

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 937/2017

Urteil vom 20. November 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Donzallaz, Haag
Gerichtsschreiber Fellmann.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Ulrich Kobelt,

gegen

Arbeitsgemeinschaft B. _____, bestehend aus,
1. C. _____ AG,
2. D. _____ AG,
3. E. _____ AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Oliver Bucher,

Bundesamt für Strassen (ASTRA).

Gegenstand
Öffentliches Beschaffungswesen,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 27. September 2017
(B-1528/2017).

Sachverhalt:

A.
Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) schrieb am 18. Oktober 2016 unter dem Projekttitel "N02/N14, 100054, Gesamtsystem Bypass Luzern, Projektverfasser Geologie/Geotechnik; Phasen AP/MK und DP/MP" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 932225, Projekt-ID 145166). Als spätester Termin für die Einreichung der Angebote wurde der 12. Dezember 2016 festgelegt, für vorbefasste Anbieter galt der 28. November 2016 als Einreichungsdatum.
Mit E-Mail vom 19. Oktober 2016 gelangte das ASTRA an alle Interessenten, die die Ausschreibungsunterlagen bislang aufgerufen hatten und teilte ihnen mit, dass für die Abgabe der Angebote zwingend eine inzwischen auf SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) hochgeladene "angepasste Honorarberechnungs-Leistungstabelle" zu berücksichtigen sei. Von der Anpassung betroffen war die Position "Honorarreserve Bauherrschaft", die neu nicht mehr auf einen fixen Betrag von Fr. 100'000.–, sondern auf einen Anteil von 12% des Honorarangebots festgelegt wurde. In der Folge gingen fristgerecht fünf Angebote ein.

Am 21. Februar 2017 eröffnete das ASTRA den Entscheid über die Erteilung des Zuschlags an die A. _____ AG.

B.

Gegen den Zuschlagsentscheid gelangte die Arbeitsgemeinschaft B. _____, bestehend aus der C. _____ AG, der D. _____ AG und der E. _____ AG, mit Beschwerde vom 13. März 2017 an das Bundesverwaltungsgericht.

Den Anträgen der Arbeitsgemeinschaft B. _____ entsprechend untersagte dieses mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 14. März 2017 superprovisorisch, Vorkehrungen zum Vollzug des Zuschlagsentscheids zu treffen. Zugleich stellte das Bundesverwaltungsgericht der A. _____ AG ein Doppel der Beschwerdeschrift zu und lud sie zum Verfahren bei. Die A. _____ AG konstituierte sich nicht als Partei, behielt sich in einem Schreiben vom 22. Mai 2017 aber eine Beschwerde für den Fall vor, dass ein Entscheid zu ihren Ungunsten getroffen wird.

Mit Urteil vom 27. September 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Arbeitsgemeinschaft B. _____ gut. Es hob den Zuschlag vom 21. Februar 2017 auf, schloss das Angebot der A. _____ AG aus und erteilte den Zuschlag neu der Arbeitsgemeinschaft B. _____.

C.

Die A. _____ AG gelangt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. November 2017 an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. September 2017. Eventuell "sei das Verfahren [...] in reformatorischer Gutheissung der Beschwerde abubrechen", sub-eventuell sei die Beschaffungssache an das ASTRA zurückzuweisen.

Das Bundesgericht hat die vorinstanzlichen Akten beigezogen. Auf die Einholung von Vernehmlassungen wurde verzichtet.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (Art. 95 BGG; BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG). Streitgegenstand ist die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, der dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) unterliegt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d RVOV [SR 172.010.1], Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Annex 4 Anhang I GPA [SR 0.632.231.422] bzw. Art. 3 Abs. 2 und Anhang 1a VöB [SR 172.056.11], Art. 6 Abs. 1 lit. b BöB und Art. 1 lit. b Schwellenwertverordnung [SR 172.056.12]). Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (vgl. E. 1.2 des angefochtenen Urteils).

1.2. Fällt das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil im Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes, handelt es sich um einen Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.1.1 S. 315 und E. 2.1 S. 318; Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3 und E. 3 [zur Publikation vorgesehen]). Nach dieser Bestimmung ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ausgeschlossen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags weder den massgebenden Schwellenwert des Beschaffungsgesetzes noch jenen 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 oder wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398; Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3 [zur Publikation vorgesehen]).

1.3. Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 134 II 192 E. 1.3 S. 195; Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]).

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; 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]). Zudem muss die Rechtsfrage für die Lösung des konkreten Falls erheblich sein (BGE 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118; Urteil 2C 553/2015 vom 26. November 2015 E. 1). 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; Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]).

2.

Die Beschwerdeführerin unterbreitet dem Bundesgericht drei Fragen, die ihrer Auffassung nach von grundsätzlicher Bedeutung sind.

2.1. Mit ihrer ersten Frage will die Beschwerdeführerin vom Bundesgericht beantwortet wissen, ob das Bundesverwaltungsgericht "die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung sowie das Diskriminierungsverbot im öffentlichen Beschaffungswesen und insbesondere die Verpflichtung der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss Art. IX Abs. 10 GPA, das Abänderungsverbot der Ausschreibungsunterlagen gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999) sowie den Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 12 VwVG [verletzt], wenn es ein Vergabeverfahren durch Reform des angefochtenen Entscheides der Vergabestelle durch Erteilung des Zuschlages an die unterlegenen Anbietenden und Ausschlusses des Angebotes der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin erledigt, nachdem es eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen nach Art. 18 BöB sowie Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 2 VöB festgestellt hat, ohne dass es gleichzeitig feststellt, dass die Kriterien der Zulässigkeit der Abänderung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das ausdrückliche Einverständnis aller teilnehmenden Anbietenden im betroffenen Vergabeverfahren, gegeben sind". Die aufgeworfene Frage greift verschiedene beschaffungsrechtliche Aspekte auf, die aber nach den konkreten Umständen zum grössten Teil nicht entscheidendheblich oder dann in der Rechtsprechung bereits beantwortet sind. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG kommt ihr deshalb keine zu, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt.

2.1.1. Die Vergabestelle schrieb den streitgegenständlichen Auftrag am 18. Oktober 2016 auf der Plattform SIMAP aus. Tags darauf informierte sie alle bereits registrierten Interessenten per E-Mail über eine zwingend zu beachtende Anpassung der "Honorarberechnungs-Leistungstabelle", die auf SIMAP hochgeladen worden war. Die Beschwerdeführerin war zu diesem Zeitpunkt noch nicht als Interessentin registriert; sie lud die Ausschreibungsunterlagen erst am 24. Oktober 2016 herunter und konnte die E-Mail deshalb nicht erhalten. Allerdings stand der Beschwerdeführerin die angepasste Version der "Honorarberechnungs-Leistungstabelle" neben der ursprünglichen Tabelle auch noch dann zur Verfügung, als sie die Ausschreibungsunterlagen am 24. Oktober 2016 bezog. Dies ergibt sich aus den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), die sich dabei auf die Darstellung der Vergabestelle stützen kann.

2.1.2. Mit Blick auf die von ihr aufgeworfenen Rechtsfragen erscheint vor diesem Hintergrund massgeblich, dass die Beschwerdeführerin ihr Interesse für den ausgeschriebenen Auftrag erst in einem Zeitpunkt bekundete, als die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen bereits modifiziert hatte. Die Änderung der Ausschreibungsunterlagen für sich war daher von vornherein ungeeignet, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung in entscheidender Weise zu beeinträchtigen. Aus demselben Grund ist die Beschwerdeführerin durch die Umgestaltung der Ausschreibungsunterlagen weder beschwert, noch konnte die Änderung von deren Zustimmung abhängig gemacht werden. In diesem Umfang erweist sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage folglich nicht als entscheidendheblich, sodass auch keine Grundsatzfrage im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG vorliegt.

2.1.3. In Bezug auf das Transparenzprinzip (vgl. dazu etwa BGE 141 II 353 E. 6.4 S. 367 und E. 8.2.3 S. 374; 141 II 113 E. 6 S. 139; 130 I 241 E. 5.1 S. 248; 125 II 86 E. 7 S. 100 ff.; Urteil 2C 1021/2016 / 2D 39/2016

vom 18. Juli 2017 E. 7.7 [zur Publikation vorgesehen]; je mit Hinweisen) und den Untersuchungsgrundsatz (vgl. dazu Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 5.1 [zur Publikation vorgesehen], mit Hinweisen) im Rahmen öffentlicher Beschaffungen besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ebenfalls kein Bedarf nach einer Klärung von Rechtsfragen, die für den konkreten Fall und zugleich in grundsätzlicher Hinsicht von Bedeutung sind. Dass sämtliche Interessenten zu den von der Vergabestelle zwingend verlangten Unterlagen zur Offertstellung gleichermassen Zugang haben müssen, liegt auf der Hand; dies war nach dem vorinstanzlichen Urteil im Übrigen gewährleistet. Demnach konnte die Beschwerdeführerin auf der Plattform SIMAP zwar zwei verschiedene "Honorarberechnungs-Leistungstabellen" abrufen, deren Inhalte sich in Bezug auf die Honorarreserve der Bauherrschaft offensichtlich in einem wesentlichen Punkt widersprachen (Reserve von Fr. 100'000.– bzw. 12% des Honorarangebots). Nach der Rechtsprechung steht fest, dass bei derartigen Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) jedenfalls erwartet werden kann, dass sich die Interessenten bei der Vergabestelle umgehend erkundigen, welche Version für die Offertstellung zu verwenden ist (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316; 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Was zudem Geltung und Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes anbelangt, verweisen Art. 28 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf Art. 12 VwVG, der die Behörde von Amtes wegen zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes verpflichtet (vgl. auch Urteil 2C 582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 5.1 [zur Publikation vorgesehen]). Ob die Vorinstanz im konkreten Fall der Untersuchungsmaxime entsprechende Beweiserhebungen vorgenommen hat, ist eine Frage der Einzelfallbeurteilung und nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Immerhin ist die Beschwerdeführerin, die namentlich bemängelt, dass sich die Vorinstanz zur Sachverhaltsfeststellung auf Angaben der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin abgestützt habe, auf Art. 12 lit. b VwVG hinzuweisen. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Behörde im Rahmen ihrer Untersuchungen auf Auskünfte der Parteien abstellen kann. Nach dem Dargelegten ist die erste von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage keine Grundsatzfrage im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG.

2.2. Grundsätzliche Bedeutung misst die Beschwerdeführerin alsdann der Frage zu, ob "das Bundesverwaltungsgericht das Treuegebot und damit den Grundsatz der Transparenz und das Gebot der Nichtdiskriminierung [verletzt], wenn es bei Beiladung der Zuschlagsempfängerin zum Beschwerdeverfahren auf jeglichen Hinweis verzichtet, dass die Rechtskraft seiner Entscheidung sich auch dann über den Kreis der Beschwerde führenden, im Bietverfahren unterlegenen Anbieterinnen auf die Zuschlagsempfängerin ausdehnen kann, wenn die Zuschlagsempfängerin der Beiladung keine Folge leistet". Zudem will die Beschwerdeführerin beantwortet wissen, ob "das Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz der Transparenz und das Gebot der Gleichbehandlung [verletzt], wenn es von Amtes wegen ohne Antrag der Beschwerde führenden Teilnehmer am Vergabeverfahren sowie ohne vorgängige Anhörung der dort erfolgreichen Zuschlagsempfängerin [und] der Vergabestelle deren Ausschluss im gerichtlichen Beschwerdeverfahren verfügt, ohne zuvor seine Absicht, das Verfahren mit dieser Massnahme zu erledigen, der betroffenen Partei vorgängig in Kenntnis zu bringen und ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung einzuräumen".

2.2.1. Dass es sich dabei um Fragestellungen mit eigentlichem vergaberechtlichem Charakter handeln soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht überzeugend geltend gemacht und liegt auch nicht auf der Hand (vgl. E. 1.3 hiervor). Im Rahmen der Begründung ihres Rechtsmittels beschränkt sie sich ganz überwiegend auf die Argumentation mit allgemeinen verfahrensrechtlichen Standpunkten zur Beiladung und ihren Modalitäten (Art. 23 und Art. 57 VwVG), dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie zur Reichweite der Offizialmaxime im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 62 VwVG). Zwar weist die Beschwerdeführerin verschiedentlich auf die beschaffungsrechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung hin. Dies allein verleiht den aufgeworfenen Fragen allerdings noch kein beschaffungsrechtliches Gepräge, zumal aus der Beschwerde nicht deutlich wird und auch nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, inwiefern den genannten Grundsätzen im konkreten Fall eine Tragweite zukommen könnte, die über die (mit-) angerufenen prozessualen Ansprüche allgemeiner Natur hinausgeht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich im Rahmen der von ihr gestellten Fragen auch kein Klärungsbedarf im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Art. XX GPA und der Befugnis des Bundesverwaltungsgerichts, in der Sache selbst einen reformatorischen Entscheid zu treffen (vgl. Art. 32 Abs. 1 BöB). Die staatsvertraglichen Bestimmungen sehen ausdrücklich vor, dass im Rechtsmittelverfahren eine Bewertung

und Entscheidung zur Frage möglich sein muss, ob die Beschwerde gerechtfertigt ist (vgl. Art. XX Ziff. 7 lit. b GPA).

2.2.2. Im Ergebnis handelt es sich weder bei der zweiten noch der dritten von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage um eine solche beschaffungsrechtlicher Natur, die von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f BGG ist und der Klärung durch das Bundesgericht bedarf.

3.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig (Art. 83 lit. f BGG). Da gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausser Betracht fällt (vgl. Art. 113 und Art. 114 BGG, Urteil 2C 412/2011 vom 22. September 2011 E. 2.6), ist auf das Rechtsmittel insgesamt nicht einzutreten. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

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

Lausanne, 20. November 2017

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

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Fellmann