

BGer 2C 327/2022 vom 26. Juli 2022

Bundesgericht, 2022-07-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_327_2022

FR: TF 2C 327/2022 du 26 juillet 2022

IT: TF 2C 327/2022 del 26 luglio 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlag betreffend das Projekt Secondo tubo San Gottardo (2TG) - Los 111, Materialbewirtschaftung und -logistik Nord+Süd (SIMAP-Meldungsnummer 1222447; Projekt-ID 217357 | Grundrecht

Erwägungen

E. 1.1

Am 2. März 2021 schrieb das Bundesamt für Strassen (ASTRA oder Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) - Los 111, Materialbewirtschaftung und -logistik Nord + Süd, funktionale Ausschreibung" einen Bauauftrag im Staatsvertragsbereich im offenen Verfahren aus. Fristgerecht gingen drei Angebote ein, darunter jenes der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) A._____, bestehend aus der B._____, AG, der C._____, AG, der D._____, AG, der E._____, SA, der F._____, AG und der G._____, AG, und dasjenige des Consorzio H._____. Am 6. Oktober 2021 (mit Publikation gleichen Datums auf der Internetplattform SIMAP) erteilte das ASTRA dem Consorzio H._____, bestehend aus der I.I._____, AG, der J._____, AG, der K._____, SA, der L._____, SA und der M._____, AG, den Zuschlag für den ausgeschriebenen Auftrag.

E. 1.2

Gegen die Zuschlagsverfügung erhoben die Gesellschafter der ARGE A._____ (einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR ; vgl. aber E. 1.3 unten) am 25. Oktober 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten dort unter anderem, die Zuschlagsverfügung des ASTRA sei aufzuheben und der Zuschlag sei der ARGE A._____ zu erteilen. Zudem sei der Beschwerde - zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich - umgehend die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vorinstanz sei zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen. Mit Zwischenentscheid vom 19. April 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der ARGE A._____ bzw. von deren Gesellschaftern um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab (Ziff. 1 Urteilsdispositiv).

E. 1.3

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 26. April 2022 beantragt die ARGE A._____ (welche als solche vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt ist und durch ihre Gesellschafter handelt, vgl. Urteil 2D_19/2018 vom 19. Februar 2019 E. 1.3; nachfolgend: Beschwerdeführerin oder ARGE A._____) die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils (Antrag 1). Der Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht im vorinstanzlichen Verfahren (Verfahren B-4703/2021) sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle zu

untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen (Antrag 2). Eventualiter zu Antrag 2 sei die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zur Abklärung des massgeblichen Sachverhalts und zum neuerlichen Entscheid über die beantragte aufschiebende Wirkung zurückzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht sei der vorliegenden Beschwerde (in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) - zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich - umgehend die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen. Eventualiter sei ein zwischen der Vergabestelle und den Zuschlagsempfängerinnen bereits abgeschlossener Vertrag aufzuheben bzw. dessen Nichtigkeit festzustellen und sei es der Vergabestelle zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen.

E. 1.4

Mit Formularverfügung vom 28. respektive 29. April 2022 entsprach das Bundesgericht dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) superprovisorisch.

E. 1.5

Mit Vernehmlassung vom 14. Juni 2022 beantragt das ASTRA die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung und Nichteintreten auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Gesellschafter des Consorzio H._____ bzw. das Consorzio H._____ (nachfolgend: [der] Beschwerdegegner oder Consorzio H._____) beantragen mit Vernehmlassung vom 14. Juni 2022, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf ihre Urteilsbegründung auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 23. Juni 2022.

E. 2.1

Fristgerecht angefochten ist vorliegend ein Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 93 Abs. 1 BGG). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde steht vorliegend nicht zur Verfügung (vgl. Art. 113 BGG).

E. 2.2

Selbständig eröffnete Zwischenentscheide können vor Bundesgericht unter anderem angefochten werden, wenn sie (für die Beschwerdeführerin) einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Diese Voraussetzung ist vorliegend rechtsprechungsgemäss erfüllt, kann doch die Vergabestelle, wenn der angefochtene Zwischenentscheid Bestand hat und damit der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht (bei Beschaffungen im Staatsvertragsbereich) die aufschiebende Wirkung versagt wird, den Vertrag mit dem Beschwerdegegner abschliessen. Der Beschwerdeführerin würde dann nur noch die Aussicht auf Schadenersatz (Sekundärrechtsschutz) verbleiben (bei Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist der Rechtsschutz dagegen von vornherein auf den Sekundärrechtsschutz beschränkt; vgl. Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 52 Abs. 2, Art. 54 Abs. 1 und 2, 58 Abs. 2 bis 4 BöB [Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; SR 172.056.1]; vgl. BGE 134 II 192 E. 1.4; Urteile 2C_327/2020 vom 7. August 2020 E. 2.1; 2D_20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 1.2; MARTIN ZOBL, in: Hans Rudolf

Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020 [Handkommentar Beschaffungsrecht], N. 38 zu Art. 54 BöB ; MICHA BÜHLER, in: Handkommentar Beschaffungsrecht, N. 2, 5, 17 ff., 26 und 30 zu Art. 58 BöB). Unter dem Titel von Art. 93 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten deshalb zulässig.

E. 2.3

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 83 lit. f BGG). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 146 II 276 E. 1.2; Urteil 2C_1021/2016, 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 143 II 553). Die zweitgenannte Voraussetzung (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG ; in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung; AS 2020 641 ff., 685; vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG) ist vorliegend - bei einem Zuschlagspreis von rund Fr. 224 Mio. - unstreitig und offensichtlich erfüllt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB).

E. 2.4

Da sich der Zwischenentscheid bezüglich aufschiebender Wirkung im Sinne einer prima-facie-Würdigung an der materiellen Rechtslage orientiert, gilt die Eintretensvoraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG) auch in diesem Fall (BGE 134 II 192 E. 1.3; vgl. Urteil 2C_327/2020 vom 7. August 2020 E. 2.1 ff.). Sofern die aufschiebende Wirkung nicht bereits selbst eine beschaffungsrechtliche (dazu nachfolgend E. 2.5) Grundsatzfrage aufwirft, ist auf die Tragweite in Bezug auf den (künftigen) Sachentscheid abzustellen (BGE 134 II 192 E. 1.3). Dabei wird die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage nicht definitiv geklärt. Um zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist, hatte das angerufene Gericht bzw. die Vorinstanz eine Interessenabwägung vorzunehmen; dabei fällt der vermutliche Ausgang des Verfahrens lediglich in Betracht, wenn die Aussichten eindeutig sind (BGE 129 II 286 E. 3). Bezüglich der aufschiebenden Wirkung beschränkte sich die Vorinstanz mit Blick auf den Ausgang des Streitfalles auf eine "prima-facie"-Würdigung (vgl. Verfügung 2C_1034/2021 vom 6. Januar 2022; Urteil 2D_20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 2.2). Entsprechend hatte sie die materielle Rechtsfrage nur summarisch zu prüfen.

E. 2.5

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Keine Grundsatzfrage stellt die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall dar. Der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt ebenfalls nicht, um ihr grundsätzlichen Charakter zu verleihen. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis begleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (BGE 146 II 276 E. 1.2.1; Urteil 2C_1021/2016, 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.2, nicht publ. in: BGE 143 II 553). Zudem muss es sich um eine Frage handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich ist (BGE 146 II 276 E. 1.2.1). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des

Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt mangels Rechtsschutzinteresse an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage nicht zum Eintreten auf die Beschwerde. Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 146 II 276 E. 1.2.1; Urteile 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1; 2C_553/2015 vom 26. November 2015 E. 1), es sei denn, die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt sich offensichtlich (Urteil 2D_25/2018 vom 2. Juli 2019 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 145 II 249 ; 141 II 353 E. 1.2).

E. 2.6

Stellt sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, entscheiden die Abteilungen in Dreierbesetzung über Nichteintreten auf die Beschwerde, wenn Letztere nur unter dieser Bedingung zulässig ist (Art. 109 Abs. 1 BGG).

E. 2.7

Die Beschwerdeführerin misst der Frage grundsätzliche Bedeutung zu, "ob und inwieweit sich eine Gesellschaft zur Erbringung einer Firmenreferenz für die Erfüllung von Eignungskriterien im Rahmen des Vergabeprozesses infolge einer Sacheinlage bzw. Vermögensübertragung (Individualsukzession) auf die Firmenreferenz einer anderen Gesellschaft stützen darf."

E. 2.8

Die aufgeworfene Frage nimmt auf den Entscheid in der Sache Bezug, weshalb die Vorinstanz nur eine prima-facie-Würdigung vorzunehmen hatte (vgl. E. 2.4 oben).

E. 2.9

Die aufgeworfene Frage bezieht sich auf das Eignungskriterium 1 (EK1) Firmenerfahrung /-referenz (Ziff. 3.7 öffentliche Ausschreibung) in Verbindung mit den dafür unter der "Referenz 2" geforderten Nachweisen (Ziff. 3.8 öffentliche Ausschreibung). Das oder die Referenzprojekt (e) müssen Erfahrung im Bereich "Baulogistische Aufgabe mit Förderbandanlagen, Bahntransporten, Bahnver- und/oder Entladeanlage für Ausbruchsmaterial und/oder GFB für Ganzzüge" belegen (vgl. E. 6.1.1 angefochtenes Urteil).

E. 2.10

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung hat der Beschwerdegegner bezüglich der "Referenz 2" zwei Referenzprojekte vorgelegt, nämlich unter anderem das Referenzprojekt 1.2a " N. _____ ", welches gemäss Offerte der I.I. _____ AG (vgl. E. 1.1 oben) zugeordnet wurde (vgl. E. 6.1.2 angefochtenes Urteil). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass dieses Referenzprojekt der I.I. _____ AG zugeordnet werden kann. Sie macht geltend, für das genannte Referenzprojekt sei seinerzeit der " O.I. _____ " und damit einer anderen, nicht an der vorliegenden Offerte beteiligten Gesellschaft der Zuschlag erteilt worden. Die Vorinstanz hat diesbezüglich sachverhaltsmässig - und seitens der Beschwerdeführerin unbestritten - festgestellt, das Referenzprojekt " N. _____ " sei in den Jahren 2000 bis 2008 ausgeführt worden, wobei diesbezüglich die O.I. _____ Zuschlagsempfängerin gewesen und die I.I. _____ Agerst im Jahr 2002 gegründet worden sei. Gemäss Handelsregisterauszug der I.I. _____ AG habe diese anlässlich ihrer Gründung im Sinne einer Sacheinlage unter anderem die "Bandanlage in Goler VS" und die "Bandanlage in Riedertal VS" von der O.I. _____ übernommen. Diese Transportbänder

seien im Referenzprojekt " N. _____ " im Einsatz gewesen, und zwar auch nach der Gründung der I.I. _____ AG in kontinuierlicher Weise. Sie hätten ausserdem einen wesentlichen Teil der Leistung des genannten Referenzprojekts ausgemacht. Neue Verträge im vom Referenzprojekt betroffenen Bereich habe nach der Gründung der I.I. _____ AG nur noch diese abgeschlossen, während die O.I. _____ im Jahr 2009 den operativen Betrieb eingestellt habe. Gemäss Referenzauskünften sei die "Firma I. _____ " im genannten Referenzprojekt federführend gewesen und habe die Hauptverantwortung getragen. Zwei Personen, welche seitens der O.I. _____ den Werkvertrag für das genannte Referenzprojekt unterzeichnet hätten, seien nachher als Geschäftsführer und Geschäftsführer-Stellvertreter der I.I. _____ AG im Einsatz gewesen (vgl. E. 7.1.4, 7.3, 7.6.4, 7.7.4 f. angefochtenes Urteil).

E. 2.11

Aufgrund der genannten Umstände zog die Vorinstanz den Schluss, in Bezug auf die für das genannte Referenzprojekt relevante Tätigkeit sei von einer Situation auszugehen, welche prima facie mit dem Übergang der operativen Tätigkeit im Sinne eines Betriebsübergangs von der O.I. _____ auf die I.I. _____ AG vergleichbar sei. Spätestens nach Einstellung der operativen Tätigkeit der O.I. _____ könne das Referenzprojekt " N. _____ " nur noch der I.I. _____ AG zugeordnet werden. Die Vergabestelle müsse bei einer mit der Übernahme eines Geschäftsbereichs vergleichbaren Situation über einen gewissen Spielraum verfügen und eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" einnehmen können (vgl. E. 7.7.5 und 7.8.3 angefochtenes Urteil).

E. 2.12

In BGE 144 II 177 war das Bundesgericht mit der Frage konfrontiert, ob Unternehmensreferenzen unabhängig von den effektiven Kompetenzen der sich wesentlich ändernden Unternehmensform und -struktur dem jeweiligen Unternehmen erhalten bleiben und falls ja, wie lange. Es hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, die Referenzen könnten unterschiedlichste Aspekte des Anbieters oder der angebotenen Leistung betreffen. Ob eine Vergabestelle die Unternehmensreferenzen eines Anbieters akzeptieren könne und wie sie zu bewerten seien, hänge wesentlich von deren konkretem Inhalt, dem Zeitablauf und den auf Seiten des Anbieters seither eingetretenen Veränderungen ab. Die genannte Frage entziehe sich einer Antwort mit wegleitendem Charakter und stelle deshalb keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar (BGE 144 II 177 E. 1.3.7).

E. 2.13

Damit hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass auch der im vorliegenden Fall aufgeworfenen Frage die Qualifikation als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abgeht. Die Zurechnung einer Referenz geht mit der Akzeptanz einer Referenz durch die Vergabestelle einher. Erstere hängt bei einer Restrukturierung von einer Vielzahl von einzelfallbezogenen Elementen ab, insbesondere von der Ausgestaltung, dem Inhalt und dem Zeitpunkt der Restrukturierung. Folglich entzieht sich auch die Beantwortung der vorliegend aufgeworfenen Frage (vgl. E. 2.7 oben) einer allgemeingültigen Festlegung; Erstere hängt vielmehr wesentlich vom Einzelfall ab. Der Beantwortung kann deshalb kein wegleitender Charakter zukommen (vgl. auch Urteile 2C_680/2020 vom 10. März 2021 E. 1.2.4; 2C_327/2020 vom 7. August 2020 E. 2.2.3). Eine andere Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wurde vorliegend weder aufgeworfen noch ist eine solche offensichtlich (vgl. E. 2.5 oben). Demzufolge mangelt es vorliegend an einer Rechtsfrage

von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG , weshalb auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Verfahren gemäss Art. 109 Abs. 1 BGG nicht einzutreten ist.

E. 3.1

Auf die in der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vorgebrachten Rügen der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV), des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), des Willkürverbots (Art. 9 BV), des Gebots der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ist demnach nicht weiter einzugehen.

E. 3.2

Aufgrund des vorliegenden Resultats fällt die für das bundesgerichtliche Verfahren superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dahin und die übrigen in verfahrensmässiger Hinsicht gestellten Anträge (vgl. E. 1.3 oben) erweisen sich als gegenstandslos.

E. 3.3

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens den Gesellschaftern der Beschwerdeführerin zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 65, Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Die Beschwerdeführerin, handelnd durch ihre Gesellschafter, hat den Gesellschaftern des Beschwerdegegners eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Der Vergabestelle, welche in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat, ist dagegen keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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