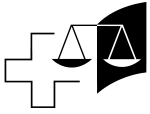


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2C_1055/2022

Urteil vom 21. Juli 2023

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Hänni, Ryter,
Gerichtsschreiber Zollinger.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Claudia Schneider Heusi
und/oder Virginia Ondelli, Rechtsanwältinnen,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Infrastruktur/Einkauf, Supply Chain und Produktion,
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
Vergabebehörde,
vertreten durch Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und/oder
Lena Götzingler, Rechtsanwälte,

Gegenstand
Öffentliches Beschaffungswesen, Lieferauftrag
"20-021 Rippenplatten", Ausschlussverfügung vom
25. August 2022, SIMAP-Projekt-ID 234598,

Beschwerde gegen das Urteil des
Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. November 2022 (B-4165/2022).

Sachverhalt:

A.

Am 14. April 2022 schrieben die Schweizerische Bundesbahnen SBB, Infrastruktur/Einkauf, Supply Chain und Produktion (nachfolgend: Vergabebehörde) auf der Internetplattform Simap (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Lieferauftrag unter dem Projekttitel "20-021 Rippenplatten" im offenen Verfahren aus. Gegenstand der Ausschreibung war die Beschaffung von Rippenplatten für drei Jahre und Optionen für zweimal zu je einem Jahr. Die Ausschreibung war in drei Lose unterteilt und sah im Vorfeld eine schriftliche Fragerunde vor.

In der Folge gingen vier Angebote für das Los 1 ein, darunter das Angebot der A. _____ AG. Am 7. Juli 2022 kontaktierte die Vergabebehörde die A. _____ AG und teilte ihr mit, bei der Überprüfung des Angebots habe sie festgestellt, dass unter anderem die unterzeichneten Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex aller Produktionsbetriebe fehlten. Es folgte ein Austausch per E-Mail, wobei die A. _____ AG zwei von der Vergabebehörde eingeräumte Nachfristen zur Einreichung der fehlenden Dokumente unbenutzt verstreichen liess.

B.

Mit Schreiben vom 25. August 2022 teilte die Vergabebehörde der A. _____ AG mit, dass ihr Angebot vom Verfahren ausgeschlossen werde. Zur Begründung des Verfahrensausschlusses führte die Vergabebehörde aus, die formelle Angebotsprüfung habe ergeben, dass das Angebot die Formvorschriften nicht erfülle. Konkret fehle der Nachweis für das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex BSCI des Produzenten", nämlich das unterzeichnete Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" von der Herstellerin B. _____ aus Tschechien.

B.a. Gegen die Ausschlussverfügung vom 25. August 2022 sowie gegen einen allfälligen bereits verfükten Zuschlag erhob die A. _____ AG am 19. September 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte im Wesentlichen, die Ausschlussverfügung vom 25. August 2022 sei aufzuheben und ihr Angebot sei im Vergabeverfahren zuzulassen und dieses in die Bewertung miteinzubeziehen. Zur Begründung führt sie aus, gemäss den Ausschreibungsbedingungen müsse die Erfüllung des Eignungskriteriums "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" durch die Einreichung der unterschriebenen Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori Business Social Compliance Initiative (BSCI) oder eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb belegt werden. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht weiter ausgeführt gewesen, welche der beiden Umsetzungsbedingungen, jene für Geschäftspartner oder jene für Produzenten, von der Anbieterin einzureichen sei. Auf Rückfrage hin habe ihr die Vergabebehörde mitgeteilt, dass das Herstellerunternehmen die Umsetzungsbedingungen für Produzenten unterzeichnen müsse, sofern die Herstellung der Rippenplatten in einem Risikoland erfolge. Da ihre Herstellerin B. _____ in Tschechien produziere und Tschechien gemäss der "Countries Risk Classification" (Risikoländerliste) der amfori BSCI kein Risikoland sei, habe sie zu Recht keine unterzeichnete Umsetzungsbedingungen für Produzenten eingereicht. Das Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" sei nicht verlangt gewesen. Das Angebot der Beschwerdeführerin enthalte alles, was gemäss den Ausschreibungsunterlagen und den diesbezüglichen Präzisierungen in der Frage- und Antwortrunde verlangt gewesen sei. Vor diesem Hintergrund sei kein Ausschlussgrund gegeben, so die A. _____ AG.

B.b. Mit Urteil vom 23. November 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Es erwog im Wesentlichen, die Eignungskriterien verlangten den Nachweis der Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex beim Produktionsbetrieb. Die Ausschreibung verlange damit, dass die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder eines vergleichbaren Standards beim Produzenten nachgewiesen werden müsse. Angesichts der Definitionen in den amfori BSCI-Dokumenten, die sich in den Ausschreibungsunterlagen befänden, ergebe sich eindeutig, dass eine Herstellerin die Umsetzungsbedingungen für Produzenten einhalten und unterzeichnen müsse, während die Umsetzungsbedingungen für Geschäftspartner lediglich für Importeure oder Zwischenhändler vorgesehen sei. Die Bestimmungen der Ausschreibung seien, wenn auch nicht direkt aus dem Eignungskriterium an sich, so aber unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsbedingungen und allen Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig. Das Eignungskriterium sei demnach nicht auslegungsbedürftig. Ferner sei das Eignungskriterium auch nicht nachträglich abgeändert worden. Die Vergabebehörde habe lediglich eine missverständliche Antwort, die sie im Rahmen der offiziellen Fragerunde abgegeben habe, im Nachhinein berichtigt und dabei die Vorgabe der klaren Ausschreibung wiedergegeben.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 21. Dezember 2022 gelangt die A. _____ AG an das Bundesgericht.

C.a. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Urteils vom 23. November 2022 und der Ausschlussverfügung vom 25. August 2022. Die Vergabebehörde sei anzuweisen, das Angebot der Beschwerdeführerin im Verfahren des Auftrags von Los 1 zuzulassen und in die Bewertung miteinzubeziehen. Eventualiter sei die Vergabebehörde anzuweisen, das betreffende Vergabeverfahren abzubrechen und die Beschaffung neu und mit klar definierten Eignungskriterien und diesbezüglichen Nachweisen auszuschreiben. Subeventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit festzustellen und die Vergabebehörde zu verpflichten, ihr einen Betrag von mindestens Fr. 45'000.-- zu bezahlen, oder die Angelegenheit zur Beurteilung des Schadenersatzanspruchs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.b. Die Präsidentin der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung hat das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 20. Januar 2023 abgewiesen und den Antrag der Beschwerdeführerin um Einsicht in die Vorakten mit Verfügung vom 23. Januar 2023 gutgeheissen, soweit diese von der Vergabebehörde oder vom Bundesverwaltungsgericht nicht als vertraulich bezeichnet oder geschwärzt wurden.

C.c. Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die Vergabebehörde, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Die Beschwerdeführerin teilt mit Eingabe vom 3. Februar 2023 mit, dass sie auf eine Replik verzichtet.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. **BGE 147 I 89** E. 1; **146 II 276** E. 1).

1.1. Gemäss Art. 83 lit. f BGG ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. **BGE 146 II 276** E. 1.2 i.f.; **143 II 120** E. 2.2).

Während der massgebende Schwellenwert im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG angesichts des Beschaffungsvolumens "im Millionenbereich" unbestrittenermassen überschritten wird (E. 1.2 des angefochtenen Urteils), bedarf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nachfolgend einer genaueren Betrachtung.

1.2. Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 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 143 II 425** E. 1.3.2; **141 II 14** E. 1.2.2.1).

Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich sind (vgl. **BGE 139 III 209** E. 1.2; **139 III 182** E. 1.2). 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 (vgl. **BGE 146 II 276** E. 1.3; Urteil 2C_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.1). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung erfüllt ist (vgl. **BGE 146 II 276** E. 1.2.1; **143 II 425** E. 1.3.2).

1.3. Die Beschwerdeführerin wirft die Frage auf, ob es zulässig sei, dass die Vergabebehörde nach der Angebotseinreichung und Ablauf der Angebotsfrist strengere Anforderungen an die Eignungskriterien oder die Teilnahmebedingungen stelle, als sie im Rahmen der offiziell vorgesehenen Fragerunde in einer schriftlichen Antwort festgehalten habe.

1.3.1. Die Beschwerdeführerin stellt diese Frage vor dem Hintergrund einer von der Vergabebehörde erteilten Rückmeldung im Rahmen der schriftlichen Fragerunde. Die Vergabebehörde teilte der Beschwerdeführerin dort mit, dass das Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" nur von Herstellerinnen eingereicht werden müsse, die in einem Risikoland produzieren würden. Nach der Angebotseinreichung informierte die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin darüber, dass ihr bei der Antwort in der Fragerunde ein Fehler unterlaufen sei. Aus der Ausschreibung ergebe sich klar, dass alle Herstellerinnen das unterzeichnete Dokument "Umsetzungsbedingungen für Produzenten" einreichen müssten. Aufgrund ihrer missverständlichen Antwort gewährte die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin zwei Nachfristen zur Einreichung des erforderlichen Dokuments, das als Eignungskriterium verlangt wurde. Diese Nachfristen liess die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen verstreichen (vgl. E. 3.14 f. des angefochtenen Urteils).

1.3.2. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen aufgrund des Transparenzprinzips die Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden und dürfen angesichts des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung grundsätzlich nicht nachträglich geändert werden (vgl. **BGE 143 II 553** E. 7.7; Urteil 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4, nicht publ. in: **BGE 143 I 177**, mit Hinweis auf **BGE 130 I 241** E. 5.1; **125 II 86** E. 7c). Im Sinne einer Ausnahme darf die Vergabebehörde auf ein Eignungskriterium bloss verzichten oder es anpassen, wenn sich ein Kriterium als offensichtlich ungeeignet, praktisch schwer umsetzbar oder unklar erweist, da es von keiner Anbieterin erfüllt wird. Die Vergabebehörde hat allerdings sicherzustellen, dass die Anpassung nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und die dem öffentlichen Beschaffungswesen zugrunde liegenden Grundsätze eingehalten werden. Sie muss insbesondere beachten, dass andere Unternehmen zuvor auf ein Angebot verzichtet haben könnten, weil diese davon ausgegangen sind, das Kriterium nicht zu erfüllen (vgl. **BGE 141 II 353** E. 7.3; zur [nachträglichen] Änderung von Zuschlagskriterien vgl. auch **BGE 125 II 86** E. 7c; Urteil 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c).

1.3.3. Soweit vorliegend überhaupt eine nachträgliche Anpassung des in der Ausschreibung genannten Eignungskriteriums vorliegt, ist demnach in der Rechtsprechung abschliessend geklärt, unter welchen Umständen die Vergabebehörde die Eignungskriterien nach Einreichung der Angebote noch anpassen darf. Somit ist die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage in der Rechtsprechung bereits beantwortet. Es liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

1.4. Im Weiteren unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht die Frage, inwiefern die im Rahmen der schriftlichen Fragerunde abgegebenen Antworten der Vergabebehörde bei der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen seien.

1.4.1. In der vorliegenden Angelegenheit gelangt die Vorinstanz zum Schluss, dass das Eignungskriterium "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder eines vergleichbaren Standards beim Produzenten" klar sei und daher keiner Auslegung bedürfe (vgl. E. 3.11 f. des angefochtenen Urteils). Demgegenüber geht die Beschwerdeführerin von einem unklaren Eignungskriterium aus, das auszulegen sei. Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage bezieht sich auf die Auslegung unklarer Eignungskriterien.

1.4.2. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Eignungskriterien grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss (vgl. **BGE 145 II 249** E. 3.3; **143 I 177** E. 2.3.1; **141 II 353** E. 7.1; **139 II 489** E. 2.2.4). Die im Rahmen einer Ausschreibung formulierten (Eignungs-) Kriterien sind bei einer unklaren Formulierung auslegungsbedürftig. Auszulegen und anzuwenden sind die Kriterien diesfalls derart, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde oder der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. **BGE 141 II 14** E. 7.1; Urteile 2C_365/2022 vom 19. Januar 2023 E. 6.1; 2C_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4.3; 2C_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2).

1.4.3. Soweit die Vorinstanz von einem unklaren Eignungskriterium hätte ausgehen müssen, hätte sie dieses folglich derart auslegen und anwenden müssen, wie es von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnte und musste. Auch die zweite von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage ist somit geklärt und betrifft lediglich die Anwendung der ständigen Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall. Es liegt folglich ebenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

1.5. Die Beschwerdeführerin fragt sodann danach, ob es zulässig sei, dass die Vergabebehörde den Anbieterinnen die Teilnahme an einem sozialen Compliance-Programm vorschreibe und als Eignungskriterium oder Teilnahmebedingung festlege. Die Beschwerdeführerin richtet sich mit dieser Frage gegen die Ausschreibung als solche. Einwände gegen die Ausschreibung müssen unmittelbar vorgebracht werden und können nicht in einem späteren Verfahrensstadium gerügt werden (vgl. **BGE 143 II 553** E. 7.7; **141 II 353** E. 8.2.3; **130 I 241** E. 4; **129 I 313** E. 6; **125 I 203** E. 3a; vgl. auch Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Die Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung des Auftrags ist unbenutzt verstrichen, weshalb die vorgetragene Rüge und die damit zusammenhängende Frage, die sich gegen die Ausschreibung richtet, für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht entscheidend ist. Es liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor.

1.6. Ferner legt die Beschwerdeführerin dar, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Es stelle sich in diesem Zusammenhang die Grundsatzfrage, ob das Bundesverwaltungsgericht nach dem Einholen einer Stellungnahme der Vergabebehörde zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung direkt und ohne Vorankündigung einen Endentscheid fällen dürfe.

Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen: Soweit dieser Verfahrensfrage überhaupt eine spezifisch beschaffungsrechtliche Bedeutung zukommt, ist die Frage geklärt: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör der gesuchstellenden Person mit der Einreichung ihres Antrags um Erteilung, Entzug oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gewahrt (vgl. **BGE 139 I 189** E. 3.3; Urteil 2C_836/2020 vom 18. Februar 2021 E. 3.2.2). Ausserdem bringt die Beschwerdeführerin selber vor, dass ihr die Vorinstanz die Stellungnahme der Vergabebehörde zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung umgehend zugestellt hat. Die Beschwerdeführerin hätte sich dazu somit (unaufgefordert) äussern können. Weshalb die aufgeworfene Frage vor diesem Hintergrund von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG sein sollte, ist nicht ersichtlich.

2.

Nach dem Dargelegten unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich daher als unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Da sich die Eingabe der Beschwerdeführerin gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) richtet, steht auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht offen (Art. 113 BGG).

3.

Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da sich die Vergabebehörde in ihrem amtlichen Wirkungsbereich vernehmen lassen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 lit. f BöB; Art. 3 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 des [bilateralen] Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der

Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens [SR 0.172.052.68]).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

Lausanne, 21. Juli 2023

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: M. Zollinger