

31

SubG. Zuschlagsentscheid. Vollstreckung.

- Der submissionsrechtliche Zuschlag auferlegt der Vergabebehörde eine Kontrahierungspflicht für den Abschluss des privatrechtlichen Vertrages; die gerichtliche Vollzugshilfe kann nur darin bestehen, dass das Gericht die Vergabebehörde zum Abschluss des Vertrages unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB verpflichtet. (In der Folge wurde aber das Vollzugsgesuch auf Grund des entsprechenden Bundesgerichtsurteils abgewiesen).

Lap. Decisione di assegnazione. Esecutorietà.

- La decisione di assegnazione in materia di appalti implica per l'autorità appaltante l'obbligo di contrarre il contratto di diritto privato; il sostegno che l'istanza giudiziaria può dare in vista dell'esecutorietà della sentenza può consistere solo nell'ingiunzione, da parte del Tribunale, all'autorità appaltante della conclusione del contratto, sotto comminatoria dell'art. 292 CP. (In seguito la richiesta d'esecuzione è però stata respinta conformemente alla rispettiva decisione del Tribunale federale).

Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 81 Abs. 1 VGG sind auf Geldzahlung lautende Urteile nach dem SchKG zu vollstrecken. In allen anderen Fällen kann gemäss Abs. 2 der Berechtigte die Hilfe des Verwaltungsgerichtes in Anspruch nehmen. Dieses droht im Urteil oder in einer Vollziehungsverfügung Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen, polizeilichen Vollzug oder die Straffolgen nach Art. 292 StGB an. Es fragt sich zunächst, auf welche Weise ein rechtskräftiger Zuschlagsentscheid vollstreckt werden kann.

b) Der vergaberechtliche Zuschlag ist ein Vergabeentscheid, der in einem bestimmten Vergabeverfahren getroffen und nach aussen bekannt gegeben wird. Und zwar ist es der Entscheid der Vergabebehörde bzw. im Beschwerdefall des zuständigen Gerichtes, dass, mit welchem Inhalt und mit welchem Anbieter der in Frage stehende Auftrag durch Abschluss des für die Ausführung erforderlichen Beschaffungsvertrages vergeben werden soll. Davon zu unterscheiden ist der Vertragsabschluss selbst. Denn nach schweizerischem Recht hat der Zuschlag, unter Einschluss seiner Bekanntgabe, keine vertragsabschliessende Wirkung, was sich auch darin zeigt, dass der Vertragsabschluss nach dem Szenario

des geltenden Vergaberechts dem Zuschlag zeitlich nachfolgt (vgl. z.B. Art. 18 SubG). Insbesondere enthält der vergaberechtliche Zuschlag keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit der die Offerte des Zuschlagsempfängers akzeptiert wird. Vielmehr kommt der Beschaffungsvertrag erst dadurch zustande, dass die Auftraggeberin das Angebot eines Bieters durch eine separate Erklärung des auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillens annimmt (Gauch in: BR 2003 4). Vom öffentlichen Recht aus betrachtet besteht somit der Vollzug des Zuschlagsentscheidens im Abschluss des privatrechtlichen Vertrages. Daraus ergibt sich auch ein öffentlichrechtlicher Kontrahierungszwang für die Vergabebehörde. Eine andere Sichtweise, welche es ins privatrechtliche Belieben der Beschaffungsinstantz stellen würde, ob sie nach erfolgtem, allenfalls rechtskräftig durch Gerichtsurteil ergangenen Zuschlag den privatrechtlichen Vertrag abschliessen wolle oder nicht, würde das öffentliche Beschaffungsverfahren weitgehend seines Gehaltes berauben und insbesondere den dafür vorgesehenen Rechtsschutz geradezu illusorisch machen (vgl. auch Art. 5 und 9 BGBM). Da es sich beim Vertragsabschluss nicht um eine vertretbare Handlung handelt, die einer Ersatzvornahme durch das Gericht zugänglich ist, kann die gerichtliche Vollstreckungshilfe vorliegend nur darin bestehen, dass der Gemeindevorstand bzw. seine Mitglieder unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB verpflichtet werden, den Kaufvertrag für das Pistenfahrzeug mit der Gesuchstellerin binnen einer angemessenen Frist abzuschliessen. Da das Vorgehen der Gemeinde krass rechtswidrig ist, ist das vorliegende Urteil überdies vorsorglich der Regierung zu eröffnen, damit sie bei einer erneuten Missachtung der verwaltungsgerichtlichen Anordnungen die geeigneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen ergreifen kann. In Betracht fällt dabei insbesondere die Einsetzung eines Kurators im Sinne von Art. 35 KV und Art. 97 f. GG für den Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäftes.

U 02 124A

Urteil vom 30. April 2003

Mit Urteil vom 20. Dezember 2003 hiess das Bundesgericht die von der Vergabebehörde dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde mit folgender Begründung gut:

3.

3.1 In der vorliegenden Sache geht es um einen Vollstreckungsentscheid im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Beschaffung eines Pistenfahrzeuges durch die Gemeinde. Der ma-

terielle Vergabeentscheid steht fest: Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat anstelle der beschwerdeführenden Gemeinde und für diese entschieden, dass sie das fragliche Pistenfahrzeug bei der Beschwerdegegnerin und nicht bei der von ihr bevorzugten Konkurrentin zu beschaffen habe. Dieser Entscheid wurde von der Gemeinde nicht angefochten und ist rechtskräftig. Die beschwerdeführende Gemeinde hat aber nachträglich von einem Kauf abgesehen und begründet dies mit finanziellen und budgetrechtlichen Argumenten. Mit dem angefochtenen Entscheid soll sie nun gezwungen werden, den Kauf des Pistenfahrzeuges doch noch vorzunehmen bzw. einen entsprechenden Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen.

3.2 Nach Art. 81 des Gesetzes vom 9. April 1967 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Graubünden (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) werden auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautende Urteile, Verfügungen und Vergleiche nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vollstreckt (Abs. 1). In allen anderen Fällen kann der Berechtigte die Hilfe des Verwaltungsgerichts in Anspruch nehmen; dieses droht im Urteil oder in einer Vollziehungsverfügung Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen, polizeilichen Vollzug oder die Straffolgen von Art. 292 StGB an (Abs. 2), wobei die Vollstreckung solcher vom Gericht verfügten oder angeordneten Massnahmen dem kantonalen Justiz- und Polizeidepartement obliegt (Abs. 3).

Der angefochtene Entscheid erging auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 2 VGG. Es fragt sich, ob dies zulässig ist oder in verfassungswidriger Weise in die Autonomie der beschwerdeführenden Gemeinde eingreift.

3.3 Grundsätzlich steht es dem Verwaltungsgericht funktionell durchaus zu, auf Antrag des Berechtigten die erforderlichen Massnahmen zur Vollstreckung seiner Urteile anzuordnen. Strittig und fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch, ob das Verwaltungsgericht auch über die sachliche Kompetenz zu den von ihm angeordneten Massnahmen verfügt.

Das Submissionsgesetz (SubG) vom 7. Juni 1998 des Kantons Graubünden ist unter anderem anwendbar auf die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der Gemeinden (Art. 1 Abs. 1 lit. b SubG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 SubG erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Nach Art. 17 Abs. 2 SubG kann der Submittent das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen. Diese kantonale rechtliche Submissionsordnung stimmt im Wesentlichen mit derjenigen der Interkantonalen

Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) überein, der auch der Kanton Graubünden beigetreten ist.

Im vorliegenden Fall steht verbindlich fest, dass das günstigste Angebot von der Beschwerdegegnerin unterbreitet wurde, weshalb diese den Zuschlag erhielt. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, damit sei die beschwerdeführende Gemeinde gestützt auf das rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Urteil in der Sache verpflichtet, den Kaufvertrag mit der Beschwerdegegnerin abzuschliessen, und könne in Vollstreckung des Urteils dazu gezwungen werden. Ob dies zutrifft, hängt freilich von den Rechtswirkungen ab, welche der submissionsrechtliche Zuschlag entfaltet. Die beschwerdeführende Gemeinde ist der Ansicht, der Zuschlag verpflichte sie nicht im Sinne eines Kontrahierungszwanges zu einem Vertragsabschluss; sie könne auch auf einen solchen überhaupt verzichten. Ergänzend macht sie geltend, das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen zu haben, was sie den beteiligten Unternehmungen schriftlich mitgeteilt habe. Dagegen sei keine Beschwerde erhoben worden.

3.4 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts begründen weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung in einem Submissionsverfahren eine Kontrahierungspflicht des Submittenten. Das öffentliche Submissionsrecht berührt insofern das private Vertragsrecht nicht (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 255 ff., Rz. 529 ff.). Der Zuschlag beseitigt zwar ein Verbot des Vertragsabschlusses während des Vergabeverfahrens (Peter Gauch, *Zuschlag und Verfügung*, ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in: *Mensch und Staat*, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 602 ff.; Ders., *Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag*, in: *Baurecht* 1/2003, S. 4). Er bindet den Auftraggeber aber nur insoweit, als dieser den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen hat, sofern er überhaupt einen solchen einget. Wieweit dies erzwingbar ist bzw. ob bei einem Verstoß der Vertragsschluss ungültig oder anfechtbar oder lediglich rechtswidrig und mit Haftungsfolgen verbunden wäre, kann hier, wo es zu keinem Vertragsschluss gekommen ist, offen bleiben. Verzichtet der Submittent nämlich trotz Zuschlags überhaupt auf den Abschluss eines Vertrages, kann er jedenfalls nicht zu einem solchen gezwungen werden (vgl. Gauch, *Zuschlag und Verfügung*, a.a.O., S. 605 ff.; anderer Meinung: Evelyne Clerc, *L'ouverture des mar-*

chés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 497 ff.; von einer «obligation [de conclure un contrat]» spricht auch Jean-Baptiste Zufferey, in: Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 124). Eine solche weitgehende Rechtsfolge müsste sich eindeutig aus dem Gesetz ergeben, was zumindest für das bündnerische Vergaberecht nicht zutrifft, wobei sich bei einer gegenteiligen Betrachtungsweise zusätzlich die Frage stellen würde, ob und wieweit das kantonale Recht überhaupt die bundesrechtliche Vertragsfreiheit einschränken dürfte.

Es kann hier auch offen bleiben, ob nach rechtskräftigem Zuschlag ein Abbruch des Submissionsverfahrens noch möglich ist. Gegebenenfalls lässt sich im entsprechenden Verfahren prüfen, ob für ein solches Vorgehen ein wichtiger Grund bestand (vgl. dazu Galli/Moser/Lang, a.a.O., S. 182 f., Rz. 391 f.). So oder so kann der Verzicht auf einen Vertrag nach abgeschlossenem Vergabeverfahren allenfalls, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, Schadenersatzfolgen auslösen (vgl. die spezielle Haftungsregelung in Art. 25 SubG). Darüber ist aber nicht bei der Vollstreckung des Zuschlags- oder allenfalls Abbruchsentscheides, sondern in einem separaten Haftungsverfahren zu befinden (vgl. Hubert Stöckli, Anmerkung zu einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2002, in: Baurecht 2/2003, S. 67). Die Rechtslage gleicht insofern derjenigen, die gilt, wenn der Vertrag aufgrund eines noch nicht rechtskräftigen Zuschlagsentscheides bereits abgeschlossen und die Vergabe im Rechtsmittelverfahren noch geändert wird oder wenn in einem Feststellungsverfahren die Rechtmässigkeit eines Abbruchsentscheides zu prüfen ist (vgl. Art. 17 Abs. 4 und Art. 18 Abs. 2 IVöB; Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, a.a.O., S. 5; Jean-Baptiste Zufferey, Le «Combat» entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 689 ff.). Im Unterschied dazu kann aber im Verfahren zur Vollstreckung eines Zuschlagsentscheides nicht einmal über entsprechende Vorfragen entschieden werden. Diesfalls steht rechtskräftig fest, wer den Zuschlag erhalten hat; ob der nachfolgende Verzicht auf Vertragsschluss rechtswidrig war, ist gegebenenfalls Gegenstand eines separaten Haftungsverfahrens.

3.5 Dem Verwaltungsgericht stand es demnach sachlich nicht zu, die beschwerdeführende Gemeinde im Rahmen einer submissionsrechtlichen Vollstreckungsverfügung zum Abschluss

eines privatrechtlichen Kaufvertrages zu zwingen. Es hatsowohl seine Kompetenz und damit seine Prüfungsbefugnis überschritten als auch das kantonale Submissionsrecht willkürlich angewendet. Damit hat das Verwaltungsgericht die Autonomie der beschwerdeführenden Gemeinde verletzt.

In der Folge wies das Verwaltungsgericht das Vollstreckungsgesuch aufgrund der verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichtes mit Urteil vom 15. Dezember 2003 ab und führte dazu unter anderem Folgendes aus:

Obwohl namhafte Autoren die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichtes teilen, hat sich das Bundesgericht damit nicht näher auseinandergesetzt, sondern einfach auf in der Privatrechtsliteratur vertretene Meinungen abgestellt. Das Verwaltungsgericht hat wegen der Verbindlichkeit des bundesgerichtlichen Urteiles zur Kenntnis zu nehmen, dass ihm im Bereiche des öffentlichen Beschaffungsrechtes die Kompetenz fehlt, vollstreckbare Urteile zu fällen, was ja letztlich deren Sinn wäre. Es fragt sich, ob so künftig im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens noch ein wirksamer Rechtsschutz im Sinne von Art. 30 BV oder von Art. 13 EMRK gewährleistet ist. Aufgrund des bundesgerichtlichen Urteils bleibt jedenfalls nichts anders übrig, als das Gesuch um Urteilsvollstreckung abzuweisen (U 02 124B).