

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 412/2007

Urteil vom 4. Dezember 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Karlen,
Gerichtsschreiber Häberli.

Parteien
1. X. _____ AG,
2. Y. _____ AG,
Beschwerdeführerinnen, vertreten durch
Rechtsanwalt Matthias Ebnetter,

gegen

Z. _____ AG,
Beschwerdegegnerin,
Regierungsrat des Kantons Schwyz,
Bahnhofstrasse 9, 6430 Schwyz,
Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Kammer III, Kollegiumstrasse 28, 6430 Schwyz.

Gegenstand
kantonale Submission (Projekt GIS-LWN),

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz, Kammer III, vom 12. Juli 2007.

Sachverhalt:

A.

Die Direktzahlungen, welche der Bund an die Schweizer Landwirte ausrichtet, sind insbesondere von Nutzungsart und Fläche des bewirtschafteten Bodes abhängig (vgl. die Verordnung des Bundesrats über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft [SR 910.13]). Weil die relevanten bodenbezogenen Daten teilweise veraltet sind, haben die Bundesämter für Landwirtschaft und für Landestopographie ein gesamtschweizerisches Projekt zur "Aktualisierung der landwirtschaftlichen Nutzflächen" (Projekt LWN) gestartet. In dessen Rahmen hat der Kanton Schwyz am 10. November 2006 (im offenen Verfahren) einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben, welcher die digitale Erfassung der landwirtschaftlichen Nutzflächen im Kanton (einschliesslich ökologische Ausgleichsflächen, Betriebsgebiete und landwirtschaftlicher Produktionskataster) mittels eines Geoinformationssystems (GIS) umfasst. Den Zuschlag erhielt die Arbeitsgemeinschaft der X. _____ AG und der Y. _____ AG zum Preis von 299'761.25 Franken (Beschluss des Regierungsrats vom 30. Mai 2007). Hiergegen gelangte die Z. _____ AG - welche in der Angebotsbewertung (nur) den zweiten Platz belegte, obschon sie mit 209'881.70 Franken ein wesentlich billigeres Angebot eingereicht hatte als die obsiegenden Konkurrentinnen - ans Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz. Mit Urteil vom 12. Juli 2007 hat dieses die Beschwerde gutgeheissen, den Vergabeentscheid aufgehoben und den Zuschlag der Z. _____ AG erteilt.

B.

Am 20. August 2007 haben die X. _____ AG und die Y. _____ AG gemeinsam in einer einzigen Eingabe sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde

eingereicht. Sie stellen den Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. Juli 2007 sei aufzuheben und der Zuschlag ihnen zu erteilen.

Die Beschwerdegegnerin und das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz beantragen, die Beschwerden abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei. Der Regierungsrat des Kantons Schwyz schliesst auf Gutheissung der Beschwerden.

C.

Mit Verfügung vom 26. September 2007 hat das präsidierende Mitglied der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts den Beschwerden aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen steht, zumal die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nur dann in Frage kommt, wenn das ordentliche Rechtsmittel unzulässig ist. 1.1 Art. 83 lit. f BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) und wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Wie die Parteien richtig erkannt haben, müssen diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (zur Publikation bestimmten Urteil 2C 224/2007 vom 10. September 2007, E. 2.1).

1.2 Das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist nicht leichthin anzunehmen und die Ausnahmebestimmung von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG streng zu handhaben. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich vielmehr um eine Frage handeln, deren Klärung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Entscheidung ruft (Urteil 2C 116/2007 vom 10. Oktober 2007, E. 4.2).

1.3 Der für Dienstleistungsaufträge massgebende Schwellenwert von 248'950 Franken (vgl. Art. 6 BoeB in Verbindung mit Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007 [SR 172.056.12]) hat vorliegend als erreicht zu gelten: Im Zeitpunkt der Ausschreibung ging die Vergabebehörde - aufgrund der Erfahrungen, welche sie im Rahmen eines Pilotprojekts gewonnen hatte - von einem "Kostenrahmen" zwischen 350'000 und 450'000 Franken aus, und der "Mittelwert" der eingereichten Angebote lag gemäss den Feststellungen der Vorinstanz knapp über 400'000 Franken (vgl. E. 3.1). Die erste Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist mithin erfüllt, da der geschätzte Wert des Auftrags über dem massgebenden Schwellenwert liegt; es schadet insoweit nicht, dass der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin, welche im vorinstanzlichen Verfahren den Zuschlag erhalten hat, mit 209'881.70 Franken darunter liegt.

1.4 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht nicht auf eine Rechtskontrolle beschränkt und ins Ermessen der Vergabebehörde eingegriffen. Insoweit stelle sich die Rechtsfrage (von grundsätzlicher Bedeutung), ob ein letztinstanzliches kantonales Gericht der Vergabebehörde vorschreiben könne, wie das Zuschlagskriterium des Preises bei der Bewertung der Angebote zu handhaben sei. Die Beschwerdeführerinnen verkennen offensichtlich, dass sich das Bundesgericht mit diesem Punkt bereits im (ihnen bekannten) Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007 auseinandergesetzt hat: Es hielt fest, dass aufgrund der unbestimmten Vorgaben in der Ausschreibung - aber auch wegen des nicht ohne weiteres voraussehbaren Inhalts der Offerten - bezüglich der Festsetzung der Preiskurve regelmässig eine grosse Gestaltungsfreiheit besteht. Weil es dabei um eine Konkretisierung jener Vorgaben geht, welche sich für die Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises einerseits aus der Ausschreibung und andererseits aus den einschlägigen Rechtsnormen ergeben, kommt der Vergabebehörde jedoch nicht ein eigentliches Ermessen zu. Vielmehr geht es insoweit um einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle der kantonalen

Verwaltungsgerichte unterliegt, auch wenn diese regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben (E. 3.2). Im zitierten Entscheid erachtete das Bundesgericht es deshalb als zulässig, dass das basel-landschaftliche Kantons-

gericht das Evaluationsergebnis korrigierte, zumal dieses auf einer von der Rechtsmittelbehörde - weil zu flach verlaufend - als fehlerhaft betrachteten Preiskurve basierte. Damit steht fest, dass die letzte kantonale Instanz aufgrund der von ihr auszuübenden Rechtskontrolle (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a der interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB]) befugt ist, die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve zu überprüfen und aufgrund einer allfälligen Korrektur einen abweichenden Zuschlagsentscheid zu fällen. Ob im Einzelfall ein Eingreifen der Rechtsmittelinstanz zulässig oder geboten ist, hängt von den jeweiligen konkreten Umständen ab und stellt insoweit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl. BGE 133 III 493 E. 1.2 S. 496). Mithin ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 Abs. 1 BGG nicht einzutreten, weil die Voraussetzung von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht erfüllt ist.

2.

2.1 In Submissionsstreitigkeiten steht gegen Entscheide letzter kantonomer Instanzen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte zur Verfügung, falls die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. f BGG ausgeschlossen ist (vgl. Art. 113 und Art. 116 BGG). Die Beschwerdeführerinnen sind in rechtlich geschützten Interessen betroffen, zumal das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid den ihnen erteilten Zuschlag aufgehoben hat (vgl. Art. 115 lit. b BGG). Weiter haben sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (vgl. Art. 115 lit. a BGG), auch wenn sie in der eingereichten Vernehmlassung keinen konkreten Verfahrensantrag gestellt haben. Mithin ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig.

2.2 Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 116 BGG), wobei hiefür das sog. Rügeprinzip gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BBl 2001 4344). Dieses verlangt, dass der Beschwerdeführer in seiner Eingabe dartut, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind; das Bundesgericht untersucht nicht von sich aus, ob der angefochtene kantonale Entscheid verfassungsmässig ist, sondern prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.; 119 Ia 197 E. 1d S. 201). Wird eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend gemacht, genügt es nicht, wenn der Beschwerdeführer bloss den angefochtenen Entscheid kritisiert, wie er dies in einem appellatorischen Verfahren tun könnte, bei dem die Rechtsmittelinstanz die Rechtsanwendung frei überprüfen kann. Er muss deutlich dartun, welche Vorschriften oder allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze die kantonalen Behörden in einer gegen Art. 9 BV verstossenden Weise verletzt haben sollen (BGE 117 Ia 10 E. 4b S. 12, mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeschrift diesen Anforderungen nicht genügt und sich in appellatorischer Kritik erschöpft, ist auf sie nicht einzugehen.

3.

Streitig ist im vorliegenden Verfahren allein die Handhabung des Zuschlagskriteriums des Preises bzw. die Ausgestaltung der Preiskurve:

3.1 Der Angebotspreis bildete mit einer Gewichtung von 50 Prozent (200 Punkten) das Hauptkriterium für den Zuschlag; die übrigen Kriterien "Anbieter" und "technische Lösung" wurden mit 30 bzw. 20 Prozent gewichtet (120 bzw. 80 Punkte). Für die Bewertung der eingegangenen Offerten hinsichtlich des Preises wurde entsprechend den "Empfehlungen für die Submission von Aufträgen aus der amtlichen Vermessung unter dem Aspekt der Qualitätserhaltung" verfahren, welche die Konferenz der kantonalen Vermessungsämter im Herbst 2005 abgegeben hat: Zunächst bestimmte die Vergabebehörde die Bandbreite, innerhalb derer sie die Punkte im Wesentlichen verteilen wollte. Hierzu berechnete sie aufgrund der fünf Angebote aus dem preislichen Mittelfeld einen "Mittelwert", der bei 400'111.54 Franken zu liegen kam. Alsdann setzte sie die Unter- und die Obergrenze je 25 Prozent unter bzw. über diesem Mittelwert fest, so dass eine Preisspanne von 300'083.66 bis 500'139.43 Franken resultierte. Innerhalb dieses Bereichs bewertete sie die einzelnen Angebote linear, wobei sie für einen der Untergrenze entsprechenden Preis 190 Punkte und für einen der Obergrenze entsprechenden Preis 10 Punkte vergab. Lag der Preis eines Angebots tiefer als die Untergrenze, so

konnte dieses - angesichts des Punktemaximums von 200 Punkten - höchstens noch zehn zusätzliche Punkte erzielen, während ein überteuertes Angebot, dessen Preis über der Obergrenze lag, keine Punkte mehr erhielt.

3.2 Das Verwaltungsgericht hat dieses Bewertungssystem als grundsätzlich tauglich erachtet, weil es die (unerwünschten) Verzerrungen abschwäche, welche sehr billige und sehr teure Angebote auf die Punkteverteilung hätten. Bemängelt hat es aber dessen Umsetzung im konkreten Fall: Die Bandbreite von 300'083.66 bis

500'139.43 Franken, welche die Vergabebehörde für die Bewertung des Preises gewählt habe, sei den Verhältnissen nicht angepasst. Dies zeige der Umstand, dass die Preise jener sechs Angebote, welche bei den beiden qualitativen Kriterien die höchsten Punktzahlen erreichten, zwischen 200'000 und 440'000 Franken lagen. Zudem hätten drei der fraglichen Konkurrenten ihre Dienstleistungen für weniger als 300'000 Franken angeboten, womit ihre Preise nicht in die Bandbreite für die Bewertung fielen. Diese Gegebenheiten hätten dazu geführt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin nur fünf Punkte mehr erhalten habe als jenes der Beschwerdeführerinnen, obschon es um rund 30 Prozent billiger sei. Wenn markante Preisunterschiede nur eine derart geringfügige Auswirkung auf die Bewertung hätten, so werde die mit 50 Prozent angegebene Gewichtung des Preises unterlaufen. Das Verwaltungsgericht dehnte deshalb die Bandbreite auf einen Bereich von 35 Prozent unter bis 35 Prozent über dem Mittelwert aus (260'072.50 bis 540'015.60 Franken). Dies führte zu einer Differenz von 30 Punkten zwischen dem Angebotspreis der Beschwerdeführerinnen und jenem der Beschwerdegegnerin, so dass die Offerte der Letzteren gesamthaft am meisten Punkte erzielte.

3.3 Die gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerdeschrift erschöpft sich in weiten Teilen in appellatorischen Ausführungen, auf die im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht einzugehen ist (vgl. E. 2.2). Soweit sie rechtsgenügeliche Vorbringen enthält, vermögen diese nicht durchzudringen: Zunächst handelt es sich beim Angebot der Beschwerdegegnerin keineswegs um einen "Ausreisser" mit einem derart tiefen Preis, dass er zu Recht ausserhalb der für die Bewertung gewählten Bandbreite liegt. Es war unter qualitativen Gesichtspunkten das fünftbeste von den zwanzig eingereichten, wobei der offerierte Preis als drittgünstigster um immerhin 75 Prozent teurer war als der - wohl tatsächlich als "Ausreisser" zu bezeichnende - billigste. Weiter leuchtet ein, dass der Angebotspreis die ihm von der Vergabebehörde zugeordnete Funktion als Hauptzuschlagskriterium nicht zu erfüllen vermag, wenn sich Preisunterschiede gerade bei den interessantesten (weil qualitativ besten) Angeboten kaum in Punkten niederschlagen können, weil die Hälfte von ihnen unter der Bewertungsuntergrenze liegt. Bei diesen Gegebenheiten wäre es Sache der Vergabebehörde gewesen, die Preisbewertung besser auf die eingegangenen Angebote abzustimmen. Eine derartige

Festsetzung der Preiskurve in Berücksichtigung der konkreten Angebote ist entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht verfassungswidrig. Es ist im Gegenteil festzuhalten, dass die Verwendung eines an sich tauglichen Bewertungssystems die Vergabebehörde nicht davon entbindet, dessen Ergebnis im konkreten Fall auf seine Sachgerechtigkeit hin zu überprüfen. Jedenfalls verstösst die Auffassung der Vorinstanz, der beträchtliche Preisvorteil des Angebots der Beschwerdegegnerin (im Umfang von rund 30 Prozent) sei durch die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve nur ungenügend berücksichtigt worden, nach dem Gesagten nicht gegen das Willkürverbot (vgl. Art. 9 BV; BGE 127 I 60 E. 5a S. 70). Gleiches gilt hinsichtlich ihres Vorgehens im Zusammenhang mit der Ausweitung der Bandbreite für die Preisbewertung. Schliesslich ist weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern eine verfassungswidrige "Untergewichtung" der Qualitätsaspekte der eingereichten Angebote vorliegen sollte. Ein solcher Mangel ergibt sich nicht etwa bereits aus dem Umstand, dass die punktemässige Bewertung der zwanzig Angebote bei den Qualitätskriterien weniger grosse Unterschiede aufweist als bei den Preisen.

4.

Demnach ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigung ist keine auszurichten (Art. 68 BGG).

Das Bundesgericht erkennt:

1.

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

2.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'500.- wird den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht (Kammer III) des Kantons Schwyz schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Dezember 2007

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: