



Abschreibungsentscheid vom 21. Februar 2020

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Christoph Jäger und MLaw Thomas Geiger,
Kellerhals Carrard Bern KIG,
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Konzerneinkauf Verbrauchsgüter,
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und Dr. iur. Martin Zobl,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –
Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte –
(SIMAP-Meldungsnummer 1081575; Projekt-ID 172388).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 2. Juli 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die auf der Internetplattform simap.ch am 12. Juni 2019 publizierte Verfügung der Vergabestelle (SIMAP-Meldungsnummer 1081575; Projekt-ID 172388) betreffend den Zuschlag im Beschaffungsverfahren Lieferauftrag für "Reinigungs- und Pflegeprodukte" erhoben hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 3. Juli 2019 der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt hat und zudem unter anderem einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– verlangt hat, welchen die Beschwerdeführerin innert Frist bezahlt hat,

dass sich die Zuschlagsempfängerin nicht als Partei konstituiert hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 2. September 2019 den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen hat, namentlich mit der Begründung, dass nur in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin ein Bereinigungsprotokoll vorliege, wogegen prima facie nicht ganz klar sei, wie in Bezug auf die anderen Anbieterinnen die Prüfung der Mindestvorgaben erfolgt sei, wobei auch nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Akten in Bezug auf die Prüfung der Mindestvorgaben nach wie vor unvollständig seien,

dass das Bundesverwaltungsgericht nach Einreichung weiterer Akten den Zwischenentscheid vom 2. September 2019 am 12. November 2019 in Wiedererwägung gezogen hat und der Beschwerde vom 2. Juli 2019 die aufschiebende Wirkung entzogen hat, da angesichts des sich verdichtenden Prozessstoffes unwahrscheinlich sei, dass alle vorrangierten Anbieter wegen Nichterfüllung von Mindestanforderungen hätten ausgeschlossen werden müssen,

dass die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin am 26. November 2019 abgeschlossen hat,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2019 innert erstreckter Frist zur Stellungnahme bezüglich der Eingrenzung des Prozessthemas auf die Legitimation ihre Beschwerde zurückgezogen hat,

dass das Beschwerdeverfahren daher gemäss dem Vorgehen bei Gegenstandslosigkeit im einzelrichterlichen Verfahren als durch Rückzug erledigt

abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2019 betreffend die Verlegung der Verfahrenskosten den Antrag stellt, die Verfahrenskosten seien angemessen herabzusetzen bzw. die Vergabestelle sei zu verpflichten, mindestens ein Drittel der Verfahrenskosten zu bezahlen,

dass die Vergabestelle mit Vernehmlassung vom 16. Dezember 2019 ausführt, dass die Bemessung der Verfahrenskosten dem Gericht überlassen werde,

dass die Verfahrenskosten anteilmässig im Verhältnis vom Obsiegen und Unterliegen zu verlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass die Beschwerdeführerin das Verfahren durch Rückzug der Beschwerde zur Erledigung bringt und demzufolge in Bezug auf den Endentscheid als unterliegende Partei zu betrachten ist,

dass indessen die Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid vom 2. September 2019 praxismässig gesondert zu verlegen sind, sofern nicht die gleiche Partei in Bezug auf den Zwischenentscheid obsiegt wie in Bezug auf die Hauptsache (vgl. Urteile des BVer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 10.3 "HP-Monitore" und B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 8 "Daten-transport BIT I"),

dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 2. September 2019 als obsiegend anzusehen ist, da ihrem Antrag gemäss der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde,

dass der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können, auch wenn sie unterliegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG),

dass gemäss Art. 6 Bst. a VGKE die Verfahrenskosten bei Rückzug oder Vergleich ganz oder teilweise erlassen werden können,

dass der Erlass eines Zwischenentscheids über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in der Regel erheblichen Aufwand verursacht, weshalb bei

einem Beschwerderückzug, der erst nach dieser Zwischenentscheidung erfolgt, die Spruchgebühr praxismässig nicht erlassen, sondern lediglich herabgesetzt wird (vgl. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1433 mit Hinweisen),

dass es sich nach dem Gesagten rechtfertigt, die Spruchgebühr sowohl gestützt auf Art. 63 Abs. 1 VwVG als auch mit Blick auf Art. 6 Bst. a VGKE zu reduzieren, womit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.– zu erheben sind,

dass das Gericht, wenn ein Verfahren gegenstandslos wird oder durch Rückzug als erledigt abgeschrieben wird, prüft, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist und dass eine solche in der Regel jener Partei auferlegt wird, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 i.V.m. Art. 15 VGKE),

dass die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE),

dass die Beschwerdeführerin nach dem zuvor zu den Kostenfolgen Gesagten als teilweise obsiegend anzusehen ist,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2019 eine Kostennote eingereicht hat und im Wesentlichen mindestens ein Drittel der Parteikosten verlangt, da sich die eingereichten Verfahrensakten als lückenhaft erwiesen hätten, was dazu geführt habe, dass das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung zuerst erteilt und danach wieder entzogen habe,

dass sich die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 16. Dezember 2019 im Wesentlichen auf den Standpunkt stellt, dass nicht nachvollziehbar sei, inwiefern die Nachreichung einzelner Aktenstücke einen Zusatzaufwand verursacht hätte bzw. inwiefern dieser behauptete Zusatzaufwand ein Drittel des gesamten Anwaltshonorars betrage sowie dass die Erfolgsaussichten im Lichte der Monte-Ceneri-Rechtsprechung ohnehin gering gewesen seien,

dass die Beschwerdeführerin nach instruktionsrichterlicher Aufforderung mit Eingabe vom 10. Januar 2020 eine detaillierte Kostennote mit einer

Parteikostenforderung von Fr. 38'233.50 inklusive Mehrwertsteuer im Umfang von Fr. 2'733.50 und Auslagen in der Höhe von Fr. 500.– eingereicht hat, wobei sie die Zusprechung einer Parteientschädigung in der Höhe mindestens eines Drittels der geltend gemachten Parteikosten beantragt,

dass die Parteientschädigung daher aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen ist (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE),

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 23. Januar 2020 an ihrer Vernehmlassung vom 16. Dezember 2019 festhält, wonach der Aufwand nicht nachvollziehbar, unbegründet und nicht gerechtfertigt sei,

dass sich die Beschwerdeführerin replicando in ihrer Stellungnahme vom 6. Februar 2020 dahingehend äussert, dass die Prozessgeschichte zeige, dass die Beschwerdeführerin und das Bundesverwaltungsgericht mehrfach hätten intervenieren müssen, um die Vergabestelle zu einer vergaberechtskonformen Mitwirkung am Verfahren anzuhalten, wobei einzelne Aktenstücke dem Bundesverwaltungsgericht nicht einmal vorgelegen hätten, was einen Zusatzaufwand verursacht habe,

dass für die Beantwortung der strittigen Frage, ob der angeführte Aufwand als "notwendige Kosten" betrachtet werden kann, auf die Prozesslage abzustellen ist, die sich der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Kostenaufwendung dargeboten hat (vgl. Urteil des BGer 2C_928/2010 vom 28. Juni 2010 E. 6),

dass die Beschwerdeführerin vor dem Beschwerdeverfahren zwar ein Debriefing erhielt, auf welches sie sich auch gestützt hat, aber nach den spezialgesetzlichen Regeln keine Akteneinsicht in die Vergabeakten hatte, womit ihr nicht pauschal der Vorwurf gemacht werden kann, dass die Parteikosten – jedenfalls bis zum Zwischenentscheid vom 2. September 2019 – nicht notwendig gewesen wären,

dass daran auch die Monte-Ceneri-Rechtsprechung nichts ändert, da jedenfalls bis zum genannten Zeitpunkt unter Berücksichtigung der unklaren Aktenlage (vgl. Zwischenentscheide des BVer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.8 und B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 3.2 und 4.7 "Produkte zur Innenreinigung III") die Prozesschancen intakt waren,

dass im Übrigen der Begründung der Beschwerdeführerin für die Höhe ihrer Parteikosten eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden

kann, soweit sie geltend macht, dass die Vorinstanz das Verfahren kompliziert hat, indem sie die Vorakten nicht vollständig dem Gericht eingereicht bzw. nachträglich neue Beweismittel eingereicht hat,

dass der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte und detailliert aufgelistete Aufwand bis zum genannten Zeitpunkt 49 Stunden beträgt, wovon allerdings vom für die Ausarbeitung der Beschwerde geltend gemachten Aufwand allerdings von insgesamt 22.9 Stunden nur 10 Stunden als auf die prozessualen Begehren mit Blick auf den Zwischenentscheid entfallend anzusehen sind, womit von den 49 Stunden die auf das Hauptverfahren entfallenden 12.9 Stunden abzuziehen sind, was insgesamt 36.1 Stunden an anrechenbarem Aufwand ergibt,

dass der Stundenansatz für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE), wobei bei einem nicht besonders komplexen Fall im Vergaberecht der geltende Regelstundenansatz von Fr. 350.– zur Anwendung gelangt (vgl. Urteile des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 10.3 "HP-Monitore" und B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 8 "Datentransport BIT I"),

dass der detaillierten Kostennote der Regelstundensatz im Vergaberecht von Fr. 350.– zugrunde liegt, welcher nach dem zuvor Gesagten nicht zu beanstanden ist,

dass daher der notwendige Honoraraufwand der Beschwerdeführerin im Umfang des Obsiegens, d.h. mit von 36.1 Stunden à Fr. 350.–, ausmachend Fr. 12'635.–, der Vergabestelle aufzuerlegen ist,

dass zudem Auslagen pro rata in Höhe von Fr. 180.50 zu berücksichtigen sind,

dass die Parteientschädigung vorliegend indessen keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE umfasst, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene Beschwerdeführerin als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3 und Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 7.2 "Lüftung Kaserne Thun III"),

dass die Beschwerdeführerin daher im Ergebnis Anspruch auf eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 12'815.50 hat,

dass die Vergabestelle zutreffend ausführt, dass sie keinen Anspruch auf Parteienschädigung hat (Art. 63 Abs. 2 VwVG; Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren wird als zufolge Rückzugs erledigt abgeschlossen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 12'815.50 zugesprochen.

4.

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 172388; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

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 (Art. 42 BGG).

Versand: 25. Februar 2020