Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.161/2003 /leb

Urteil vom 29. Oktober 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
ARGE 1,
bestehend aus:
1. A._____ AG,
2. B._____ AG,
3. C._____ AG,
4. D._____,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Jodok Wyer, Bahnhofstrasse 4, Postfach, 3930 Visp,

gegen

ARGE 2,
bestehend aus:
E._____ AG,
F._____ AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle vertreten durch Advokat Dr. Richard Steiner, Kapuzinerstrasse 29, Postfach 622, 3902 Glis,
Staatsrat des Kantons Wallis, Staatskanzlei,
1950 Sitten,
Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, Justizgebäude, 1950 Sitten.

Gegenstand
Art. 8 und 9 BV (Baumeisterarbeiten für die Strasse ***,

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 23. Mai 2003.

Sachverhalt:
A.
Am 23. August 2002 schrieb das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt des Kantons Wallis die Baumeisterarbeiten auf der Strasse ***, auf dem Gebiet der Gemeinde X._____ (Baulos yyyy) im offenen Verfahren zur Bewerbung aus. Gleichentags erfolgte die Ausschreibung für das Baulos zzzz. Die Angebote für die Aufträge (Baulos yyyy) und (Baulos zzzz) mussten bis zum 3. Oktober 2002 eingereicht werden.
B.
Am 8. Oktober 2002 fand die Offertöffnung statt. Unter den 13 eingegangenen Angeboten für das Baulos yyyy erwies sich dasjenige der ÄRGE 1 (im Folgenden: ÄRGE 1¨), bestehend aus der A._____ AG, der B._____ AG, der C._____ AG und der D._____ mit Fr. 2'469'815.75 als das günstigste. Im zweiten Rang lag das Angebot der ÄRGE 2¨(im Folgenden: ÄRGE 2¨), bestehend aus der E._____AG und der

F._____ AG mit Fr. 2'799'803.85. Dieselben Unternehmungen hatten auch für das Baulos zzzz Angebote eingereicht, kamen bei der Offertöffnung hier aber auf den drittletzten bzw. auf den letzten Platz zu liegen.
C.
Das Angebot der ARGE 1 für das Baulos yyyy enthielt drei Positionen mit Einheitspreisen zu Fr. -.10 (darunter beispielsweise das Einrichten einer Steinschlagschutzwand auf 950 m talseits für total Fr. 95.– [Fr. -.10/m]) sowie 72 Positionen mit Einheitspreisen von Fr. 0.00 (darunter andere Positionen betreffend die Baustelleneinrichtung; im Weiteren Positionen für Bohrarbeiten und Verankerungen).

Das Angebot der ARGE 2 enthielt seinerseits 245 Positionen mit einem Einheitspreis von Fr. -.10, neun Positionen mit einem Einheitspreis von Fr. -.05 und vier Positionen mit einem solchen von Fr. -.02.
Am 25. Oktober 2002 forderte das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt die ARGE 2 zur Analyse der Positionen mit Einheitspreisen von zehn Rappen und tiefer auf. Am 30. Oktober 2002 bestätigte die ARGE 2 die offerierten Preise und legte offen, in welchen anderen Positionen die tief offerierten Arbeiten eingerechnet waren. Am 8. November 2002 gab die ARGE 2 auf Verlangen des Departements noch detailliertere Erklärungen über ihre Preisgestaltung ab (insbesondere betreffend die stillen Reserven).

Am 31. Januar 2003 gelangte das Departement (Dienststelle für Strassen- und Flussbau, Sektion Kantonsstrassen Oberwallis) nunmehr an die ARGE 1 und verlangte von ihr eine detaillierte Preisanalyse sämtlicher Preise, damit das Angebot abschliessend beurteilt werden könne. Die ARGE 1 antwortete am 4. Februar 2003, mit Nachdruck bestätige sie sämtliche Einheitspreise der hinterlegten Offerte. Eine Preisanalyse könne nicht erstellt werden, weil die Unternehmungen von ihrem Recht des freien Wettbewerbs Gebrauch gemacht hätten, die Einheitspreise frei zu bestimmen. Die vom Departement angesprochenen Positionen seien im Interesse der Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen und in Berücksichtigung des schwierigen wirtschaftlichen Umfeldes auf die Zahl Null gesetzt worden.
D.
Auf Antrag der Dienststelle für Strassen- und Flussbau und des Departementsvorstehers vergab der Staatsrat des Kantons Wallis am 5. März 2003 die Baumeisterarbeiten für das Baulos yyyy zum Preis von Fr. 2'799'803.85 an die ARGE 2. Der Sektionschef der Dienststelle für Strassen- und Flussbau Oberwallis informierte die ARGE 1 am 13. März 2003 über diesen Entscheid und teilte gleichzeitig mit, ihr Angebot sei als ungültig erklärt und vom Verfahren ausgeschlossen worden, weil die Bauherrschaft die gelieferte Begründung für die Nullpositionen nicht habe akzeptieren können.
E.
Am 24. März 2003 erhoben die vom Ausschluss betroffenen Unternehmungen (sich selbst bezeichnend als ÄRGE Los zzzz) beim Kantonsgericht Wallis Beschwerde und verlangten, den Staatsratsentscheid vom 5. März aufzuheben.

Diese gegen den Vergabeentscheid des Staatsrates und gegen den Ausschluss aus dem Verfahren gerichtete Beschwerde wies das Kantonsgericht Wallis (Öffentlichrechtliche Abteilung) am 23. Mai 2003 ab. In formeller Hinsicht stellte es unter anderem fest, dass sich der Einwand der ARGE 2, die ÄRGE Los zzzz sei gar nicht beschwerdelegitimiert, insoweit als unbegründet erweise, als aus der Beschwerde, der Begründung und den Begehren ersichtlich sei, dass die Beschwerde das Baulos yyyy betreffe.

F.
Die ARGE 1 führt mit Eingabe vom 12. Juni 2003 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Mai 2003 sowie den Entscheid des Staatsrates vom 5. März 2003 aufzuheben (Ziff. 1 und 2 des Rechtsbegehrens), wobei das Bundesgericht festzustellen habe, dass der Vergabeentscheid widerrechtlich gewesen sei (Ziff. 3 des Rechtsbegehrens). Sodann verlangt die ARGE 1, die Angelegenheit sei zur Neubeurteilung an die Vergabebehörde zurückzuweisen und die Arbeiten dem preisgünstigsten Anbieter zu vergeben (Ziff. 4).

Diese letzteren Begehren liessen die Beschwerdeführer am 9. Juli 2003 fallen und zogen das gleichzeitig mit der Beschwerdeeinreichung gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung zurück, nachdem das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt mitgeteilt hatte, der Werkvertrag mit der ARGE 2 sei inzwischen abgeschlossen

worden.

Mit Verfügung vom 11. Juli 2003 hat der Abteilungspräsident vom Rückzug des Gesuchs um aufschiebende Wirkung Kenntnis genommen.

Das Departement für Verkehr, Bau und Umwelt des Kantons Wallis beantragt für den Staatsrat, die Beschwerde abzuweisen. Das Kantonsgericht Wallis stellt denselben Antrag und weist zusätzlich darauf hin, die Beschwerde vor dem Kantonsgericht sei von der ARGE Los zzzz und nicht von der ARGE 1 eingereicht worden.

Mit Eingabe vom 14. Juli 2003 teilten die Beschwerdegegnerinnen dem Bundesgericht mit, dass sie auf eine Vernehmlassung zur staatsrechtlichen Beschwerde verzichteten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales Submissionsrecht 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 Beschwerdeführer waren als offerierende Arbeitsgemeinschaft am vorliegenden Submissionsverfahren beteiligt, weshalb sie nach dem Gesagten befugt sind, das den Vergebungsentscheid schützende Urteil des Kantonsgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten. Dieses Rechtsmittel steht auch dann offen, wenn mit dem ausgewählten Bewerber - wie es vorliegend am 2./4. Juni 2003 geschehen ist - 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 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.). Das neben dem Begehren um Aufhebung des Kantonsgerichtsurteils (Ziff. 1) gestellte Feststellungsbegehren (Ziff. 3) der Beschwerdeführer ist daher zulässig. Die übrigen Anträge - ausgenommen diejenigen zu den
Kostenfolgen - sind obsolet geworden bzw. von Anfang an unzulässig gewesen: Die ursprüngliche Ziff. 4 (Antrag auf Rückweisung zur Neuvergebung) wurde fallen gelassen; sodann kann der unterinstanzliche Entscheid des Staatsrates vorliegend nicht mitangefochten werden (vgl. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens), zumal nicht dargetan wird, dass das Kantonsgericht nicht sämtliche erhobenen Rügen mit voller Kognition geprüft hätte (vgl. BGE 125 I 492 E. 1a/aa S. 493/494).

Nicht entgegengehalten werden kann den Beschwerdeführern die auf einem offensichtlichen Versehen ihrerseits beruhende unpräzise Bezeichnung der Baulose (vgl. auch angefochtener Entscheid S. 5 oben).
1.3 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b). Macht der Beschwerdeführer - wie hier - eine Verletzung des Willkürverbots geltend, muss er anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darlegen, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet.

Soweit die vorliegende Beschwerde diesen Anforderungen nicht genügt (vgl. E. 2), ist darauf nicht einzutreten.
2.

Die Beschwerdeführer werfen der Vergabebehörde zunächst vor, ihren Entscheid mangelhaft begründet zu haben, indem die massgebenden rechtlichen Bestimmungen nicht angeführt worden seien. Diese Rüge, für die sich die Beschwerdeführer auf Art. 8 BV sowie auf Bestimmungender Interkantonalen Vereinbarung für das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.4) stützen, vermag nicht durchzudringen. Das Kantonsgericht hat sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer mit diesem Einwand im angefochtenen Entscheid durchaus befasst (E. 5, S. 7 ff.), indem es einlässlich darlegte, dass und inwiefern die Vergabebehörde vorliegend ihrer Begründungspflicht nachgekommen sei. Es nimmt auch auf die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen Bezug. Die Beschwerdeführer setzen sich mit diesen Ausführungen nicht auseinander, weshalb auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen ist (vgl. E. 1.3).
3.
3.1 Das Angebot der ARGE 1 wurde ausgeschlossen, weil diese sich geweigert habe, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Das Kantonsgericht hat erwogen, die Vergabebehörde sei aufgrund der Wichtigkeit der vorgesehenen Anker und des Umfangs der Nullpositionen berechtigt gewesen, Informationen über die Preiskalkulation zu verlangen. Die Weigerung der ARGE, die entsprechenden Auskünfte zu erteilen, habe den Ausschluss des Angebots zur Folge haben können, auch wenn das Beschaffungsrecht diese Konsequenz - welche unabhängig davon sei, ob die Bewerberin allenfalls die verlangte Leistung auch zum offerierten Preis erbringen könnte - nicht ausdrücklich vorsehe. Der Ausschluss rechtfertige sich nicht wegen des aussergewöhnlich niedrigen Preises, sondern nur deswegen und wegen der Weigerung der ARGE 1, der Vergabebehörde die zu Recht verlangten Auskünfte zu erteilen (vgl. S. 8 und 10 des angefochtenen Entscheides).

Das Departement macht in seiner Vernehmlassung geltend, die Preisanalyse der Nullpositionen sei als Kontroll- und Beurteilungsgrundlage nachverlangt worden. Die Preisanalyse stelle die einzige Möglichkeit eines Vergleiches mit den Preisen der übrigen Anbieter dar, die die fraglichen Positionen nicht als Nullpositionen eingesetzt hätten; sie diene zudem der Eruierung der Bedeutung der fraglichen Leistungselemente für die fachgerechte plankonforme Ausführung des Werkes. Vorliegend sei es der Bauherrschaft nicht möglich gewesen, nachzuvollziehen, wie die Kalkulationen aufgebaut worden seien, und es hätten damit auch jegliche Angaben darüber gefehlt, ob die fraglichen Kosten eventuell in anderen Positionen enthalten gewesen seien.
3.2 Die von der Vergabebehörde mit Schreiben vom 31. Januar 2003 einverlangte Preisanalyse (vgl. Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, E. 3a und 3b) entspricht dem in anderen Kantonen mit Erläuterung bezeichneten Vorgang (vgl. dazu die Zusammenstellung in: Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003 N. 339 ff.). Das Vorgehen der Behörde stützte sich namentlich auf Art. 36 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 der inzwischen aufgehobenen Verordnung vom 26. Juni 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB (vgl. auch Art. 20 der Verordnung vom 11. Juni 2003 über das öffentliche Beschaffungswesen, in Kraft seit 1. Juni 2003), welche, soweit hier interessierend, wie folgt lauteten:

Art. 36 Abs. 1 VöB:

Der Auftraggeber kann von den Anbietern schriftliche Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebotes verlangen.

Art. 34 Abs. 1 VöB:

Ein Anbieter wird vom Zuschlagsverfahren insbesondere ausgeschlossen, wenn er:
a) die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt.
b) (....) - i) (...).
3.3 Der beanstandete Ausschluss vom Vergabeverfahren ist vorliegend ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes und der Rechtsgleichheit zu beurteilen. Aufgrund der Ausführungen im angefochtenen Urteil und der Stellungnahme des Departements (vgl. E. 3.1) kann der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführer nicht als unhaltbar bezeichnet werden. Auch wenn der Offerent seine Preise selber frei kalkulieren darf, kann die Vergabebehörde, um sich über die mutmassliche Qualität und über die Plankonformität der offerierten Leistung ein besseres Bild zu machen, vom Anbieter aufgrund einer willkürfreien Auslegung und Anwendung von Art. 36 Abs. 1 VöB doch verlangen, dass er seine Kalkulation näher begründet. Die Beschwerdeführer haben eine entsprechende Erläuterung verweigert, was ohne Willkür als Grund zum Ausschluss vom

Vergabeverfahren eingestuft werden durfte. Der Standpunkt des Verwaltungsgerichts, vorliegend hätten wichtige Angaben zur Eignung des Angebots gefehlt, weshalb die Vergabebehörde den renitenten Anbieter habe ausschliessen dürfen, auch wenn das anwendbare Beschaffungsrecht dies nicht ausdrücklich vorsehe, erscheint vertretbar: Art. 34 Abs. 1 VöB regelt die Ausschlussgründe nicht abschliessend (Ëin
Anbieter wird [...]insbesondere ausgeschlossen, wenn er [...]¨), ferner sind Mängel, die eine seriöse sachliche Beurteilung des Angebots ausschliessen, zum Vornherein nicht zu akzeptieren (Galli/Moser/Lang, a.a.O. N. 248).

Auch der Einwand, die - schliesslich berücksichtigte - ARGE 2 sei besser behandelt worden, indem sie zweimal Gelegenheit erhalten habe, ihr Angebot zu erläutern, erscheint nicht stichhaltig: Die ARGE 2 hatte (im Gegensatz zur ARGE 1) auf ergangene Aufforderung hin ergänzende Angaben gemacht. Diese reichten zwar noch nicht aus, was es rechtfertigte, von ihr weitere Auskünfte zu verlangen, die alsdann aber zeigten, in welchen Positionen die erforderlichen Reserven für die zu tief kalkulierten Einheitspreise enthalten waren (vgl. Schreiben der ARGE 2 vom 30. Oktober und 8. November 2002). Von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein.

4.
Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG).

Den Beschwerdegegnerinnen, welche auf eine Beschwerdeantwort verzichtet haben, ist im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden. Sie haben daher keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.– wird den Beschwerdeführern auferlegt, unter solidarischer Haftung.
3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Staatsrat des Kantons Wallis und dem Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 29. Oktober 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: