

BVGer B-4155/2025 vom 25. August 2025

Bundesverwaltungsgericht, 2025-08-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4155_2025_d20250825

FR: TAF B-4155/2025 du 25 août 2025

IT: TAF B-4155/2025 del 25 agosto 2025

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen | Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlag betreffend das Projekt "Bewirtschaftung Archiv Interlaken" - Freihändige Vergabe - SIMAP Meldungsnummer #15316-01

Erwägungen

E. 1

Januar 2026 und mit Ende auf 31. Dezember 2035 gesetzt wurde (vgl. Verfahrensentscheid, Pkt. 1.4),

B-4155/2025 Seite 3 dass die Vergabestelle nach der Einreichung des Angebots der Z._____ (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) vom 27. April 2025 dieser mit Verfügung vom 15. Mai 2025, publiziert am 20. Mai 2025 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz), gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. e BöB den Zuschlag erteilte (SIMAP-Meldungsnummer #15316-01), dass die Vergabestelle diesen Zuschlag damit begründete, dass ein Wechsel des Anbieters der bereits erbrachten Leistungen erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde, da für die Leistungserbringung ein umfassendes Fachwissen und Kenntnisse betreffend die Organisation der Armee (Kennzeichnungen und Nummerierungen von Unterlagen, Verträgen, Plänen, usw.), Aufbauorganisation der Armee (ursprüngliche Organisation und jetzige Organisation) inkl. deren Dokumentenstruktur und den Objektaufbau von Bauten mit militärischer Nutzung notwendig seien, dass die Vergabestelle schliesslich betont, dass dieses spezifische Fachwissen und die vertieften Kenntnisse die Qualität des Archivs fortlaufend verbessern und mit Prozessoptimierungen Mehrwerte zugunsten von armasuisse Immobilien schaffen würden (vgl. Zuschlagspublikation mit der SIMAP-Meldungsnummer #15316-01, "Begründung des Zuschlagsentscheids"), dass die Vergabestelle in der Zuschlagspublikation auch vermerkte, dass es sich um eine Dienstleistungsvergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereiches handle, sowie in der Rechtsmittelbelehrung festhielt, dass gestützt auf Art. 52 Abs. 2 BöB mit der Beschwerde einzig die Feststellung, dass die vorliegende Verfügung Bundesrecht verletzt, nicht jedoch die Aufhebung der Verfügung beantragt werden kann (vgl. Zuschlagspublikation mit der SIMAP-Meldungsnummer #15316-01, "Staatsvertragsbereich" und "Rechtsmittelbelehrung"), dass die Vergabestelle gegenüber der X._____ mit Schreiben vom 26. Mai 2025 zur Rechtfertigung der Freihandvergabe festhielt, dass die gegenständlichen Archivdienstleistungen in der Vergangenheit (seit 2006) mehrfach öffentlich ausgeschrieben worden seien, aber jeweils nur ein gültiges Angebot durch die Beschwerdegegnerin eingereicht worden sei und dass diese sich somit über die letzten Jahre ein spezifisches Fachwissen im Umgang mit den Unterlagen im Archiv Interlaken angeeignet habe,

B-4155/2025 Seite 4 dass daraufhin die X. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom

E. 2

Der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Der Auftraggeberin sei superprovisorisch zu untersagen, vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens einen Vertrag betreffend "Bewirtschaftung Archiv Interlaken" abzuschliessen.

E. 3

Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und sämtliche Verfahrensakten zu gewähren sowie anschliessend die Gelegenheit zur ergänzenden Begründung der Beschwerde zu geben.

E. 4

Das Beschwerdeverfahren sei auf die Frage zu beschränken, ob der Eventualantrag der Beschwerdeführerin (Rechtsbegehren 2 gemäss Beschwerdeergänzung vom 19. Juni 2025) verspätet erfolgte; eventualiter, ob sie über ein hinreichendes Feststellungsinteresse für diesen Antrag verfügt.

E. 5

Der Beschwerdeführerin sei bis zum Entscheid über die Zulässigkeit des Eventualantrags bzw. das Eintreten auf die Beschwerde keine Akteneinsicht zu gewähren. Eventualiter: Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Vergabeakten sei abzuweisen in Bezug auf (i) das Angebot der Zuschlagsempfängerin und (ii) die weiteren Vergabeakten, soweit diese Rückschlüsse auf das Angebot und/oder Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin zulassen oder schützenswerte Personendaten von Mitarbeitenden der Vergabestelle enthalten. dass die Beschreibung des Beschaffungsgegenstands relevant ist für die Frage, ob die Vergabe in den Staatsvertragsbereich fällt, dass die Vergabestelle auf instruktionsrichterliche Nachfrage (Aktennotiz vom 18. Juli 2025) hin ihr Einverständnis gegeben hat, dass der Beschwerdeführerin vorläufig mit Verfügung vom 18. Juli 2025 lediglich das Beweismittelverzeichnis, Seite 1 und Punkt 1.2 auf Seite 2 des geschwärzten Verfahrensentscheids (als Auszug) und der seitens der Vergabestelle nicht geschwärzte Leistungsbeschreibung zuzustellen waren, dass die Vergabestelle die angeführte Abweisung des Antrags um aufschiebende Wirkung unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 3 zum BöB damit begründet, dass die Vergabe aufgrund ihrer Zuordnung zur CPCprov-Referenznummer 96312 "Archive services" ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liege, dass sie ihre anderen Rechtsbegehren zum Sekundärrechtsschutz unter anderem damit begründet, dass das Eventualbegehren zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags verspätet erfolgt sei oder, sei dies nicht der Fall, der Beschwerdeführerin jedenfalls das notwendige Feststellungsinteresse zur Stellung dieses Antrags fehle, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht hat vernehmen lassen, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 18. Juli 2025 festhielt, dass es nur bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB), dass das Gericht demnach mit Verfügung vom 18. Juli 2025 erwogen hat, dass die Frage, ob die zu beurteilende Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt, prioritär zu behandeln bzw. ausser Streit zu stellen ist, und der Beschwerdeführerin demnach Gelegenheit gegeben wurde, bis zum 4. August 2025 zum Antrag der Vergabestelle, namentlich, es sei der Antrag auf aufschiebende Wirkung

(insbesondere aufgrund der CPCprov-Zuordnung) abzuweisen, Stellung zu nehmen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 5. August 2025 auf gerichtliche Nachfrage hin bestätigte, auf eine Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung verzichtet zu haben, dass deshalb mit Verfügung vom 5. August 2025 der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung geschlossen wurde, und in Erwägung gezogen, dass Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist, dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 53 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag an einen Anbieter im Vergabeverfahren zuständig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 54 Abs. 2 BöB) entscheidet, dass über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung entschieden wird (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 1.3 mit Hinweisen "Widerruf SBB"), dass dies auch bei einer freihändigen Vergabe gilt, weil auch hier durch den bereits erfolgten Zuschlag der Vertragsschluss mit einer Konkurrentin der Beschwerdeführerin unmittelbar bevorsteht (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19, E. 1.2 "Microsoft"), dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend sind, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG), dass das Gericht von Amtes wegen und mit freier Kognition prüft, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 "Steuerung Verkehrsmanagement der Nationalstrassen" und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 "Publicom"), dass gemäss Art. 1 BöB dieses Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung findet, dass dabei der subjektive Geltungsbereich Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB bildet, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält, und die Ausnahmen zum Geltungsbereich in Art. 10 BöB geregelt sind, dass allerdings nur bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich der Beschwerde auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung durch das Bundesverwaltungsgericht gewährt werden kann (Art. 54 Abs. 2 BöB i.V.m. Anhang 5), dass demnach im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz gilt, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.2 "Widerruf SBB"), dass die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen ist, wenn davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, und dass die aufschiebende Wirkung von vornherein ausserdem nicht zu gewähren ist, wenn auf die Beschwerde oder jedenfalls auf das Rechtsbegehren, es sei der angefochtene Zuschlag aufzuheben, aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-486/2025 vom 2. Mai 2025 E. 3.3 "Digitalisierung ESTV"), dass im Folgenden daher zunächst zu prüfen ist, ob die

ausgeschriebene Dienstleistung sachlich dem Staatsvertragsbereich untersteht, was gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB nur dann zutrifft, wenn diese von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird und die Schwellenwerte nach Anhang 4 zum BöB (Ziffer 1) erreicht werden (Zwischenentscheid des BVGer B-5341/2024 vom 19. Dezember 2024 E. 2.4 "Kleiderlogistik"), dass die Vergabestelle (vgl. auch oben die Zuschlagspublikation) davon ausgeht, dass die eigentliche Archivbewirtschaftung in den Jahren 2023 bis 2024 68.8 Prozent des Dienstleistungspakets ausgemacht hat, das vorliegend beschafft werden soll, und dass auf die Aufbereitung archivwürdiger Unterlagen 28.5 Prozent des Auftragsvolumens entfallen, wogegen Kurierdienste, Allgemeine Dienste und Support vernachlässigbar sind (Stellungnahme vom 17. Juli 2025, Rz. 9), dass für die Einordnung einer Dienstleistung nach Anhang 3 zum BöB die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (CPCprov) massgebend ist (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; Marco Fetz/Marc Steiner, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 2020, Rz. 68 mit Fn. 201), dass gemäss Ziffer 1.1 des Verfahrensentscheides die Auftragsvergabe einer Dienstleistung mit dem CPC-Code 96, namentlich der Referenznummer 96312 "Archive services" entspricht (vgl. auch Stellungnahme Vergabestelle vom 17. Juli 2025), die insoweit sachlich gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 3 zum BöB nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, da sie nicht in der Positivliste des Absatz 1 des Anhangs 3 für Dienstleistungen aufgeführt ist, dass dasselbe im Übrigen selbst für den Fall gelten würde, dass die vorliegende Beschaffung unter der Gruppe 911 "Administrative services of the government" (Referenznummer 91149) zu klassifizieren wäre, dass bei gemischten Dienstleistungen die Präponderanztheorie zur Anwendung gelangt, wonach der finanziell hauptsächliche Teil eines Geschäftes für die Unterstellung bzw. Nichtunterstellung unter das Submissionsrecht massgebend ist (Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 2.6 "Übersetzungsdienstleistungen swissgrid"; vgl. Thomas P. Müller, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 8 Rz. 56 f.), dass demnach selbst für den Fall, dass die Aufbereitung der archivwürdigen Unterlagen anders zu klassifizieren wäre, der Anteil dieser Arbeit mit prima facie 28.5 Prozent des gemischten Auftrags zu klein wäre, um an der Zuordnung des Gesamtauftrags etwas zu ändern, dass zusammenfassend im vorliegenden Fall aufgrund der (im Hauptverfahren allenfalls ergänzungsbedürftigen) Akten prima facie davon auszugehen ist, dass es sich bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen den Ausführungen der Vergabestelle entsprechend vorwiegend um Archivdienstleistungen handelt, dass nach dem Gesagten die in Frage stehende freihändige Vergabe prima facie zwar in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Staatsvertragsbereich einschlägigen Schwellenwerte (Fr. 230'000.- gemäss Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Anhang 4 Ziffer 1 BöB) ohne Weiteres überschreitet, allerdings sachlich nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, dass demnach der Beschwerdeantrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung wie auch das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall prima facie aller Voraussicht nach nicht zulässig sind (Art. 54 Abs. 2 BöB), dass daher dem Begehren des Beschwerdeführers auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden kann, dass im Hauptverfahren - allenfalls nach Beweiserhebung zu den Anteilen der verschiedenen Dienstleistungselemente am Beschaffungsgegenstand - über die Frage zu befinden sein wird, ob auf das Begehren der Beschwerdeführerin betreffend die Aufhebung der angefochtenen Verfügung eingetreten werden kann, dass die Vergabestelle ausserdem

geltend macht, dass die Beschwerdeführerin ihren Eventualantrag auf Feststellung der Verletzung von Bundesrecht verspätet, d.h. lediglich mit der Beschwerdeergänzung eingereicht habe, und eventualiter über kein hinreichendes Feststellungsinteresse für diesen Antrag verfüge (Stellungnahme der Vergabestelle vom 17. Juli 2025, Rz. 21 ff.), dass diese Begehren den Sekundärrechtsschutz bzw. das Hauptverfahren betreffen, dass der Schriftenwechsel im Hauptverfahren nach Rechtskraft des vorliegenden Zwischenentscheids mit separater Verfügung zu eröffnen sein wird, dass über die Kosten dieses Zwischenentscheides mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden ist.

E. 6

Juni 2025 (Posteingang:

E. 10

Juni 2025) beim Bundesverwaltungsgericht gegen die auf der Plattform SIMAP am 20. Mai 2025 publizierte Verfügung der Vergabestelle vom 15. Mai 2025 betreffend den Zuschlag im freihändigen Beschaffungsverfahren "Bewirtschaftung Archiv Interlaken" (SIMAP-Meldungsnummer #15316-01) mit nachfolgenden Rechtsbegehren Beschwerde erhob: RECHTSBEGEHREN 1. Die Zuschlagsverfügung vom 20. Mai 2025 betreffend «Bewirtschaftung Archiv Interlaken» sei aufzuheben. Der Auftrag sei entweder im offenen Verfahren oder im selektiven Verfahren auszuschreiben. 2. Der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Der Auftraggeberin sei superprovisorisch zu untersagen, vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens einen Vertrag betreffend "Bewirtschaftung Archiv Interlaken" abzuschliessen. 3. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und sämtliche Verfahrensakten zu gewähren sowie anschliessend die Gelegenheit zur ergänzenden Begründung der Beschwerde zu geben. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zulasten der Auftraggeberin. dass die Beschwerdeführerin unter anderem den prozessualen Antrag stellte, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, dass der Vergabestelle deshalb mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2025 untersagt wurde, Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, vorzunehmen (namentlich der Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin), dass die Beschwerdeführerin ausserdem um umfassende Einsicht in die vollständigen Vergabeakten ersuchte, dass die Beschwerdeführerin in der Beschwerde (Rz. 5 bis 9) von einer Beschaffung im Staatsvertragsbereich ausgeht, wogegen die Vergabestelle in ihrer Publikation des Zuschlags vom 20. Mai 2025 ausdrücklich ("Staatsvertragsbereich: Nein") von einer Dienstleistung ausgeht, die nicht in den Staatsvertragsbereich fällt,

B-4155/2025 Seite 5 dass daher die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom

E. 11

Juni 2025 ersucht wurde, ihre Beschwerde zur Frage, ob die vorliegende Vergabe – unabhängig vom Schwellenwert – in den Staatsvertragsbereich fällt, bis zum 23. Juni 2025 zu ergänzen, dass zugleich einstweilen auf die Ansetzung einer Frist für die Vergabestelle zur Stellungnahme zu den prozessualen Begehren der Beschwerdeführerin oder für eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet wurde, wogegen die Vergabestelle ersucht wurde, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren bis zum 1. Juli 2025 einzureichen, wobei sie dabei die ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke genau zu bezeichnen und auch eine entsprechend abgedeckte

Version einzureichen hatte, dass am 16. Juni 2025 die Zahlung des einverlangten Kostenvorschusses eingegangen ist, dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. Juni 2025 ihre Beschwerde mit Blick auf die Frage, ob die vorliegende Vergabe in den Staatsvertragsbereich falle, namentlich mit dem folgenden Rechtsbegehren ergänzte: 2. Eventualantrag: Es sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung vom 20. Mai 2025 betreffend «Bewirtschaftung Archiv Interlaken» Bundesrecht verletzt, dass die Beschwerdeführerin von einer gemischten Dienstleistung ausgeht, die neben der Archivbewirtschaftung beispielsweise auch Kurierdienste und Hausdienst wie auch Sicherheitsdienste umfasst, die überwiegend in den Staatsvertragsbereich fallen, dass die Beschwerdeführerin ausserdem ausführt, dass ihrer Auffassung nach keine Dienstleistungen vorliegen, die für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke unerlässlich sind, dass demnach mit Verfügung vom 20. Juni 2025 der Vergabestelle Frist bis zum 7. Juli 2025 zur Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin anzusetzen war, wobei insbesondere um Ausführungen zur Frage ersucht wurde, ob die Vergabestelle an der angefochtenen Verfügung insofern festhält, als diese den Hinweis enthält, dass die Beschaffung nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, und dass

B-4155/2025 Seite 6 dabei die bereits gesetzte Frist zur Einreichung der Akten auf die neu angesetzte Frist abzustimmen war, dass der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 20. Juni 2025 freigestellt wurde, ebenfalls zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen, dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 17. Juli 2025 innert erstreckter Frist eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin erstattete sowie die Vorakten in zwei Versionen elektronisch einreichte, dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 17. Juli 2025 folgende Rechtsbegehren unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführerin stellt: In der Sache: 1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. 2. Die Beschwerde sei abzuweisen. Verfahrensanträge: 3. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. 4. Das Beschwerdeverfahren sei auf die Frage zu beschränken, ob der Eventualantrag der Beschwerdeführerin (Rechtsbegehren 2 gemäss Beschwerdeergänzung vom 19. Juni 2025) verspätet erfolgte; eventualiter, ob sie über ein hinreichendes Feststellungsinteresse für diesen Antrag verfügt. 5. Der Beschwerdeführerin sei bis zum Entscheid über die Zulässigkeit des Eventualantrags bzw. das Eintreten auf die Beschwerde keine Akteneinsicht zu gewähren. Eventualiter: Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Vergabeakten sei abzuweisen in Bezug auf (i) das Angebot der Zuschlagsempfängerin und (ii) die weiteren Vergabeakten, soweit diese Rückschlüsse auf das Angebot und/oder Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin zulassen oder schützenswerte Personendaten von Mitarbeitenden der Vergabestelle enthalten, dass die Beschreibung des Beschaffungsgegenstands relevant ist für die Frage, ob die Vergabe in den Staatsvertragsbereich fällt, dass die Vergabestelle auf instruktionsrichterliche Nachfrage (Aktennotiz vom 18. Juli 2025) hin ihr Einverständnis gegeben hat, dass der

B-4155/2025 Seite 7 Beschwerdeführerin vorläufig mit Verfügung vom 18. Juli 2025 lediglich das Beweismittelverzeichnis, Seite 1 und Punkt 1.2 auf Seite 2 des geschwärzten Verfahrensentscheids (als Auszug) und der seitens der Vergabestelle nicht geschwärzten Leistungsbeschreibung zuzustellen waren, dass die Vergabestelle die angebehrte Abweisung des Antrags um aufschiebende Wirkung unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 3 zum BöB damit begründet, dass die Vergabe aufgrund ihrer Zuordnung zur CPCprov-Referenznummer 96312 "Archive services" ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

liege, dass sie ihre anderen Rechtsbegehren zum Sekundärrechtsschutz unter anderem damit begründet, dass das Eventualbegehren zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags verspätet erfolgt sei oder, sei dies nicht der Fall, der Beschwerdeführerin jedenfalls das notwendige Feststellungsinteresse zur Stellung dieses Antrags fehle, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht hat vernehmen lassen, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 18. Juli 2025 festhielt, dass es nur bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB), dass das Gericht demnach mit Verfügung vom 18. Juli 2025 erwogen hat, dass die Frage, ob die zu beurteilende Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt, prioritär zu behandeln bzw. ausser Streit zu stellen ist, und der Beschwerdeführerin demnach Gelegenheit gegeben wurde, bis zum 4. August 2025 zum Antrag der Vergabestelle, namentlich, es sei der Antrag auf aufschiebende Wirkung (insbesondere aufgrund der CPCprov-Zuordnung) abzuweisen, Stellung zu nehmen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 5. August 2025 auf gerichtliche Nachfrage hin bestätigte, auf eine Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung verzichtet zu haben, dass deshalb mit Verfügung vom 5. August 2025 der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung geschlossen wurde,

B-4155/2025 Seite 8 und in Erwägung gezogen, dass Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist, dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 53 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag an einen Anbieter im Vergabeverfahren zuständig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 54 Abs. 2 BöB) entscheidet, dass über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung entschieden wird (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 1.3 mit Hinweisen "Widerruf SBB"), dass dies auch bei einer freihändigen Vergabe gilt, weil auch hier durch den bereits erfolgten Zuschlag der Vertragsschluss mit einer Konkurrentin der Beschwerdeführerin unmittelbar bevorsteht (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19, E. 1.2 "Microsoft"), dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend sind, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG), dass das Gericht von Amtes wegen und mit freier Kognition prüft, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 "Steuerung Verkehrsmanagement der Nationalstrassen" und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 "Publicom"), dass gemäss Art. 1 BöB dieses Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung findet,

B-4155/2025 Seite 9 dass dabei der subjektive Geltungsbereich Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB bildet, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der

öffentlichen Beschaffung enthält, und die Ausnahmen zum Geltungsbereich in Art. 10 BöB geregelt sind, dass allerdings nur bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich der Beschwerde auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung durch das Bundesverwaltungsgericht gewährt werden kann (Art. 54 Abs. 2 BöB i.V.m. Anhang 5), dass demnach im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz gilt, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.2 "Widerruf SBB"), dass die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen ist, wenn davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, und dass die aufschiebende Wirkung von vornherein ausserdem nicht zu gewähren ist, wenn auf die Beschwerde oder jedenfalls auf das Rechtsbegehren, es sei der angefochtene Zuschlag aufzuheben, aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-486/2025 vom 2. Mai 2025 E. 3.3 "Digitalisierung ESTV"), dass im Folgenden daher zunächst zu prüfen ist, ob die ausgeschriebene Dienstleistung sachlich dem Staatsvertragsbereich untersteht, was gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB nur dann zutrifft, wenn diese von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird und die Schwellenwerte nach Anhang 4 zum BöB (Ziffer 1) erreicht werden (Zwischenentscheid des BVGer B-5341/2024 vom 19. Dezember 2024 E. 2.4 "Kleiderlogistik"), dass die Vergabestelle (vgl. auch oben die Zuschlagspublikation) davon ausgeht, dass die eigentliche Archivbewirtschaftung in den Jahren 2023 bis 2024 68.8 Prozent des Dienstleistungspakets ausgemacht hat, das vorliegend beschafft werden soll, und dass auf die Aufbereitung archivwürdiger Unterlagen 28.5 Prozent des Auftragsvolumens entfallen, wogegen Kurierdienste, Allgemeine Dienste und Support vernachlässigbar sind (Stellungnahme vom 17. Juli 2025, Rz. 9),

B-4155/2025 Seite 10 dass für die Einordnung einer Dienstleistung nach Anhang 3 zum BöB die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (CPCprov) massgebend ist (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 2020, Rz. 68 mit Fn. 201), dass gemäss Ziffer 1.1 des Verfahrensentscheides die Auftragsvergabe einer Dienstleistung mit dem CPC-Code 96, namentlich der Referenznummer 96312 "Archive services" entspricht (vgl. auch Stellungnahme Vergabestelle vom 17. Juli 2025), die insoweit sachlich gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 3 zum BöB nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, da sie nicht in der Positivliste des Absatz 1 des Anhangs 3 für Dienstleistungen aufgeführt ist, dass dasselbe im Übrigen selbst für den Fall gelten würde, dass die vorliegende Beschaffung unter der Gruppe 911 "Administrative services of the government" (Referenznummer 91149) zu klassifizieren wäre, dass bei gemischten Dienstleistungen die Präponderanztheorie zur Anwendung gelangt, wonach der finanziell hauptsächliche Teil eines Geschäftes für die Unterstellung bzw. Nichtunterstellung unter das Submissionsrecht massgebend ist (Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 2.6 "Übersetzungsdienstleistungen swissgrid"; vgl. THOMAS P. MÜLLER, in: TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 8 Rz. 56 f.), dass demnach selbst für den Fall, dass die Aufbereitung der archivwürdigen Unterlagen anders zu klassifizieren wäre, der Anteil dieser Arbeit mit prima facie 28.5 Prozent des gemischten Auftrags zu klein wäre, um an der Zuordnung des Gesamtauftrags etwas zu ändern, dass zusammenfassend im vorliegenden Fall aufgrund der (im Hauptverfahren

allenfalls ergänzungsbedürftigen) Akten prima facie davon auszu- gehen ist, dass es sich bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen den Ausführungen der Vergabestelle entsprechend vorwiegend um Archiv- dienstleistungen handelt, dass nach dem Gesagten die in Frage stehende freihändige Vergabe prima facie zwar in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Staats- vertragsbereich einschlägigen Schwellenwerte (Fr. 230'000.- gemäss

B-4155/2025 Seite 11 Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Anhang 4 Ziffer 1 BöB) ohne Weiteres überschreitet, allerdings sachlich nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, dass demnach der Beschwerdeantrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung wie auch das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall prima facie aller Voraus- sicht nach nicht zulässig sind (Art. 54 Abs. 2 BöB), dass daher dem Begehren des Beschwerdeführers auf Erteilung der auf- schiebenden Wirkung nicht entsprochen werden kann, dass im Hauptverfahren - allenfalls nach Beweiserhebung zu den Anteilen der verschiedenen Dienstleistungselemente am Beschaffungsgegenstand - über die Frage zu befinden sein wird, ob auf das Begehren der Beschwer- deführerin betreffend die Aufhebung der angefochtenen Verfügung einge- treten werden kann, dass die Vergabestelle ausserdem geltend macht, dass die Beschwerde- führerin ihren Eventualantrag auf Feststellung der Verletzung von Bundes- recht verspätet, d.h. lediglich mit der Beschwerdeergänzung eingereicht habe, und eventualiter über kein hinreichendes Feststellungsinteresse für diesen Antrag verfüge (Stellungnahme der Vergabestelle vom 17. Juli 2025, Rz. 21 ff.), dass diese Begehren den Sekundärrechtsschutz bzw. das Hauptverfahren betreffen, dass der Schriftenwechsel im Hauptverfahren nach Rechtskraft des vorlie- genden Zwischenentscheids mit separater Verfügung zu eröffnen sein wird, dass über die Kosten dieses Zwischenentscheides mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden ist.

B-4155/2025 Seite 12

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