

BGE 148 I 53

Bundesgericht (BGE), 2022-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148 I 53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148_I_53)

FR: ATF 148 I 53

IT: DTF 148 I 53

Regeste

Regeste Art. 29 Abs. 2 BV; Anfechtung einer Zuschlagsverfügung durch mehrere Anbieterinnen; ungeteilte Wirkung der Entscheide der Beschwerdeinstanz; Gebot materieller Koordination. Verfahrensgegenstand (E. 1). Eine Zuschlagsverfügung hat einheitliche und unteilbare Wirkung gegenüber allen Anbieterinnen; bei Anfechtung einer solchen Verfügung durch mehrere Anbieterinnen kommt auch den Urteilen der Beschwerdeinstanz ungeteilte Wirkung zu, was nach koordinierter Entscheidung ruft (E. 4.1 und 4.2). Eine formelle Koordination im Sinne einer Verfahrensvereinigung ist zwar nicht zwingend geboten; erforderlich ist jedoch in jedem Fall eine materielle Koordination (E. 4.3). In diesem Sinne muss sichergestellt sein, dass die Beschwerdeentscheide zeitlich koordiniert ergehen (E. 4.3.1); weiter müssen die Verfahrensrechte aller an den verschiedenen Verfahren beteiligten Anbieterinnen gewahrt werden (E. 4.3.2); schliesslich muss in derselben Besetzung über die parallelen Verfahren entschieden werden (E. 4.3.3).

Erwägungen

E. 1.1

Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens bildete die Vergabe des Bauauftrags "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" an die A. AG am 18. September 2020 (vgl. Bst. A hiervor). Dieser Zuschlag wurde sowohl von der B. (Verfahren B-4991/2020) als auch von der F. (Verfahren B-5064/2020) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. In der Folge - am 21. Oktober 2020 - zeigte die Vergabestelle gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht an, dass sie auf die Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 zurückkomme (vgl. Bst. B.a hiervor). Einen materiell abgeänderten Entscheid erliess sie dabei nicht. Dies gilt namentlich auch für die Verfügung vom 27. November 2020 (vgl. Bst. B.c hiervor), mit der die Vergabestelle im Ergebnis nichts anderes tat, als ihren ursprünglichen Entscheid zu bestätigen.

E. 1.2

Nach allgemeinen Grundsätzen tritt Gegenstandslosigkeit eines anhängig gemachten Rechtsmittelverfahrens bei Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung durch die verfügende Behörde während dieses Rechtsmittelverfahrens nur dann ein, wenn die verfügende Behörde (hier: die Vergabestelle) den Rechtsmittelanträgen der beschwerdeführenden Partei wiedererwägungsweise vollumfänglich gefolgt ist (vgl. Urteil 2C_733/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.2; siehe für einen analogen Entscheid aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht BGE 126 III 85 E. 3; vgl. auch AUGUST MÄCHLER, in: VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2. Aufl. 2019, N. 22 zu Art. 58 VwVG sowie ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 45 zu Art. 58 VwVG). Die

Verfügungen der Vergabestelle vom 21. Oktober bzw. 27. November 2020 erfüllten diese Voraussetzung nicht (vgl. E. 1.1 hiervor). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Verfügungen deshalb zu Unrecht zum Anlass genommen, das von der F. angestossene Beschwerdeverfahren B-5064/2020 wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Dies gilt umso mehr, als es das von der B. angehobene Parallelverfahren B-4991/2020 weiterführte (vgl. Bst. B.b hiervor). Da sich beide Beschwerden gegen die gleiche Verfügung richteten, wäre die Frage der Gegenstandslosigkeit für beide Beschwerdeverfahren im gleichen Sinn zu beantworten gewesen. BGE 148 I 53 S. 58

E. 1.3

Dass die F. den Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2020 nicht angefochten hat, schadet ihr unter den gegebenen Umständen nicht. Im Verfahren B-6366/2020 wurde formell die "zweite Verfügung" der Vergabestelle vom 27. November 2020 durch die F. angefochten. Das ändert jedoch nichts daran, dass sich der Gegenstand dieses Verfahrens - wie im Übrigen auch derjenige des Verfahrens B-5064/2020 - mit dem Gegenstand des Verfahrens B-4991/2020 (Beschwerde der B.) deckte; in beiden Verfahren ging es um den Zuschlag des Projekts "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen", der naturgemäss nur einmal erteilt werden kann und vom Bundesverwaltungsgericht abweichend von der Zuschlagsverfügung der Vergabestelle der B. erteilt worden ist.

E. 1.4

Auch der Gegenstand der an die Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts B-4991/2020 und B-6366/2020 anknüpfenden Bundesgerichtsverfahren 2C_399/2021, 2C_427/2021 und 2C_565/2021 ist nach dem Gesagten identisch; zur Debatte steht die Rechtmässigkeit des vom Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-4991/2020 vorgenommenen Zuschlags an die B. bzw. des an sich aus dem Entscheid im Verfahren B-6366/2020 resultierenden und mit dem Entscheid im Verfahren B-4991/2020 in Widerspruch stehenden Zuschlags an die A. AG. (...)

E. 4.1

Gemeinsamer Ausgangspunkt der hier zu beurteilenden Beschwerdeverfahren ist - wie oben bereits ausgeführt (vgl. E. 1.1 hiervor) - die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 18. September 2020, die von zwei Anbieterinnen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten wurde. Mit der Zuschlagsverfügung wurde entschieden, dass die A. AG den Zuschlag erhält (sog. positive Wirkung der Zuschlagsverfügung). Damit war zugleich gesagt, dass die anderen Anbieterinnen den Zuschlag nicht erhalten konnten (sog. negative Wirkung der Zuschlagsverfügung; vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.4; BGE 141 II 14 E. 4.7). Die Lehre qualifiziert die Zuschlagsverfügung in diesem Sinn als "unteilbare, einheitliche Verfügung" (vgl. MARTIN BEYELER, Urteilsbesprechung zu BGer 2C_979/2018 [22.1.2020], BR 2020, S. 196 und 197), was bei Anfechtung einer solchen Verfügung durch mehrere Anbieter (vgl. zum Devolutiveffekt der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht Art. 54 VwVG BGE 148 I 53 S. 59 [SR 172.021]; Urteil 2C_301/2021 vom 21. Juni 2021 E. 1.2) auch auf Beschwerdeebene nach materiell koordinierter Entscheidung ruft. Konkret: Soweit die F. vorinstanzlich mit ihrem (Eventual-) Antrag auf Abbruch des Verfahrens durchgedrungen wäre, hätte dies die Gegenstandslosigkeit auch des von der B. angehobenen Beschwerdeverfahrens zur Folge gehabt, denn das Vergabeverfahren wäre dann integral abzubrechen gewesen. Umgekehrt hatte die Gutheissung der Beschwerde der

B. unmittelbar zur Folge, dass die - an diesem Verfahren nicht beteiligte - F. bei der Vergabe nicht mehr zum Zuge kommen konnte. Die Beurteilung der Beschwerde der B. konnte mithin nicht losgelöst von der Beurteilung der Beschwerde der F. erfolgen (vgl. auch nicht publ. E. 2.3.1).

E. 4.2

Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in den bei ihm anhängig gemachten Verfahren hatten nach dem Gesagten "ungeteilte Wirkung" (BGE 146 II 176 E. 1.2.4; BGE 141 II 14 E. 4.7). Die prozessuale Konstellation vor Bundesverwaltungsgericht lässt sich vergleichen mit der Situation einer (uneigentlichen) notwendigen Streitgenossenschaft im Zivilprozess (vgl. BGE 136 III 534 E. 2.1; PETER RUGGLE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 70 ZPO); auch hier kommt dem Rechtsmittelentscheid "Gestaltungswirkung gegenüber nicht am Prozess beteiligten Personen" zu (vgl. TANJA DOMEJ, in: ZPO, Kurzkomentar, Oberhammer und andere [Hrsg.] 3. Aufl. 2021, N. 8 zu Art. 70 ZPO ; vgl. mit Blick auf das öffentliche Prozessrecht URS PETER CAVELTI, in: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen [VRP], Praxiskomentar, Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], 2020, N. 21 zu Art. 8 VRP). Die zivilprozessuale Lehre postuliert für solche Fälle, dass die Rechtsmittelinstanz gegenüber allen Beteiligten einheitlich entscheiden müsse und Parallelprozesse ausgeschlossen sein müssten (vgl. DOMEJ, a.a.O., N. 8 und 16 zu Art. 70 ZPO ; RUGGLE, a.a.O., N. 12 zu Art. 71 ZPO ; JENNY/JENNY, in: ZPO, Kommentar, Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 9 zu Art. 125 ZPO); verlangt wird mithin formelle und materielle Koordination. Dies findet in der Literatur zum öffentlichen Prozessrecht nur teilweise Widerhall: Vertreten wird zwar auch hier, dass das Erfordernis des einheitlichen Entscheides gelten müsse, wenn dasselbe Anfechtungsobjekt Gegenstand mehrerer Beschwerden bilde und dessen rechtliche Beurteilung generelle Gültigkeit erheische. Die BGE 148 I 53 S. 60 Beschwerdeinstanz müsse entsprechend, wenn sie auf die Beschwerden eintrete, einheitlich entscheiden; sie könne dasselbe Anfechtungsobjekt nicht gegenüber einem Beschwerdeführer aufrechterhalten und gegenüber einer anderen Beschwerdeführerin aufheben. Relativierend wird jedoch ausgeführt, diese einheitliche Entscheidung bedinge nicht zwingend eine einheitliche Verfahrensführung unter derselben Geschäftsnummer, denn solange dieselbe Beschwerdeinstanz über verschiedene Beschwerden gegen dasselbe Anfechtungsobjekt entscheide, sei die Gefahr sich widersprechender Entscheide verschwindend; erforderlich sei nur, dass derselbe Spruchkörper zum Zuge komme (FLORIAN BRUNNER, Verfahren mit mehreren Parteien im öffentlichen Recht, 2021, Rz. 474 ff.). Gefordert wird mithin nur eine materielle, nicht auch eine formelle Koordination.

E. 4.3

Im Grundsatz erscheint die oben (vgl. E. 4.2 hiervor) wiedergegebene Lehrmeinung von FLORIAN BRUNNER auch im submissionsrechtlichen Kontext als überzeugend. Auch wenn es unter praktischen Gesichtspunkten in der Regel am einfachsten sein dürfte, mehrere parallel gegen eine Zuschlagsverfügung erhobene Beschwerden im gleichen Verfahren zu vereinigen, besteht keine bundesrechtliche Vorschrift, die das Bundesverwaltungsgericht zu einer formellen Koordination verpflichten würde. Erforderlich ist jedoch eine materielle Koordination. Um sie sicherzustellen, müssen folgende Vorgaben eingehalten werden: Es muss sichergestellt sein, dass die Beschwerdeentscheide zeitlich koordiniert ergehen (vgl. E. 4.3.1 hiernach); weiter müssen

die Verfahrensrechte aller an den verschiedenen Verfahren beteiligten Anbieterinnen gewahrt werden (vgl. E. 4.3.2 hiernach); schliesslich muss in derselben Besetzung über die parallelen Verfahren entschieden werden.

E. 4.3.1

Mit der Vorgabe der zeitlichen Koordination ist gemeint, dass das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz des Bundesgerichts sämtliche bei ihm anhängigen Beschwerden gegen eine Zuschlagsverfügung parallel instruieren und entscheiden muss; dies gilt zumindest dann, wenn es auf die Beschwerden unterschiedlicher Anbieter eintritt. Nur mit zeitlich koordinierten Beschwerdeentscheiden der bundesgerichtlichen Vorinstanz ist sichergestellt, dass die Angelegenheit auf Grundlage desselben Tatsachenfundaments (vgl. zum Novenrecht auf Bundesebene Art. 32 Abs. 2 VwVG ; siehe ferner Art. 99 BGG) und unter einheitlicher Beantwortung aller sich stellenden Rechtsfragen durch den zuständigen Spruchkörper entschieden wird. BGE 148 I 53 S. 61 Nur so ist gewährleistet, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in der einen Beschwerdesache nicht seiner Entscheidungsfreiheit in der anderen Beschwerdesache begibt. Ferner haben die Vorinstanzen des Bundesgerichts alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um zu vermeiden, dass das Bundesgericht in Unkenntnis über ein vorinstanzlich noch hängiges Rechtsmittel eines anderen Anbieters rechtskräftig (Art. 61 BGG) über eine Vergabesache entscheidet. Bestätigte das Bundesgericht in einer solchen Konstellation den Zuschlag an eine der an seinem Verfahren beteiligten Anbieterinnen (allenfalls durch Nichteintretensentscheid auf die bei ihm erhobene Beschwerde wegen Fehlens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung), oder entschied es, dass das Vergabeverfahren abzubrechen wäre, würde dies den Ausgang des vor der Vorinstanz noch anhängigen Verfahrens einer anderen Anbieterin präjudizieren, ohne dass das Bundesgericht über alle Aspekte der Vergabesache im Bilde wäre.

E. 4.3.2

Aus verfahrens(grund)rechtlicher Perspektive ist zu bedenken, dass sich die Submissionsbeschwerde einer Anbieterin an das Bundesverwaltungsgericht in erster Linie gegen die Berücksichtigung der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin bzw. gegen die Nichtberücksichtigung des eigenen Angebots durch die Vergabestelle richtet. In ihrer Beschwerde wird sich die nicht berücksichtigte Anbieterin entsprechend in erster Linie entweder auf allgemeine Aspekte der Ausschreibung, auf die Würdigung des eigenen Angebots oder aber auf die Würdigung des Angebots der Zuschlagsempfängerin beziehen. Von ihr kann im Grundsatz nicht erwartet werden, dass sie in ihrer Submissionsbeschwerde (vorsorglich) auch auf Offerten weiterer Konkurrentinnen eingeht, zumal im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung an die Vorinstanz des Bundesgerichts meist nicht feststeht, ob und gegebenenfalls welche Konkurrentinnen die Zuschlagsverfügung ebenfalls angefochten haben bzw. anfechten werden. Wird eine Zuschlagsverfügung von mehreren Anbieterinnen angefochten, gebietet es der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) deshalb, anderen beschwerdeführenden Anbieterinnen die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den Rechtsstandpunkten der betreffenden Konkurrentin zu äussern (ebenso wie im Übrigen nach der Praxis der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin in vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich Parteistellung zukommt; vgl.

GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1321 und 1322); dies gilt in BGE 148 I 53 S. 62 gesteigertem Masse, wenn die Rechtsmittelinstanz in einem der parallel geführten Fälle eine Gutheissung der Beschwerde

und eine neue Zuschlagserteilung in Betracht zieht.

E. 4.3.3

Mit Blick auf die inhaltliche Abstimmung verschiedener Submissionsbeschwerdeverfahren ist schliesslich geboten, dass in allen Parallelverfahren derselbe Spruchkörper zum Zuge kommt. Urteilten verschiedene Spruchkörper, bestünde die Gefahr, dass jene Richterinnen und Richter, die nicht in allen Verfahren mitwirken, nicht über alle Aspekte der Angelegenheit im Bilde wären. Dies stünde in Widerspruch zur Unteilbarkeit des Zuschlagsentscheids (ggf. auch auf Beschwerdeebene; vgl. E. 4.1 hiavor).

E. 4.4

Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht weder dem Gebot der zeitlichen Koordination noch den Parteirechten der F. hinreichend Rechnung getragen; ferner hat es die Verfahren B-4991/2020 und B-6366/2020 in unterschiedlichen Besetzungen entschieden.

E. 4.4.1

Unter zeitlichen Aspekten erfolgte die gebotene Koordination insofern nicht, als in dem von der B. angehobenen Beschwerdeverfahren B-4991/2020 am 20. April 2021 ein Urteil erging, bevor in dem von der F. angestossenen Beschwerdeverfahren B-6366/2020 auch nur der Schriftenwechsel abgeschlossen gewesen wäre (Abschluss des Schriftenwechsels am 5. Mai 2021; vgl. Urteil des BVGer B-6366/2020 vom 9. Juni 2021 Bst. T). Abgesehen davon, dass sich die Vorinstanz damit in materieller Hinsicht noch kein abschliessendes Gesamtbild gemacht haben konnte, fällt ins Gewicht, dass im Verfahren B-6366/2020 ein Antrag auf Abbruch des gesamten Vergabeverfahrens gestellt worden war, über den logisch betrachtet zu entscheiden war, bevor über einen Zuschlag im selben Submissionsverfahren diskutiert werden konnte. Dass die Instruktionsrichterin des Verfahrens B-6366/2020 den Antrag auf Abbruch des Verfahrens als offensichtlich aussichtslos qualifizierte und entsprechend ein Gesuch der F. um Anordnung der aufschiebenden Wirkung abwies, ändert an der Verletzung des Gebots zeitlicher Koordination nichts, zumal nicht ersichtlich ist, dass der fünfköpfige Spruchkörper, der mit dem Verfahren B-4991/2020 befasst war, zur Gewährleistung materieller Kohärenz vor Urteilsfällung mit der Frage des Abbruchs befasst worden wäre.

E. 4.4.2

Unter verfahrensgrundrechtlichen Aspekten ist zu konstatieren, dass der F. - anders als der A. AG, die im Verfahren B-4991/2020 BGE 148 I 53 S. 63 Parteistellung hatte - zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit gewährt wurde, sich zu dem vom Bundesverwaltungsgericht in Erwägung gezogenen und schliesslich tatsächlich vorgenommenen Zuschlag an die B. zu äussern. Darin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), die angesichts der beschränkten Kognition des Bundesgerichts (vgl. Art. 105 BGG) keiner Heilung zugänglich ist. Umgekehrt ist auch der B. bisher keine Möglichkeit eingeräumt worden, sich vor einer Instanz mit umfassender Kognition zum Antrag der F. auf Abbruch des hier in Frage stehenden Vergabeverfahrens zu äussern; ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs auch in dieser Hinsicht ist eine materielle Beurteilung des Antrags der F. auf Abbruch des Vergabeverfahrens durch das Bundesgericht ausgeschlossen.

E. 4.5

Wie vorliegend die Tatsache zu würdigen ist, dass im Verfahren B-4991/2020 (Besetzung: Schneeberger, Dietrich, Angeli-Busi, Flury, Winiger) ein 5er-Spruchkörper gewirkt hat, im Verfahren B-6366/2020 (Besetzung: Schneeberger, Dietrich, Angeli-Busi) hingegen nur ein 3er-Spruchkörper, muss angesichts vorstehender Ausführungen nicht abschliessend beantwortet werden. So oder anders kommt nur eine Kassation der angefochtenen Entscheide und eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz in Betracht. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht in BGE 146 II 276 entschieden hat, dass bei Aufhebung einer Zuschlagsverfügung durch eine (kantonale) Beschwerdeinstanz und Korrektur einer rechtsfehlerhaften Anwendung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde grundsätzlich sämtliche Angebote aller am Vergabeverfahren beteiligten Anbieterinnen wieder zu berücksichtigen seien. Das Bundesgericht hat in dem Entscheid entsprechend ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine (kantonale) Beschwerdeinstanz ihre Kompetenz, ein reformatorisches Urteil zu fällen, nur in Konstellationen anwenden dürfe, die "hinreichend geklärt" seien; davon sei namentlich auszugehen, wenn am Vergabeverfahren lediglich zwei Anbieterinnen teilnehmen würden oder der Zuschlag ohne Weiteres an die nächstbesser platzierte Anbieterin erteilt werden könne, da keine weiteren Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage kämen (BGE 146 II 276 insb. E. 6.2.1). Es besteht kein Grund, diese Kriterien nicht auch im Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf Bundesebene zum Tragen kommen zu lassen. Ob sie im vorliegenden Fall erfüllt sind, BGE 148 I 53 S. 64 lässt sich dem Urteil B-4991/2020 jedoch nicht entnehmen; das Bundesverwaltungsgericht begnügte sich in dem Urteil zu Unrecht mit der Feststellung, "dass die Offerte der B. gemäss der Evaluation der Vergabestelle auf dem zweiten Platz" rangiert habe (E. 4). Ob eine hinreichend geklärte Situation vorlag, lässt sich auf Grundlage dieser Feststellung nicht beurteilen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.