

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 1063/2016

Urteil vom 19. Juli 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichter Haag,  
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte  
Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Galli,

gegen

ARGE X. \_\_\_\_\_ bestehend aus :

1. A. \_\_\_\_\_ SA,  
2. B. \_\_\_\_\_ S.p.A.,  
Beschwerdegegnerinnen,  
beide vertreten durch Avvocato Riccardo Schuhmacher,

ARGE Y. \_\_\_\_\_ bestehend aus :

1. C. \_\_\_\_\_ AG,  
2. D. \_\_\_\_\_ AG,  
Zuschlagsempfängerinnen.

Gegenstand

Oeffentliches Beschaffungswesen; Projekt "Update Furkatunnel, Los 12 Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten", SIMAP-Meldungsnummer 891369, SIMAP-Projekt-ID 127343,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,  
vom 6. Oktober 2016.

Sachverhalt:

A.

Die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG, deren Aktienmehrheit vom Bund gehalten wird, ist Eigentümerin der Bahnanlagen der ehemaligen Furka Oberalp Bahn und der ehemaligen Brig Visp Zermatt Bahn. Am 3. Juni 2015 schrieb sie das Bauvorhaben "Update Furkatunnel, Los 12 Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten" im offenen Verfahren aus. Innert Frist gingen sechs Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE X. \_\_\_\_\_ und dasjenige der ARGE Y. \_\_\_\_\_. Am 20. November 2015 erteilte die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (im Folgenden auch: Vergabestelle) den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 15'655'406.-- an die beiden in der ARGE Y. \_\_\_\_\_ zusammengeschlossenen Unternehmungen. Der Vergabeentscheid wurde zudem am 24. November 2015 auf der Internetplattform SIMAP publiziert.

B.

Gegen diesen Zuschlag erhob die ARGE X. \_\_\_\_\_ Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, die Zuschlagsverfügung vom 20./24. November 2015 aufzuheben und den Zuschlag direkt an sie selber - die ARGE X. \_\_\_\_\_ - zu erteilen. Mit Urteil vom 6. Oktober 2016 entsprach das Bundesverwaltungsgericht diesen Begehren und entschied antragsgemäss.

C.

Mit Eingabe vom 16. November 2017 führt die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, das letztgenannte Urteil aufzuheben und den Vergabeentscheid vom 20./24. November 2015 wieder herzustellen bzw. die Gültigkeit und Rechtmässigkeit des vorstehenden Zuschlages festzustellen. Die Akten sind eingeholt, ein Schriftenwechsel ist nicht durchgeführt worden.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid erging auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist daher nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) erreicht (Art. 83 lit. f BGG). Die beiden Voraussetzungen - wovon hier die zweite offensichtlich gegeben ist und keiner weiteren Erörterung bedarf (vgl. Art. 1 lit. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 72.056.12]) - müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398; Urteil 2C 919/2014 / 2C 920/2014 vom 21. August 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 II 307). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die

Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 141 II 113 E. 1.2 S. 116 f.; 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21).

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118 f.).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin bezeichnet vor dem Bundesgericht folgende Frage als Grundsatzfrage:

"Darf das BVGER einem Beschwerdeführer bzw. einem Anbieter, von dem die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren substantiiert geltend gemacht hat, dass er eine unmittelbar Menschenleben in Gefahr bringende ausschreibungswidrige Offerte eingereicht und somit einen zwingenden Ausschlussgrund gesetzt hat, einen Direktzuschlag erteilen, obschon der betreffende Anbieter den von der Vergabestelle geltend gemachten Sachverhalt nicht bestreitet?"

2.2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid den erst im bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren durch die Vergabestelle gegen die dortige Beschwerdeführerin ARGE X.\_\_\_\_\_ geltend gemachten Ausschlussgrund der Gefährdung der Arbeiter (wonach die Gestaltung der Arbeitsabläufe und der Teilbaustellen Notfallvakuationen und Notfallhilfestellung massgeblich erschweren bzw. verhindern sollen), verworfen und erwogen, der Argumentation, wonach die Offerte der ARGE X.\_\_\_\_\_ wegen Sicherheitsmängeln auszuschliessen sei, könne nicht gefolgt werden (E. 5). Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht einen durch die Vergabestelle vorgenommenen Zuschlag von Fr. 680'000.-- (für zusätzliche, sich aber nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ergebende Transportleistungen) zum Angebotspreis der ARGE X.\_\_\_\_\_ (rund 15,2 Mio Franken) als ungerechtfertigt gestrichen (E. 6). Schliesslich hielt es dafür, dass die ARGE X.\_\_\_\_\_ beim Zuschlagskriterium "Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals" (Baustellenchef, Bauführer, Polier[e]) für das Subkriterium NZ 1.2 "Bauführer" die Note 4 (statt 3) hätte erhalten müssen (E. 7). Anschliessend errechnete die Vorinstanz aufgrund der von ihr vorgenommenen Korrekturen der Bewertung der

ARGE X.\_\_\_\_\_, dass diese auf Rang 1 zu liegen komme, was zu einer direkten Vergabe an sie führe (E. 8).

2.3. Die Vergabestelle macht zum Zentrum ihrer Beschwerde die geltend gemachten Sicherheitsmängel gemäss E. 5 des angefochtenen Urteils und nennt dem Bundesgericht als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob das Bundesverwaltungsgericht einem Anbieter den Zuschlag erteilen könne, der einen zwingenden Ausschlussgrund gesetzt habe (vorne E. 2.1).

2.4. Diese Frage ist aber in der Rechtsprechung bereits beantwortet: Offerten, die zwingende gesetzliche Anforderungen nicht erfüllen, sind auszuschliessen, da nur Güter beschafft werden dürfen, welche den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (Urteil 2D 39/2014 vom 26. Juli 2014 E. 5.5 mit Hinweisen). Bei Anforderungen, die sich nicht zwingend aus dem Gesetz, sondern aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, ist es oft Auslegungsfrage, ob damit ein Eignungs- oder ein Zuschlagskriterium gemeint ist. Die Vorinstanz hat in Würdigung des eigenen Verhaltens der Vergabestelle erkannt, bei den von ihr geltend gemachten Sicherheitsmängeln handle es sich nicht um ein zwingendes Ausschlusskriterium, sondern um ein Zuschlagskriterium. Damit hat sie allgemeine Grundsätze in einem Einzelfall angewendet. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Sicherheitsanforderungen, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben (vgl. Duplik der Vergabestelle an die Vorinstanz [vom 22. April 2016], Ziff. 7 S. 16, mit Hinweis auf Beilage 24 [Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen]) - hier insbesondere, dass jeweils nur auf einer Seite der Tunnelventilation gearbeitet werden darf - sind zudem auch nach Ansicht der Vorinstanz zwingend einzuhalten

(angefochtenes Urteil S. 20). Gegenteiligenfalls hält sie zwar einen Ausschluss nicht für erforderlich, jedoch verlangt sie, dass der Anbieter die Mängel vor der Ausführung auf eigene Kosten behebt (ebenda). Mit anderen Worten geht die Vorinstanz von einer Korrigierbarkeit der Mängel aus, was eine Einschätzungsfrage im konkreten Fall darstellt und nicht Grundsatzfrage ist.

3.

Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gestützt auf Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG unzulässig. Es ist darauf nicht einzutreten.

Die Beschwerdeschrift kann auch nicht als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden, da dieses Rechtsmittel gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts nicht offen steht (vgl. Art. 113 ff. BGG).

4.

Ausgangsgemäss trägt die unterliegende Beschwerdeführerin die - praxismässig reduzierten - Gerichtskosten (Art. 65 und Art. 66 BGG). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet, da die Beschwerdegegnerinnen und die Zuschlagsempfängerinnen zwar anwaltlich vertreten waren, aber nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurden und ihnen somit kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Juli 2017

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein