

# **BGer 2C 553/2015 vom 26. November 2015**

Bundesgericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_553\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_553_2015)

FR: TF 2C 553/2015 du 26 novembre 2015

IT: TF 2C 553/2015 del 26 novembre 2015

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen (Verfahrensabbruch Los 1.2), Projekt (1342) 609  
Datentransport Lose 1 + 2, SIMAP-Projekt-ID100648 | Grundrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ist grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG zulässig. Art. 83 lit. f BGG schliesst aber die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden 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) nicht erreicht sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt ( BGE 133 II 396 E. 2.1 S. 398). 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 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.). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich sind ( BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 210; 139 III 182 E. 1.2 S. 185; 137 III 580 E. 1.1 S. 582 f.; 135 III 397 E. 1.2 S. 399 f.). 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 (Urteil 2C\_409/ 2015 vom 28. September 2015 E. 1.4). Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21).

### **E. 2**

Die erste Voraussetzung (Auftragswert) ist hier unstrittig und offensichtlich erfüllt. Zu prüfen ist die zweite Voraussetzung. Dazu ist vorerst die Ausgangslage darzustellen:

#### **E. 2.1**

In der Zuschlagsverfügung vom 5. Februar 2014 hatte die Vergabestelle entschieden, der Zuschlag 1.2 erfolge nicht, da kein zweites Angebot (neben demjenigen der

Zuschlagsempfängerin) alle technischen Spezifikationen und Eignungskriterien erfülle. Die heutige Beschwerdegegnerin hatte in ihrer Beschwerde vom 25. Februar 2014 (Verfahren B-998/2014) beantragt, der Zuschlag 1.1, eventuell der Zuschlag 1.2, sei an sie zu erteilen. In der Beschwerdebegründung führte sie aus, sie erfülle die Kriterien, so dass ihr der Zuschlag 1.1 oder mindestens der Zuschlag 1.2 zu erteilen sei. Nach dem am 20. August 2014 erfolgten Teiltrückzug der Beschwerde hinsichtlich Teillos 1.1 wurde diese Vergabe an die Zuschlagsempfängerin rechtskräftig. Hingegen blieb die Vergabe des Teilloses 1.2 Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens B-998/2014.

### **E. 2.2**

In der Verfügung vom 12. November 2014 ordnete die Vergabestelle an, das Vergabeverfahren werde hinsichtlich Teillos 1.2 definitiv abgebrochen. Die Vorinstanz kam demgegenüber zum Ergebnis, die Vergabestelle wolle in Wirklichkeit gar nicht die Vergabe 1.2 definitiv abbrechen, sondern lediglich darauf verzichten, diese Dienstleistungen separat, d.h. von einer anderen Anbieterin als der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1, zu beziehen (E. 2.4-2.7 des angefochtenen Urteils). Es handle sich daher bei der angefochtenen Verfügung vom 12. November 2014 effektiv nicht um einen Abbruch, sondern es gehe darum, das Teillos 1.2 nicht der (heutigen) Beschwerdegegnerin zu vergeben. Diese Frage bilde aber bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens B-998/2014. Aufgrund des Devolutiveffekts habe die Vergabestelle nicht mehr die Befugnis, über diese beim Bundesverwaltungsgericht hängige Sache zu entscheiden (E. 4 des angefochtenen Urteils).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz geht mit Recht davon aus, dass die untere Instanz, deren Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten wurde, über die Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, darüber grundsätzlich nicht mehr verfügen kann (Devolutiveffekt; Art. 54 VwVG). Die Ausnahme von Art. 58 Abs. 1 VwVG kommt vorliegend nicht zum Tragen, da sie nur gilt, wenn die Behörde zu Gunsten der Beschwerde führenden Partei verfügt, weil sonst das Beschwerdeverfahren durch die neue Verfügung nicht hinfällig wird (BGE 127 V 228 E. 2b/bb S. 232 ff.; 113 V 237 E. 1a S. 238; Urteile 2C\_733/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.2; P 7/02 vom 12. März 2004 E. 3, SVR 2005 EL Nr. 3; ANDREA PFLEIDERER, Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 58 Rz. 39; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 162 Rz. 3.45; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 377 Rz. 1066). Der Devolutiveffekt gilt nur für das, was in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht Streitgegenstand der Beschwerde ist, mithin nur soweit die Vorinstanz verfügt hat und die Verfügung angefochten worden ist (REGINA KIENER, Kommentar VwVG, 2008, Art. 54 Rz. 6; HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 54 Rz. 27). Entscheidend ist somit, ob die Verfügung vom 12. November 2014 eine Frage betrifft, die Streitgegenstand der (beim Bundesverwaltungsgericht hängigen, aber sistierten) Beschwerde B-998/2014 vom 25. Februar 2014 bildet; wenn das zutrifft, dann war die neue Verfügung unzulässig und die Vorinstanz hat sie mit Recht aufgehoben.

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer geht entgegen der Auffassung der Vorinstanz davon aus, dass die Verfügung vom 12. November 2014 effektiv das Vergabeverfahren abgebrochen hat. Er

unterbreitet in diesem Zusammenhang dem Bundesgericht folgende Fragen, die seines Erachtens von grundsätzlicher Bedeutung sind: a) Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Abbruch eines Vergabeverfahrens als "Abbruch" im Sinne von Art. 30 VöB qualifiziert? b) Wann liegt ein (definitiver) Abbruch des Vergabeverfahrens vor bzw. wann gilt ein Projekt als "nicht verwirklicht"? c) Kann ein Abbruch *lite pendente*, d.h. während eines rechtshängigen Vergabeverfahrens erfolgen? Die aufgeworfenen Fragen könnten abstrakt gesehen durchaus von grundsätzlichem Interesse sein. Zu prüfen ist aber, ob sie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache überhaupt erheblich sind (vorne E. 1).

### **E. 2.5**

Die Folgerung der Vorinstanz, wonach das Vergabeverfahren effektiv gar nicht abgebrochen werden soll, beruht auf einer Würdigung des prozessualen Verhaltens der Vergabestelle. Es handelt sich dabei um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung, die in den Schranken von Art. 105 BGG für das Bundesgericht verbindlich ist. Der Beschwerdeführer legt nicht rechtsgenügend (Art. 97 i.V.m Art. 106 Abs. 2 BGG) dar, dass diese Sachverhaltswürdigung offensichtlich unrichtig sei. Vielmehr sind seine Vorbringen geeignet, die Beurteilung der Vorinstanz zu bestärken: Wohl bringt der Beschwerdeführer vor, er wolle die Leistungen des Teilloses nicht erneut ausschreiben und es erfolge keine Wiederholung der Ausschreibung und keine neue Zuschlagsverfügung (Beschwerde Rz. 71 f.). Damit wird aber nur bestätigt, wovon auch die Vorinstanz ausgeht, dass nämlich eine erneute Ausschreibung nicht erfolgen wird. Zugleich führt der Beschwerdeführer selber aus, die Leistungen des Teilloses 1.2 würden unter bestehenden Verträgen bezogen; bei der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 könnten nur die Leistungen gemäss Vertrag bezogen werden, d.h. 300 Standorte sowie optional Leistungen nach Bedarf der Vergabestelle (Rz. 59 und 72 der Beschwerde). Es entspricht ebenso der Ausschreibung, dass den selektierten Lieferanten auch weitere Managed-Service-Instanzen zugeschlagen werden können. Wenn also zusätzlich zu den 300 bezeichneten Standorten optional auch weitere Standorte bei der Zuschlagsempfängerin bezogen werden können, ist nicht ausgeschlossen, dass die Vergabestelle die ganzen ausgeschriebenen Leistungen bei der Zuschlagsempfängerin beziehen wird, also auch diejenigen, die eigentlich Gegenstand des Teilloses 1.2 gebildet hätten. Somit ist die Folgerung der Vorinstanz, die Vergabestelle wolle in Wirklichkeit gar nicht die Vergabe 1.2 definitiv abbrechen, sondern lediglich darauf verzichten, diese Dienstleistungen separat, d.h. von einer anderen Anbieterin als der Zuschlagsempfängerin des Teilloses 1.1 zu beziehen, nicht offensichtlich unrichtig und damit für das Bundesgericht verbindlich.

### **E. 2.6**

Bei dieser gegebenen Sachlage will der Beschwerdeführer die Dienstleistung, welche Gegenstand des Teilloses 1.2 hätte bilden sollen, trotz des angeblichen Abbruchs weiterhin beschaffen, womit feststeht, dass es sich bei der "Abbruchverfügung" vom 12. November 2014 in Wirklichkeit nicht um einen Abbruch des Verfahrens handelt. Damit erübrigen sich allgemeine Erörterungen zu den vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Fragen a. und b., unter welchen Umständen von einem Abbruch auszugehen ist. Namentlich geht es nicht, wie der Beschwerdeführer in Konkretisierung seiner Fragen ausführt, darum, ob es ausreichend ist, dass die Vergabestelle auf die entsprechende Zuschlagserteilung und einen Vertragsschluss verzichtet und die Leistungen in dieser Art nicht erneut ausschreiben wird. Denn die Vorinstanz begründet ihre Folgerung nicht damit, dass der Beschwerdeführer die Leistungen nicht erneut ausschreibt, sondern damit, dass er in Wirklichkeit weiterhin die

ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen beschaffen will. Ist sachverhaltlich davon auszugehen, dass gar kein Abbruch vorliegt, stellt sich auch die vom Beschwerdeführer dem Bundesgericht unterbreitete Frage c. nicht.

### **E. 2.7**

Da sich somit keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, deren Beantwortung für die Lösung der vorliegenden Streitfrage rechtserheblich wäre, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang trägt der Beschwerdeführer, um dessen Vermögensinteresse es geht, die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 und 4 [e contrario] BGG; Urteil 2D\_58/2013 vom 24. September 2013, E. 8, nicht publ. in BGE 140 I 285 ; Urteil 2C\_484/2008 E. 6, nicht publ. in BGE 135 II 49 ; 130 I 258 E. 6 S. 268; 125 II 86 E. 8 S. 103). Er hat zudem der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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