



Abteilung II
B-3181/2019

Urteil vom 4. Juli 2019

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "ETH Zürich, Neubau Rechenzentrum,
Ausschreibung von Generalplanerleistungen",
SIMAP-Meldungsnummer 1079405,
SIMAP-Projekt-ID 180488.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (im Folgenden: Vergabestelle) am 19. Dezember 2018 auf der Internetplattform SIMAP den Dienstleistungsauftrag "ETH Zürich, Neubau Rechenzentrum, Ausschreibung von Generalplanerleistungen" ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 1052427; Projekt-ID 180488),

dass die Vergabestelle am 24. Mai 2019 den Zuschlag der B._____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt hat,

dass die Vergabestelle der A._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Schreiben vom 29. Mai 2019 mitgeteilt hat, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können, und darauf hingewiesen hat, dass die Publikation des Zuschlags mit Datum vom 31. Mai 2019 auf SIMAP erfolge,

dass die Vergabestelle die Zuschlagsverfügung am 31. Mai 2019 auf SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 1079405),

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. Juni 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben und beantragt hat, es sei der Vergabeentscheid vom 24. Mai 2019 aufzuheben, es sei der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter sei die Sache an die Auftraggeberin mit der verbindlichen Anordnung zurückzuweisen, das Zuschlagskriterium Qualität mit der korrekten Punktezahl zu bewerten und das Zuschlagskriterium Erfüllungsgrad nicht zu berücksichtigen,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht beantragt hat, es sei der Beschwerde zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die sie betreffenden Akten zu gewähren,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 24. Juni 2019 angeordnet hat, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten,

dass sie der Beschwerdeführerin gleichzeitig Gelegenheit eingeräumt hat, ihre Beschwerde in Bezug auf die Frage der Rechtzeitigkeit zu ergänzen,

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 26. Juni 2019 beantragt, auf die verspätet eingereichte Beschwerde sei nicht einzutreten,

dass die Beschwerdeführerin am 1. Juli 2019 den Kostenvorschuss bezahlt hat,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. Juli 2019 ihre Beschwerde zur Frage der Rechtzeitigkeit ergänzt und ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist stellt,

dass das in Frage stehende Beschaffungsobjekt und daher die diesbezügliche Zuschlagsverfügung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fallen (Art. 2 Abs. 1 Bst. c 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 und Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 23. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (Art. 32 f. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) richtet, soweit das BöB und das VGG nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG),

dass Beschwerden innerhalb von 20 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung eingereicht werden müssen (Art. 30 BöB),

dass schriftliche Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist der Behörde einzureichen oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung zu übergeben sind (Art. 21 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeführerin geltend macht, die "Vergabemitteilung" der Vergabestelle sei bei ihr zwar am 31. Mai 2019 eingetroffen, doch da es sich dabei um Freitag nach Auffahrt gehandelt habe, habe der Fristenlauf erst am 3. Juni 2019 begonnen,

dass die für den Fristenlauf massgebliche Eröffnung der im vorliegenden Fall angefochtenen Zuschlagsverfügung nicht durch die an die Beschwerdeführerin versandte Mitteilung vom 29. Mai 2019, sondern durch die SIMAP-Publikation vom 31. Mai 2019 erfolgt ist, worauf in der Mitteilung auch ausdrücklich hingewiesen wurde,

dass eine Rechtsmittelfrist eine Frist ist, welche der Mitteilung an die Parteien bedarf und sich nach Tagen berechnet, weshalb sie an dem auf die Mitteilung folgenden Tag zu laufen beginnt (Art. 20 Abs. 1 VwVG),

dass die Frage, ob dieser erste Tag der Frist ein Werktag oder ein Samstag, Sonntag oder anerkannter Feiertag ist, für die Fristberechnung nicht relevant ist (Art. 20 Abs. 3 VwVG e contrario; BGE 127 I 31 E. 2.b; PATRICIA EGLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 20 N. 9, m.H.),

dass die Rechtsmittelfrist demnach am 1. Juni 2019 zu laufen begann,

dass bei einer 20-tägigen Rechtsmittelfrist der letzte Tag daher auf den 20. Juni 2019 fiel,

dass der 20. Juni 2019 weder ein Samstag oder Sonntag noch ein am Sitz der Beschwerdeführerin (Kanton Zürich) gesetzlich anerkannter Feiertag ist,

dass unbestritten und belegt ist, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde erst am 21. Juni 2019 bei der Post aufgegeben hat, weshalb die Beschwerde verspätet ist,

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeergänzung vom 2. Juli 2019 auch einen Antrag auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist stellt,

dass es sich bei der Rechtsmittelfrist von 20 Tagen um eine gesetzliche Frist handelt, welche nicht erstreckbar ist (Art. 22 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 30 BöB), dass indessen eine nicht eingehaltene Frist wiederhergestellt wird, wenn der Gesuchsteller unverschuldeterweise abgehalten wurde, binnen Frist zu handeln, sofern er unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt (Art. 24 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeführerin geltend macht, dass sie ohne eigenes Verschulden nicht vor dem 20. Juni 2019 über die Erwägungen der Vergabestelle in Kenntnis gesetzt worden und daher nicht in der Lage gewesen sei, innert Frist Beschwerde zu ergreifen,

dass die Beschwerdeführerin darlegt, sie habe unmittelbar auf die ihr am 3. Juni 2019 zur Kenntnis gebrachte Vergabemitteilung gleichentags reagiert und der Vergabestelle verschiedene Fragen zum Vergabeentscheid gestellt, indessen seien die Antworten der Vergabestelle trotz Nachfragen erst am Abend des 20. Juni 2019 erfolgt,

dass die Beschwerdeführerin weiter ausführt, sie habe den Eindruck, die Vergabestelle sei dem Auskunftsbegehren nicht fristgerecht nachgekommen, um ein Beschwerdeverfahren zu verunmöglichen oder zu erschweren, was den Schutz des Vertrauens in behördliches Verhalten und (fristgerechte) behördliche Auskünfte grob verletze,

dass für die Behandlung eines Gesuchs um Fristwiederherstellung jene Behörde zuständig ist, die bei der Gewährung der Wiederherstellung der Frist über die nachgeholte Parteihandlung zu entscheiden hat (Urteil des BGer 1C_491/2008 vom 10. März 2009 E. 1.2 m.H.),

dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund seiner Zuständigkeit für das Hauptverfahren über die Einhaltung der Rechtsmittelfrist zu befinden hat und damit auch für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs um Fristwiederherstellung zuständig ist,

dass die Wiederherstellung nur bei klarer Schuldlosigkeit zu gewähren ist und dabei objektive Unmöglichkeit, wie beispielsweise Naturkatastrophen, Militärdienst oder schwerwiegende Erkrankung, in Frage kommt oder subjektive Unmöglichkeit, wenn zwar die Vornahme einer Handlung objektiv betrachtet möglich gewesen wäre, die betroffene Person aber durch besondere Umstände, die sie nicht zu vertreten hat, am Handeln gehindert worden ist, wobei insbesondere unverschuldete Irrtumsfälle in Betracht kommen (Urteile des BGer 2C_1096/2013 vom 19. Juli 2014 E. 4.1 m.H. und 2C_699/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 3.1 f.),

dass nach Art. 24 Abs. 1 VwVG jedes Verschulden und damit auch leichte Fahrlässigkeit genügt, um die Fristwiederherstellung zu verweigern, wobei ein Hinderungsgrund im Interesse der Rechtssicherheit und eines geordneten Verfahrens nicht leichthin angenommen werden darf (Urteil des

BVGer A-7284/2008 vom 20. November 2008 E. 2), weshalb die Rechtsprechung zur Wiederherstellung der Frist sehr restriktiv ist (vgl. Urteil des BGer 2C_703/2009 und 2C_22/2010 vom 21. September 2010 E. 3.3),

dass die Beschwerdeführerin die Vergabestelle mit E-Mail vom 3. Juni 2019 um die Beantwortung verschiedener Fragen gebeten hat,

dass die Vergabestelle diese Fragen mit E-Mail vom 11. Juni 2019 beantwortet und der Beschwerdeführerin zugleich angeboten hat, ihr die Arbeiten (Auftragsanalyse) nach vorgängiger Absprache vorzustellen,

dass die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 11. Juni 2019 darum ersucht hat, bei der Vorgabestelle vorbeizugehen und hierfür Dienstag, Donnerstag oder Freitag der darauffolgenden Woche, das heisst den 18., 20. oder 21. Juni 2019, angeboten hat,

dass in der Folge die Vergabestelle mit E-Mail vom 14. Juni 2019 den 20. Juni 2019 als Besprechungstermin festgelegt hat,

dass diese Sachverhaltsumstände unbestritten und belegt sind,

dass es demnach geboten und zumutbar gewesen wäre, dass die Beschwerdeführerin die Vergabestelle in ihrer E-Mail vom 11. Juni 2019 darauf hingewiesen hätte, dass sie aufgrund des drohenden Ablaufs der Beschwerdefrist auf einen viel früheren Termin als den 20. Juni 2019 angewiesen gewesen wäre, was sie offensichtlich aber nicht getan hat,

dass die Beschwerdeführerin indessen selbst dann, wenn die Vergabestelle jegliche Begründung während der Beschwerdefrist verweigert hätte, unter geltendem Recht daraus keinen Anspruch auf Fristwiederherstellung ableiten könnte,

dass das Fristwiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin daher abzuweisen ist,

dass daher auf die Beschwerde nicht einzutreten ist,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens die bisher für das Verfahren entstandenen Kosten von Fr. 500.– der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass dem Ausgang entsprechend der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE),

dass auch die Vergabestelle praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Fristwiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin wird abgewiesen.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 180488; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin B. _____ AG (Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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 sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 5. Juli 2019