



Abschreibungsentscheid vom 3. August 2023

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

ARGE A. _____, bestehend aus:

1. **A.** _____ **AG**,
2. **B.** _____ **AG**,
3. **C.** _____ **AG**,
4. **D.** _____ **AG**,
5. **E.** _____ **AG**,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Beat Denzler und/oder Dr. Heinrich Hempel,
Schiller Rechtsanwälte AG,
Kasinostrasse 2, Postfach 1507, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Infrastruktur Ausbau- und Erneuerungsprojekte,
Bahnhofstrasse 12, 4600 Olten,
Vergabestelle,

und

ARGE R._____, bestehend aus:

1. **F._____ AG**,

2. **G._____ AG**,

beide vertreten durch Rechtsanwältin

Claudia Schneider Heusi,

Schneider Rechtsanwälte AG,

Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;

Zuschlag betr. Projekt

"Instandstellung Hauenstein Basistunnel"

(SIMAP-Projekt-ID 229840,

SIMAP-Meldungsnummer 1271201).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die Schweizerischen Bundesbahnen AG (nachfolgend: Vergabestelle) am 4. Oktober 2021 auf SIMAP einen Bauauftrag mit dem Projekttitel "Instandstellung Hauenstein Basistunnel" im offenen Verfahren publiziert haben (Meldungsnummer 1217801, Projekt-ID 226336),

dass die Vergabestelle dieses Verfahren am 10. November 2021 abgebrochen (SIMAP-Meldungsnummer 1227859) und am 30. November 2021 neu ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 1230463, Projekt-ID 229840),

dass die Vergabestelle am 29. Juni 2022 der ARGE R._____, bestehend aus der F._____ AG und der G._____ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerinnen bzw. Beschwerdegegnerinnen), den Zuschlag zum Preis von Fr. 50'223'669.16 (ohne MwSt.) erteilt hat (Meldungsnummer 1271201),

dass die Beschwerdeführerinnen dagegen mit Eingabe vom 22. Juli 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben haben:

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
2. es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen;

eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerinnen;

subeventuell sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen und die Vergabestelle zu verpflichten, den Beschwerdeführerinnen eine Entschädigung von CHF 250'000.00 zu bezahlen;

3. der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. der Vergabestelle sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über Antrag 3 superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen;
5. es sei den Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung Gelegenheit zu geben, zur Vernehmlassung der Vergabestelle hierzu Stellung zu nehmen;

6. es seien die Vorakten beizuziehen und es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren;

eventuell seien die entscheiderelevanten Tatsachen in anderer geeigneter Weise von der Vergabestelle, subeventuell vom Bundesverwaltungsgericht, offenzulegen;

7. es sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zu geben, die Beschwerde nach der Akteneinsicht zu ergänzen und zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung zu nehmen;
8. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerinnen.

dass die Vergabestelle am 15. August 2022 ihre Vernehmlassung mit nachfolgenden Rechtsbegehren eingereicht hat:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen.
4. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung sei nicht zu gewähren.
5. Unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen.

dass die Beschwerdegegnerinnen in der Beschwerdeantwort vom 17. August 2022 folgende Anträge gestellt haben:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und es sei die Anordnung der einstweiligen Untersagung aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können (namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen) gemäss Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 25. Juli 2022 ohne Verzug aufzuheben.
3. Die von der Vergabestelle einzureichenden und/oder in vorliegender Stellungnahme gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerinnen sei von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerinnen auszunehmen und vertraulich zu behandeln.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

dass das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels mit Zwischenentscheid vom 27. März 2023 den Antrag der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat,

dass die Vergabestelle mit Schreiben vom 6. April 2023 (Posteingang: 14. April 2023) mitgeteilt hat, sie habe den Vertrag mit den Beschwerdegegnerinnen unterzeichnet,

dass das Gericht nach Rechtskraft des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 9. Mai 2023 die Gelegenheit gegeben hat, sich schriftlich zur Frage zu äussern, ob sie an der Beschwerde festhalten möchten und falls ja, sich ebenfalls innert der gesetzten Frist zur Hauptsache zu äussern sowie ihr Schadenersatzbegehren weiter zu substantiieren bzw. nachzuweisen,

dass die Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 6. Juni 2023 an ihrer Beschwerde und am Subeventualantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festgehalten, hingegen den Subeventualantrag auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 250'000.- zurückgezogen haben,

dass die Beschwerdegegnerinnen und die Vergabestelle in ihren Schlussbemerkungen vom 15. Juni 2023 bzw. 22. Juni 2023 an ihren Anträgen auf Abweisung der Beschwerde festgehalten haben,

dass die Beschwerdegegnerinnen am 30. Juni 2023 eine Kostennote eingereicht und eine Parteientschädigung von Fr. 54'476.85 beantragt haben,

dass die Beschwerdeführerinnen ihrerseits am 13. Juli 2023 eine Parteientschädigung von Fr. 43'335.- geltend gemacht haben und überdies sinngemäss ausführen, eine allfällige Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerinnen sei zu kürzen, da deren Aufwand unter dem Aufwand für die Beschwerdeführerinnen liegen müsse,

und zieht in Erwägung,

dass der in Frage stehende Bauauftrag in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB, Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2, Art. 10 BöB), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (Art. 32 f. des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VVG, SR 173.32]),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) richtet, soweit das BöB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 55 BöB),

dass das BöB keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation enthält, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist,

dass danach zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG),

dass ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch zum Urteilszeitpunkt vorliegen muss (BVGE 2009/31 E. 3.1),

dass vorliegend unbestritten ist, dass mit dem Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und den Zuschlagempfängerinnen die Beschwerdeanträge auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und auf Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen bzw. auf Rückweisung an die Vorinstanz gegenstandslos geworden sind (vgl. Abschreibungsentscheid des BVGer B-2963/2021 vom 15. Oktober 2021 S. 4 sowie Urteil des BVGer B-7062/2017 vom 22. August 2019 E. 1.3),

dass deshalb an die Stelle dieses Primärrechtsschutzes als Streitgegenstand der Sekundärrechtsschutz getreten ist, namentlich die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung (Art. 58 Abs. 2 BöB) sowie der vergaberechtliche Schadenersatzanspruch (Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB),

dass zwar das Begehren auf Feststellung der Rechtsverletzung als in den Beschwerdeanträgen auf Primärrechtsschutz mitenthalten gilt, ein Schadenersatzbegehren jedoch explizit gestellt werden muss (MICHA BÜHLER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N 23),

dass die Beschwerdeführerinnen zwar in ihrer Beschwerde vom 22. Juli 2022 ein Schadenersatzbegehren gestellt, dieses Begehren jedoch im Schreiben vom 6. Juni 2023 ohne nähere Begründung zurückgezogen haben,

dass allgemein im Verwaltungsrecht Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens das Vorliegen eines Feststellungsinteresses ist und ein solches gegeben ist, wenn die antragstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde, wobei auch ein bloss tatsächliches Interesse genügt (Abschreibungsentscheid des BVGer B-2963/2021 S. 5, Urteil des BVGer A-5218/2013 vom 9. September 2014 E. 1.2.2 m.H.),

dass im Weiteren verlangt wird, dass das Interesse besonders, direkt und aktuell ist, wobei die Aktualität nicht mehr gegeben ist, wenn das Rechtsschutzinteresse dahingefallen ist (ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 3. Aufl. 2023, Art. 25 N 16 m.H.),

dass anders als im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht im Vergaberecht das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ein hinreichendes Interesse darstellt, um eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der strittigen Verfügung zu erwirken; denn nur bei einer gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung gemäss Art. 58 Abs. 2 BöB können die Beschwerdeführerinnen überhaupt nach Massgabe von Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB (teilweisen) Ersatz des ihr entstandenen Schadens fordern (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.6; BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N 24),

dass die Feststellung der Rechtsverletzung somit Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch darstellt,

dass daraus umgekehrt aber auch folgt, dass mit dem Rückzug des Schadenersatzbegehrens das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerinnen weggefallen ist, da sie keinen praktischen Nutzen an der Feststellung

einer allfälligen Rechtsverletzung mehr haben (Urteil des BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023 E. 1.3.1 mit Hinweis auf den Abschreibungsentscheid B-2963/2021 S. 5),

dass das Beschwerdeverfahren daher als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist,

dass dieser Entscheid nicht im einzelrichterlichen Verfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu erfolgen hat (Urteil des Bundesgerichts 5A_272/2012 vom 3. September 2012 E. 1),

dass bei Gegenstandslosigkeit die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt werden, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass vorliegend die Beschwerdeführerinnen im Verfahren betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung unterlegen sind,

dass die Beschwerdeführerinnen zudem mit dem am 6. Juni 2023 erklärten Rückzug des Schadenersatzbegehrens die Gegenstandslosigkeit verursacht haben, weshalb sie als unterliegend anzusehen sind,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens somit die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen haben (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. VGKE),

dass sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streit-sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien bestimmt (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE),

dass für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes festlegt,

dass in dieser Angelegenheit eine 46-seitige Zwischenverfügung über die aufschiebende Wirkung sowie der vorliegende Abschreibungsentscheid ergangen sind, jedoch kein Endentscheid in der Hauptsache,

dass daher reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 20'000.– festzusetzen und den Beschwerdeführerinnen die Differenz zum einverlangten

Kostenvorschuss (total Fr. 38'000.--) in der Höhe von Fr. 18'000.—zurückzuerstatten sind,

dass ausgangsgemäss die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE),

dass die (im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht anwaltlich vertretene) Vergabestelle ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

dass die Beschwerdegegnerinnen als obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten haben (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE), wobei die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei umfasst (Art. 8 VGKE),

dass die Entschädigung den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG),

dass die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE), was aber nicht heisst, dass diese unbesehen zu übernehmen ist,

dass vielmehr nur die insgesamt notwendigen Kosten beziehungsweise der notwendige Zeitaufwand zu ersetzen sind, wobei dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (Urteile des BGer 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 2.2 und E. 6.1; 2C_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.3),

dass Parteikosten dann als notwendig zu betrachten sind, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen, und die Frage, ob dies zutrifft, nach der Prozesslage, wie sie sich dem Betroffenen im Zeitpunkt der Kostenaufwendung darbot, zu beantworten ist (BGE 131 II 200 E. 7.2; Urteile des BVGer A-1498/2019 vom 17. Juni 2020 E. 4.2.1 und A-4556/2011 vom 27. März 2012 E. 2.2.2 jeweils m.H.),

dass die Beschwerdegegnerinnen eine Honorarnote ihrer Rechtsvertretung für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eingereicht und einen Honoraraufwand von insgesamt Fr. 54'476.85.– für einen Zeitauf-

wand von total 176.77 Stunden bei Stundenansätzen von Fr. 380.–, Fr. 340.– beziehungsweise Fr. 240.– geltend machen,

dass die Beschwerdeführerinnen dazu einzig ausführen, nach ihrer Einschätzung und Erfahrung müsste der Aufwand einer Mitbeteiligten unter dem Aufwand für die Beschwerdeführerinnen liegen,

dass praxisgemäss ein zusätzlicher Koordinationsaufwand, der durch den Beizug mehrerer Anwälte entstanden ist, als vermeidbar und daher nicht erforderlich eingestuft wird (vgl. Abschreibungsentscheide des BVGer B-4075/2021 vom 7. September 2022 S. 5 und B-5064/2020 vom 10. Dezember 2020 S. 7, Urteil A-4556/2011 E. 2.5; Urteil des BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011 E. 15.3),

dass aus der eingereichten Honorarnote hervorgeht, dass offenbar insgesamt drei Rechtsvertreter bzw. Rechtsvertreterinnen die verrechneten Leistungen erbracht haben,

dass zwar rechtliche Abklärungen und die Arbeit an grösseren Rechtschriften durchaus arbeitsteilig erfolgen können, aber grundsätzlich davon auszugehen ist, dass durch die Verteilung derartiger Aufgaben auf mehrere Personen erheblicher Koordinationsaufwand entsteht,

dass überhaupt der vorliegend geltend gemachte Aufwand in der Rolle als Beschwerdegegnerin (im Wesentlichen für eine 30-seitige Beschwerdeantwort vom 17. August 2022, eine 26-seitige Stellungnahme vom 5. Oktober 2022 und eine dreiseitige Schlussbemerkung vom 15. Juni 2023) von insgesamt 176.77 Stunden angesichts der rechtlichen und sachverhaltlichen Schwierigkeiten des Falles als insgesamt deutlich zu hoch erscheint,

dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Beschaffungssachen von einem Regelstundensatz von Fr. 350.– auszugehen ist, wobei für besonders komplexe Verfahren der Maximalsatz von Fr. 400.– pro Stunde zur Anwendung gebracht wird (Abschreibungsentscheid des BVGer B-4075/2021 S. 5; Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/17 E. 11.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1450),

dass das vorliegende Verfahren nicht als so komplex einzustufen ist, dass der für eine Rechtsvertreterin teilweise geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 380.– begründet wäre,

dass im Ergebnis die geltend gemachte Parteientschädigung nach richterlichem Ermessen auf Fr. 30'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren B-3196/2022 wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden unter solidarischer Haftbarkeit reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 38'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 18'000.– wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids zurückerstattet.

3.

Den Beschwerdegegnerinnen wird zu Lasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 30'000.– zugesprochen.

4.

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 8. August 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückstattungsformular)
- Vergabestelle (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde)