Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.155/2003/ErC

Urteil vom 20. November 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
1. Politische Gemeinde Tujetsch, vertreten durch den Gemeindevorstand, 7188 Sedrun,
2. A._____,
3. B._____,
4. C._____,
5. D._____,
6. E._____,
Beschwerdeführer, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gieri Caviezel, Vazerolgasse 2, Postfach 731, 7002 Chur,

gegen

X._____ AG,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Manfred Stucky, Bât. "La Channe", Rue du Marché 1, Postfach 908, 3960 Siders,
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden,
2. Kammer, Obere Plessurstrasse 1, 7000 Chur.

Gegenstand
Gemeindeautonomie; Submission (Vollstreckung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden,
2. Kammer, vom 30. April 2003.
Sachverhalt:

A.
Am 11. Juli 2002 schrieb die Gemeinde Tujetsch im Amtsblatt des Kantons Graubünden die Beschaffung einer Pistenmaschine (Loipe) im offenen Verfahren aus. Es gingen je eine Offerte der X._____ AG zu Fr. 132'000.– und der Y._____ AG zu Fr. 156'000.– ein. Mit Entscheid vom 26. August 2002 erhielt die Y._____ AG den Zuschlag. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hiess eine dagegen erhobene Beschwerde der X._____ AG gut, hob den angefochtenen Zuschlagsentscheid auf und wies die Sache zu neuer Vergabe im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde Tujetsch zurück. Am 6. Dezember 2002 vergab die Gemeinde die Lieferung des Pistenfahrzeuges erneut an die Y._____ AG. Mit Urteil vom 17. Januar 2003 hiess das Verwaltungsgericht eine dagegen erhobene Beschwerde der X._____ AG wiederum gut, hob die angefochtene Verfügung erneut auf und vergab diesmal den Auftrag für die Beschaffung einer Pistenmaschine (Loipe) zum Preis von Fr. 132'000.– direkt an die X._____ AG.
B.
Mit Schreiben vom 11. Februar 2003 teilte die Gemeinde Tujetsch der X._____ AG und der Y._____

AG mit, sie habe beschlossen, von der Beschaffung eines Pistenfahrzeuges abzusehen. Der im Jahre 2002 gesprochene Kredit sei mit Ablauf des Budgetjahres Ende 2002 verfallen, und aufgrund der verschlechterten Finanzlage sei der Gemeindevorstand nicht bereit, einen neuen Kredit zu beantragen.

Am 14. März 2003 ersuchte die X._____ AG das Verwaltungsgericht, das Urteil vom 17. Januar 2003 mit allen entsprechenden Mitteln zu vollstrecken. Das Urteil sei rechtskräftig, weshalb die Gemeinde daran gebunden sei und das bereit gehaltene Pistenfahrzeug abzunehmen habe.

Am 30. April 2003 fällte das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden das folgende Urteil:
"1. In Gutheissung des Vollstreckungsgesuches wird der Gemeindevor- stand Tujetsch, bestehend aus A._____, B._____, C._____, D._____ und E._____, unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB, wonach mit Haft oder mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, verpflichtet, für die Gemeinde Tujetsch binnen 30 Tagen seit der Eröffnung dieses Urteiles mit der X._____ AG den Kaufvertrag für die mit Urteil des Verwaltungs- gerichtes vom 17. Januar 2003 an Letztere vergebene Pistenmaschine abzuschliessen.

2. ..."
C.
Gegen dieses Urteil führen die Politische Gemeinde Tujetsch sowie die einzelnen Mitglieder ihres Gemeindevorstandes, nämlich A._____, B._____, C._____, D._____ und E._____, gemeinsam staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht (Eingabe vom 10. Juni 2003). Sie beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Dieser verletze die Autonomie der Gemeinde Tujetsch, sei willkürlich und verstosse gegen die persönliche Freiheit, die Wirtschaftsfreiheit und den Anspruch auf rechtliches Gehör der einzelnen Mitglieder des Gemeindevorstandes.

Die X._____ AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.
D.
Mit verfahrensleitender Verfügung vom 9. Juli 2003 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der angefochtene Entscheid ist letztinstanzlich und stützt sich auf kantonales Recht; gegen ihn steht auf Bundesebene kein anderes Rechtsmittel offen als die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 2 und Art. 86 OG). Er trifft die Gemeinde Tujetsch in ihren hoheitlichen Befugnissen, hat sie das Verwaltungsgericht doch zum Kauf eines Pistenfahrzeuges aus eigenen Mitteln verpflichtet. Die Gemeinde ist deshalb legitimiert, mit staatsrechtlicher Beschwerde eine Verletzung der Gemeindeautonomie zu rügen (vgl. BGE 128 I 3 E. 1c S. 7; 121 I 218 E. 2a S. 220, je mit Hinweisen). Ob der Gemeinde Tujetsch im betreffenden Bereich tatsächlich Autonomie zusteht, ist nicht eine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung (BGE 128 I 3 E. 1c S. 7; 119 Ia 285 E. 4a S. 294).
An der Anfechtbarkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts ändert grundsätzlich nichts, dass dieses letztlich einzig Vollstreckungsmassnahmen zum Gegenstand hat; zu prüfen ist indessen nur, ob der angefochtene Entscheid als Vollstreckungsentscheid mit der Verfassung vereinbar ist, und es ist nicht mehr auf die Rechtmässigkeit des Vergabeentscheides zurückzukommen, zumal die Gemeinde Tujetsch nicht geltend macht, in unverjährbaren oder unverzichtbaren Grundrechten verletzt worden zu sein.
1.2 Die Mitglieder des Gemeindevorstandes Tujetsch sind durch den angefochtenen Entscheid insoweit in rechtlich geschützten Interessen betroffen, als das Verwaltungsgericht sie unter Strafandrohung verpflichtet, für die Gemeinde einen privatrechtlichen Vertrag abzuschliessen. Obwohl sie im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht an sich nicht direkt Partei waren, sind sie dadurch, dass sie vom angefochtenen Entscheid erstmals unmittelbar persönlich unter Strafandrohung in die Pflicht genommen werden, ebenfalls - wenn auch nicht im Hinblick auf die Gemeindeautonomie, sondern auf ihre jeweilige eigene Rechtsstellung - legitimiert, das Urteil

des Verwaltungsgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten (vgl. Art. 88 OG).
2.
2.1 Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Wie bereits unter der Geltung der alten Verfassung ist eine Gemeinde demnach dann autonom in einem Sachbereich, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 128 I 3 E. 2a S. 8; 122 I 279 E. 8b S. 290, je mit Hinweisen).
2.2 Die Verfassung für den Kanton Graubünden vom 2. Oktober 1892 (KV) regelt die politischen Gemeinden in Art. 40 KV und weist ihnen unter anderem das Recht zur selbständigen Gemeindeverwaltung und die Verpflichtung zu, "für gute Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten ... zu sorgen". Nach Art. 1 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Graubünden vom 28. April 1974 üben die Gemeinden in den Grenzen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit die Hoheit über alle auf ihrem Gebiet befindlichen Personen und Sachen aus. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Gemeindegesetzes steht ihnen innerhalb der Schranken der Gesetzgebung des Bundes und des Kantons das Recht auf selbständige Ordnung ihrer Angelegenheiten zu. Dazu gehört auch der Fahrzeugpark einer Gemeinde. Soweit es um die Beschaffung eines neuen Fahrzeuges geht, greifen zwar die Vorschriften des kantonalen Submissionsrechts; es liegt aber in erster Linie in der Verantwortung der Gemeinde, welchen Verkäufer sie berücksichtigen will (vgl. zur Autonomie der bündnerischen Gemeinden und Kreise im Submissionswesen das Urteil des Bundesgerichts 2P.6/1993 vom 25. Mai 1994).
2.3 Die beschwerdeführende Gemeinde verfügt demnach im vorliegenden Zusammenhang über die erforderliche relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit, womit sie den Schutz der Autonomie geniesst. Sie kann sich daher mit staatsrechtlicher Beschwerde gegen den sie belastenden Vergabeentscheid des Verwaltungsgerichts als kantonal letztinstanzlicher Rechtsmittelbehörde wehren; dabei kann sie insbesondere geltend machen, dieses habe im Rechtsmittelverfahren seine Prüfungsbefugnis überschritten oder die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch angewendet. Die Gemeinde kann auch eine Verletzung des Willkürverbots oder eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs rügen, sofern diese Vorbringen mit der behaupteten Verletzung der Autonomie in engem Zusammenhang stehen. Soweit es um die Handhabung von eidgenössischem oder kantonalem Verfassungsrecht geht, prüft das Bundesgericht das Vorgehen der kantonalen Behörden mit freier Kognition, sonst nur auf Willkür hin (BGE 128 I 3 E. 2b S. 9; 126 I 133 E. 2 S. 136 f., je mit weiteren Hinweisen).
3.
3.1 In der vorliegenden Sache geht es um einen Vollstreckungsentscheid im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Beschaffung eines Pistenfahrzeuges durch die Gemeinde Tujetsch. Der materielle Vergabeentscheid steht fest: Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat anstelle der beschwerdeführenden Gemeinde und für diese entschieden, dass sie das fragliche Pistenfahrzeug bei der Beschwerdegegnerin und nicht bei der von ihr bevorzugten Konkurrentin zu beschaffen habe. Dieser Entscheid wurde von der Gemeinde nicht angefochten und ist rechtskräftig. Die beschwerdeführende Gemeinde hat aber nachträglich von einem Kauf abgesehen und begründet dies mit finanziellen und budgetrechtlichen Argumenten. Mit dem angefochtenen Entscheid soll sie nun gezwungen werden, den Kauf des Pistenfahrzeuges doch noch vorzunehmen bzw. einen entsprechenden Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen.
3.2 Nach Art. 81 des Gesetzes vom 9. April 1967 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Graubünden (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG/GR) werden auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautende Urteile, Verfügungen und Vergleiche nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vollstreckt (Abs. 1). In allen anderen Fällen kann der Berechtigte die Hilfe des Verwaltungsgerichts in Anspruch nehmen; dieses droht im Urteil oder in einer Vollziehungsverfügung Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen, polizeilichen Vollzug oder die Straffolgen von Art. 292 StGB an (Abs. 2), wobei die Vollstreckung solcher vom Gericht verfügten oder angeordneten Massnahmen dem kantonalen Justiz- und Polizeidepartement obliegt (Abs. 3).

Der angefochtene Entscheid erging auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 2 VGG/GR. Es fragt sich, ob dies

zulässig ist oder in verfassungswidriger Weise in die Autonomie der beschwerdeführenden Gemeinde eingreift.
3.3 Grundsätzlich steht es dem Verwaltungsgericht funktionell durchaus zu, auf Antrag des Berechtigten die erforderlichen Massnahmen zur Vollstreckung seiner Urteile anzuordnen. Strittig und fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch, ob das Verwaltungsgericht auch über die sachliche Kompetenz zu den von ihm angeordneten Massnahmen verfügt.

Das Submissionsgesetz (SubG) vom 7. Juni 1998 des Kantons Graubünden ist unter anderem anwendbar auf die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der Gemeinden (Art. 1 Abs. 1 lit. b SubG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 SubG erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Nach Art. 17 Abs. 2 SubG kann der Submittent das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen. Diese kantonalrechtliche Submissionsordnung stimmt im Wesentlichen mit derjenigen der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVoeB; SR 172.056.4) überein, der auch der Kanton Graubünden beigetreten ist.

Im vorliegenden Fall steht verbindlich fest, dass das günstigste Angebot von der Beschwerdegegnerin unterbreitet wurde, weshalb diese den Zuschlag erhielt. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, damit sei die beschwerdeführende Gemeinde gestützt auf das rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Urteil in der Sache verpflichtet, den Kaufvertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen, und könne in Vollstreckung des Urteils dazu gezwungen werden. Ob dies zutrifft, hängt freilich von den Rechtswirkungen ab, welche der submissionsrechtliche Zuschlag entfaltet. Die beschwerdeführende Gemeinde ist der Ansicht, der Zuschlag verpflichte sie nicht im Sinne eines Kontrahierungszwanges zu einem Vertragsabschluss; sie könne auch auf einen solchen überhaupt verzichten. Ergänzend macht sie geltend, das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen zu haben, was sie den beteiligten Unternehmungen schriftlich mitgeteilt habe. Dagegen sei keine Beschwerde erhoben worden.
3.4 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts begründen weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung in einem Submissionsverfahren eine Kontrahierungspflicht des Submittenten. Das öffentliche Submissionsrecht berührt insofern das private Vertragsrecht nicht (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 255 ff., Rz. 529 ff.). Der Zuschlag beseitigt zwar ein Verbot des Vertragsabschlusses während des Vergabeverfahrens (Peter Gauch, Zuschlag und Verfügung, ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 602 ff.; Ders., Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, in: BR 2003 S. 4). Er bindet den Auftraggeber aber nur insoweit, als dieser den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen hat, sofern er überhaupt einen solchen eingeht. Wieweit dies erzwingbar ist bzw. ob bei einem Verstoss der Vertragsschluss ungültig oder anfechtbar oder lediglich rechtswidrig und mit Haftungsfolgen verbunden wäre, kann hier, wo es zu keinem Vertragsschluss gekommen ist, offen bleiben. Verzichtet der Submittent nämlich trotz Zuschlags überhaupt auf den
Abschluss eines Vertrages, kann er jedenfalls nicht zu einem solchen gezwungen werden (vgl. Gauch, Zuschlag und Verfügung, a.a.O., S. 605 ff.; anderer Meinung: Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 497 ff.; von einer "obligation [de conclure un contrat]" spricht auch Jean-Baptiste Zufferey, in: Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 124). Eine solche weitgehende Rechtsfolge müsste sich eindeutig aus dem Gesetz ergeben, was zumindest für das bündnerische Vergaberecht nicht zutrifft, wobei sich bei einer gegenteiligen Betrachtungsweise zusätzlich die Frage stellen würde, ob und wieweit das kantonale Recht überhaupt die bundesrechtliche Vertragsfreiheit einschränken dürfte.

Es kann hier auch offen bleiben, ob nach rechtskräftigem Zuschlag ein Abbruch des Submissionsverfahrens noch möglich ist. Gegebenenfalls lässt sich im entsprechenden Verfahren prüfen, ob für ein solches Vorgehen ein wichtiger Grund bestand (vgl. dazu Galli/Moser/Lang, a.a.O., S. 182 f., Rz. 391 f.). So oder so kann der Verzicht auf einen Vertrag nach abgeschlossenem Vergabeverfahren allenfalls, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, Schadenersatzfolgen auslösen (vgl. die spezielle Haftungsregelung in Art. 25 SubG). Darüber ist aber nicht bei der Vollstreckung des Zuschlags- oder allenfalls Abbruchsentscheides, sondern in einem separaten Haftungsverfahren zu befinden (vgl. Hubert Stöckli, Anmerkung zu einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2002, in: BR 2003 S. 67). Die Rechtslage gleicht insofern

derjenigen, die gilt, wenn der Vertrag aufgrund eines noch nicht rechtskräftigen Zuschlagsentscheides bereits abgeschlossen und die Vergabe im Rechtsmittelverfahren noch geändert wird oder wenn in einem Feststellungsverfahren die Rechtmässigkeit eines Abbruchsentscheides zu prüfen ist (vgl. Art. 17 Abs. 4 und Art. 18 Abs. 2 IVoeB; Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag,
a.a.O., S. 5; Jean-Baptiste Zufferey, Le "Combat" entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 689 ff.). Im Unterschied dazu kann aber im Verfahren zur Vollstreckung eines Zuschlagsentscheides nicht einmal über entsprechende Vorfragen entschieden werden. Diesfalls steht rechtskräftig fest, wer den Zuschlag erhalten hat; ob der nachfolgende Verzicht auf Vertragsschluss rechtswidrig war, ist gegebenenfalls Gegenstand eines separaten Haftungsverfahrens.
3.5 Dem Verwaltungsgericht stand es demnach sachlich nicht zu, die beschwerdeführende Gemeinde im Rahmen einer submissionsrechtlichen Vollstreckungsverfügung zum Abschluss eines privatrechtlichen Kaufvertrages zu zwingen. Es hat sowohl seine Kompetenz und damit seine Prüfungsbefugnis überschritten als auch das kantonale Submissionsrecht willkürlich angewendet. Damit hat das Verwaltungsgericht die Autonomie der beschwerdeführenden Gemeinde verletzt.
4.
Der angefochtene Entscheid erweist sich damit auch gegenüber den privaten Beschwerdeführern als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV. Steht es dem Verwaltungsgericht nicht zu, die Gemeinde im submissionsrechtlichen Vollstreckungsverfahren zum Abschluss eines privaten Kaufvertrages zu verpflichten, ist es ebenfalls unhaltbar, den Mitgliedern des Gemeindevorstandes eine entsprechende Verhaltenspflicht aufzuerlegen. Damit braucht über die weiteren Rügen, die von den privaten Beschwerdeführern vorgetragen werden, nicht entschieden zu werden.
5.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens praxisgemäss der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1, Art. 153 und 153a OG). Gleichzeitig hat diese die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 2. Kammer, vom 30. April 2003 wird aufgehoben.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 3'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. November 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: