



Abteilung II
B-369/2014

Abschreibungsentscheid vom 16. Dezember 2014

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner.

Parteien

B._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Carmela Frey,
BRUHIN KLASS AG,
Baarerstrasse 12, Postfach 1017, 6301 Zug,
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse,
Einkauf und Kooperationen,
Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb
und/oder Ramona Wyss, Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

Z._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bleuer,
db-Legal, Advokaturbüro & Notariat,
Dufourstrasse 121, 9000 St. Gallen,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Vergabeverfahren
"Textilwaschmittel NEU" (SIMAP Meldungsnummer 802675).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) mit Publikation vom 14. März 2013 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) im offenen Verfahren einen Lieferauftrag mit dem Titel "Textilwaschmittel NEU" zur Beschaffung von Textilwaschmitteln (SIMAP Meldungsnummer 767893, Projekt-ID 96151) ausgeschrieben hat, wobei es sich hierbei um die Neuauflage eines am 25. September 2012 abgebrochenen Beschaffungsverfahrens "Textilwaschmittel" handelte,

dass hierzu unter anderem die Z.____ AG und die B.____ AG je ein Angebot einreichten, wobei der Zuschlag am 26. August 2013 an die Z.____ AG ging und den weiteren Anbietern die Absagen damit begründet wurden, dass bei der Prüfung der Produktmuster optische Aufheller festgestellt worden seien, die im Basiswaschmittel gemäss technischen Spezifikationen nicht enthalten sein dürfen,

dass die B.____ AG, nebst zwei weiteren Anbietern, denen ebenfalls die Verwendung optischer Aufheller vorgeworfen worden war, gegen den Zuschlag am 18. September 2013 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben haben (Verfahren B-5229/2013, vereinigt mit B-5272/2013),

dass die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 26. August 2013 am 11. Oktober 2013 aufgrund möglicher Messfehler bei den chemischen Tests in Wiedererwägung gezogen hat und nach einer erneuten chemischen Analyse festgestellt hat, dass unter anderem beim Produkt der B.____ AG keine optischen Aufheller enthalten sind,

dass die Vergabestelle am 17. Dezember 2013 der Z.____ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) erneut den Zuschlag erteilte,

dass die B.____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 21. Januar 2014 Beschwerde gegen den von der Vergabestelle am 18. Dezember 2013 auf der Internetplattform SIMAP publizierten Zuschlagsentscheid vom 17. Dezember 2013 (SIMAP Meldungsnummer 802675; Projekt-ID 107251) erhoben hat, und die Beschwerde namentlich damit begründet, dass die Vergabestelle anhand der von ihr gewählten Preiskalkulation aufgrund von Empfehlungsrezepturen und ungenauer Vorgaben die Vergleichbarkeit der Offerten nicht herstellen können, weshalb die offerierten Preise die tatsächlichen Kosten des Lieferauftrages nicht wieder spiegeln würden,

dass das Beschwerdeverfahren B-5229/2013 mit Verfügung vom 22. Januar 2014 nach Wiedererwägung durch die Vorinstanz zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen wurde,

dass der Vergabestelle mit superprovisorischer Anordnung vom 23. Januar 2014 bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehren, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, untersagt wurden,

dass sich die Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) mit Stellungnahme vom 5. Februar 2014 als Partei konstituierte,

dass der Beschwerde mit Zwischenentscheid vom 5. März 2014 die aufschiebende Wirkung erteilt wurde,

dass mit selbständig anfechtbarem Zwischenentscheid vom 10. Juli 2014 nicht nur die Eintretensvoraussetzungen bejaht wurden, sondern darüber hinaus erkannt wurde, dass die mit Beschwerde vom 21. Januar 2014 vorgetragene Rügen materiell behandelt werden, nachdem die Vergabestelle geltend gemacht hatte, die erhobenen Rügen seien verspätet,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. August 2014 im Hauptverfahren Anträge zur Akteneinsicht stellte, worauf mit Zwischenverfügung vom 11. September 2014 dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in das Aktenstück B26 entsprochen wurde,

dass die Beschwerdeführerin innert einmalig erstreckter Frist mit Replik vom 29. September 2014 zum zugestellten Aktenstück B26 Stellung nahm und darin geltend macht, die Preiskalkulation sei gestützt auf inhaltlich völlig unterschiedlichen Empfehlungsrezepturen erfolgt, die Vergabestelle habe für die Preiskalkulation bei einzelnen Anbietern aus deren Empfehlungsrezepturen willkürlich eine Auswahl getroffen und sei in Bezug auf die Preiskalkulation der Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin nicht in gleicher Weise vorgegangen,

dass auch der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 14. Oktober 2014 Aktenstücke in teilweise geschwärzter Form zugestellt wurden,

dass der Vergabestelle sowie der Beschwerdegegnerin die Frist für die Einreichung der Duplik einmalig bis am 31. Oktober 2014 erstreckt worden ist,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 31. Oktober 2014 dem Gericht ihre Verfügung vom 30. Oktober 2014 einreichte, wonach sie den Zuschlag im Vergabeverfahren "Textilwaschmittel NEU" vom 17. Dezember 2013 widerrufen und festgestellt habe, dass weitere Anordnungen im Vergabeverfahren "Textilwaschmittel NEU" nach Ablauf der auf diese Verfügung anwendbaren Rechtsmittelfrist erfolgen würden,

dass die Vergabestelle gleichzeitig beantragt, das Beschwerdeverfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben,

dass das Beschwerdeverfahren daher im einzelrichterlichen Verfahren als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; vgl. Abschreibungsentscheid B-6384/2012 vom 12. Februar 2013, S. 3),

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 31. Oktober 2014 zudem beantragt, die Verfahrenskosten seien angemessen zu reduzieren, da aufgrund der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens vor Ausfertigung des Endurteils für das Gericht nur ein reduzierter Aufwand erwachsen sei,

dass die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2014 beantragt, die Vergabestelle sei aus Billigkeitsgründen zur Entrichtung einer Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdegegnerin zu verpflichten, da diese die Verantwortung für die rechtmässige und korrekte Durchführung des Vergabeverfahrens trage und für sie selber die internen Verfahrensfehler seitens der Vergabestelle nicht voraussehbar gewesen seien,

dass sich die Beschwerdeführerin am 20. November 2014 zum Kostenpunkt äusserte und vorbringt, die Beschwerdegegnerin sei als unterliegende Partei zu betrachten, weshalb ihr die Verfahrenskosten anteilmässig aufzuerlegen seien; ausserdem sei ihr eine angemessene Parteientschädigung auszurichten, wobei bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sei, dass die Beschwerdegegnerin einen Teil des Aufwands der Beschwerdeführerin verursacht habe,

dass die Vergabestelle am 24. November 2014 ausdrücklich auf eine Stellungnahme verzichtete, worauf der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 25. November 2014 aufforderte, eine Kostennote einzureichen,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 12. Dezember 2014 auf die Einreichung einer Stellungnahme ausdrücklich verzichtet und die Beschwerdegegnerin keine Stellungnahme eingereicht hat,

dass 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 angesichts des beträchtlichen Aufwands insbesondere in Bezug auf die Instruktion des Verfahrens sowie den selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid vom 10. Juli 2014 Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 6'000.– zu veranschlagen sind,

dass dieser Betrag unter anderem insofern gerechtfertigt ist, als die Vergabestelle mit Vernehmlassung vom 7. Februar 2014 selbst die Fragen betreffend die Eintretensvoraussetzungen und die Verwirkung der Rüge aufgeworfen hat, worauf diese antragsgemäss mit Zwischenentscheid vom 10. Juli 2014 vorab entschieden wurden,

dass Kosten nur Personen auferlegt werden, die im Beschwerdeverfahren Parteistellung haben, wobei nebst der beschwerdeführenden Partei auch derjenigen Parteistellung zukommt, die sich mit eigenen Anträgen am Beschwerdeverfahren beteiligt hat (vgl. BVGE 2011/19 E. 59.1; MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf, 2009, Rz. 13 zu Art. 63),

dass die Vergabestelle durch den Widerruf des Zuschlags vom 17. Dezember 2013 die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, wobei die Beschwerdegegnerin, welche sich als Partei konstituiert hat, in diesem Sinne als mitunterliegend anzusehen ist (Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5229/2013 vom 22. Januar 2014 S. 5),

dass die Vergabestelle jedoch gemäss Art. 63 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) von Verfahrenskosten befreit ist,

dass die Beschwerdegegnerin gemäss Ziff. 5.2 der Zwischenverfügung vom 23. Januar 2014 ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht wurde, dass sie als eigentliche Gegenpartei mit Parteistellung und entsprechendem Kostenrisiko behandelt werde, sofern sie formelle Anträge stellt,

dass sich die Beschwerdegegnerin am 5. Februar 2014 als Partei konstituierte und eigene Anträge stellte, weshalb sie einen Drittel der Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.– zu tragen hat,

dass der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind und der bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.– dieser zurückzuerstatten ist,

dass Art. 15 VGKE für die Frage der Parteientschädigung in Fällen von Gegenstandslosigkeit sinngemäss auf die Regelung von Art. 5 VGKE verweist,

dass die Beschwerdegegnerin nicht nur mit der Vergabestelle unterliegt, sondern auch mit ihren eigenen Anträgen gemäss Eingabe vom 5. Februar 2014 nicht durchgedrungen ist, womit ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 7 VGKE),

dass auch die Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE),

dass der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 15 i.V.m. Art. 5 VGKE eine Parteientschädigung auszurichten ist,

dass das Gericht die Parteientschädigung gemäss Art. 14 Abs. 2 VGKE aufgrund der eingereichten Kostennoten festzusetzen hat,

dass die Beschwerdeführerin am 2. Dezember 2014 eine Kostennote in der Höhe von Fr. 32'357.40 (inkl. MwSt.) eingereicht hat, wobei sowohl der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 325.– (bzw. Fr. 350.– für 1.5 Stunden) mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 VGKE als auch der geltend gemachte Aufwand von insgesamt 89.35 Stunden nicht zu beanstanden sind,

dass die geltend gemachte Anzahl Stunden insbesondere deshalb gerechtfertigt ist, als die Fragen zu den Eintretensvoraussetzungen und zur Verwirkung der Rüge einen beträchtlichen Aufwand seitens der Beschwerdeführerin erforderten, namentlich die Ausarbeitung der Stellungnahmen vom 24. Februar 2014 und vom 22. April 2014,

dass die Parteikosten der Vergabestelle und der unterliegenden Beschwerdegegnerin anteilmässig auferlegt werden können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7377/2010 vom 15. April 2011 E. 18.2),

dass der Beschwerdeführerin damit antragsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 32'357.40 (inkl. MwSt.) zuzusprechen ist, welche entsprechend der Verlegung der Verfahrenskosten zu zwei Dritteln von der Vergabestelle und zu einem Drittel von der Beschwerdegegnerin zu tragen ist,

dass die Verteilung der Kosten zu einem Drittel an die Beschwerdegegnerin auch insofern billig ist, als sie einen Teil des Aufwands, insbesondere mit den Eingaben vom 5. Februar 2014, 27. Februar 2014, 22. April 2014 und 29. August 2014, verursacht hat.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

2.1. Es werden Verfahrenskosten zu Lasten der Beschwerdegegnerin in der Höhe von Fr. 2'000.– erhoben.

2.2. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 32'357.40 (inkl. MwSt.) zugesprochen. Diese haben die Vergabestelle zu zwei Dritteln mit Fr. 21'571.60 und die Beschwerdegegnerin zu einem Drittel mit Fr. 10'785.80 zu tragen.

4.

Der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 107251; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Rohner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. Dezember 2014