

BGer 2C_1063/2016 vom 19. Juli 2017

Bundesgericht, 2017-07-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1063_2016

FR: TF 2C_1063/2016 du 19 juillet 2017

IT: TF 2C_1063/2016 del 19 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid erging auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist daher nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder 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 (Art. 83 lit. f BGG). Die beiden Voraussetzungen - wovon hier die zweite offensichtlich gegeben ist und keiner weiteren Erörterung bedarf (vgl. Art. 1 lit. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 72.056.12]) - müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398; Urteil 2C_919/2014 / 2C_920/2014 vom 21. August 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 II 307). 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).

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosse 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; 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118 f.).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin bezeichnet vor dem Bundesgericht folgende Frage als Grundsatzfrage:

"Darf das BVGER einem Beschwerdeführer bzw. einem Anbieter, von dem die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren substantiiert geltend gemacht hat, dass er eine unmittelbar Menschenleben in Gefahr bringende ausschreibungswidrige Offerte eingereicht und somit einen zwingenden Ausschlussgrund gesetzt hat, einen Direktzuschlag erteilen, obschon der betreffende Anbieter den von der Vergabestelle geltend gemachten Sachverhalt nicht bestreitet ?"

E. 2.2

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid den erst im bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren durch die Vergabestelle gegen die dortige Beschwerdeführerin ARGE X._____ geltend gemachten Ausschlussgrund der Gefährdung der Arbeiter (wonach die Gestaltung der Arbeitsabläufe und der Teilbaustellen Notfallvakuationen und Notfallhilfestellung massgeblich erschweren bzw. verhindern sollen), verworfen und erwogen, der Argumentation, wonach die Offerte der ARGE X._____ wegen Sicherheitsmängeln auszuschliessen sei, könne nicht gefolgt werden (E. 5). Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht einen durch die Vergabestelle vorgenommenen Zuschlag von Fr. 680'000.-- (für zusätzliche, sich aber nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ergebende Transportleistungen) zum Angebotspreis der ARGE X._____ (rund 15,2 Mio Franken) als ungerechtfertigt gestrichen (E. 6). Schliesslich hielt es dafür, dass die ARGE X._____ beim Zuschlagskriterium "Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals" (Baustellenchef, Bauführer, Polier[e]) für das Subkriterium NZ 1.2 "Bauführer" die Note 4 (statt 3) hätte erhalten müssen (E. 7). Anschliessend errechnete die Vorinstanz aufgrund der von ihr vorgenommenen Korrekturen der Bewertung der ARGE X._____, dass diese auf Rang 1 zu liegen komme, was zu einer direkten Vergabe an sie führe (E. 8).

E. 2.3

Die Vergabestelle macht zum Zentrum ihrer Beschwerde die geltend gemachten Sicherheitsmängel gemäss E. 5 des angefochtenen Urteils und nennt dem Bundesgericht als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob das Bundesverwaltungsgericht einem Anbieter den Zuschlag erteilen könne, der einen zwingenden Ausschlussgrund gesetzt habe (vorne E. 2.1).

E. 2.4

Diese Frage ist aber in der Rechtsprechung bereits beantwortet: Offerten, die zwingende gesetzliche Anforderungen nicht erfüllen, sind auszuschliessen, da nur Güter beschafft werden dürfen, welche den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (Urteil 2D_39/2014 vom 26. Juli 2014 E. 5.5 mit Hinweisen). Bei Anforderungen, die sich nicht zwingend aus dem Gesetz, sondern aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, ist es oft Auslegungsfrage, ob damit ein Eignungs- oder ein Zuschlagskriterium gemeint ist. Die Vorinstanz hat in Würdigung des eigenen Verhaltens der Vergabestelle erkannt, bei den von ihr geltend gemachten Sicherheitsmängeln handle es sich nicht um ein zwingendes Ausschlusskriterium, sondern um ein Zuschlagskriterium. Damit hat sie allgemeine Grundsätze in einem Einzelfall angewendet. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Sicherheitsanforderungen, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben (vgl. Duplik der Vergabestelle an die Vorinstanz [vom 22. April 2016], Ziff. 7 S. 16, mit Hinweis auf Beilage 24 [Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen]) - hier insbesondere, dass jeweils nur auf einer Seite der Tunnelventilation gearbeitet werden darf - sind zudem auch nach Ansicht der Vorinstanz zwingend einzuhalten (angefochtenes Urteil S. 20). Gegenteiligenfalls hält sie zwar einen Ausschluss nicht für erforderlich, jedoch verlangt sie, dass der Anbieter die Mängel vor der Ausführung auf eigene Kosten behebt (ebenda). Mit anderen Worten geht die Vorinstanz von einer Korrigierbarkeit der Mängel aus, was eine Einschätzungsfrage im konkreten Fall darstellt und nicht Grundsatzfrage ist.

E. 3

Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gestützt auf Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG unzulässig. Es ist darauf nicht einzutreten.

Die Beschwerdeschrift kann auch nicht als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden, da dieses Rechtsmittel gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts nicht offen steht (vgl. Art. 113 ff. BGG).

E. 4

Ausgangsgemäss trägt die unterliegende Beschwerdeführerin die - praxisgemäss reduzierten - Gerichtskosten (Art. 65 und Art. 66 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da die Beschwerdegegnerinnen und die Zuschlagsempfängerinnen zwar anwaltlich vertreten waren, aber nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurden und ihnen somit kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

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