Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.139/2002 /sch

Urteil vom 18. März 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Dr. Francesco Bertossa, Zeughausgasse 29, Postfach 5460, 3001 Bern,

gegen

1. A._____ AG,
2. B._____, Schmiedemeister und Sanitärinstallateur,
3. C._____, Sanitäre Anlagen,
4. ARGE D._____,
5. ARGE E._____ AG,
6. ARGE F._____ AG,
Beschwerdegegner,
Einwohnergemeinde Belpberg, 3124 Belpberg, vertreten durch Fürsprecher Urs Marolf, Spitalgasse 9, Postfach 7232, 3001 Bern,
Regierungsstatthalter von Seftigen, Schloss,
Postfach 112, 3123 Belp,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungs-rechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern.

Gegenstand
Art. 9 und 29 BV (Submission Arbeiten Wasserversorgung Belpberg),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungs-rechtliche Abteilung, vom 7. Mai 2002.

Sachverhalt:
A.
Im Amtsblatt des Kantons Bern vom 22. Januar 2001 schrieb die Einwohnergemeinde Belpberg Baumeister- und Sanitärarbeiten für ihre Wasserversorgung (Leitungsnetz Pumpwerk Reservoir Belpberg und Reservoir Chutzen) öffentlich aus. Die Baumeisterarbeiten für die hier interessierenden Baulose 1-4 und 6 umfassten mehrere Kilometer Grabenbau. Die Sanitärarbeiten für diese Baulose wurden wie folgt umschrieben:
Ëieferung und Montage von Formstücken, Armaturen und schubgesicherten Gussleitungsrohren mit Steckmuffen.
Den von jedem Anbieter bei der Abgabe seiner Offerte obligatorisch zu unterzeichnenden Submissionsbestimmungen für die Rohrlegearbeiten ist u. a. Folgendes zu entnehmen:
Ziff. 1.3 (Vorbehalt)
(....)
Unternehmer-Varianten sind erwünscht und werden behandelt.

(...).
Ziff. 2.3.2 (Bauvorgang)
- Grabenaushub
- Erstellen der Sohle aus Kies- oder Aushubmaterial für Wasserleitung
- Verlegen der Rohre und Montage der Formstücke
- Hinterbetonieren der Formstücke
- Einbetten und Überdecken der Rohre mit Aushubmaterial resp. Kies
(Muffen bleiben frei für Druckprobe)
(...).
In den ebenfalls zur Verfügung gestellten Graben-Normalprofilen für die verschiedenen Baulose wird das zu verwendende Rohr mit WL DN 80 DUC-Gussrohr bezeichnet. Ausdrücklich erwähnt ist im Grabenprofil die Bettung und Rohrumhüllung mit Betonkies bzw. die Auffüllung mit Aushubmaterial.
B.
Gemäss den Protokollen der Offertöffnung vom 8. März 2001 in Verbindung mit dem Offertvergleich vom 20. März 2001 gingen für die Rohrlegearbeiten von 9 Firmen Angebote ein; alle neun offerierten ein Hauptangebot, nämlich den Leitungsbau in der Ausführung DUCPUR. Hier lag die X._____ AG mit Fr. 852'993.45 im zweiten Rang (nachträglich machte sie geltend, noch einen Zusatzrabatt von 4 % geboten zu haben), hinter der A._____ AG mit Fr. 823'565.45. Als Variante hatte die X._____ AG zwei Angebote mit Kunststoffrohren eingereicht (Variante PE; geschweisst Fr. 714'592.50, gesteckt Fr. 754'598.15). Andere Unternehmungen offerierten neben ihrem Hauptangebot DUCPUR eine Variante ECOPUR. Hier kam ebenfalls die A._____ AG mit Fr. 918'953.15 auf den ersten Platz, vor der ARGE D._____ mit Fr. 931'973.95.

Als günstigster Baumeister bei der Variante DUCPUR hatte die ARGE G._____ die Grabarbeiten für Fr. 905'191.35 offeriert. Günstiger fielen die Offerten bei der Variante ECOPUR aus: Die ARGE E._____ AG bot für diesen Fall die Grabarbeiten für insgesamt Fr. 775'859.55 an; die F._____ AG für insgesamt Fr. 809'608.55.
C.
Am 11. April 2001 teilte der Gemeinderat Belpberg den verschiedenen Anbietern mit, mehrere Firmen hätten eine Variante ECOPUR offeriert, welche die Rohrbettung und Wiedereinfüllung des Grabens mit dem vorhandenen Aushubmaterial erlaube. Dadurch entfalle die teure Bettung mit Kiesmaterial, was zu grossen Einsparungen führe. Der Gemeinderat habe sich deshalb für die ECOPUR-Variante entschieden und den Auftrag für die Rohrlegearbeiten an die ARGE D._____ und an die A._____ erteilt. Die Grabarbeiten gingen an die E._____ und an die F._____; hielt der Gemeinderat in seinem Schreiben vom 11. April 2001 fest. Diesen Entscheid bestätigte er am 15. April 2001 mit einer förmlichen Verfügung.

Einsprachen hiergegen - erhoben von verschiedenen nicht berücksichtigen Offerenten - blieben erfolglos (Entscheid vom 16. Mai 2001).
D.
Mit Entscheid vom 6. Juli 2001 hiess der Regierungsstatthalter von Seftigen eine von den nicht berücksichtigten Anbietern B._____ und C._____ erhobene Beschwerde gut, nachdem er in dieser Sache eine Instruktionsverhandlung durchgeführt hatte. Er erwog im Wesentlichen, für den einzelnen Anbieter sei nicht klar ersichtlich gewesen, wie weit der Rahmen der zulässigen Unternehmervarianten reiche. Aufgrund der im Grabenprofil und in den Submissionsbestimmungen ausdrücklich vorgesehenen Kieseinbettung sei ein Angebot von in Aushub eingebetteten Ecopur-Rohren nicht ohne weiteres als zulässige Unternehmervariante ersichtlich gewesen. B._____ und C._____ hätten aufgrund der Submissionsbestimmungen sowie aufgrund des Grabenprofils vielmehr davon ausgehen müssen, eine Eingabe mit ECOPUR-Rohren widerspreche den Vorgaben der Bauherrschaft. Im Rahmen eines neuen Einladungsverfahrens sei ihnen sowie den berücksichtigten Unternehmen deshalb die Möglichkeit einzuräumen, die Variante Ecopur einzugeben.

Gestützt auf diese Erwägungen hob der Regierungsstatthalter von Seftigen die Vergabeverfügung der Gemeinde Belpberg vom 16. Mai 2001 auf. Ziff. 3 seines Entscheides lautet:
3. Die Gemeinde Belpberg wird angewiesen, im Rahmen eines Einladungsverfahrens die Variante Ecopur von folgenden Firmen offerieren zu lassen:

- A._____ AG
- X._____ AG
- ARGE E._____ AG
- ARGE B._____/C._____
- ARGE D._____."

Aufgrund dieses Entscheides erachtete der Regierungsstatthalter eine bei ihm hängige Beschwerde der X._____ AG, die sich ebenfalls gegen den Vergabeentscheid der Gemeinde Belpberg zur Wehr gesetzt hatte, als hinfällig. Mit Verfügung vom 10. Juli 2001 schrieb er das entsprechende Beschwerdeverfahren vom Protokoll ab.

E.

Gegen den Entscheid des Regierungsstatthalters vom 6. Juli 2001 bzw. gegen seine Verfügung vom 10. Juli 2001 erhoben die A._____ AG, die Einwohnergemeinde Belpberg sowie die X._____ AG Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses erkannte am 7. Mai 2002:

1. Die Beschwerden der A._____ AG und der EG Belpberg werden gutgeheissen, der angefochtene Entscheid des Regierungsstatthalters von Seftigen vom 6. Juli 2001 wird aufgehoben und die Arbeitsvergebung der EG Belpberg für die Baulose 1-4 und 6 der Wasserversorgung wird bestätigt.

2. Die Beschwerde der X._____ AG wird dahin gutgeheissen, dass festgestellt wird, dass ihre Beschwerde vom 28. Mai 2001 durch den Regierungsstatthalter von Seftigen am 10. Juli 2001 zu Unrecht abgeschrieben worden ist. Soweit weiter gehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

(....)."

Die Einwohnergemeinde Belpberg schloss daraufhin am 23./29. Mai 2001 mit der A._____ AG und der ARGE D._____ die Verträge für das zu erstellende Werk ab.

F.

Mit Eingabe vom 12. Juni 2002 führt die X._____ AG staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 7. Mai 2002 aufzuheben.

Das gleichzeitig gestellte Gesuch, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, zog die X._____ AG am 28. Juni 2002 zurück.

Die Einwohnergemeinde Belpberg beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Der Regierungsstatthalter von Seftigen verzichtet darauf, einen Antrag zu stellen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdegegner liessen sich nicht vernehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auf Bundesebene nur die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG). Die Beschwerdeführerin war am vorliegenden Submissionsverfahren beteiligt, weshalb sie zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen den Vergebungsentscheid legitimiert ist (vgl. Art. 88 OG; BGE 125 II 86 E. 4 S. 95 f.; 125 I 406 E. 1 S. 408). Dieses Rechtsmittel steht gegen einen Zuschlagsentscheid auch dann offen, wenn mit dem ausgewählten Bewerber - wie vorliegend - 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 Abs. 3 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.). Der Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, ist nach dem Gesagten auch als Begehren um Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit der angefochtenen Vergebung entgegenzunehmen (vgl. Urteil 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000, E. 1c, in: ZBl 102/2001 S. 217; sowie Urteil 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003, E.1.1).

1.2 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 sind (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). In konstanter Rechtsprechung zu dieser Bestim-

mung prüft das Bundesgericht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Bei der Willkürrüge insbesondere hat der Beschwerdeführer nicht nur die Rechtsnorm zu bezeichnen, die qualifiziert unrichtig angewandt oder nicht angewandt worden sein soll; er muss zudem anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darlegen, inwiefern der kantonale Entscheid offensichtlich unhaltbar und damit geradezu willkürlich ist. Auf ungenügend begründete Rügen und auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 125 I 492 E. 1b S. 495; 110 Ia 1 E. 2a S. 3 f.; 107 Ia 186, je mit Hinweisen).
2.
Die Beschwerdeführerin rügt, das Verwaltungsgericht habe verfehlt, die bereits vom Regierungsstatthalter unterlassene Prüfung der Beschwerde X._____ vorzunehmen. Der angefochtene Entscheid müsse deshalb wegen formeller Rechtsverweigerung aufgehoben werden. Sodann sei der X._____ AG das rechtliche Gehör verweigert worden, indem sich das Verwaltungsgericht auf das Verfahren B._____/C._____ abgestützt habe, namentlich auf das in diesem Verfahren entstandene Protokoll einer Instruktionsverhandlung, zu dem die X._____ AG nicht eingeladen worden sei und zu dem sie vor dem Regierungsstatthalter auch nicht habe Stellung nehmen können. Das Verwaltungsgericht sei zudem in willkürlicher Weise davon ausgegangen, dass die Variante ËCOPURżulässig gewesen sei.
3.
3.1
3.1.1 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).
3.1.2 Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen erwogen, in den von den Anbietern unterschriebenen Submissionsbestimmungen sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass Unternehmervarianten erwünscht seien und behandelt würden. Das abgegebene Leistungsverzeichnis für die Rohrlegearbeiten habe deshalb von Vornherein nicht so verstanden werden dürfen, dass nur ein bestimmtes Rohr (der Firma Y._____) zulässig sei. Abweichend von der Auffassung der X._____ AG ergebe sich aus den Submissionsbestimmungen sodann durchaus, dass die Gemeinde ein Einbetten und Überdecken der Rohre ausschliesslich mit Aushubmaterial (also ohne Kies) als zulässig erachtet habe. Die Umschreibungen in den Submissionsbestimmungen könnten nicht anders verstanden werden, als dass die gesamten Arbeiten auch ohne Verwendung von Kies ausgeführt werden dürften. Daran ändere der Umstand nichts, dass das den Unternehmungen abgegebene Graben-Normalprofil eine Kiesbettung vorsehe. Dieses Profil sei die Grundlage für das Hauptangebot gewesen und habe Unternehmervarianten nicht ausgeschlossen.
3.1.3 Was die Beschwerdeführerin gegen diese Auffassung einwendet, ist nicht geeignet, den Vorwurf der Willkür zu begründen. Zwar trifft zu, dass bei einigen Bewerbern auf Grund der abgegebenen Submissionsbestimmungen gewisse Unklarheiten in Bezug auf allfällig einzureichende Unternehmervarianten bestanden haben. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, die von vier Anbietern offerierte ËCOPUR-Variante habe zulässigerweise berücksichtigt werden dürfen, erscheint aber nicht unhaltbar. Aus der Bestimmung Ünternehmervarianten sind erwünscht und werden behandeltërgibt sich, dass die Offerenten ausdrücklich aufgefordert bzw. eingeladen waren, neben ihrem Hauptangebot Projekt- und/oder Ausführungsvarianten (vgl. hierzu Roland Hürlimann, Unternehmervarianten - Risiken und Problembereiche, in: BR 1/96 S. 4, insbesondere Ziff. III/2b) einzureichen, was im Übrigen auch die Beschwerdeführerin selber tat (vgl. vorne B̈.-). Die Auslegung des Verwaltungsgerichts, wonach nach dem Wortlaut der Submissionsbestimmungen (vgl. vorne Ä.-) bei den Varianten ganz auf die Verwendung von Kies verzichtet werden dürfe, erscheint in diesem Zusammenhang nicht unhaltbar, selbst wenn, wie die Beschwerdeführerin darlegt, auch eine andere Auslegung des Textes
Einbetten und Überdecken der Rohre mit Aushubmaterial resp. Kiesd̈enkbar wäre (S. 23 der Beschwerdeschrift). Dies reicht aber nicht aus, die Auffassung des Verwaltungsgerichts als geradezu willkürlich erscheinen zu lassen (E. 3.1.1).

Nach dem Gesagten durfte das Verwaltungsgericht die offerierten ËCOPUR-Varianten als zulässige Unternehmervarianten erachten, ohne dabei in Willkür zu verfallen.

3.2 Damit ist auch den Rügen, es liege eine formelle Rechtsverweigerung bzw. eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, die Grundlage entzogen. Die Beschwerdeführerin bestreitet selber nicht, dass die Variante ËCOPURïnsgesamt günstiger ist als die von ihr offerierten Arbeiten (vgl. Ziff. 6 der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in Verbindung mit E. 2e des angefochtenen Entscheides). Wenn es aber von Vornherein klar und unbestritten war, dass sich die von anderen Offerenten gültig angebotene ËCOPUR¨Variante wirtschaftlich günstiger präsentierte als das Angebot der Beschwerdeführerin, durfte das Verwaltungsgericht ohne Verfassungsverletzung darauf verzichten, sich mit den Vorbringen der X._____ AG weiter auseinander zu setzen, zumal ein Zuschlag an diese Firma gar nicht in Frage kam (vgl. Art. 40 Abs. 1 der bernischen Submissionsverordnung vom 29. April 1998, wonach das ẅirtschaftlich günstigste Angebotden Zuschlag erhält). Das Verwaltungsgericht konnte sich unter diesen Umständen vielmehr darauf beschränken, den erstinstanzlichen Vergabeentscheid der Gemeinde Belpberg wiederherzustellen, ohne über irrelevante Fragen zusätzliche Beweise erheben bzw. weitere Verhandlungen durchführen zu müssen.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt, das Verwaltungsgericht habe ihren Anspruch auf Beurteilung durch eine unabhängige Behörde verletzt (Art. 29 BV). Sie macht geltend, am erstinstanzlichen Vergabeentscheid habe ein Gemeinderat mitgewirkt, der für die Lieferantin der ËCOPUR¨Rohre (Z._____ AG) arbeite. Der betreffende Gemeinderat habe deshalb als Ďiener zweier Herrengehandelt und die Möglichkeit gehabt, das Vergabeverfahren entsprechend zu beeinflussen. Damit sei der Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt.

4.2 Vorliegend geht es um die Ausstandspflicht von Angehörigen eines Exekutivorgans; die aus Art. 6 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV ableitbaren Ansprüche auf ein unparteiliches Gericht sind daher nicht anwendbar. Wann Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, ergibt sich einerseits aus dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht und andererseits aus den aus Art. 4 aBV hergeleiteten bzw. neu aus Art. 29 Abs. 1 BV herleitbaren Grundsätzen (BGE 125 I 119 E. 3; Urteil 2P.231/1997 vom 19. Mai 1998, in: ZBl 100/1999 S. 74 ff., E. 2b).

4.3 Gemäss Art. 47 Abs. 1 des bernischen Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 ist nur zum Ausstand verpflichtet, wer än einem Geschäft unmittelbar persönliche Interessen hat. Art. 29 BV und Art. 68 Abs. 4 der bernischen Kantonsverfassung haben keine weiter gehende Tragweite: Für Mitglieder politischer Behörden (Kantonsregierungen, Gemeindeexekutiven) besteht unmittelbar von Verfassungs wegen in der Regel nur dann eine Ausstandspflicht, wenn sie am betreffenden Geschäft ein persönliches Interesse haben (BGE 107 I 135 E. 2b S.137; 125 I 119 E. 3b-e S. 123 ff.; Walter Kälin/Urs Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Ziff. 14 zu Art. 68 KV/BE und Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, daselbst, Teil I/Justizverfassung, S. 189).

4.4 Das Verwaltungsgericht hat erwogen, das fragliche Gemeinderatsmitglied von Belpberg habe zweifellos kein unmittelbares persönliches Interesse am Vergabeentscheid gehabt. Der betreffende Gemeinderat arbeite in der Abteilung Ṗrofi-MarktFür Abholkunden und habe keinen Einfluss auf die Abteilung Šanitär, welche die Offerten für Rohre ausarbeite. Hinzu komme, dass die Z._____ AG selbst nicht zu den Anbietern gehöre, sondern allenfalls im Zwischenhandel die Rohre liefern könne (E. 3b des angefochtenen Entscheides).

Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Tätigkeit des Gemeinderates in einer anderen Abteilung der Z._____ AG genüge nicht, um die nötige Unabhängigkeit zu schaffen; die Anstellung in einem sachlich und organisatorisch getrennten Bereich ändere die Interessenlage nicht.

Dieser Einwand dringt nicht durch. Die Beschwerdeführerin tut insbesondere nicht dar (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG, E. 1.2), inwiefern der betreffende Gemeinderat am Vergabeentscheid ein unmittelbares persönliches Interesse gehabt hätte (beispielsweise als Mehrheitsaktionär oder hohes Kadermitglied der fraglichen Materiallieferantin).

5.

Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Weiter hat sie die Einwohnergemeinde Belpberg, welche als kleine bzw. mittlere Gemeinde im vorliegenden Verfahren auf eine qualifizierte Verbeiständung angewiesen war (vgl. BGE 125 I 182 E. 7 S. 202, mit Hinweisen), angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).

Den Beschwerdegegnern ist im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden. Sie haben keinen Anspruch

auf Parteikostenersatz.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Diet staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerin hat die Einwohnergemeinde Belpberg für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Einwohnergemeinde Belpberg, dem Regierungsstatthalter von Seftigen und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung) schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 18. März 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: