



Urteil vom 15. Juni 2021

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Daniel Eisele und Daniel Antognini,
Beschwerdeführerin,

gegen

armasuisse,
Einkauf und Kooperation, CC WTO,
Guisanplatz 1, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "Ersatz Eingabe-,
Falt- und Stapelmaschine zu Mangel Anlage",
SIMAP-Projekt-ID 218303,
SIMAP-Meldungsnummer 1186829.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) am 5. März 2021 im freihändigen Verfahren den Zuschlag betreffend das Projekt "Ersatz Eingabe-, Falt- und Stapelmaschine zu Mangel Anlage" an die Y. _____ GmbH in Deutschland (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 362'257.05 (inkl. MWST) vergeben und den Zuschlag am 18. März 2021 auf der Internetplattform SIMAP publiziert hat,

dass die X. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) die Vergabestelle mit E-Mails vom 22. März 2021 und 24. März 2021 darum ersucht hat, ihr mitzuteilen, wann und wo das Projekt "Ersatz Eingabe-, Falt- und Stapelmaschine zu Mangel Anlage" ausgeschrieben worden sei,

dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 24. März 2021 mitgeteilt hat, dass die Vergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB freihändig erfolgt sei, da Fremdprodukte mechanisch nicht passen würden und auch EDV-technisch nicht an die Kernmaschine respektive die Gesamtsteuerung der Y. _____ Mangelstrasse angeschlossen werden könnten,

dass die Beschwerdeführerin gegen den Zuschlag vom 5. März 2021 am 7. April 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben und beantragt hat, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und die Angelegenheit sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Weisung, ein offenes oder selektives Vergabeverfahren durchzuführen,

dass die Beschwerdeführerin eventualiter beantragt hat, es sei festzustellen, dass die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletze,

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

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 8. April 2021 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 sich die Zuschlagsempfängerin innert der ihr gesetzten Frist bis zum 26. April 2021 nicht geäußert hat,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 21. Mai 2021 beantragt hat, die Beschwerde sei im Hauptantrag gutzuheissen,

dass sie zur Begründung ausgeführt hat, die Ausnahmebestimmung von Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB sei vorliegend nicht anwendbar, denn in tatsächlicher Hinsicht sei es so, dass in der streitbetroffenen Beschaffung seit geraumer Zeit in der Mangelstrasse Geräte beider Hersteller zum Einsatz gekommen seien,

dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 27. Mai 2021 die Honorarnote eingereicht hat,

dass die Vergabestelle sich innert der ihr gesetzten Frist dazu nicht hat vernehmen lassen,

und zieht in Erwägung,

dass am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft getreten sind,

dass gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden,

dass im freihändigen Verfahren die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung vergibt (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB),

dass mit Bezug auf die Frage, wie bei einem freihändigen Verfahren der Zeitpunkt definiert wird, bei dem das Vergabeverfahren eingeleitet wird, es naheliegt, auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem die Vergabestelle die Anbieterin zur Einreichung einer Offerte aufgefordert hat,

dass vorliegend aus dem von der Vergabestelle eingereichten "Verfahrensentscheid" hervorgeht, dass sich die Vergabestelle am 23. Februar 2021 für eine freihändige Vergabe gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. c BöB entschieden hat (Verfahrensentscheid, Ziff. 2.1 f.),

dass demnach im vorliegenden Fall das revidierte BöB anwendbar ist,

dass gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offensteht (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB) und dies auch für einen Zuschlag im freihändigen Verfahren gilt, soweit geltend gemacht wird, der in Frage stehende Auftrag hätte nicht freihändig vergeben werden dürfen (vgl. BGE 137 II 313 E. 2.3, m.H. "Microsoft"),

dass das BöB anwendbar ist, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist,

dass die Vergabestelle als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB untersteht (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB),

dass Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags die Lieferung von Eingabe-, Falt- und Stapelmaschinen für die Mangelstrasse der Wäscherei im Armeelogistikcenter Thun (Bedarfsstelle) ist,

dass bei der Beschaffung von zivilem Material für Verteidigung und Zivilschutz zu prüfen ist, ob das zu liefernde Gut in der Positivliste des GPA 2012 Annex 4 enthalten ist (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 220; Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 2053, 2106 f.),

dass das BöB in Anhang 2 (Lieferungen) vorsieht, dass als Waren im Staatsvertragsbereich diejenigen Waren gelten, die in der dort folgenden Liste des zivilen Materials für Verteidigung und Sicherheit aufgeführt sind (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 2 Ziff. 1.1),

dass vorliegend unbestritten ist, dass die zu beschaffenden "Eingabe-, Falt- und Stapelmaschinen zur Mangel Anlage" in die Kategorie der elektrischen Maschinen und Apparate gemäss Kapitel 85 der Nomenklatur des internationalen Übereinkommens vom 14. Juni 1983 über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (SR 0.632.11; vgl. BöB Anhang 2, Ziff. 1.2, Nr. 59) fallen, für deren Beschaffung eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden muss,

dass laut der SIMAP-Publikation vom 18. März 2021 der Zuschlag zum Preis von Fr. 362'257.05 (inkl. MWST) erteilt wurde, womit auch der für Lieferungen geltende Schwellenwert von Fr. 230'000.– überschritten ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1),

dass der vorliegend angefochtene Zuschlag daher in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB fällt, 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 den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) richtet, soweit das BöB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 55 BöB),

dass im vorliegenden Verfahren ein gemeinsamer Antrag der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin vorliegt, dem angesichts der Sach- und Rechtslage entsprochen werden kann,

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens als im Wesentlichen obsiegende Partei anzusehen ist,

dass die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG),

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

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen, notwendigen Kosten hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass die Vergabestelle dem Ausgang des Verfahrens entsprechend entschädigungspflichtig wird (Art. 64 Abs. 1 VwVG),

dass eine Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, eine detaillierte Kostennote einzureichen hat, andernfalls die Rechtsmittelinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festsetzt (Art. 14 VGKE),

dass an den Detaillierungsgrad der Kostennote gewisse Anforderungen zu stellen sind, damit überprüft werden kann, ob der geltend gemachte Aufwand vollumfänglich notwendig und damit entschädigungsberechtigt ist, weshalb aus der Kostennote nicht nur ersichtlich sein soll, welche Arbeiten durchgeführt worden sind und wer wie viel Zeit zu welchem Ansatz aufgewendet hat, sondern auch, wie sich der geltend gemachte Aufwand auf die einzelnen Arbeiten verteilt (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler, [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 64 N. 18 S. 930),

dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zwar eine Kostennote eingereicht hat, diese aber nicht in diesem Sinne detailliert ist, indem daraus weder der von ihm verwendete Stundensatz noch die konkrete Anzahl Stunden hervorgeht,

dass darin lediglich ein Betrag von Fr. 11'137.47 inklusive Mehrwertsteuer geltend gemacht wird, aufgeteilt in ein Honorar von Fr. 10'040.– und eine Kleinspesenpauschale von 3%,

dass insofern keine Kostennote im Sinn von Art. 14 VGKE vorliegt, auf die abgestellt werden könnte, weshalb die Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten festzulegen ist,

dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Beschaffungssachen von einem Regelstundensatz von Fr. 350.– auszugehen ist, wobei für besonders komplexe Verfahren der Maximalsatz von Fr. 400.– pro Stunde zur Anwendung gebracht wird (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/17 E. 11.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1450),

dass es sich vorliegend nicht um ein besonders komplexes Verfahren handelt, das einen höheren Stundenansatz rechtfertigen würde,

dass die Parteientschädigung daher ermessensweise auf Fr. 6'500.– festzulegen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 5. März 2021 wird aufgehoben und die Sache wird an die Vergabestelle zurückgewiesen mit der Anordnung, das Projekt "Ersatz Eingabe-, Falt- und Stapelmaschine zu Mangel Anlage" im offenen oder selektiven Verfahren durchzuführen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.– zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 218303; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Auszug; per E-Mail)

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 15. Juni 2021