

# **BGer 2C 1055/2022 vom 25. August 2022**

Bundesgericht, 2022-08-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1055\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1055_2022)

FR: TF 2C 1055/2022 du 25 août 2022

IT: TF 2C 1055/2022 del 25 agosto 2022

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen, Lieferauftrag 20-021 Rippenplatten ,  
Ausschlussverfügung vom 25. August 2022, SIMAP-Projekt-ID 234598 | Grundrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 83 lit. f BGG ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder 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 (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2 i.f.; 143 II 120 E. 2.2). Während der massgebende Schwellenwert im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG angesichts des Beschaffungsvolumens "im Millionenbereich" unbestrittenermassen überschritten wird (E. 1.2 des angefochtenen Urteils), bedarf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nachfolgend einer genaueren Betrachtung.

#### **E. 1.2**

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, 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 (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich sind (vgl. BGE 139 III 209 E. 1.2; 139 III 182 E. 1.2). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt nicht zum Eintreten, denn an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage besteht kein Rechtsschutzinteresse (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3; Urteil 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin wirft die Frage auf, ob es zulässig sei, dass die Vergabebehörde nach der Angebotseinreichung und Ablauf der Angebotsfrist strengere Anforderungen an die Eignungskriterien oder die Teilnahmebedingungen stelle, als sie im Rahmen der offiziell vorgesehenen Fragerunde in einer schriftlichen Antwort festgehalten habe.

#### **E. 1.3.1**

Die Beschwerdeführerin stellt diese Frage vor dem Hintergrund einer von der Vergabebehörde erteilten Rückmeldung im Rahmen der schriftlichen Fragerunde. Die Vergabebehörde teilte der Beschwerdeführerin dort mit, dass das Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" nur von Herstellerinnen eingereicht werden müsse, die in einem Risikoland produzieren würden. Nach der Angebotseinreichung informierte die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin darüber, dass ihr bei der Antwort in der Fragerunde ein Fehler unterlaufen sei. Aus der Ausschreibung ergebe sich klar, dass alle Herstellerinnen das unterzeichnete Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" einreichen müssten. Aufgrund ihrer missverständlichen Antwort gewährte die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin zwei Nachfristen zur Einreichung des erforderlichen Dokuments, das als Eignungskriterium verlangt wurde. Diese Nachfristen liess die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen verstreichen (vgl. E. 3.14 f. des angefochtenen Urteils).

#### **E. 1.3.2**

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen aufgrund des Transparenzprinzips die Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden und dürfen angesichts des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung grundsätzlich nicht nachträglich geändert werden (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.7; Urteil 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4, nicht publ. in: BGE 143 I 177, mit Hinweis auf BGE 130 I 241 E. 5.1; 125 II 86 E. 7c). Im Sinne einer Ausnahme darf die Vergabebehörde auf ein Eignungskriterium bloss verzichten oder es anpassen, wenn sich ein Kriterium als offensichtlich ungeeignet, praktisch schwer umsetzbar oder unklar erweist, da es von keiner Anbieterin erfüllt wird. Die Vergabebehörde hat allerdings sicherzustellen, dass die Anpassung nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und die dem öffentlichen Beschaffungswesen zugrunde liegenden Grundsätze eingehalten werden. Sie muss insbesondere beachten, dass andere Unternehmen zuvor auf ein Angebot verzichtet haben könnten, weil diese davon ausgegangen sind, das Kriterium nicht zu erfüllen (vgl. BGE 141 II 353 E. 7.3; zur [nachträglichen] Änderung von Zuschlagskriterien vgl. auch BGE 125 II 86 E. 7c; Urteil 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c).

#### **E. 1.3.3**

Soweit vorliegend überhaupt eine nachträgliche Anpassung des in der Ausschreibung genannten Eignungskriteriums vorliegt, ist demnach in der Rechtsprechung abschliessend geklärt, unter welchen Umständen die Vergabebehörde die Eignungskriterien nach Einreichung der Angebote noch anpassen darf. Somit ist die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage in der Rechtsprechung bereits beantwortet. Es liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

### **E. 1.4**

Im Weiteren unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht die Frage, inwiefern die im Rahmen der schriftlichen Fragerunde abgegebenen Antworten der Vergabebehörde bei der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen seien.

#### **E. 1.4.1**

In der vorliegenden Angelegenheit gelangt die Vorinstanz zum Schluss, dass das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder eines vergleichbaren Standards beim Produzenten" klar sei und daher keiner Auslegung bedürfe (vgl. E. 3.11 f. des angefochtenen Urteils). Demgegenüber geht die Beschwerdeführerin von einem unklaren Eignungskriterium aus, das auszulegen sei. Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage bezieht sich auf die Auslegung unklarer Eignungskriterien.

#### **E. 1.4.2**

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 ; 143 I 177 E. 2.3.1; 141 II 353 E. 7.1; 139 II 489 E. 2.2.4). Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten (Eignungs-) Kriterien sind bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig. Auszulegen und anzuwenden sind die Kriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteile 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2).

#### **E. 1.4.3**

Soweit die Vorinstanz von einem unklaren Eignungskriterium hätte ausgehen müssen, hätte sie dieses folglich derart auslegen und anwenden müssen, wie es von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnte und musste. Auch die zweite von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage ist somit geklärt und betrifft lediglich die Anwendung der ständigen Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall. Es liegt folglich ebenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

#### **E. 1.5**

Die Beschwerdeführerin fragt sodann danach, ob es zulässig sei, dass die Vergabebehörde den Anbieterinnen die Teilnahme an einem sozialen Compliance-Programm vorschreibe und als Eignungskriterium oder Teilnahmebedingung festlege. Die Beschwerdeführerin richtet sich mit dieser Frage gegen die Ausschreibung als solche. Einwände gegen die Ausschreibung müssen unmittelbar vorgebracht werden und können nicht in einem späteren Verfahrensstadium gerügt werden (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.7; 141 II 353 E. 8.2.3 ; 130 I 241 E. 4 ; 129 I 313 E. 6 ; 125 I 203 E. 3a; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1] ). Die Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung des Auftrags ist unbenutzt verstrichen, weshalb die vorgetragene Rüge und die damit zusammenhängende Frage, die sich gegen die Ausschreibung richtet, für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht entscheidend ist. Es liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

### **E. 1.6**

Ferner legt die Beschwerdeführerin dar, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Es stelle sich in diesem Zusammenhang die Grundsatzfrage, ob das Bundesverwaltungsgericht nach dem Einholen einer Stellungnahme der Vergabebehörde zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung direkt und ohne Vorankündigung einen Endentscheid fällen dürfe. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Soweit dieser Verfahrensfrage überhaupt eine spezifisch beschaffungsrechtliche Bedeutung zukommt, ist die Frage geklärt: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör der gesuchstellenden Person mit der Einreichung ihres Antrags um Erteilung, Entzug oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gewahrt (vgl. BGE 139 I 189 E. 3.3; Urteil 2C\_836/2020 vom 18. Februar 2021 E. 3.2.2). Ausserdem bringt die Beschwerdeführerin selber vor, dass ihr die Vorinstanz die Stellungnahme der Vergabebehörde zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung umgehend zugestellt hat. Die Beschwerdeführerin hätte sich dazu somit (unaufgefordert) äussern können. Weshalb die aufgeworfene Frage vor diesem Hintergrund von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG sein sollte, ist nicht ersichtlich.

### **E. 2**

Nach dem Dargelegten unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich daher als unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Da sich die Eingabe der Beschwerdeführerin gegen ein verfahrensabschliessendes ( Art. 90 BGG ) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ) richtet, steht auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht offen ( Art. 113 BGG ).

### **E. 3**

Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da sich die Vergabebehörde in ihrem amtlichen Wirkungskreis hat vernehmen lassen ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG ; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 lit. f BöB ; Art. 3 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 des [bilateralen] Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens [SR 0.172.052.68]).

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