

# **BVGer B-3970/2019 vom 20. Februar 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3970\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3970_2019)

FR: TAF B-3970/2019 du 20 février 2020

IT: TAF B-3970/2019 del 20 febbraio 2020

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, das vorliegende Verfahren B-3970/2019 mit dem Verfahren B-5108/2019 zu vereinigen.

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Verfahrensvereinigung diene der Prozessökonomie, weil beiden Verfahren der gleiche Sachverhalt zugrunde liege und sich die gleichen Rechtsfragen stellten. Auch könne dadurch die Frage nach dem Vorliegen eines zulässigen Anfechtungsobjekts im Verfahren B-3970/2019 offengelassen werden, zumal die im Verfahren B-5108/2019 erhobene Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung ohnehin materiell zu beurteilen sei. Dieses Vorgehen entspreche ebenfalls der Prozessökonomie.

#### **E. 1.2**

Dagegen wendet die Vergabestelle ein, die Inexistenz einer Eintretensvoraussetzung als prozessualer Mangel im Verfahren B-3970/2019 könne nicht nachträglich auf dem Weg der Vereinigung mit dem Verfahren B-5108/2019 korrigiert werden. Eine Verfahrensvereinigung komme nur dann in Betracht, wenn beide Beschwerden die Eintretensvoraussetzungen je selbständig erfüllten.

#### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht kann, namentlich aus prozessökonomischen Gründen, zwei oder mehrere Beschwerden in einem Verfahren vereinigen, wenn die einzelnen Sachverhalte in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen und sich gleiche oder ähnliche Rechtsfragen stellen (vgl. BGE 131 V 224 E. 1; 128 V 124 E. 1; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.17 m.w.H.). Zwar stützen sich die beiden Beschwerden vom 5. August 2019 und 30. September 2019 (bis zum jeweils relevanten Verfahrensstadium) auf den gleichen Sachverhalt und betreffen in materieller Hinsicht ähnliche Rechtsfragen. Da die Beschwerden jedoch insbesondere im Zusammenhang mit den Eintretensvoraussetzungen unterschiedliche Rechtsfragen aufwerfen, drängt sich eine Vereinigung der Verfahren B-3970/2019 und B-5108/2019 nicht auf. Im Übrigen ist das prozessuale Instrument der Vereinigung indifferent gegenüber den einzelnen Eintretensvoraussetzungen der zusammengelegten Verfahren.

#### **E. 1.4**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Vereinigung des vorliegenden Verfahrens B-3970/2019 mit dem Verfahren B-5108/2019 ist abzuweisen.

## **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Urteil des BVGer B-7904/2007 vom 16. Januar 2008 E. 3).

### **E. 2.1**

In Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) steht gegen Verfügungen im Sinn von Art. 29 BöB die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 BöB).

### **E. 2.2**

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 (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist 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 Auftrags den Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

#### **E. 2.2.1**

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

#### **E. 2.2.2**

Die Vergabestelle schrieb die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag aus (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018). 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 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Gesetzes [...]" 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 Rechtsweg 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 wies die Beschaffung der Gemeinschaftsvokabular-Referenznummer CPV 90000000 "Abwasser- und Abfallbeseitigungs-, Reinigungs- und Umweltschutzdienste" zu (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 12. Oktober 2018). Diese entspricht einer der CPCprov-Klassifikation Nr. 94 ("Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen") zuzuordnenden Dienstleistung, welche von dem Anhang I Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a (Ziff. 18) zur VöB erfasst wird. Die Beschaffung fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

### **E. 2.2.3**

Das geschätzte Auftragsvolumen (vgl. Beilage zum Pflichtenheft [Version 2.0] Nr. 3.1-Version 2.0 "Preisblatt/Mengengerüst") liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 22. November 2017 für die Jahre 2018 und 2019; SR 172.056.12]).

### **E. 2.2.4**

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die hier in Frage stehende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der Streitsache zuständig.

### **E. 2.3**

Zu prüfen ist, ob ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt.

#### **E. 2.3.1**

Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (Bst. b), der Zuschlag oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (Bst. a). Hingegen bilden die Ausschreibungsunterlagen kein selbständiges Anfechtungsobjekt (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2; zum Ganzen BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 12. Juni 2012 E. 3.1 und 4.3 "Abfallentsorgung"). Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen sind de lege lata und nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern zusammen mit dem nächstfolgenden - in eine Verfügung nach Art. 29 BöB mündenden - Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (vgl. BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung I"; BVGE 2014/14 E.4.4 "Suchsystem Bund" m.w.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 1.2). Zwar können, namentlich aus prozessökonomischen Gründen, im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung auch Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen gerügt werden, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 m.w.H. "Produkte zur Innenreinigung I"; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 1.2). Dadurch werden die Ausschreibungsunterlagen aber nicht zum selbständigen Anfechtungsobjekt (vgl.

Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2 m.w.H.).

### **E. 2.3.2**

Die Beschwerdeführerin verlangt in der Sache die Aufhebung und Anpassung der ihr mit E-Mail vom 15. Juli 2019 zugesandten aktualisierten Ausschreibungsunterlagen (insbesondere der Beilagen zum Pflichtenheft [Version 2.0] Nr. 2.0-Version 2.0 "Leistungsanforderungen", Nr. 3.1-Version 2.0 "Preisblatt/Mengengerüst" und Nr. 3.2-Version 2.0 "Anfahrtsorte pro Jahr") und rügt im Wesentlichen eine rechtswidrige Modifikation dieser Unterlagen namentlich hinsichtlich der definierten Vertragslaufzeit und der vorgesehenen Leistungen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 1: "Die geänderten Ausschreibungsunterlagen [...] seien aufzuheben und wie folgt anzupassen [...]") [Hervorhebung hinzugefügt]). Die Beschwerde richtet sich demnach - losgelöst von einer Verfügung im Sinn von Art. 29 BÖB - einzig gegen die Ausschreibungsunterlagen vom 15. Juli 2019, womit sie eines zulässigen Anfechtungsobjekts ermangelt. Damit sind die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde vom 5. August 2019 (Verfahren B-3970/2019) nicht einzutreten.

### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Mit Blick auf den entstandenen Verfahrensaufwand, namentlich im Zusammenhang mit den prozessualen Beschwerdeanträgen (vgl. Zwischenverfügung vom 8. August 2019), sind der Beschwerdeführerin reduzierte Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 3'000.- 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]).

### **E. 4.2**

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die (im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht anwaltlich vertretene) Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt (vgl. 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.