Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.136/2006 /zga

Urteil vom 30. November 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger, Müller,
Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
B._____ AG,
Beschwerdeführerinnen, vertreten durch
Rechtsanwalt Hans-Rudolf Wild,

gegen

Kanton Luzern, 6000 Luzern, vertreten durch Rechtsanwalt Franz Hess, Postfach 136, 6048 Horw,
Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Abgaberechtliche Abteilung, Obergrundstrasse 46, 6002 Luzern.

Gegenstand
Art. 9 BV (Submission),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern
vom 18. April 2006.

Sachverhalt:
A.
Im Luzerner Kantonsblatt vom 3. September 2005 schrieb der Kanton Luzern die Herstellung, den Druck, die Verwaltung, den Versand sowie den Verkauf und die Abonnementsverwaltung (inklusive Inkasso der Abonnementsgebühren) des Luzerner Kantonsblattes und der kantonalen Gesetzessammlung für vier Jahre im offenen Verfahren zur Bewerbung aus. Als Zuschlagskriterien wurden in den Ausschreibungsunterlagen - nebst den so genannten k.o.- Kriterien (Erfüllung Vergabegrundsätze, Bonität, Erfahrung Periodika, Abonnementsverwaltung und Deutschsprachigkeit) - genannt und gewichtet:
Referenzen 10 %
Geeignete Vorstufen-Abteilung, Ausrüsterei/
Lager, Kurierdienst-Übermittlung, Personelle
Ressourcen 40 %
Know-how neue Medien 10 %
Administrative Leistungen, Qualität der Offertgestaltung 10 %
Gesamteindruck/Plausibilität 10 %
Netto-Gesamt-Jahrespreis 20 %
Total 100 %
Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll vom 18. Oktober 2005 reichten vier Unternehmungen fristgerecht ein Angebot ein, darunter die Bietergemeinschaft B._____ AG. Ihr Angebot erwies sich mit einem Netto-Gesamtjahrespreis von Fr. 492'700.– als das günstigste. Ferner hatten offeriert die D._____ AG (zum Preis von Fr. 611'300.–), die Druckerei C._____ AG (zum Preis von Fr. 712'922.–) und die bisherige Leistungs-

erbringerin, die A._____ AG, (zum Preis von Fr. 722'500.–).
Die von der Vergabebehörde vorgenommene Bewertung der vier Angebote ergab folgendes Bild:
1. A._____ AG 86, 5 Punkte
2. B._____ AG 83, 5 Punkte
3. Druckerei C._____ AG 79, 5 Punkte
4. D._____ AG 74, 25 Punkte
B.
Mit Beschluss vom 22. November 2005 vergab der Regierungsrat des Kantons Luzern den Auftrag zum Preis von Fr. 722'500.– an die A._____ AG, Luzern. Zur Begründung führte der Staatsschreiber im Wesentlichen aus, beim berücksichtigten Angebot handle es sich um dasjenige mit dem besten Preis/Leistungsverhältnis.
Gegen diese Verfügung erhob die Bietergemeinschaft B._____ AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Luzern und reklamierte den Zuschlag für sich.
Mit Urteil vom 18. April 2006 korrigierte das Verwaltungsgericht die Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerinnen beim Kriterium K̈urierdienstüm 2 Punkte und beim Kriterium Q̈ualität der Offertgestaltungüm 0,5 Punkte nach oben, wodurch sich deren Punktetotal auf 86 erhöhte und damit nur noch ganz knapp hinter dem Total von 86,5 Punkten des berücksichtigten Angebots der A._____ AG lag. Das Verwaltungsgericht erkannte, der angefochtene Zuschlag erweise sich damit im Ergebnis als rechtens, und wies die Beschwerde ab.
C.
Mit Eingabe vom 22. Mai 2006 führt die Bietergemeinschaft B._____ AG (im Folgenden: B̈eschwerdeführerinnen) staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 18. April 2006 aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses zurückzuweisen.
Der Kanton Luzern beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern schliesst auf Abweisung der Beschwerde.
D.
Mit Verfügung vom 13. Juni 2006 schrieb der Abteilungspräsident das gleichzeitig mit der Beschwerdeeinreichung gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (aufschiebende Wirkung) vom Geschäftsverzeichnis ab, nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Vertrag zwischen dem Kanton Luzern und der A._____ AG über die ausgeschriebenen Leistungen am 26. April 2006 unterzeichnet worden war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales Submissionsrecht stützt und gegen den mangels Zulässigkeit eines anderen eidgenössischen Rechtsmittels nur die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).
1.2 Die Beschwerdeführerinnen waren am vorliegenden kantonalen Submissionsverfahren beteiligt und sind als übergangene Bewerberinnen zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG). Ist der Zuschlagsentscheid schon in Vollzug gesetzt und mit dem ausgewählten Konkurrenten - wie vorliegend - bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, kann nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der ängefochtenen Verfügungverlangt werden (vgl. Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02], BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f.). Der Antrag in der staatsrechtlichen Beschwerde kann insoweit nur noch auf Aufhebung des angefochtenen Rechtsmittelentscheides sowie auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der ergangenen Zuschlagsverfügung lauten. Im Falle einer Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde stellt das Bundesgericht zusätzlich zur Aufhebung des Rechtsmittelentscheides auch die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheides fest, sofern diese Frage spruchreif ist (BGE 130 I 258 E. 1.2 S. 261). Soweit die Beschwerdeführerinnen mehr verlangen (nämlich explizit die Rückweisung der Sache an das Verwaltungsgericht zu neuer Entscheidung), kann auf ihre Begehren nicht eingetreten
werden (kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde, BGE 129 I 173 E. 1.5 mit Hinweisen).
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).
1.4 Mit staatsrechtlicher Beschwerde können grundsätzlich keine Tatsachen und Beweismittel sowie keine rechtlichen Argumente vorgebracht werden, welche nicht bereits im kantonalen Verfahren geltend gemacht wurden. Erlaubt sind jedoch solche neuen Vorbringen, zu deren Geltendmachung erst die Begründung des angefochtenen Entscheides Anlass gibt, sowie Gesichtspunkte, die sich derart aufdrängen, dass sie von der kantonalen Instanz von Amtes wegen hätten berücksichtigt werden müssen (BGE 99 Ia 113 E. 4a; 129 I 49 E. 3 S. 57, mit Hinweis).
2.
2.1 Vor Bundesgericht streitig ist noch die Gesamt-Preisbewertung der eingereichten Angebote. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf Art. 13 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB [AS 2003 196 ff.]). Diesem Konkordat ist der Kanton Luzern mit Dekret vom 14. Juni 2004 beigetreten. Des weiteren wird eine Verletzung des Willkürverbotes (Art. 9 BV) gerügt.
2.2 Nach Art. 13 lit. f IVöB hat die kantonale Gesetzgebung durch geeignete Zuschlagskriterien zu gewährleisten, dass der Zuschlag an das ẅirtschaftlich günstigste Angebotf̈ällt. Eine entsprechende Bestimmung enthält § 5 Abs. 1 des luzernischen Gesetzes vom 29. Oktober 1998 über die öffentlichen Beschaffungen, wobei § 5 Abs. 2 die Handhabung dieses Vergabekriteriums näher umschreibt. Dass der kantonale Gesetzgeber den in Art. 13 lit. f des Konkordates enthaltenen Regelungsauftrag nicht richtig ausgeführt habe, wird mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht geltend gemacht. Es kann sich alsdann einzig darum handeln, ob der angefochtene Entscheid mit der genannten kantonalen Gesetzesbestimmung im Einklang steht, was das Bundesgericht lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft (Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, S. 86). Die auf S. 12 und 15 der Beschwerdeschrift mitangerufene Bestimmung von Art. 13 lit. d IVöB betrifft die Gestaltung der Eignungskriterien, die vorliegend nicht in Frage stehen.
2.3 Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht weicht vom Entscheid der kantonalen Behörde nur ab, wenn dieser offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Es greift nur ein, wenn nicht bloss die Begründung des Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 128 II 259 E. 5 S. 280, 127 I 54 E. 2b S. 56 mit Hinweisen).
3.
3.1 Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Beurteilungsmatrix) fällt das Kriterium des Netto-Gesamt-Jahrespreises für die Bewertung mit 20 % ins Gewicht (vgl. vorne Ä.̈). Die Beschwerdeführerinnen akzeptieren, dass 5 Punkte für gewisse Kriterien einzeln verteilt werden und damit für die Gesamtpreisbewertung noch maximal 15 Punkte zur Verfügung stehen (vgl. S. 7 der Beschwerdeschrift). Die Vergabebehörde dividierte diese volle Punktzahl durch die Anzahl Anbieter (4) und verteilte den hieraus resultierenden Wert von 3,75 wie folgt auf die einzelnen Anbieter: Das niedrigste Angebot (Rang 1) erhielt 4 x 3,75 = 15 Punkte, das Angebot auf dem 2. Rang 3 x 3,75 = 11,25 Punkte, jenes auf dem 3. Rang 2 x 3,75 = 7,5 Punkte und jenes auf dem 4. Rang 1 x 3,75 Punkte. Da vorliegend der Preisunterschied zwischen den Angeboten auf Rang 3 und 4 nur rund 1,3 % beträgt, erachtete die Vergabebehörde diese beiden Angebote als preislich gleichwertig. Sie teilte daher auch dem auf Rang 4 liegenden Anbieter (der A._____ AG) 7,5 Punkte zu (vgl. S. 13/14 des angefochtenen Entscheides).
3.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass eine derartige Bewertung nicht geeignet sei, den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu gewährleisten. Auch wenn es sich bei der streitigen Vergebung um einen komplexen Auftrag handle, bei dem im Gegensatz zu standardisierten Werken anderen Kriterien gegenüber den Kosten ein erhöhtes Gewicht zukomme, dürfe der Grundsatz, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen sei, seines Gehaltes nicht entleert werden. Um den Zuschlag an das mehr als 45 % teurere Konkurrenzangebot zu rechtfertigen, habe die Vergabebehörde mehrere Kunstgriffe angewandt. Das Vorgehen, die Gesamtpunkte durch die Anzahl eingegangener Offerten zu teilen, sei schon an sich ungeeignet, weil damit der Zuschlag von der Anzahl der Offerten abhängig werde. Wären vorliegend 10 Offerten eingegangen, wäre pro Anbieter nur ein Wert von 1,5 Punkten zu vergeben gewesen, und die A._____ AG hätte mit dem letzten Rang nur 1,5 Punkte erhalten. Zudem habe sich die Vergabebehörde nicht an ihre eigenen Regeln gehalten; bei konsequenter Anwendung ihres Systems hätte die A._____ AG nur 3,75 statt 7,5 Punkte bekommen dürfen. Wenn das Kriterium des Preises gemäss der Ausschreibung nur mit 20 % bzw. mit 15 %

gewichtet werde, sei es willkürlich, zugleich eine Bewertungsmethode anzuwenden, welche die Differenzen zwischen den offerierten Preisen noch glätte, statt sie in ihrem tatsächlichen Ausmass wiederzugeben.
3.3 Die erwähnten Rügen sind, entgegen den Darlegungen in der Vernehmlassung des Kantons, nicht neu. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden nicht die Preisgewichtung von 20 % bzw. 15 % als solche, was sie gegebenenfalls durch gesonderte Anfechtung der Ausschreibung hätten tun können und müssen (vgl. § 28 Abs. 1 lit. a des kantonalen Submissionsgesetzes), sondern die Art und Weise, wie diese Vorgabe in der Folge umgesetzt wurde. Den Einwand, dass die gewählte Bewertungsmethode die Preisunterschiede in unzulässiger Weise glätte bzw. die Differenzen verzerrt wiedergebe, haben sie - wenn auch in knapper Form (vgl. S. 12 der Beschwerde an das Verwaltungsgericht vom 5. Dezember 2005 sowie S. 6 der Replik vom 6. März 2006) - bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erhoben.
3.4 Die kantonalen Instanzen gehen zutreffend davon aus, dass bei komplexeren Aufträgen andere Kriterien (Qualität, Termine, Umwelt-belastung, Ästhetik usw.) neben dem Preis eine stärkere Bedeutung erhalten können, als dies bei standardisierten Leistungen der Fall ist. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang eine Gewichtung des Preises mit 20 Prozent allerdings als unterste Grenze bezeichnet, ansonsten der Grundsatz der Berücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes seines Gehaltes entleert würde (BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327, Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3). Bei der Ausgestaltung der Preiskurve steht der Vergabebehörde jedoch ein weites Ermessen zu (Urteil 2P.111/2003, a.a.O., mit Hinweis). Eine flache Preiskurve ist nicht unzulässig; sie kann aber in Kumulation mit einer äusserst schwachen Gewichtung des Preises zu unhaltbaren Ergebnissen führen (BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327 f., Urteil 2P.111/2003, a.a.O.).
3.5 Vorliegend erscheint schon die niedrige Gewichtung des Preises mit 20 % zweifelhaft. Das Fachwissen der einzelnen Anbieter mag zwar von zentraler Bedeutung sein. Jedoch werden in der Ausschreibung druckereispezifische Standard-Leistungen verlangt, die jedes qualifizierte Unternehmen dieser Branche zu ähnlichen Bedingungen erbringen können sollte. Die Beschwerdeführerinnen stellen die niedrige Gewichtung des Preises zwar nicht in Frage (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Sie machen aber zu Recht geltend, dass die geringe Bedeutung dieses Kriteriums nicht noch - nämlich durch eine unkorrekte Verteilung der Punkte an die einzelnen Konkurrenten - zusätzlich abgeschwächt werden darf.
3.6 Das im vorliegenden Fall gewählte Bewertungssystem erscheint schon deshalb willkürlich, weil es den Abständen zwischen den einzelnen Preisofferten keine Rechnung trägt; die Vergabebehörde sah sich denn auch veranlasst, der letztklassierten Bewerberin wegen des geringen Preisunterschiedes in Abweichung vom gewählten System die gleiche Punktzahl zu geben wie der vor ihr liegenden Bewerberin. Dazu kommt, dass bei diesem System die Punktedifferenz zwischen den einzelnen Anbietern von der Anzahl der Offerenten abhängt; wären vorliegend mehr Anbieter mit tieferen Preisen beteiligt, hätte die A._____ AG mit ihrem Preisangebot entsprechend weniger Punkte erhalten. Die Vermutung der Beschwerdeführerinnen, das von der Vergabebehörde für den Preis gewählte - in der Ausschreibung nicht angekündigte - ungewöhnliche Bewertungssystem ziele darauf ab, der A._____ AG als bisheriger (und als Vertragspartnerin offenbar weiterhin erwünschter) Auftragnehmerin trotz des hohen Preisunterschiedes gegenüber dem Angebot der B._____ AG einen übermässigen Punkteverlust zu ersparen, lässt sich nicht von der Hand weisen. Dieser Verdacht liegt umso näher, als die Vergabebehörde in der Beurteilungsmatrix selber festhält, der tiefe Gesamtpreis der
Offerte der Beschwerdeführerinnen beruhe auf einer mutmasslichen Ünterschätzung des Aufwandes.

Es erscheint verständlich, dass der Kanton Luzern für die Herstellung und den Vertrieb des Kantonsamtsblattes und der Gesetzessammlung sich nicht an einen Vertragspartner binden will, der für die hiezu erforderlichen Aufwendungen ungenügend entschädigt wird und deswegen möglicherweise nicht gewillt oder nicht in der Lage sein könnte, die übernommenen Pflichten während der gesamten vierjährigen Vertragsdauer korrekt zu erfüllen. Wenn jedoch die Vergabebehörde Überlegungen dieser Art in ihren Entscheid einfliessen lassen will, hat sie die Eignungs- oder Zuschlagskriterien entsprechend auszugestalten, um allfällige dahingehende Hinderungsgründe korrekt und überprüfbar erfassen zu können. Überdies kann sie den angebotenen Preis eines Offerenten in Frage stellen und bei einem Angebot, welches viel niedriger als die anderen ist, den Nachweis verlangen, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann (vgl. § 18 der kantonalen Verordnung vom 7. Dezember 1998 zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen).

Auch wenn dem Kriterium des Preises gemäss der Ausschreibung lediglich ein Gewicht von 20 % zukommt, soll dieses Kriterium bei der Evaluation dennoch objektiv gehandhabt werden. Dies ist nach dem Gesagten

vorliegend insoweit nicht der Fall, als die Preiskurve zusätzlich zur niedrigen Gewichtung dieses Kriteriums flach ausgestaltet und ein von Zufälligkeiten abhängiges Bewertungssystem gewählt wurde, welches sich in auffälliger Weise zu Gunsten der bisherigen Auftragnehmerin auswirkte.
3.7 In Abweichung von ihrem ursprünglichen, selbst gewählten System (vgl. E. 3.1) teilte die Vergabebehörde durch die Gleichbehandlung des dritt- und viertplatzierten Angebotes der A._____ AG zusätzliche Punkte zu, was ihr ermöglichte, das Angebot der bisherigen Leistungserbringerin, welches um rund 45 % oder mehrere hunderttausend Franken pro Jahr teurer zu stehen kommt als dasjenige der Beschwerdeführerinnen, auf den ersten Platz zu setzen. Dies führt zum unhaltbaren Ergebnis, dass der Kanton unter Umständen 10 Jahre lang (Vertragsdauer vier Jahre, mit Verlängerungsmöglichkeit um dreimal je zwei Jahre) zusätzliche öffentliche Mittel für eine Leistung aufwenden muss, deren Qualität den Preisunterschied möglicherweise in keiner Weise rechtfertigt.
4.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil aufzuheben. Zudem ist festzustellen (vgl. E. 1.2), dass der ergangene Zuschlagsentscheid (Beschluss des Regierungsrates des Kantons Luzern vom 22. November 2005) im Sinne der vorstehenden Erwägungen bundesrechtswidrig ist.

Bei diesem Verfahrensausgang hat der Kanton Luzern, der vorliegend Vermögensinteressen im Sinne von Art. 156 Abs. 2 OG wahrnimmt, die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen und die Beschwerdeführerinnen für dieses Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG, vgl. BGE 130 I 258 E. 6 S. 268).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern (Abgaberechtliche Abteilung) vom 18. April 2006 aufgehoben.
2.
Es wird festgestellt, dass der ergangene Zuschlagsentscheid (Beschluss des Regierungsrates des Kantons Luzern vom 22. November 2005) im Sinne der Erwägungen bundesrechtswidrig ist.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird dem Kanton Luzern auferlegt.
4.
Der Kanton Luzern hat die Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 5'000.– zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 30. November 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: