



Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6177/2008

Zwischenverfügung vom 30. Januar 2009

Besetzung

Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

Beschwerdesache

Parteien

B-6177/2008

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
5. E. _____,
6. F. _____,
7. G. _____,
8. H. _____,
9. I. _____,
10. J. _____,
11. K. _____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur.
Thomas Eichenberger und Rechtsanwalt
Andreas Güngerich, Kellerhals Hess Rechtsanwälte,
Kapellenstrasse 14, Postfach 6916, 3001 Bern,
sowie

B-6386/2008

Der Instruktionsrichter stellt fest und zieht in Erwägung:

1.

1.1 Mit Zwischenverfügung vom 20. Januar 2009 ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen 1-11 auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens zugunsten des vor Bundesgericht hängigen Verfahrens 2C-19/2009 abgewiesen worden, soweit er die Instruktion des Verfahrens zum Gegenstand hat. Dies unter Hinweis auf das in Vergabesachen nach Gewährung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot. Auf die entsprechenden Feststellungen und Erwägungen wird im Folgenden Bezug genommen.

1.2 In Ziffer 3 des Dispositivs vom 20. Januar 2009 ist festgehalten worden, dass der Entscheid über die Sistierung unmittelbar vor Ergehen des Endentscheides mit separater Verfügung getroffen wird. Dieser ist Gegenstand der vorliegenden Anordnung.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerinnen 1-11 führen zur Begründung ihres Sistierungsantrages aus, es bestehe die Gefahr, dass der Endentscheid in Missachtung des rechtlichen Gehörs ergehen könnte, das heisst ohne dass ihnen zuvor Einsicht in die insbesondere vor Bundesgericht Streitgegenstand bildenden internen Parteimemoranden gewährt worden wäre.

2.2 Der dieser Argumentation zugrunde liegenden Rechtsauffassung kann von vornherein nicht gefolgt werden, sofern die Beschwerdeführerinnen in der Hauptsache mit ihren Begehren durchdringen. Das Bundesgericht hat hierzu ausgeführt, der Anspruch auf rechtliches Gehör stehe jedem Betroffenen zu, bevor ein Entscheid zu seinen Ungunsten getroffen werde ("avant qu'une décision ne soit prise à son détriment"; BGE 122 I 109 E. 2a). Entsprechend sieht Art. 30 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) vor, dass die Behörde Parteien nicht anzuhören braucht vor Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht (vgl. dazu PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 25 zu Art. 30 VwVG). Folgerichtig knüpft auch die Definition der formellen Natur des rechtlichen Gehörs an diese Prämisse an. Diese lautet wie folgt: "Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zieht prozessuale Wirkungen nach sich, selbst wenn praktisch keine Aussicht darauf besteht, dass die Behörde unter Beachtung der Garantie zu einer anderen Entscheidung gelangt." (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 449 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Dieser Gedanke setzt aber wiederum begriffsnotwendig voraus, dass eine zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führende Verletzung des rechtlichen Gehörs nur vorstellbar ist, wenn zuungunsten des Betroffenen entschieden wird.

2.3 Würde im vorliegenden Verfahren in der Hauptsache zugunsten der Beschwerdeführerinnen entschieden, könnten diese dennoch als teilweise unterliegend betrachtet werden (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG), etwa soweit es den mit Verfügung vom 18. November 2008 abgewiesenen Antrag betrifft, der Vergabestelle sei die Anzahl der eingegangenen Teilnahmeanträge bzw. Postsendungen nicht mitzuteilen. Dieselbe Frage könnte sich auch in Bezug auf das mit Verfügung vom 4. Dezember 2008 abgewiesene Akteneinsichtsgesuch stellen. Um hier einen allfälligen Widerspruch zu einer Gutheissung des Akteneinsichtsgesuchs durch das Bundesgericht zu vermeiden, liesse sich der Kostenpunkt ohne weiteres vom Entscheid in der Hauptsache abtrennen. Auch damit könnte eine Sistierung demnach nicht begründet werden.

2.4 Sollten die Beschwerdeführerinnen im Hauptverfahren unterliegen, könnte dies, sofern sich die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2008 (Verfahren 2C-19/2009 vor Bundesgericht) als

begründet erweist, tatsächlich dazu führen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in Widerspruch setzt zum Prinzip der formellen Natur des rechtlichen Gehörs. Indessen hat das Bundesgericht im Urteil 2C.599/2007 vom 5. Dezember 2007, E. 2.2, festgestellt, dass eine Beschränkung der Akteneinsicht, wie jede andere Verweigerung des rechtlichen Gehörs, auch noch bei der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden kann. Insoweit ist die Ausgangslage zu unterscheiden vom Rechtszustand nach einem Zwischenentscheid, mit welchem die Akteneinsicht gewährt wird, was einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten kann. Darüber hinaus ist mit Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2008 (E. 5) festgestellt worden, dass sich die Parteimemoranden zu Rechtsfragen äussern und nicht der Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 12 VwVG dienen, dass ihnen also kein Beweiswert zukommt. Folgerichtig wird sich auch die Begründung des Endentscheides in keiner Weise auf die strittigen Dokumente beziehen, welche der Vergabestelle mit Verfügung vom 4. Dezember 2008 zurückgeschickt worden sind. Auch deshalb erweist es sich als sachgerecht, dem qualifizierten Beschleunigungsgebot in dem Sinne den Vorrang zu geben, dass die Spedition des Endentscheids nicht verhindert wird.

3.

Die Ablehnung eines Sistierungsantrages durch Zwischenverfügung hat zur Folge, dass das Verfahren fortgesetzt wird. Dabei ist es für die Verfahrensfortsetzung nicht erforderlich, dass die entsprechende Zwischenverfügung in Rechtskraft erwächst. Die Ablehnung eines Sistierungsantrages bedarf auch keiner Vollstreckung (vgl. zur Vollstreckungsbedürftigkeit von negativen Verfügungen THOMAS GÄCHTER/PHILIPP EGLI, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 14 zu Art. 39). Es wäre deshalb an sich zulässig, unmittelbar nach Erlass der vorliegenden Zwischenverfügung in der Hauptsache zu entscheiden. Durch ein solches Vorgehen würde den Beschwerdeführerinnen indes die Möglichkeit genommen werden, gegen die Anordnung betreffend ihr Sistierungsgesuch vor Bundesgericht vorzugehen. Jedoch erscheint es auch nicht sachgerecht, die ganze Anfechtungsfrist abzuwarten, zumal damit die vorliegende Verfügung ihrer Wirkung beraubt würde. Dies gilt umso mehr, als im Lichte des Entscheids 2C.559/2008 vom 17. Dezember 2008, E. 1.2 (mit Hinweis auf BGE 134 II 192 E. 1.3), zweifelhaft erscheint, ob mit der vorliegenden Verfügung eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR

173.110) aufgeworfen wird. Es ist auch zu beachten, dass gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG die Beschwerde gegen einen Entscheid innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen ist. Diese Regelung ist für das Vergaberecht insofern kurios, als die Anfechtungsfrist für Zwischenentscheide vor Bundesgericht länger ist als die für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht geltende 20-tägige Frist gemäss Art. 30 BoeB (dazu de lege ferenda kritisch MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich et al. 2008, S. 405 ff., insb. S. 427). Demnach ist den Beschwerdeführerinnen bis zum 6. Februar 2009 Gelegenheit zu geben, sich mit Anträgen auf sofortige Anordnung betreffend die Sistierung des vorliegenden Verfahrens im Sinne von Art. 104 BGG an das Bundesgericht zu wenden. Solange ist die Eröffnung des Endentscheids aufzuschieben (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung vom 18. November 2008, E. 3.5). Gelangen die Beschwerdeführerinnen innert dieser Frist nicht (mit entsprechender Anzeige an das Bundesverwaltungsgericht, vorab per Fax) an das Bundesgericht, steht der Eröffnung des Endentscheids nichts mehr entgegen.

4.

Die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung sind mit dem Endentscheid zu verlegen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 13. Januar 2009 wird, soweit es nicht bereits mit Verfügung vom 20. Januar 2009 beurteilt worden ist, abgewiesen.

2.

Die Eröffnung des Endentscheids wird bis zum 6. Februar 2009 aufgeschoben.

3.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1-11 (Rechtsvertreter; Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)
- die Beschwerdeführerinnen 12-18 (Rechtsvertreter; Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)
- das Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung; Ref. 2C-19/2009; zur Kenntnis, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 BGG) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 30. Januar 2009