



Urteil vom 29. Januar 2015

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus:

1. **A.**_____ **GmbH,**
2. **B.**_____ **AG,**

beide vertreten durch Rechtsanwälte

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna und lic. iur. Philipp do Canto,
Bellerivestrasse 241, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Rechsteiner,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Vergabestelle,

und

ARGE C._____, bestehend aus:

1. **E.**_____ **AG,**
2. **I.**_____ **AG,**
3. **K.**_____ **/T.**_____ **/U.**_____, bestehend aus:
 - 3.1 **K.**_____ **S.p.A.,**
 - 3.2 **T.**_____ **AG,**

3.3 U. _____ S.p.A.,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Galli,
Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Regelung der Kosten- und Entschädigungsfrage nach Rück-
weisung durch das Bundesgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) am 15. August 2013 der ARGE C._____, bestehend aus E._____AG, I._____AG und K._____/T._____/U._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen), den Zuschlag für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Teilabschnitt Bahntechnik CBT, Bereich Bahntechnik und Gesamtkoordination, erteilte (SIMAP-Projekt-ID 102827; SIMAP-Meldungsnummer 786683),

dass die Bietergemeinschaft Bahntechnik X._____, bestehend aus A._____ GmbH und B._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), am 2. September 2013 gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und den Zuschlag an sich selbst beantragte,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 die Beschwerde teilweise guthiess, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufhob und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückwies,

dass die Beschwerdegegnerinnen gegen dieses Urteil am 22. April 2014 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einreichten,

dass das Bundesgericht mit Urteil 2C_380/2014 vom 15. September 2014 die Beschwerde gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 aufgehoben und den Vergabeentscheid der Vergabestelle vom 15. August 2013 bestätigt hat,

dass das Bundesgericht die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen hat,

dass die Verfahrenskosten entsprechend dem Ausmass des Obsiegens und Unterliegens der Parteien aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]),

dass dabei der Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht massgebend ist, weshalb in der Hauptsache die Beschwerdegegnerinnen als obsiegend und die Beschwerdeführerinnen als unterliegend anzusehen sind,

dass die Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2013 praxisgemäss gesondert zu verlegen sind, sofern nicht die gleiche Partei in Bezug auf den Zwischenentscheid obsiegt wie in Bezug auf die Hauptsache (vgl. Urteile des BVGer B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 12 und B-1098/2007 vom 18. Januar 2010 E. 11),

dass in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2013 die Beschwerdeführerinnen als obsiegend anzusehen sind, da ihrem Antrag gemäss der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde,

dass für die anteilmässige Ausscheidung des auf den Zwischenentscheid entfallenden Kostenanteils zu berücksichtigen ist, dass aufgrund der Hauptsachenprognose bereits beim Erlass des Zwischenentscheids ein Teil des für den Hauptentscheid erforderlichen Arbeitsaufwands erbracht wurde,

dass die relevanten Verfahrenskosten daher ermessensweise zu einem Fünftel auf den Zwischenentscheid und vier Fünfteln auf den Hauptentscheid aufzuteilen sind,

dass derselbe Schlüssel auf die Parteikostenregelung anzuwenden ist,

dass die obsiegende Partei Anspruch hat auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), 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 der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerinnen Honorarnoten für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht von insgesamt CHF 145'184.35 inkl. Mehrwertsteuer eingereicht hat,

dass die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen Honorarnoten zur Begründung einer Parteikostenforderung von CHF 57'342.– eingereicht haben,

dass die Zusammenfassung dieser Honorarnoten mit Verfügung vom 11. März 2014 der jeweiligen Gegenpartei zur freigestellten Stellungnahme zugestellt worden ist,

dass die Beschwerdegegnerinnen sich nicht zur Honorarnote der Beschwerdeführerinnen geäußert haben,

dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 14. März 2014 den Aufwand des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerinnen als unverhältnismässig hoch kritisiert haben,

dass der durch den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte zeitliche Aufwand von 329.33 Stunden für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Tat als offensichtlich übertrieben erscheint, auch unter Berücksichtigung der rechtlichen und sachverhätlichen Schwierigkeiten des vorliegenden Falles,

dass ein Vergleich mit dem Zeitaufwand der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen von 132.45 Stunden zwar nur bedingt zulässig ist, da die Beschwerdeführerinnen aufgrund des Parallelverfahrens von erheblichen Synergieeffekten profitieren konnten, dass indessen ein Stunden-aufwand in zweieinhalbfacher Höhe des beschwerdeführerischen Aufwands offensichtlich unverhältnismässig ist,

dass indessen auch der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdegegnerinnen im Parallelverfahren B-4902/2013 lediglich 157 Stunden betrug,

dass sich Anhaltspunkte für einen unnötig hohen Aufwand beispielsweise auch daraus ergeben, dass die Duplik der Beschwerdegegnerinnen doppelt so umfangreich ausgefallen ist wie die Replik und dass die Beschwerdegegnerinnen am 11. März 2014 unaufgefordert eine weitere Stellungnahme eingereicht haben,

dass sich aus den Details der Honorarnoten des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerinnen weiter ergibt, dass ein Teil seines Aufwands nicht durch die rechtlichen und sachverhätlichen Schwierigkeiten des Falles oder das prozessuale Verhalten der Gegenpartei, sondern durch Gründe verursacht worden sind, die seine eigene Klientschaft zu vertreten hat,

dass sich den Details der Honorarnoten weiter entnehmen lässt, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerinnen verschiedentlich nicht anrechenbaren reinen Kanzleiaufwand wie Einscannen und Ausdrucken zum Anwaltstarif verrechnet hat,

dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Beschaffungssachen von einem Regelstundenansatz von CHF 350.– auszugehen ist (vgl. Urteil des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3),

dass aufgrund all dieser Überlegungen der anrechenbare Aufwand des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerinnen ermessensweise auf rund 200 Stunden bzw. CHF 80'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu reduzieren ist,

dass entsprechend dem auf die Verfahrenskosten angewandten Verteilungsschlüssel die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Ersatz eines Fünftels und die Beschwerdegegnerinnen Anspruch auf Ersatz von vier Fünfteln ihrer anrechenbaren Parteikosten haben,

dass diese gegenseitigen Parteikostenersatzansprüche teilweise zu verrechnen sind, wobei sie diesbezüglich praxismässig so behandelt werden, als wenn sie gleich hoch wären (vgl. Urteil des BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010 E. 16),

dass die Beschwerdegegnerinnen im Ergebnis daher Anspruch auf Ersatz von drei Fünfteln ihrer ersatzfähigen Parteikosten, ausmachend CHF 48'000.–, haben,

dass die AlpTransit Gotthard AG als dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellte Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 63 Abs. 2 VwVG; vgl. VPB 67.6 E. 4c; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Verfahrenskosten von CHF 50'000.– werden den Beschwerdeführerinnen mit CHF 40'000.– und den Beschwerdegegnerinnen mit CHF 10'000.– auferlegt.

Der Anteil der Beschwerdeführerinnen wird dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 50'000.– entnommen und den Beschwerdeführerinnen werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils CHF 10'000.– zurückerstattet.

Die Beschwerdegegnerinnen haben den Betrag von CHF 10'000.– innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

2.

Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerinnen für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit CHF 48'000.– zu entschädigen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. 2C_380/2014; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. März 2015