Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-8243/2010

Urteil vom 9. Februar 2011

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Die Schweizerische Post, Services-Immobilien,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt: 45371 - Bern, Umbau/Neubau PostParc, Schadstoffsanierung Schanzenpost.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Schweizerische Post (im Folgenden: Vergabestelle) am 4. November 2010 den Zuschlag im oben erwähnten Verfahren an die Y._____ GmbH erteilte;

dass die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin), eine der Mitbewerberinnen, am 25. November 2010 gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichte, wobei sie sinngemäss in formeller Hinsicht sowohl um Akteneinsicht soweit gesetzlich zulässig und anschliessende Fristansetzung zur Beschwerdeergänzung als auch darum ersuchte, der Beschwerde zunächst superprovisorisch und anschliessend definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen; in materieller Hinsicht beantragte sie sowohl die Aufhebung des Zuschlags (Rechtsbegehren Ziff. 1) als auch die Erteilung desselben an sie sowie eventualiter die Rückweisung mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz bzw. subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung vom 4. November 2010 (Rechtsbegehren Ziff. 2), alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Zuschlagsempfängerin bzw. der Vergabestelle;

dass die Beschwerdeführerin dabei zum einen darauf hinwies, dass die Zuschlagsempfängerin nicht auf der Liste der von der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) anerkannten Asbestsanierungsunternehmen aufgeführt sei und zudem mit einem Nachweis über nur EUR 5'000'000.- den gemäss Ausschreibung als Beilage 4 geforderten Versicherungsnachweis mit Deckungszusage für Personenschäden im Betrag von CHF 10'000'000.- nicht erbracht habe, zum anderen geltend machte, sie figuriere bei der Beurteilungsmatrix zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auf Rang 2, relativ knapp hinter der Zuschlagsempfängerin und deutlich vor der drittrangierten Mitbewerberin;

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 29. November 2010 superprovisorisch anordnete, bis zum Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben;

dass das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle mit Verfügung vom 30. November 2010 Frist bis 14. Dezember 2010 zur Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und bis 5. Januar 2011 zur Einreichung einer Vernehmlassung in der Hauptsache setzte und gleichzeitig der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit einräumte, innerhalb derselben Fristen zum Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. in der Hauptsache Stellung zu nehmen, wobei es die Zuschlagsempfängerin darauf hinwies, dass sie, sofern sie in diesem Verfahren formelle Anträge stelle, als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko;

dass die Vergabestelle mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 darauf hinwies, dass sie den Zuschlag vom 4. November 2010 am 10. Dezember 2010 widerrufen habe, da die Zuschlagsempfängerin effektiv nicht auf der Liste der von der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) anerkannten Astbestsanierungsunternehmen aufgeführt und dieser daher zum jetzigen Zeitpunkt die Eignung abzusprechen sei, weshalb der Zuschlag an einem Mangel leide;

dass die Vergabestelle gleichzeitig beantragte, das Verfahren sei nach der Wiedererwägung und dem Widerruf der Zuschlagsverfügung vom 4. November 2010 auf Grund seiner Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, unter Auferlegung der Abschreibungskosten zulasten der Gerichtskasse;

dass sie dabei auch erwähnte, das Bundesverwaltungsgericht dürfe auf die Beschwerde gar nicht eintreten, da der im Streit liegende Wert des Auftrags "Schadstoffsanierung Schanzenpost" nur rund CHF 1'500'000.− betrage, somit den für Bauaufträge nach Gesetz massgebenden Schwellenwert von CHF 8.7 Mio. nicht erreiche, was selbst dann gelten würde, wenn er als Teil des gesamten Umbau-/Neubauvorhabens PostParc gälte, wäre doch diesfalls die Bagatellklausel zu bejahen, da die hier zur Diskussion stehende Vergabe den Betrag von CHF 2 Mio. nicht erreiche und weniger als 20 % des Gesamtwertes des Bauwerks ausmache;

dass das Bundesverwaltungsgericht dieses Schreiben am 13. Dezember 2010 der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin zur Kenntnis zusandte, wobei es Erstere darum ersuchte, bis zum 17.

Dezember 2010 zu den Anträgen der Vergabestelle sowie zu den Kostenfolgen Stellung zu nehmen und die der Letzeren am 30. November 2010 eingeräumte Frist zur Stellungnahme aussetzte;

dass sich die Beschwerdeführerin innert (gemäss Gesuch vom 16. Dezember 2010 auf den 24. Januar 2011 verlängerter) Frist am 24. Januar 2011 vernehmen liess und dabei das Folgende beantragte:

"1. Das Verfahren sei bezüglich des Rechtsbegehrens 2 fortzusetzen.

2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle (weiterhin) vorab provisorisch zu untersagen, zugunsten einer Drittpartei eine Zuschlagsverfügung zu erlassen und/oder mit einer Drittpartei einen Vertrag über die Schadstoffsanierung Schanzenpost abzuschliessen.

Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Gerichtskasse und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle.";

dass sie ihre Begehren im Wesentlichen damit begründet, dass das Verfahren durch den Widerruf der Zuschlagsverfügung bezüglich des ursprünglichen Rechtsbegehrens 2 nicht gegenstandslos geworden sei; zur Eintretensfrage führt sie aus, die Sanierungsarbeiten stellten kein separates Bauwerk dar; massgebend sei daher der Gesamtwert des Bauwerks Umbau-/Neubau PostParc, den die Vergabestelle mit CHF 190 Mio. beziffert habe; soweit eine Berufung auf die Bagatellklausel im Übrigen überhaupt zulässig gewesen wäre, hätte diese vor der Durchführung des Submissionsverfahrens erfolgen müssen; mit ihrem Vorgehen (Hinweis auf Rechtsmittel auch bereits anlässlich der Ausschreibung) habe die Vergabestelle daher auf die Anwendung der Bagatellklausel verzichtet;

dass die mit "Widerruf/Wiedererwägung Zuschlagsverfügung vom 4. November 2010" betitelte Verfügung der Vergabestelle vom 10. Dezember 2010 unangefochten blieb;

dass das verwaltungsprozessuale Anfechtungsstreitverfahren eine Verfügung als Anfechtungsgegenstand zur Sachurteilsvoraussetzung hat (Art. 1 und 44 VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.6);

dass daher auf die Beschwerde bzw. deren Ergänzung vom 24. Januar 2011 von vornherein insofern nicht einzutreten ist, als die Beschwerdeführerin beantragt, der Vergabestelle sei der Erlass einer Zuschlagsverfügung zugunsten einer Drittpartei zu untersagen, somit vorsorgliche Massnahmen in einem Bereich beantragt, der nicht das hier anhängig gemachte Verfahren beschlägt;

dass ein Beschwerdeverfahren, in dessen Verlauf die angefochtene Verfügung zufolge vorbehaltlosen Widerrufs förmlich dahinfällt, sprichwörtlich gegenstandslos wird (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 326) und grundsätzlich infolge dieser Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist;

dass daher entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 24. Januar 2011 sowohl auf den dieses Verfahren betreffenden Haupt- als auch auf den Eventualantrag der Beschwerde vom 25. November 2010 resp. den diesen bestätigenden Antrag 1 der Eingabe vom 24. Januar 2011 nicht mehr weiter einzugehen und das Beschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit insofern abzuschreiben ist;

dass sich das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen selbst bei einer materiellen Beurteilung der Streitsache zurückhält und daher in der Regel keine direkte Vergabe vornimmt (vgl. Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1; vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 6.2 mit Hinweisen und B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 3 mit Hinweis; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., 1. Bd., Zürich/Basel/Genf 2007, N. 926);

dass auf den Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), wie sie hier die Beschwerdeführerin unter "subeventualiter" wohl sinngemäss beantragt, ein Anspruch besteht, sofern ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, das von den Beschwerdeführenden darzulegen ist (Art. 25 Abs. 2 VwVG), geltend gemacht wird;

dass es die Beschwerdeführerin unterlassen hat, darzulegen, inwiefern – insbesondere, nachdem die angefochtene Verfügung widerrufen wurde – hier ein solches schutzwürdiges Interesse gegeben sein könnte;

dass daher auch auf den eine Feststellungsverfügung betreffenden Antrag nicht eingetreten werden kann;

dass die von der Vergabestelle aufgeworfene Frage, ob die hier angefochtene Vergabe den für ein Beschwerdeverfahren notwendigen Schwellenwert erreicht, unter diesen Umständen offen bleiben kann;

dass gemäss Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei aufzuerlegen sind, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, da sie als unterliegende Partei im Sinne von Art. 63 Abs. 1 VwVG zu betrachten ist;

dass die Vergabestelle, welche vorliegend die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG von Verfahrenskosten befreit ist;

dass die Verfahrenskosten ganz oder teilweise erlassen werden können, wenn ein Rechtsmittel ohne erheblichen Aufwand für das Gericht durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird oder andere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (Art. 6 lit. a und b VGKE);

dass der vollständige Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten namentlich in Betracht zu ziehen ist, wenn die Erledigung der Streitsache vor Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung erfolgt;

dass daher im vorliegenden Fall darauf verzichtet wird, die Beschwerdeführerin – die, soweit auf ihre Anträge nicht eingetreten werden kann, ebenfalls als unterliegend zu betrachten ist – im Rahmen ihres Unterliegens zur Tragung der Verfahrenskosten heranzuziehen;

dass dem Umstand des Unterliegens jedoch im Rahmen der Parteientschädigung Rechnung zu tragen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG);

dass seitens der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht wurde und das Gericht die Entschädigung daher aufgrund der Akten festsetzt (Art. 14 Abs. 2 VGKE);

dass die Entschädigung der Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen ist, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG);

dass es demnach angesichts der eingereichten Rechtsschriften sowie des teilweisen Unterliegens als angemessen erscheint, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin zu Lasten der Vergabestelle eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.− (inkl. MWST) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird, soweit sie nicht infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist, nicht eingetreten.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.− wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.− zu Lasten der Schweizerischen Post zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (vorab per Fax; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. 45371; vorab per Fax; Gerichtsurkunde)
– die Zuschlagsempfängerin (vorab per Fax; auszugsweise)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli Urs Küpfer

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), wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).