

BGer 2C_636/2022 vom 5. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_636_2022

FR: TF 2C_636/2022 du 5 avril 2023

IT: TF 2C_636/2022 del 5 aprile 2023

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 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

E. 1.1

Gemeinsamer Ausgangspunkt der zu beurteilenden Beschwerdeverfahren ist die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 18. September 2020 zugunsten der G. _____ AG, gegen die sowohl die ARGE A. _____ als auch die Bietergemeinschaft H. _____ ans Bundesverwaltungsgericht gelangt waren (vgl. BGE 148 I 53 E. 4.1). Über diese Beschwerden entschied das Bundesverwaltungsgericht - nach erfolgter Rückweisung durch das Bundesgericht - im Rahmen der beiden separaten, aber materiell koordinierten Beschwerdeverfahren B-1483/2022 und B-1486/2022 mit Urteilen vom 13. Juli 2022: Dabei erteilte es den Zuschlag der Bietergemeinschaft H. _____ und wies gleichzeitig die Beschwerde der ARGE A. _____ ab. Diese Urteile bilden Gegenstand der hier zu beurteilenden Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der ARGE A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), die als solche vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt ist und durch ihre Gesellschafter handelt (vgl. Urteil 2C_327/2022 vom 26. Juli 2022 E. 1.3).

E. 1.2

Vor der Vorinstanz standen sich im Verfahren B-1486/2022 die ARGE A. _____ (als Beschwerdeführerin) und die G. _____ AG (als Beschwerdegegnerin) gegenüber. Ebenfalls beteiligt waren die Vergabestelle sowie die Bietergemeinschaft H. _____, die jedoch keine Rechtsbegehren gestellt hatte. Im Verfahren B-1483/2022 führte die Bietergemeinschaft H. _____ ihrerseits Beschwerde, wobei die G. _____ AG als Beschwerdegegnerin auftrat und wiederum die Vergabestelle beteiligt war. Auch die ARGE A. _____ hat sich im Verfahren B-1483/2022 äussern können; sie stellte jedoch keine Anträge, sodass die Vorinstanz die Frage offen liess, ob beziehungsweise in welcher Rolle sie am Verfahren teilnehmen können (vgl. angefochtener Entscheid [B-1483/2022] E. 2). Die Vorinstanz nahm in der Begründung ihres Urteils B-1483/2022 Bezug auf das Verfahren B-1486/2022 und führte in dieser Hinsicht aus, dass nichts ersichtlich sei, was gegen den Anspruch der Bietergemeinschaft H. _____ auf den Zuschlag sprechen könne (vgl. angefochtener Entscheid [B-1483/2022] E. 5.4).

E. 1.3

Nach Gesagtem weisen die Verfahren 2C_636/2022 und 2C_637/2022 einen engen sachlichen und prozessualen Zusammenhang auf (vgl. analog zur ungeteilten Wirkung der angefochtenen Urteile bereits BGE 148 I 53 E. 4.1 und 4.2). Sie sind entsprechend zu

vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (vgl. Art. 71 BGG i.V. mit Art. 24 BZP).

E. 2

Zu prüfen sind damit zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

E. 2.1

Bei den angefochtenen Urteilen handelt es sich um Endentscheide des Bundesverwaltungsgerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den hier für Bauleistungen massgebenden Schwellenwert von Fr. 2'000'000.-- nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) erreicht (Art. 83 lit. f BGG [in der Fassung gemäss Anhang 7 Ziff. II 2 BöB; AS 2020 641]; vgl. zur intertemporalen Anwendbarkeit des neuen Rechts Art. 132 Abs. 1 BGG und BGE 126 III 431 E. 2b). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.1; 134 II 192 E. 1.2; 133 II 396 E. 2.1).

E. 2.2

Bei der Frage 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. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser 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 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1 ; 138 I 143 E. 1.1.2). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falls erheblich sind (BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Partei darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1; Urteil 2C_355/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 1.2.1).

E. 3

Der massgebende Schwellenwert von Fr. 2'000'000.-- ist angesichts des Auftragsvolumens von rund Fr. 66'000'000.-- klarerweise überschritten (vgl. vorstehende E. 2.1; Urteil 2C_399/2021, 2C_427/2021 und 2C_565/2021 vom 28. Februar 2022 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 148 I 53). Streitig und zu prüfen ist indessen, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich hier zwei Grundsatzfragen stellen.

E. 3.1

Die erste Grundsatzfrage, die sich gemäss Beschwerdeführerin stelle, lautet wie folgt:

"Ist es zulässig, dass eine Vergabestelle ein Submissionsverfahren durchführt, das nicht zum Abschluss eines verbindlichen definitiven Vertrags führt?"

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin gehe es in dieser Hinsicht darum, ob es zulässig sei, dass eine Vergabestelle einen Auftrag so ausschreibe, dass der gestützt auf den Zuschlagsentscheid zu schliessende Vertrag nicht definitiv sei, sondern zu einem späteren Zeitpunkt überarbeitet und angepasst werden müsse. Diese Frage sei für Ausschreibungen auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene von Bedeutung. Könnten die Vergabestellen öffentlich ausgeschriebene Aufträge nachträglich in einer zweiten Phase freihändig in bilateraler Absprache mit dem Zuschlagsempfänger anpassen, würde dies fundamentalen Grundsätzen des Vergaberechts zuwiderlaufen.

E. 3.1.1

Nach den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz befindet sich in den Ausschreibungsunterlagen ein Vertragsentwurf für einen Totalunternehmervertrag (Tiefbau). Gemäss Terminplan ist die Unterzeichnung des Vertrags für kurz nach Rechtskraft des Zuschlags vorgesehen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1). Zur Frage, inwieweit der Vertragsentwurf nach dem Zuschlag noch in gewissen Punkten angepasst werden kann, besteht sodann eine bundesgerichtliche Praxis: In BGE 134 II 297 hielt das Bundesgericht fest, dass im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen (müssen), die Vertragsverhandlungen zwischen Vergabebehörde und Zuschlagsempfänger jedoch erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens beginnen, und sich die Vertragspartner über blosse Nebenpunkte noch frei verständigen können (BGE 134 II 297 E. 4.2). Die Anwendung dieser Rechtsprechung im Einzelfall wirft keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung auf.

E. 3.1.2

Auch soweit die aufgeworfene Frage so zu verstehen wäre, inwieweit es vergaberechtlich zulässig sei, bereits im Rahmen der Ausschreibung und

über allfällige Nebenpunkte hinaus Vertragsanpassungen bzw. Nachverhandlungen vorzusehen (vgl. zu den sogenannten ausgeschriebenen Änderungen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2904 ff.), erweist sie sich vorliegend jedenfalls nicht als erheblich:

Gemäss Vertragsentwurf wird von den drei Teilphasen "Ausführungsprojekt", "Ausführung" und "Inbetriebnahme, Abschluss", mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde nur die erste Teilphase ("Ausführungsprojekt") freigegeben. Weitere Teilphasen werden gemäss Vertragsentwurf erst später durch den Bauherrn freigegeben, wobei dieser sich vorbehält, einzelne Teilphasen nicht ausführen zu lassen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1). Unbestritten scheint zwar, dass nach der Teilphase "Ausführungsprojekt" eine Vertragsanpassung erfolgen soll. Dies bestätigte die Vergabestelle sowohl in ihrer Beschwerdeantwort im Verfahren vor Bundesgericht (vgl. dort Rz. 22 [Verfahren 2C_637/2022]), als auch im Vergabeverfahren, als sie im Rahmen der Beantwortung des Fragekatalogs angab, dass der Totalunternehmervertrag nach der ersten Teilphase und gestützt auf die (noch) zu genehmigende Ausführungsplanung überarbeitet werde (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Dass jedoch wesentliche Teile des Vertrags nicht Gegenstand der im offenen Verfahren durchgeführten Ausschreibung bildeten, sondern nach dem Zuschlagsentscheid zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger freihändig ausgehandelt werden sollen - wie die Beschwerdeführerin geltend macht -, ergibt sich aus den sachverhaltlichen

Feststellungen der Vorinstanz nicht. Vielmehr bilden gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auch die nach der Ausführungsplanung folgenden Phasen "Ausführung" und "Inbetriebnahme" Gegenstand des bestehenden Vertragsentwurfs: So verpflichtet sich der Totalunternehmer zur vollständigen Leistung und zu sämtlichen Lieferungen gemäss der in den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten, den Plänen und weiteren Vertragsbestandteilen festgelegten Ausführung und Spezifikation.

Bauleistungsbeschreibende Dokumente sind namentlich die verschiedenen Lastenhefte und Leistungsverzeichnisse, welche alle Teilphasen umfassen. Auch der totale Werkpreis versteht sich als Werkpreis mit Ausmass nach Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis und Pauschalen gemäss Lastenheften. Lieferungen und Leistungen sind selbst dann im Werkpreis inbegriffen und fallen unter die Ausführungspflicht des Totalunternehmers, wenn sie nicht ausdrücklich aufgeführt sind, jedoch für die fachgerechte Herstellung und vertragsgemässe Funktion des Bauwerkes sowie die Betriebssicherheit erforderlich sind. Zudem regelt der Vertragsentwurf eine allfällige Anpassung des Werkpreises für nicht ausgeschriebene Lieferungen und Leistungen, für Mehr- oder Minderkosten infolge von notwendigen Änderungen und Bestellungenänderungen des Bauherrn, für nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist, und für Mehr- oder Minderkosten durch Auslösung der Optionen (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.6.1 S. 34 f.).

E. 3.1.3

Basierend auf diesen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht bereits alle

wesentlichen Elemente (des künftigen Vertrags) feststehen bzw. dass diese gestützt auf eine vorgesehene Vertragsanpassung später geändert werden sollen (vgl. vorstehende E. 3.1.1; BGE 134 II 297 E. 4.2). Die Frage, inwieweit über Nebenpunkte hinausgehende nachträgliche Anpassungen ausgeschrieben werden dürfen, erscheint deshalb für die Lösung des vorliegenden Falles nicht als erheblich.

E. 3.2

Die zweite Grundsatzfrage, die sich gemäss Beschwerdeführerin stelle, lautet wie folgt:

"Muss die Vergabestelle die Ausschreibung abbrechen, wenn das Leistungsverzeichnis wesentliche Mängel aufweist? Insbesondere: Kann das Vorliegen wesentlicher Mängel verneint werden, wenn die Vergabestelle selber es für notwendig hält, nach der Offertöffnung zunächst preisrelevante "Optionen" auszuschreiben, die u.a. eine Verlängerung der Bauzeit um 17 % und eine mengenmässige Verdoppelung der teuersten Arbeitsgattungen vorsehen, und später diese für unnötig erklärt?"

Bei der zweiten aufgeworfenen Frage gehe es laut Beschwerdeführerin darum, wann eine Ausschreibung, insbesondere die darin vorgenommene Umschreibung der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen derart mangelhaft sei, dass eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe nicht mehr in Betracht komme. Als Anschlussfrage gelte es zudem zu klären, inwieweit ein solcher Mangel im laufenden Verfahren noch behoben werden könne oder notwendigerweise zum Abbruch des Verfahrens führen müsse.

E. 3.2.1

Wie die Beschwerdeführerin anerkennt, bildet auch die Frage des Abbruchs des Vergabeverfahrens Gegenstand bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Danach ist der Abbruch des Vergabeverfahrens (und die Durchführung einer neuen Ausschreibung) nur ausnahmsweise möglich; vorausgesetzt dafür ist ein

wichtiger Grund (BGE 141 II 353 E. 6.1; 134 II 192 E. 2.3). Entsprechend der Kann-Formulierungen in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB; AS 1996 518 ff; vgl. zum hier anwendbaren Recht Art. 62 BöB) ist es auch bei Vorliegen wichtiger Gründe, die einen Verfahrensabbruch an sich ermöglichen, in erster Linie Sache der Vergabebehörde zu entscheiden, ob es angebracht ist, das Verfahren abubrechen oder nicht (vgl. BGE 141 II 353 E. 6.3; 134 II 192 E 2.3). Die Wahl hängt von den Bedürfnissen der Vergabebehörde ab, wobei dieser bei der Bedarfsermittlung ein weiter Ermessensspielraum zukommt (BGE 141 II 353 E. 6.3). Das Ermessen der Vergabestelle wird indessen beschränkt durch den Grundsatz von Treu und Glauben sowie durch die im öffentlichen Vergaberecht anwendbaren Grundsätze, namentlich durch das Verbot der Diskriminierung der Anbieter, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, das Transparenzgebot und das Verbot der Abänderung der Ausschreibung hinsichtlich wesentlicher Elemente (BGE 141 II 353 E. 6.4).

E. 3.2.2

Es trifft zu, dass sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang bislang nicht zur spezifischen Frage geäußert hat, ob "wesentliche Mängel" im Leistungsverzeichnis einen Verfahrensabbruch erfordern. Auch in Bezug auf diese Frage ist indessen nicht hinreichend dargetan, inwiefern ihre Beantwortung für die Lösung des vorliegenden Falles erheblich sein soll. So findet die dieser Frage zugrunde liegende Annahme, das Leistungsverzeichnis weise einen wesentlichen Mangel auf, wiederum keine hinreichende Grundlage im festgestellten Sachverhalt:

Die Vorinstanz befasste sich eingehend mit der Frage, ob die von der Beschwerdeführerin gerügte Mangelhaftigkeit hinreichend belegt und relevant sei (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.2.1 in fine ff.). Dabei kam sie unter Verweis auf den von der Vergabestelle eingereichten Expertenbericht I insbesondere zum Schluss, dass die Vergabestelle nachvollziehbar dargelegt habe, dass sie in Bezug auf die Gewölbeinstandsetzung und die Vorausmasse aus sachlichen Gründen entsprechende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt habe (vgl. angefochtener Entscheid [B-1486/2022] E. 7.2.2 f.). Den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz ist folglich nicht zu entnehmen, dass die (ursprünglichen) Leistungsverzeichnisse mangel- bzw. fehlerhaft sind. Auch rügt die Beschwerdeführerin diesbezüglich keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung, wie es für eine bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts notwendig wäre (vgl. Art. 105 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Umstand allein, dass die Vergabestelle die Anbieter nachträglich einlud, vier zusätzliche Optionen anzubieten - darunter auch eine Option mit einer Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und eine Option, welche eine Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400m vom Typ G2 zum Typ G4 vorsah -, ändert daran nichts.

E. 3.2.3

Mit dem zweiten Teil ihrer Frage zur vorgebrachten Mangelhaftigkeit will die Beschwerdeführerin sodann wissen, ob insbesondere das Vorliegen wesentlicher Mängel verneint werden könne, wenn die Vergabestelle es selber für notwendig halte, nach der Offertöffnung zunächst preisrelevante "Optionen" auszuschreiben, die u.a. eine Verlängerung der Bauzeit um 17 % und eine mengenmässige Verdoppelung der teuersten Arbeitsgattungen vorsehen, später diese aber für unnötig erkläre. Diese Fragestellung erweist sich als zu spezifisch, dass ihre Beantwortung für die Praxis wegleitend sein könnte und deshalb einer höchstrichterlichen Klärung bedarf. Schliesslich ist auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Anschlussfrage, inwieweit "ein solcher Mangel" im laufenden Verfahren noch behoben werden könne, hinfällig, zumal bereits die geltend gemachte Mangelhaftigkeit nicht hinreichend erstellt ist. Eine andere Frage wäre, ob das Einholen von Angeboten nach der Offertöffnung zu zusätzlich nachgefragten Optionen unzulässig ist und zu einem Verfahrensabbruch bzw. einer Neuausschreibung führen muss (vgl. vorstehende E. 3.2.1). Dies wird hier jedoch nicht als Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen (Art. 42 Abs. 2 BGG); die Frage stellt sich auch nicht in derart offensichtlicher Weise, dass sie von Amtes wegen zu behandeln wäre.

E. 3.3

Zusammengefasst erwiesen sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen nicht als erheblich für die Lösung des vorliegenden Falles. Zudem besteht dazu teils eine bundesgerichtliche Rechtsprechung und deren Anwendung auf den Einzelfall wirft unter den vorliegenden Umständen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist damit zu verneinen.

E. 4

Im Ergebnis erweisen sich die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unzulässig (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Auf sie ist nicht einzutreten. Zugleich ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen (Art. 113 BGG a contrario).

E. 5

Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten den Gesellschaftern der Beschwerdeführerin zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie haben den Gesellschaftern der Zuschlagsempfängerin zudem eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG), nicht hingegen der Vergabebehörde, die die Abweisung der Beschwerden in ihrem amtlichen Wirkungskreis beantragt hat (Art. 68 Abs. 3 BGG). Die G._____ AG kann im Zusammenhang mit diesem Verfahren nicht als obsiegend gelten (vgl. Urteil 2C_654/2022 vom 28. September 2022; siehe hierzu vorstehende lit. F). Ihr Kosten aufzuerlegen oder sie zu verpflichten, eine Parteientschädigung auszurichten, rechtfertigt sich indes nicht.

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