

JAAC 66.46

Entscheidung des Bundesrates vom 16. Januar 2002

Adjudication de l'exploitation de lignes d'autobus. Autorité de recours. Critères déterminants pour l'adjudication.

Art. 51 al. 4 LCdF. Art. 100 al. 1 let. r OJ (abrogé).

- Dans une adjudication, les décisions relèvent en premier lieu de l'exercice du pouvoir d'appréciation. Il faut les replacer dans le contexte plus général du règlement des litiges en matière de procédure de commande. La compétence appartient au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC; art. 51 al. 4 LCdF). Sa décision peut être déférée au Conseil fédéral. Cette norme particulière à la législation sur les chemins de fer l'emporte en la matière, bien que l'abrogation de l'art. 100 al. 1 let. r OJ advenue à titre de loi postérieure ouvre en soi la voie du recours de droit administratif contre une décision en matière de transports publics (consid. 1.1).

- La procédure de commande prévue par la LCdF est régie - dans l'optique, déterminante ici, de celui qui passe la commande -, par les principes découlant de la législation sur les indemnités davantage que du droit des marchés publics (consid. 2.4.1).

- Si plusieurs offres remplissent les critères d'adjudication impératifs, on les comparera sur la base des critères facultatifs fixés lors de la mise au concours (coûts à venir pour la Confédération et les cantons, conditions d'embauche, comportement de l'entreprise, utilité directe pour les voyageurs, qualité de la desserte par les transports publics; consid. 3).

- Si les avantages que présentent deux offres, l'une sur le plan financier et l'autre dans l'analyse coût-utilité, se valent grosso modo, il est admissible de donner la priorité à l'aspect financier lors de la décision d'adjudication (consid. 4).

Vergabe von Buslinien. Beschwerdeinstanz. Massgebliche Zuschlagskriterien.

Art. 51 Abs. 4 EBG. Art. 100 Abs. 1 Bst. r OG (aufgehoben).

- Bei einem Zuschlag stehen Ermessensentscheide im Vordergrund. Diese sind in den Gesamtzusammenhang der Erledigung von Differenzen im Bestellverfahren zu stellen. Die Zuständigkeit liegt beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK; Art. 51 Abs. 4 EBG). Der Entscheid des UVEK kann an den Bundesrat weitergezogen werden. Diese eisenbahnrechtliche Spezialnorm geht hier vor, obwohl die Aufhebung von Art. 100 Abs. 1 Bst. r OG als lex posterior an sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen auf dem Gebiet des Transports im öffentlichen Verkehr öffnet (E. 1.1.).

- Das Bestellverfahren nach EBG richtet sich - jedenfalls aus der hier massgeblichen Sicht der Besteller - nicht in erster Linie nach submissionsrechtlichen, sondern nach abgeltungsrechtlichen Grundsätzen (E. 2.4.1).

- Erfüllen mehr als eine Offerte die zwingenden Zuschlagskriterien, so sind die Offerten aufgrund der in der Ausschreibung erwähnten Wunschkriterien (Kostenfolgen für Bund und Kanton, Anstellungsbedingungen, unternehmerisches Verhalten und direkter Fahrgastnutzen sowie Qualität der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr) miteinander zu vergleichen (E. 3).

- Halten sich die finanziellen Vorteile einer Offerte und die Vorteile einer anderen Offerte bei der Nutzwertanalyse in etwa die Waage, darf beim Zuschlagsentscheid den finanziellen Aspekten Vorrang gegeben werden (E. 4).

Aggiudicazione per l'esercizio di linee d'autobus. Autorità di ricorso. Criteri determinanti per l'aggiudicazione.

Art. 51 cpv. 4 Lferr. Art. 100 cpv. 1 lett. r OG (abrogato).

- In un'aggiudicazione, le decisioni sono prese in primo luogo esercitando il potere d'apprezzamento. Tali decisioni vanno collocate nel contesto più generale della composizione delle controversie in materia di procedura di ordinazione. La competenza è del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC; art. 51 cpv. 4 Lferr). La sua decisione può essere impugnata con ricorso al Consiglio federale. Questa norma speciale della legislazione sulle ferrovie ha la priorità, benché l'abrogazione dell'art. 100 cpv. 1 lett. r OG quale lex posterior apra di per sé la via del ricorso di diritto amministrativo contro una decisione in materia di trasporti pubblici (consid. 1.1).

- La procedura di ordinazione prevista dalla Lferr è retta, nell'ottica qui determinante di chi effettua l'ordinazione, dai principi derivanti dalla legislazione sulle indennità piuttosto che dal diritto degli acquisti pubblici (consid. 2.4.1).

- Se più offerte soddisfano i criteri di aggiudicazione imperativi, esse saranno comparate sulla base di criteri facoltativi fissati in occasione del bando di concorso (costi derivanti per Confederazione e Cantoni, condizioni di assunzione, comportamento dell'azienda, utilità diretta per i viaggiatori, qualità del servizio fornito dai trasporti pubblici; consid. 3).

- Se un'offerta che presenta vantaggi sul piano finanziario e un'altra che è più interessante dal punto di vista del rapporto fra costi e utilità sostanzialmente si equivalgono, nella decisione di aggiudicazione è ammissibile dare la priorità all'aspetto finanziario (consider. 4).

A. 1999 wurden diverse Konzessionen für Buslinien im Raum der Stadt X im Hinblick auf eine Zusammenlegung der Linien zur neuen Vergabe öffentlich ausgeschrieben. Mit der Ausschreibung sollten Synergien für eine kostenoptimierte Lösung genutzt werden und erreicht werden, dass die einzelnen Linien nur noch von einer Transportunternehmung betrieben werden. Als Vertragsdauer waren 3 Jahre vorgesehen, mit späterer Aufnahme ins jährliche Offertverfahren gemäss der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (Abgeltungsverordnung [ADVF], SR 742.101.1). Die Vergabe richtete sich nach der Abgeltungsverordnung und den Submissionsvorschriften des Kantons Bern (Submissionsverordnung vom 29. April 1998, BSG 731.21), allfällige Rekurse nach dem Subventionsrecht des Bundes. Die Ausschreibung wurde im Amtsblatt des Kantons Bern öffentlich bekannt gemacht.

Als zwingende Zuschlagskriterien wurden angeführt:

- dass die Offerten rechtzeitig eingereicht werden;
- dass die Anforderungen gemäss Offertunterlagen eingehalten werden können;
- dass der Betreiber finanziell, technisch und wirtschaftlich für den sicheren und leistungsfähigen Betrieb geeignet ist;
- dass die einschlägigen Gesetze, Verordnungen und Weisungen eingehalten werden.

Wunschkriterien bildeten finanzielle und qualitative Kriterien (Kostenfolgen für Bund und Kanton Bern, Anstellungsbedingungen, unternehmerisches Verhalten und direkter Fahrgastnutzen sowie die Qualität der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr).

Gestützt auf diese Ausschreibung wurden drei Offerten eingereicht (Offerten A. und B. für alle drei Linien, Offerte C. nur für eine Linie.)

Mit Verfügung vom 9. Januar erteilten das Bundesamt für Verkehr (BAV) und das Amt für öffentlichen Verkehr des Kantons Bern (AöV) A. den Zuschlag für alle Linien. Aufgrund der angestellten finanziellen Vergleiche und der Nutzwertanalyse stellten sie fest, dass die Offerte von B. zwar in der Nutzwertanalyse besser abschneide, dafür aber einen gegenüber der Offerte von A. höheren Preis aufweise. Gemäss Rechtsmittelbelehrung unterlag die

Verfügung der Beschwerde an die Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Rekurskommission UVEK, REKO/UVEK).

B. erhob zwei Beschwerden gegen die Verfügung. Die eine wurde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) wegen Verletzung kantonalen Rechts eingereicht, die andere bei der REKO/UVEK wegen Verletzung von Bundesrecht. Beide enthielten den Antrag, der Zuschlag für die Buslinien im Raum der Stadt X sei B. zu erteilen, *eventualiter* sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen.

Die erste Beschwerde wurde von der BVE aufgrund von Art. 51 Abs. 4 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) an das UVEK weitergeleitet. Die dagegen von B. eingereichte Beschwerde wurde vom Regierungsrat des Kantons Bern bis zum Entscheid des Bundesrates sistiert.

Die zweite Beschwerde wurde von der REKO/UVEK zuständigkeitshalber dem UVEK überwiesen.

Das UVEK wies die Beschwerde von B. am 7. November 2000 ab.

Gegen diese Verfügung erhob B. Beschwerde beim Bundesrat und machte geltend, die Offerte von A. sei vom Verfahren auszuschliessen, weil sie der Ausschreibung nicht entspreche. Den vom UVEK vorgenommenen Kostenvergleich focht B. im wesentlichen mit dem Argument an, dass A. von falschen Zahlen ausgehe und arbeitsrechtliche Bestimmungen missachte.

Streitig ist ferner das anwendbare Recht. Im Gegensatz zum UVEK verlangt B. in erster Linie die Anwendung von Submissionsrecht.

Aus den Erwägungen:

1.1. Nach Art. 51 Abs. 4 EBG entscheidet das UVEK bei Differenzen im Bestellverfahren zwischen Kantonen, Transportunternehmungen und den Bundesbehörden, die mit der Aushandlung der Vereinbarungen über die Abgeltung nach Art. 49 Abs. 1 EBG betraut sind. Es berücksichtigt dabei die Grundsätze von Art. 51 Abs. 2 EBG. Der Entscheid des UVEK unterliegt gemäss Art. 51 Abs. 4 EBG der Beschwerde an den Bundesrat.

Die Instruktionsbehörde des Bundesrates und das Bundesgericht haben einen Meinungsaustausch über die Zuständigkeit geführt. Gegenstand bildete im Wesentlichen die Tragweite von Art. 51 Abs. 4 EBG sowie der Charakter der Verfügungen und Vereinbarungen im Bestellverfahren (Zuschlag, Konzession, Abgeltung). Im Weiteren wurde geprüft, inwieweit in diesen Bereichen Rechtsansprüche bestehen und ob Art. 51 Abs. 4 EBG dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz [OG], SR 173.110) vorgeht, nach welchem seit der Aufhebung von Art. 100 Abs. 1 Bst. r die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen auf dem Gebiet des Transports im öffentlichen Verkehr an sich zulässig wäre.

Die Instruktionsbehörde des Bundesrates und das Bundesgericht kamen zum Schluss, dass beim Zuschlag Ermessensentscheide im Vordergrund stehen, welche in den Gesamtzusammenhang der Erledigung von Differenzen im Bestellverfahren nach Art. 51 Abs. 4 EBG zu stellen sind. Obwohl die Änderung von Art. 100 Abs. 1 Bst. r OG gegenüber Art. 51 Abs. 4 EBG eine

lex posterior darstelle, gehe hier ausnahmsweise die eisenbahnrechtliche Spezialnorm vor. Die Revision von Art. 100 Abs. 1 Bst. r OG sei nur erfolgt, um zu verhindern, dass die Entscheide der neu geschaffenen REKO/UVEK auf diesem Gebiet endgültig würden (gegen Entscheide der Rekurskommissionen ist die Beschwerde an den Bundesrat nach Art. 72 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021, ausgeschlossen). Eine Änderung der abweichenden Zuständigkeit für den Entscheid über Differenzen im Bestellverfahren nach Art. 51 Abs. 4 EBG sei nicht beabsichtigt gewesen.

Nachdem dem UVEK, dessen Beschwerdeentscheid angefochten ist, gemäss Art. 51 Abs. 4 EBG die Erledigung von Differenzen im Bestellverfahren obliegt, kann offen bleiben, ob das UVEK - insoweit es um Differenzen im Bestellverfahren ging - nicht in erster Instanz hätte verfügen müssen.

1.2.-1.3. (Formelles)

2. Strittig ist vorerst, ob Rechtsverhältnisse im Rahmen des Bestellverfahrens verfügungsweise oder durch Vertrag zu regeln sind.

Nach Lehre und Rechtsprechung stellt der in einem behördlichen Submissionsverfahren ergehende Zuschlag einer Arbeit oder einer Lieferung an einen Bewerber beziehungsweise die Verweigerung des Zuschlages gegenüber andern Bewerbern keine Verfügung dar, sondern den behördlichen Beschluss oder die Ermächtigung zum Abschluss eines öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrages (vgl. [BGE 119 Ia 477](#), mit Hinweisen, sowie *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 138 f.).

Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, besteht daher keine Pflicht, die Erteilung oder die Verweigerung eines Zuschlages verfügungsweise zu regeln.

2.1. Der Gesetzgeber hat das Bestellverfahren im Rahmen der Bestimmungen über die Abgeltung der ungedeckten Kosten des Verkehrsangebots geregelt. Er geht dabei davon aus, dass der Zuschlag im Regelfall unbestrittener Bestellungen im Rahmen des Abschlusses einer Angebotsvereinbarung erfolgt. Gehen dem Abschluss Zusicherungen über den Abschluss einer Angebotsvereinbarung voraus, so bilden diese Bestandteil des Verfahrens betreffend den Abschluss der Angebotsvereinbarung.

Müssen im Rahmen von Bestellverfahren Offerten abgewiesen werden, ist Art. 16 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG, SR 616.1) zu beachten, wonach die Abweisung von Subventionsgesuchen - und ein solches stellt die Offerte der B. letztlich dar - durch Verfügung erfolgen muss (hinsichtlich der Bestimmung von Art. 19 Abs. 3 SuG, wonach die zuständige Behörde den Antrag auf Abschluss eines Subventionsvertrages auch den beschwerdeberechtigten Dritten eröffnet, welche wie der Gesuchsteller innert 30 Tagen eine anfechtbare Verfügung verlangen können, s. hinten E. 2.2).

2.2. Die Beschwerdeführerin hat im Weiteren gerügt, dass der Zuschlag für die Offerte A. durch öffentlichrechtlichen Vertrag, die Abweisung der übrigen Offerten dagegen verfügungsweise erfolgte. Der Entscheid über die verschiedenen Offerten müsse in Bezug auf alle Offerenten die gleichen Rechtswirkungen zeitigen, das heisst in gleicher Form erfolgen.

Dass das strittige Rechtsverhältnis gegenüber einer Partei durch Zuschlag mittels Abschlusses eines öffentlichrechtlichen Vertrags, der anderen gegenüber durch eine abweisende Verfügung geregelt wird, entspricht der besonderen gesetzlichen Regelung des Bestellverfahrens. Die Interessen der Beschwerdeführerin werden dabei insoweit gewahrt, als die Offerte von A. als Vergleichsofferte grundsätzlich auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet und B. Parteistellung innehat. Damit wird Art. 19 Abs. 3 SuG aufgrund der besonderen Regelung des Bestellverfahrens in genügender Weise Rechnung getragen.

2.3. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin auch zu Unrecht, dass die erstinstanzlich für den Zuschlag zuständigen Behörden von Bund und Kanton Bern (BAV und AöV) ihre Offerte in einer gemeinsamen Verfügung abgewiesen hätten.

Das gemeinsame Handeln der Behörden von Bund und Kantonen wird nämlich in verschiedenen Bestimmungen ausdrücklich gefordert: Gemäss Art. 49 Abs. 1 EBG gelten Bund und Kantone den Transportunternehmungen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Verkehrsangebotes ab. Nach Art. 51 Abs. 1 EBG regelt der Bundesrat das Bestellverfahren im Einvernehmen mit den Kantonen. Auch Art. 1 Bst. a ADFV geht davon aus, dass Verkehrsangebote von Bund und Kantonen gemeinsam bestellt werden können. Es versteht sich daher von selbst, dass Bund und Kantone bei unbestrittenen Zuschlägen keine separaten Angebotsvereinbarungen treffen.

Ein analoges Vorgehen ist auch im Falle der Abweisung von Offerten zulässig, sofern dabei - wie dies hier der Fall ist - mit der gemeinsamen Verfügung keine Parteirechte der abgewiesenen Offerenten verletzt werden.

Die gemeinsame Verfügung als solche verletzt daher kein Bundesrecht.

2.4. Das UVEK ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass sein Entscheid in erster Linie subventionsrechtlichen Charakter aufweist, und stützte diesen Entscheid darauf, dass das Bestellverfahren (Art. 51 EBG) im Sechsten Abschnitt des Eisenbahngesetzes betreffend die Abgeltung der ungedeckten Kosten des Verkehrsangebotes geregelt wird.

2.4.1. Nach Art. 51 Abs. 3 EBG entsteht mit der rechtsgültigen Festlegung des Angebots in einer Vereinbarung für die Transportunternehmen gegenüber jedem Besteller (Bund, Kantone, Dritte) je ein selbständiger Rechtsanspruch auf Abgeltung. Die ausführliche Regelung des Bestellverfahrens findet sich in der ADFV.

Der Gesetzgeber hat damit klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich beim Bestellverfahren nach EBG jedenfalls aus der hier massgeblichen Sicht der Besteller in erster Linie um ein Subventionsverfahren handelt. Auch inhaltlich ist den Materialien klar zu entnehmen, dass das Bestellverfahren nicht in erster Linie submissionsrechtlichen, sondern abgeltungsrechtlichen Grundsätzen unterworfen ist (s. Botschaft des Bundesrates vom 17. November 1993 über die Revision des Eisenbahngesetzes [Abgeltung und Finanzhilfen für den Regionalverkehr], BBl 1994 I 497, insbesondere 530 ff., sowie AB 1994 S 744 ff., AB 1995 S 284 ff. u. 400 f., AB 1995 N 287 ff. u. AB 1995 N 768).

Submissionsrechtliche Bestimmungen finden daher nur insoweit Anwendung, als es der Bundesrat in der Abgeltungsverordnung vorgesehen hat.

2.4.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Anwendung der kantonalen Submissionsverordnung sei ihr verbindlich zugesichert worden.

Nach Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Nach diesem Grundsatz hat der Bürger unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf den Schutz seines berechtigten Vertrauens auf die Richtigkeit und nach den Umständen auch auf die Vollständigkeit behördlicher Auskünfte (*Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 195 ff.; *Urs Gueng*, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1970 499 ff.; [BGE 121 V 74 f.](#), [BGE 117 Ia 287](#) u. [BGE 116 V 298 ff.](#), mit zahlreichen Hinweisen). Zu den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gehört, dass die Auskunft geeignet war, schutzwürdiges Vertrauen zu begründen - wozu eine konkrete Auskunft an einen bestimmten Bürger erforderlich ist - und der Bürger gestützt auf die Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat und anzunehmen ist, dass er bei richtiger Auskunft ein für ihn vorteilhafteres Vorgehen gewählt hätte.

Der in der Ausschreibung enthaltene Verweis auf die kantonalen Submissionsvorschriften sowie der Hinweis, dass das Angebot gemäss kantonalbernischer Submissionsverordnung einzureichen sei (z. B. mit einer Selbstdeklaration nach Art. 29 der bernischen Submissionsverordnung) stellt keine konkrete Auskunft dar, da gleichzeitig auch auf weitere Rechtsnormen hingewiesen wurde. Beim gleichzeitigen Verweis auf Bundesrecht und kantonales Recht bildet die Frage, inwieweit subsidiär kantonales Submissionsrecht zur Anwendung gelangen kann, offensichtlich eine Frage der Auslegung des anwendbaren Bundesrechts. Zudem ist nicht anzunehmen, dass B. ohne diese Auskunft eine andere Offerte eingereicht oder auf eine Offertstellung überhaupt verzichtet hätte.

Rechtlich verbindliche Zusicherungen betreffend die Anwendbarkeit des kantonalen Submissionsrechts wurden der Beschwerdeführerin mithin nicht gegeben.

Auch hinsichtlich der von ihr getätigten Investitionen beruft sich die Beschwerdeführerin zu Unrecht auf den Vertrauensgrundsatz. Die Abgeltung getroffener Investitionen nicht berücksichtigter bisheriger Transportunternehmungen (Wechsel des Unternehmers) wird in der ADFV ausdrücklich geregelt (s. dazu auch E. 4.6 betreffend Overhead-Forderungen).

2.5. Ausgangspunkt und Anfechtungsobjekt im Verwaltungsbeschwerdeverfahren sind Verfügungen (Art. 5 und 44 VwVG). Zu überprüfen und zu beurteilen sind nur Rechtsverhältnisse, zu denen die Vorinstanz verbindlich (in Form einer Verfügung) Stellung genommen hat oder hätte nehmen sollen. Insofern bestimmt der Inhalt der Verfügung den Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens und bildet gleichzeitig den Rahmen und damit die Begrenzung des Streitgegenstandes

(BGE 119 Ib 33 E. 1b, BGE 110 V 48 E. 3b; Fritz Gygi, a.a.O., S. 44 ff. und 256 ff.; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 403 ff.).

(...)

2.6. Nach Art. 49 Bst. a und c VwVG überprüft der Bundesrat die angefochtene Verfügung nicht nur auf Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sondern auch auf ihre Angemessenheit. Die angefochtene Verfügung wird daher grundsätzlich auf alle Ermessensfehler hin überprüft, nicht nur auf jene, welche Rechtsverletzungen darstellen (Fritz Gygi, a.a.O., S. 315 f.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 1362). Der Bundesrat weicht indes bei der Ermessensüberprüfung in konstanter Praxis nicht ohne Not von der Auffassung von Vorinstanzen ab, welche sich durch besonderen Sachverstand auszeichnen oder gestützt auf fachmännische Gutachten entscheiden (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 369 ff., 374 ff. u. 1368).

Dem Bundesrat obliegt auch die Prüfung, ob der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt worden ist (Art. 49 Bst. b VwVG). Die Erhebung zusätzlicher Beweise (z. B. Einvernahme von Parteien oder Zeugen, Einholung von Amtsberichten oder Expertisen etc.) ist nur anzuordnen, wenn der Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abgeklärt werden kann (Art. 14 Abs. 1 VwVG; Fritz Gygi, a.a.O., S. 273 f.; *Peter Saladin*, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Basel 1979, S. 124 f., Rz. 15.34; *André Grisel*, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, Bd. 2, S. 852). Der Bundesrat sieht hier - wie den folgenden Erwägungen zu entnehmen ist - keinen Anlass, Amtsberichte anderer Amtsstellen des Bundes (z. B. der Wettbewerbskommission) oder externe Gutachten einzuholen. Die entsprechenden Anträge der Beschwerdeführerin werden daher abgewiesen.

Im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bestand auch keine Notwendigkeit, die regionale Verkehrskonferenz (s. Art. 13 ADFV) anzuhören. Konzeptionelle oder allgemeine verkehrsrechtliche Fragen stellten sich nicht, und in Bezug auf den Zuschlag selbst kommt der regionalen Verkehrskonferenz keine Funktion zu. Die Konsultation der regionalen Verkehrskonferenz wird schliesslich in der ADFV nicht vorgeschrieben, und ihre Nichtanhörung stellt vorliegend auch keine Verletzung von Art. 13 ADFV betreffend die regionale Zusammenarbeit dar.

2.7. Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Beschwerde an das UVEK, keine Einsicht in Offertunterlagen von A. beziehungsweise die Evaluationsunterlagen der Vorinstanzen erhalten zu haben. Das UVEK gewährte daraufhin der Beschwerdeführerin eine beschränkte Akteneinsicht in verschiedene Dokumente des AöV und der A.-Offerte, wodurch die entsprechenden Verfahrensmängel geheilt wurden.

Nach Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG darf die Einsichtnahme in Akten verweigert werden, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Nach Art. 28 VwVG muss der betroffenen Partei jedoch von dem für die Sache wesentlichen Inhalt Kenntnis gegeben werden, andernfalls auf die betreffenden Aktenstücke zu ihrem Nachteil nicht abgestellt werden darf.

Da der Beschwerdeführerin der entscheidrelevante Sachverhalt zur Kenntnis gebracht worden ist und der Bundesrat auf keine Aktenstücke abstellt, welche der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht wurden, liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Damit wurde auch den Bestimmungen der ADFV über die Anhörung der betroffenen Transportunternehmungen entsprochen (Art. 19 Abs. 2).

3.1. Das UVEK hat in der angefochtenen Verfügung nur einen Preisvergleich für die Varianten gemäss Ist-Zustand vorgenommen (Fahrplan 1999/2000). Es erklärte, dass abweichende Unternehmerofferten höchstens mittelfristig berücksichtigt werden könnten. Der Preisvergleich beschränke sich auf die für das Fahrplanjahr 2000/2001 offerierte Abgeltung.

Da die abweichenden Unternehmerofferten der Ausschreibung nicht entsprachen, ist das UVEK auf dieselben zu Recht nicht eingetreten.

3.2.1. In der Ausschreibung für die vier Buslinien im Raum der Stadt X. wurden zwingende Zuschlagskriterien festgelegt (s. vorne, Sachverhalt).

Erfüllen mehr als eine Offerte die zwingenden Zuschlagskriterien, so sind sie aufgrund der in der Ausschreibung erwähnten Wunschkriterien (Kostenfolgen für Bund und Kanton Bern sowie Anstellungsbedingungen, unternehmerisches Verhalten und direkter Fahrgastnutzen, Qualität der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr) zu vergleichen.

3.2.2. Die Offerten sind rechtzeitig eingereicht worden. Allfällige Ergänzungen der Offerte, welche auf Verlangen der Besteller zwecks Erläuterung der Offerte nachgereicht werden, stellen die Rechtzeitigkeit der Offerte nicht in Frage.

Für den Bundesrat steht zudem ausser Frage, dass sowohl A. als auch B. grundsätzlich in der Lage sind, die Anforderungen gemäss Offertunterlagen einzuhalten, und in finanzieller, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht für einen sicheren und leistungsfähigen Betrieb geeignet sind.

3.2.3. Es bleibt daher zu prüfen, ob die A. mit ihrer Offerte das einschlägige Bundesrecht einhält und ob der getroffene Evaluationsentscheid bundesrechtskonform ist.

3.3. Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Postgesetzes vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0) richten sich die Dienstleistungen von A. im Bereich der Personenbeförderung nach der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr (vgl. insbesondere Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung vom 18. Juni 1993 [PBG], SR 744.10).

Das Angebot des regionalen Personenverkehrs wird von Bund und Kantonen gemeinsam bestellt (Art. 49 EBG). Dabei kann die A. nach Art. 2c PBG für das Erbringen ihrer Dienstleistungen eigene Gesellschaften gründen, sich an Gesellschaften beteiligen oder auf andere Weise mit Dritten zusammenarbeiten. Die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Ausgliederung bestimmter Dienstleistungen und der Absicht von A., für die Region Y. einen eigenen «Regiebetrieb» zu errichten, erweisen sich damit als haltlos.

4. Im Folgenden überprüft der Bundesrat die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin, welche im Wesentlichen in der unterschiedlichen Gewichtung einzelner Faktoren durch die Vorinstanzen beziehungsweise

in unterschiedlichen unternehmerischen Entscheidungen der Parteien begründet sind. Bei deren Überprüfung auferlegt sich der Bundesrat, wie dargelegt, Zurückhaltung.

4.1. Von besonderer Bedeutung bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist der Umstand, dass A. und B. in ihren Offerten von unterschiedlichen Kostenpositionen ausgehen. Es drängt sich daher auf, in Bezug auf die einzelnen Streitpunkte vorgängig die massgeblichen Zahlen zu eruieren.

(...)

Für Verwirrung hat gesorgt, dass A. in ihrer Offerte entgegen den Ausschreibungsunterlagen teilweise anstelle von Fahrplanstunden von Dienstplanstunden ausgegangen ist, welche auch die unproduktiven Stunden einschliessen, wogegen die Offerte von B. korrekt auf Fahrplanstunden beruht. Will man daher die Stundenzahlen beider Offerten vergleichen, sind bei der Offerte von B. den Fahrplanstunden die für sie massgeblichen 15% unproduktiver Stunden beizufügen, um auf die entsprechenden Dienstplanstunden zu kommen.

Da diese unterschiedliche Ausgangslage für das BAV und das Amt für öffentlichen Verkehr erkennbar war und der Beschwerdeführerin daraus kein Nachteil erwuchs, stellt die Offerte von A. insoweit keinen relevanten Verstoß gegen die Ausschreibungsvorschriften dar, so dass sich ein Offertausschluss nicht rechtfertigt. Auch ein Verstoß gegen arbeitsrechtliche Vorschriften ist allein daraus nicht abzuleiten.

4.2. A. beziffert die unproduktive Zeit mit 10%, während die Beschwerdeführerin geltend macht, dass von einem branchenüblichen Wert von 15% auszugehen sei, und sich auf entsprechende Aussagen von Z. beruft, welcher in Bezug auf diese Streitsache indes - wenn auch bloss in einem Parallelverfahren - Partei ist, und dem daher bereits aus diesem Grunde nicht Expertenstellung zukommen kann.

Ist es einer Transportunternehmung möglich, die unproduktive Zeit ihrer Chauffeure im Rahmen der geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften durch betriebliche und organisatorische Massnahmen zu senken, so stellt dies ein legitimes Mittel zur Vorlage einer kostengünstigen Offerte dar. Der Beschwerdeführerin ist es nicht gelungen, die Ausführungen von A. betreffend ihren tieferen Anteil unproduktiver Zeit überzeugend in Frage zu stellen. Der Bundesrat schliesst sich daher der Argumentation der Vorinstanz an und geht im Folgenden für die Offerte von A. von 10% unproduktiver Zeit aus.

Für die Berechnung der Lohnkosten ist damit bei der Offerte von A. aufgrund der 30'600 Fahrplanstunden sowie rund 10% unproduktiver Zeit (2920 Stunden) von 33'520 Dienstplanstunden auszugehen. Der bei der A.-Offerte durch einen Transportbeauftragten ausgeführte, in den Fahrplanstunden jedoch enthaltene Frühkurs ist A. anzurechnen und daher nicht abziehbar. Statt wie von A. beantragt von 33'128 Dienstplanstunden ist daher im Ergebnis von 33'520 Dienstplanstunden auszugehen.

Nicht erfasst ist dabei der Personalbedarf für sogenannte Beiwagen (Verstärkungs- oder Zusatzkurse), welche gemäss Ausschreibung nicht zu den Dienstplanstunden gehören und daher in der A.-Offerte zutreffend als variable

Kosten angeführt wurden (bei der B.-Offerte sind die Beiwagenfahrten in den Dienstplanstunden enthalten und daher für einen entsprechenden Vergleich abzuziehen; an der Anrechenbarkeit dieser Personalkosten im Rahmen einer Vollkostenrechnung ändert dies nichts). A. beziffert den Aufwand für die Beiwagenfahrten auf 250 bis 300 Stunden pro Jahr, was B. als ungenügend erachtet und dafür 1'500 Stunden einsetzt. A. hat indes überzeugend dargelegt, dass der Beiwagenbedarf bei den touristischen Linien von B. wesentlich höher ist als bei den vier Buslinien im Raum der Stadt X, von denen allein die Linie nach Y touristischen Charakter aufweist. Der Bundesrat schliesst sich daher auch in diesem Punkt der Vorinstanz an und geht bei den variablen Kosten von Lohnkosten für Beiwagenfahrten von rund 300 Stunden pro Jahr aus.

Bei einem Erfahrungswert von 1820 Stunden, welchen das BAV bei einer 41-Stundenwoche annimmt und welcher von A., die früher von 1834 Stunden ausging, anerkannt wird, ergibt dies einen Bedarf von 18,4 Stellen, was nicht wesentlich von den Berechnungen der Vorinstanzen abweicht.

4.3. Gemäss angefochtenem Entscheid basiert die Offerte von A. auf einem Brutto-Durchschnittslohn der Wagenführer von (...) Franken (ohne Zulagen u. Spesenentschädigungen), welcher zwar tiefer ist als jener von B., jedoch ohne Weiteres noch in der Bandbreite vergleichbarer im öffentlichen Verkehr tätiger Transportunternehmer der Region liegt (41 Stunden/Woche, Anstellung nach Personalvorschriften C 1). Ebenfalls nicht enthalten in diesem Durchschnittslohn sind die Arbeitgeberbeiträge, welche indes als Teil der Gesamtkosten in der A.-Offerte enthalten sind.

Einschliesslich der Arbeitgeberbeiträge, jedoch ohne Zulagen und Spesen, beträgt die Gesamtsumme der Lohnkosten von A. demnach (...) Franken. Multipliziert mit den dargelegten 18,4 Stellen ergibt dies eine Lohnsumme, welche der von der Vorinstanz angenommenen Summe praktisch entspricht und von welcher in der Folge auszugehen ist.

Die von A. in ihrer Offerte verwendeten Lohnsummen setzen sich aus der eigentlichen Lohnsumme sowie übrigen Lohnkosten zusammen; darin sind sowohl die Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung als auch Lohnzulagen und Spesenentschädigungen enthalten.

4.4. Der Entscheid von A., im Gegensatz zu B. keine Einführungskosten geltend zu machen, stellt einen unternehmerischen Entscheid dar, der nur dann zu beanstanden wäre, wenn ein solcher Verzicht offensichtlich seriöser Offertstellung widerspräche, die Offerte mithin ohne die Einführungskosten nicht alle auflaufenden Kosten erfassen würde. A. hat indes überzeugend dargelegt, dass ihr eben keine besonderen Einführungskosten erwachsen, weshalb solche auch nicht aufzurechnen sind.

4.5. Synergie-Effekte sind nur insoweit relevant, als sie sich auf den Streitgegenstand beziehen. Aus diesem Grunde ist hier ohne Bedeutung, ob ein Offertsteller im Falle des Zuschlages bei anderen Linien Synergie-Effekte erzielen könnte. Insoweit sich eine Vergrösserung beziehungsweise Optimierung des Netzes direkt auf die Kosten der ausgeschriebenen Linien

auswirkt, sind diese Einsparungen direkt in den entsprechend tieferen Kosten enthalten. Raum für weitere Abzüge unter dem Titel der Synergie-Effekte besteht nicht.

4.6. Die Berechnung von Overhead-Forderungen (Gemeinkosten wie Kosten der Geschäftsleitung oder allgemeine Administration) erfolgt im Hinblick auf den bei der Evaluation vorzunehmenden Kostenvergleich. Overhead-Forderungen finden ihre Begründung in Art. 21 Abs. 1 ADFV, wonach beim Kostenvergleich auch längerfristige Vor- und Nachteile zu berücksichtigen sind, welche abgeltungswirksam sind. Dies kann für alle Kosten des bisherigen Betreibers zutreffen, welche weder sofort amortisiert noch vom neuen Betreiber übernommen werden oder noch über längere Zeit anfallen, weil sie nicht kurzfristig zu beseitigen sind. Zu diesen Kosten gehören ohne weiteres auch Overhead-Kosten.

Macht eine Partei begründete Overhead-Kosten geltend, so hat dies zur Folge, dass diese der Offerte der Gegenpartei aufzurechnen sind. Dass die Overhead-Kosten auf 10 Jahre, das heisst die Dauer der üblichen Konzessionsdauer bei Buslinien, berechnet wurden, erscheint einleuchtend und wird vom Bundesrat daher nicht in Frage gestellt.

Die Vorinstanzen haben die A. anzurechnenden Overhead-Kosten mit (...) Franken berechnet, die B. anzurechnenden auf (...) Franken. Diesen Berechnungen der Overhead-Kosten schliesst sich der Bundesrat an, nachdem es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist, sie ernsthaft in Zweifel zu ziehen.

4.7. Die Beschwerdeführerin rügt auch die von A. für den Fuhrpark veranschlagten Kosten. Da es ihr indes nicht gelungen ist, die entsprechende nähere Begründung von A. ernsthaft in Zweifel zu ziehen, erachtet der Bundesrat auch diese Rüge als unberechtigt. Er ist im Übrigen überzeugt, dass A. in der Lage ist, ihren Fuhrpark den jeweiligen technischen Anforderungen anzupassen.

Die Ausgliederung des Reparaturparkes und der Garage stellt eine Modalität des Betriebes dar, welche heute als sinnvolle Alternative zu einem eigenen entsprechenden Betrieb anzusehen ist.

4.8. Dass A. für ihren Verwaltungsaufwand nicht - wie dies B. tut - eine ganze Stelle einsetzt, sondern den entsprechenden Aufwand nur mit einer halben Stelle beziffert, erscheint als vertretbarer unternehmerischer Entscheid. Auch dieser ist von den Evaluationsbehörden nur in Frage zu stellen, wenn erstellt wäre, dass eine solche Lösung als unrealistisch erschiene.

4.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bundesrat wie das UVEK im Grossen und Ganzen - mit den vorstehenden Korrekturen - von jenen Zahlen ausgeht, welche der A.-Offerte zu Grunde liegen.

5. Wie in E 3.2.1 ausgeführt, ist die Auswahl zwischen der Offerte von A. und jener von B., welche beide die zwingenden Anforderungen der Offerte erfüllen, nach folgenden Kriterien zu treffen: Kostenfolgen für Bund und Kanton Bern sowie Anstellungsbedingungen, unternehmerisches Verhalten, direkter Fahrgastnutzen sowie die Qualität der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr.

Ausschlaggebend für den vorliegenden Beschwerdeentscheid ist neben dem Streit über die massgeblichen Entscheidungsgrundlagen die Gesamtbewertung der Offerten; dabei kommt der Höhe der Abgeltung besondere, wenn auch nicht alleinige Bedeutung zu.

5.1. Die Vorinstanzen sind übereinstimmend zum Ergebnis gelangt, dass die Offerte von B. hinsichtlich der Nutzwertanalyse besser abschneidet als die Offerte von A. In der quantitativen Festlegung dieses Vorteils schliesst sich der Bundesrat ebenfalls den Vorinstanzen an.

Hinsichtlich des Kostenvergleichs ist folgendes festzuhalten: Da der Bundesrat in seinen Berechnungen bei allen massgeblichen Zahlen entweder jene der Vorinstanzen übernimmt oder zu praktisch gleichwertigen Ergebnissen gelangt, erübrigt sich ein erneuter detaillierter Kostenvergleich und kann statt dessen auf das Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids verwiesen werden. Damit schneidet die Offerte von A. unter dem Aspekt der Kosten wesentlich besser ab, und zwar in einer Grössenordnung von rund 10%.

5.2. Da sich die finanziellen Vorteile der A.-Offerte und die Vorteile von B. in der Nutzwertanalyse in etwa die Waage halten und den finanziellen Aspekten wie dargelegt besondere Bedeutung zukommt (s. vorne, E. 5), erscheint die gestützt auf diese Vor- und Nachteile getroffene Auswahl der A.-Offerte durch die Vorinstanzen als bundesrechtskonform.

6. Da eine integrale Vergabe sämtlicher Linien an einen Betreiber ein wesentliches Ziel der Ausschreibung bildete und die Linien bisher teils durch A., teils durch B. und C. betrieben wurden, war ein Unternehmerwechsel nicht zu umgehen. Die Begründung für den Zuschlag stellt daher gleichzeitig auch die Begründung für den Unternehmerwechsel dar.

Eine erneute Aufteilung der Konzession auf verschiedene Konzessionäre stand zu Recht nicht mehr zum Entscheid.

7. Eine entsprechende Situation zeigt sich auch hinsichtlich der Frage allfälliger Schadenersatzforderungen, welche nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden. Solche Forderungen könnten je nach Ausgang des Verfahrens beide Parteien stellen. Eine Aufrechnung von Schadenersatzforderungen findet daher nicht statt.

8. Die an A. gerichteten Vorwürfe einer Preisunterbietung konnte die Beschwerdeführerin nicht belegen. Der Preisvorteil der A.-Offerte beruht in wesentlichem Masse darauf, dass A. ihrer Offerte andere unternehmerische Entscheide zu Grunde gelegt hat.

Damit erweist sich in Bezug auf das vorliegende Verfahren auch der Vorwurf als unberechtigt, A. trete als marktbeherrschendes Unternehmen auf.

9. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

JAAC 66.46 - Entscheid des Bundesrates vom 16. Januar 2002

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 582

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.