

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2C_590/2017

Urteil vom 21. September 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Donzallaz, Haag,
Gerichtsschreiber Fellmann.

Verfahrensbeteiligte
Swissgrid AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Prof. Dr. Markus Schott und/oder Barbara Wälchli, Rechtsanwälte,

gegen

A. _____ SAS,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Markus Wick.

Gegenstand
Öffentliches Beschaffungswesen - 380/220/132/65-kV Leitung Mörel Ulrichen Teilabschnitt Fiesch-Ulrichen
Gittermasten, SIMAP-Meldungsnummer 941043
(Projekt-ID 142401); Parteientschädigung,

Beschwerde gegen den Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 30. Mai 2017 (B-7479/2016).

Sachverhalt:

A.

Im Hinblick auf den Ersatz der bestehenden 220kV-Leitung zwischen Ulrichen und Mörel schrieb die Swissgrid AG unter dem Projekttitel "380/220/132/65-kV Leitung Mörel Ulrichen Teilabschnitt Fiesch-Ulrichen Gittermasten" einen Lieferauftrag für 57 Gittermasten im offenen Verfahren aus (Projekt-ID 142401, Publikation vom 5. Juli 2016 auf www.simap.ch).

Am 12. November 2016 erteilte die Swissgrid AG der ARGE B. _____ (bestehend aus der C. _____ S.P.A. und der D. _____ s.r.l.) den Zuschlag. Der A. _____ SAS liess die Swissgrid AG gleichentags ein Absgeschreiben zukommen.

B.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 12. November 2016 gelangte die A. _____ SAS mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Nachdem der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts den Antrag der A. _____ SAS um aufschiebende Wirkung mit Zwischenentscheid vom 8. Mai 2017 abgewiesen hatte, erklärte sie mit Schreiben vom 23. Mai 2017 den Rückzug der Beschwerde.

Daraufhin schrieb der Instruktionsrichter das Beschwerdeverfahren zufolge Rückzug mit Abschreibungsentscheid vom 30. Mai 2017 als gegenstandslos ab. Die Verfahrenskosten auferlegte er der A. _____ SAS. Der ARGE B. _____ wurde eine Parteientschädigung zulasten der A. _____ SAS zugesprochen, nicht hingegen der Swissgrid AG.

C.

Gegen den Entscheid vom 30. Mai 2017 gelangt die Swissgrid AG an das Bundesgericht. Sie beantragt eine Parteientschädigung zulasten der A. _____ SAS für das vorinstanzliche Verfahren, eventualiter die

Rückweisung der Angelegenheit an das Bundesverwaltungsgericht mit der Anweisung, ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten ist. Die A. _____ SAS liess sich nicht vernehmen. Zur Vernehmlassung des Bundesverwaltungsgerichts reicht die Swissgrid AG mit Eingabe vom 28. September 2017 eine Stellungnahme ein.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (**BGE 141 II 113** E. 1 S. 116).

1.1. Angefochten ist die Kostenregelung eines verfahrensabschliessenden Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts. In der Sache betraf das Beschwerdeverfahren eine Zuschlagsverfügung im Sinne von Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Beschaffungsgesetz, BöB; SR 172.056.1). Gemäss dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens (vgl. dazu **BGE 143 II 425** E. 1.3 S. 427 f.; **138 II 501** E. 1.1 S. 503; Urteile 2C_315/2018 vom 28. Juni 2018 E. 1.1; 2C_961/2017 vom 21. Februar 2018 E. 1.1.1) bestimmt sich die Zulässigkeit der Beschwerde nach diesem in der Sache umstrittenen beschaffungsrechtlichen Rechtsverhältnis.

1.2. Fällt das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil im Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes, handelt es sich um einen Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG (vgl. **BGE 143 II 425** E. 1.3 S. 427 und E. 3 S. 429 f.; **137 II 313** E. 1.1.1 S. 315 und E. 2.1 S. 318). Nach dieser Bestimmung ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ausgeschlossen, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags weder den massgebenden Schwellenwert des Beschaffungsgesetzes noch jenen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) erreicht oder wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. **BGE 143 II 425** E. 1.3 S. 427; **133 II 396** E. 2.1 S. 398).

1.3. Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (**BGE 143 II 425** E. 1.3.2 S. 428; **137 II 313** E. 1.1.1 S. 316; **134 II 192** E. 1.3 S. 195). Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht, um ihr grundsätzliche Bedeutung zu verleihen. Es muss sich vielmehr um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (**BGE 143 II 425** E. 1.3.2 S. 428; **138 I 143** E. 1.1.2 S. 147). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. **BGE 143 II 425** E. 1.3.2 S. 428; **141 II 113** E. 1.2 S. 116 f.; **141 II 14** E. 1.2.2.1 S. 21).

1.4. Die Beschwerdeführerin misst der Frage, ob sie in einem Vergabeverfahren als andere Behörde im Sinne von Art. 7 Abs. 3 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) gilt und deshalb im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat, grundsätzliche Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG bei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich dabei jedoch nicht um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts (vgl. E. 1.3 hiervor) :

1.4.1. Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten, haben nach Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Demgegenüber bestimmt Art. 7 Abs. 1 VGKE, dass obsiegende Parteien einen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten haben. Für den Fall der Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens hat das Gericht zu prüfen, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, für deren Festsetzung Art. 5 VGKE sinngemäss gilt (vgl. Art. 15 VGKE). Im Zusammenhang mit Parteientschädigungen in Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weiter zu beachten ist Art. 64 VwVG (SR 172.021), der zur Anwendung gelangt, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG; SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen.

1.4.2. Den Anspruch auf Parteientschädigung in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht regeln die genannten Bestimmungen in allgemeiner Weise. Eine spezifisch beschaffungsrechtliche Tragweite kommt ihnen nicht zu. Darauf weist auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend hin. Die Frage nach der Auslegung von Art. 7 Abs. 3 VGKE bzw. Art. 64 Abs. 1 VwVG ist somit nicht ohne Weiteres von beschaffungsrechtlicher Natur.

1.4.3. Allein der Umstand, dass sich die Frage nach dem Anspruch auf Parteientschädigung gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE bzw. Art. 64 Abs. 1 VwVG auch im Zusammenhang mit Auftragsvergaben nach dem Beschaffungsgesetz stellen kann, verleiht ihr sodann noch keinen beschaffungsrechtlichen Charakter. Die Beschwerdeführerin zeigt im Rahmen ihrer Begründungspflicht (vgl. E. 1.3 hiervor) sodann nicht auf, dass

die aufgeworfene Frage ganz überwiegend Beschaffungsverfahren beschlägt und sich für das Bundesgericht ausserhalb eines Submissionsverfahrens kaum je Gelegenheit bieten wird, die Auslegung von Art. 7 Abs. 3 VGKE bzw. Art. 64 Abs. 1 VwVG in einer Weise zu überprüfen, die die Bedeutung dieser Bestimmungen auch für beschaffungsrechtliche Verfahren letztinstanzlich klärt.

1.4.4. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf **BGE 137 II 313** E. 1.1.2 S. 316 ändert daran nichts. Dort stand die Beschwerdelegitimation zur Anfechtung einer freihändigen Auftragsvergabe zur Diskussion, wobei es sich um eine spezifisch submissionsrechtliche Fragestellung handelte, die im Rahmen der Auslegung von Art. 48 VwVG kaum verallgemeinerungsfähig war. Die sich hier stellende Frage nach dem Anspruch auf Parteientschädigung kann sich demgegenüber bei jeder privatrechtlich konstituierten Organisation stellen, die von Bundesrechts wegen verpflichtet (und ermächtigt) ist, in gewissen Tätigkeitsbereichen verfügungsweise zu handeln. Die Beschwerdeführerin wirft somit keine Rechtsfrage aus dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG auf.

2.

Bei dieser Ausgangslage erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unzulässig (Art. 83 BGG). Da gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausser Betracht fällt (vgl. Art. 113 und Art. 114 BGG, Urteile 2C_937/2017 vom 20. November 2017 E. 3; 2C_412/2011 vom 22. September 2011 E. 2.6), ist auf das Rechtsmittel insgesamt nicht einzutreten. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. September 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Fellmann