

# **BVGer A-2768/2021 vom 8. November 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-2768\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2768_2021)

FR: TAF A-2768/2021 du 8 novembre 2022

IT: TAF A-2768/2021 del 8 novembre 2022

## **Regeste**

Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse Bund (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz bildet ein zulässiges Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG. Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 ff. VGG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz auf ihr Gesuch nicht eingetreten ist. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse daran, im Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen, ob die Angelegenheit in Aufhebung der angefochtenen Verfügung an die Vorinstanz zum materiellen Entscheid zurückzuweisen ist (vgl. Urteil des BVGer A-4929/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.2.3 m.H.). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, soweit es im Streit liegt. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, so prüft das Bundesverwaltungsgericht einzig, ob die Vorinstanz die Eintretensvoraussetzungen zutreffend verneint hat. Hingegen können keine materiellen Begehren in der Sache selbst gestellt und beurteilt werden (statt vieler: Urteile des BVGer A-5921/2020 vom 29. Juli 2021 E. 1.4 und A-4929/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.2.4).

### **E. 1.5**

Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt sich somit auf die Frage, ob die Vorinstanz auf das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht nicht eingetreten ist. Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin beschränkt sich auf diese Frage. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens erübrigt es sich, auf die Zulässigkeit des Eventualantrags einzugehen.

#### **E. 1.6**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist folglich einzutreten.

#### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

#### **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz es zu Recht abgelehnt hat, mittels Verfügung materiell über das Gesuch um Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG bezüglich der Richtlinie EGB zu entscheiden.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 25a Abs. 1 VwVG kann derjenige, der ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt und die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG).

#### **E. 3.2**

Unstrittig ist, dass es sich bei der Richtlinie EGB um einen Realakt handelt und die Vorinstanz die dafür zuständige Behörde ist. Sie stützt sich auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Uneinig sind sich die Parteien dagegen, ob die Beschwerdeführerin durch den Realakt in ihren Rechten und Pflichten berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse vorweisen kann.

#### **E. 3.3**

Art. 25a Abs. 1 VwVG definiert das streitlagenspezifische Rechtsschutzinteresse über ein akt- und ein subjektbezogenes Kriterium. Zum einen muss der Realakt "Rechte oder Pflichten berühren", zum anderen die gesuchstellende Person ein "schutzwürdiges Interesse" an einer Verfügung über den Realakt haben. Obwohl die genannten Kriterien mit der Bestimmung des Rechtsschutzinteresses die gleiche Stossrichtung haben, werden sie innerhalb von Art. 25a VwVG klar getrennt (vgl. BGE 146 I 145 E. 4.4, BGE 144 II 233 E. 7.1 und BGE 140 II 315 E. 4.1). Die beiden Voraussetzungen, das schutzwürdige Interesse sowie das Berührtsein in Rechten oder Pflichten, können weitgehend zusammenfallen: Ist eine gesuchstellende Person durch einen Realakt in ihren Rechten oder Pflichten berührt, gründet das schutzwürdige Interesse im Berührtsein in dieser Rechtsstellung. Insoweit

verhält es sich nicht anders als beim materiellen Verfügungsadressaten, der grundsätzlich ohne Weiteres zur Beschwerde berechtigt ist (BGE 140 II 315 E. 4.3; vgl. Isabelle Häner, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 35 zu Art. 25a VwVG).

#### **E. 4**

Zunächst ist zu prüfen, ob die Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten erfüllt ist (sog. aktbezogenes Interesse).

##### **E. 4.1.1**

In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise darzulegen vermöge, weshalb und inwieweit sie von der Kontrolltätigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes und der Richtlinie EBG besonders berührt sein sollte.

##### **E. 4.1.2**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit bzw. die Wettbewerbsneutralität des Staates gemäss Art. 27 BV und Art. 94 Abs. 1 BV. Indem die Vorinstanz in der Richtlinie EBG einzig das Logib (Standard-Analyse-Tool) berücksichtige, werde sie in ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit unmittelbar beeinträchtigt. Sie biete auf dem freien Markt privaten Unternehmen an, Lohnvergleichsanalysen mit dem von ihr entwickelten Modell L&MAba-24 vorzunehmen. Sie sei dabei darauf angewiesen, dass ihre Kundinnen und Kunden darauf vertrauen könnten, dass dieses Analysemodell von den Behörden umfassend anerkannt werde. Dabei entstünden den Unternehmen Kosten, sowohl interne wie externe, die sich in der Folge lohnen müssten. Dies täten sie indessen nur dann, wenn sie ihre Lohnvergleichsanalyse auch bei einer Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung nutzen könnten und diese weiterhin auch während der Leistungsphase nach einem allfälligen Zuschlag und der Auftragserteilung durch die Vergabestelle gültig bleibe. Die Nichtberücksichtigung von Lohnvergleichsanalysen gestützt auf L&MAba-24 im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen habe insofern eine unmittelbare Einschränkung in ihrer Erwerbstätigkeit zur Folge und greife folglich erheblich in ihre Wirtschaftsfreiheit ein. Es sei zu beachten, dass auf dem Markt zahlreiche Unternehmen vorhanden seien, welche Lohnvergleichsanalysen anbieten würden, die diese mit Logib durchführen würden. Diese Unternehmen seien die direkten Konkurrenten für die Marktteilnehmerinnen, die mit ABAKAS basierten Lohnanalysen arbeiten würden. Wenn die Behörden und insbesondere die Vorinstanz im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen einzig das Logib als Analysemethode akzeptieren würden, würden diese Konkurrenten direkt und unmittelbar massiv bevorteilt.

##### **E. 4.1.3**

Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen eines subjektiven Rechts darzulegen, dass die Richtlinie EBG mit einer minimalen Intensität auf sie einwirke. Dabei sei zu berücksichtigen, dass ein Realakt mithin auch geeignet sein müsse, in den Geltungsbereich eines Grundrechts einzugreifen. Dem entgegen basiere bereits die Darstellung der Kontrolltätigkeit bzw. der Richtlinie EBG auf einer unrichtigen Darstellung des Sachverhalts. Vielmehr verhalte es sich folgendermassen: Werde sie von einer Auftraggeberin im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes mit der Durchführung einer Stichproben-Kontrolle bei einer Anbieterin beauftragt, sei es vollkommen unerheblich, ob und mit welcher Methode diese Anbieterin ihrer

Analysepflicht als Arbeitgeberin gemäss Art. 13a des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG, SR 151.1) nachgekommen sei. Zunächst habe die von der Anbieterin gewählte Methode keinen Einfluss darauf, ob diese für eine Stichproben-Kontrolle ausgewählt werde oder nicht. Weiter beeinflusse die gewählte Methode weder den Ablauf einer Kontrolle noch die für eine Anbieterin daraus resultierenden Mitwirkungspflichten. Jede Anbieterin habe im Rahmen einer Kontrolle, unabhängig von der von ihr gewählten Methode, denselben verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten wie namentlich die Ausfüllung der Fragebogen 1 und 2 und die Zusammenarbeit mit einer externen Fachperson nachzukommen. Die Beschwerdeführerin werde von ihrer Kontrolltätigkeit bzw. der Richtlinie EBG weder in ihren Rechten berührt, noch sei sie davon besonders (und schwer) betroffen.

#### **E. 4.1.4**

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, die Vorinstanz könne nicht nachweisen, dass sie andere Lohnvergleichsanalysen auch tatsächlich berücksichtige. Selbstredend würden in diesem Fall Unternehmen, welche ihre Analyse der Löhne mit L&MAba-24 durchgeführt hätten, gegenüber solchen, welche das Logib angewendet hätten, benachteiligt, was sich unmittelbar und direkt auf ihre Wettbewerbsstellung auswirke. Wer die Daten für eine Lohnvergleichsanalyse mit Logib, beruhend auf der statistischen Methode, durchgeführt habe, habe bereits dort alle relevanten Unterlagen und Informationen zusammengetragen. Wer sich für die Lohnvergleichsanalyse mit dem Modell L&MAba-24, das auf einer funktionellen Methode beruhe, entschieden habe, werde in allen Fällen mit einem Mehraufwand konfrontiert sein, was zu unverhältnismässigen Mitwirkungspflichten führe. Unter den gegebenen regulatorischen Voraussetzungen werde kein Unternehmen mehr bereit sein, bei der Beschwerdeführerin Lohnanalysen gestützt auf das Modell L&MAba-24 zu bestellen.

#### **E. 4.2.1**

Art. 25a VwVG betrifft jene Fälle, in denen behördliches Verhalten nicht auf die Regelung von Rechten oder Pflichten gerichtet ist, aber dennoch Rechte oder Pflichten berührt. Dies setzt nach herrschender Auffassung einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus (vgl. BGE 144 II 233 E. 7.3.1 und BGE 140 II 315 E. 4.3 je m.H.). In diesem Sinne schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich vor allem aus Grundrechten; einzubeziehen sind aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln (BGE 144 II 233 E. 7.3.1 und BGE 140 II 315 E. 4.3). Ein eigentlicher Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn die gesuchstellende Person darzulegen vermag, dass ein von einem Realakt ausgehender Reflex grundrechtsrelevant ist, mithin den Grad eines Eingriffs annehmen könnte (BGE 146 I 145 E. 4.4 und BGE 140 II 315 E. 4.8; MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen [Hrsg.], Neue Bundesrechtspflege, Berner Tage für die juristische Praxis 2006, Bern 2007, S. 352 ff.). Dazu ist eine gewisse Intensität der Betroffenheit des Privaten, "un certain degré de gravité", erforderlich (BGE 144 II 233 E. 7.3.2 und BGE 133 I 49 E. 3.2). Ob die Eingriffswirkung ausreicht, um eine Betroffenheit anzunehmen, hängt vom Geltungsbereich des Grundrechts ab (Isabelle Häner, a.a.O., N. 28 zu Art. 25a VwVG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der fragliche Realakt auch geeignet sein muss, in dieses einzugreifen (vgl. BGE 144 II 233 E. 7.3.2 m.H.). Es bedarf mit anderen Worten eines Zurechnungszusammenhangs, einer adäquaten Kausalität, zwischen

Handlung und Berührung in Rechte und Pflichten (BGE 144 II 233 E. 7.3.2).

#### **E. 4.2.2**

Eine schützenswerte Rechtsposition für die Beschwerdeführerin könnte sich vorliegend aus der Wirtschaftsfreiheit ergeben (Art. 27 und Art. 94 BV). Sie beinhaltet insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Sie schützt insbesondere auch das Bestehen einer Wettbewerbswirtschaft, namentlich die Koordination von Gütern und Dienstleistungen, d.h. durch Angebot und Nachfrage der Privaten (Art. 94 BV; BGE 138 I 378 E. 6.3). Der in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten verlangt, dass staatliche Massnahmen wettbewerbsneutral sind, d.h. den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten nicht verzerren. Die Wirtschaftsfreiheit steht natürlichen und juristischen Personen gleichermassen zu (Giovanni Biaggini, BV Kommentar, 2. Auf. 2017, Rz. 4 und 18 zu Art. 27 BV). Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV; vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1).

#### **E. 4.3**

Zu beurteilen ist, ob ein potenzieller Eingriff in ein Grundrechtsverhältnis vorliegt, d.h. ob die Wirtschaftsfreiheit durch die Richtlinie EGB tangiert ist.

##### **E. 4.3.1**

Für die Erstellung von Lohngleichheitsanalysen sind vorliegend zwei Rechtsgebiete zu unterscheiden (Gleichstellungsrecht und Vergaberecht): Zum einen verpflichtet das Gleichstellungsgesetz Unternehmen, die anfangs eines Jahres 100 oder mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigen, für das betreffende Jahr eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchzuführen (Art. 13a Abs. 1 GIG). Diese Lohngleichheitsanalyse ist gemäss Art. 13c Abs. 1 GIG nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen, wobei der Bund nach Art. 13c Abs. 2 GIG allen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Standard-Analyse-Tool (Logib) zur Verfügung stellt. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, sieht das GIG vor, dass Unternehmen, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einer Kontrolle über die Einhaltung der Lohngleichheit unterliegen, von der Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse befreit sind (vgl. Art. 13b Bst. a GIG). Dasselbe gilt für Unternehmen, bei denen bereits eine solche Kontrolle durchgeführt worden ist und die nachgewiesen haben, dass sie die Anforderungen erfüllen, sofern der Referenzmonat der Kontrolle nicht länger als vier Jahre zurückliegt (vgl. Art. 13b Bst. c GIG). Diese Synergie besteht, solange die Bestimmungen der Revision des GIG in Kraft sind (12 Jahre ab Inkrafttreten, vgl. Ziff. II Abs. 2 GIG; vgl. Erläuterungen des Eidgenössischen Finanzdepartements zur VÖB vom 12. Februar 2020, S. 6). Zum anderen gibt es die Lohngleichheitsanalyse im Bundesvergaberecht. Ein dem Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) unterstehende Auftraggeberin hat gemäss Art. 26 BöB unter anderem sicherzustellen, dass kein öffentlicher Auftrag an eine Anbieterin vergeben wird, welche bestimmte soziale und ökologische Anforderungen nach Art. 12 BöB nicht einhält, wozu unter anderem auch die Einhaltung der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf

die Lohngleichheit gehört (Art. 12 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin kann gemäss Art. 12 Abs. 5 BöB die Einhaltung der Anforderungen kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz übertragen wurde. Dabei kann eine Auftraggeberin die Durchführung der Kontrollen in Bezug auf die Lohngleichheit gemäss Art. 4 VöB insbesondere der Vorinstanz übertragen (vgl. Stellungnahme des Sekretariats der WEKO vom 22. Februar 2022, S. 6, zur Publikation in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] vorgesehen). Nach Art. 26 Abs. 2 BöB kann eine Auftraggeberin von einer Anbieterin verlangen kann, dass diese die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration oder der Aufnahme in ein Verzeichnis nachweist. Gemäss Art. 4 Abs. 4 in Verbindung mit Anhang 3 Ziff. 1 Bst. b VöB kann die Auftraggeberin insbesondere einen Nachweis betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit von Frau und Mann einfordern. Die Erläuterungen des EFD zur VöB sehen diesbezüglich vor, dass grundsätzlich alle Anbieterinnen im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Selbstdeklaration betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann einzureichen haben, unabhängig von der Anzahl Mitarbeitenden. Anbieterinnen mit 100 und mehr Angestellten müssen in der Selbstdeklaration zusätzlich das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse sowie den Prüfbericht gemäss GIG angeben bzw. beilegen (vgl. zum Ganzen: Erläuterungen des EFD zur VöB vom 12. Februar 2020, S. 6; vgl. auch Stellungnahme des Sekretariats der WEKO vom 22. Februar 2022, S. 6, zur Publikation in der RPW vorgesehen).

#### **E. 4.3.2**

Der effektive "Kontrollauftrag" der Vorinstanz beschränkt sich derweil auf Stichproben-Kontrollen, die sie im Auftrag der dem BöB unterstehenden Auftraggeberinnen durchführt (Richtlinie EGB, Ziff. 3). Die kontrollierenden Anbieterinnen ("Kontrollobjekt") werden (risikobasiert oder nach Zufallsprinzip) unter denjenigen bestimmt, welche im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens einen Auftrag erhalten haben (Richtlinie EGB, Ziff. 4). Sie bestimmt die Einzelheiten ihrer Kontrollen gemäss Art. 4 Abs. 1 VöB in einer Richtlinie. Dazu hat sie die Richtlinie EGB per 1. Januar 2021 erlassen. Die Kontrollen der Vorinstanz werden mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt (Richtlinie EGB, Ziff. 5). Die zu kontrollierende Anbieterin hat zwei Fragebogen auszufüllen (Richtlinie EGB, Ziff. 6). In Ziff. 7.1 der Richtlinie EGB wird auf die Mitwirkungspflichten der Anbieterin verwiesen, die sich nach dem VwVG richten.

#### **E. 4.3.3**

Die Beschwerdeführerin bietet auf dem freien Markt privaten Unternehmen an, Lohngleichheitsanalysen nach Art. 13a ff. GIG, mit dem von ihr entwickelten Modell L&MAba-24, das auf einer Funktionsanalyse beruht, vorzunehmen. Sie ist als juristische Person Trägerin und die Vorinstanz ist Adressatin des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit (vgl. E. 4.2.2 hiervor). Die Wirtschaftsfreiheit schützt die freie privatwirtschaftliche Tätigkeit nach dem zuvor Gesagten in einem umfassenden Sinn (vgl. E. 4.2.2 hiervor). Die Richtlinie EGB richtet sich nicht direkt an die Beschwerdeführerin, da sie nicht Anbieterin in einem Vergabeverfahren sein wird. Jedoch kann sich ein Verhalten eines staatlichen Organs auch indirekt auswirken, indem Dritte davon betroffen sind, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist (sog. Reflexwirkung, vgl. E. 4.2.1 hiervor). Diesbezüglich gilt folgendes: Die Richtlinie EGB sieht für die Kontrolle der Vorinstanz das Standard-Analyse-Tool

Logib vor (vgl. Richtlinie EGB, Ziff. 5). Das Sekretariat der WEKO hält einen - wenn auch tendenziell eher geringen - Vorteil der Anbieterinnen, die ihre Kontrollen nach dem gemäss GIG bereits mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt haben, für möglich (vgl. Stellungnahme des Sekretariats der WEKO vom 22. Februar 2022, S. 6, zur Publikation in der RPW vorgesehen). Dies liegt darin begründet, dass diese bereits mit dem Tool Logib gearbeitet haben, die Prozesse kennen und die zu erhebenden Daten möglicherweise bereits entsprechend erhoben und zusammengetragen haben. Denn das Tool Logib (d.h. genauer Logib Modul 1) beruht auf einer statistischen Methode, während die Lohnvergleichsanalyse mit dem Modell L&MAba-24 auf einer arbeitswissenschaftlichen Arbeitsbewertung beruht (vgl. zum Ganzen Bettina Fischer, Die Lohnvergleichsanalyse endlich ein Schritt in die richtige Richtung?, in: Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Roland Müller/Thomas Geiser/Kurt Pärli [Hrsg.], 2022, S. 64 und 75). Die Vorinstanz führt zwar diesbezüglich (für die Jahre 2021-2022 und allenfalls 2023) aus, dass sie sich auf eine geringe Anzahl von jährlich mindestens 30 beschaffungsrechtliche Kontrollen pro Jahr bei Unternehmen mit weniger als 100 Mitarbeitenden konzentrieren werde (vgl. Schreiben vom 22. März 2021, Beschwerdebeilage 29). Inwiefern der erwähnte Mehraufwand von Unternehmen bei beschaffungsrechtlichen Kontrollen dazu führt, dass sich Anbieterinnen nur deswegen gegen die Vornahme der Lohnvergleichsanalyse mittels eines privaten Analyse-Tools entscheiden, braucht indessen nicht vertieft zu werden. Dies ist eine Frage der materiellen Beurteilung. Die Beschwerdeführerin legt jedenfalls glaubhaft dar, dass die Richtlinie EGB und die Verwendung der Lohnvergleichsanalyse Logib bei beschaffungsrechtlichen Kontrollen in ihre geschützten Rechte der Wirtschaftsfreiheit eingreifen könnte, sofern ihre Kunden diesen Mehraufwand nicht in Kauf nehmen. Nach dem Gesagten ist die Richtlinie EGB geeignet, in die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin einzugreifen. Die nach der Rechtsprechung geforderte "gewisse Intensität der Betroffenheit" ist gegeben (vgl. E. 4.2.1 hiervor).

#### **E. 4.3.4**

Die Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten ist demzufolge erfüllt.

#### **E. 5**

Weiter gilt es zu prüfen, ob ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an einer Verfügung über den Realakt vorliegt (sog. subjektbezogenes Interesse).

##### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, dass der Rechtsschutz im Zusammenhang mit ihrer Kontrolltätigkeit und der Richtlinie EGB genügend sichergestellt sei, womit das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin entfalle.

##### **E. 5.1.2**

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, dass sie durch ihre Tätigkeit auf dem Markt offensichtlich mehr als die Allgemeinheit betroffen sei. Sie kann sich zudem - namentlich auch in Bezug auf die Geltendmachung der Verletzung der Wettbewerbsneutralität - darauf berufen, dass sie von den spezifischen Bestimmungen gemäss Art. 13a ff. GIG insofern erfasst werde, als diese wettbewerbsneutral formuliert seien und dies auch für Art. 4 Abs. 1 VöB gelte, indem diese Bestimmung bewusst das Logib nicht erwähne. Wie die Vorinstanz darauf komme, dass sie eine Zuschlagsverfügung in einer Ausschreibung anfechten könne, sei schlichtweg nicht nachvollziehbar. Dies würde

bedingen, dass eine ihrer Kundinnen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würde, weil diese den Nachweis der Einhaltung der Lohngleichheit von Mann und Frau mit dem Analyse-Modell L&MAba-24 durchgeführt habe und die Vergabestelle ihre Kundin vom Verfahren ausschliesse. Mithin wäre sie auf den Drittrechtsschutz und zudem auf eine Beschwerde pro Verfügungsadressatin verwiesen. Dies liege jedoch nicht im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, das auch auf Art. 25a VwVG Anwendung finde. Vielmehr bedeute das Subsidiaritätsprinzip, dass diese Verfügung dann ausgeschlossen sei, wenn die Beschwerdeführerin eine Verfügung an sich selbst, bei welcher sie Adressatin sei, erwirken könne. Zumindest müsste der Drittrechtsschutz mit einer sehr grossen Wahrscheinlichkeit erlangt werden können, was jedoch in dieser Konstellation im Beschaffungsrecht schlichtweg nicht der Fall sei. Folglich gehe die Vorinstanz fehl, wenn sie ihr das Rechtsschutzinteresse abspreche.

### **E. 5.1.3**

Die Vorinstanz widerspricht den Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass diese keinen durch die Kontrolltätigkeit bzw. die Richtlinie EGB erlittenen Sondernachteil gegenüber der Allgemeinheit ausweisen könne. Wäre diese Anbieterin gemäss dem öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes, könnte sie auch von den die Richtlinie EGB ausführenden Verfügungen oder Realakten in ihren Rechten betroffen sein. In diesem Fall stünde ihr auch die Möglichkeit offen, eine Verfügung an sich als Adressatin zu erwirken. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass die Beschwerdeführerin mangels ihrer Stellung als Anbieterin gemäss dem öffentlichen Beschaffungswesen auch nicht von der Richtlinie in eigenen Rechten betroffen sei. Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei nicht vollziehbar, wie sie ihr insbesondere nach der gewalteten Korrespondenz die besondere Nähe zur Richtlinie absprechen könne, erweise sich nicht nur als unbehelflich, sondern geradezu als rechtsmissbräuchlich.

### **E. 5.1.4**

In ihrer Replik macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz nicht nur den Zweck des Rechtsschutzverfahrens, sondern auch von Art. 29a BV verkenne. Mitnichten müsse sie sich anrechnen lassen, dass eine Drittperson ein Rechtsmittel ergreife könnte. In concreto und nach der Leseart der Vorinstanz wäre dies zudem ohnehin erst bei einer Sanktionierung der Fall.

### **E. 5.2.1**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 25a VwVG grundsätzlich gleich zu verstehen wie bei der Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG und Art. 89 Abs. 1 Bst. c des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110); es kann deshalb auf die Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis abgestellt werden. Es muss demnach eine besondere Nähe der gesuchstellenden Person zum Realakt vorliegen, wobei das schutzwürdige Interesse rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, soweit die gesuchstellende Person an der Rechtsklärung mittels Verfügung über den Realakt einen praktischen Nutzen hat (BGE 146 V 38 E. 4.3.2, BGE 144 II 233 E. 7.2 und BGE 140 II 315 E. 4.2). Es ist nur dann von einem schutzwürdigen Interesse auszugehen, wenn kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht, respektive wenn es unzumutbar wäre, bis zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung zuzuwarten (BGE 136 V 156 E. 4.3).

### **E. 5.2.2**

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin durch die Richtlinie EGB mehr als die Allgemeinheit betroffen, da der dadurch entstehende Mehraufwand von Anbietern dazu führen könnte, dass sie mangels Kundeninteresse, ihre private Lohnvergleichsanalyse nicht mehr wirtschaftlich anbieten könnte (vgl. E. 4.3.3 hiervor). Angesichts der Komplexität zur Erstellung einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Analyseverfahren (vgl. Art. 13c Abs. 1 GIG) ist im Übrigen auch nicht davon auszugehen, dass eine Beschwerde flut droht. Dazu passt, dass die meisten Unternehmen und damit auch die Anbieter in einem Vergabeverfahren für die Lohnvergleichsanalyse wohl ohnehin das kostenlose staatliche Tool Logib verwenden (vgl. Fischer, a.a.O., S. 108). Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu ihrer besonderen Nähe zur Richtlinie EGB aufgrund der gewalteten Korrespondenz bzw. auf den durch die Vorinstanz diesbezüglich erhobenen Vorwurf des Rechtsmissbrauchs einzugehen.

### **E. 5.2.3**

Zu prüfen bleibt, ob ein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht, das dem Begehren um Erlass einer Verfügung über Realakte vorgehen würde. Unstreitig ist, dass die Beschwerdeführerin keine (potenzielle) Anbieterin in einem Vergabeverfahren sein wird. Ihre Leistungen bietet die Beschwerdeführerin nämlich privaten Kunden an. Nicht überzeugend sind deshalb die vorinstanzlichen Ausführungen zum Rechtsschutz. Da die Beschwerdeführerin keine (potenzielle) Anbieterin sein wird, wird sie nach dem Bundesvergaberecht unbestrittenermassen nie Gelegenheit haben, einen Widerruf des Zuschlags bzw. einen (ausdrücklichen oder impliziten) Ausschluss vom Vergabeverfahren (Art. 44 Abs. 1 BÖB) oder eine Sanktionierung (vgl. Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. f BÖB) anzufechten. Dasselbe gilt im Übrigen, falls bereits eine das Logib-Tool bevorzugende Ausschreibung oder damit allenfalls verbunden die Ausschreibungsunterlagen anzufechten wäre (vgl. Art. 53 Abs. 1 und 2 BÖB; vgl. zur Frage der Verwirkung von Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen unter dem Bundesvergaberecht: Urteil des BVGer A-5776/2019 vom 9. Dezember 2020 E. 6.6.1). Auf einen allfälligen Rechtsschutz gegen eine Sanktionierung bzw. gegen einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren durch Dritte kommt es nicht an.

### **E. 6**

Als letzte Voraussetzung ist die Zulässigkeit der Begehren zu nennen. Art. 25a Abs. 1 Bst. a-c VwVG listet diese auf (vgl. E. 3.1 hiervor). Die Begehren um antragsgemässe Änderung der Richtlinie EGB und um Feststellung der Widerrechtlichkeit einer erneuten Durchführung einer Lohnvergleichsanalyse mit Logib bei beschaffungsrechtlichen Kontrollen bzw. die Beachtung von bisherigen Prüfberichten bewegen sich in diesem Rahmen.

### **E. 7**

Zusammenfassend kann folglich festgehalten werden, dass alle Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung über Realakte gemäss Art. 25a VwVG erfüllt sind. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht nicht auf das Gesuch eingetreten. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 8**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

### **E. 8.1**

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz ist insgesamt als vollständig unterliegend zu betrachten. Vorinstanzen werden jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem Verfahrensausgang entsprechend sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- ist dieser nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

### **E. 8.2**

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdeführerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Sie hat keine Kostennote eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Zeitaufwands für das Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.- als angemessen. Dementsprechend ist dieser Betrag der Beschwerdeführerin durch die unterliegende Vorinstanz als Parteientschädigung zu entrichten. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.