



Abteilung II
B-5190/2011

Urteil vom 19. Oktober 2011

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Armin Durrer,
Dorfplatz 6, Postfach 335, 6371 Stans,
Beschwerdeführerin,

Gegen

**Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS**, amasuisse,
3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen – Projekt Palettenbewirtschaftung
(SIMAP Nr. 535247).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. September 2011 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den am 1. September 2011 auf der Plattform simap.ch unter der Mitteilungsnummer 535247 publizierten Zuschlag (Projekttitle: Palettenbewirtschaftung) vom 10. August 2011 an die B._____ erhoben hat,

dass die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung des angefochtenen Zuschlags in der Hauptsache die Rückweisung des Beschaffungsprojekts an die Vergabestelle verlangt, wobei der Zuschlag eventualiter direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen sei,

dass die Zuschlagsempfängerin die ihr mit Verfügung vom 19. September 2011 eingeräumte Frist zur freigestellten Stellungnahme unbenutzt hat verstreichen lassen,

dass sich die Vergabestelle mit Eingabe vom 30. September 2009 (Eingang per Fax am 3. Oktober 2011) dem Begehren der Beschwerdeführerin betreffend die aufschiebende Wirkung nicht widersetzt hat, worauf diese mit Verfügung vom 4. Oktober 2011 erteilt worden ist,

dass die Vergabestelle mit derselben Eingabe in der Hauptsache beantragt, dem Begehren auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung wie auch demjenigen auf Rückweisung an die Vergabestelle sei zu entsprechen, wobei eventualiter der Antrag auf direkte Vergabe durch das Gericht abzuweisen sei,

dass die Vergabestelle in diesem Zusammenhang festhält, sie habe den relevanten Sachverhalt unrichtig festgestellt,

dass die Vergabestelle ausserdem die Verweigerung der Akteneinsicht beantragt mit der Begründung, durch die Rückweisung würden die Akten ein laufendes Verfahren nach dem vierten Abschnitt des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) betreffen, womit der Anspruch auf Akteneinsicht entfalle,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Oktober 2011 ausführt, ohne Akteneinsicht sei nicht nachvollziehbar, wie die Vergabestelle vorliegend den Sachverhalt falsch ermittelt habe,

dass demnach übereinstimmende Anträge auf Gutheissung der Beschwerde vorliegen, welchen zu entsprechen ist, womit die Eventualbegehren nicht zu beurteilen sind,

dass in Bezug auf die Akteneinsicht festzuhalten ist, dass das Vorliegen übereinstimmender Anträge dazu führt, dass eine Verfügung zum Nachteil des Betroffenen vor Bundesverwaltungsgericht in der Hauptsache ausser Betracht fällt, welche aber Voraussetzung ist, um den Anspruch auf rechtliches Gehör auszulösen (vgl. im Bezug auf das Äusserungsrecht Art. 30 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] und zum Ganzen die Verfügung B-6177/2008 vom 30. Januar 2009, E. 2.2),

dass in diesem Sinne auch ALBERTINI festhält, die Akteneinsicht sei Vorbedingung für eine sachgemässe Stellungnahme "vor Erlass eines für den Verfahrensbeteiligten nachteiligen Verwaltungsaktes" (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 225),

dass die Verweigerung der Akteneinsicht zum jetzigen Zeitpunkt auch im Ergebnis richtig erscheint, weil erstens im laufenden Verfahren gemäss Art. 26 Abs. 2 BöB grundsätzlich keine Einsicht gewährt wird und die Beschwerdeführerin – bemerkenswerterweise offenbar entgegen der Rechtsauffassung der Vergabestelle – Anspruch auf Akteneinsicht hat, sobald der Zuschlag im zweiten Umgang nicht an sie erteilt wird und dieser vor Bundesverwaltungsgericht angefochten wird (vgl. dazu namentlich die Zwischenverfügung B-1172/2011 vom 6. Mai 2011, E. 2.5),

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens im Ergebnis vollständig obsiegt, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG),

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

dass der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) eine Parteientschädigung zuzusprechen ist,

dass vorliegend eine Kostennote in der Höhe von Fr. 2'293.65 (inkl. MWSt.) eingereicht worden ist, womit die Parteientschädigung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 VGKE ohne weiteres antragsgemäss festzusetzen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Zuschlag vom 10. August 2011 aufgehoben und die Sache zur Neuerteilung des Zuschlags an die Vergabestelle zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 2'293.65 (inkl. MWSt.) zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP 535247; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (B-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Laura Melusine Baudenbacher

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. Die Rechtsschrift 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: 19. Oktober 2011