

# **BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6350\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6350_2015)

FR: TAF B-6350/2015 du 22 février 2016

IT: TAF B-6350/2015 del 22 febbraio 2016

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m. w. H., BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

### **E. 2**

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag bei Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **E. 3**

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 m. H.). Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. Auch Art. 39 VöB). Die Art. 32 ff. VöB (im 3. Kapitel: «Übrige Beschaffungen») regeln alle Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA und des BilatAbk (vollständig zitiert in E 3.1) nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen. Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

### **E. 3.1**

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68, im Folgenden: BilatAbk) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 BilatAbk sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB).

### **E. 3.2**

Entsprechend Ziff. 2.5 der Ausschreibung wird vorliegend eine Standardapplikation für das Fremdwährungsmanagement nachgefragt. Die Bezeichnung als Dienstleistungsauftrag in Ziff. 1.8 der Ausschreibung ist nicht zu beanstanden. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA (BVGE 2008/48 E. 2.3). Hierfür massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung den CPV-Nummern 72226500 "Software-Konfiguration", 72268000 "Bereitstellung von Software", 72261000 "Software-Unterstützung", 72227000 "Beratung im Bereich Software-Integration" und 72200000 "Softwareprogrammierung und Beratung" zu. Das entspricht den Referenznummern 84240, 84990, 84250, 84220 sowie 84210-84250 und 84990 gemäss CPCprov. Somit ist die Beschaffung der Kategorie "Informatik und verbundene Tätigkeiten" mit der Referenznummer 84 gemäss Anhang 1 Annex 4 GPA zuzuteilen (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2, BVGE 2011/17 E. 5.4.3). Die Auftragsart fällt demnach - unter Vorbehalt des Zusammenhangs mit dem Verkehr (vgl. hiernach E. 3.4 ff.) - in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

### **E. 3.3**

In Anbetracht der in Ziff. 3.2 der Zuschlagsverfügung publizierten Preisspanne der eingegangenen Angebote (vgl. Sachverhalt C) ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle im Sektorenbereich von Fr. 700'000 gemäss Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (AS 2013 4395) bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB erreicht wird.

### **E. 3.4**

Vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen sind alle Tätigkeiten der nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB unterstellten Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Unter der Firma Schweizerische Bundesbahnen SBB besteht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern (Art. 2 Abs. 1 SBBG), welche als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit

zusammenhängenden Bereichen, erbringt (Art. 3 Abs. 1 SBBG). Die SBB sind in die vier Divisionen Personenverkehr, Güterverkehr (SBB Cargo), Infrastruktur und Immobilien eingeteilt; Hinzu kommen die Steuerungs- und Dienstleistungsfunktionen, denen das Personal- und Finanzwesen sowie Informatik und Kommunikation angehören (vgl. <http://www.sbb.ch/sbb-konzern/ueber-die-sbb/organisation.html>, letztmals besucht am 22. Februar 2016). Die Division "SBB Immobilien" und "SBB Cargo" sind dem BöB regelmässig nicht unterworfen, währenddessen die Bereiche "SBB Personenverkehr" und "SBB Infrastruktur" regelmässig dem BöB unterstehen (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 534-536). Insofern ist der Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr gemäss Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB enger gefasst als die Kernaufgabe "Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBBG. Bei allfälligen sektorenfremden Auftragsvergaben haben diese Unternehmen das dritte Kapitel der VöB zu beachten (Art. 32 ff. VöB), sofern sie in Art. 32 VöB ausdrücklich genannt werden. Die SBB untersteht den Bestimmungen des 3. Kapitels der VöB aufgrund von Art. 31 Bst. c VöB. Dabei ist ein Beschwerderecht gegen solche Vergaben ausgeschlossen (Art. 39 VöB). Soweit eine Ausnahme für bestimmte Wettbewerbstätigkeiten nach Art. 2 Abs. 3 lit. a VöB i. V. m. Art. 2b VöB greift (z.B. für SBB Cargo), wird der betroffene Tätigkeitsbereich von einer Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreit (sog. Ausklinkklausel; vgl. auch Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., Rz. 532 ff.).

#### **E. 3.4.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat folgenden Vergaben einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr zuerkannt: - Vermessungsingenieurmandat als Teil des Grossprojektes "Durchmesserlinie (DML)" mit verschiedenen Abschnittsbauaufträgen, welche die Eisenbahnanlagen betreffen (Zwischenentscheid des BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007 E. 1.2); - Aufbau einer Inventar-Datenbank mit Informationen bezüglich des Netzes, wie insbesondere Gleis- und Perronanlagen, Sicherungsanlagen, Fahrstromversorgung, Werkleitungen, Tunnel und Brücken, Kunstbauten usw. (Zwischenentscheid des BVGer B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 1.1.2.2); - Erweiterung einer Service-Anlage, die primär der Wartung von Zügen des Personenverkehrs dient (Urteil des BVGer B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 1.1); - Erstellung von Lärmschutzwänden entlang einer Eisenbahnlinie (Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.1); - Lieferung von Veloursstoffen als Meterware und als konfektionierte Überzüge für zu erneuernde Eisenbahnwagen (Zwischenentscheid des BVGer B-1057/2012 vom 29. März 2012 E. 1.4); - Lieferung von Billetautomaten (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 1.3); - Planungs- und Bauaufträge für die Erstellung der Fahrbahn und der Weichen des Ceneri-Basistunnels sowie Fabrikations-, Liefer- und Montageaufträge für die bahntechnische Ausrüstung dieses Tunnels (Zwischenentscheide des BVGer B-4902/2013 und B-4904/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 1.1). In der geschilderten Kasuistik stellten sich keine besonderen Probleme bei der Zuordnung des Auftrags zur Sektorentätigkeit und der bestehende Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr konnte klar eruiert werden. Im Bereich einer Altlastensanierung eines im Eigentum der SBB stehenden Grundstücks hat das Bundesverwaltungsgericht einen unmittelbaren Verkehrszusammenhang verneint, da eine prägende bahnbetriebliche Nutzung prima facie nicht nachgewiesen werden konnte (Zwischenentscheid des BVGer B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.2 ff.). Das Gleiche entschied das Gericht bezüglich der reinen Bewirtschaftung von Immobilien ohne bahnbetriebliche Nutzung

(Zwischenentscheid des BVGer B-93/2007 E. 4.8).

### **E. 3.4.2**

In einem Urteil neueren Datums setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage nach der Zuordnung eines Auftrags zum Bereich Verkehr näher auseinander (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.4). So hat das Bundesverwaltungsgericht zunächst eingeräumt, dass eine von der AlpTransit Gotthard AG ausgeschriebene Projektcontrolling-Software als Gesamtsystem für das Kosten- und Finanzcontrolling des Eisenbahnbauprojekts NEAT "ihrer Art nach gemäss allgemeinem Verständnis nicht «unmittelbar» etwas mit dem Verkehr zu tun" habe. Sodann verwies es auf die Lehrmeinung, wonach es für den unmittelbaren Bezug genüge, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Dritte, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich Basel Genf 2013, Rz. 158) sowie auf diejenige, wonach es für SBB-Aufträge wohl mehr auf den Charakter der Leistung ankomme und das in Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB enthaltene Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs mit dem Bereich Verkehr in Übereinstimmung mit dem Bilateralen Abkommen auszulegen sei (Hans Rudolf Trüeb, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 13 und Rz. 16 zu Art. 2 BÖB). Die Auffassung von Trüeb deute auf ein Verständnis hin, wonach zu fein differenzierende Abgrenzungen zu vermeiden und an das Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen seien. Daraus folgte das Bundesverwaltungsgericht, dass die nachgefragte Software als vom Vergaberecht erfasst zu gelten habe (in diesem Sinne auch Beyeler in BR online 2014 Nr. 296 m. H. auf BR 2013 [recte 2014], S. 27 f., Nr. 8 sowie Derselbe, Vergaberechtliche Urteile 2013-2013 in: Hubert Stöckli/Martin Beyeler [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Auflage, Zürich 2014, S. 474 f., Rz. 12).

### **E. 3.5**

Im vorliegenden Fall wurde der Schriftenwechsel einstweilen auf die Eintretensfrage beschränkt. Die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle haben unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich des Verständnisses des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Bereich Verkehr. Erstere leitet aus dem Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2004-012 vom 30. November 2004 betreffend den Bezug von WLAN-Dienstleistungen für den Eigenbedarf der SBB SA ab, dass ein Gesamtauftrag dem Vergaberecht immer dann zu unterstellen ist, wenn er der Leistungserbringung der Vergabestelle zumindest teilweise dient. Demgegenüber stellt die Vergabestelle auf jenen Auftragsteil ab, der die Ausschreibung massgeblich prägt (sog. Präponderanztheorie). Welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, wird nachfolgend geprüft.

#### **E. 3.5.1**

Wie bereits erwähnt (vgl. vorne E. 3.4.2) hat sich das Bundesverwaltungsgericht für eine Auslegung von Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB im Lichte des BilatAbk ausgesprochen (in diesem Sinne auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 158). Die Ausnahme von Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB hat ihren Ursprung in lit. a des Anhangs VIII BilatAbk (s. auch Art. 3 Abs. 7 BilatAbk). Soweit hier interessierend, spricht das BilatAbk - im Unterschied zur VöB-Bestimmung - nicht von Aufträgen, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Sektorenbereich Verkehr haben, sondern lautet: "In der Schweiz gilt dieses Abkommen nicht für Aufträge, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als zur Ausübung ihrer

Tätigkeiten gemäss Artikel 3 Absatz 2 und den Anhängen I bis IV dieses Abkommens (...) vergeben". Angesichts des unterschiedlichen Wortlauts von Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB und lit. a des Anhangs VIII wird in der Lehre die Meinung vertreten, wonach das Kriterium des unmittelbaren Zusammenhangs gemäss VöB dem BilatAbk fremd sei und, weil zu eng, materiell gegen dieses Abkommen verstosse (Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, a.a.O., Rz. 12, sowie BR DC online 2014 Nr. 8, Anmerkung 1 und 3).

### **E. 3.5.2**

Somit stellt das BilatAbk unmissverständlich auf den Auftragszweck ab. Im Lichte einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB genügt es für die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen, wenn der fragliche Auftrag einer Tätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. d BilatAbk dient (Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene; so Beyeler in BR 2014 Nr. 8). Diese Bedingung hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf die von der AlpTransit ausgeschriebene Projektcontrolling-Software "als Gesamtsystem für das Kosten- und Finanzcontrolling sowie den Landerwerb des Infrastruktur-Grossprojektes Alp Transit Gotthard" als erfüllt erachtet (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.4; s. auch vorne E. 3.4.2). Die Zuordnung zur Sektorentätigkeit "Verkehr" erwies sich in diesem Fall als unproblematisch; denn angesichts der Zwecksetzung der Auftraggeberin AlpTransit Gotthard AG sei praktisch auszuschliessen, dass Beschaffungen getätigt werden, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Urteil des BVGer B 4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.4).

### **E. 3.5.3**

Andererseits trifft nach Ansicht von Beyeler eine Nichtunterstellung nur bei Aufträgen ein, die überwiegend oder ausschliesslich anderen Zwecken als der Tätigkeit im Bereich des Schienenverkehrs dienen sollen, die also vorwiegend im Dienst einer anderen Tätigkeit stehen (Beyeler in BR 2014 Nr. 8). Bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, die unterstellten und vergaberechtsfreien Zwecke eines Auftrags mittels getrennter Vergaben zu erfassen, müsste die Zuordnung des gesamten Auftrags somit nach dessen Hauptgegenstand erfolgen (Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., Rz. 516). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits im Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007, mit welchem es einen Zusammenhang mit dem Verkehr in Ermangelung einer prägenden bahnbetrieblichen Nutzung verneinte, im Ergebnis nach der Präponderanztheorie gerichtet (vor dem Bundesverwaltungsgericht schon die eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen in BRK 2003-25 vom 17. März 2004 E. 1e). Demnach ist eine Unterstellung unter das BöB anzunehmen, wenn ein Auftrag hauptsächlich und schwergewichtig zum Zweck der Entfaltung einer Tätigkeit im Bereich des Schienenverkehrs vergeben wird. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB im Sinne des BilatAbk (Beyeler in BR 2014 Nr. 8; Ziff. 2 b). Für eine Unterstellung unter das BöB reicht es also nicht, wenn eine Beschaffung sowohl unterstellten als auch nicht unterstellten Tätigkeiten dient und man dabei davon ausgeht, dass die nur untergeordnete und sehr partielle Widmung der Beschaffung den ganzen Vorgang infiziert (vgl. Hubert Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli [Hrsg.]: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 60 f.; vgl. Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 2.1.8; im zitierten Urteil ging es allerdings um die Unterstellung einer Vergabe der Post CH AG unter das GPA, nicht aber unter das BilatAbk;

vgl. auch BVGE 2008/48 E. 4.3 i. V. m. E. 4.9). Eine Unterstellung unter das BöB nach der Infektionstheorie allein aufgrund eines vernachlässigbaren Zusammenhangs zu einer vergaberechtlich erfassten Tätigkeit könnte im Übrigen einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB zuwiderlaufen. Das Abstellen auf den Schwerpunkt der Tätigkeit im Sinne der Präponderanztheorie erlaubt eine differenziertere und damit einzelfallgerechtere Lösung. In diesem Lichte ist der hier zur Beurteilung stehende Sachverhalt zu prüfen.

### **E. 3.6.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vorliegende Beschaffung fälschlicherweise gemäss dem dritten und nicht dem zweiten Kapitel der VöB ausgeschrieben worden sei. Ihrer Ansicht nach erfasse die ausgeschriebene Applikation gemäss den Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen auch Funktionen, die über reine Geldwechselfunktionen hinausgehen würden. So solle die Geldwechselsoftware mittels Schnittstellen insbesondere den Bahnkunden ermöglichen, Fahrkarten in Fremdwährungen zu bezahlen und das Restgeld in Schweizer Franken zu erhalten. Zudem könne die Vergabestelle durch die vergebene Applikation gewissen Kategorien von Kunden (namentlich GA- und SwissPass-Inhaber) vergünstigte Geldwechselkonditionen anbieten. Die Applikation gewährleiste ferner alle für Ticketverkäufe mittels Bargeld und Zahlkarten erforderlichen Schnittstellen. Die Vergabestelle weist darauf hin, die Software werde primär im Sinne der in den Ausschreibungsunterlagen bezeichneten Kernaufgaben eingesetzt. Unter Hinweis auf die Vorschrift 545 des Direkten Verkehrs präzisiert die Vergabestelle zudem, dass Tickets grundsätzlich nicht in Fremdwährungen bezahlt werden können. Zuerst werde ein Geldwechselgeschäft durchgeführt, dann die Fahrkarte in Schweizer Franken bezahlt. Ausnahmsweise könnten Tickets gemäss Vorschrift 545 DV in Euro bezahlt werden. Hierfür sehe die noch aktuelle Software "PRISMA2" die Funktion "An Zahlungsstatt" vor. In Zukunft sei eine Schnittstelle zwischen der Applikation "CASA", welche "PRISMA2" ablösen und voraussichtlich unter dem 2. Kapitel der VöB ausgeschrieben werde, und der hier vergebenen Geldwechselsoftware erforderlich, was sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe. Der Wechselkurs für Euro in "CASA" werde nicht aus der Geldwechselapplikation bezogen und nicht täglich an den Kurs angepasst, sondern periodisch in "CASA" gepflegt. Bei der Zahlung der Tickets in Euro handle es sich demnach um eine mögliche zusätzliche Funktion, die über eine Schnittstelle ausgeführt werden könne. Allein die Tatsache, dass die IT-Applikation eine Schnittstelle zu einem bahnnahe System ermögliche, könne nicht auf eine Unterstellung unter das BöB geschlossen werden, zumal der Ticketverkauf in Euro sowie der Ticketverkauf insgesamt im Kontext des gesamten Geldwechselgeschäfts einen sehr kleinen Teil ausmache. Zusammenfassend beschränke sich die Nutzung der vorliegenden Applikation für den Bahnbetrieb auf eine Schnittstelle, die nur selten genutzt werde.

### **E. 3.6.2**

Vorliegend geht es um das Projekt "Sanierung Geldwechsel". Dieses ist fachlich im Bereich Personenverkehr Vertrieb und Services angesiedelt und dort im Bereich Kundenservices; der Bereich Kundenservices in der Division Personenverkehr wird von Division Informatik (SBB-IT) unterstützt, dem Solution Center Personenverkehr (SBB-IT-SCP) (Ziff. 2.2 der Angebotsunterlagen [im Folgenden: AGU]). Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Standardapplikation für das Fremdwährungsmanagement inklusive Lizenzen, Betriebs- und Wartungssupport einerseits und die Integration in die SBB-IT-Landschaft andererseits, die

gemeinsam mit der SBB IT durchgeführt werden muss; die Integration beinhaltet auch den Rollout auf ca. 240 Dienststellen in der Schweiz, sowie die Vorbereitung der Schulungen für alle Nutzer der neuen Applikation (Ziff. 1.3 AGU). Der Bereich "Personenverkehr" gehört unbestrittenermassen zum Kerngeschäft der SBB AG. Eine klassische Tätigkeit im Bereich des Personenverkehrs ist der Transport von Personen und ihrem Handgepäck. Insgesamt befördert die SBB rund 320 Millionen Fahrgäste pro Jahr. 87% der gefahrenen Personenkilometer im öffentlichen Verkehr (ÖV) der Schweiz entfallen auf die SBB; als mögliche Transporttitel werden unter anderem Einzelfahrkarten, Abonnemente (Generalabonnement, Halbtax-Abonnement, SwissPass) und Mehrfahrtenkarten benutzt (vgl. Daniel Risch: Fallstudie "Schweizerische Bundesbahnen", in: Schubert, Petra; Wölfle, Ralf; Dettling, Walter [Hrsg.]: E-Business mit betriebswirtschaftlicher Standardsoftware - Einsatz von Business Software in der Praxis, München, Wien: Hanser Verlag, 2004, S. 199-212, Z. 1). Der Fremdwährungswechsel, mit dem die SBB ihren Kunden an nahezu allen bedienten Bahnhöfen in der Schweiz die Möglichkeit bietet, Fremdwährungen zu beziehen bzw. in CHF oder andere Währung zu tauschen wird als Service im Rahmen des Reisens aufgefasst (Ziff. 1.2 AGU). Das umfassende Dienstleistungs- und Warenangebot der SBB, worunter auch Finanzdienstleistungen fallen, wird vor allem als ergänzend zum Kerngeschäft verstanden (vgl. Ziff. 2 AGU). Der Bereich Finanzdienstleistungen wird als ein Teil des vorliegenden Angebots bezeichnet. Dieses Angebot wird als eines der wichtigsten Dienstleistungsangebote der SBB "neben dem Kerngeschäft" definiert (Ziff. 2 AGU). Ausserdem beschränken sich die Kernaufgaben der aktuellen und der zu beschaffenden Geldwechselsoftware auf die Fremdwährungskursverwaltung, den Fremdwährungsankauf, Fremdwährungsverkauf und Fremdwährungshandel mit Banken (Ziff. 2.5 AGU). Bereits aus den bisher erwähnten Stellen in den Angebotsunterlagen kann abgeleitet werden, dass die ausgeschriebene Applikation ganz überwiegend dem Geldwechselgeschäft im Sinne einer Finanzdienstleistung der SBB SA dient, welche als Drittgeschäft im Bereich Geldwechsel und das Kerngeschäft ergänzende Tätigkeit aufgefasst werden kann. Der Auftragszweck der vorliegenden Vergabe beschlägt mithin nicht hauptsächlich die spezifische Sektorentätigkeit im Bereich des Schienenverkehrs (Bau und Betrieb von Eisenbahnnetzen, Transport von Personen), sondern eine sektorenfremde Tätigkeit.

### **E. 3.7**

Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, vermögen die Argumente der Beschwerdeführerin an dieser Qualifikation des Auftragszwecks nichts zu ändern.

#### **E. 3.7.1**

Die Beschwerdeführerin behauptet, die Applikation ermögliche über reine Geldwechseltransaktionen hinaus auch den Verkauf von Fahrkarten in Fremdwährung, wobei dies aus Sicht der SBB-Kunden in einer einzigen Transaktion erfolge, sowie indirekte Vergünstigungen beim Ticketverkauf. Daraus schliesst sie auf einen unmittelbaren Bezug zum Fremdwährungsticketverkauf.

##### **E. 3.7.1.1**

Zur Prüfung der Begründetheit dieser Behauptung ist eine Auseinandersetzung mit den Angebotsunterlagen unumgänglich. Zur direkten Bezahlung von Fahrkarten in Fremdwährung gilt anzumerken, dass diese nicht zu den Kernaufgaben der zu beschaffenden Software zählt (Ziff. 2.5 AGU; E. 3.6.2) und ausnahmsweise nur in Euro

möglich ist (vgl. die Vorschrift 545 des Direkten Verkaufs Ziff. 22.01 und 22.02; Beilage 6 der Stellungnahme der Vergabestelle). Die Ausschreibungsunterlagen geben einen Überblick über die aktuelle Geldwechselapplikation (PRISMA2) und über die möglichen Entwicklungen mit der Einführung der neuen Software. Aktuell wird für den Fremdwährungswechsel die Applikation PRISMA2 angewendet, welche ein Teil der Ticketapplikation der SBB ist (Ziff. 2.1 Abs. 1 AGU). Das von der SBB betriebene Frontend für den Geldwechsel (Change) ist derzeit in PRISMA2 (das zentrale Vertriebssystem der SBB) integriert; neben Change existieren unterschiedliche Anwendungen mit unterschiedlichen Funktionalitäten, welche durch den Personenverkehr der SBB verwendet werden (Ziff. 2.3 AGU). Derzeit wird der Geldwechsel mit der Anwendung Handel am Schalter (HaS; Anwendung für den Handel mit Fremdwährungen und die Erfassung weiterer Diversifikationsgeschäfte) kombiniert. Die Software unterstützt die bestehenden Verkaufsprozesse und besitzt eine Kassenschnittstelle zur zentralen PRISMA2-Kasse (vgl. Ziff. 2.3 AGU, insbesondere die Abbildung 3). PRISMA2 wird mit dem System CASA abgelöst. So heisst die neue Verkaufsanwendung für den bedienten Verkauf am Schalter (Ziff. 2.1 Abs. 1 und 2.4 AGU). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen können die Anbieter die Software in 2 verschiedenen Ausprägungen offerieren (Ziff. 3.2.2 AGU). Ausprägung 1 ist die Standalone Variante, d. h. die Software wird als eigenes Programm auf den Arbeitsplatzrechnern genutzt und über Schnittstellen an alle benötigten Umsysteme angebunden; Geschäfte ausserhalb des Geldwechsels wie z.B. Bezahlen mit Euro müssen über eine geeignete Schnittstelle möglich sein (Ziff. 3.2.2 AGU). Bei Ausprägung 2 könnte das Frontend in CASA integriert werden und die Schnittstellen entsprechend angepasst werden; das Inkasso wird über den in CASA üblichen Prozess abgewickelt, somit erfolgt die Kassenintegration und die Anbindung externer Hardware wie Drucker und Zahlkartenterminal etc. standardmässig in CASA (Ziff. 3.2.2 AGU). In der aktuellen Applikation zum Fremdwährungswechsel PRISMA2 wird auch der Verkauf von Diversifikationsartikeln wie z.B. Tassen, Uhren und Smartbox durchgeführt. Sollte die ausgeschriebene Applikation den Verkauf von Diversifikationsartikeln ebenfalls durchführen können, ist hierzu eine Schnittstelle zur Umrechnung der Fremdwährung notwendig (Ziff. 2.1 Abs. 3).

### **E. 3.7.1.2**

Aus der Leistungsbeschreibung gemäss den Angebotsunterlagen, die weitgehend mit den Ausführungen der Vergabestelle übereinstimmen, ergibt sich, dass die ausgeschriebene Applikation hauptsächlich und überwiegend auf das Geldwechselgeschäft und nicht auf den Bereich des Schienenpersonenverkehrs, namentlich nicht auf den Ticketverkauf in Fremdwährung, ausgerichtet ist. Damit kann die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand nicht gehört werden, wonach der Ticketverkauf in einer Fremdwährung ein bedeutender Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung sei. Zwar trifft es zu, dass je nach der offerierten Ausprägung der strittigen Applikation die Ticketbezahlung in Euro, nicht aber in einer anderen Fremdwährung, erfolgen kann. Diese Operation ist allerdings nur über eine Schnittstelle (heute über PRISMA2, künftig über CASA) möglich. Da sich der durch den Hauptgegenstand des nachgefragten Produkts verfolgte Zweck jedoch ausserhalb des Kerngeschäfts der Sektorentätigkeit befindet, kann dieser auf den Fahrkartenerwerb bezogenen Funktion lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen. Gleiches gilt für eine allfällige Anbindung der Geldwechselsoftware an den SwissPass. Die Auslagerung der Geldwechseltätigkeit aus der aktuellen Verkaufsplikation PRISMA2 in das IT-Projekt "Sanierung Geldwechsel" und die Einführung der neuen Verkaufsplikation CASA im

Sinne einer Ablösung von PRISMA2 sind im Übrigen zwei starke Indizien, dass die Vergabestelle die verschiedenen gelagerten Zwecke der Geldwechsel- und Verkaufstätigkeit über je zwei getrennte Vergaben erreichen - für die Applikation CASA ist eine Ausschreibung gemäss dem zweiten Kapitel der VöB schon in Aussicht gestellt worden - und die Bereiche Geldwechsel und Verkauf künftig vorzugsweise getrennt führen möchte. Bezüglich des Ticketverkaufs in Euro wird dies zum Teil aus der Aussage der Vergabestelle ersichtlich, wonach der Eurokurs in "CASA" analog der Umsetzung am Ticketautomaten nur noch periodisch festgelegt werde, damit der Eurokurs am Automaten in Zukunft mit dem Kurs am Schalter übereinstimme. Vorliegend ist der von der Geldwechselsoftware überwiegend anvisierte sektorenfremde Auftragszweck im Sinne der Präponderanztheorie massgeblich. Insofern kann der Argumentation der Beschwerdeführerin, die eher auf den funktionellen Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr abzustellen scheint, nicht gefolgt werden.

### **E. 3.7.2**

Die Beschwerdeführerin versucht, aus dem Argument, dass die durch die ausgeschriebene IT-Applikation ermöglichten Leistungen (Tickets am Bahnschalter in einer einzigen Transaktion zu kaufen und mit Fremdwährungen zu bezahlen) die Attraktivität der Verkehrsleistungen erhöhen würden, eine Unterstellung dieser Vergabe unter das BöB abzuleiten. Dabei verweist sie auf das Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2004-012 vom 30. November 2004 (publiziert in VPB 69.32), in welchem es um den Bezug von PWLAN-Dienstleistungen für den Eigenbedarf der SBB SA ging sowie auf die Anmerkungen Beyelers zum unzertrennlichen Mischgeschäft (vgl. Martin Beyeler, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht, Anmerkungen zu Urteil 2C\_116/2007 vom 10. Oktober 2007, in Jusletter vom 7. Januar 2008).

#### **E. 3.7.2.1**

Vorab gilt es anzumerken, dass sich der von der Beschwerdeführerin gemachte Hinweis auf das Urteil der BRK betreffend PWLAN-Dienstleistungen als unbehelflich erweist. Die eidg. Rekurskommission hat zuerst die zwei Bestandteile der Vergabe einander gegenübergestellt: die Erbringung von PWLAN-Dienstleistungen gegenüber der SBB einerseits und die Erbringung von Sachleistungen gegen Entgelt durch die SBB an einen privaten Interessenten andererseits. Sodann erkannte sie nur hinsichtlich der zu vergebenden Dienstleistungen einen teilweise direkten Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb. Diese Schlussfolgerung wurde somit nicht in Anwendung der Präponderanztheorie gezogen. In zweiter Linie sei nochmals darauf hinzuweisen, dass das Geldwechselgeschäft und die Verkaufstätigkeit mittels zwei verschiedenen IT-Applikationen durch zwei getrennte Vergaben erreicht werden sollen, so dass trotz möglicher Schnittstellen kaum von einem unzertrennlichen Mischgeschäft ausgegangen werden muss. Unter diesem Aspekt lässt sich der vorliegende Fall nicht wirklich mit dem von der Beschwerdeführerin herangezogenen PWLAN-Urteil vergleichen. Die nachfolgenden Ausführungen zu E. 3.7.2 sind daher nur der Vollständigkeit halber zu verstehen.

#### **E. 3.7.2.2**

Wie die Beschwerdeführerin sinngemäss vorbringt, erfasst der Begriff der Sektorentätigkeit nicht nur die fachlich und rechtlich notwendigen Tätigkeiten im Rahmen der Kerntätigkeit,

sondern auch die Tätigkeiten, welche die Kerntätigkeit unterstützen, befördern und verbessern (vgl. Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., Rz. 518). Erschöpft sich der unterstützende, befördernde und verbessernde Teil aber höchstens in einem nicht direkt angestrebten Nebeneffekt, so wird der Auftrag mit Bezug auf diese untergeordnete Tätigkeit nicht einer Sektorentätigkeit zugeordnet (vgl. Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., Rz. 518). Beschränkt sich die unterstützende Tätigkeit darauf, der Sektorentätigkeit Geld im Sinne von Erträgen aus der fraglichen Tätigkeit zur Verfügung zu stellen, so reicht ein solcher bloss finanzieller Zusammenhang nicht für eine Zuordnung als Sektorentätigkeit aus. Vielmehr muss der Zusammenhang über die blosser Mittlerwirtschaftung für die Kerntätigkeit hinausgehen (vgl. Beyeler, a. a. O., Rz. 518; derselbe, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht, Anmerkungen zu Urteil 2C\_116/2007 vom 10. Oktober 2007, in: Jusletter vom 7. Januar 2008, Rz. 64). Wie bereits festgehalten, dient das vorliegend nachgefragte Produkt hauptsächlich dem Geldwechselgeschäft im Sinne einer sektorenfremden Tätigkeit, womit der vergaberechtsfreie Hauptzweck überwiegt. Der Umstand, dass die Software-Applikation einen funktionellen Zusammenhang zum Bahngeschäft nur aufgrund einer möglichen Schnittstelle und zu einer weiteren Applikation, welche per se nicht Gegenstand des Auftrags bildet, aufweisen kann, kann für sich allein und ohne nähere Begründung nicht genügen, um die Auftragsvergabe der Sektorentätigkeit zu unterstellen. Anders gesagt, der nebensächliche Einbezug einer vergaberechtlich erfassten Komponente kann für sich genommen im vorliegenden Fall nicht zur Unterstellung des gesamten schwergewichtig vergaberechtsfreien Auftrags führen. Die sekundäre Relevanz des Ticketverkaufs in Fremdwährung im Kontext der ausgeschriebenen Geldwechselsoftware lässt sich nicht nur der Leistungsbeschreibung in den Angebotsunterlagen (vgl. vorne E. 3.6.2, 3.7.1.1), sondern auch den "wertmässigen" Überlegungen der Vergabestelle entnehmen. Einerseits legt diese in nachvollziehbarer Weise dar, dass der Anteil der Transaktionen, die den Ankauf von Euro zum Gegenstand haben, rund 9% des gesamten Geldwechselgeschäfts entspricht. Andererseits macht sie darauf aufmerksam, dass der Geldwechsel am Bahnschalter zwecks Ticketverkauf schon heute einen sehr kleinen Stellenwert einnehme und immer mehr an Bedeutung verliere, weil Fahrkarten aktuell fast ausschliesslich bargeldlos erworben würden. Diesbezüglich legt sie eine Aufstellung der mit ausländischen Kreditkarten getätigten Transaktionen bei. Nicht zu unterschätzen ist auch das Argument, wonach die SBB SA im Geldwechselgeschäft in Konkurrenz mit anderen Anbietern tritt, wie z.B. Bankinstitute und Wechselstuben, so dass der Bahnfahrer nicht unbedingt oder nicht nur auf die Geldwechselleistungen der Vergabestelle angewiesen ist. Bei einer allfälligen Einstellung des Geldwechselgeschäfts könnten die Bahnkunden die Fahrtickets weiterhin beziehen, Transportdienste in Anspruch nehmen und für ihre Wechselgeldgeschäfte auf andere Anbieter ausweichen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der auf die Sektorentätigkeit bezogene Anteil des Auftrags (Ticketverkauf mittels Schnittstelle) im Verhältnis zum überwiegend sektorenfremden Hauptgegenstand (Geldwechsel) eine unwesentliche Rolle spielt, welche keine erhebliche Steigerung der Attraktivität des Bahntransportangebots herbeizuführen vermag. Die gelegentliche Verknüpfung der vorwiegend einer sektorenfremden Tätigkeit dienenden Geldwechselsoftware mit der Verkaufsapplikation der SBB SA kann daher nicht ausreichen, aus einem sektorenfremden Auftrag eine Sektorentätigkeit zu machen.

#### **E. 4**

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass der vorliegende Auftrag nicht hauptsächlich, sondern in nur sehr untergeordnetem Ausmass dem Zweck der

Ausübung der Sektorentätigkeit im Bereich Verkehr (Bau und Betrieb von Eisenbahnnetzen) dient. Eine Unterstellung der vorliegenden Vergabe unter das BöB fällt daher ausser Betracht. Dies hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht zuständig ist und der Beschwerdeweg nicht offen steht (Anhang VIII zu Art. 3 Abs. 7 BilatAbk, Art. 2a Abs. 1 lit. a BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB; Art. 32 lit. a Ziff. 2 sowie Art. 32 lit. c VöB i. V. m. Art. 39 VöB). Die Vergabestelle hat diesem Umstand vorliegend Rechnung getragen, indem sie weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat. Die Beschwerde erweist sich deshalb als unzulässig, gleichgültig, ob sie sich gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag richtet.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

#### **E. 6**

Gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts des zwischen CHF [...]und CHF [...] schwankenden Vergabevolumens, der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten (vgl. Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 8 m. H.) sowie unter Berücksichtigung des beträchtlichen Aufwands und der Schwierigkeit der sich hier stellenden Sach- und Rechtsfragen, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache auf Fr. 5'000. festzusetzen (Art. 4 VGKE).

#### **E. 7**

Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und es sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Als unterliegende Partei hat sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vergabestelle ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gleich verhält es sich mit der Zuschlagsempfängerin, welche sich nicht als Partei konstituiert hat.

#### **E. 8**

Die am 7. Oktober 2015 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren. Vom Akteneinsichtsrecht eingeschlossen sind alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid erheblich sind. Vorliegend ist anzumerken, dass der Beschwerdeführerin sämtliche für die Eintretensfrage relevanten Akten bereits zugestellt wurden. Soweit die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin um Einsicht in die relevanten amtlichen Akten durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht gegenstandslos geworden sind, sind sie aufgrund der Verfahrenserledigung mit Nichteintretensentscheid abzuweisen.

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