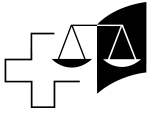


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2C_380/2023

Urteil vom 24. August 2023

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Ryter,
Gerichtsschreiber Zollinger.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Advokat Stefan Wirz,

gegen

Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonale Fachstelle für öffentliche Beschaffungen, Münsterplatz 11, 4001 Basel, Vergabebehörde,

1. B. _____,
2. C. _____ AG,
3. D. _____ AG,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Submissionen; Akteneinsicht; aufschiebende Wirkung,

Beschwerde gegen die Verfügung des Appellationsgerichts Basel-Stadt, Präsident, vom 4. Juli 2023 (VD.2023.84).

Sachverhalt:

A.

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend: Vergabebehörde) schrieb am 29. Oktober 2022 für die externe Unterstützung bei der Erstellung und Erhaltung von öffentlichen Bauten des Kantons Basel-Stadt einen "Rahmenvertrag Externe Bauherrenleistungen" im offenen Verfahren aus. Die Vergabebehörde beabsichtigte, maximal drei geeignete Anbieterinnen für den Rahmenvertrag mit der kantonalen Dienststelle Städtebau & Architektur, Abteilung Hochbau (nachfolgend: Bedarfsstelle) auszuwählen. Den ausgewählten Anbieterinnen werden nach Vertragsschluss die Einzelaufträge anhand der Bezugsregelung (Kaskadenregelung) im Pflichtenheft vergeben. Innert Frist gingen zehn Angebote ein. Im Anschluss an die Offertöffnung vom 9. Dezember 2022 wurden die Angebote geprüft und bewertet. Das Angebot der A. _____ AG nahm in der Auswertung den vierten Platz ein.

B.

Am 29. April 2023 erteilte die Vergabebehörde den Zuschlag an die drei bestplatzierten Anbieterinnen (nachfolgend auch: Zuschlagsempfängerinnen 1-3). Die viertplatzierte A. _____ AG ersuchte in der Folge um eine begründete Verfügung. Die Vergabebehörde legte in der begründeten Zuschlagsverfügung vom 11.

Mai 2023 die massgebenden Gründe für die Zuschlagserteilung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile der berücksichtigten Angebote dar.

B.a. Am 22. Mai 2023 reichte die A. _____ AG beim Appellationsgericht Basel-Stadt Rekurs gegen den Zuschlag vom 29. April 2023 / 11. Mai 2023 ein. Sie beantragte, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Subeventualiter sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen. Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen.

In prozessualer Hinsicht verlangte die A. _____ AG unter anderem, es sei dem Rekurs zunächst superprovisorisch, danach provisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Ausserdem sei ihr die volle Einsicht in die Akten der Vergabebehörde zu gewähren. In diesem Sinne seien ihr sämtliche Dokumente zu eröffnen, die Aufschluss über die Bewertung der eingereichten Angebote geben, namentlich und insbesondere die Dokumentation der Gespräche mit den Auskunftspersonen der Referenzen, die Dokumentation bezüglich der Präsentationen und die Dokumentation bezüglich der Aufgabenanalyse.

B.b. Mit Verfügung vom 24. Mai 2023 erteilte der Präsident des Appellationsgerichts dem Rekurs superprovisorisch die aufschiebende Wirkung, indem er der Vergabebehörde untersagte, die Rahmenverträge über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen abzuschliessen. Alsdann lud der Präsident des Appellationsgerichts die Vergabebehörde und die drei Zuschlagsempfängerinnen mit Verfügung vom 1. Juni 2023 zur Einreichung einer Rekursantwort bis zum 3. Juli 2023 ein.

Die Vergabebehörde liess sich fristgerecht vernehmen und stellte unter anderem den Verfahrens Antrag, es sei die dem Rekurs vorläufig zuerkannte aufschiebende Wirkung insoweit aufzuheben, als es der Bedarfsstelle zu erlauben sei, auf der Grundlage des erfolgten Zuschlags mit den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 die Rahmenverträge über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung abzuschliessen.

B.c. Mit Verfügung vom 4. Juli 2023 entzog der Präsident des Appellationsgerichts in Abänderung der Verfügung vom 24. Mai 2023 dem Rekurs insoweit die aufschiebende Wirkung, als der Bedarfsstelle erlaubt werde, auf der Grundlage des erfolgten Zuschlags mit den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 die Rahmenverträge über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung abzuschliessen.

In der gleichen Verfügung ordnete der Präsident des Appellationsgerichts an, dass die Vernehmlassung der Vergabebehörde vom 3. Juli 2023 mit den Beilagen, aber ohne die Separatbeilagen zur Kenntnisnahme an die A. _____ AG sowie die Zuschlagsempfängerinnen 1-3 gehe. Der A. _____ AG und den Zuschlagsempfängerinnen 1-3 werde keine Einsicht in die Separatbeilagen gewährt.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 9. Juli 2023 gelangt die A. _____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung vom 4. Juli 2023. Es sei dem Rekurs im Verfahren vor dem Appellationsgericht die aufschiebende Wirkung vollumfänglich zu erteilen. Ausserdem sei ihr im Verfahren vor dem Appellationsgericht Akteneinsicht in sämtliche Dokumente zu geben, die Aufschluss über die Bewertung der eingereichten Angebote geben, namentlich und insbesondere die Dokumentation der Gespräche mit den Auskunftspersonen der Referenzen, die Dokumentation bezüglich der Präsentationen und die Dokumentation bezüglich der Aufgabenanalyse.

Während sich die Vorinstanz mit Eingabe vom 19. Juli 2023 vernehmen lässt und auf Abweisung der Beschwerde schliesst, nimmt die Vergabebehörde mit Eingabe vom 27. Juli 2023 Stellung und beantragt, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Die Beschwerdeführerin repliziert mit Eingabe vom 21. August 2023 und hält an ihren in der Beschwerde gestellten Anträgen fest.

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. Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 lit. f BGG). Bei der angefochtenen Verfügung vom 4. Juli 2023 handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG) Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG) über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 98 BGG).

1.2. Gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG ist gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG liegen offensichtlich nicht vor. Zu prüfen ist deshalb, ob der angefochtene Zwischenentscheid betreffend die aufschiebende Wirkung (vgl. E. 1.3 hiernach) und die Akteneinsicht (vgl. E. 1.4 hiernach) einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

1.3. Das vorliegende Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass die Vergabebehörde beabsichtigte, (maximal) drei geeignete Anbieterinnen für den Rahmenvertrag auszuwählen, und dass sie den Zuschlag in der Folge an die drei Anbieterinnen mit den bestplatzierten Angeboten erteilt (vgl. Bst. B hiavor). Die Vorinstanz hob die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung des Rekurses im Anschluss an die Rekursantwort der Vergabebehörde lediglich insoweit auf, als mit den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 die Rahmenverträge über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung abgeschlossen werden dürfen. Mit Blick auf die drittplatzierte Zuschlagsempfängerin (3) hat die bereits superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung des Rekurses indes weiter Bestand.

1.3.1. Praxisgemäss muss es sich beim nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann (vgl. **BGE 144 III 475 E. 1.2**; **143 III 416 E. 1.3**; **141 III 80 E. 1.2**). Grundsätzlich gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass der Entzug oder die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung im Vergabeverfahren einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirkt: Denn ohne die aufschiebende Wirkung ist es der Vergabebehörde möglich, mit der Anbieterin, die den Zuschlag erhalten hat, den Vertrag über den vergebenen Auftrag abzuschliessen. Die beschwerdeführende Anbieterin könnte in der Folge den Auftrag nicht mehr erhalten, womit ihr nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen offenstünde (vgl. **BGE 134 II 192 E. 1.4**; Urteile 2C_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.2; 2C_951/2019 vom 16. Juli 2020 E. 1.2; vgl. auch Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]).

1.3.2. Vorliegend besteht jedoch eine andere Ausgangslage: Die Aufhebung der erteilten aufschiebenden Wirkung bezieht sich lediglich auf den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2. Demgegenüber bleibt die aufschiebende Wirkung mit Blick auf den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin 3 bestehen. Insofern bringt die Vorinstanz in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung zutreffend vor, dass bloss eine eingeschränkte Aufhebung der aufschiebenden Wirkung angeordnet worden sei, was dem Interesse der Beschwerdeführerin an der Erhaltung eines umfassenden Rechtsschutzes Rechnung trage. Die Vorinstanz kann weiterhin über den Hauptantrag der Beschwerdeführerin entscheiden, den Zuschlag vom 29. April 2023 / 11. Mai 2023 aufheben und den Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilen. Es besteht damit weiterhin die Möglichkeit, dass die Beschwerdeführerin den Auftrag anstelle der Zuschlagsempfängerin 3 und damit als eine von drei Anbieterinnen erhält. Da die Beschwerdeführerin nach wie vor für den Zuschlag als Drittplatzierte infrage kommt, bewirkt der angefochtene Zwischenentscheid keinen wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.

1.3.3. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die während des laufenden Rekursverfahrens im Rahmen der abgeschlossenen Verträge mit den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 bereits vergebenen Einzelaufträge nicht mehr an die Beschwerdeführerin vergeben werden könnten. Soweit sich daraus überhaupt ein Nachteil rechtlicher Natur ergibt, ist Folgendes zu erwägen: Sollte die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren obsiegen, kann die Vergabebehörde oder die Bedarfsstelle diesem Umstand bei den späteren Einzelaufträgen Rechnung tragen. Entsprechend führt die Vorinstanz in der Vernehmlassung aus, dass bei einer Gutheissung des Rekurses der Beschwerdeführerin dem angepassten Zuschlag entsprechend die Einzelauftragsvergaben gemäss der Bezugsregelung im Pflichtenheft (auch) an die Beschwerdeführerin erfolgen würden. Auch die Vergabebehörde legt in der bundesgerichtlichen Vernehmlassung dar, es werde mit den drei Zuschlagsempfängerinnen je ein Rahmenvertrag abgeschlossen und in der Folge die Einzelaufträge anhand der Bezugsregelung im Pflichtenheft vergeben, sodass über die gesamte vertragliche Laufzeit keine der drei Anbieterinnen benachteiligt würde.

1.3.4. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht geltend, ihr würde aus dem Umstand, dass sie nicht mehr Erst- oder Zweitplatzierte, sondern nur noch Drittplatzierte des Vergabeverfahrens werden könne, ein rechtlicher Nachteil erwachsen. Solches ist im Lichte des soeben Gesagten auch nicht ersichtlich (vgl. E. 1.3.3 hiavor). Ohnehin hätte die Vorinstanz, falls sie den Zuschlag vom 29. April 2023 / 11. Mai 2023 in Gutheissung des Rekurses aufhebt, zu beachten, dass die Aufhebung der Zuschlagsverfügung eine ungeteilte Wirkung für sämtliche am Vergabeverfahren beteiligten Anbieterinnen entfaltet (vgl. **BGE 146 II 276 E. 6.3.1**; vgl. auch **BGE 148 I 53 E. 4.1**) und die Neubewertung anhand der allenfalls korrigierten Zuschlagskriterien nicht nur auf die Angebote der Zuschlagsempfängerin 3 und der Beschwerdeführerin beschränkt werden darf (vgl. **BGE 146 II 276 E. 6.3.3**).

1.3.5. Nach dem Dargelegten stellt die angefochtene Verfügung vom 4. Juli 2023 mit Blick auf die teilweise Aufhebung der aufschiebenden Wirkung keinen anfechtbaren Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.

1.4. Dasselbe ergibt sich mit Bezug auf das von der Vorinstanz mit Zwischenentscheid abgewiesene Gesuch um vollständige Akteneinsicht.

1.4.1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bewirkt die Beschränkung der Akteneinsicht grundsätzlich keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, da sie - wie die Ablehnung eines Beweisantrags oder jede andere Verweigerung des rechtlichen Gehörs - bei der Anfechtung des Endentscheids wirksam gerügt werden kann (vgl. Urteile 2C_887/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 2.2.1; 2C_313/2019 vom 3. April 2019 E. 2.3; 9C_1072/2009 vom 29. Januar 2010 E. 4). Anders verhält es sich indes im umgekehrten Fall, wenn eine Beschwerde gegen die nach Auffassung einer Partei zu weitgehende Gewährung der Akteneinsicht erhoben wird, da eine bereits gewährte Akteneinsicht nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (vgl. Urteile 2C_887/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 2.2.1; 2C_599/2007 vom 5. Dezember 2007 E. 2.2). Eine Ausnahme besteht nur im Strafprozessrecht, wo aufgrund der speziellen Verfahrensgarantie in Art. 101 Abs. 1 StPO ein nicht wieder gutzumachender Nachteil bejaht wird, wenn die beschuldigte Person im gegebenen Verfahrensstadium grundsätzlich über ein Recht auf Akteneinsicht verfügt (vgl. Urteile 1B_585/2021 vom 16. Februar 2022 E. 1.2; 1B_597/2011 vom 7. Februar 2012 E. 1.2).

1.4.2. Die Beschwerdeführerin bringt im Hinblick auf die vorinstanzlich beschränkte Akteneinsicht bloss in pauschaler Weise vor, sie könne ohne Akteneinsicht ihre "Verfahrensrechte" nicht ausüben. Allerdings begründet sie nicht, weshalb es ihr nicht möglich sein soll, die Verletzung dieser "Verfahrensrechte" im Rechtsmittel gegen einen für sie negativen Endentscheid zu rügen (vgl. auch Urteil 2C_887/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 2.2.2). Dementsprechend stellt die angefochtene Verfügung vom 4. Juli 2023 mit Blick auf die lediglich eingeschränkte Gewährung der Akteneinsicht ebenfalls keinen anfechtbaren Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG dar.

2.

Nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses gilt der in Art. 83 BGG für bestimmte Sachgebiete statuierte Ausschluss der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht nur für Endentscheide, sondern auch für die im betreffenden Verfahren ergehenden Zwischenentscheide (vgl. **BGE 143 II 425** E. 1.3; Urteil 2C_717/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.3). Mangels anfechtbarem Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig gewesen wäre (vgl. Art. 83 lit. f BGG). Auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde steht unter diesen Umständen nicht offen (vgl. Art. 117 BGG i.V.m. Art. 93 BGG). Es ist daher sowohl auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten. Die gestellten Prozessanträge werden damit gegenstandslos.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, da sich die Vergabebehörde in ihrem amtlichen Wirkungskreis hat vernehmen lassen (Art. 68 Abs. 3 BGG). Die Beschwerdegegnerinnen (Zuschlagsempfängerinnen 1-3) sind im bundesgerichtlichen Verfahren weder anwaltlich vertreten noch haben sie sich vernehmen lassen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

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

2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 9'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Appellationsgericht Basel-Stadt, Präsident, mitgeteilt.

Lausanne, 24. August 2023

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

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: M. Zollinger