

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

#### 1.28. Übriges Verwaltungsrecht / Autres domaines du droit administratif

##### (1) Zuschlag und Vertragsschluss bei Submissionsverfahren.

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 20. Januar 2014, i.S. A. AG c. Stiftung B. und C. AG, Beschwerde (BGer 2C\_346/2013, nicht zur Publikation vorgeesehen).



**MICHAEL LIPS**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich



**ANDREA P. LIPPUNER**

MLaw, Rechtsanwältin, Zürich

### 1. Zusammenfassung des Sachverhalts

Das Gericht fasst den Sachverhalt wie folgt zusammen: «Die Stiftung B. (*Beschwerdegegnerin 1 bzw. Vergabestelle*) schrieb im kantonalen Amtsblatt vom 5. Juli 2012 die Ersatzbeschaffung eines Computertomographen für die Radiologie im offenen Vergabeverfahren aus. Innert der verlängerten Ausschreibungsfrist gingen vier Angebote ein, von denen zwei wegen Nichteinhaltung der Vorgaben ausgeschlossen wurden. Von den zwei verbleibenden Angeboten erzielten dasjenige der C. AG (*Beschwerdegegnerin 2*) 282.5 Punkte, dasjenige der A. AG (*Beschwerdeführerin*) 176.25 Punkte. Dementsprechend erfolgte die Vergabe an die C. AG.

Die A. AG erhob dagegen Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (*Vorinstanz*). Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 5. März 2013, mitgeteilt am 18. März 2013, ab.

Die A. AG erhob am 18. April 2013 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, eventuell subsidiäre Verfassungsbeschwerde, mit dem Antrag, der Zuschlag an die C. AG sei aufzuheben; deren Angebot sei aufzuheben und der Zuschlag an sie – die A. AG – zu erteilen. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem beantragte sie Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Die Autoren haben im vorliegenden Verfahren die Beschwerdegegnerin 2 vertreten.

Die Stiftung B. teilte am 10. Mai 2013 dem Bundesgericht mit, der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin sei am 20. März 2013 abgeschlossen worden. In der Folge wurde mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 30. Mai 2013 das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

Die A. AG hält mit Eingabe vom 27. Mai 2013 an ihren Anträgen fest, ergänzt um einen Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit bzw. Aufhebung des Vertrages, subsidiär auf Schadenersatz in der Höhe des Erfüllungsinteresses. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, die C. AG und die Stiftung B. beantragen Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Die A. AG hält mit ihrer Eingabe vom 22. September 2013 an ihren Begehren fest. Die C. AG dupliziert, die A. AG tripliziert.» (kursiv gedruckte Ergänzungen durch die Autoren).

Zum Vertrag zwischen den beiden Beschwerdegegnerinnen ist zu erwähnen, dass dieser durch Bestellung der Beschwerdegegnerin 1 zustande kam. Die Beschwerdegegnerin 2 hielt dazu gegenüber dem Bundesgericht fest: «Mit Bestellung der Beschwerdegegnerin 1 vom 20. März 2013 hat diese das Angebot der Beschwerdegegnerin 2 gemäss deren Offerte vom 29. August 2012 (siehe Beilage 5) angenommen. Dadurch wurde zwischen der Beschwerdegegnerin 1 und der Beschwerdegegnerin 2 ein Kauf- und Liefervertrag über das Beschaffungsobjekt abgeschlossen (Art. 1 ff. OR).» (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 2 vom 10. Mai 2013 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung).

### 2. Zusammenfassung der Erwägungen

#### 2.1 Verfügung vom 30. Mai 2013 betr. Gesuch um aufschiebende Wirkung

Ohne näher auf das Zustandekommen des Vertrages zwischen den beiden Beschwerdegegnerinnen einzugehen, erkennt das Gericht in der Verfügung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung, dass der erwähnte Vertrag bereits gültig abgeschlossen worden war:

«In der Beschwerdeschrift vom 18. April 2013 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung in dem Sinn spezifiziert, als darum ersucht wurde, der Vergabebehörde den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin zu untersagen; mit dem bereits erfolgten Vertragsabschluss vom 20. März 2013 ist das Gesuch gegenstandslos geworden. Die Beschwerdeführerin ergänzt allerdings ihr Gesuch nun nachträglich insofern, als vorsorglich durch Ungültigerklärung bzw. Aufhebung des Vertrags jegliche Arbeiten zu stoppen seien.» (E. 2.2)

Das Gericht bestätigt also seine Praxis zum Vertragsabschluss während laufender Beschwerdefrist vor Bundesgericht und lehnt es *in casu* ab, durch vorsorgliche Massnahmen in den bereits zustande gekommenen Vertrag einzugreifen:

«[...] Das Bundesgericht hat verschiedentlich festgestellt, dass – anders als im Hinblick auf kantonale Rechtsmittel – keine Norm den Vertragsabschluss vor Ablauf der Beschwerdefrist untersage (etwa vorgenanntes Urteil 2C\_634/2008); der Vertragsschluss ist damit jedenfalls unter diesem Aspekt nicht ungültig und erst recht nicht nichtig. Es fällt auch sonst ausser Betracht, im von der Beschwerdeführerin beantragten Sinn vorsorgliche Massnahmen anzuordnen: Wie es sich mit der Möglichkeit der Aufhebung bzw. Rückgängigmachung eines Vertrages verhält, der aufgrund eines mit Mängeln behafteten Beschaffungsverfahrens oder sonst wie unkorrekt geschlossen wurde, ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, über die in einem ordentlichen Verfahren umfassend entschieden werden muss (vgl. Urteile 2D\_26/2012 vom 7. August E. 2.2 und 2C\_611/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2 mit Hinweisen). Das spricht gegen ein Eingreifen in einen bereits zustande gekommenen Vertrag bereits durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Ob überhaupt und wenn ja unter welcher ganz besonderen Umständen von diesem Grundsatz abzuweichen wäre, kann offen bleiben. Solche liegen hier nicht vor. [...]» (E. 2.3)

Kein Gehör findet weiter das beschwerdeführerische Argument, der kurz nach Beginn der Beschwerdefrist abgeschlossene Vertrag sei widerrechtlich und damit nichtig. Auch der Verweis auf die bundesgerichtliche Anordnung vom 25. April 2013, wonach alle Vollziehungsvorkehrungen bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu unterbleiben haben, erwies sich für die Beschwerdeführerin als erfolglos (E. 2.3).

Dies zu Recht, ist doch der Vertrag über einen Monat früher abgeschlossen worden, was das Gericht zum Zeitpunkt der erwähnten Anordnung jedoch nicht wusste. Anderenfalls wäre die Anordnung konsequenterweise wohl unterblieben.

## 2.2 Urteil vom 20. Januar 2014

In seinen Erwägungen zum Vorliegen von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung bestätigt das Gericht seine Praxis zur Prüfung von Angeboten durch die Vergabestelle. Dabei macht es eine bemerkenswerte Aussage (E. 1.3.3) zur vertragsrechtlichen Bedeutung von submissionsrechtlichen Angeboten:

«Die Beschwerdeführerin will zwei Rechtsfragen als Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung verstanden wissen: Erstens, ob eine Vergabestelle die Einhaltung der ver-

bindlichen Ausschreibungsanforderungen allein anhand der Selbstdeklaration des Anbieters und ohne eigene Überprüfung bejahen darf, und zweitens, ob sich die gerichtliche Rechtsmittelinstanz bei der Beurteilung, ob diese Anforderungen erfüllt sind, auf eine Willkürprüfung beschränken darf.

Die erste Frage kann in dieser Allgemeinheit nicht beantwortet werden: Einerseits ist unbestritten, dass die Vergabestelle die Angebote prüfen muss und dazu Sachverständige beiziehen kann (vgl. § 28 Abs. 1 der Vergaberichtlinien des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen zur IVÖB [VRöB]). Dazu muss die Vergabestelle die Angebote zumindest einer Plausibilitätskontrolle unterziehen. Andererseits kann aber vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die Selbstdeklarationen in den Offerten in jedem Detailpunkt durch aussenstehende Experten verifiziert werden, insbesondere dann nicht, wenn es sich um Deklarationen handelt, die sich auf die Eigenschaften des Produkts selber beziehen. *Denn es ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- und werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung.* Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist.

Vorliegend hat die Vergabestelle immerhin zwei der vier eingereichten Offerten ausgeschlossen und damit bewiesen, dass sie die Angebote nicht unbesehen akzeptiert hat. Die Beschwerdeführerin macht vier Aspekte geltend, bezüglich welcher das Angebot der Konkurrentin die zwingenden Anforderungen in der Ausschreibung nicht erfüllt. Wie sich aus dem Folgenden (E. 3–6) ergibt, steht dabei aber weniger die Frage im Vordergrund, ob die Selbstdeklaration der Beschwerdegegnerin 2 zutreffend ist, sondern wie die Formulierungen der Anforderungen in der Ausschreibung auszulegen sind. Dabei geht es nicht um eine Grundsatzfrage, sondern um eine Beurteilung des konkreten Einzelfalls.

In Bezug auf die zweite Frage ist klar, dass die Rechtsmittelinstanz eine Rechts- und Sachverhaltsprüfung vornehmen muss (Art. 16 Abs. 1 IVöB) und sich nicht auf eine Willkürkognition beschränken darf. Die Angemessenheit darf sie hingegen nicht überprüfen (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist nicht zu beanstanden bzw. erscheint es gar als geboten, dass die kantonalen Gerichte ihre Prüfung zurückhaltend vornehmen, soweit der Vergabebehörde ein Beurteilungsspielraum

zur Verfügung steht (Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2, m.w.H.). Ob sich die Vorinstanz an diese Grundsätze gehalten hat, ist nicht eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern der Beurteilung des konkreten Einzelfalls.» (E. 1.3.2 ff.; Hervorhebung durch die Autoren)

Dementsprechend tritt das Gericht nicht auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein und nimmt die Verfassungsbeschwerde an die Hand.

In den Erwägungen zu den gerügten Punkten schliesslich bestätigt das Gericht seine Praxis, wonach der Beschwerdeantrag auf Aufhebung des Zuschlags nach dem Abschluss des Vertrages nicht mehr zulässig ist, sondern nur der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages (E. 1.4.1). Insgesamt weist das Gericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

### 3. Bemerkungen

#### 3.1 Vertragsrechtliche Bedeutung von submissionsrechtlichen Angeboten – die Zäsur von BGE 134 II 297

Gemäss dem vorliegend besprochenen Urteil vom 20. Januar 2014 ist ein submissionsrechtliches Angebot eine verbindliche Vertragsofferte.

Dem war, zumindest gemäss Bundesgericht, nicht immer so. Das Gericht hielt im Jahr 2008 fest, dass in Submissionsverfahren eingereichte Angebote technisch noch keine Anträge zum Abschluss eines Vertrages im Sinne vom Art. 3 ff. OR seien (BGE 134 II 297, E. 4.2).

Der damalige Entscheid wurde kritisch kommentiert (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergabe-rechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1710 ff. [zit. BEYELER, Geltungsanspruch]; DERS., Angebot oder Nichtangebot?, recht 2009, 34 ff. [zit. BEYELER, Angebot]; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1092; PETER GAUCH, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind, in: Bau-recht 2/2009, 52 ff.), denn er war umso überraschender, als die Frage zuvor praktisch unbestritten war. Gemeinhin ging man davon aus, dass Angebote in einem Submissionsverfahren zugleich verbindliche Anträge zum Abschluss eines Vertrages sind, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 3 ff. OR erfüllen (BEYELER, Angebot, 36 f., m.w.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1092; GAUCH, a.a.O., 52 f.).

Die Voraussetzungen von Art. 3 ff. OR dürften in aller Regel erfüllt sein: Wird eine vertragliche Leistung öffentlich ausgeschrieben, so werden potentielle Bieter durch die in den Ausschreibungsunterlagen publizierten Vorgaben der Vergabestelle aufgefordert, ein unbedingtes und unwi-

derruffliches Angebot einzureichen. Dieses hat, im Rahmen der ausgeschriebenen Anforderungen, sämtliche wesentlichen Elemente des zukünftigen Vertrages zu enthalten. Dies wiederum ist eine unabdingbare Voraussetzung für die erfolgreiche Zuschlagserteilung, da in jenem Zeitpunkt alle *essentialia negotii* des Vertrages feststehen müssen. Auch vergaberechtlich erlaubte Nachverhandlungen ändern nichts an der dargestellten Rechtslage, da gestützt auf angepasste Vorgaben ein neues unwiderruffliches Angebot einzureichen ist.

Die Sichtweise, wonach submissionsrechtliche Angebote auch vertragsrechtliche Angebote sind, macht ebenfalls im Gesamtkontext öffentlicher Beschaffungen Sinn. Das Zustandekommen, die Gültigkeit sowie die Erfüllung eines Vertrages im Anschluss an ein Submissionsverfahren richten sich zwar nach den Regeln des Privatrechts. Der Vertrag dient aber letztlich der Vollstreckung des Zuschlages. Mit ihm tritt eine öffentliche Beschaffung in ihre letzte Phase.

Lehnt man eine strikte zeitliche Trennung der Anwendung von Vergabe- und Vertragsrecht ab und befürwortet man das Zusammenwirken von Vergabe- und Vertragsrecht, so ist auch die doppelte Relevanz gewisser Sachverhaltselemente – z.B. von Offerten – zu anerkennen (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2409 f., 2418 ff. und 2422).

#### 3.2 Vertragsrechtliche Bedeutung von submissionsrechtlichen Angeboten – die Klarstellung im Urteil 2C\_346/2013

Also doch: Ein Angebot ist ein Angebot. Wie erwähnt stellt das Gericht im vorliegend besprochenen Urteil klar, dass ein submissionsrechtliches Angebot eine verbindliche Vertragsofferte darstellt.

Zwar hat das Gericht im fraglichen Entscheid nicht in erster Linie zu beurteilen, ob zwischen den beiden Beschwerdegegnerinnen ein rechtsgültiger Vertrag zustande gekommen war oder nicht. Es greift den Punkt aber bei der Prüfung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Zudem ist das Vorliegen eines rechtsgültigen Vertrages natürlich von zentraler Bedeutung für den Umfang des Rechtsschutzes, welcher der Beschwerdeführerin überhaupt noch zusteht.

Auch wenn die Klarstellung zur vertragsrechtlichen Bedeutung von submissionsrechtlichen Angeboten als *obiter dictum* und ohne Auseinandersetzung mit der in BGE 134 II 297 noch vertretenen gegenteiligen Auffassung erfolgte – der Entscheid ist auf jeden Fall zu begrüssen.

#### 3.3 Bedeutung für die Praxis

Für die Praxis bedeutet das Urteil vom 20. Januar 2014 erhöhte Rechtssicherheit mit Bezug auf das Zustandekommen von Beschaffungsverträgen.

Zunächst folgt aus dem Entscheid, dass auf Seiten des Zuschlagsempfängers im Rahmen seines Angebots eine Kontrahierungspflicht besteht. Der Zuschlagsempfänger ist auf seiner Offerte zu behaften. Für einen Rückzug nach Zuschlagserteilung besteht kein Raum. Dies entspricht nicht zuletzt dem Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel, führen doch gerade komplexe Beschaffungen für Vergabestellen zu beträchtlichem Aufwand.

Gleichwohl verbleibt ein gewisser Spielraum für Vertragsverhandlungen zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfänger, namentlich über Nebenpunkte und soweit die Ausschreibungsunterlagen und Angebote diesbezüglich keine Regelung enthalten. Vergabestellen können diesen Spielraum bereits in der Ausschreibung beeinflussen und nur noch wenige Punkte unregelt lassen. Im Übrigen bleibt es bei kantonalen Vergaben natürlich unzulässig, im Rahmen von Vertragsverhandlungen das vergaberechtliche Verbot von Abgebotsrunden zu umgehen – zum Beispiel mit nachträglichen Verhandlungen über Preise, Rabatte und Leistungsinhalte.

Auf den vorerwähnten Spielraum für Vertragsverhandlungen sowie auf die fehlende Kontrahierungspflicht der Vergabestelle dürfte sich auch der bundesgerichtliche Vorbehalt beziehen (E. 1.3.3: «sofern der Vertrag zustande kommt»). Im Übrigen ändert der vorliegend besprochene Entscheid nichts daran, dass auf Seiten der Vergabestelle kein Kontrahierungszwang besteht.

Sodann steht nun das von manchen Vergabestellen gewählte Vorgehen, Beschaffungsverträge durch schlichte Bestellungen abzuschliessen, auf einer gerichtlich anerkannten vertragsrechtlichen Basis.

Bei wenig komplexen Beschaffungen mag dieses pragmatische Vorgehen durchaus seine Berechtigung haben. Bei komplexen Vorhaben und längerfristigen Projekten bzw. Verträgen ändert der Entscheid unseres Erachtens nichts daran, dass zur Vollstreckung des Zuschlags separate Verträge abzuschliessen sind.

Mit Blick auf den erstinstanzlichen Rechtsschutz auf kantonaler Ebene und auf Bundesebene dürfte der Entscheid kaum Auswirkungen haben. Das Abschlussverbot von Art. 14 Abs. 1 IVöB bzw. von Art. 22 Abs. 1 BöB gilt weiterhin, bis feststeht, dass gegen die Zuschlagsverfügung keine Beschwerde erhoben wurde bzw. nicht mehr damit zu rechnen ist, dass einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird.

Von Bedeutung ist der Entscheid hingegen für den Rechtsschutz vor Bundesgericht gegen Entscheide kantonalen Verwaltungsgerichte und gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts. Nach feststehender Praxis des Bundesgerichts gilt der sogenannte «Standstill» von Art. 14 IVöB bzw. von Art. 22 BöB nicht im Beschwerde-

verfahren vor dem höchsten Gericht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_634/2008 vom 11. März 2009; Urteil des Bundesgerichts 2C\_487/2009 vom 18. September 2009; siehe auch BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2494 ff. und 2503 f. m.w.H.).

Damit kann eine Vergabestelle unmittelbar nach der Zustellung des kantonalen Urteils über eine Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung mit einer schlichten Bestellung, ohne weiteres Zutun des Zuschlagsempfängers und damit ohne Zeitverlust, einen rechtsgültigen Vertrag abschliessen. Rasches Handeln der Vergabestelle und die erwähnte Rechtssicherheit mit Bezug auf das Zustandekommen des Vertrages führen unter Umständen dazu, dass sich der Rechtsschutz unterlegener Anbieter in der Folge auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags und den Ersatz von Aufwendungen des Anbieters im Vergabe- und im Rechtsmittelverfahren beschränkt.

Das mag auf den ersten Blick erstaunen. Die Vergabestelle, *nota bene* selbst Partei des Beschwerdeverfahrens, kann den Umfang des Rechtsschutzes unterlegener Anbieter beeinflussen. Doch dieses Ergebnis entspricht den gesetzlichen Rahmenbedingungen und der bestätigten Praxis des Bundesgerichts. Und der Einwand, damit verkomme ein wirksamer Rechtsschutz zur Farce, ist namentlich dann nicht zu hören, wenn erst bei Ablauf der zweitinstanzlichen Beschwerdefrist um aufschiebende Wirkung ersucht wird.