



Abteilung II
B-4075/2021

Abschreibungsentscheid vom 7. September 2022

Besetzung

Einzelrichterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Arbeitsgemeinschaft X. _____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Peter Stadelmann und/oder Eva Diener,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

armasuisse Immobilien,
Guisanplatz 1, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "ALC-O Aussenstelle Emmen, Gesamtareal,
Submissionspaket 1",
Beschaffungs-Nr. 1,
SIMAP-Meldungsnummer: 1213849,
SIMAP-Projekt-ID: 216438.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die armasuisse Immobilien (im Folgenden: Vergabestelle) betreffend das Projekt "ALC-O Aussenstelle Emmen, Gesamtareal, Submissionspaket 1", Beschaffungs-Nr. 1, am 14. Juli 2021 der Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu einem Preis von Fr. 596'658.– (inkl. MwSt.) erteilt hat,

dass die Arbeitsgemeinschaft X. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) gegen die auf der Internetplattform SIMAP am 23. August 2021 publizierte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle (Meldungsnummer 1213849) mit Eingabe vom 13. September 2021 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben und beantragt haben, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin und die Zweitplatzierte seien vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei an die Beschwerdeführerinnen zu erteilen,

dass die Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 21. September 2021 darauf verzichtet hat, als Beschwerdegegnerin am Verfahren teilzunehmen,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 7. Januar 2022 mitgeteilt hat, sie sei nach eingehender Prüfung der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rügen zum Schluss gekommen, dass im Vergabeverfahren wesentliche formelle Fehler begangen worden seien, weshalb sie das Verfahren in Wiedererwägung gezogen habe und eine Neuevaluation vornehmen werde,

dass die Vergabestelle in der Folge den Zuschlag den Beschwerdeführerinnen erteilt und diesen Zuschlag am 8. April 2022 auf SIMAP publiziert hat (Projekt-ID 235821; Meldungsnummer 1253523),

dass nicht die Vergabestelle, sondern erst die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 4. August 2022 das Bundesverwaltungsgericht über diesen neuen Zuschlag informiert haben,

dass die Beschwerdeführerinnen in dieser Eingabe einen Anspruch auf Parteikostenersatz geltend machen und eine detaillierte Kostennote einreichen,

dass die Vergabestelle innert der ihr gesetzten Frist zu dieser Eingabe keine Stellung genommen hat,

dass am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft getreten sind,

dass die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung vom 22. Februar 2021 datiert, weshalb das neue Recht anwendbar ist,

dass der vorliegend in Frage stehende Bauauftrag in den Anwendungsbereich des BöB fällt (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB, Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB, Art. 8 BöB, Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (Art. 32 f. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) richtet, soweit das BöB und das VGG nichts Anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG),

dass die Vergabestelle bis zu ihrer Vernehmlassung ihren ursprünglichen Entscheid in Wiedererwägung ziehen kann (Art. 58 Abs. 1 VwVG),

dass die Vergabestelle mit dem Widerruf des ursprünglichen Zuschlags und dem Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen dem Beschwerdebegehren vollumfänglich entsprochen hat und das Verfahren daher gegenstandslos geworden ist,

dass das Beschwerdeverfahren daher im einzelrichterlichen Verfahren abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG),

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 zur Bestimmung der Partei, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, auf materielle Kriterien abzustellen ist, mithin nach dem materiellen Grund für das formelle Verhalten zu fragen und dabei unerheblich ist, wer die formelle Prozesshandlung vornimmt, die zu einer Abschreibung des Verfahrens führt (Urteil des BGer 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4 m.H.),

dass bei einer gestützt auf Art. 58 VwVG erfolgten Wiedererwägung einer Verfügung die Vorinstanz dann als unterliegend gilt, wenn diese ihren Entscheid bis zur Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht aus besserer eigener Einsicht abgeändert hat (Urteil 2C_564/2013 E. 2.4),

dass vorliegend die Vergabestelle ausdrücklich einräumt, dass sie aufgrund der Rügen der Beschwerdeführerinnen ihre erste Verfügung in Wiedererwägung gezogen und den Zuschlag neu den Beschwerdeführerinnen erteilt habe,

dass die Vergabestelle demnach als unterliegend anzusehen ist,

dass Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG), weshalb im vorliegenden Fall keine Verfahrenskosten zu erheben sind,

dass die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG und 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 Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE),

dass dies nicht bedeutet, dass die eingereichte Kostennote unbesehen übernommen werden muss, sondern 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; Urteil des BVer A-4556/2011 vom 27. März 2012 E. 2.2.2 m.H.),

dass die Beschwerdeführerinnen eine Honorarnote ihrer Rechtsvertreter für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eingereicht haben und einen Honoraraufwand von insgesamt Fr. 10'130.40 für den Zeitraum vom

26. August 2021 bis zum 3. August 2022 sowie Auslagen von Fr. 168.95 und 7.7 % MwSt. geltend machen,

dass die Vergabestelle sich zu dem von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Aufwand nicht geäußert hat,

dass aus dem detaillierten Leistungsverzeichnis hervorgeht, dass die in Rechnung gestellten insgesamt 47.03 Stunden von insgesamt fünf Rechtsanwältinnen beziehungsweise Rechtsanwälten sowie von zwei weiteren Juristinnen erbracht wurden,

dass praxisgemäss ein zusätzlicher Koordinationsaufwand, der durch den Beizug mehrerer Anwälte entstanden ist, als vermeidbar und daher nicht erforderlich eingestuft wird (vgl. Abschreibungsentscheid des BVGer B-5064/2020 vom 10. Dezember 2020; Urteil A-4556/2011 E. 2.5; Urteile des BVGer A-7976/2010 vom 20. Oktober 2011 E. 8.2.4.2 und A-1682/2010 vom 4. Mai 2011 E. 15.3), und in der Lehre die Auffassung vertreten wird, dass, wer mehrere Anwälte mit seiner Vertretung beauftrage, in aller Regel nur die Entschädigung für die Tätigkeit eines Anwaltes beanspruchen könne (ASTRID HIRZEL/PHILIPP WEISSENBERGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 VGKE N. 9),

dass die Beschwerdeführerinnen zu dieser Frage geltend machen, dass den unvermeidlich aufgetretenen Überschneidungen in der Mandatsbearbeitung durch eine entsprechende Reduktion der Stundenansätze Rechnung getragen worden sei,

dass sich aus der Honorarnote ergibt, dass Stundenansätze zwischen Fr. 100.– und Fr. 340.– zur Anwendung gelangt sind,

dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Beschaffungssachen von einem Regelstundensatz von höchstens Fr. 350.– auszugehen ist und nur für besonders komplexe Verfahren der Maximalsatz von Fr. 400.– pro Stunde angewandt wird (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/17 E. 11.4; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1450),

dass die Methode der Beschwerdeführerinnen, anstelle der geltend gemachten Anzahl Stunden den verrechneten Stundenansatz zu reduzieren,

zwar logisch nicht überzeugt, aber angesichts der erforderlichen Korrekturen aufgrund der Doppelspurigkeiten und des zusätzlichen Koordinationsaufwands sowie der üblicherweise angewandten Stundenansätze im Ergebnis nicht zu beanstanden ist,

dass die Rechtsvertretung zwar mehrwertsteuerpflichtig ist, die Beschwerdeführerinnen selbst aber alle vorsteuerabzugsberechtigt sind, weshalb kein Mehrwertsteuerzuschlag zu berücksichtigen ist,

dass die Parteientschädigung für die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen daher auf Fr. 10'299.35 festzusetzen ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

3.

Die Vergabestelle wird verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen eine Par-teientschädigung von Fr. 10'299.35 zu bezahlen.

4.

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerinnen und die Vergabe-stelle und auszugsweise an die Zuschlagsempfängerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). 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: 8. September 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 216438;
Gerichtsurkunde)
- die Y. _____ AG (Auszug; A-Post)