

## **Verwaltungsstrafrecht Droit pénal administratif**

KGVS A3 08 31

*KGE (öffentlichrechtliche Abteilung, Einzelrichter) vom 15. September 2008 i.S. X. AG c. Gemeinde Y.*

### **Strafrechtliche Sanktionen und Massnahmen im Beschaffungsrecht**

- Bei Widerhandlungen gegen die Vergabestimmungen hat der Auftraggeber die Möglichkeit, strafrechtliche Sanktionen auszusprechen (Art. 19 Abs. 2 IVöB; Art. 19 GIVöB).
- Die Weigerung des berücksichtigten Submittenten, den Vertrag abzuschliessen, stellt keinen Straftatbestand dar.

### **Sanctions et mesures de nature pénale en droit des marchés publics**

- En cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut prendre des mesures de nature pénale (art. 19 al. 2 IAIMP; art. 19 Lmp).
- Si l'adjudicataire refuse de passer contrat, il ne commet pas un acte pénalement punissable.

### **Gekürzter Sachverhalt**

Die Gemeinde Y. schrieb im offenen Verfahren die allgemeinen Metallbauarbeiten für den Neubau einer Mehrzweckhalle aus. Die X. AG erhielt den Zuschlag, der in Rechtskraft erwuchs. Einige Zeit später teilte die X. AG der Gemeinde mit Bedauern mit, sie hätte im Angebot bei den Treppen & Podesten anlässlich einer "Ausführungsbesprechung mit dem Architekten (..) folgenden Irrtum in der Auslegung der Konstruktion und der Preise festgestellt, die erheblich sind", so dass eine Ausführung für sie nicht mehr zumutbar sei. Sie habe den Irrtum auch nicht anlässlich der Preisbestätigung vom 24. April 2008 erkannt, teile ihn nun aber sofort nach Entdeckung mit, um der Gemeinde Kosten zu ersparen. Sie sei bereit, einen Beitrag zu leisten, sofern die Gemeinde unter Termindruck geraten sollte.

In den folgenden Besprechungen konnte keine Einigung mit der Gemeinde, die auf dem Abschluss des Vertrages beharrte, erzielt werden. Die Gemeinde erliess daraufhin am 23. Juni 2008 eine Bussenverfügung gegen die X. AG über Fr. 11'000.--. Sie stützte ihre Verfügung auf Art. 19 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) und begründete diese damit, dass Art. 19 GIVöB den Auftraggeber ermächtige, bei "Widerhandlungen gegen die Vertragsbestimmungen Bussen bis zu Fr. 50'000.--" auszu-

sprechen. Das Fehlverhalten der X. AG habe der Gemeinde einen grossen finanziellen Schaden, aber auch eine zeitliche Verschiebung mit massiven Umdisponierungen beim Arbeitsablauf verursacht. Die X. AG hätte spätestens bei der einverlangten Preisbestätigung die entsprechenden Vorbehalte wegen des Kalkulationsfehlers anbringen sollen. "In Anbetracht der hohen Auftragssumme von Fr. 122'689.30 sowie der zeitlichen Verzögerungen mit den damit verbundenen Mehraufwendungen" sei die Busse in der festgesetzten Höhe gerechtfertigt. Zusätzlich wurde die X. AG für die nächsten fünf Jahre für alle Vergabeverfahren der Gemeinde ausgeschlossen.

Dagegen reichte die X. AG am 18. Juli 2008 beim Einzelrichter des Kantonsgerichts eine Berufung ein, die dieser mit Urteil vom 15. September 2008 guthiess.

### ***Erwägungen***

(....)

3. Art. 19 Abs. 1 GIVöB gibt dem Auftrageber die Möglichkeit, u.a. bei Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen eine Busse von bis zu Fr. 50'000.-- auszusprechen. Das GVIöB sieht also im Falle von Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen, und nicht gegen die Vertragsbestimmungen wie die Gemeinde in der Bussenverfügung ausführte, Sanktionen vor. Es stellt sich im Folgenden die Frage, ob das Verhalten der X. AG im vorliegenden Fall ein Verhalten gegen die Vergabebestimmungen darstellt.

3. 1. Die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung unterscheidet zwischen dem Zuschlag des Auftrags und dem Abschluss des Vertrags. Der Zuschlag ist eine Verfügung des öffentlichen Rechts, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2007, Rz 701), und die das Vergabeverfahren grundsätzlich abschliesst. Der Zuschlag stellt auch nicht die Annahme der Offerte und damit von Gesetzes wegen den Abschluss des Vertrages dar, ansonsten der Art. 18 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; 726.1) seines Sinnes entleert würde, der ausdrücklich von einem Zustand zwischen Zuschlag und Vertragsabschluss ausgeht (vgl. auch 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: BR 2003 S. 4). Das Kantonsgericht ist in seinem Urteil A1 02 171 vom 21. November 2002 (ZWR 2003 S. 74 ff.) ebenfalls von dieser Rechtslage ausgegangen und hat festgehalten, Fragen des Vertragsabschlusses, ob das Angebot noch verbindlich und der Zuschlagsempfänger sowie der Auftraggeber den Vertrag überhaupt und zu welchen Bedingungen abschliessen müsse, betreffe das Privatrecht und unterliege nicht mehr der Kontrollbefugnis des Richters im Beschaffungsverfahren. In jenem Fall focht die Anbieterin den ihr erteilten Zuschlag mit dem Begehren an, die Gemeinde sei anzuhalten, den Zuschlag um einen bestimmten höheren Betrag zu erteilen, da sie sich in einer Position geirrt habe.

3. 2. Vorliegend weigerte sich die Berufungsklägerin, nachdem der Zuschlag ihr rechtskräftig erteilt worden war, den Vertrag zu den von ihr offerierten Bedingungen abzuschliessen. Dabei geht es der Berufungsklägerin insbesondere um eine Position des Leistungsverzeichnisses, bei der sie sich nach ihren Angaben die konkrete Ausführung einer Leistung anders als die Auftraggeberin vorgestellt hatte. Dieser Streitpunkt betrifft, wie im Falle von ZWR 2003 S. 74 ff., den Vertragsabschluss, der grundsätzlich dem privaten Vertragsrecht unterstellt ist. Damit ist aber auch das Verhalten der Berufungsklägerin in der Phase nach dem rechtskräftigen Zuschlag vom privaten Vertragsrecht beherrscht. Falls somit die Gemeinde mit der verfügten Busse die Berufungsklägerin dazu zwingen wollte, den Vertrag doch abzuschliessen, oder sie für ihre Weigerung bestrafen wollte, bediente sie sich als dem privaten Vertragsrecht unterworfenen Partei zu Unrecht öffentlich-rechtlicher Sanktionsmassnahmen. Insoweit die Gemeinde über die Busse den finanziellen Schaden, der ihr durch die Weigerung der Berufungsklägerin zum Vertragsabschluss entstanden war, ausgleichen wollte, griff sie ebenfalls zu einer in diesem Rahmen verpönten Massnahme. Als dem Privatrecht unterworfen, hätte sie die X. AG auf dem ordentlichen Zivilweg auf Ersatz desjenigen Schadens verklagen müssen, der ihr durch ein vertragswidriges Verhalten (Treu und Glauben, culpa in contrahendo) entstanden war.

3. 3. Es kann somit zusammengefasst werden, dass die Gemeinde im Beschaffungsrecht nicht einen Anbieter mit strafrechtlichen Sanktionen zu einem Verhalten anhalten oder zwingen kann, das grundsätzlich durch das private Vertragsrecht geregelt ist. Dazu darf sie sich einzig der im Vertragsrecht vorgesehenen Mittel bedienen. Ist sie allenfalls

durch ein Verhalten des Zuschlagsempfängers nach dem rechtskräftigen Zuschlag geschädigt, kann sie den von ihr behaupteten Schaden nicht über die Aussprechung einer Busse ausgleichen, sondern muss wie ein Privater vorgehen.

4. Die Gemeinde wirft der X. AG aber auch ein widerrechtliches Verhalten im Ver gabeverfahren vor. Danach habe die Anbieterin bewusst einen spekulativen (tiefen) Preis eingegeben, um den Auftrag zu erhalten und dann mit dem Irrtum nach dem Zuschlag den Preis heraufzudiskutieren. Falls dieser Vorwurf zuträfe, würde die Gemeinde mit der Busse ein widerrechtliches Verhalten sanktionieren, das die der X. AG im Vergabeverfah ren im Hinblick auf den Zuschlag an den Tag gelegt hat. In diesem Sinn hätte die Berufungsklägerin tatsächlich Regeln des Vergabeverfahrens verletzt.

4. 1. Die Gemeinde erhebt diesen Vorwurf jedoch generell und ohne dafür die im Strafrecht notwendigen Beweise als Anklägerin rechtsgenügend zu erbringen. Insbesondere legt sie nicht dar, weshalb die Berufungsklägerin spätestens anlässlich der Preisbestätigung den Irrtum hätte erkennen müssen. War die der X. AG im Zeitpunkt der Offerteingabe einem Irrtum unterlegen, befand sie sich auch anlässlich der Preisbestätigung in einem solchen, zumal die Gemeinde die der X. AG nicht auf einen erheblichen Preisunterschied in dieser Position gegenüber den andern Bewerbern hingewiesen hat. So bleibt es aber bei einem generellen Vorwurf, den die Angeschuldigte vehement bestreitet und der für eine strafrechtliche Verurteilung nicht ausreicht. Sie legt auch nicht ansatzweise dar, dass die Berufungsklägerin aufgrund der Ausschreibungsunterlagen und insbesondere der technischen Skizzen keinem Irrtum hätte unterliegen dürfen. Dieses arglistige Vorgehen der Berufungsklägerin hätte die Anklage jedoch in der Instruktion nachweisen müssen.

4. 2. Denn das Ziel des Strafverfahrens ist es, den Schuldigen der Strafe zuzuführen und den Unschuldigen vor Strafe zu bewahren. Dies erfordert, dass die Anschuldigungen genau geprüft werden. Dazu hat die Untersu chungsbehörde, im konkreten Fall die Gemeinde, den Sachverhalt aus eigener Initiative zu ermitteln und das Beweismaterial zusammenzutragen, das für und gegen den Angeschuldigten spricht. Dabei gilt der aus Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Men-

schenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) abgeleitete Grundsatz in dubio pro reo, wonach bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld des Angeklagten von seiner Unschuld ausgegangen wird. Als Beweiswürdigungsregel besagt dieser Grundsatz, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat, wie ihn die Anklage darstellt. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (vgl. zum Ganzen ZWR 2003 S. 61 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

4. 3. Gestützt auf diese Sach- und Beweislage bestehen vorliegend bei objektiver Betrachtung beim Richter erhebliche und berechtigte Zweifel, dass die Berufungsklägerin tatsächlich bewusst einen spekulativen Preis bei der umstrittenen Position des Leistungsverzeichnisses eingesetzt hat, um damit die Gemeinde zu täuschen und das preislich tiefste Angebot zu hinterlegen. Auch wenn es sich um einen inneren Sachverhalt handelt, dessen Nachweis meist schwierig ist, hat die Gemeinde als Anklagebehörde doch das Fehlverhalten stichhaltig mit Indizien nachzuweisen, was ihr im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gelungen ist. Gestützt auf den Grundsatz „in dubio pro reo“ und in Berücksichtigung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung kann der Berufungsklägerin nicht der Vorwurf der absichtlichen Täuschung der Behörde gemacht werden. Somit ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.