



Abschreibungsentscheid vom 10. Dezember 2020

Besetzung

Einzelrichterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

ARGE X. _____, bestehend aus:

1. **A.** _____ **AG**,
2. **B.** _____ **AG**,
3. **C.** _____ **AG**,
4. **D.** _____ **AG**,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

BLS Netz AG,
Rechtsdienst,
Genfergasse 11, 3001 Bern,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Stefan Scherler und/oder lic. iur. Gisela Oliver,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG
an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen",
SIMAP-Meldungsnummer 1154351,
SIMAP-Projekt-ID 197516.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die BLS Netz AG (im Folgenden: Vergabestelle) im Beschaffungsverfahren "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" am 18. September 2020 der Z._____ AG (im Folgenden auch: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag erteilt und die Zuschlagsverfügung am 21. September 2020 auf der Internetplattform SIMAP publiziert hat,

dass die ARGE X._____, bestehend aus A._____ AG, B._____ AG, C._____ AG und D._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) gegen die Zuschlagsverfügung vom 21. September 2020 mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben haben,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 21. Oktober 2020 mitgeteilt hat, dass sie am 20. Oktober 2020 den Zuschlag an die Z._____ AG widerrufen habe und beabsichtige, das optimale Vorgehen, insbesondere angesichts der sich stellenden Sicherheits- und Terminfragen, noch einmal zu überprüfen,

dass die Vergabestelle beantragt, das vorliegende Beschwerdeverfahren sei daher als gegenstandslos abzuschreiben, wobei ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien und den Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zuzusprechen sei,

dass die Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 mitgeteilt hat, dass sie auf eine Teilnahme am Verfahren als Beschwerdegegnerin verzichte,

dass die Beschwerdeführerinnen sich mit Stellungnahme vom 3. November 2020 dem Antrag der Vergabestelle auf Abschreibung des Verfahrens nicht widersetzen, aber ausführen, die Verfügung der Vergabestelle vom 21. Oktober 2020 könne erst dann zur Gegenstandslosigkeit führen, wenn sie in Rechtskraft erwachsen sei,

dass die Beschwerdeführerinnen weiter geltend machen, eine Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit wäre gleich zu behandeln wie ein vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien und ihnen für die ihnen entstandenen erheblichen Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten sei,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 4. November 2020 der Vergabestelle die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 3. November 2020 samt Rechnung, aber ohne Rechnungsdetails, zur Kenntnis zugestellt hat,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 12. November 2020 darlegt, der Widerruf der Zuschlagsverfügung sei inzwischen in Rechtskraft erwachsen, und beantragt, das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Erteilung einer Parteikostenentschädigung in der Höhe von Fr. 24'935.25 inkl. MWST sei abzuweisen, da nicht überprüft werden könne, ob es sich beim geltend gemachten Aufwand um einen notwendigen und damit entschädigungsberechtigten Aufwand handle,

dass die Instruktionsrichterin nach Rücksprache mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 16. November 2020 der Vergabestelle die Rechnungsdetails der Honorarnote der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen zur freigestellten Stellungnahme übermittelt hat,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 1. Dezember 2020 beantragt, das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Erteilung einer Parteikostenentschädigung in der Höhe von Fr. 24'935.25 inkl. MWST sei abzuweisen, eventualiter sei eine Parteientschädigung durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen, welche den notwendigen Aufwand in zeitlicher, organisatorischer und sachlicher Hinsicht angemessen berücksichtige,

dass die Vergabestelle zur Begründung ausführt, eine Parteientschädigung, die dem notwendigen Aufwand in zeitlicher, organisatorischer und sachlicher Hinsicht angemessen sei, dürfe keine "doppelten Partnerstunden" enthalten, weshalb die Honorarnote mindestens im Umfang von Fr. 5'420.– oder nach dem Ermessen des Gerichts zu kürzen sei,

dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 8. Dezember 2020 an ihrem Standpunkt festhalten, wonach die Vergabestelle im Falle einer Abschreibung des Verfahrens verpflichtet sei, ihnen eine Parteientschädigung zu bezahlen, und den Einwand der Vergabestelle, ihre Rechtsvertreter hätten unangemessenen Aufwand betrieben, zurückweisen,

dass das in Frage stehende Beschaffungsobjekt und daher auch die diesbezügliche Zuschlagsverfügung vom 21. September 2020 in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fallen (vgl. Art. 2 Abs. 2

und Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11], Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB und Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (vgl. 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 die Vergabestelle bis zu ihrer Vernehmlassung ihren ursprünglichen Entscheid in Wiedererwägung ziehen kann (Art. 58 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeführerinnen dem Antrag der Vergabestelle, das Beschwerdeverfahren sei infolge Wiedererwägung als gegenstandslos abzuschreiben, nicht widersprochen, sondern lediglich eingewendet haben, die Verfügung der Vergabestelle vom 21. Oktober 2020 könne erst dann zur Gegenstandslosigkeit führen, wenn sie in Rechtskraft erwachsen sei,

dass die Beschwerdefrist gegen diese Verfügung in der Zwischenzeit verstrichen ist, ohne dass beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde dagegen eingegangen wäre,

dass das Beschwerdeverfahren daher im einzelrichterlichen Verfahren als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG),

dass die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt werden, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass zur Bestimmung der Partei, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, auf materielle Kriterien abzustellen ist, mithin nach dem materiellen Grund für das formelle Verhalten zu fragen ist und dabei unerheblich ist, wer die formelle Prozesshandlung vornimmt, die zu einer Abschreibung

des Verfahrens führt (Urteil des BGer 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4 m.H.),

dass bei einer gestützt auf Art. 58 VwVG erfolgten Wiedererwägung einer Verfügung die Vorinstanz dann als unterliegend gilt, wenn diese ihren Entscheid bis zur Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht aus besserer eigener Einsicht abgeändert hat (Urteil 2C_564/2013 E. 2.4),

dass die Vergabestelle gemäss ihren Angaben im vorliegenden Fall ihre Zuschlagsverfügung darum in Wiedererwägung gezogen und widerrufen hat, weil sie im Rahmen der im Nachgang zu den Beschwerden vom 7. beziehungsweise 12. Oktober 2020 vorgenommenen erneuten, detaillierten Prüfung der seitens der Anbieterinnen eingereichten Offerten und Nachofferten festgestellt hatte, dass insbesondere der korrekte Umgang mit den während der Analyse und Bewertung der Angebote eruierten Hauptrisiken "knappe Ausführungsdauer" und "Unsicherheiten in Bezug auf den effektiven Zustand des Tunnels" einzelne Fragen aufwerfe,

dass die Vergabestelle demnach als unterliegend anzusehen ist,

dass Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG),

dass die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE), wobei die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei umfasst (Art. 8 VGKE),

dass die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE), was aber nicht heisst, dass diese unbesehen übernommen werden muss,

dass vielmehr nur die insgesamt notwendigen Kosten beziehungsweise der notwendige Zeitaufwand zu ersetzen sind, wobei dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (Urteile des BGer 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 2.2 und E. 6.1; 2C_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.3),

dass Parteikosten dann als notwendig zu betrachten sind, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung

unerlässlich erscheinen, und die Frage, ob dies zutrifft, nach der Prozesslage, wie sie sich dem Betroffenen im Zeitpunkt der Kostenaufwendung darbot, zu beantworten ist (BGE 131 II 200 E. 7.2; Urteil des BVGer A-4556/2011 vom 27. März 2012 E. 2.2.2 m.H.),

dass praxisgemäss ein zusätzlicher Koordinationsaufwand, der durch den Beizug mehrerer Anwälte entstanden ist, als vermeidbar und daher nicht erforderlich eingestuft wird (vgl. Urteil A-4556/2011 E. 2.5; Urteile des BVGer A-7976/2010 vom 20. Oktober 2011 E. 8.2.4.2; A-1682/2010 vom 4. Mai 2011 E. 15.3),

dass in der Lehre die Auffassung vertreten wird, dass, wer mehrere Anwälte mit seiner Vertretung beauftrage, in aller Regel nur die Entschädigung für die Tätigkeit eines Anwaltes beanspruchen könne (ASTRID HIRZEL/PHILIPP WEISSENBERGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 VGKE N. 9),

dass die Beschwerdeführerinnen eine Honorarnote ihrer Rechtsvertreter eingereicht haben, in der ein Aufwand von total 69.75 Stunden für die beiden Rechtsvertreter und zwei ihrer Mitarbeiterinnen zu Stundenansätzen von Fr. 350.– beziehungsweise Fr. 260.– detailliert dargelegt wird,

dass die Beschwerdeführerinnen damit einen Honoraraufwand von insgesamt Fr. 23'152.50 zuzüglich Mehrwertsteuer auf diesem Betrag geltend machen,

dass die Vergabestelle vorliegend bemängelt, an diversen Tagen hätten gleich beide Rechtsvertreter beziehungsweise Partner der von den Beschwerdeführerinnen mandatierten Kanzlei Arbeitsaufwand notiert,

dass ihr insofern zu folgen ist, als insbesondere die Teilnahme beider Rechtsvertreter an der Videokonferenz mit der Klientschaft sowie das Aktenstudium durch beide Rechtsvertreter zusätzlichen Aufwand beinhaltet, der durch den Beizug zweier Anwälte entstanden ist und bei der Vertretung durch nur einen Anwalt nicht entstanden wäre,

dass dagegen rechtliche Abklärungen und die Arbeit an grösseren Rechtschriften durchaus arbeitsteilig erfolgen können, weshalb davon auszugehen ist, dass durch die Verteilung derartiger Aufgaben auf zwei Partner und zwei weitere Juristen zwar Koordinationsaufwand entsteht, dieser sich aber in Grenzen hält,

dass die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Stundenansätze nicht zu beanstanden sind,

dass die geltend gemachte Honorarforderung daher nach richterlichem Ermessen auf Fr. 19'000.– zu reduzieren ist,

dass die Rechtsvertretung zwar mehrwertsteuerpflichtig ist, die Beschwerdeführerinnen selbst aber alle vorsteuerabzugsberechtigt sind, weshalb kein Mehrwertsteuerzuschlag zu berücksichtigen ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. 39'000.– wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

3.

Die Vergabestelle wird verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 19'000.– zu bezahlen.

4.

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 197516; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreterin; Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die Einzelrichterin:

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 14. Dezember 2020