Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3084/2016
urh/ret

Zwischenverfügung vom 8. Juli 2016

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____ AG,
‚_____‘,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Energie BFE,
3003 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Erhebung Endenergieverbrauch von Industrie und Dienstleistungen der Referenzjahre 2016 - 2020 / SIMAP-Meldungsnummer 912669 (Projekt-ID: 134296),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass das Bundesamt für Energie (BFE; im Folgenden: Vergabestelle) betreffend das Projekt "Erhebung Energieverbrauch von Industrie und Dienstleistungen der Referenzjahre 2016 – 2020" am 18. April 2016 der A._____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag erteilt hat,

dass die Vergabestelle diese Zuschlagsverfügung am 26. April 2016 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 912669) publiziert hat,

dass die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen die Zuschlagsverfügung mit Eingabe vom 13. Mai 2016 (Posteingang: 18. Mai 2016) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben hat,

dass die Beschwerdeführerin im Hauptbegehren namentlich beantragt hat, es sei die Zuschlagsverfügung vom 26. April 2016 aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Eignungskriterien sowie die technischen Spezifikationen zur Ausschreibung erfülle und folglich zum Zuschlagsverfahren zuzulassen sei,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht beantragt hat, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen,

dass der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2016 unter anderen 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 könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten,

dass die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 1. Juni 2016 die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt hat,

dass sie zudem die Vorakten eingereicht und folgenden Eventualantrag gestellt hat:

> „Für den Fall der Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei der Vergabestelle im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten, die bisherige Mandatsinhaberin mit der Erhebung des Energieverbrauchs von Industrie und Dienstleistungen für das Erhebungsjahr 2016 zu betrauen.“

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 8. Juni 2016 die Vernehmlassung und die Vorakten (ohne Geschäftsgeheimnisse) zugestellt worden sind, mit der Möglichkeit zu replizieren,

dass die Beschwerdeführerin in der Replik vom 23. Juni 2016 unter anderem ausgeführt hat, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei für die Vergabestelle nicht mit gravierenden Folgen verbunden,

dass sie zum Eventualantrag geltend gemacht hat, sie habe keine Einwände gegen eine einjährige Mandatserteilung für die Erhebung für das Jahr 2016, falls das Gericht zur Auffassung gelange, die aufschiebende Wirkung habe für die Vergabestelle ohne die einjährige Mandatserteilung gravierende Folgen,

dass die Vergabestelle in ihrer Duplik zur aufschiebenden Wirkung die Dringlichkeit der Vergabe betont hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung entscheidet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu neuerdings PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen),

dass dasselbe konsequenterweise für in ähnlicher Weise präjudizierende Anordnungen betreffend vorsorgliche Massnahmen gelten muss,

dass es indessen sachgerecht erscheint, über kleinere Teilbeschaffungen einzelrichterlich zu entscheiden, was vorliegend auf den Eventualantrag der Vergabestelle, die bisherige Mandatsinhaberin mit der Erhebung des Energieverbrauchs von Industrie und Dienstleistungen für das Erhebungsjahr 2016 zu betrauen, zutrifft, zumal die Beschwerdeführerin keine Einwände gegen diese Massnahme vorgebracht hat,

dass der Instruktionsrichter nach einer summarischen Prüfung der Standpunkte der Parteien die vorliegend zu beurteilende Beschwerde in materieller Hinsicht nicht als eindeutig aussichtsreich bzw. aussichtlos bezeichnen kann, weshalb bei der Frage, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren bzw. dem Antrag auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme,

im Rahmen einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen zu entscheiden ist,

dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3),

dass die Vergabestelle die Dringlichkeit der Vergabe mit dem Hinweis begründet, die Gesamtenergiestatistik müsse jährlich erstellt werden, weshalb Unterbrüche oder mit Schätzungen überbrückte Zeitperioden, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, rechtswidrig wären,

dass auch die Statistikerhebungsverordnung eine jährliche Erhebung bei Unternehmen des zweiten und dritten Sektors vorschreiben würden,

dass es nachvollziehbar erscheint, dass die Erhebungen jährlich erfolgen müssen, um verlässliche Daten zu erlangen,

dass die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen extrapolierten Schätzungen oder das Heranziehen von Vorjahreswerten wenig geeignet erscheinen, um allfällige relevante Änderungen im Vergleich zum Vorjahr festzustellen,

dass ein solches Vorgehen zudem die Qualität der Datengrundlage erheblich beeinträchtigen würde,

dass bei Gutheissung der beantragten provisorischen Massnahme der Rechtsschutz der Beschwerdeführerin nicht übermässig geschmälert würde, zumal damit betreffend die Erhebungsjahre 2017 – 2020 noch nichts entschieden wäre,

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Replik selber ausführt, sie habe grundsätzlich keine Einwände gegen eine einjährige Mandatserteilung für die Erhebungen für das Jahr 2016,

dass in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen somit der Eventualantrag der Vergabestelle, die bisherige Mandatsträgerin mit der Erhebung des Energieverbrauchs des Industrie- und Dienstleistungssektors für das Erhebungsjahr 2016 zu betrauen, gutzuheissen ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht bestrebt sein wird, den materiellen Hauptentscheid im Jahre 2016 zu fällen, ansonsten auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zurückzukommen wäre,

dass die Vergabestelle einzuladen ist, eine Vernehmlassung in der Hauptsache einzureichen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Zustellung der Duplik der Vergabestelle vom 7. Juli 2016 an die Beschwerdeführerin.

2.
Der Vergabestelle wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme erlaubt, die bisherige Mandatsträgerin mit der Erhebung des Energieverbrauchs des Industrie- und Dienstleistungssektors für das Erhebungsjahr 2016 zu betrauen.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung betreffend die Jahre 2017-2020 wird später entschieden, sofern der Entscheid in der Hauptsache nicht vor Ende des Jahres 2016 ergehen kann.

3.
Die Vergabestelle wird eingeladen, bis zum 29. August 2016 eine Vernehmlassung in der Hauptsache einzureichen.

4.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: gem. Ziff. 1)
– die Vergabestelle (Gerichtsurkunde; Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 134296)

Der Instruktionsrichter:

Hans Urech

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]). 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).

Versand: 8. Juli 2016