



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-729/2019
sce/grb/fao

Zwischenentscheid vom 26. Februar 2019

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Christian Winiger, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "(18066) 704 IT-Dienstleistungen auf
Auftraggeberseite der ALV",
Los-Nr. 2: Projekt-/Teilprojektleitung,
SIMAP-Meldungsnummer 1056889;
SIMAP-Projekt-ID 173103,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest und zieht in Erwägung,

dass das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (im Folgenden: Vergabestelle) für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Bedarfsstelle) am 21. Januar 2019 das Los Nr. 2: Projekt-/Teilprojektleitung des Projekts "(18066) 704 - IT-Dienstleistungen auf Auftraggeberseite der ALV" der A._____ AG, der B._____ AG, der C._____ AG sowie der D._____ GmbH erteilt hat,

dass die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen die auf der Internetplattform SIMAP am 25. Januar 2019 publizierte Zuschlagsverfügung der Vergabestelle (Meldungsnummer 1056889; Projekt-ID 173103) mit Eingabe vom 10. Februar 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhebt, und sinngemäss beantragt, der Zuschlagsentscheid sei aufzuheben und das Vergabeverfahren sei zu wiederholen, sowie in prozessualer Hinsicht darum ersucht, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, es sei ihr Einsicht in sämtliche Unterlagen (Evaluationsbericht etc.) zu gewähren,

dass die Beschwerdeführerin unter anderem auch beantragt, es seien sämtliche Gerichtspersonen aus sämtlichen Verfahren mit ihr aus den in den Ausstandsverfahren genannten Gründen wegen Befangenheit vom Verfahren auszuschliessen,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 12. Februar 2019 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung derzeit abgewiesen hat mit der Begründung, dass sich aus der Beschwerde weder Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Beschwerdeführerin selbst überhaupt ein Angebot eingereicht habe, noch irgendwelche Gründe geltend gemacht worden seien, die zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens führen müssten, weshalb zur Zeit nicht ersichtlich sei, inwiefern die Beschwerdelegitimation gegeben sein könnte, womit auch die Hauptsachenprognose derzeit eindeutig zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausfalle,

dass die Instruktionsrichterin es der Beschwerdeführerin freigestellt hat, ihre Beschwerdebegründung zu ergänzen, sowie, dass sie die Beschwerdeführerin aufgefordert hat, einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Februar 2019 um Aufhebung der Verfügung vom 12. Februar 2019 und um eine neue Behandlung ihres Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht,

dass die Beschwerdeführerin weiter eine Reduktion des Kostenvorschusses "auf Werte, die nicht einen Racheakt vermuten" liessen, beantragt,

dass prima facie davon auszugehen ist, dass das in Frage stehende Beschaffungsobjekt und damit die diesbezügliche Ausschreibung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fallen (Art. 2 Abs. 1 und Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB, Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB sowie Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB), so dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht auch für die Beurteilung von Fragen formeller Natur, die sich im Rahmen des Hauptverfahrens ergeben, zuständig ist, so auch für den Entscheid über ein Ausstandsbegehren (BVGE 2007/4 E. 1.1),

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 14. Februar 2019 erneut um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht,

dass sie indessen weder eine wesentliche Änderung der Umstände geltend macht noch neue, erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, von denen sie behauptet, sie hätte sie vor dem Erlass der Zwischenverfügung vom 12. Februar 2019 nicht geltend machen können,

dass sie lediglich behauptet, die Zwischenverfügung vom 12. Februar 2019 sei rechtsfehlerhaft, weil die Instruktionsrichterin ohne Kenntnis der Vorakten bereits entschieden habe,

dass die Beschwerdeführerin bei dieser Argumentation offensichtlich übersieht, dass ihr – insbesondere auch in Bezug auf die ihre Beschwerdelegitimation begründenden Tatsachen – die Behauptungs- und Substantiierungslast obliegt,

dass daher, wenn ein Beschwerdeführer nicht hinreichend darlegt, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist, und dies auch nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts ist, anhand der Akten oder weiterer, noch beizuziehender Unterlagen nach Umständen zu forschen, welche eine Beschwerdelegitimation allenfalls begründen

könnten (BGE 133 II 249 E. 1.1; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 48 N. 2),

dass die Rüge, die Zwischenverfügung vom 12. Februar 2019 sei rechtsfehlerhaft, weil die Hauptsachenprognose ohne Kenntnis der Vorakten erfolgt sei, daher offensichtlich unbegründet ist,

dass die Beschwerdeführerin auch in ihrer Eingabe vom 14. Februar 2019 nicht darlegt, inwiefern sie zur Beschwerde legitimiert sein sollte,

dass daher auch dem erneuten Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht stattzugeben ist,

dass die Beschwerdeführerin im Weiteren beantragt, es seien sämtliche Gerichtspersonen aus sämtlichen Verfahren mit ihr und "aus den in den Ausstandsverfahren bereits genannten Gründen wegen Befangenheit vom Verfahren auszuschliessen",

dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) sinngemäss gelten (Art. 38 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass eine Partei, die den Ausstand einer Gerichtsperson verlangen will, dem Gericht ein schriftliches Begehren einzureichen hat, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat, und die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen hat (Art. 36 Abs. 1 BGG),

dass die massgeblichen Bestimmungen vorsehen, dass der Entscheid in Ausstandsverfahren unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson getroffen wird, sofern diese den Ausstandsgrund bestreitet (Art. 37 Abs. 1 BGG),

dass indessen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Falle eines missbräuchlichen oder untauglichen Ausstandsgesuchs der Spruchkörper unter Beteiligung der abgelehnten Richter beziehungsweise der insgesamt abgelehnte Spruchkörper selbst über das Ausstandsgesuch befinden kann, auch wenn gemäss anwendbarem Verfahrensrecht eine andere Instanz dafür zuständig wäre (BGE 114 Ia 278 E. 1; Verfügung des BGer im Verfahren 2C_197/2018 vom 25. Juli 2018 E. 2.1),

dass die Mitwirkung in einem früheren Verfahren für sich allein keinen Ausstandsgrund bildet (Art. 34 Abs. 2 BGG; BGE 142 III 732 E. 4.2.2),

dass ein Ausstandsbegehren, das einzig damit begründet wird, die abgelehnten Gerichtspersonen hätten in früheren Verfahren (bzw. in einem früheren Verfahrensstadium) an einem Entscheid mitgewirkt, der für die das Ausstandsbegehren stellende Partei negativ ausfiel, nach ständiger Rechtsprechung unzulässig beziehungsweise untauglich ist (Urteil des BGer 4F_11/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 1),

dass die Beschwerdeführerin, wie darlegt, sich lediglich auf die von ihr bereits in früheren Ausstandsgesuchen angeführten Argumente beruft,

dass sie in jenen Gesuchen den Ausstand von verschiedenen Richtern und Gerichtsschreibern, darunter auch von Richterin Eva Schneeberger, Richter Pascal Richard und Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann, beantragt hat, mit der sinngemässen Begründung, die abgelehnten Gerichtspersonen hätten in früheren Verfahren beziehungsweise Verfahrensstadien mitgewirkt und dabei nicht entsprechend den Begehren und der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin entschieden,

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Ausstandsgesuche als offensichtlich unbegründet beurteilt hat (Entscheide B-1493/2018, B-1369/2018 und B-1202/2018 vom 15. März 2018, B-4237/2018, B-3432/2018, B-4111/2018 vom 9. August 2018, B-4604/2018 vom 21. August 2018 und B-5681/2018 vom 5. Oktober 2018),

dass die Beschwerdeführerin im vorliegend zu beurteilenden Ausstandsgesuch keine weiteren Gründe für eine allfällige Befangenheit der in Frage stehenden Gerichtspersonen vorbringt, und auch die – teilweise beleidigende – Kritik der Beschwerdeführerin an der Instruktionsrichterin weder in einem ersichtlichen Zusammenhang mit einem möglichen Ausstandsgrund steht noch substantiiert ist,

dass daher auch das vorliegende Ausstandsgesuch als offensichtlich untauglich beziehungsweise missbräuchlich einzustufen ist, weshalb der vorliegende Zwischenentscheid unter Beteiligung auch der abgelehnten Richter ergeht und das Ausstandsgesuch abzuweisen ist,

dass die Beschwerdeführerin auch die Höhe des von der Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 12. Februar 2019 festgesetzten Kostenvorschusses kritisiert,

dass der Instruktionsrichter vom Beschwerdeführer einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten erhebt (Art. 63 Abs. 4 VwVG),

dass die Spruchgebühr sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien richtet und in Streitigkeiten ohne Vermögensinteressen 100-5'000 Franken und in den übrigen Streitigkeiten 100-50'000 Franken beträgt (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG),

dass Submissionsbeschwerden Streitigkeiten mit Vermögensinteresse im Sinne von Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sind und für sie der in Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG gesetzte Kostenrahmen gilt, und hierbei nicht der Auftragswert als Streitwert zugrunde zu legen ist, sondern in der Regel vom Interessewert der beschwerdeführenden Partei ausgegangen wird (ANDRÉ MOSER/PETER GALLI/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1431 m.H.),

dass in Beschwerdeverfahren gegen einen Zuschlag in ständiger Praxis davon ausgegangen wird, dass der Streitwert rund 10% des Auftragsvolumens beträgt,

dass gemäss Ziffer 3.2 der SIMAP-Publikation des Zuschlags der Auftragswert 14,5 Mio. Fr. beträgt, woraus sich ein Streitwert von 1,45 Mio. Fr. ergibt,

dass bei einem Streitwert von 1 Mio. bis 5 Mio. Fr. die Gerichtsgebühr auf einen Betrag zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– festzusetzen ist (Art. 4 VGKE),

dass die verfügte Gebühr von Fr. 10'000.– demnach dem in diesen Bestimmungen vorgesehenen Ansatz entspricht und nicht zu beanstanden ist,

dass über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Aufhebung der Verfügung vom 12. Februar 2019 und Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin wird abgewiesen.

3.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Reduktion des Kostenvorschusses wird abgewiesen.

4.

Die Frist für die Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 10'000.– wird bis zum 15. März 2019 verlängert.

Der Kostenvorschuss ist bis zu diesem Datum zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist bezahlt, wird auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht eingetreten. Die Frist gilt als gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.

5.

Eine Kopie der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2019 geht zur Kenntnis an die Vergabestelle.

6.

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden werden.

7.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vergabestelle (Einschreiben; Beilage: gemäss Ziff. 5)

Die vorsitzende Richterin:

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 er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 27. Februar 2019