

BVGer B-2885/2021 vom 1. März 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2885_2021

FR: TAF B-2885/2021 du 1 mars 2022

IT: TAF B-2885/2021 del 1 marzo 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) findet dieses Gesetz Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

E. 1.2

Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB können Verfügungen (Art. 53 BöB, s. E. 1.3) dieser Auftraggeberinnen (Art. 4 BöB, s. E. 1.4) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Dienstleistungen betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreichen (Ziff. 2 des Anhangs 4 BöB, s. E. 1.5 - 1.7), und der betreffende Auftrag nicht unter eine der Ausnahmen gemäss Art. 10 BöB fällt oder eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB darstellt (Art. 52 Abs. 5 BöB, s. E. 1.8; Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1).

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung vom 1. Juni 2021 angefochten, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

E. 1.4

Wie soeben erwähnt, muss die angefochtene Verfügung sodann von einer dem Gesetz unterstellten Vergabestelle stammen (Art. 4 BöB). Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.5

In Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 23. Februar 2021 gibt die Vergabestelle an, dass es sich um eine "Dienstleistung" handelt. Bei der vorliegend zu beschaffenden Leistung geht es um die Sicherstellung des Sicherheits- und Verkehrsdienstes auf dem Rastplatz Wileroltigen. Die Vergabestelle unterstützt den Kanton Bern temporär bei der Zurverfügungstellung von Transitplätzen für Fahrende. Daher dient der Rastplatz Wileroltigen ausnahmsweise nicht nur der kurzzeitigen Erholung der Strassenbenützer, sondern teilweise auch der Beherbergung von ausländischen Fahrenden. Der Rastplatz wird aus Sicherheitsgründen in zwei Zonen aufgeteilt, welche durch eine Barriere abgetrennt

sind. Die zu beschaffende Leistung hat insbesondere zum Inhalt, mit zwei Personen im 24/7 Schichtbetrieb die Ein- und Ausfahrt in den Rastplatz zu kontrollieren sowie die Sicherheit für alle Benutzer zu gewährleisten (Pflichtenheft, Ziff. 1 und 2). Die Einstufung als Dienstleistung ist daher zutreffend.

E. 1.6.1

Im Folgenden zu prüfen ist, ob diese Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn diese in Anhang 3 BöB aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Hierfür massgebend ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (CPC prov; Urteile des BVGer B-4157/2021 E. 1.1.3 und B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

E. 1.6.2

Der Inhalt des vorliegenden Auftrages wird in Buchstabe A.a und in der Erwägung 1.7.2 detailliert beschrieben. Die im SIMAP aufgeführte CPC-Referenznummer 12 (Architektur; technische Beratung und Planung und integrierte technische Leistungen; Stadt und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung) erweist sich demnach - wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 2. August 2021 selbst erwähnt - als offensichtlich unzutreffend. Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass der vorliegende Dienstleistungsauftrag vielmehr der prov. CPC-Referenznummer 87305 (Guard services) zuzuordnen ist, welche unter anderem auf "security guard services, parking control und access control services" verweist (vgl. Urteil B-4889/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 3.3).

E. 1.6.3

Die prov. CPC-Referenznummer 87305 ist auf der Positivliste des Anhangs 3 BöB nicht aufgeführt. Damit liegt die ausgeschriebene Leistung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

E. 1.7.1

Sodann bleibt zu klären, ob der Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB setzt wie erwähnt für Dienstleistungen voraus, dass der Schwellenwert für das Einladungsverfahren erreicht ist. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen im Einladungsverfahren für alle Auftraggeberinnen Fr. 150'000.- und im offenen und selektiven Verfahren für Auftraggeberinnen nach Art. 4 Abs. 1 BöB Fr. 230'000.- (Ziff. 2 des Anhangs 4 BöB).

E. 1.7.2

Die Vergabestelle hat den Wert der ausgeschriebenen Leistungen auf ca. [...] Fr. geschätzt und den Auftrag entsprechend zutreffend im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Zuschlagsempfängerin hat den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'916'880.- (exkl. MwSt) erhalten. Entsprechend ist der für die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht massgebende Schwellenwert zweifelsfrei überschritten (Art. 52 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Ziff. 2 des Anhangs 4 BöB).

E. 1.8

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB (Art. 52 Abs. 5 BöB).

E. 1.9

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.10

Der vorliegende Auftrag liegt wie vorne erwähnt allerdings ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, weshalb mit der Beschwerde nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung und die Leistung von Schadenersatz beantragt werden kann (Sekundärrechtsschutz, Art 52 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1 BöB). Von vornherein nicht beantragt werden kann die Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Primärrechtsschutz; vgl. Martin Beyeler, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip, Baurecht 2020 S. 40 f.).

E. 2.1

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (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). Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen. Auch dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist deshalb nur dann zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Dieses besteht darin, dass ein Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird. Die gesuchstellende Person muss folglich nachweislich Dispositionen nicht treffen können oder solche ungerechtfertigterweise unterlassen, sofern die feststellende Verfügung nicht ergeht. Mithin ist auch bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen (Isabelle Häner, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 25 N. 17). Im Vergaberecht stellt das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar, weshalb die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsinteresse nicht restriktiver sind, als bei einem Beschwerdebegehren, das auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung gerichtet ist (Urteil des BVGer B-2560/2021 vom 11. Januar 2022 E. 1.4 m.H.). Dies setzt voraus, dass der Beschwerdeführer eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, denn andernfalls kann die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden gewesen sein (BGE 141 II 14 E. 4.1).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde, ist sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

E. 2.3

Vorliegend bemängelt die Beschwerdeführerin die Bewertung bei "Zuschlagskriterium ZK 2 Schlüsselpersonen". Gemäss Ziff. 4.6 der SIMAP-Publikation kommt dem EK 2 eine Gewichtung von 20% zu. Der Evaluationsübersicht kann entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin beim EK 2 die Note 3 und damit 60 Punkte erhalten hat. Im Weiteren geht aus der Evaluationsübersicht hervor, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin insgesamt 455 Punkte und jenes der Beschwerdeführerin total 387 Punkte erreicht hat. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen würde, dass das Angebot der Beschwerdeführerin beim EK 2 mit der Maximalnote 5 zu bewerten gewesen wäre und damit die Maximalpunktzahl von 100 erreicht hätte, hätte die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot immer noch schlechter abgeschlossen als die Zuschlagsempfängerin (387 Punkte + 40 Punkte = 427 Punkte). Sie hätte somit auch bei einer Bewertung mit der Maximalnote beim EK 2 keine reelle Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten. Im Übrigen anerkennt auch die Beschwerdeführerin, dass sie im Falle einer Gutheissung der Beschwerde die geforderte Punktezahl nicht erreiche (s. Buchstabe B).

E. 2.4

Da die Beschwerdeführerin, selbst wenn sie mit ihren Rügen durchdringen würde, den Zuschlag selber nicht erhalten könnte, fehlt es ihr für den Sekundärrechtsschutz an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse. Das blosses Interesse, die Wertigkeit der Eidgenössischen Berufsprüfung zu schützen, begründet vorliegend kein praktisches Rechtsschutzinteresse. Der Beschwerdeführerin würde bei Gutheissung ihrer Begehren kein effektiver praktischer Vorteil erwachsen, weshalb ihre Beschwerdelegitimation zu verneinen ist.

E. 2.5

Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten.

E. 3.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Mit Blick auf den entstandenen Verfahrensaufwand, namentlich aufgrund der Tatsache, dass nur die Eintretensfrage zu beurteilen ist, sind der Beschwerdeführerin reduzierte Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 1'000.- aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der verbleibende Restbetrag des Kostenvorschusses ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

E. 3.2

Ausgangsgemäss hat die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die (im vorliegenden Verfahren ohnehin ebenfalls nicht anwaltlich vertretene) Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt (Elisabeth Lang, Handkommentar BÖB, 2020, Art. 55 N 32; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1443 m.w.H.).

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