

# **BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-07-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-147\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-147_2023)

FR: TAF B-147/2023 du 17 juillet 2023

IT: TAF B-147/2023 del 17 luglio 2023

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

### **E. 1.1**

Das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) ist auf die Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs anwendbar (vgl. Art. 1 BöB), sofern der Auftraggeber dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB) und keiner der Ausnahmetatbestände nach Art. 10 BöB gegeben ist. Verfügungen von Auftraggeberinnen, welche dem BöB unterstellt sind, können beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Lieferungen oder Dienstleistungen betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB).

### **E. 1.1.1**

Bei der Vergabestelle handelt es sich um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB.

### **E. 1.1.2**

Der Preis des berücksichtigten Angebots liegt bei Fr. 864'204.- (exkl. MWSt.), was impliziert, dass das ausgeschriebene Auftragsvolumen deutlich über dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert von Fr. 150'000.- gemäss Ziffer 2 des Anhangs 4 BöB liegt (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 1.4).

### **E. 1.1.3**

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor.

### **E. 1.1.4**

Der vorliegend angefochtene Zuschlag fällt daher in den Anwendungsbereich des BöB und das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **E. 1.2**

Die Vergabestelle macht geltend, der Beschaffungsgegenstand falle nicht in den Staatsvertragsbereich. Die Beschwerdeführerin könne mit ihrer Beschwerde daher nur die Feststellung der Verletzung von Bundesrecht beantragen. Auf die Anträge 4 und 5 sei daher nicht einzutreten.

#### **E. 1.2.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt in ihren Rechtsbegehren 4 und 5, es sei eine Entschuldigung des Krisenmanagementzentrums und der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit zuhanden der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen anzumahnen (Rechtsbegehren 4) und es sei die Aufhebung der von ihr beanstandeten Ausschreibung anzuordnen mit der Anweisung an die Vergabestelle, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen, wobei der derzeitige Auftragsnehmer von der Angebotsabgabe auszuschliessen sei (Rechtsbegehren 5). In ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2023 führt die Beschwerdeführerin aus, sie halte an ihren Rechtsbegehren 1-3 fest. Es ist nicht klar, ob sie damit zum Ausdruck bringen wollte, dass sie an ihren Rechtsbegehren 4 und 5 nicht mehr festhalten wolle. Solange ein Beschwerdeführer seine Rechtsbegehren nicht ausdrücklich und unzweideutig zurückzieht, darf davon indessen nicht ausgegangen werden.

#### **E. 1.2.2**

In den Staatsvertragsbereich fallen die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 zum BöB, soweit sie die Schwellenwerte nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Der Beschaffungsgegenstand "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse in der Schweiz" beinhaltet gemäss Ausschreibung die Mitorganisation, Vorbereitung und Durchführung von Sicherheits- und Krisenmanagementkursen, die vorherige Konzeption des Ausbildungsmoduls sowie die Rolle als Referent und Fachexperte am Feldtag und die Durchführung von "Security Refresher"-Kursen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.6). Mit der Vergabestelle ist davon auszugehen, dass es sich bei der streitigen Beschaffung um Dienstleistungen handelt, und dass diese den Referenznummern 873 8730 "Investigation and security services", 87309 "Other security services not elsewhere classified", 929 "Other education services" und 9290 92900 "Other education services" der (provisorischen) zentralen Gütersystematik der UNO (Central Product Classification, CPC; Ausgabe 1991) entsprechen. Die Referenznummern CPC 87309 und 92900 sind nicht Bestandteil der Liste der Dienstleistungen gemäss Anhang 3 BöB, die als Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich gelten. Beim Beschaffungsgegenstand handelt es sich daher um "übrige Dienstleistungen" ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (vgl. Ziff. 2 des Anhangs 3 BöB).

#### **E. 1.2.3**

Mit der Beschwerde gegen einen Zuschlag bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann nur die Feststellung beantragt werden, dass eine Verfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 52 Abs. 2 BöB). Art. 58 BöB regelt den vergaberechtlichen Primär- und Sekundärrechtsschutz und damit die materiellen Urteilsfolgen, wenn sich die Vergabebeschwerde (mindestens teilweise) als begründet erweist. Der Primärrechtsschutz wahrt die Chance der Beschwerdeführerin, den Zuschlag zu erhalten, indem die für sie nachteilige Verfügung gerichtlich aufgehoben oder abgeändert wird. Der Sekundärrechtsschutz erschöpft sich hingegen in der Feststellung der erlittenen Rechtsverletzung zwecks Gewährung von Schadenersatz, während das Vergabegeschäft als

solches vom Beschwerdeentscheid unberührt bleibt (Micha Bühler, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N. 1). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs stehen einer übergangenen Anbieterin daher von Anfang an nur die Rechtsbehelfe des Feststellungsurteils und des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruches in Form eines Auslagenersatzes zur Verfügung (vgl. Urteile des BVGer B-2719/2022 vom 1. Dezember 2022 E. 1.8; B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 2; B-2885/2021 vom 1. März 2022 E. 1.10; Martin Beyeler, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip, Baurecht 2020, S. 40 f.; Micha Bühler, a.a.O., Art. 58 N. 18; Isabelle Hanselmann, Schadenersatzbegehren nach dem revidierten BöB, VergabeNews Nr. 31, November 2021 S. 1).

#### **E. 1.2.4**

Die in Art. 52 Abs. 2 BöB genannte Feststellung, dass eine Verfügung Bundesrecht verletze, ist in systematischer Hinsicht in Zusammenhang mit einem gleichzeitigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über ein allfälliges Schadenersatzbegehren gemäss Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB zu sehen. Eine andere Rechtsfolge sieht das Gesetz nicht vor. Soweit die Beschwerdeführerin daher beantragt, es sei eine Entschuldigung des Krisenmanagementzentrums und der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit zuhanden der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen anzumahnen (Rechtsbegehren 4), ist ihr Begehren daher unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

#### **E. 1.2.5**

Was ihr Rechtsbegehren, es sei die Aufhebung der von ihr beanstandeten Ausschreibung anzuordnen mit der Anweisung an die Vergabestelle, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen, wobei der derzeitige Auftragsnehmer von der Angebotsabgabe auszuschliessen sei (Rechtsbegehren 5), betrifft, so ist nicht restlos klar, ob die Beschwerdeführerin - welche nicht rechtlich vertreten ist - wirklich die Ausschreibung meint oder nicht eher das Vergabeverfahren. Soweit sie tatsächlich die Ausschreibung meinen sollte, so ist darauf hinzuweisen, dass eine Ausschreibung sowie alle Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, als Verfügung gelten (Art. 53 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BöB). Werden sie nicht fristgerecht angefochten, erwachsen sie in Rechtskraft und auf Beschwerden dagegen ist nicht einzutreten. Sollte die Beschwerdeführerin indessen das Vergabeverfahren meinen, so weist die Vergabestelle zu Recht darauf hin, dass ein Antrag auf Aufhebung des Vergabeverfahrens und Rückweisung zu neuer Ausschreibung ein Antrag ist, der nur im Kontext des Primärrechtsschutzes gestellt werden könnte. Im Rahmen einer Beschwerde gegen einen Zuschlag für einen Auftrag ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist ein derartiges Rechtsbegehren aber unzulässig. Auf Beschwerdebegehren 5 ist daher nicht einzutreten.

#### **E. 1.3**

Umstritten ist weiter, ob auf die Beschwerdebegehren 1 bis 3 einzutreten ist. Die Vergabestelle bestreitet diesbezüglich die Legitimation der Beschwerdeführerin.

#### **E. 1.3.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Das BöB enthält nur in Bezug auf den freihändig erteilten Zuschlag besondere Regelungen zur Beschwerdelegitimation (vgl. Art.

56 Abs. 4 BöB). Ansonsten ist die Beschwerdelegitimation grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Wie bereits dargelegt, tritt bei Vergabeverfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs an die Stelle des Primärrechtsschutzes auf Aufhebung und Änderung der angefochtenen Verfügung als Streitgegenstand der Sekundärrechtsschutz, nämlich die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung zusammen mit einem gleichzeitigen Entscheid über ein allfälliges Schadenersatzbegehren (Art. 58 Abs. 2, 3 und 4 BöB). Nach dem allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht sind Begehren auf eine behördliche oder gerichtliche Feststellung nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Ein Feststellungsantrag kann nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (BGE 141 II 113 E. 1.7; 137 II 199 E. 6.5; 126 II 300 E. 2c). In Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf eine Vergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs oder nach einer zulässigen Vertragsunterzeichnung erfolgt eine derartige Feststellung typischerweise in Zusammenhang mit dem gleichzeitigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über ein allfälliges Schadenersatzbegehren gemäss Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB (vgl. E. 1.2.4 hievor). Unter dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508; im Folgenden: aBöB) waren Schadenersatzbegehren im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes in einem separaten Verfahren nach Massgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 zu verfolgen (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BB1 2017 1851, 1985). Bei jenem zweistufigen Verfahren hatte das Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt im Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB lediglich festzustellen, ob der angefochtene Zuschlagsentscheid rechtswidrig war. Erst nach dieser Feststellung war das Verfahren gemäss Art. 35 aBöB (Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin) einzuleiten. Die Feststellung der Beschwerdeinstanz über die Rechtswidrigkeit war für den nachfolgenden vergaberechtlichen Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 35 aBöB verbindlich (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414). Da nach dem revidierten BöB das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist zum Entscheid über ein allfälliges Schadenersatzbegehren, ist fraglich, welcher Zweck der gesetzlich vorgesehenen gleichzeitigen gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung zukommen soll. In einem ersten Abschreibungsentscheid zu dieser Frage vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die Feststellung der Rechtsverletzung lediglich eine Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch darstelle und daher mit der Bezahlung des Schadenersatzes in der verlangten Höhe das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin weggefallen sei, so dass sie keinen praktischen Nutzen an der Feststellung einer allfälligen Rechtsverletzung mehr habe (Abschreibungsentscheid B-2963/2021 vom 15. Oktober 2021 S. 5).

### **E. 1.3.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Primärrechtsschutz genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt

worden ist, nicht, um seine Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist im Primärrechtsschutzverfahren zur Beschwerde nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Diese Fragen stellen sich in gleicher Weise im Sekundärrechtsschutzverfahren. War eine allfällige Rechtswidrigkeit nicht kausal dafür, dass der Beschwerdeführer selbst den Zuschlag nicht erhalten hatte, so fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang mit dem Schaden, den der betreffende Beschwerdeführer geltend machen möchte (BGE 141 II 14 E. 4.6 "Monte Ceneri"). Ein allfälliges subjektives Interesse an der Feststellung einer Rechtswidrigkeit, durch welche die Rechtsposition des Beschwerdeführers selbst nicht relevant beeinflusst wurde, wäre zu abstrakt, um ein genügendes Feststellungsinteresse und damit seine Legitimation zu begründen. Auch wenn ein Beschwerdeführer im Sekundärrechtsschutzverfahren nur mehr eine Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz verlangen kann, hat er daher nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Begründung seiner Beschwerdelegitimation in gleicher Weise wie im Primärrechtsschutzverfahren darzutun, dass er eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag selber zu erhalten, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt worden wäre oder überhaupt hätte gewährt werden können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri"; Urteile B-3709/2021 E. 3.2.2.2; B-2885/2021 E. 2.1).

### **E. 1.3.3**

Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich aufgefordert, ihre Vorbringen in Bezug auf die Frage ihrer Beschwerdelegitimation zu ergänzen. Die Beschwerdeführerin hat indessen weder ein konkretes Schadenersatzbegehren gestellt noch geltend gemacht, dass sie beabsichtige, eines zu stellen. Sie begründet auch nicht, warum sie - unabhängig von einem Schadenersatzbegehren - ein konkretes praktisches Interesse an den von ihr beantragten Feststellungen haben sollte. Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich, der Beschaffungsgegenstand sei absichtlich so definiert worden, dass der Zuschlagsempfänger gegenüber den anderen Anbietern bevorzugt worden sei. Aufgrund seiner langjährigen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle habe er über einschlägige Kenntnisse verfügt, die ihm ermöglicht hätten, ein vorteilhafteres Angebot einzureichen. Die Vergabestelle legt dagegen dar, dass das Angebot der Beschwerdeführerin in sämtlichen Zuschlagskriterien die tiefste Bewertung der vier Angebote erzielt habe. Der Abstand zum zweitplatzierten Angebot habe 68 von 500 möglichen Punkten betragen. Die Beschwerdeführerin rügt zwar auch eine Unterbewertung ihres Angebots, macht aber nicht geltend, ihr Angebot hätte korrekterweise mit mehr Punkten als das zweitplatzierte Angebot bewertet werden sollen. So führt sie in ihrer Eingabe vom 5. Juli 2023 wörtlich aus: "Die Beschwerdeführerin möchte an dieser Stelle noch einmal betonen, dass sie nicht den Entscheid der Vergabestelle als solchen anfechten möchte, und in keiner Weise behauptet, die beste Anbieterin gewesen zu sein, die den Zuschlag hätte erhalten müssen." Selbst wenn daher das Gericht der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen würde, dass der offensichtliche Vorteil, den der Zuschlagsempfänger aufgrund seiner Kenntnisse durch die

langjährige Zusammenarbeit mit der Vergabestelle hatte, zu seinem Ausschluss hätte führen müssen, so ist unbestritten, dass in diesem Fall nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Anbieterin im zweiten Rang den Zuschlag hätte erhalten müssen. Ein Kausalzusammenhang zwischen den von der Beschwerdeführerin behaupteten Verfahrensfehlern und dem Umstand, dass sie den Zuschlag nicht erhalten hat, besteht damit unbestrittenermassen nicht.

#### **E. 1.3.4**

Die Beschwerdeführerin ist daher nicht zur Beschwerde legitimiert, weshalb auch auf die Beschwerdebegehren 1 bis 3 nicht einzutreten ist.

#### **E. 2**

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

#### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Pro-zessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) und ist vorliegend auf Fr. 1'500.- festzusetzen.

#### **E. 4**

Als unterliegender Partei ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Zuschlagsempfänger hat sich nicht mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt, weshalb auch er keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff. (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) und BöB tätigen, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1443).

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