

BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2192_2018

FR: TAF B-2192/2018 du 12 juin 2018

IT: TAF B-2192/2018 del 12 giugno 2018

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

E. 1.2

Gegen Verfügungen über den Zuschlag und den Ausschluss steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Indessen ist die Beschwerde nur zulässig in Bezug auf Vergaben, welche in den Anwendungsbereich des BöB fallen (Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 3; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1220).

E. 1.3

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 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2.1

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Art. 32 ff. VöB (im 3. Kapitel: «Übrige Beschaffungen») regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das BöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den

entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 2.2

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.4 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff « Dienstleistungsauftrag » einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift « Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen » entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71300000 - Dienstleistungen von Ingenieurbüros - aufgeführt (vgl. Ziffer 2.3 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov den Subklassen 86721 bis 86739, welche wiederum zur CPC-Gruppe 867 gehören. Diese Referenznummer 867 der CPCprov wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 bzw. Anhang 1a der VöB) erfasst. Damit fällt die vorliegende Beschaffung vom Auftragsgegenstand her in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 2.3

Die Vergabestelle stellt sich nun auf den Standpunkt, dass der massgebliche Schwellenwert von Fr. 230'000.- vorliegend unterschritten sei (Beschwerdeantwort, Rz. 4 ff.), was von den Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten wird (Stellungnahme vom 23. Mai 2018, Seite 1).

E. 3.1

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (AS 2015 4743) beträgt der Schwellenwert

für Dienstleistungen Fr. 230'000.-. Massgeblich ist nach Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags (Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.5 "Baumeisterarbeiten Vorausmassnahmen Unterhaltsplanung N3"; Urteil des BVGer B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.7 "Travaux de réfection N9"). Der von der Vergabestelle im vorliegenden Fall geschätzte Preis liegt bei Fr. 200'000.- (vgl. Ziffer 2.5 des Evaluationsberichts [Auszug gemäss Beilage 2 der Vergabestelle]). Dieser Betrag entspricht auch dem Eintrag auf dem "Check- und Verlaufsblatt Offenes Verfahren", gemäss welchem die per 11. Oktober 2017 datierte Auftragswertschätzung ebenfalls auf Fr. 200'000.- lautet. Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 180'837.38 exkl. MwSt. vergeben. Die Angebote der nicht ausgeschlossenen Anbieter liegen schliesslich alle unter 200'000.- (vgl. Ziffer 2.4 des Evaluationsberichts [Auszug gemäss Beilage 2 der Vergabestelle]). Dies zeigt, dass die von der Vergabestelle getätigte Schätzung plausibel war, was die Beschwerdeführerinnen im Übrigen auch nicht bestreiten. Demzufolge ist der Schwellenwert von Fr. 230'000.- nicht erreicht. Zu prüfen bleibt demnach einzig, ob eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts dadurch gegeben ist, dass sowohl die Ausschreibung als auch die Zuschlagspublikation eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, wobei die Vergabestelle im an die Beschwerdeführerinnen gerichteten Schreiben vom 6. April 2018 auf die Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagspublikation ausdrücklich hingewiesen hat.

E. 3.2

Massgebend für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist die Anwendbarkeit des BöB (vgl. E. 2.2 hiervor). Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist dagegen ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; Entscheid der BRK im Verfahren 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 1b). Die Vergabestelle hat auch nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Regime BöB bzw. des GPA nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 29 BöB zu machen, wenn sie beispielsweise weiss, dass die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht sind. Der Anwendungsbereich des BöB wird durch das Gesetz selbst abschliessend geregelt. Auch eine Ausschreibung und Zuschlagserteilung nach den Regeln des GPA und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht zur Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, nicht veröffentlichte E. 1.2 "Personalverleih"; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 1.2 "Entwicklungshilfe"; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1219 mit Hinweisen). Das gilt sogar dann, wenn die Vergabestelle die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zunächst bejaht und diese erst im Rahmen einer zweiten Stellungnahme bestreitet, wobei ein allfälliger Verstoss gegen Treu und Glauben in diesem Zusammenhang bei den Kostenfolgen allenfalls zu berücksichtigen ist (Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.1 "Sanierung Rietliareal"). Damit kann offen bleiben, ob die Vergabestelle versehentlich oder freiwillig und bewusst mit dem Ziel, einen breiteren Anbietermarkt zu erreichen, ein offenes Verfahren eingeleitet hat, wie sie im Nachhinein ohne Hinweis auf einen entsprechenden Aktenvermerk behauptet (Vernehmlassung, S. 4). Jedenfalls ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die

Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Da der massgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird, fällt die in Frage stehende Vergabe de lege lata nicht in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. aber den de lege ferenda vorgesehenen Sekundärrechtsschutz gemäss Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 des Entwurfs vom 15. Februar 2017 für ein neues BöB [BBl 2017 2005, 2031]). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache somit nicht zuständig. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

E. 4

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend. Angesichts des Vergabevolumens wären in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) grundsätzlich Verfahrenskosten in der Höhe von ca. Fr. 3'000.- zu erheben. Jedoch kann auf die Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Art. 6 Bst. b VGKE ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (vgl. Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, nicht veröffentlichte E. 10.1 "Personalverleih"). Dabei ist erstens der geringere Aufwand zu berücksichtigen, den ein einfacher Nichteintretensentscheid mit sich bringt. Zweitens kann auch die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung von Bedeutung sein (Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 7 "Entwicklungshilfe"), wobei bei einer nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin auch eine als unrichtig erkennbare Rechtsmittelbelehrung Berücksichtigung finden kann. Vorliegend rechtfertigt es sich demnach, reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.- zu erheben. Der verbleibende Restbetrag des Kostenvorschusses ist den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten. Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Eine solche wurde im Übrigen auch nicht beantragt.

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