

## **BGer 2C\_1034/2015 vom 23. November 2015**

Bundesgericht, 2015-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1034\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1034_2015)

FR: TF 2C\_1034/2015 du 23 novembre 2015

IT: TF 2C\_1034/2015 del 23 novembre 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend AlpTransit oder Vergabestelle) vergab das Los Bahntechnik und Gesamtkoordination Ceneri-Basistunnel am 12./15. August 2013 an die zur Arbeitsgemeinschaft cpc (nachfolgend ARGE) zusammengeschlossenen Unternehmungen. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht diesen Zuschlagsentscheid am 14. März 2014 aufgehoben hatte, hob das Bundesgericht dessen Urteil mit Urteil 2C\_380/2014 vom 15. September 2015 unter Bestätigung des ursprünglichen Vergabeentscheid vom 12./15. August 2013 auf.

Teil des Angebots der ARGE, das diese im Submissionsverfahren unterbreitet hatte, war das Fahrleitungssystem Deckenstromschiene mit der Unternehmung X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend auch Beschwerdeführerin genannt) als Subunternehmerin. Offenbar besteht zwischen dieser und der ARGE heute ein Dissens in Bezug auf kommerzielle Bedingungen. Die Beschwerdeführerin befürchtet, dass sie gegen einen anderen Sublieferanten ausgetauscht werden soll. Sie gelangte am 13. Oktober 2015 an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren: Es sei die Vergabestelle anzuhalten, über einen allfälligen Austausch der Beschwerdeführerin gegen einen anderen Sublieferanten im Los LP 50, Lieferung der Deckenstromschiene für den Ceneri Basis Tunnel, eine formelle Verfügung zu erlassen und der Beschwerdeführerin diese Verfügung formell zu eröffnen; der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle vorsorglich und vorläufig zu untersagen, einem allfälligen Austausch der Beschwerdeführerin gegen einen anderen Sublieferanten im Los LP 50 zuzustimmen, bis über die von ihr angeforderte formelle Verfügung rechtskräftig entschieden sei. Im Laufe der Instruktion des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht stellte die AlpTransit klar, dass sie nie eine beschaffungsrechtliche Verfügung bezüglich des die Beschwerdeführerin betreffenden Bereichs erlassen habe und sie beabsichtige, dies auch in Zukunft nicht zu tun. Die Beschwerdeführerin stellte darauf eine neuerliche Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung in Aussicht. Das Bundesverwaltungsgericht wertete die bereits hängige Beschwerde im Ergebnis als Rechtsverweigerungsbeschwerde. Mit Zwischenverfügung des Einzelrichters vom 10. November 2015 wies es das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um vorsorgliche Anordnungen ab, soweit darauf eingetreten werden könne.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 16. November 2015 beantragt X. \_\_\_\_\_ AG dem Bundesgericht, es sei die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. November 2015 aufzuheben; es sei im Verfahren vor der Vorinstanz die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der AlpTransit für die Dauer des Verfahrens zu untersagen, einem allfälligen Austausch der Beschwerdeführerin durch einen anderen Sublieferanten im Los LP 50, Lieferung der Deckenstromschiene für den Ceneri

Basis Tunnel, zuzustimmen; eventualiter sei das Verfahren mit der Anweisung zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie zum Erlass eines vorläufigen Verbots des Austausches der Beschwerdeführerin durch einen anderen Sublieferanten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Es ist weder ein Schriftenwechsel noch sind andere Instruktionsmassnahmen angeordnet worden.

Mit dem vorliegenden instanzabschliessenden Urteil wird das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um (superprovisorische) aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

### **E. 2.1**

Angefochten ist eine Zwischenverfügung. Gegen einen Zwischenentscheid kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG Beschwerde geführt werden. Mittels der vor der Vorinstanz beantragten aufschiebenden Wirkung bzw. vorsorglichen Massnahme will die Beschwerdeführerin verhindern, dass sie ihre Position als Sublieferantin vor Abschluss des von ihr angestrebten Verfahrens verliert und damit an der Erfüllung des lukrativen Vertrags mit der ARGE cpc (nach ihrer Darstellung mit einem Wert von 14 Mio. Franken) verhindert wird. Unter diesen Umständen ist von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auszugehen.

### **E. 2.2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gemäss Art. 83 lit. f BGG unzulässig auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn der Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Ziff. 1) und wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Der Schwellenwert ist bei einem Auftragswert von rund 14 Mio. Franken offensichtlich erfüllt.

Die Rechtsfrage, die ihrer Auffassung nach grundsätzliche Bedeutung hat, umschreibt die Beschwerdeführerin wie folgt: "Hat nur die Vergabestelle Anspruch auf Schutz vor einem nach Zuschlag erfolgenden Austausch eines Subunternehmers oder geniesst auch der Subunternehmer Schutz vor dem Entzug des Auftrags?" Ob es sich dabei um eine die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens beschlagende, also eine unmittelbar submissionsrechtliche Fragestellung handelt, und unter welchen Bedingungen dies auch auf einen Rechtsstreit allein über den vorläufigen Rechtsschutz durchschlägt (s. BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195; Urteil 2C\_339/2010 und 2C\_434/2010 vom 11. Juni 2010 E. 2.3.4.1), steht nicht zweifelsfrei fest, kann aber angesichts des Ausgangs des Verfahrens offenbleiben.

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 98 BGG kann mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Für entsprechende Einwendungen gilt eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 138 I 225 E. 3.1 und 3.2 S. 227 f., 274 E. 1.6 S. 280 f.; 137 V 57 E. 1.3 S. 60 ; 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53, 65 E. 1.3.1 S. 68, 229 E. 4.1 S. 235; 136 II 489 E. 2.8 S. 494). Erforderlich ist eine gezielte Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids unter verfassungsrechtlichen Aspekten; das schliesst, namentlich bei der Willkürüge, appellatorische Kritik aus ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Im Teil "Materielles" (Ziff. III Beschwerdeschrift) werden unter "Rechtliche Erwägungen" (Lit. C,

S. 19/20 Beschwerdeschrift) keine verfassungsmässigen Rechte erwähnt. Im Zusammenhang mit dem Passus Ziff. II.4 "Beschwerdegründe" (S. 7 und 8 Beschwerdeschrift, namentlich Rz 16), kann partiell von einer rechtsgenügenden Beschwerdebeurteilung ausgegangen werden.

### **E. 3.1**

Entscheidet eine Behörde über die aufschiebende Wirkung oder andere vorsorgliche Massnahmen, tut sie dies anhand der ihr bis dahin zur Verfügung stehenden Akten aufgrund einer bloss summarischen Prüfung und Abwägung der im Spiel stehenden Interessen (Prüfung "prima facie"), ohne sich vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen ( BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 f.); es steht ihr dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zu, wobei sie den mutmasslichen Ausgang des Hauptverfahrens berücksichtigen kann, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind ( BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; 117 V 185 E. 2b S. 191). Erst recht auferlegt sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der von der Vorinstanz vorgenommenen Interessenabwägung Zurückhaltung. Es hebt einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur auf, wenn die beanstandete Interessenabwägung vernünftiger Grundlage entbehrt und nicht nachvollziehbar, d.h. letztlich unhaltbar erscheint (neuerdings etwa Urteil 2C\_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2; spezifisch zu vergaberechtlichen Streitigkeiten Urteile 2P.161/2002 vom 6. September 2002 E. 2.1 [aufschiebende Wirkung] und 2C\_611/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 4.2 [vorsorgliche Massnahmen]). Die vom Gesetzgeber in Art. 98 BGG vorgesehene Rügenbeschränkung beruht unter anderem auf diesen Überlegungen (vgl. Bernard Corboz, in: Commentaire de la LTF, 2. Auflage 2014, Ziff. 1-3 zu Art. 98; Markus Schott, in: BSK Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 9 zu Art. 98 BGG ).

### **E. 3.2**

Das Bundesverwaltungsgericht lehnt es ab, der bei ihm eingereichten (Rechtsverweigerungs-) Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen ( Art. 55 VwVG ) oder andere vorsorgliche Massnahmen zu treffen ( Art. 56 VwVG ). Vorab ist klarzustellen, dass es, entgegen der offenbaren Auffassung der Beschwerdeführerin (s. Rz 76 und 77 der Beschwerdeschrift) nicht um die Wiederherstellung einer die Regel bildenden aufschiebenden Wirkung geht ( Art. 55 Abs. 1-3 VwVG ), sondern, wenn überhaupt, um die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, die der Beschwerde in einer Submissionsstreitigkeit von Gesetzes wegen gerade nicht zukommen würde (Art. 28 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB [SR 172.056.1]; Art. 55 Abs. 5 VwVG ). Ohnehin geht es, mangels Vorliegens eines eingreifenden Entscheids der Vergabebehörde, die von der Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde an die Vorinstanz ins Recht gefasst wird, eher um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 56 VwVG , indem die Beschwerdeinstanz darum ersucht wird, der Vergabestelle Handlungsanweisungen zu erteilen.

### **E. 3.3**

Das Bundesverwaltungsgericht begründet die Verweigerung der vorsorglichen Anordnungen ausschliesslich mit der - nach prima facie-Einschätzung - offensichtlichen Unbegründetheit der bei ihm anhängig gemachten Beschwerde. Es geht dabei mit der Beschwerdeführerin davon aus, dass der Zuschlagsempfänger den im Ausschreibungsverfahren der Vergabebehörde genannten Subunternehmer nicht ohne Weiteres austauschen könne. Unter - in Anbetracht der Natur des Verfahrensstadiums

naheliegenderweise - knapper Bezugnahme auf die Literatur erkennt die Vorinstanz jedoch, dass es sich beim Austausch des Sublieferanten in submissionsrechtlicher Hinsicht um ein Problem im Verhältnis Vergabestelle und Zuschlagsempfänger handelt und allfällige öffentlich-rechtliche Konsequenzen (Art. 11 in Verb. mit Art. 9 BÖB ) wohl nur diese Akteure betreffen würden; die Vorbehalte in Bezug auf einen Subunternehmerwechsel seien allein zugunsten bzw. zum Schutz der Vergabestelle formuliert; die Beschwerdeführerin als Subunternehmerin sei durch einen Austausch auf den ersten Blick allein im Rahmen des privatrechtlichen Vertrags mit dem Zuschlagsempfänger betroffen. Hingewiesen wird dabei auch auf den Umstand, dass ein im Angebot ausdrücklich erwähnter Subunternehmer regelmässig nicht dazu legitimiert ist, den Vergabeentscheid anzufechten. Das Bundesverwaltungsgericht sieht unter diesen Umständen keine direkte Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle, womit der Anspruch auf Erlass einer Verfügung gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht gegeben sei.

Die Beschwerdeführerin argumentiert, das Bundesverwaltungsgericht habe in Anwendung von Art. 28 BÖB bzw. in analoger Anwendung von Art. 55 VwVG für die Entscheidung über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu Unrecht lediglich auf die Prozessaussichten im Hauptverfahren abgestellt; es habe dabei übersehen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin ohne ihren Angebotsteil gar nicht gültig hätte eingereicht werden und diese den Zuschlag gar nicht gültig hätte erhalten können; die Nichtbeachtung und Nichtwürdigung dieses wesentlichen Sachverhaltselements bei der Beurteilung der Prozessaussichten sei grob falsch und willkürlich. Sie macht geltend, es sei fragwürdig, wenn die Vorinstanz für die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung auf die Prognose im Hauptverfahren abstelle, wo diese doch nur in klaren Fällen berücksichtigt werden dürfe; ein derartiger klarer Fall sei vorliegend eben gerade nicht gegeben; indem sie dennoch ausschliesslich zu Unrecht auf dieses Kriterium abgestellt habe, müsse die Vorinstanz sich eine grobe Verletzung ihres Ermessens vorwerfen lassen.

#### **E. 3.4**

Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtssatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; Willkür liegt dabei nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist ( BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319; 138 III 378 E. 6.1 S. 379 f. ; 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 136 III 552 E. 4.2 S. 560; 135 V 2 E. 1.3 S. 4 f.; 134 II 124 E. 4.1 S. 133).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin (teilweise appellatorischer Natur) zu den Verhältnissen des vorliegenden Falls mögen bedenkenwert sein. Sie genügen indessen offensichtlich nicht, um das der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zugrunde liegende rechtliche Konzept der Vorinstanz, das in der Beschwerdeschrift nicht gezielt diskutiert wird, als willkürlich erscheinen zu lassen. Die angefochtene Verfügung ist auch im Ergebnis nicht willkürlich; der für den provisorischen Rechtsschutz zuständige Einzelrichter darf davon absehen, seinem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen antizipierend eine - soweit ersichtlich - bisher von der Rechtsprechung nicht eingenommene Rechtsauffassung zugrunde zu legen, die grundsätzlicherer Prüfung des Hauptsachenrichters bedarf und die er aus nachvollziehbaren

Gründen für unzutreffend erachtet (vgl. Urteile 2C\_611/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 4.2 sowie 2C\_339/2010 und 2C\_434/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3).

### **E. 3.5**

Der von der Beschwerdeführerin angerufenen Wirtschaftsfreiheit ( Art. 27 BV ) kommt bei der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Ermessensausübung durch den Massnahmenrichter regelmässig keine eigenständige Bedeutung zu; so verhält es sich auch vorliegend mit den Ausführungen auf S. 8 Rz 17 der Beschwerdeschrift.

### **E. 4**

Soweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, ist sie als offensichtlich unbegründet abzuweisen. Das Urteil ergeht im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 BGG .

### **E. 5**

Die Gerichtskosten ( Art. 65 BGG ) sind entsprechend dem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 erster Satz BGG).

Parteientschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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