

BGer 2C_937/2017 vom 20. November 2017

Bundesgericht, 2017-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_937_2017

FR: TF 2C_937/2017 du 20 novembre 2017

IT: TF 2C_937/2017 del 20 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (Art. 95 BGG ; BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG). Streitgegenstand ist die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, der dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1) unterliegt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d RVOV [SR 172.010.1], Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Annex 4 Anhang I GPA [SR 0.632.231.422] bzw. Art. 3 Abs. 2 und Anhang 1a VöB [SR 172.056.11], Art. 6 Abs. 1 lit. b BöB und Art. 1 lit. b Schwellenwertverordnung [SR 172.056.12]). Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (vgl. E. 1.2 des angefochtenen Urteils).

E. 1.2

Fällt das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil im Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes, handelt es sich um einen Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.1.1 S. 315 und E. 2.1 S. 318; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3 und E. 3 [zur Publikation vorgesehen]). Nach dieser Bestimmung ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ausgeschlossen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags weder den massgebenden Schwellenwert des Beschaffungsgesetzes noch jenen 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 oder wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 f.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3 [zur Publikation vorgesehen]).

E. 1.3

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 134 II 192 E. 1.3 S. 195; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]). Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser 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 ; 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]). Zudem muss die Rechtsfrage für die Lösung des konkreten Falls erheblich sein (BGE 141 II 113 E. 1.4.1 S. 118; Urteil 2C_553/2015 vom 26. November 2015 E. 1). 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; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.3.2 [zur Publikation vorgesehen]).

E. 2

Die Beschwerdeführerin unterbreitet dem Bundesgericht drei Fragen, die ihrer Auffassung nach von grundsätzlicher Bedeutung sind.

E. 2.1

Mit ihrer ersten Frage will die Beschwerdeführerin vom Bundesgericht beantwortet wissen, ob das Bundesverwaltungsgericht "die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung sowie das Diskriminierungsverbot im öffentlichen Beschaffungswesen und insbesondere die Verpflichtung der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss Art. IX Abs. 10 GPA, das Abänderungsverbot der Ausschreibungsunterlagen gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999) sowie den Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 12 VwVG [verletzt], wenn es ein Vergabeverfahren durch Reform des angefochtenen Entscheides der Vergabestelle durch Erteilung des Zuschlages an die unterlegenen Anbietenden und Ausschlusses des Angebotes der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin erledigt, nachdem es eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen nach Art. 18 BöB sowie Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 2 VöB festgestellt hat, ohne dass es gleichzeitig feststellt, dass die Kriterien der Zulässigkeit der Abänderung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das ausdrückliche Einverständnis aller teilnehmenden Anbietenden im betroffenen Vergabeverfahren, gegeben sind". Die aufgeworfene Frage greift verschiedene beschaffungsrechtliche Aspekte auf, die aber nach den konkreten Umständen zum grössten Teil nicht entscheidendheblich oder dann in der Rechtsprechung bereits beantwortet sind. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG kommt ihr deshalb keine zu, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt.

E. 2.1.1

Die Vergabestelle schrieb den streitgegenständlichen Auftrag am 18. Oktober 2016 auf der Plattform SIMAP aus. Tags darauf informierte sie alle bereits registrierten Interessenten per E-Mail über eine zwingend zu beachtende Anpassung der "Honorarberechnungs-Leistungstabelle", die auf SIMAP hochgeladen worden war. Die Beschwerdeführerin war zu diesem Zeitpunkt noch nicht als Interessentin registriert; sie lud die Ausschreibungsunterlagen erst am 24. Oktober 2016 herunter und konnte die E-Mail deshalb nicht erhalten. Allerdings stand der Beschwerdeführerin die angepasste Version der "Honorarberechnungs-Leistungstabelle" neben der ursprünglichen Tabelle auch noch dann zur Verfügung, als sie die Ausschreibungsunterlagen am 24. Oktober 2016 bezog. Dies ergibt sich aus den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), die sich dabei auf die Darstellung der Vergabestelle stützen kann.

E. 2.1.2

Mit Blick auf die von ihr aufgeworfenen Rechtsfragen erscheint vor diesem Hintergrund massgeblich, dass die Beschwerdeführerin ihr Interesse für den ausgeschriebenen Auftrag erst in einem Zeitpunkt bekundete, als die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen bereits modifiziert hatte. Die Änderung der Ausschreibungsunterlagen für sich war daher von vornherein ungeeignet, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung in entscheidender Weise zu beeinträchtigen. Aus demselben Grund ist die Beschwerdeführerin durch die Umgestaltung der Ausschreibungsunterlagen weder beschwert, noch konnte die Änderung von deren Zustimmung abhängig gemacht werden. In diesem Umfang erweist sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage folglich nicht als entscheidend, sodass auch keine Grundsatzfrage im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG vorliegt.

E. 2.1.3

In Bezug auf das Transparenzprinzip (vgl. dazu etwa BGE 141 II 353 E. 6.4 S. 367 und E. 8.2.3 S. 374; 141 II 113 E. 6 S. 139 ; 130 I 241 E. 5.1 S. 248; 125 II 86 E. 7 S. 100 ff.; Urteil 2C_1021/2016 / 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 7.7 [zur Publikation vorgesehen]; je mit Hinweisen) und den Untersuchungsgrundsatz (vgl. dazu Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 5.1 [zur Publikation vorgesehen], mit Hinweisen) im Rahmen öffentlicher Beschaffungen besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ebenfalls kein Bedarf nach einer Klärung von Rechtsfragen, die für den konkreten Fall und zugleich in grundsätzlicher Hinsicht von Bedeutung sind. Dass sämtliche Interessenten zu den von der Vergabestelle zwingend verlangten Unterlagen zur Offertstellung gleichermassen Zugang haben müssen, liegt auf der Hand; dies war nach dem vorinstanzlichen Urteil im Übrigen gewährleistet. Demnach konnte die Beschwerdeführerin auf der Plattform SIMAP zwar zwei verschiedene "Honorarberechnungs-Leistungstabellen" abrufen, deren Inhalte sich in Bezug auf die Honorarreserve der Bauherrschaft offensichtlich in einem wesentlichen Punkt widersprachen (Reserve von Fr. 100'000.-- bzw. 12% des Honorarangebots). Nach der Rechtsprechung steht fest, dass bei derartigen Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) jedenfalls erwartet werden kann, dass sich die Interessenten bei der Vergabestelle umgehend erkundigen, welche Version für die Offertstellung zu verwenden ist (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316 ; 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Was zudem Geltung und Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes anbelangt, verweisen Art. 28 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf Art. 12 VwVG , der die Behörde von Amtes wegen zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes verpflichtet (vgl. auch Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 5.1 [zur Publikation vorgesehen]). Ob die Vorinstanz im konkreten Fall der Untersuchungsmaxime entsprechende Beweiserhebungen vorgenommen hat, ist eine Frage der Einzelfallbeurteilung und nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Immerhin ist die Beschwerdeführerin, die namentlich bemängelt, dass sich die Vorinstanz zur Sachverhaltsfeststellung auf Angaben der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin abgestützt habe, auf Art. 12 lit. b VwVG hinzuweisen. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Behörde im Rahmen ihrer Untersuchungen auf Auskünfte der Parteien abstellen kann. Nach dem Dargelegten ist die erste von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage keine Grundsatzfrage im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG .

E. 2.2

Grundsätzliche Bedeutung misst die Beschwerdeführerin alsdann der Frage zu, ob "das Bundesverwaltungsgericht das Treuegebot und damit den Grundsatz der Transparenz und das Gebot der Nichtdiskriminierung [verletzt], wenn es bei Beiladung der Zuschlagsempfängerin zum Beschwerdeverfahren auf jeglichen Hinweis verzichtet, dass die Rechtskraft seiner Entscheidung sich auch dann über den Kreis der Beschwerde führenden, im Bietverfahren unterlegenen Anbieterinnen auf die Zuschlagsempfängerin ausdehnen kann, wenn die Zuschlagsempfängerin der Beiladung keine Folge leistet". Zudem will die Beschwerdeführerin beantwortet wissen, ob "das Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz der Transparenz und das Gebot der Gleichbehandlung [verletzt], wenn es von Amtes wegen ohne Antrag der Beschwerde führenden Teilnehmer am Vergabeverfahren sowie ohne vorgängige Anhörung der dort erfolgreichen Zuschlagsempfängerin [und] der Vergabestelle deren Ausschluss im gerichtlichen Beschwerdeverfahren verfügt, ohne zuvor seine Absicht, das Verfahren mit dieser Massnahme zu erledigen, der betroffenen Partei vorgängig in Kenntnis zu bringen und ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung einzuräumen".

E. 2.2.1

Dass es sich dabei um Fragestellungen mit eigentlichem vergaberechtlichem Charakter handeln soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht überzeugend geltend gemacht und liegt auch nicht auf der Hand (vgl. E. 1.3 hiavor). Im Rahmen der Begründung ihres Rechtsmittels beschränkt sie sich ganz überwiegend auf die Argumentation mit allgemeinen verfahrensrechtlichen Standpunkten zur Beiladung und ihren Modalitäten (Art. 23 und Art. 57 VwVG), dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie zur Reichweite der Officialmaxime im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 62 VwVG). Zwar weist die Beschwerdeführerin verschiedentlich auf die beschaffungsrechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung hin. Dies allein verleiht den aufgeworfenen Fragen allerdings noch kein beschaffungsrechtliches Gepräge, zumal aus der Beschwerde nicht deutlich wird und auch nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, inwiefern den genannten Grundsätzen im konkreten Fall eine Tragweite zukommen könnte, die über die (mit-) angerufenen prozessualen Ansprüche allgemeiner Natur hinausgeht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich im Rahmen der von ihr gestellten Fragen auch kein Klärungsbedarf im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Art. XX GPA und der Befugnis des Bundesverwaltungsgerichts, in der Sache selbst einen reformatorischen Entscheid zu treffen (vgl. Art. 32 Abs. 1 BöB). Die staatsvertraglichen Bestimmungen sehen ausdrücklich vor, dass im Rechtsmittelverfahren eine Bewertung und Entscheidung zur Frage möglich sein muss, ob die Beschwerde gerechtfertigt ist (vgl. Art. XX Ziff. 7 lit. b GPA).

E. 2.2.2

Im Ergebnis handelt es sich weder bei der zweiten noch der dritten von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage um eine solche beschaffungsrechtlicher Natur, die von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f BGG ist und der Klärung durch das Bundesgericht bedarf.

E. 3

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig (Art. 83 lit. f BGG). Da gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausser Betracht fällt (vgl. Art. 113 und Art. 114 BGG , Urteil 2C_412/2011 vom 22. September 2011 E. 2.6), ist auf das Rechtsmittel insgesamt

nicht einzutreten. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG).
Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

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