



Abteilung II
B-4308/2013

Urteil vom 18. September 2013

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Barbara Deli.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse Immobilien,
Bereich Facility Management Spezialobjekte,
Blumenbergstrasse 39, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlagsentscheid vom
12. Juli 2013 betreffend "Realisierung eines nachhaltigen
Facility Managements im Bereich Telekommunikation
armasuisse Immobilien" – SIMAP-Meldungsnummer 783749
(Projekt-ID 96251).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. Juli 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die auf simap.ch (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) am 12. Juli 2013 publizierte Verfügung der Vergabestelle (SIMAP-Meldungsnummer 783749, Projekt-ID 96251) betreffend den Zuschlag im Beschaffungsverfahren unter dem Projekttitel "Realisierung eines nachhaltigen Facility Managements im Bereich Telekommunikation armasuisse Immobilien" erhebt,

dass die Beschwerdeführerin namentlich einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat, welchem mit Verfügung vom 30. Juli 2013 einstweilen superprovisorisch entsprochen worden ist,

dass sich die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 12. August 2013 (Vernehmlassung I) dem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung unterzogen hat,

dass die aufschiebende Wirkung infolgedessen einzelrichterlich mit Zwischenverfügung vom 13. August 2013 erteilt worden ist,

dass die Vergabestelle mit Zwischenverfügung vom 31. Juli 2013 gemäss den Anträgen der Beschwerdeführerin aufgefordert wurde, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen, was mit Stellungnahme vom 12. August 2013 (Vernehmlassung I) erfolgt ist,

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 16. August 2013 zunächst die auch nach den Anträgen der Vergabestelle nicht von der Einsicht auszunehmenden Akten zugestellt wurden und ihr ausserdem Frist gesetzt wurde für spezifizierte und substantiierte Akteneinsichtsbegehren im Hauptverfahren,

dass die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 22. August 2013 Akteneinsichtsbegehren für das Hauptverfahren stellte, woraufhin der Vergabestelle mit Verfügung vom 23. August 2013 eine Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde,

dass die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung II vom 26. August 2013 zum Schluss kommt, dass die Beschwerde wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen im Rahmen der Eignungsprüfung gutzuheissen sei, weshalb sie auch an ihren Anträgen zur Akteneinsicht festhalte,

dass der Vergabestelle im Ergebnis insoweit zuzustimmen ist, da das Recht auf Akteneinsicht voraussetzt, dass ein Entscheid zu Ungunsten der Beschwerdeführerin droht, was in casu nicht der Fall ist (vgl. dazu die Zwischenverfügung B-6177/2008 vom 30. Januar 2009 E. 2.2), womit die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen sind,

dass der Antrag der Vergabestelle auf Gutheissung der Beschwerde von einer Wiedererwägung im Sinne von Art. 58 VwVG zu unterscheiden ist (vgl. diesbezüglich missverständlich die Vernehmlassung II vom 26. September 2013, S. 3), was sich insbesondere auf die Erledigungsart des vorliegenden Verfahrens auswirkt (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1376 mit Fn. 3220),

dass die Vergabestelle nebst der Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, es sei der Zuschlag direkt durch das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin zu erteilen, unter Entschädigungsfolge zu Lasten der Eidgenossenschaft,

dass die Beschwerdeinstanz den Zuschlag nur ausnahmsweise direkt der Beschwerdeführerin zuspricht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1396 i.V.m. Rz. 1405),

dass die Vergabestelle zur falschen Sachverhaltsfeststellung im Rahmen der Eignungsprüfung einerseits ausführt, die Zuschlagsempfängerin habe im Zeitpunkt der Offertöffnung das Eignungskriterium 3 "Der Anbieter muss über mind. 4 qualifizierte Mitarbeiter verfügen" nicht erfüllt, da es ihr an der entsprechenden Anzahl qualifizierter Mitarbeiter fehle,

dass die Vergabestelle ausserdem nicht nur die Kapazitäten der Zuschlagsempfängerin zur Überbrückung von Mehrbelastung in Frage stellt, sondern insbesondere auch festhält, dass es der Zuschlagsempfängerin bei richtiger Beurteilung nicht gelinge, zwei Referenzprojekte über abgeschlossene Projekte anzugeben, da für das Referenzobjekt 2 als Zeitraum des Auftrages 2011 bis 2017 angegeben worden sei,

dass die Vergabestelle demnach zum Schluss kommt, dass die Zuschlagsempfängerin wichtige Eignungskriterien nicht erfüllt,

dass die bisherige Zuschlagsempfängerin den Zuschlag nach dem Gesagten auch bei Rückweisung des Verfahrens nicht erhalten könnte (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1405),

dass aufgrund dieses Umstands und angesichts der Tatsache, dass die Vergabestelle selbst Antrag auf direkte Erteilung des Zuschlags stellt, diesem Begehren entsprochen werden kann, jedenfalls soweit die bisherige Zuschlagsempfängerin keine Einwände erhebt,

dass deshalb der Zuschlagsempfängerin mit Verfügung vom 27. August 2013 freigestellt wurde, sich zur Vernehmlassung II vom 26. August 2013 bzw. zum Antrag der Vergabestelle auf direkte Erteilung des Zuschlags zu äussern, wobei Stillschweigen als Einverständnis mit den diesbezüglichen Anträgen der Vergabestelle verstanden werden würde,

dass die Zuschlagsempfängerin auf eine Stellungnahme zur beantragten Direkterteilung des Zuschlags verzichtete, womit von der Zustimmung zum beantragten Vorgehen ausgegangen werden darf,

dass die Beschwerde unter den gegebenen Umständen nicht nur infolge übereinstimmender Anträge gutzuheissen ist, sondern auch der Beschwerdeführerin der Zuschlag direkt zu erteilen ist,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. September 2013 zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen mitteilt, dass sie auf die Vergütung von "extern" und "intern" angefallenen Kosten verzichte, dass sie jedoch von allen übrigen Verfahrenskosten zu entlasten und ihr der am 12. August 2013 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– zurückzuerstatten sei,

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens im Ergebnis trotz der Abweisung der Akteneinsichtsanträge vollständig obsiegt, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und ihr der am 12. August 2013 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– antragsgemäss zurückzuerstatten ist,

dass der Vergabestelle als Bundesbehörde im Sinne von Art. 63 Abs. 2 VwVG ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt werden,

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

dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren jedoch auf eine Entschädigung verzichtet hat und ihr somit keine Parteientschädigung zuzusprechen ist,

dass aufgrund dieses Verzichts nicht weiter auf die Frage einzugehen ist, ob der Aufwand eines beigezogenen Anwalts ohne nach aussen hin erkennbares Mandatsverhältnis entschädigt werden kann.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin gemäss Eingabe vom 22. August 2013 werden abgewiesen.

2.

2.1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.2. Der am 12. Juli 2013 publizierte Zuschlag im Beschaffungsverfahren "Realisierung eines nachhaltigen Facility Managements im Bereich Telekommunikation armasuisse Immobilien" (SIMAP-Meldungsnummer 783749, Projekt-ID 96251) wird aufgehoben und direkt der Beschwerdeführerin erteilt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID 96251; Zustellung an armasuisse, Kompetenzbereich Zentrale Dienste; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Barbara Deli

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 den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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: 19. September 2013