

Nr. 30 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 20 Abs. 1 OR. Art. 2, Art. 3 lit. f UWG. Art. 32 Abs. 4, Art. 33 Abs. 1 lit. k Ziff. 3, Art. 41 Abs. 1, Art. 44, Art. 49 Abs. 2 SubV. Keine Nichtigkeit des zwischen der Vergabebehörde und der Anbieterin verfrüht abgeschlossenen Liefervertrages aus diesem Grunde. Die Nichtigkeitsfolge lässt sich insbesondere nicht aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm von Art. 41 Abs. 1 SubV ableiten. Einen weitergehenden Rechtsschutz des zu Unrecht nicht berücksichtigten Submittenten als den in Art. 41 f. und Art. 49 Abs. 2 SubV vorgesehenen hätte der Gesetzgeber umzusetzen. Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu den Konkurrenzofferten als ungewöhnlich niedrig, so ist die Vergabebehörde unabhängig vom Vorliegen eines Unterangebotes berechtigt zu prüfen, ob der betreffende Anbieter die Teilnahmebedingungen eingehalten hat. Ein Unterangebot liegt in der Regel dann vor, wenn ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter den Gestehungskosten liegt (Verlustpreis). Die Gründe für ein derartiges Unterangebot können vielfältig und durchaus lauter sein: Es sollen bspw. Ueberkapazitäten überbrückt, wenigstens Fixkosten gedeckt oder Arbeitsplätze erhalten werden. Unlauter ist das Angebot dagegen dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen resultieren. Der Tatbestand des unlauteren Lockvogels gilt bei einzelfallbezogenen (Unter-)Angeboten bei Submissionen als nicht erfüllt. Zum Umfang des Akteneinsichtsrechts im Vergabeverfahren.

Obergericht, 14. Februar 2003, OG V 01 23

Aus den Erwägungen:

4. Mit dem Rechtsbegehren, die Z AG vom Verfahren auszuschliessen und den Auftrag ihr zu erteilen, beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Lieferungsvertrages zwischen der Vorinstanz und der Z AG vom 6. Juli 2001. Sinngemäss wird damit die Nichtigkeit dieses Vertrages geltend gemacht. Ist der Vertrag nichtig, so wäre die Aufhebung des Zuschlags und die anschliessende Vergabe an die Beschwerdeführerin grundsätzlich möglich. Ist der Vertrag dagegen gültig, so ist eine Aufhebung des Zuschlags bzw. eine Vergabe an die Beschwerdeführerin ausgeschlossen. Die Vergabe des Auftrags an die Beschwerdeführerin würde voraussetzen, dass die Zuschlagsverfügung aufgehoben wird. Dies wäre aber nach dem Vertragsschluss nur möglich, wenn der Vertrag als solcher nichtig und damit unbeachtlich ist (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen vom 30.10.2001, publ. in SGGVP 2001 Nr. 22 S. 70 f.).

a) Erstellt ist, dass der Lieferungsvertrag am 6. Juli 2001 - mithin nach Erteilung des Zuschlags am 13. Juni 2001, aber während des hängigen Verfahrens vor der Paritätischen Kommission im öffentlichen Beschaffungswesen - abgeschlossen worden ist. Gemäss Art. 41 Abs. 1 SubV darf der Vertrag mit dem Anbieter erst nach dem Zuschlag und nach dem Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, das Obergericht habe einer gegen den Zuschlag eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. Art. 14 Abs. 1 IVöB; Art. 22 Abs. 1 BoeB; Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 09.09.1996 an den Landrat zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [Submissionsverordnung], Beil. 2 S. 21). Auch der Grundsatz von Treu und Glauben und das Fairnessgebot verbieten einen Vertragsabschluss unmittelbar nach dem Zuschlag mithin vor dem Zeitpunkt, an dem der Zuschlag rechtskräftig ist (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 11.05.1998, OG V 98 52, E. 3a; AJP 2000 S. 685 f.). Eine Rechtsfolgeregelung für diesen Fall findet sich dagegen weder in der IVöB noch in der SubV (Hubert Stöckli, Öffentliche Vergabe und privatrechtlicher Vertrag, in Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg Schweiz und Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Vergabetagung 02, S. 12). Es stellt sich damit vorgängig die Frage, ob die angerufene Instanz befugt ist, die Nichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages vorfrageweise zu prüfen und ob im Bejahungsfalle ein solcher verfrüht abgeschlossener Beschaffungsvertrag nichtig ist und damit auch keine Rechtswirkungen entfaltet (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 29.06.2001, OG V 01 14, E. 2).

b) Der am 6. Juli 2001 abgeschlossene Liefervertrag mit der Z AG ist ein privatrechtlicher Vertrag, welcher nach dem materiellen Vertragsrecht zu beurteilen ist (BGE 125 I 214 = Pra 2000 Nr. 149 S. 885; Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, in BR 1998 S. 121 und 124; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, RNr. 485). Das Obergericht des Kantons Uri entscheidet vorliegend als Verwaltungsgericht über öffentlichrechtliche Fragen. Indessen ist es im schweizerischen Prozessrecht üblich, dass der Richter, sofern keine abweichenden Vorschriften bestehen, zur vorfrageweisen Prüfung einer Rechtsfrage aus dem Kompetenzbereich einer andern Behörde (fremdrechtliche Vorfrage) berechtigt ist (Art. 113 und 132 i.V.m. Art. 96 Abs. 3 OG; BGE 104 Ib 345 E. 4b; Entscheid BRK vom 06.02.1998, publ. in VPB 62 [1998] Nr. 79 S. 796 f. E. 2d; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 58 ff.; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, § 3 N. 21; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, Kap. 1 N. 6; Tschannen/Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 82 und 85; Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, RNr. 148). Er darf es allerdings nur in den rechtlichen Überlegungen der Begründung des Entscheides. Die vorfrageweise Entscheidung solcher Rechtsfragen steht somit späterer Beurteilung durch die zuständige Instanz nicht entgegen (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 69 f.; Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 124; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 96 m.H.). Insbesondere wird im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Möglichkeit der vorfrageweisen Prüfung der Nichtigkeit privatrechtlicher Verträge bejaht (Entscheid BRK vom 06.02.1998, publ. in VPB 62 [1998] Nr. 79 S. 796 f. E. 2d; Entscheide BRK vom 15.07. und 07.11.1997, publ. in VPB 62 [1998] Nr. 32 I und II; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen vom 30.10.2001, publ. in SGGVP 2001 Nr. 22; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg vom 03.02.1999, publ. in RFJ 1999 S. 117 f. E. 5a; Peter Galli, in Michel/Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 112).

c) Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag (u.a.) nichtig, wenn er "einen widerrechtlichen Inhalt" aufweist. Dieser Nichtigkeitsgrund ist auch dann erfüllt, wenn nicht der vereinbarte Inhalt als solcher, sondern der Abschluss des Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt gegen objektives Recht verstösst (BGE 119 II 224 E. 2 m.H.; Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 121). Auch in diesem Fall, da der Abschluss des Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt widerrechtlich ist, kommt es auf den Inhalt des Vertrages an, indem die verletzte Norm es hier verbietet, einen Vertrag mit diesem Inhalt abzuschliessen. Der Abschluss des Vertrages ist also wegen seines Inhaltes verboten, was gerade nicht zutrifft, wenn es um den verfrühten Vertragsabschluss geht. Die Auftraggeberin, die den Vertrag abschliesst, bevor sie ihn nach dem anwendbaren Vergaberecht abschliessen darf, verstösst zwar gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts, die aber den Abschluss des Vertrages nicht seines Inhaltes willen untersagt (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen vom 30.10.2001, publ. in SGGVP 2001 Nr. 22 S. 71; Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 121 m.H.). Der Verstoss gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts kann nur dann zur Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR führen, wenn diese Nichtigkeitsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 119 II 224 E. 2 m.H.; Pra 1985 Nr. 150 S. 437).

d) Weder die SubV noch die IVöB enthalten eine explizite Bestimmung, welche die Nichtigkeitsfolge des verfrühten Vertragsabschlusses anordnet, noch weisen die Materialien auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers hin. Gemäss Art. 49 Abs. 2 SubV kann das Obergericht, wenn sich die Beschwerde als begründet erweist, aber der Vertrag mit dem Anbieter bereits abgeschlossen worden ist, lediglich feststellen, dass die Zuschlagsverfügung rechtswidrig ist (Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 23; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 548 und 607). Der Feststellungsentscheid des Obergerichtes kann allerdings haftpflichtrechtlich bedeutsam werden (Art. 41 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 2 SubV; Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 21 und 23 f.). "Ist gegen den Zuschlag eine Beschwerde hängig und hat die Rechtsmittelinstanz dieser die aufschiebende Wirkung erteilt, muss mit dem Vertragsschluss, soweit er noch nicht erfolgt ist, bis nach dem Abschluss des Beschwerdeverfahrens zugewartet werden" (Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 21; s. Art. 41 Abs. 1 SubV). Dieser letzten Formulierung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausging,

dass es Fälle gibt, in denen gegen den Zuschlag eine Beschwerde hängig ist und das Obergericht dieser aufschiebende Wirkung erteilt hat, dennoch aber der Vertragsschluss bereits erfolgt ist. Auch für diese Fälle bleibt einzig der allenfalls haftpflichtrechtlich bedeutsame Feststellungsentscheid des Obergerichtes (Art. 49 Abs. 2 SubV; Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 21 und 23 f. m.H. auf Art. 5 KV).

5. Zu prüfen bleibt, ob sich die Nichtigkeitsfolge aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.

a) Die Widerrechtlichkeit muss sich auf den Vertragsinhalt beziehen (E. 4c) und für beide Vertragspartner gelten; keine Nichtigkeitsfolge tritt dann ein, wenn bloss für die eine Partei der Abschluss des Vertrages bzw. dessen Erfüllung verboten ist (Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 251). Die Bestimmung in Art. 41 Abs. 1 SubV richtet sich an die Vergabestelle. Die Annahme der zivilrechtlichen Nichtigkeit würde aber auch diejenige Vertragspartei benachteiligen, die nicht Normadressatin ist und die die SubV nicht verletzt hat (Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 121 f.; vgl. Pra 1985 Nr. 150). Vor diesem Hintergrund kann eine Nichtigkeitsfolge kaum aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm hergeleitet werden. Selbst nachdem Art. 41 Abs. 1 SubV vorsieht, dass ein Vertragsabschluss vor dem Zuschlag und vor Ablauf der Beschwerdefrist unzulässig ist, es sei denn, das Obergericht habe einer gegen den Zuschlag eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung nicht erteilt (oder wieder entzogen), rechtfertigt dies noch nicht den Schluss, der verfrüht abgeschlossene Vertrag leide nach der Zweckvorstellung des Gesetzes, das den vorgesehenen Haftungsschutz für ausreichend hält, an einem Mangel, der ihn nichtig macht (Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 122). Der Zweck, dem ein Gesetz dient, macht nicht alles widerrechtlich, was ihm zuwiderläuft. Der Zweck ist nur gesetzgeberischer Beweggrund, nicht Norm. Durch welche Massnahmen er zu verfolgen sei, bestimmt der Gesetzgeber, nicht der Richter. Dieser kann nur das als widerrechtlich erklären, was jener verboten hat, nicht alles, was er zur Erreichung des gesteckten Zieles hätte verbieten können (BGE 87 II 152 f. E. 2; AJP 1997 S. 809). Es liegt demnach am Gesetzgeber, dass der gesetzliche Haftungsschutz der SubV nur gerade auf das erforderliche Minimum beschränkt wurde und deshalb nicht ausreicht, um einen diskriminierten Anbieter auch nach Abschluss des Vertrages noch umfassend zu schützen (Peter Gauch, in BR 1998 S. 51).

b) Aus den gleichen Überlegungen kann auch ein Verstoss gegen Treu und Glauben keine Vertragsnichtigkeit begründen. Dieser Vorwurf trifft wiederum nur die öffentliche Auftraggeberin, nicht aber ihren Vertragspartner, weshalb er kein Grund sein kann, der die Sanktion der Vertragsnichtigkeit rechtfertigt (Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 122, wobei dieser die allgemeine Frage offen lässt, ob sich aus dem Verstoss gegen Treu und Glauben überhaupt eine Rechtswidrigkeit mit Nichtigkeitsfolge herleiten lässt).

c) Das Bundesgericht (Pra 2000 Nr. 134 S. 796) hielt zu Art. 9 Abs. 3 BGBM fest, dass die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages durch die Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde eines Konkurrenten nicht berührt werde, dass es auf Ersuchen des übergangenen Bewerbers aber die Bundesrechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheides festzustellen habe, um dem Betroffenen die allfällige Geltendmachung von Schadenersatz zu ermöglichen. Gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB und Art. 18 Abs. 2 IVöB ist bei Gutheissung einer Beschwerde eine Aufhebung des mit dem Inhaber des ursprünglichen Zuschlages bereits abgeschlossenen Vertrages nicht vorgesehen. Gegenüber dem obsiegenden Beschwerdeführer hat nur noch ein beschränkter Schadenersatz Platz zu greifen (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 548 und 607). Für die BRK ist gemäss deren neuerer Rechtsprechung eine Aufhebung des Zuschlages ausgeschlossen, wenn einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt und der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen worden ist (Art. 32 Abs. 2 BoeB; Entscheid BRK vom 26.04.2000, 2000-001, publ. in VPB 64 [2000] Nr. 62 S. 715 E. 1d). Gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB kann die Beschwerdeinstanz, nachdem die Vergabebehörde den Vertrag mit der bevorzugten Anbieterin bereits abgeschlossen hat, lediglich noch feststellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist. Im Hinblick auf diesen Feststellungsentscheid ist eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht erforderlich; mit der Feststellung wird nicht über die Zulässigkeit der strittigen Vergabe, sondern entsprechend der gesetzlichen Regelung nur über die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung ge-

urteilt (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 07.07.1999, VB.99.00026 publ. in ZBI 2000 S. 277 f.). Die Vertragsstaaten des Government Procurement Agreement (GPA = GATT/WTO-Übereinkommen vom 15.04.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422) haben es bewusst abgelehnt, eine *standstill*-Klausel in das Übereinkommen aufzunehmen, die es den Mitgliedstaaten verbieten würde, den Vertrag vor Ablauf einer bestimmten Zeit nach publiziertem Zuschlag abzuschliessen (Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen, BBI 1994 IV 1176, 1193, 1197 und 1199; Peter Gauch, in BR 1997 S. 121 m.H.). Die am 1. April 1997 in Kraft getretene SubV (Art. 56 Abs. 2) vollzieht das GPA, die IVöB, das BGBM und die VRöB (Art. 1 Abs. 2 SubV; Bericht und Antrag, S. 1 f., Beil. 1 S. 3 und Beil. 2 S. 1). Der vom ernerischen Gesetzgeber vorgesehene Rechtsschutz des nicht berücksichtigten Submittenten (Art. 49 Abs. 2 SubV) orientiert sich an den Minimalvorgaben des GPA (Art. XX Ziff. 7 lit. c). Weitergehende Wünsche im Hinblick auf einen effizienteren Rechtsschutz hätte der Gesetzgeber umzusetzen (Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998 S. 122) Die Nichtigkeitsfolge lässt sich nicht aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm (Art. 41 Abs. 1 SubV) ableiten.

6. Peter Gauch (a.a.O., in BR 1998 S. 119 ff.) ist in seinen kritischen Überlegungen zum Entscheid der BRK vom 7. November 1997 (010/97) zuzustimmen (vgl. Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 24.03.1999, VB.98.00372, publ. in ZBI 1999 S. 381). Insbesondere beantwortet letztere die Frage nach dem Schicksal eines widerrechtlichen Zuschlages, dessen Aufhebung unterbleibt (z.B. wegen Nichterhebung einer Beschwerde), nicht (S. 122). In der Tat widerspricht eine Heilung dem Grundsatz, wonach Vertragsnichtigkeit unheilbar ist. Auch kann eine Vertragsnichtigkeit nicht erst mit Aufhebung des Zuschlages eintreten, da ein Vertrag, der an einem Nichtigkeitsmangel leidet, von Anfang an und sofort nichtig ist, weshalb die Vertragsnichtigkeit nicht erst im Nachhinein (einige Zeit nach Vertragsabschluss) eintreten kann (S. 122 f.). Unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Nichtigkeitsfolge eines verfrühten Vertragsabschlusses nicht adäquat.

Zusammenfassend hält der Gesetzgeber den Rechtsschutz gemäss Art. 41 f. und Art. 49 Abs. 2 SubV für genügend. Der am 6. Juli 2001 abgeschlossene Liefervertrag zwischen der Vorinstanz und der Z AG ist nach dem Gesagten nicht nichtig, weil er verfrüht abgeschlossen worden ist. Das bedeutet in concreto, dass der Liefervertrag zwischen der Vorinstanz und der Firma Matter AG weiterhin Bestand hat - andere mögliche Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich - und der Zuschlag nicht an die X AG erfolgen kann. Ob allenfalls die Rechtsfolgen für ein Handeln der Auftraggeberin ohne Vertretungsmacht analog herangezogen werden können (Anfechtungsmöglichkeit, Heilung durch nachträgliche Genehmigung) muss hier nicht beantwortet werden (Hubert Stöckli, Öffentliche Vergabe und privatrechtlicher Vertrag, a.a.O., S. 13; Peter Gauch, a.a.O., in BR 1998, S. 123). Dies umso mehr, als sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet erweist (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 24.03.1999, VB.98.00372, publ. in ZBI 1999 S. 381).

7. Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, dass die Z AG vom Verfahren zur Vergabe des Lieferauftrages von Rettungsmaterial auszuschliessen sei. Zur Begründung dieses Antrags führt sie an, dass das Angebot der Z AG das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verletze und somit vorliegend ein Nichtberücksichtigungsgrund für das Angebot i.S. von Art. 7 lit. e SubV sowie Art. 33 Abs. 1 lit. k Ziff. 3 SubV gegeben sei.

a) Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu den Konkurrenzofferten als ungewöhnlich niedrig, so ist die Vergabebehörde unabhängig vom Vorliegen eines Unterangebotes berechtigt zu prüfen, ob der betreffende Anbieter die Teilnahmebedingungen eingehalten hat (Art. XIII Ziff. 4 lit. a GPA; Art. 32 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 1 SubV; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBI 2000 S. 239 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 468).

Vorliegend hat die Vergabebehörde im zweiten Vergabeverfahren gestützt auf Art. 33 Abs. 1 lit. k Ziff. 3 SubV die Z AG mit Schreiben vom 28. Mai 2001 aufgefordert, innert Frist Nachweise und Belege abzugeben, welche beweisen, dass ihr Angebot die Bestimmungen des unlauteren Wettbewerbes nicht verletzt. Sie ist aufgrund der eingereichten Unterlagen zum Schluss gekom-

men, dass dies nicht der Fall ist. Es gilt nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht zu diesem Schluss gekommen ist.

b) Ein Unterangebot liegt in der Regel dann vor, wenn ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter den Gestehungskosten liegt (Verlustpreis) (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 03.10.1997, publ. in AGVE 1997 Nr. 97 S. 369; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., RNr. 468 Fn 7). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Angebot als unlauteres Unterangebot zu qualifizieren ist, ist nicht allein auf den Preis abzustellen. Vielmehr ist zu prüfen, ob die einzelnen Preiselemente auf Rechtsverletzungen oder der Inkaufnahme von Rechtsverletzungen beruhen. Ist dies der Fall, ist ein Angebot als unlauteres Unterangebot zu betrachten (Hubert Stöckli [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 5. Aufl., Freiburg 2002, Urteile zum Vergaberecht, U 51 ff.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 729a).

c) Gemäss Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich "jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgerebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst". Art. 2 UWG weist neben der Anlehnung an den generellen Parameter von Treu und Glauben auch die ausdrücklich nur beispielhafte Aufzählung einzelner Tatbestände auf. Der Richter erhält dadurch ein anpassungsfähiges Werkzeug, eröffnet ihm die Richtschnur von Treu und Glauben doch einen weiten Spielraum (Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, RNr. 1.32). Mit der Einhaltung der UWG-Normen soll ein unverfälschter Wettbewerb ermöglicht werden.

d) Der Zweck der Prüfung, ob ein Angebot gegen den unlauteren Wettbewerb verstösst, liegt nicht darin, Unterangebote vom Wettbewerb auszuschliessen, also nur solche zu berücksichtigen, die einen angemessenen Verdienst des Bewerbers erwarten lassen. In einem liberalisierten Markt ist es vielmehr grundsätzlich Sache der Unternehmer, wie sie ihre Preise kalkulieren und welche Risiken sie dabei in Kauf nehmen wollen. Unzulässig sind nur sogenannte unlautere Unterangebote i.S. des UWG. Nicht als solche fallen jene Angebote in Betracht, bei denen der Anbieter zunächst seine Leistung kalkuliert, danach den Preis senkt und die Differenz aus seinen finanziellen Reserven deckt (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 09.09.1998, publ. in PVG 1998 Nr. 605 S. 202; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 726). Dieses Prinzip hat nicht nur für den Anbietenden, sondern auch für dessen Zulieferer zu gelten. Denn die Gründe für ein derartiges Unterangebot können vielfältig und durchaus lauter sein: Es sollen bspw. Überkapazitäten überbrückt, wenigstens Fixkosten gedeckt oder Arbeitsplätze erhalten werden (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., RNr. 476 Fn 17). Unlauter ist ein Angebot dagegen dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen resultieren (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 09.09.1998, publ. in PVG 1998 Nr. 60 S. 203; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 726).

e) Vorliegend reichte die Z AG ein Angebot ein, dass mit Fr. 125'851.-- sehr viel billiger war als das Angebot der Beschwerdeführerin, das sich auf Fr. 200'711.25 belief, und das ihr erstes Angebot um rund 54% unterbot. In der zweiten Vergaberunde hat sich jedoch das Leistungsverzeichnis und somit der Lieferumfang im Vergleich zur ersten wesentlich verändert. So wurde weniger und vor allem kostengünstigeres Material verlangt, insbesondere wurden einzelne Geräte allgemeiner beschrieben, was den Anbietenden auch einen gewissen Spielraum im Angebot einräumte. Es besteht in preislicher wie in materieller Hinsicht ein kausaler Zusammenhang zwischen der ersten und der zweiten Einladung der Vorinstanz zur Angebotseinreichung. Eine Neukalkulation mit entsprechender Reduktion des Preises verstösst an und für sich nicht gegen Treu und Glauben. Die Z AG weist in ihrem Schreiben vom 6. Juni 2001 die Art und Weise der Berechnung ihres Angebotes nach. Ihr Angebot verletzt die Bestimmungen des unlauteren Wettbewerbes nicht. Sie weist überdies eine Marge von 15% aus.

8. Weiter ist zu prüfen, ob das Angebot der Z AG ein so genanntes „Lockvogelangebot“ nach Art. 3 lit. f UWG darstellt.

a) Unlauter handelt insbesondere, wer ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht (Art. 3 lit. f. UWG). Unerheblich ist die Preisfestsetzung im Einzelfall. Der Tatbestand des unlauteren Lockvogelangebots setzt neben tiefen Preisen auch noch voraus, dass das Lockvogelangebot täuschend, herabsetzend, rufausnutzend oder ähnlich ist. Nicht jedes Lockvogelangebot ist wirklich so (Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, N. 20 zu Art. 3 lit. f UWG). Abgesehen davon, dass das Merkmal des Angebots unter dem Einkaufspreis nicht gegeben ist (E. 7e), gilt der Tatbestand des unlauteren Lockvogels bei einzelfallbezogenen (Unter-) Angeboten bei Submissionen als nicht erfüllt (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rnr. 725). Aus diesen Gründen kann vorliegend nicht von einem so genannten unlauteren Lockvogelangebot gesprochen werden.

b) Die Offerte der Z AG verstösst nicht gegen das UWG und es liegt somit auch kein Ausschlussgrund i.S. von Art. 33 Abs. 1 lit. k Ziff. 3 SubV vor.

9. Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren die vollständige Akteneinsicht gemäss Art. 44 SubV. Sinngemäss rügt die Beschwerdeführerin, dass sie bisher keine vollständige Akteneinsicht hatte.

a) Gemäss Art. 44 SubV besteht das Recht auf Akteneinsicht erst im Beschwerdeverfahren. Für das (erstinstanzliche) Vergabeverfahren ist das Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen. Konkurrenten sollen nicht während des Beschaffungsentscheides Einsicht in die Entscheidungsunterlagen nehmen können (Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 22; vgl. BGE vom 02.03.2000, 2P.274/1999, E. 2c/bb; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 12.09.2001, VB.2001.00095, publ. in Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2001, S. 44; E. 9c nachfolgend). Das Akteneinsichtsrecht (Art. 44 SubV) ist in der Verordnung systematisch vor der Bestimmung betreffend das Schlichtungsverfahren (Art. 45 SubV) aufgeführt. Daraus ergibt sich, dass das Recht auf Akteneinsicht bereits auf der Stufe des Schlichtungsverfahrens zum Tragen kommt (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 71 E. 4a).

b) Der Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht bestimmt sich primär nach kantonalem Recht, subsidiär nach den aus Art. 29 Abs. 2 BV (Art. 4 aBV) abgeleiteten Mindestgarantien (BGE 121 I 227 E. 2a). Mangels spezialgesetzlicher Bestimmung bestimmt sich kantonaleinsichtlich der Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht nach Art. 16 Abs. 1 VRPV (Art. 43 SubV; vgl. Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 12.09.2001, VB.2001.00095, publ. in Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2001, S. 44). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass das kantonale Recht einen weiter als Art. 29 Abs. 2 BV gehenden Anspruch auf Akteneinsicht gewähre. Die Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV erstreckt sich auf alle für den Entscheid wesentlichen Akten, d.h. auf jene Akten, die Grundlage einer Entscheidung bilden (BGE 121 I 227 E. 2a). So sind auch Angaben und Unterlagen von und über zwar nicht Beschwerde führende, aber dennoch am Beschwerdeverfahren beteiligte Parteien (Mitkonkurrenten) der Beschwerdeführerin auf Antrag hin nur zugänglich zu machen, sofern sie mit erheblicher Wahrscheinlichkeit entscheidungsrelevant sind (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz vom 23.04.1999, publ. in BR 1999 S. 150). Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenzen an öffentlichen Interessen des Staates und berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter (vgl. Art. 43 SubV i.V.m. Art. 16 Abs. 1 VRPV; BGE 121 I 227 E. 2a). Im Einzelfall muss eine sorgfältige Interessenabwägung erfolgen (BGE 113 Ia 4 f. E. 4a). Im Submissionsverfahren ist dabei dem für das Submissionsrecht wesentlichen Grundsatz der Vertraulichkeit Rechnung zu tragen (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 12.09.2001, VB.2001.00095, publ. in Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2001, S. 44; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft vom 28.07.1999, publ. in BLVGE 1998/1999 S. 285; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 71 f. E. 4 b; vgl. BGE vom 02.03.2000, 2P.274/1999, E. 2c/bb, wobei das Bundesgericht den Anspruch auf Akteneinsicht auch im Rechtsmittelverfahren noch submissionsrechtlich limitiert sehen möchte; BR 2002 S. 163).

c) Gegenstand des öffentlichen Beschaffungswesens ist im Wesentlichen die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene (Metz/Schmid, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in ZBI 1998 S. 50; Art. 2 SubV). Zweck des Submissionsverfahrens ist in diesem Rahmen die Einholung, Prüfung und Evaluation privatrechtlicher Offerten für solche vom Staat zu vergebenden Aufträge (BGE 119 Ia 430 f. E. 4b/bb). Naturgemäss kommen dabei die privaten Anbietenden in der Regel nicht umhin, in ihren Offerten kaufmännische, betriebswirtschaftliche oder fabrikationstechnische Tatsachen ihres Unternehmens, an deren Geheimhaltung sie ein legitimes Interesse haben, gegenüber der Vergabestelle in mehr oder weniger grossem Ausmass zu offenbaren. Gleichzeitig stehen sich im Kampf um einen bestimmten Auftrag stets Unternehmer gegenüber, die - zumindest auf das konkrete Projekt bezogen - sowohl sachlich (gleiche Branche, gleiches Angebot, gleiches Zielpublikum, Abdeckung der gleichen Marktbedürfnisse) als auch geografisch im gleichen Markt tätig sind und sich daher insoweit direkt und unmittelbar konkurrenzieren (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 72 E. 4 b; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 07.05.1998, publ. in ZBI 1998 S. 531; vgl. Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, a.a.O., S. 315 f.).

d) Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie bisher keine vollständige Akteneinsicht hatte, geht insoweit fehl. Es gibt keine Hinweise auf Unvollständigkeit der Akten. Sie rügt, dass bei den Akten die Vergleiche fehlen, zu welchen Stückpreisen und Bedingungen die Firma Matter gleiche Geräte angeboten oder verkauft hat (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Ziff. 4). Ein Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren ist jedoch nicht ersichtlich und die Rüge somit für das vorliegende Verfahren unwesentlich. Lauterkeitsrechtlich ist von der Einzelfallbezogenheit des vorliegenden Vergabeverfahrens auszugehen (E. 8a). Die Beschwerdeführerin hatte genügend Kenntnis von den entscheidungswesentlichen Akten. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist denn auch sachgerecht begründet. Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs ist unbegründet.

Gesagtes erhellt, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Lediglich bei begründeten Beschwerden stellt das Obergericht, soweit ein Vertrag mit dem Anbieter bereits abgeschlossen worden ist, fest, ob die angefochtene Verfügung über den Zuschlag rechtswidrig erfolgte (Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 23; vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB). Die vorliegende Beschwerde ist, wie ausgeführt, nicht begründet.