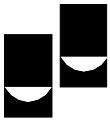
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-7394/2008
{T 0/2}

Abschreibungsentscheid vom 30. Januar 2009

Besetzung

Einzelrichterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

Arbeitsgemeinschaft M._____,
bestehend aus:
1. N._____ AG,
2. O._____ AG,
3. P._____ AG,
4. Q._____ AG,
5. R._____ AG,
6. S._____ AG,
7. T._____ AG,
8. U._____ AG,
alle vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Martin Beyeler,
Schumacher Baur Hürlimann, Rechtsanwälte & Notare,
Postfach 1867, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen (ASTRA),
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,
Vergabestelle,

Gegenstand

Bauauftrag N3/68 Linthebene (Hauptarbeiten).

Sachverhalt:

A.
Das Bundesamt für Strassen (nachfolgend: Vergabestelle) schrieb am 27. Juni 2008 im offenen Verfahren Strassenbau- und Instandsetzungsarbeiten für den Erhaltsabschnitt N3/68 aus (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt SHAB Nr. 123/2008 unter dem Projektitel "N3/68 Linthebenestrasse, Hauptarbeiten [Kantonsgrenze SG/GL-Gäsi, km 153.1-162.7!").

B.
Am 20. Oktober 2008 erteilte die Vergabestelle der Arbeitsgemeinschaft X._____ den Zuschlag für diese Arbeiten und veröffentlichte diesen am 27. Oktober 2008 im SHAB (Nr. 208/2008). Zur Begründung wurde angeführt, "aufgrund der gesamten Bewertung der Zuschlagskriterien" habe das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten.

Die Arbeitsgemeinschaft M._____, bestehend aus der N._____ AG, O._____ AG, der P._____ AG, der Q._____ AG, der R._____ AG, der S._____ AG, der T._____ AG und der U._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), deren Offerte vom 8. September 2008 nicht berücksichtigt worden war, wurde gleichentags schriftlich über den erfolgten Zuschlag informiert.

Auf Ersuchen der Beschwerdeführerinnen hin erläuterte die Vergabestelle ihnen am 11. November 2008 anlässlich einer Besprechung (Debriefing), weshalb ihr Angebot, das als preisgünstigstes beim Zuschlagskriterium "Preis" die Note 6 erhalten hatte, bei den übrigen Zuschlagskriterien "Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung", "Baustellenorganisation", "Zweckmässiger Bauablauf und Baulogistik" sowie "QM-Konzept" nicht mit der Bestnote hatte bewertet werden können. Dabei eröffnete die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen, dass sie ingesamt (...) von 600 möglichen Punkten erhalten hatten und erklärte, wieviele Punkte sie unter den entsprechenden Zuschlagskriterium erhalten hatten; dazu gab sie ihnen ein weitgehend abgedecktes, mit "Gesamtbeurteilung" betiteltes Dokument ab, das die Punkte der beschwerdeführerischen Offerte sowie die möglichen Punktemaxima wiedergab. Zur Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerinnen wurden den Beschwerdeführerinnen gemäss deren unbestritten

gebliebenen Ausführungen in der Beschwerde ebensowenig Angaben gemacht, wie zum Preis der von diesen eingereichten Offerte.

C.
Mit Beschwerde vom 17. November 2008 gelangten die Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Martin Beyeler, ans Bundesverwaltungsgericht und beantragten:

"1. In prozessualer Hinsicht: Es sei der Beschwerdegegnerin superprovisorisch zu verbieten, im Rahmen des rubrizierten Beschaffungsvorhabens einen Vertrag abzuschliessen oder dahingehende Anstalten (insbesondere Anordnung vorbereitender Arbeiten) zu treffen.

2. In prozessualer Hinsicht: Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen; in diesem Zusammenhang sei es der Beschwerdegegnerin insbesondere zu verbieten, im Rahmen des rubrizierten Beschaffungsvorhabens einen Vertrag abzuschliessen oder dahingehende Anstalten (insbesondere Anordnung vorbereitender Arbeiten) zu treffen.

3. In prozessualer Hinsicht: Es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Einsicht in sämtliche Vergabeakten zu gewähren; in diesem Zusammenhang sei den Beschwerdeführerinnen inbesondere Einsicht in alle Akten und weiteren Dokumenten zu gewähren, die Aufschluss über die Bewertung der nichtpreislichen Zuschlagskriterien aller Verfahrensteilnehmer, insbesondere der Beschwerdeführerinnen sowie der Zuschlagsempfängerinnen.

4. In prozessualer Hinsicht: Es sei den Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung die Gelegenheit einzuräumen, zu den diesbezüglichen Argumenten der Beschwerdegegnerin ergänzend Stellung zu nehmen.

5. In prozessualer Hinsicht: Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen; eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen nach gewährter Akteneinsicht Gelegenheit einzuräumen, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Stellung zu nehmen.

6. Es sei die Zuschlagsverfügung vom 27.10.2008 (betreffend das offene Verfahren 'Submission N3/68 Linthebene, Hauptarbeiten') aufzuheben, und es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

7. Eventualiter zu 6: Es sei die Zuschlagsverfügung vom 27.10.2008 (betreffend das offene Verfahren 'Submission N3/68 Linthebene, Hauptarbeiten') aufzuheben, es sei

die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und es sei die Vergabestelle anzuweisen, den Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

8. Subeventualiter zu 6: Es sei die Zuschlagsverfügung vom 27. 10.2008 (betreffend das offene Verfahren 'Submission N3/68 Linthebene Hauptarbeiten') aufzuheben, es sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und es sei die Vergabestelle anzuweisen, die Angebote unter Berücksichtigung der bundesverwaltungsgerichtlichen Vorgaben erneut zu bewerten und dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen.

9. Sub-subeventualiter zu 6: Es sei für den Fall, dass die vorliegende Beschwerde im Urteilszeitpunkt keine aufschiebende Wirkung entfalten oder ihr diese Wirkung entzogen worden sein sollte und zudem die Beschwerdegegnerin hieraufhin den streitigen Beschaffungsvertrag mit der derzeitigen Zuschlagsempfängerin abgeschlossen haben sollte, festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung vom 27.10. 2008 (betreffend das offene Verfahren 'Submission N3/68 Linthebene, Hauptarbeiten') rechtswidrig ist.

10. Im Hinblick auf die Kosten: Es seien keine Verfahrenskosten zu erheben.

11. Im Hinblick auf die Kosten: Es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung in gerichtlich zu bestimmender Höhe zu bezahlen; zu diesem Zweck seien die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Kostenentscheides zur Einreichung ihrer Honorarnote aufzufordern."

Zur Begründung ihrer Anträge halten die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen fest, die Vergabestelle sei weder in der Zuschlagsverfügung noch anlässlich des Debriefings ihrer Begründungspflicht nachgekommen, habe ihre Offerte bei den Zuschlagskriterien "Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung", "Baustellenorganisation", "Zweckmässiger Bauablauf und Baulogistik" sowie "QM-Konzept" unterbewertet und beim Kriterium "Preis" eine zu flache Preiskurve gewählt. Zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die aufschiebende Wirkung sei mangels Dringlichkeit des Verfahrens zu erteilen und insbesondere, weil das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts sowie das Erfordernis des sparsamen und effizienten Einsatzes öffentlicher Mitteln dafür sprächen.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2008 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen. Die Beschwerde wurde der Vergabestelle und den Zuschlagsempfängerinnen zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Zwischenverfügung desselben Datums erteilte das Bundesverwaltungsgericht einer weiteren gegen denselben Zuschlag gerichteten Beschwerde, welche die Mitglieder einer anderen Arbeitsgemeinschaft eingereicht hatten, deren Angebot vom Verfahren ausgeschlossen worden war, superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. Das entsprechende Verfahren (B-7393/2008) wurde am 28. Januar 2009 infolge Beschwerderückzugs als gegenstandslos geworden abgeschrieben, nachdem das Bundesverwaltungsgericht es mit Zwischenverfügung vom 14. Januar 2009 abgelehnt hatte, die ersuchte aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E.
Während die Zuschlagsempfängerinnen keine Stellungnahme einreichten, beantragte die Vergabestelle am 5. Dezember 2008, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und es sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug über das Gesuch zu entscheiden. Zur Begründung wies die Vergabestelle einzig auf die ihrer Ansicht nach bestehende Dringlichkeit des Verfahrens hin, zu deren Untermauerung sie verschiedene Unterlagen ins Recht legte.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2008 gewährte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen Einsicht in verschiedene, die Bewertung betreffende Unterlagen der Vergabestelle. Am 12. bzw. 16. Dezember 2008 stimmten die Vergabestelle wie auch die Zuschlagsempfängerinnen einer Einsichtnahme in weitere Unterlagen zu.

Diese wurden den Beschwerdeführerinnen am 23. Dezember 2008 zugestellt; gleichzeitig wurde ihnen bis zum 8. Januar 2009 Frist gesetzt,

sich insbesondere zu diesen die Bewertung der Zuschlagskriterien betreffenden Aktenstücke zu äussern.

G.
Mit Eingabe vom 8. Januar 2009 nahmen die Beschwerdeführerinnen dazu Stellung und hielten an sämtlichen mit Beschwerde vom 17. November 2008 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich fest, soweit diese vom Bundesverwaltungsgericht noch nicht behandelt worden waren.

Am 12. Januar 2009 setzte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle Frist, sich gegebenenfalls bis zum 16. Januar 2009 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zu äussern.

Mit Eingabe vom 15. Januar 2009 nahm die Vergabestelle kurz zu den vorgebrachten materiellen Vorbringen Stellung, hielt an ihren Anträgen fest und wies im Übrigen wiederum ausdrücklich auf die Dringlichkeit des Verfahrens hin.

H.
Mit Schreiben vom 29. Januar 2009 zogen die Beschwerdeführerinnen ihre Beschwerde zurück mit dem Antrag, das Beschwerdeverfahren B-7394/2008 sei vom Protokoll abzuschreiben "unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin".

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Angesichts des Beschwerderückzugs, welcher der Vergabestelle zur Kenntnis zu bringen ist, muss das vorliegende Beschwerdeverfahren im einzelrichterlichen Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend einräumen (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Gleichzeitig sind die gesetzlichen Kostenfolgen zu bestimmen:

1.1 Diesbezüglich sind die Beschwerdeführerinnen jedoch der Ansicht, die Prozesskosten (bestehend aus Verfahrenskosten und einer Parteientschädigung) müssten hier zu Lasten der Vergabestelle verlegt werden. Zur Begründung weisen sie auf die aus ihrer Sicht mangelhafte Debriefing-Sitzung hin und machen geltend, dass sie als unberück-

sichtigt gebliebene Anbieterinnen im Zeitpunkt des Ablaufs der Beschwerdefrist nicht über alle erforderlichen Informationen verfügt hätten, um den Zuschlagsentscheid auf seine Begründetheit hin überprüfen zu können.

1.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen liegen hier keine Umstände vor, welche eine Kostenverlegung zu Lasten der Vergabestelle erlauben:

1.2.1 Die Verfahrenskosten hat grundsätzlich derjenige zu tragen, der ein Verfahren durch Beschwerderückzug gegenstandslos werden lässt, zumal er dann als unterliegende Partei zu betrachten ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 5 und Art. 15 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 63 N 17).

Besondere Gründe oder Umstände, welche hier eine Auferlegung von Verfahrenskosten als grundsätzlich unverhältnismässig erscheinen lassen, liegen nicht vor. Weder die gerügte, angeblich mangelhafte Debriefing-Sitzung (– was hier offen gelassen werden kann –) noch der freilich nicht zu leugnende Umstand, dass im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung nicht genügend Informationen verfügbar waren, um die Begründetheit des Zuschlages seriös beurteilen zu können, vermögen hier einen vollständigen Wegfall der Verfahrenskosten zu rechtfertigen.

Vielmehr haben die Beschwerdeführerinnen den für das Bundesverwaltungsgericht erwachsenen Instruktionsaufwand im Rahmen der VGKE angemessen zu entschädigen. Ins Gewicht fällt, dass die Beschwerdeführerinnen noch nach durchgeführtem zweiten Schriftenwechsel (zur Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung) an ihren Anträgen festhielten und damit das Bundesverwaltungsgericht veranlassten, erhebliche Aufwendungen zur Erarbeitung eines bereits ausgereiften Entwurfs des Zwischenentscheides (zur Frage der aufschiebenden Wirkung) zu treffen. Demnach haben die Beschwerdeführerinnen einen – immerhin reduzierten – Verfahrenskostenanteil von Fr. 7'000.- zu tragen (= 1/5 des geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 35'000.-). Somit ist ihnen nach Verrechnung mit diesem Kostenvor-

schuss ein Überschuss von Fr. 28'000.- aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

1.2.2 Die Zusprechung einer Parteientschädigung setzt voraus, dass die Partei ganz oder teilweise obsiegt hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG; vgl. dazu: MAILLARD, a.a.O., Art. 64 N 16). Da die Beschwerdeführerinnen bei diesem Verfahrensausgang nicht obsiegen, kommt eine Parteientschädigung nicht in Frage. Dasselbe gilt auch für die Zuschlagsempfängerinnen, welche auf eine Verfahrensbeteiligung verzichtet haben, bzw. für die Vergabestelle, welche prinzipiell keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

1.3 Bei dieser Verfahrenserledigung fällt die am 20. November 2008 superprovisorisch verfügte aufschiebende Wirkung der Beschwerde ohne weiteres dahin.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 29. Januar 2009 geht zur Kenntnis an die Vergabestelle.

2.
Das Beschwerdeverfahren B-7394/2008 wird infolge Rückzugs der Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben.

3.
Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 7'000.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 35'000.- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 28'000.- wird ihnen aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieser Abschreibungsentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 208; Gerichtsurkunde; vorab per Fax; Beilage gemäss Ziffer 1)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben; [auszugsweise]; vorab per Fax)

Die Einzelrichterin: Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit nicht eine Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) vorliegt - innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerinnen in Händen halten, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 30. Januar 2009