

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 355/2021

Urteil vom 19. Oktober 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Beusch,
Gerichtsschreiber A. Brunner.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
bestehend aus:
B. _____ SA,
C. _____ AG,
D. _____ AG,
E. _____ SA,
Beschwerdeführerinnen,
alle vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Peter Philipp,

gegen

Ufficio federale delle strade, Filiale di Bellinzona, Via C. Pellandini 2, 6500 Bellinzona.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen; Zuschlag betr. Projekt N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) - Bauherrenvermesser, SIMAP-Projekt-ID 205596, SIMAP-Meldung 1154891,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 6. April 2021 (B-4941/2020).

Sachverhalt:

A.

Am 11. Juni 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen (ASTRA) auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) - Bauherrenvermesser" im offenen Verfahren aus. Der Dienstleistungsauftrag bezieht sich auf die Leistungen der Bauherrenvermessung inkl. Bauherrenmessüberwachung beim Projekt 2. Röhre Gotthard-Strassentunnel. Die Betreuung und Überwachung der Vermessungsarbeiten umfassen die Ausführung der Arbeiten am Tunnel einschliesslich der Zentralen sowie an den Installationen, den Aussenanlagen und den Materialdeponien. Innert der Frist für die Einreichung der Angebote gingen vier Angebote ein, darunter das Angebot des A. _____ (bestehend aus der B. _____ SA, der C. _____ AG, der D. _____ AG und der E. _____ SA).

B.

Am 17. September 2020 erteilte das ASTRA der F._____, (bestehend aus der G._____, AG und der H._____, SA) den Zuschlag für das Projekt "N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) - Bauherrenvermesser" und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am selben Tag auf der Internetplattform SIMAP. Zeitgleich wurden die nicht berücksichtigten Bieter über die erfolgte Zuschlagserteilung schriftlich informiert.

Auf Beschwerde der Mitglieder des A._____ hin bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Zuschlagsverfügung mit Urteil vom 6. April 2021.

C.

C.a. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 29. April 2021 gelangten die Mitglieder des A._____ an das Bundesgericht. Sie beantragten in der Sache zunächst die Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. April 2021, den Ausschluss der F._____ vom Verfahren und die Vergabe der Vermessungsarbeiten an sich selbst.

Prozessual ersuchten sie darum, ihrer Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und dem ASTRA unter Strafandrohung von Art. 292 StGB bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu verbieten, einen Vertrag betreffend die Vermessungsarbeiten N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) abzuschliessen.

C.b. Mit Formularverfügung vom 30. April 2021 entsprach das Bundesgericht dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch; gleichzeitig forderte es das ASTRA und das Bundesverwaltungsgericht auf, zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Während das Bundesverwaltungsgericht auf diesbezügliche Stellungnahme verzichtete, teilte das ASTRA dem Bundesgericht am 5. Mai 2021 mit, dass der Vertrag mit der F._____ zwischenzeitlich (d.h. am 28. April 2021) geschlossen worden sei.

C.c. Aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten Vertragsschlusses (vgl. Bst. C.b. hiervor) schrieb das Bundesgericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2021 als gegenstandslos geworden ab.

C.d. Mit ergänzender Beschwerdeschrift vom 17. Mai 2021 beantragten die Mitglieder des A._____ in einem Eventualstandpunkt die Rückweisung der Angelegenheit zu neuer Beurteilung und Vergabe an das ASTRA bzw. die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids vom 17. September 2020.

C.e. Im Rahmen seiner Vernehmlassung beantragte das ASTRA, das vorliegende Verfahren aufgrund des Vertragsschlusses vom 28. April 2021 als gegenstandslos geworden vom Protokoll des Gerichts abzuschreiben. Das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf überhaupt einzutreten sei.

Ein weiterer Schriftenwechsel ist vom Bundesgericht nicht angeordnet worden.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

1.1. Das ASTRA ist der Auffassung, dass der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens aufgrund des (während laufender Beschwerdefrist erfolgten) Vertragsschlusses zwischen dem ASTRA und der F._____ am 28. April 2021 dahingefallen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. In ihrer ersten Beschwerdeschrift haben die Beschwerdeführerinnen zwar nur um die Aufhebung des Zuschlags und um die Vergabe der streitbetreffenden Aufträge an sich selbst ersucht; eine Gutheissung dieser Anträge ist nach dem Vertragsschluss nicht mehr möglich (vgl. Urteile 2C 42/2020 vom 23. Oktober 2020 E. 1.7.1; 2C 412/2019 vom 13.

Februar 2020 E. 1.3.1; 2C 384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.1, nicht publ. in: BGE 143 I 177). In ihrer innert laufender Rechtsmittelfrist eingereichten zweiten Beschwerdeschrift vom 17. Mai 2021 haben die Beschwerdeführerinnen allerdings auch beantragt, die Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die F. _____ festzustellen (vgl. Bst. C.d hiavor). Dieser Antrag ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig, denn eine entsprechende Feststellung durch das Bundesgericht würde es den Beschwerdeführerinnen ermöglichen, Schadenersatz geltend zu machen (Art. 34 Abs. 1 des hier in der Sache noch anwendbaren Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1993 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB; SR 172.056.1]; BGE 141 II 307 E. 6.3; 137 II 313 E. 1.2.2; 132 I 86 E. 3). Von Gegenstandslosigkeit könnte im Übrigen selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn die Beschwerdeführerinnen dem Bundesgericht den erwähnten Feststellungsantrag nicht ausdrücklich unterbreitet hätten; nach der Rechtsprechung gilt der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit nämlich als im Begehren um Aufhebung des Zuschlages sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2).

1.2. Angefochten ist vorliegend ein Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90 BGG). Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten allerdings nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) erreicht (Art. 83 lit. f BGG [in der Fassung gemäss Anhang 7 Ziff. II 2 BöB; AS 2020 641]). Die beiden Voraussetzungen gelten - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen auch unter dem "neuen" Recht (vgl. Urteil 2C 291/2021 vom 5. Mai 2021 E. 2.2) - kumulativ (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.1; 134 II 192 E. 1.2; 133 II 396 E. 2.1).

Während im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde beim Bundesgericht der massgebende Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.- betragen hat (vgl. Anhang 4 zum BöB) und vorliegend angesichts des Auftragsvolumens von rund Fr. 2'000'000.- klarerweise überschritten ist (vgl. E. 1.3.3 des angefochtenen Entscheids), bedarf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung genauerer Betrachtung.

1.2.1. Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf den Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Auch der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich vielmehr um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falls erheblich sind (vgl. BGE 139 III 209 E. 1.2; 139 III 182 E. 1.2; 137 III 580 E. 1.1; 135 III 397 E. 1.2). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Partei darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1; 138 I 143 E. 1.1.2; 133 II 396 E. 2.1 f.).

1.2.2. Die Beschwerdeführerinnen möchten vom Bundesgericht als Grundsatzfrage beantwortet haben, "ob sich ein Anbieter bei den Eignungskriterien auf ein Referenzprojekt berufen darf, bei welchem er in einer Arbeitsgemeinschaft beteiligt war, nicht aber konkret die spezifisch nachgefragten Leistungen erbracht hat" (vgl. S. 4 der ergänzenden Beschwerdeschrift vom 17. Mai 2021). Ihre Frage bezieht sich insbesondere auf das vom ASTRA formulierte Eignungskriterium der Firmenerfahrung/-referenz (EK1), gemäss welchem von den Anbietern vorliegend ein Referenzprojekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich nachzuweisen war, das überdies gewisse weitere Parameter zu erfüllen hatte (Vermessungsmandat; Neubau eines bergmännischen Tunnels, Länge mind. 2 km; Projekt betreffend Nationalstrasse, Hochleistungsstrasse oder Eisenbahn; minimale Honorarsumme 0.5 Mio. CHF [exkl. MwSt.]; Auftrag für die Phasen 41-53 nach SIA, Phase 52 muss abgeschlossen sein]). Auch beim Eignungskriterium der Schlüsselpersonen (EK2) musste ein entsprechendes Referenzprojekt nachgewiesen werden (vgl. E. 4.1.2 des angefochtenen Urteils).

1.2.3. Auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage (vgl. E. 1.2.2 hiavor), ob sich ein Anbieter

bei den Eignungskriterien auf ein Referenzprojekt berufen darf, bei welchem er in einer Arbeitsgemeinschaft beteiligt war, nicht aber konkret die spezifisch nachgefragten Leistungen erbracht hat, gab die Vorinstanz im angefochtenen Urteil keine allgemeingültige Antwort. Vielmehr erwog sie unter Hinweis auf zwei Urteile (je eines des EuGH und eines des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallens) sowie auf eine Lehrmeinung, dass die Anrechnung von Referenzleistungen von Konsortialpartnern nicht losgelöst von den konkreten Anforderungen in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen sowie von den Umständen des Einzelfalls betrachtet werden könne (vgl. E. 4.2.4.3 des angefochtenen Urteils). Unter Würdigung der Umstände des vorliegenden Falls kam sie sodann zum Schluss, dass "für die Bejahung der Eignung der Firmenreferenz vorliegend entscheidend [gewesen sei], dass der Bieter berufliche Erfahrung in einem Referenzprojekt ausweisen konnte, welches die [...] Voraussetzungen in der Ausschreibung erfüllt." Besondere Anforderungen an die konkret ausgeführten Arbeiten und Tätigkeiten seien in der Ausschreibung hingegen nicht gestellt worden, und insbesondere sei für den Eignungsnachweis nicht vorgeschrieben gewesen, dass die betreffenden Vermessungsarbeiten nur in einem Tunnel stattgefunden haben dürften (vgl. E. 4.2.4.4 des angefochtenen Urteils). Bei einer solchen Auslegung seien die Eignungskriterien der Firmenerfahrung/-referenz sowie der Schlüsselpersonen (vgl. E. 1.2.2 hiervor) bei den Zuschlagsempfängerinnen als erfüllt zu betrachten (vgl. E. 4.2.5 des angefochtenen Urteils).

1.2.4. Mit dieser Würdigung (vgl. E. 1.2.3) bewegt sich die Vorinstanz auf der Linie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Wie das Bundesgericht in BGE 141 II 14 zu erkennen gegeben hat, ist die Frage, welche Referenzobjekte als tauglich anzusehen sind, in erster Linie aufgrund einer Auslegung der in der Ausschreibung enthaltenen Anforderungen zu beantworten (a.a.O., E. 8.4.3). Je nachdem kann eine Referenz selbst dann gültig sein, wenn der Anbieter für die Durchführung der entsprechenden Arbeiten einen Subunternehmer beigezogen hat (a.a.O., E. 9.3.4.2). Die Frage, ob sich ein Unternehmer auf ein Referenzprojekt berufen kann, bei dem er als Konsortialpartner beteiligt war, einen Teil der nachgefragten Arbeiten aber nicht konkret ausgeführt hat, wird ebenfalls aufgrund der konkreten Ausschreibungsunterlagen beantwortet werden müssen.

1.2.5. Zu der von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Rechtsfrage besteht nach dem Gesagten (amtlich publizierte) bundesgerichtliche Rechtsprechung. In der Frage, ob diese (von der Vorinstanz sinngemäss wiedergegebene; vgl. E. 1.2.3 hiervor) Rechtsprechung im konkreten Fall zutreffend zur Anwendung gebracht worden ist, liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, auch wenn die von der Vorinstanz für sich in Anspruch genommene Literaturmeinung (MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, Rz. 185) den angefochtenen Entscheid eher in Frage stellt, als ihn zu stützen. Keine grundsätzliche Bedeutung kommt im Übrigen der Frage zu, wie die in der vorliegenden Ausschreibung enthaltenen Anforderungen konkret zu verstehen waren (vgl. zu den Auslegungsmassstäben BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil 2C 1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

1.3. Das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist nach dem Gesagten zu verneinen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich damit unzulässig (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG). Darauf ist nicht einzutreten. Da Urteile des Bundesverwaltungsgerichts mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde nicht angefochten werden können (vgl. Art. 113 BGG e contrario), ist auch auf die hilfsweise erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten.

1.4. Mit dem vorliegenden Nichteintretensentscheid (vgl. E. 1.3 hiervor) erweisen sich die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen (soweit sie vom Bundesgericht nicht ohnehin schon behandelt worden sind) als gegenstandslos.

2.

Dem Verfahrensausgang (vgl. E. 1.3 hiervor) entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'000.– werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

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

Lausanne, 19. Oktober 2021

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

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Brunner