie folgt umschrieben:
"allgem. Montagematerial für die Nachttischarme, z.B. Kabel-
kanäle, Netzgeräte, ev. Steckdosen usw."
Die den Unternehmen abgegebenen Submissionsunterlagen enthielten zudem den folgenden Passus:

"Der Bauherr behält sich Änderungen an der Offertenanfrage vor:

- Verändern von Stückzahlen oder Mengen
- Anlageteile oder ganze Teilsysteme zu streichen
- Bestellung/Realisierung in Stufen."

In der Folge reichten drei Anbieter fristgerecht ihre Offerten ein. Die Offertöffnung fand am 9. Juli 2002 statt. Dabei erwies sich das Angebot der X._____ AG, mit Fr. 427'608.– als das günstigste.

B.

Mit Schreiben vom 11. Juli 2002 teilte das Spital Oberengadin - unter Hinweis auf den Passus "Der Bauherr behält sich Änderungen an der Offertanfrage vor" - allen Anbietern mit, dass die Positionen "ARB2" und "MAT1" bereits bauseits ausgeführt worden seien bzw. noch ausgeführt würden. Dies werde bei der Prüfung und Bereinigung der Angebote berücksichtigt. Im zugestellten Offertöffnungsprotokoll seien die erwähnten Positionen aber noch enthalten.

Am 24. Juli 2002 vergab der Kreis Oberengadin den Auftrag an die A._____ AG. Zur Begründung führte er aus, bei der berücksichtigten Offerte handle es sich - nach Streichung der beiden fraglichen Positionen - mit Fr. 380'265.90 um das günstigste Angebot.

C.

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die X._____ AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie lag nach der Streichung der beiden Offertpositionen "ARB2" und "MAT1" mit dem von ihr angebotenen Preis von Fr. 382'360.80 bloss noch im zweiten Rang (Differenz 0,55%), was ihr, wie sie vor dem Verwaltungsgericht vortrug, "nicht transparent und nicht nachvollziehbar" erschien.

Im Laufe des kantonalen Beschwerdeverfahrens liess sich die X._____ AG anwaltlich verbeiständen und beantragte mit Replik vom 23. August 2002 u.a., den Vergabeentscheid aufzuheben und die Sache an den Kreis Oberengadin zurückzuweisen mit der Anweisung, den Auftrag an die X._____ AG zu vergeben oder eventualiter die Ausschreibung erneut durchzuführen. Des weiteren stellte sie neue Beweisanträge (Beizug der Bewertungsraster "mit den sie und das berücksichtige Angebot betreffenden detaillierten Punktebewertungen", Beizug der "Submissionsunterlagen in der Angelegenheit der vorzeitigen Vergabe von Installationsarbeiten an die Firma B._____ AG") und verlangte diesbezüglich "vollumfängliche Akteneinsicht".

In einem dritten Schriftenwechsel hielt die X._____ AG an ihren Anträgen fest.

Mit Urteil vom 4. Oktober 2002 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die Beschwerde ab. Auf weitere Beweiserhebungen, wie sie von der X._____ AG beantragt worden waren, hatte es verzichtet.

D.

Mit Eingabe vom 25. November 2002 führt die X._____ AG staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Oktober 2002 aufzuheben und festzustellen, dass dieses Urteil sowie die Zuschlagsverfügung des Kreises Oberengadin vom 24. Juli 2002 Bundesrecht verletzten und somit widerrechtlich seien.

Der Kreis Oberengadin beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden stellt denselben Antrag. Die A._____ AG hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den als eidgenössisches Rechtsmittel einzig die staatsrechtliche Beschwerde zulässig ist (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).

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 Verwaltungsgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten. Dieses Rechtsmittel steht auch dann offen, wenn mit dem ausgewählten Bewerber - wie es vorliegend offenbar geschehen ist (vgl. Stellungnahme des Kreises Oberengadin vom 4. Februar 2003, S. 4 unten) - bereits ein Vertrag abgeschlossen und die vergebenen Arbeiten ausgeführt worden sind. 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).
1.3 Wie die Beschwerdeführerin selber anerkennt (S. 6 der Beschwerdeschrift), erreicht die Auftragssumme den Schwellenwert für die Anwendbarkeit der Interkantonalen Vereinbarung für das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.4) nicht (vgl. Art. 7 IVöB). Ebensowenig ist das GATT/WTO-Abkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) anwendbar, das für Beschaffungen auf Gemeindeebene keine Geltung hat (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 3 Rz. 6, S. 27 Rz. 81). Massgebend sind daher einzig die Vorschriften des kantonalen Submissionsgesetzes sowie der kantonalen Submissionsverordnung, deren Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür und des Gleichbehandlungsgebotes prüft. Soweit sich die Beschwerdeführerin darüber hinaus auf das Transparenzgebot als allgemeinen Grundsatz des Submissionsrechtes bzw. der Interkantonalen Vereinbarung und des GATT/WTO-Abkommens beruft, kann dieses Prinzip, da die erwähnten konkordatsrechtlichen und staatsvertraglichen Normen hier nicht anwendbar sind und sich die staatsrechtliche Beschwerde auch nach Meinung der Beschwerdeführerin bloss auf Art. 84 Abs. 1 lit.
a OG stützen kann (vgl. S. 2 unten der Beschwerdeschrift), nur im Rahmen der Willkürkognition berücksichtigt werden.
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.
3.1 Die Beschwerdeführerin stellt vorab in Frage, dass überhaupt ein zulässiger Grund bestanden habe, nachträglich zwei Positionen des Auftrags zu streichen. Das Verwaltungsgericht habe in willkürlicher Weise einzig auf unbewiesene Behauptungen des Kreises Oberengadin abgestellt, ohne die diesbezüglich von der Beschwerdeführerin beantragten Beweise abzunehmen.
3.2 Der Richter kann das Beweisverfahren schliessen, wenn er auf Grund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass diese seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 122 II 464 E. 4a S. 469; 119 Ib 492 E. 5b/bb S. 505; 115 Ia 97 E. 5b S. 100 f., mit Hinweisen).
Das Verwaltungsgericht erachtete die Darstellung der Submissionsbehörde, wonach die betreffenden Arbeiten "bauseitig ausgeführt wurden und werden" und diese Positionen in den Unterlagen der vorliegenden Vergebung irrtümlich nicht gestrichen worden seien, auf Grund der Erklärungen des Kreises Oberengadin (vgl. dazu S. 3 des angefochtenen Urteils) als glaubhaft und erhob hierzu keine weiteren Beweise, wie sie von der Beschwerdeführerin beantragt worden waren. Es erblickte in der nachträglichen Korrektur aber einen Fehler seitens der Vergabebehörde, der bei sorgfältigerer Prüfung hätte vermieden werden können. Diese Beurteilung erscheint

vertretbar. Der Verzicht auf weitere Beweiserhebungen über die Gründe der Streichung der beiden Positionen beruhte auf einer zumindest nicht willkürlichen antizipierten Beweiswürdigung, zumal das Hauptgewicht der Einwendungen der Beschwerdeführerin auf der Geltendmachung lizenzrechtlicher Hindernisse lag, die das Verwaltungsgericht nicht als stichhaltig erachtete und die im Verfahren vor Bundesgericht auch nicht mehr aufrecht erhalten werden.
4.
4.1 Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die nachträgliche Streichung der Positionen "ARB2" und "MAT1" komme im Ergebnis einem teilweisen Abbruch des Vergabeverfahrens gleich, der nach den Vorschriften von Art. 17 des Submissionsgesetzes zu beurteilen sei, erscheint ebenfalls vertretbar. Es kann sich einzig darum handeln, welche Rechtsfolge mit dieser nachträglichen Korrektur des Auftragsumfanges zu verbinden war. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts wäre die Wiederholung der Vergebung, sei es im offenen oder selektiven Verfahren, auf eine unstatthafte Verhandlungsrunde hinausgelaufen (Verbot von Verhandlungen, Art. 14 des Submissionsgesetzes); es wäre den bisherigen Teilnehmern ermöglicht worden, in Kenntnis der Angebote der ersten Runde nochmals eine Offerte einzureichen. Dieser Nachteil wäre nach Auffassung des Gerichts nur dann in Kauf zu nehmen, wenn der ernsthafte Verdacht bestünde, dass die Offerten im ersten Verfahren in unzulässiger Weise manipuliert worden seien (was vorliegend nicht zutreffe).

Demgegenüber erachtet die Beschwerdeführerin die blosse Streichung von zwei Offertpositionen als widerrechtlich und willkürlich. Sie macht geltend, wenn sie vor der Offerteinreichung von dieser veränderten Situation gewusst hätte, wäre ihre Kalkulation anders ausgefallen, indem sie ihre Rabatte - im Sinne einer internen Kalkulationsfreiheit - stärker auf andere Positionen verlegt hätte. Das vom Verwaltungsgericht geschützte Vorgehen verstosse in krasser Weise gegen die submissionsrechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Das "Verbot von Verhandlungen" gemäss Art. 14 SubG betreffe nur Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Anbietern über Preisnachlässe während eines Ausschreibungsverfahrens; bei einem Abbruch bleibe eine vollständige Neuausschreibung oder ein Verzicht auf eine Ausschreibung möglich.
4.2 Gemäss Art. 17 Abs. 3 des Submissionsgesetzes kann eine Ausschreibung u.a. bei einer "wesentlichen Änderung" des Projektes oder des Auftrages wiederholt werden. Dass sich unter diesem Gesichtswinkel vorliegend eine Neuausschreibung zwingend aufgedrängt hätte, wird in der staatsrechtlichen Beschwerde nicht dargetan; es wird insbesondere nicht geltend gemacht und schlüssig belegt (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG, vgl. dazu statt vieler BGE 125 I 492 E. 1b S. 495), dass und wieso der Wegfall der beiden fraglichen Positionen den Charakter des Auftrages insgesamt oder dessen Kalkulationsgrundlagen wesentlich beeinflusst haben soll. Die Beschwerdeführerin vermag sich für ihren Standpunkt aber auch auf keine anderen Bestimmungen des Submissionsgesetzes oder der Submissionsverordnung zu berufen, gegen die das streitige Vorgehen offensichtlich verstiesse. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach eine Wiederholung der Ausschreibung oder die Ermöglichung einer nachträglichen Korrektur der (bereits geöffneten) bisherigen Offerten durch die beiden Bewerber im Ergebnis einer verpönten Abgebotsrunde gleichgekommen wäre, ist nicht unhaltbar (vgl. E. 4.1). Die blosse Streichung der beiden Positionen aus den vorhandenen Offerten war unter den
gegebenen Umständen eine vertretbare Lösung. Wieweit noch andere Wege offen gestanden hätten, braucht nicht untersucht zu werden. Jedenfalls kann nicht von einer stossenden Ungleichbehandlung der beiden Bewerber oder von einer willkürlichen Streichung von nach Gutdünken ausgewählten Offertpositionen gesprochen werden, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet. Wenn diese mit einer blossen Streichung des betroffenen Offertteils nicht einverstanden war, sondern den Wegfall der beiden Positionen zum Anlass nehmen wollte, ihre gesamte Kalkulation neu zu gestalten, hätte sie auf das Schreiben des Spitals Oberengadin vom 11. Juli 2002 umgehend reagieren müssen. Sie sah sich aber erst nach dem auf Grundlage der korrigierten Offerten ergangenen - für sie nunmehr ungünstigen - Vergebungsentscheid vom 24. Juli 2002 veranlasst, das angekündigte Vorgehen anzufechten. Von einem Verstoss gegen das Willkürverbot oder das Gleichbehandlungsgebot kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Inwieweit das Transparenzgebot berührt sein soll, ist nicht ersichtlich; dass die Bereinigung der Offerten in einer nicht voraussehbaren Weise vorgenommen worden sein soll, wird nicht behauptet.
5.
Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass im Submissionsverfahren keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben worden seien. Damit hätten auch die Angebote nicht korrekt bewertet werden können, was gegen das Willkürverbot verstosse.

5.1 Nach Art. 15 Abs. 1 des Submissionsgesetzes erhält das "wirtschaftlich günstigste Angebot" den Zuschlag. Art. 15 Abs. 2 verlangt, dass die Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes "auftragsbezogen" festzulegen seien, wobei "insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Termine, Betriebs- und Unterhaltskosten, Zweckmässigkeit der Leistung, technischer Wert, Kundendienst, Ästhetik, Kreativität, Ökologie und Infrastruktur" gelten könnten. Nach Art. 15 Abs. 3 des Gesetzes kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. k der Submissionsverordnung haben die Vergabeunterlagen u.a. die "Zuschlagskriterien" zu enthalten.
5.2 Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass in der vorliegenden Ausschreibung keine auftragsbezogenen Zuschlagskriterien aufgeführt gewesen seien. Bei einfacheren Aufträgen könne nach seiner Rechtsprechung die Vergebung mangels spezieller Kriterien auch direkt gestützt auf die in Art. 15 Abs. 2 des Submissionsgesetzes erwähnten Hauptkriterien - Qualität und Preis - erfolgen, welche im Erfordernis des "wirtschaftlich günstigten Angebotes" enthalten seien. Vorliegend handle es sich nicht um einen derart komplexen Auftrag, dass eine Wiederholung des Vergabeverfahrens unter dem erwähnten Gesichtspunkt zwingend angeordnet werden müsste, auch wenn dem Kreis Oberengadin empfohlen werde, die Zuschlagskriterien stets in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Die Wiederholung des Vergabeverfahrens dränge sich deshalb nicht auf, weil der Auftrag vorliegend dem Unternehmen mit dem besten Preis/Leistungsverhältnis zugeschlagen worden sei. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die bevorzugte Firma nicht in der Lage sein solle, die geforderten Leistungen gemäss Pflichtenheft zu erfüllen (vgl. S. 11 f. des angefochtenen Urteils).

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften die Zuschlagskriterien in jedem Fall explizit in den Vergabeunterlagen aufgezählt werden müssten. Zudem handle es sich vorliegend nicht um standardisierte Güter, sondern um "hoch komplexe technische Kommunikationsapparate- und Installationen", welche ein gezieltes "Produktions-Knowhow, Produktionsqualitätssicherung und Installationserfahrung der Anbieter" voraussetzten, was entsprechende Zuschlagskriterien unentbehrlich mache, dies um so mehr, als die Preisdifferenz der korrigierten Offerten bloss 0,55 % betrage.
5.3 Die Betrachtungsweise des Verwaltungsgerichts erweckt in der Tat Bedenken. Wäre das im GATT/WTO-Abkommen bzw. in der Interkantonalen Vereinbarung statuierte Transparenzgebot anwendbar, dessen Einhaltung vom Bundesgericht im Rahmen einer Staatsvertrags- oder Konkordatsbeschwerde gemäss Art. 84 Abs. 1 lit. b oder c OG grundsätzlich frei zu prüfen ist (vgl. etwa Urteil 2P.299/2000 vom 24. August 2001, E. 1c), könnte das beanstandete Vorgehen möglicherweise nicht geschützt werden. Vorliegend ist die Handhabung der kantonalen Vorschriften indessen ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes zu beurteilen (E. 1.3), und bei dieser beschränkten Prüfung erscheint der Standpunkt des Verwaltungsgerichts aufgrund der von ihm vorgebrachten Argumente gerade noch als haltbar. Ein kantonaler Entscheid ist, wie ausgeführt, aber erst willkürlich, wenn er offensichtlich unrichtig ist (E. 2), was vorliegend nach dem Gesagten nicht zutrifft.

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht verpflichtet gewesen wäre, die nach ihrer Auffassung mangelhafte Ausschreibung gesondert anzufechten, oder, falls dies nicht möglich war (vgl. Art. 18 des kantonalen Submissionsgesetzes), ob sie wenigstens einen entsprechenden Vorbehalt oder Protest hätte anbringen müssen (zumal es nicht angeht, sich auf ein angeblich mangelhaftes Submissionsverfahren einzulassen und nachträglich dessen Gültigkeit zu bestreiten, Urteil 2P.222/1999 vom 2. März 2000, E. 3a). Jedenfalls aber musste die Beschwerdeführerin auf Grund der bündnerischen Praxis (vgl. "Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden" vom 28. Mai 1999, Ziff. 8.1.7 bzw. 13.1.3) davon ausgehen, dass bei Fehlen von Zuschlagskriterien die Vergabe nach dem niedrigsten Preis erfolgt.

Die staatsrechtliche Beschwerde vermag deshalb auch in diesem Punkt nicht durchzudringen. Damit ist sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
6.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Der Kreis Oberengadin, der durch sein mangelhaftes Submissionsverfahren zur vorliegenden Streitigkeit Anlass gab, hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz, ebenso wenig die Beschwerdegegnerin, der im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden ist.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kreis Oberengadin und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 11. Juni 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: