

JAAC 63.61

Entscheidung der Eidgenössische Rekurskommission für
das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. März 1999

Marchés publics. Retrait du recours. Dépens.

Une indemnité à titre de dépens peut aussi être octroyée en cas de retrait du recours lorsque le recourant pouvait de bonne foi se croire fondé à poursuivre le procès (consid. 2).

***Öffentliches Beschaffungswesen. Beschwerderückzug.
Parteientschädigung.***

Zusprechung einer Parteientschädigung auch bei Beschwerderückzug, wenn sich der Beschwerdeführer in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen konnte (E. 2).

Acquisti pubblici. Ritiro del ricorso. Spese ripetibili.

Un'indennità per spese ripetibili può essere assegnata anche in caso di ritiro del ricorso se il ricorrente poteva in buona fede credersi autorizzato a proseguire il processo (consid. 2).

Erwägungen:

1. Das Amt für Bundesbauten (AFB; seit 1. Januar 1999 Teil des Bundesamtes für Bauten und Logistik [BBL]), Baukreis 3, schrieb die Arbeiten für die Erweiterung und Sanierung des Eidgenössischen Amtes für Messwesen

(EAM) in Wabern gesamthaft im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 25. April 1997 aus. Es gelangten die Vorschriften für das selektive Verfahren zur Anwendung. Für die Vornahme der speziellen Gipserarbeiten (Baukostenplan [BKP] 271.1; Leichtbautrennwände) wurden 14 Anbieterinnen und Anbieter selektioniert, darunter die Y AG und die X AG. Die Verfügung betreffend Teilnehmerauswahl wurde im SHAB vom 24. März 1998 veröffentlicht. Die X AG reichte ihr Angebot am 20. November 1998 ein. Am 14. Dezember 1998 erteilte das AFB der Firma Y AG den Zuschlag. Dieser Zuschlag wurde im SHAB vom 17. Dezember 1998 publiziert.

Gegen diesen Vergabeentscheid erhebt die X AG, vertreten durch Rechtsanwalt Z., mit Eingabe vom 5. Januar 1999 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Sie beantragt, der angefochtene Vergabeentscheid sei aufzuheben und das AFB anzuweisen, den Zuschlag für die speziellen Gipserarbeiten (BKP 271.1) beim EAM an die Beschwerdeführerin gemäss deren Angebot vom 20. November 1998 zu erteilen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

In seiner Stellungnahme vom 22. Januar 1999 äussert sich das BBL sowohl zum Gesuch um aufschiebende Wirkung wie auch zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin. Es beantragt die Abweisung von Gesuch und Beschwerde. In der Stellungnahme teilt das Bundesamt - unter Beilage des entsprechenden Vertrages - mit, der Vertrag mit der Firma Y AG sei am 14. Dezember 1998 abgeschlossen worden. Der Zuschlag sei an die Firma erfolgt, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe und entspreche somit den Vorgaben von Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1). Die Beschwerde sei unbegründet und es bestehe unter diesen Umständen kein Grund, ihr die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Selbst wenn eine Bestimmung des Gesetzes verletzt worden wäre, könnte der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beigegeben werden, da der Vertrag mit der Firma Y am 14. Dezember 1998 abgeschlossen worden sei und die Arbeiten in Angriff genommen worden seien. Die Rekurskommission müsse sich in diesem Fall - gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB - damit begnügen, die Verletzung von Bundesrecht festzustellen und könne insbesondere den Vertrag nicht für ungültig erklären. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei unter diesen Umständen gegenstandslos geworden. Zudem habe das öffentliche Interesse die Beschwerdeführerin (*recte* wohl das Bundesamt) gezwungen, den Vertrag innert kürzester Zeit nach Vergabe des Auftrages zu unterzeichnen. Nur so sei sichergestellt, dass das Terminprogramm eingehalten werden könne.

Mit Schreiben vom 1. Februar 1999 teilt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin der Rekurskommission mit, er stelle aufgrund der Vernehmlassung des BBL fest, dass dieses den Werkvertrag mit der Y AG bereits am 14. Dezember 1998 abgeschlossen habe und dass die speziellen Gipserarbeiten schon in Angriff genommen worden seien. Der Zuschlag sei übrigens erst drei Tage später, am 17. Dezember 1998, im SHAB bekanntgegeben worden. In Anbetracht dieser Situation mache eine Aufrechterhaltung der Submissionsbeschwerde (zwecks blosser Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit des Zuschlages) keinen Sinn, weshalb er diese zurückziehe. Er erlaube sich immerhin den höflichen Hinweis, dass es im Hinblick auf die Durchsetzung der Submissionsbestimmungen

grundsätzlich unbefriedigend sei, wenn Werkverträge noch vor der Rechtskraft des Vergabeentscheides abgeschlossen würden. Bedauerlich sei auch, dass das Bundesamt nicht von allem Anfang an klar gestellt habe, dass es den Werkvertrag mit der Y AG schon abgeschlossen habe. Wenn die Beschwerdeführerin darum gewusst hätte, hätte sie sich die Beschwerde sicher erspart. In Anbetracht dieser Situation sei davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund des Verhaltens des BBL in guten Treuen zur Beschwerdeerhebung veranlasst gesehen habe. Darum könne ihr in sinngemässer Anwendung von Art. 159 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110) eine Parteientschädigung zugesprochen werden.

Mit Schreiben vom 5. Februar 1999 wies der Präsident der Rekurskommission den Vertreter der Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit hin, eine Kostennote einzureichen, während er dem Bundesamt Gelegenheit gab, sich zum Begehren um Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu äussern. Der Vertreter der Beschwerdeführerin reichte am 8. Februar 1999 seine Kostennote ein, lautend auf total Fr. 1951.-. Das Bundesamt hielt mit Eingabe vom 11. Februar 1999 fest, der Entscheid, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung habe, stehe im Ermessen der Rekurskommission. Es werde aber noch einmal darauf hingewiesen, dass die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte und unter diesen Umständen - wenn überhaupt - nur eine reduzierte Parteientschädigung ausgerichtet werden könne.

2. Der von der Beschwerdeführerin erklärte Rückzug der Beschwerde hat zur Folge, dass das Verfahren vor der Rekurskommission als erledigt abzuschreiben ist, ohne dass die in der Sache ins Recht gelegten Ansprüche und Verpflichtungen weiter zu prüfen wären.

Für das Beschwerdeverfahren sind bei diesem Verfahrensausgang keine Kosten zu erheben (vgl. Art. 4a der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VwKV], SR 172.041.0).

Die in der Vernehmlassung vom 22. Januar 1999 beehrte Zusprechung einer Parteientschädigung an das BBL als verfügende Bundesbehörde kommt von vornherein und ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens nicht in Betracht (Art. 8 Abs. 5 VwKV).

Eine Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin ist nach Art. 64 Abs. 1 des gemäss Art. 71a Abs. 2 auf das Verfahren vor der Rekurskommission grundsätzlich anwendbaren Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) an sich nur bei ganzem oder teilweise Obsiegen zuzusprechen. In Anwendung von Art. 4 VwVG kann indes ergänzend Art. 159 Abs. 3 OG herangezogen werden. Danach können die Kosten verhältnismässig verteilt werden, wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen konnte (vgl. [BGE 112 V 86](#) E. 4).

Die Beschwerdeführerin konnte sich einerseits auf die rechtskräftige und veröffentlichte (vgl. [VPB 61.24](#) S. 261 ff. und [62.79](#) S. 788 ff.) Rechtsprechung der Rekurskommission verlassen, gemäss welcher der Abschluss des Vertrages mit dem Anbieter oder der Anbieterin vor Ablauf der Beschwerdefrist und erst recht vor Eröffnung des Zuschlages grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich

ausserordentlicher Dringlichkeit, unzulässig ist. Andererseits musste sie nicht damit rechnen, dass sich ein Bundesamt über die erwähnte Praxis eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts hinwegsetzt und auf diese Weise das demokratische Prinzip der Gewaltenteilung verletzt. Von einer besonderen Dringlichkeit und einer eigentlichen Zwangslage zur sofortigen Unterzeichnung des Vertrages kann vorliegend nicht die Rede sein. Dies geht bereits daraus hervor, dass im Vertrag vom 14. Dezember 1998 mit der Y AG als Termin für die Ausführung der Gipserarbeiten Mai bis Juni 1999 genannt wird. Nach der postwendenden Publikation des Zuschlages im SHAB vom 17. Dezember 1998 wäre die Rekurskommission in der Lage gewesen, Ende Januar 1999 über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden, so dass es im Falle einer Abweisung des Gesuches zu einer - im Vergleich zur bisherigen Dauer des Verfahrens seit der Ausschreibung im April 1997 - nur sehr unbedeutenden Verzögerung beim Vertragsschluss gekommen wäre. Abgesehen davon darf auf die Dringlichkeit einer Beschaffung in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen (unzureichenden) Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (vgl. [VPB 61.77](#) S. 749; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBL] 99 [1998] S. 539 E. 3a; *Peter Galli*, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen - Die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in: Michel/Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 114). Der Beschwerdeführerin ist demnach beizupflichten, wenn sie geltend macht, sie habe sich aufgrund des Verhaltens des Bundesamtes in guten Treuen zur Erhebung der Beschwerde - samt Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung - veranlasst gesehen. Es ist ihr daher zulasten des BBL eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese wird von der Rekurskommission auf Fr. 1500.- festgesetzt.

JAAC 63.61 - Entscheid der Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. März 1999

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1999
Année	
Anno	
Band	63
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 328

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.