



Urteil vom 27. März 2015

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus:

1. **A.**_____ **GmbH,**

2. **B.**_____ **AG,**

beide vertreten durch Rechtsanwälte

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna und lic. iur. Philipp do Canto,

Bellerivestrasse 241, 8034 Zürich,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Rechsteiner,

Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,

Vergabestelle,

und

ARGE L._____, bestehend aus:

1. **M.**_____ **SA,**

2. **N.**_____ **Ltd.,**

3. **O.**_____ **AG,**

4. **P.**_____ **SA,**

5. **Q.**_____ **S.p.A.,**

6. **R.**_____ **S.p.A.,**

7. **S._____ S.p.A.,**
Beschwerdegegnerinnen,

Gegenstand

Regelung der Kosten- und Entschädigungsfrage nach Rückweisung durch das Bundesgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) am 15. August 2013 der ARGE L._____, bestehend aus M._____ SA, N._____ Ltd., O._____ AG, P._____ SA, Q._____ S.p.A., R._____ S.p.A. und S._____ S.p.A (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen), den Zuschlag für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Bereich Fahrbahn und Logistik (SIMAP-Projekt-ID 102812; SIMAP-Meldungsnummer 786679) im offenen Verfahren erteilte,

dass die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A._____ GmbH und B._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), am 2. September 2013 gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und den Zuschlag an sich selbst beantragte,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 die Beschwerde teilweise guthiess, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufhob und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückwies,

dass die Beschwerdegegnerinnen gegen dieses Urteil am 22. April 2014 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einreichten,

dass das Bundesgericht mit Urteil 2C_383/2014 vom 15. September 2014 die Beschwerde gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 14. März 2014 aufgehoben und den Vergabeentscheid der Vergabestelle vom 15. August 2013 bestätigt hat,

dass das Bundesgericht die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen hat,

dass die Verfahrenskosten entsprechend dem Ausmass des Obsiegens und Unterliegens der Parteien aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]),

dass dabei der Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht massgebend ist, weshalb in der Hauptsache die Beschwerdegegnerinnen als obsiegend und die Beschwerdeführerinnen als unterliegend anzusehen sind,

dass die Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2013 praxisgemäss gesondert zu verlegen sind, sofern nicht die gleiche Partei in Bezug auf den Zwischenentscheid obsiegt wie in Bezug auf die Hauptsache (vgl. Urteile des BVGer B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 12 und B-1098/2007 vom 18. Januar 2010 E. 11),

dass in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2013 die Beschwerdeführerinnen als obsiegend anzusehen sind, da ihrem Antrag gemäss der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde,

dass für die anteilmässige Ausscheidung des auf den Zwischenentscheid entfallenden Kostenanteils zu berücksichtigen ist, dass aufgrund der Hauptsachenprognose bereits beim Erlass des Zwischenentscheids ein Teil des für den Hauptentscheid erforderlichen Arbeitsaufwands erbracht wurde,

dass die relevanten Verfahrenskosten daher ermessensweise zu einem Fünftel auf den Zwischenentscheid und vier Fünfteln auf den Hauptentscheid aufzuteilen sind,

dass derselbe Schlüssel auf die Parteikostenregelung anzuwenden ist,

dass die obsiegende Partei Anspruch hat auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen ist (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE),

dass die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen am 5. bzw. 14. März 2014 Honorarnoten zur Begründung einer Parteikostenforderung von CHF 57'342.– (inkl. Mehrwertsteuer) eingereicht haben,

dass die Beschwerdegegnerinnen am 22. Dezember 2014 eine Rechnung eingereicht haben, welche ihnen die V._____ Holding AG für die von ihrem Rechtsdienst für das Beschwerdeverfahren erbrachten Aufwendungen gestellt hatte,

dass diese Honorarnote für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Aufwendungen von insgesamt CHF 39'250.– exkl. Mehrwertsteuer, inkl. Spesen und Auslagen aufführt,

dass mit Verfügungen vom 11. März 2014 bzw. 20. Januar 2015 die Zusammenfassung dieser Honorarnoten der jeweiligen Gegenpartei zur freigestellten Stellungnahme zugestellt worden ist,

dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 16. Februar 2015 zur von den Beschwerdegegnerinnen eingereichten Kostennote Stellung genommen und beantragt haben, es sei nicht auf die Kostennote einzutreten, mit der Begründung, dass die Kostennote *nach* dem Urteilsdatum vom 14. März 2014 eingereicht worden sei,

dass die Beschwerdeführerinnen eventualiter beantragen, den Beschwerdegegnerinnen sei keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr Rechtsvertreter dem internen Rechtsdienst des beschwerdegegnerischen Konsortialführers angehöre und damit in einem Arbeitsverhältnis zu einer der Parteien stehe,

dass die Beschwerdeführerinnen subeventualiter argumentieren, der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdegegnerinnen von 157 Stunden sei unverhältnismässig hoch,

dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Rückweisung durch das Bundesgericht erneut über die Kostenfrage zu entscheiden hat, weshalb alle bis zum vorliegenden Entscheid eingegangenen, entscheiderelevanten Parteivorbringen zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 32 VwVG),

dass gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE keine Entschädigung geschuldet ist, wenn der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht,

dass der Rechtsbeistand der Beschwerdegegnerinnen zwar in einem Arbeitsverhältnis mit V._____ Holding AG als Konzernmutter der Beschwerdegegnerinnen 1, 2 und 3 ist, jedoch in keinem Arbeitsverhältnis mit einer der Beschwerdegegnerinnen selbst steht, zu den Beschwerdegegnerinnen 4, 5, 6 und 7 keine Konzernbeziehungen bestehen und der Aufwand

für die Rechtsdienstleistung der Arbeitsgemeinschaft offenbar "at arm's length"-Bedingungen in Rechnung gestellt wurde,

dass es sich daher nicht um durch die Beschwerdegegnerinnen selbst erbrachten Aufwand, sondern um eine von ihnen extern bezogene Rechtsdienstleistung handelt,

dass Art. 9 und Art. 10 VGKE unter den Kosten der Vertretung nur das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung sowie die dazu akzessorischen Auslagen und die Mehrwertsteuer nennen,

dass unter einem Anwalt im Sinne dieser Bestimmungen gewerbsmässige Rechtsvertreter mit einem schweizerischen Anwaltspatent zu verstehen sind,

dass der von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte Aufwand nicht von einem gewerbsmässigen Rechtsvertreter in diesem Sinn erbracht wurde,

dass es sich beim Rechtsdienstleister der V. _____ Holding AG wohl auch nicht um einen nichtanwaltlichen berufsmässigen Vertreter im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VGKE handelt (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 64 N. 13; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 4.76),

dass damit indessen noch nicht gesagt ist, dass die Kosten für einen Rechtsvertreter oder Rechtsbeistand, der nicht in eine dieser Kategorien fällt, grundsätzlich nicht entschädigungspflichtig sein können,

dass diesbezüglich nämlich zu berücksichtigen ist, dass das Gesetz in allgemeiner Form von notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten spricht, welche der ganz oder teilweise obsiegenden Partei erwachsen sind (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG),

dass weiter zu berücksichtigen ist, dass das VwVG keine Beschränkung der zur Vertretung vor dem Bundesverwaltungsgericht befugten Personen auf registrierte Anwälte oder bestimmte andere Berufsgruppen kennt (vgl. Art. 11 Abs. 1 VwVG; RES NYFFENEGGER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 11 N. 6),

dass aufgrund dieser systematischen Überlegungen davon auszugehen ist, dass die Aufzählung in Art. 9 und Art. 10 VGKE nicht abschliessend zu verstehen ist, sondern dass auch die Kosten für Rechtsdienstleistungen eines Rechtsvertreters oder Rechtsbeistands, der weder ein Anwalt noch ein nichtanwaltlicher berufsmässiger Vertreter im Sinn von Art. 9 und Art. 10 VGKE ist, Gegenstand einer Parteientschädigung sein können, sofern die Kosten effektiv erwachsen, notwendig und verhältnismässig hoch sind,

dass die geltend gemachten Kosten im vorliegenden Fall effektiv erwachsen, notwendig und verhältnismässig hoch sind,

dass die Beschwerdeführerinnen weiter argumentieren, der geltend gemachte Aufwand von 157 Stunden sei zu hoch,

dass die Beschwerdeführerinnen selbst zwar eine etwas niedrigere Stundenzahl ihrer eigenen Rechtsvertreter geltend gemacht haben, was indes insbesondere – wie von ihnen selbst dargelegt – auf die Synergieeffekte wegen dem gleichzeitig geführten Parallelverfahren zurückzuführen ist,

dass der von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte und detailliert aufgelistete Aufwand von 157 Stunden nicht zu beanstanden ist,

dass der Stundenansatz für Anwälte mindestens CHF 200.– und höchstens CHF 400.– und für nichtanwaltliche berufsmässige Vertreter mindestens CHF 100.– und höchstens CHF 300.– beträgt (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE),

dass es sich beim in Frage stehenden Rechtsdienstleister der V. _____ Holding AG zwar, wie dargelegt, weder um einen Anwalt noch um einen nichtanwaltlichen berufsmässigen Vertreter im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VGKE handelt,

dass aber jedenfalls der Stundenansatz für nichtanwaltliche berufliche Vertreter analogieweise herangezogen werden kann für die Beurteilung, ob der geltend gemachte Stundenansatz angemessen und die effektiv erwachsenen Kosten daher notwendig im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE sind,

dass der in Rechnung gestellte Stundenansatz von CHF 250.– daher nicht zu beanstanden ist,

dass entsprechend dem auf die Verfahrenskosten angewandten Verteilungsschlüssel die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Ersatz eines Fünftels und die Beschwerdegegnerinnen Anspruch auf Ersatz von vier Fünfteln ihrer anrechenbaren Parteikosten haben,

dass diese gegenseitigen Parteikostenersatzansprüche teilweise zu verrechnen sind, wobei sie diesbezüglich praxismässig so behandelt werden, als wenn sie gleich hoch wären (vgl. Urteil des BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010 E. 16),

dass die Beschwerdegegnerinnen im Ergebnis daher Anspruch auf Ersatz von drei Fünfteln ihrer ersatzfähigen Parteikosten, ausmachend CHF 25'434.– (inkl. Mehrwertsteuer) haben,

dass die AlpTransit Gotthard AG als dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellte Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 63 Abs. 2 VwVG; vgl. VPB 67.6 E. 4c; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Verfahrenskosten von CHF 50'000.– werden den Beschwerdeführerinnen mit CHF 40'000.– und den Beschwerdegegnerinnen mit CHF 10'000.– auferlegt.

Der Anteil der Beschwerdeführerinnen wird dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 50'000.– entnommen und den Beschwerdeführerinnen werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils CHF 10'000.– zurückerstattet.

Die Beschwerdegegnerinnen haben den Betrag von CHF 10'000.– innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

2.

Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegnerinnen für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit CHF 25'434.– zu entschädigen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. 2C_383/2014; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. März 2015