



Abschreibungsentscheid vom 22. Juni 2021

Besetzung

Einzelrichterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Astrid Waser und/oder Patrick Sattler,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,
Filiale Winterthur,
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 –
Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West"
SIMAP-Meldungsnummer 1162515,
SIMAP-Projekt-ID 206221.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur Ost, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle) betreffend das Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 – Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West" am 4. November 2020 der Y._____ AG den Zuschlag erteilt und diesen Zuschlag am 5. November 2020 auf der Internetplattform SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 1162515),

dass die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. November 2020 gegen die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Erteilung des Zuschlags an sich selbst, eventualiter die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Rückweisung an die Vergabestelle zur Neuerteilung im Sinne der Erwägungen und subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung beantragt hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 26. Februar 2021 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen hat,

dass die Vergabestelle mit SIMAP-Publikation vom 25. März 2021 den Zuschlag vom 4. November 2020 widerrufen hat (Meldungsnummer 1188345),

dass die Vergabestelle das Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 29. März 2021 darüber informiert hat, dass sie die Evaluation der Ausschreibung wiederholt und entschieden habe, gestützt auf neue Ergebnisse aus der Evaluation den Zuschlag vom 5. November 2020 in Wiedererwägung zu ziehen und den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen, so dass das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben sei,

dass die Vergabestelle in der Folge der Beschwerdeführerin den Zuschlag erteilt hat,

dass die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 7. Mai 2021 eine Kostennote eingereicht und erklärt hat, dass sie sich dem Antrag der Vergabestelle auf Abschreibung des Verfahrens als gegenstandslos nicht widersetze, sofern die Abschreibung des Verfahrens nach Rechtskraft des Zuschlagswiderrufs und der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin erfolge,

dass die Z. _____ SA den am 10. Mai 2021 auf SIMAP publizierten Zuschlag mit Beschwerde vom 31. Mai 2021 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten hat (Verfahren B-2560/2021),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Juni 2021 mitgeteilt hat, dass sie mit der Abschreibung des Verfahrens betreffend die Zuschlagsverfügung vom 4. November 2020 als gegenstandslos einverstanden sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle,

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 gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden,

dass die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung vom 24. Juni 2020 datiert, womit grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar sind, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]),

dass der in Frage stehende Bauauftrag und daher die diesbezügliche Ausschreibung in den Anwendungsbereich des aBöB fallen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB, Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB, Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB, Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [AS 2019 4101]), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (Art. 32 f. des Verwaltungsgesetzes 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 aBöB und das VGG nichts Anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB 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 Parteien im vorliegenden Fall übereinstimmend davon ausgehen, dass die Vergabestelle mit dem Widerruf des ursprünglichen Zuschlags und dem Zuschlag an die Beschwerdeführerin 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 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 des BGer 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4),

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 2C_564/2013 E. 2.4, m.H.),

dass vorliegend davon auszugehen ist, dass die Vergabestelle aufgrund der Rügen der Beschwerdeführerin und der Hauptsachenprognose im Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2021 ihre erste Verfügung in Wiedererwägung gezogen und den Zuschlag neu der Beschwerdeführerin erteilt hat,

dass die Vergabestelle demnach als unterliegend anzusehen ist,

dass Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG),

dass im vorliegenden Fall keine Verfahrenskosten zu erheben sind,

dass die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen 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), was aber nicht heisst, dass diese unbesehen übernommen werden muss,

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; Urteil des BVGer A-4556/2011 vom 27. März 2012 E. 2.2.2 m.H.),

dass die Beschwerdeführerin eine Honorarnote ihrer Rechtsvertreter für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eingereicht und einen Honoraraufwand von insgesamt Fr. 30'290.– für einen Zeitaufwand von 113.2 Stunden bei Stundenansätzen von Fr. 400.–, Fr. 350.– beziehungsweise Fr. 200.– geltend macht,

dass die Vergabestelle diesen Aufwand als übermässig hoch beziehungsweise die verrechnete Anzahl Honorarstunden als massiv übersetzt erachtet und beantragt, die Honorarnote sei um mindestens die Hälfte zu kürzen,

dass die Vergabestelle konkret kritisiert, dass sich neben dem Hauptvertreter mit einem Stundenansatz von Fr. 350.– pro Stunde noch zwei weitere Anwälte mit Stundenansätzen von Fr. 400.– und Fr. 200.– an den jeweiligen Tätigkeiten des Verfahrens beteiligt hätten, was zu einer doppelten bis dreifachen Verrechnung derselben Tätigkeit führe,

dass die Vergabestelle weiter vorbringt, dass auch die für den Hauptvertreter verbleibenden 22.4 Stunden für die Erstellung der Beschwerdeschrift, die 1.5 Stunden für das Akteneditionsgesuch und die 6.9 Stunden

für die Beschwerdeergänzung vergleichsweise hoch seien, wenn man bedenke, dass es um die Redaktion einer durchschnittlich umfangreichen Beschwerdeschrift handle,

dass die Vergabestelle ferner bemängelt, dass bis zum Versand der jeweiligen Rechtsschriften jeweils zusätzlich insgesamt rund 3.5 Stunden reine Klientenkorrespondenz geltend gemacht würden,

dass die Vergabestelle es überdies als nicht nachvollziehbar erachtet, weswegen nach der Gewährung der aufschiebenden Wirkung Akten- und Rechtsstudien im Umfang von mehreren Stunden nötig gewesen sein sollten,

dass die Vergabestelle schliesslich bemängelt, dass offenbar kurz vor Verfahrensabschluss noch eine neue Praktikantin in das Verfahren eingearbeitet worden sei,

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; 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 aus der eingereichten Honorarnote hervorgeht, dass insgesamt vier Rechtsvertreter die verrechneten Leistungen erbracht haben,

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

dass überhaupt der vorliegend geltend gemachte Aufwand von insgesamt 113.2 Stunden angesichts der rechtlichen und sachverhaltlichen Schwierigkeiten des Falles als insgesamt 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 (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 das vorliegende Verfahren nicht als so komplex eingestuft werden könnte, dass der für eine Rechtsvertreterin geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 400.– begründet wäre,

dass im Ergebnis die geltend gemachte Parteientschädigung auf Fr. 21'000.– zu reduzieren ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

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

3.

Die Vergabestelle wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 21'000.– zu bezahlen.

4.

Eine Kopie der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 14. Juni 2021 geht zur Kenntnis an die Vergabestelle.

5.

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 206221; Gerichtsurkunde; Beilage: gem. Ziff. 4)
- die Y. _____ AG (Auszug; A-Post)

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), 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 Rechtschrift 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: 23. Juni 2021