Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.315/2004 /kil

Urteil vom 26. April 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
Arbeitsgemeinschaft Verkehrsbetriebe
A._____ AG / B._____ AG,
Beschwerdeführerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Pius Kost,

gegen

D._____ AG,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Urs Hess-Odoni,
Regierungsrat des Kantons Luzern, Regierungsgebäude, Bahnhofstrasse 15, 6002 Luzern,

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), 3003 Bern.

Gegenstand
Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Regionalverkehr, Buslinien Seetal/Freiamt/Beromünster/Kantone Luzern und Aargau,

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Schreiben des Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartements des Kantons Luzern vom 9. November 2004.

Sachverhalt:
A.
Der Kanton Luzern schrieb, in Zusammenarbeit mit dem Kanton Aargau und dem Bundesamt für Verkehr, verschiedene Bustransportleistungen im öffentlichen Regionalverkehr (Seetal, Beromünster, Freiamt) zur Vergabe aus. In einem gemeinsam unterzeichneten, als Vergabeentscheid betitelten Schreiben vom 27. März 2002 teilten die Besteller (die Kantone Luzern und Aargau sowie das Bundesamt) den Offerenten gestützt auf einen entsprechenden Beschluss Nr. XXX des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 26. März 2002 mit, dass das Los 03 E Beromünster (550.30 Luzern-Beromünster [Linien 51/52], 651.60 Beromünster-Beinwil am See) an eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus den Verkehrsbetrieben A._____ AG und der B._____ AG, C._____, mit Wirkung per 15. Dezember 2002 vergeben werde. Das Schreiben enthielt den Hinweis an die Adressaten, dass diese, sofern sie mit der Vergabe nicht einverstanden seien, innerhalb von 30 Tagen seit deren Eröffnung beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine anfechtbare Verfügung verlangen könnten. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass, sollte diese Frist unbenutzt ablaufen, die Besteller mit den neuen Betreibern eine Angebotsvereinbarung nach Art. 20 der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (Abgeltungsverordnung, ADFV; SR 742.101.1) abschliessen würden.

Verschiedene Offerenten, unter anderem am 17. April 2002 die D._____ AG als bisherige Betreiberin des

Loses Beromünster, verlangten in der Folge vom UVEK eine Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Das UVEK führte in der Folge ein aufwendiges Instruktionsverfahren durch; ein materieller Entscheid erging nicht.

Am 9. November 2004 gelangte das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern an das UVEK und stellte, im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Verkehr und dem Kanton Aargau, den Antrag, das Verfahren bezüglich des Erlasses einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Transportleistungen abzuschreiben. Es führte aus, dass der Regierungsrat des Kantons Luzern den Widerruf seines dem Vergabeentscheid der Besteller vom 27. März 2002 zugrundeliegenden Entscheids Nr. XXX vom 26. März 2002 erkläre. Zur Begründung wurde vorgebracht, die Verbindlichkeit der Angebote, offeriert für die Fahrplanjahre 2003-2006, sei abgelaufen; unter Berücksichtigung des Zeitbedarfs für das weitere Verfahren und unter Berücksichtigung der Termine des Bundesamtes für Verkehr für das Bestellverfahren 2006 sei eine Vergabe frühestens auf das Fahrplanjahr 2007 möglich.
B.
Das UVEK verfügte am 22. November 2004, zufolge Rückzugs der Absichtserklärung der Besteller vom 27. März 2002 (”Vergabeentscheid”) werde das Verfahren vor dem UVEK als gegenstandslos vom Geschäftsprotokoll abgeschrieben. Gegen diese Verfügung erhoben die Verkehrsbetriebe A._____ AG und die B._____ AG, C._____, am 10. Dezember 2004 Beschwerde an den Bundesrat. Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat ist bis zum Abschluss des vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahrens sistiert worden.
C.
Die Verkehrsbetriebe A._____ AG und die B._____ AG, C._____, reichten am 8. Dezember (Datum der Rechtsschrift 5. Dezember) 2004 beim Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde ein. Darin wird beantragt, der im Schreiben des Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartements des Kantons Luzern vom 9. November 2004 (formfrei) erklärte Widerruf der Zuschlagsverfügung Nr. XXX vom 26. März 2002 sei nichtig bzw. ungültig zu erklären und aufzuheben. Sodann sei der Regierungsrat des Kantons Luzern anzuweisen, dem UVEK zu beantragen, dieses habe umgehend über die hängige ”Beschwerde” der D._____ AG unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Kantone Luzern und Aargau vom 30. Juni 2004 zu entscheiden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellten die Beschwerdeführerinnen das Gesuch, das bundesgerichtliche Verfahren bis zum definitiven Entscheid des Regierungsrates über den zeitlichen Ablauf einer Neuausschreibung der Linie Luzern-Beromünster-Beinwil am See vorläufig zu sistieren, längstens jedoch bis zum 31. Januar 2005.
D.
Mit Verfügung vom 16. Dezember 2004 entsprach der Präsident der II.öffentlichrechtlichen Abteilung dem Sistierungsgesuch und forderte die Beschwerdeführerinnen auf, bis spätestens zum 31. Januar 2005 mitzuteilen, ob sie an der staatsrechtlichen Beschwerde festhalten wollten; sämtliche Verfahrensbeteiligten wurden eingeladen, dem Bundesgericht allfällige weitere für den Verfahrensverlauf massgeblichen Informationen bekanntzugeben. Mit Verfügung vom 4.Februar 2005 verlängerte der Abteilungspräsident die Sistierung bis zum 28. Februar 2005.

Mit Verfügung vom 3. März 2005 ist das bundesgerichtliche Verfahren unter Bezugnahme auf eine Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 23. Februar 2005 und eine Mitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 1. März 2005 (als Instruktionsbehörde des Bundesrates, adressiert an die Verfahrensbeteiligten des dort hängigen Verfahrens) wieder aufgenommen und den Beschwerdeführerinnen Frist bis zum 4.April 2005 angesetzt worden, um ihre Verfahrensanträge, insbesondere in Berücksichtigung einer Stellungnahme des UVEK vom 18. Februar 2005, zu aktualisieren. Entsprechend haben sie am 1. April 2005 eine die Beschwerde ergänzende Rechtsschrift eingereicht und ihre Anträge insofern aktualisiert, als sie vom Bundesgericht eine Feststellung darüber verlangen, welche Grundsätze des Vergaberechts der Regierungsrat und das UVEK einzuhalten haben.

Nebst der erwähnten Eingabe des UVEK vom 18. Februar 2005, worin zur Rechtslage Stellung genommen wird, liegt eine den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme der Beschwerdegegnerin D._____ AG vom 6. Januar 2005 vor, worin die Auffassung vertreten wird, dass auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht eingetreten werden könne, diese aber jedenfalls vollumfänglich und vorbehaltlos abgewiesen werden müsste.

Zusätzliche Instruktionsmassnahmen (Einholen der Akten, vollständiger Schriftenwechsel mit Vernehmlassung

auch des Regierungsrats des Kantons Luzern) sind nicht angeordnet worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Staatsrechtliche Beschwerde kann gemäss Art. 84 Abs. 1 OG gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen (Entscheide) geführt werden. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass es sich beim Entscheid Nr. XXX des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 26. März 2002, welcher der Vergabemitteilung vom 27. März 2002 zugrundeliegt, um eine auf kantonales Recht gestützte Verfügung handelt; das Schreiben des Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartements vom 9. November 2004, worin festgehalten wird, dass der Regierungsrat den Widerruf dieses Entscheids erkläre, erweist sich ihrer Auffassung nach aus diesem Grund ebenfalls als gemäss Art. 84 Abs. 1 OG mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbarer Entscheid.
1.2 Das Luzerner Gesetz vom 21. Mai 1996 über den öffentlichen Verkehr und den schienengebundenen Güterverkehr (öVG/LU) regelt gemäss seinem § 2 die Förderung des öffentlichen Verkehrs und des schienengebundenen Güterverkehrs durch den Kanton und die Gemeinden. § 10 öVG sieht den Abschluss von Transportverträgen zwischen dem Kanton und den Transportunternehmungen vor, worin die detailiert umschriebenen Leistungen im öffentlichen Regionalverkehr, die Betriebskostenbeiträge und die Beteiligung am Tarifverbund vereinbart werden. Gemäss § 10 Abs. 3 öVG müssen Transportleistungen, die nicht nur von einer bestimmten Transportunternehmung erbracht werden können, mindestens alle zehn Jahre zur freien Konkurrenz ausgeschrieben werden. Die im vorliegend streitigen Los Beromünster zu erbringenden Transportleistungen wurden im Luzerner Kantonstagblatt vom 15. September 2001 gestützt auf § 10 Abs. 3 öVG ausgeschrieben. Die Entscheidung, das entsprechende Los den Beschwerdeführerinnen zuzusprechen, erfolgte aufgrund der Auswertung der eingegangenen Offerten. Daraus schliessen die Beschwerdeführerinnen, dass ein kantonaler Submissionsentscheid vorliegt.

Sowohl die Beschwerdegegnerin wie auch das UVEK gehen davon aus, dass der regierungsrätliche Beschluss vom 26. März 2002 und demzufolge auch der diesbezügliche "Widerruf" nicht als Submissionsentscheid bzw. als eigenständige kantonalrechtliche Verfügung betrachtet werden können, sondern als blosse Absichtserklärung; dies ergebe sich aus der Natur des Verfahrens betreffend die Bestellung von Transportleistungen im öffentlichen Regionalverkehr.
2.
2.1 Streitig ist die Bestellung von Transportleistungen im kantonsüberschreitenden Regionalverkehr. Damit ist nicht bloss der Kanton Luzern betroffen, sondern sind auch der Kanton Aargau sowie der Bund zuständig. Für die Bestellung von abgeltungsberechtigten Transportleistungen im Zusammenhang mit konzessionierten Automobil- und Trolleybuslinien kommt insbesondere der sechste Abschnitt des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101), welcher von der Abgeltung der ungedeckten Kosten des Verkehrsangebotes handelt, zur Anwendung (Art. 95 Abs. 2 EBG).

Art. 49 Abs. 1 EBG bestimmt, dass das Verkehrsangebot gemeinsam von den beteiligten Kantonen und dem Bund bestellt wird, die auch gehalten sind, die ungedeckten Kosten der von ihnen gemeinsam bestellten Leistungen abzugelten. Art. 51 EBG regelt das Leistungsangebot und das Bestellverfahren. Gemäss Art. 51 Abs. 1 EBG werden das Leistungsangebot und die Abgeltung im Voraus von Bund, beteiligten Kantonen und Transportunternehmungen in einer Vereinbarung verbindlich festgelegt. (Erst) mit der rechtsgültigen Festlegung des Angebotes in einer Vereinbarung entsteht für die Transportunternehmungen gegenüber jedem Besteller (Bund, Kantone, Dritte) je ein selbständiger Rechtsanspruch auf die Abgeltung (Art. 51 Abs. 3 EBG). Art. 51 Abs. 2 EBG sieht vor, dass bei der Festlegung von Leistungsangebot und Abgeltung in erster Linie die Nachfrage zu berücksichtigen ist, wobei die angemessene Grunderschliessung, Anliegen der Regionalpolitik, der Raumordnungspolitik, des Umweltschutzes und der Behinderten in Betracht zu ziehen sind. Art. 51 Abs. 4 EBG schreibt vor, dass bei Differenzen im Bestellverfahren zwischen Kantonen, Transportunternehmungen und den Bundesbehörden, die mit der Aushandlung der Vereinbarungen über die Abgeltung gemäss Art. 49
Abs. 1 EBG betraut sind, das Departement (UVEK) entscheidet; dessen Entscheid kann beim Bundesrat angefochten werden.

Gestützt auf Art. 97 EBG hat der Bundesrat die Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Dar-

lehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (Abgeltungsverordnung, ADFV; SR 742.101.1) erlassen. Nach Art. 6 Abs. 1 ADFV bestellen Bund und Kantone ein Angebot des regionalen Personenverkehrs gemeinsam. Der 3. Abschnitt der Verordnung (Art. 10 - 23 ADFV) regelt das Bestellverfahren ausführlich. Art. 14 ADFV ermächtigt den Bund oder einen Kanton, eine Transportunternehmung aufzufordern, eine Offerte zu unterbreiten (Art. 14 Abs. 1 ADFV). Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen können generell in bestimmten Zeitabständen ausgeschrieben werden, wenn dies der Kanton vorsieht (Art. 15 Abs. 2 ADFV). Nehmen die Besteller (Bund, Kantone) eine Offerte an, so schliessen sie mit der Transportunternehmung eine Angebotsvereinbarung ab (Art. 20 Abs. 1 ADFV). Art. 10 Abs. 4 ADFV hält fest, dass die Transportunternehmungen keinen Anspruch auf eine Bestellung haben (vgl. diesbezüglich auch den vorstehend erwähnten Art. 51 Abs. 3 EBG).
2.2 Der Beschluss Nr. XXX des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 26. März 2002 und die gemeinsame Mitteilung vom 27. März 2002 sind in den Rahmen des bundesrechtlich geregelten Bestellverfahrens einzuordnen. Wohl verhält es sich so, dass ohne zusätzliche behördliche Vorkehrungen eine Angebotsvereinbarung für die fraglichen Bustransportleistungen entsprechend dem regierungsrätlichen Beschluss bzw. der Mitteilung vom 27. März 2002 hätte abgeschlossen werden können, wenn von keiner Seite Opposition erhoben worden wäre. Nun ist aber das UVEK wegen des Vorliegens von Differenzen mit der Sache befasst worden, und es obliegt nach der klaren gesetzlichen Regelung (Art. 51 Abs. 4 EBG) in einem solchen Fall allein ihm, in einer anfechtbaren Verfügung endgültig darüber zu entscheiden, mit welcher Transportunternehmung eine Angebotsvereinbarung zu treffen ist. Zudem wird es, wie im Schreiben vom 27. März 2002 erwähnt, Sache des UVEK sein, der schliesslich auserkorenen Unternehmung eine Betriebskonzession zu erteilen (vgl. dazu Art. 4 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung [Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 744.10]und Art. 5, 13 ff., 20 f. und 30 f. der Verordnung vom 25. November 1998 über die Personenbeförderungskonzession [VPK; SR 744.11]).

Bei dieser Ausgangslage ist nicht ersichtlich, inwiefern der regierungsrätliche Beschluss vom 26. März 2002 oder ein späteres Zurückkommen darauf als verbindlicher Vergabeentscheid und verfahrensrechtlich selbständiger Hoheitsakt gelten könnten. Bezeichnenderweise nimmt das angefochtene Schreiben vom 9. November 2004 sodann auch keinen Bezug auf formell- oder materiellrechtliche Aspekte des Ausschreibungsverfahrens gemäss § 10 öVG/LU. Vielmehr wird dort angenommen, ausschliesslich der Verlauf des Verfahrens vor dem UVEK habe die Grundlage des Beschlusses vom 26. März 2002 hinfällig werden lassen. Insgesamt erscheint der Beschluss vom 26. März 2002 nach Einleitung des Differenzbereinigungsverfahrens bloss als Absichtserklärung im Hinblick auf das Verfahren vor dem UVEK, welches erst den Vertragspartner der Besteller bestimmen wird. Wie das UVEK in seiner Stellungnahme vom 18. Januar 2005 zutreffend festhält, bleibt in dieser mehrere Kantone und den Bund betreffenden Angelegenheit denn auch kein Raum für einen kantonalen Submissionsentscheid mit eigenem Rechtsmittelweg.
2.3 Nun kommen bei der Bestellung von Transportleistungen durchaus vergaberechtliche Elemente ins Spiel. Im Bestellverfahren geht es aber auch um subventions- und konzessionsrechtliche Aspekte. Das Bestellverfahren läuft auf eine Vereinbarung über die Abgeltung hinaus, welche sich nach verbreiteter, indessen umstrittener Ansicht schwergewichtig als Subventionsvertrag erweisen soll (vgl. Peter Galli, André Moser, Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, Zürich 2003, S. 54 ff.; umfassend George M. Ganz, Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen, in: AJP 2001 S. 975 ff., mit zahlreichen Hinweisen; ferner VPB 66.46). Es besteht kein Anlass, vorliegend umfassend auf diese Problematik einzugehen, beeinflusst sie doch die Frage der Anfechtbarkeit des Schreibens vom 9. November 2004 nicht, auch nicht unter dem Aspekt des für Vergabeverfahren anerkannten Bedürfnisses nach Rechtsschutz:

Wird das UVEK im Sinne von Art. 51 Abs. 4 EBG zum Entscheid im Bestellverfahren aufgerufen, hat es den verschiedensten Aspekten Rechnung zu tragen (s. insbesondere Art. 51 Abs. 2 EBG). Es kann wesentliche submissionsrechtliche Belange berücksichtigen; Raum dafür besteht umso mehr, als gemäss Art. 15 Abs. 2 ADFV eine (bloss fakultative) kantonale Ausschreibung tatsächlich stattgefunden hat. Glaubt ein Bewerber, Grundsätze des Submissionsrechts hätten zur Anwendung kommen müssen und seien vom UVEK missachtet worden, so kann er dies mit der Beschwerde gegen den Departementsentscheid geltend machen. Dem Bundesrat als Beschwerdeinstanz kommt dabei umfassende Kognition zu (Art. 49 VwVG), und er kann auch die Tragweite solcher Grundsätze im Bestellverfahren beurteilen bzw. deren Anwendung überprüfen (anschaulich hiefür VPB 66.46 E. 2.6). Auch wenn beim Bundesrat vorliegend nur eine Abschreibungsverfügung des UVEK

angefochten ist, wird er nötigenfalls prüfen können, ob es nach der Gesamtheit der einschlägigen Bestimmungen (unter anderem konzessionsrechtlicher Natur) zulässig ist, die Konzession für die bisherige Betreiberin der fraglichen Linien während Jahren weitgehend formlos aufrechtzuerhalten. Für die Frage der Zulässigkeit der Verfahrensabschreibung könnte dabei von Bedeutung sein, dass die Widerrufserklärung im Schreiben des Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartements des Kantons Luzern vom 9. November 2004 letztlich allein mit der Entwicklung des Verfahrens vor der Bundesbehörde begründet wird und die Offerte der Beschwerdeführerinnen von diesen nicht zurückgezogen worden ist. Zumindest implizit wird es daher im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat auch zu einer Beurteilung der verschiedenen kantonalen behördlichen Äusserungen kommen.

Da erst der Entscheid des UVEK den Abschluss einer Abgeltungsvereinbarung erlaubt, kann (auch) im Hinblick auf vergaberechtliche Rechtsschutzbedürfnisse jedenfalls allein dieser als anfechtbare Verfügung betrachtet werden.
2.4 Beim angefochtenen Schreiben vom 9. November 2004 handelt es sich nach dem Gesagten nicht um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG. Auf die staatsrechtliche Beschwerde kann nicht eingetreten werden.
3.
Die Beschwerdeführerinnen unterliegen im bundesgerichtlichen Verfahren, und es sind ihnen entsprechend die Verfahrenskosten, je zur Hälfte und unter Solidarhaft, aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Zudem haben sie der Beschwerdegegnerin die ihr durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Zwar wurde diese nicht zu einer umfassenden Vernehmlassung eingeladen; indessen hat sie, in Befolgung der entsprechenden Einladung in der Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2004, am 6. Januar 2005 zum Verfahrensverlauf Stellung genommen; hiefür hat sie Anspruch auf eine Parteientschädigung; für deren Ausrichtung haften die Beschwerdeführerinnen solidarisch (Art. 159 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte unter Solidarhaft auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen; sie haften dafür solidarisch.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Regierungsrat des Kantons Luzern sowie dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. April 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: