



## Urteil vom 17. Juli 2023

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Christian Winiger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Departement  
für auswärtige Angelegenheiten EDA,**  
Staatssekretariat STS,  
Krisenmanagementzentrum (KMZ),  
Effingerstrasse 27, 3003 Bern,  
Vergabestelle,

**Y. \_\_\_\_\_,**  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlag betreffend das  
Projekt "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse in der  
Schweiz - Grundleistung: 01.01.2023 – 31.12.2025 Optio-  
nale Leistungen: 01.01.2026 – 31.12.2027 (Verlängerung)"  
(SIMAP-Meldungsnummer 1306627; Projekt-ID 241605).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 3. August 2022 schrieb das Staatssekretariat STS für das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse in der Schweiz - Grundleistung: 01.01.2023 – 31.12.2025 Optionale Leistungen: 01.01.2026 – 31.12.2027 (Verlängerung)" aus (Meldungsnummer 1276175). Das Mandat umfasst die Mitorganisation, Vorbereitung und Durchführung von drei Sicherheits- und Krisenmanagementkursen pro Jahr mit einer Dauer von je 5 Tagen sowie die Konzeption der Ausbildungsmodule unter Berücksichtigung der Corporate Identity und der Methodik des Sicherheitsmanagements der Vergabestelle (Aufgabenpaket A). Weiter umfasst es die Rolle als Referent und Fachexperte am Feldtag zum Thema Sicherheit im Rahmen des halbjährlichen Einführungskurses für neue Korpsangehörige der Humanitären Hilfe des Bundes sowie die Durchführung von bis zu 6 halbtägigen "Security Refresher"-Kursen pro Jahr für ausscheidende Korpsangehörige des SKH (Aufgabenpaket B; vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.6). Als Rechtsmittelbelehrung wurde ausgeführt, die Vergabe falle nicht in den Staatsvertragsbereich, so dass mit einer Beschwerde einzig die Feststellung beantragt werden könne, dass die Verfügung Bundesrecht verletze (vgl. Ausschreibung Ziff. 1.9, 4.8).

**A.b** Insgesamt reichten vier Anbieter ein Angebot ein.

**A.c** Am 21. Dezember 2022 erteilte die Vergabestelle Y. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfänger oder Beschwerdegegner) den Zuschlag zu einem Gesamtpreis von Fr. 864'204.00 (exkl. MWSt.) und publizierte die Zuschlagsverfügung am 22. Dezember 2022 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1306627). Sie begründete den Zuschlag damit, dass der Zuschlagsempfänger nach Bewertung aller Zuschlagskriterien gemäss Pflichtenheft (qualitative Kriterien und Preis) unter den eingereichten Angeboten die höchste Gesamtpunktzahl erzielt habe. Sein Angebot überzeuge insbesondere hinsichtlich solider Methodik, breiter Erfahrung in den Kursmodulen und eines guten Netzwerks, Erfahrung mit Umgebungen, in welchen sich die Mitarbeiter des EDA befänden und der umfangreichen Datenbank mit erfahrenen Akteuren in der Region (vgl. Ziff. 3.2 und Ziff. 3.3 der SIMAP-Zuschlagsverfügung).

**A.d** Mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 informierte die Vergabestelle die vier Anbieter über das Ergebnis der Evaluation. Im Absagebrief an die X.\_\_\_\_\_ AG erläuterte die Vergabestelle die wesentlichen Gründe für den Zuschlagsentscheid sowie die Vor- und Nachteile des Angebots der X.\_\_\_\_\_ AG. Das Absageschreiben enthielt eine detaillierte Tabelle zur Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien (u.a. die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Durchschnittsbewertung und zur besten Bewertung pro Zuschlagskriterium).

**A.e** Mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 bemängelte die X.\_\_\_\_\_ AG, der Zuschlagsempfänger, der die ausgeschriebenen Kurse seit 18 Jahren erteile, habe in dieser Zeit Zugang zu relevanten Informationen bekommen, die die übrigen Anbieter nicht gehabt hätten und habe aufgrund seines Vorwissens und seiner Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der Vergabestelle einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber den anderen Anbietern.

**A.f** Mit Eingabe vom 9. Januar 2023 erhob die X.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) Beschwerde in englischer Sprache gegen die Zuschlagsverfügung. Auf Aufforderung des Gerichts, die Beschwerde in einer Amtssprache des Bundes einzureichen, reichte sie am 19. Januar 2023 eine Beschwerde in deutscher Sprache ein und stellt die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass das Ausschreibungsverfahren (welches zum Vergabeentscheid führte), nicht den Grundsätzen der Objektivität, Unparteilichkeit und Transparenz entsprach, was einen Verstoss gegen Artikel 11, Kapitel 3, lit. a des BöB darstellt.
2. Es sei festzustellen, dass die Auftraggeberin gegen Art. 11, lit. c des BöB verstossen hat, indem sie nicht alle Anbieterinnen in allen Phasen des Vergabeverfahrens (welches zum Vergabeentscheid führte), gleichbehandelte.
3. Es sei festzustellen, dass die Auftraggeberin (in dem Vergabeverfahren, welches zum Vergabeentscheid führte), gegen das Gebot von Treu und Glauben gem. Art. 5 Abs. 3, BV verstossen hat.
4. Es sei eine Entschuldigung des KMZ und der DEZA zuhanden der X.\_\_\_\_\_ AG und den anderen Anbieterinnen anzumahnen.
5. Es sei die Aufhebung der beanstandeten Ausschreibung anzuordnen, mit der Anweisung an die Auftraggeberin, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen, wobei der derzeitige Auftragsnehmer von der Angebotsabgabe auszuschliessen sein wird, um einen Interessenskonflikt zu vermeiden.

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Auftraggeberin.

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vergabestelle habe nur die Erfahrung des Single Point of Contact (SPOC oder Haupttrainer) der Beschwerdeführerin berücksichtigt und versäumt, die Instruktoren, Berater und Referenten, welche die Beschwerdeführerin als Referenzen angegeben habe, zu kontaktieren. Sie habe die Sprachkenntnisse und Eloquenz des Haupttrainers zu Unrecht als nicht ausreichend bewertet und nicht berücksichtigt, dass mit einer Ausnahme alle von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Instruktoren englischer Muttersprache seien. Auch habe die Vergabestelle die Preisstruktur zugunsten des Zuschlagsempfängers unklar gestaltet und es abgelehnt, der Beschwerdeführerin auf eine entsprechende Frage hin Informationen über Einzelheiten zu den derzeitigen vom Zuschlagsempfänger erbrachten Dienstleistungen und die damit verbundenen Kosten zu erteilen. Die Vergabestelle habe sich überdies parteiisch verhalten, denn der Zuschlagsempfänger habe auf freiwillige oder nicht bezahlte Rollenspieler zurückgreifen könne, die anderen Anbieterinnen nicht zur Verfügung stünden. Damit habe die Vergabestelle die Grundsätze der Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit im Vergabeverfahren verletzt.

Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, die Ausschreibungsunterlagen seien absichtlich zum Vorteil des Zuschlagsempfängers gestaltet worden, womit der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen in allen Phasen des Verfahrens verletzt werde. Konkret habe die Vergabestelle gefordert, dass die Anbieterinnen "gute Kenntnisse des Sicherheits- und Krisenmanagements in der Schweizerischen Bundesverwaltung einschliesslich des EDA" hätten. Diese Anforderung stelle einen offensichtlichen und unfairen Vorteil zugunsten des Zuschlagsempfängers dar, der aufgrund seiner langjährigen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle bereits gewisse Kenntnisse habe. Weiter sähen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass es klar sein müsse, wie die vom Kunden definierten Lernziele erreicht werden sollten, sowie, dass im Konzept dargelegt werde, wie bei Entwicklungen der Ausbildungsmodule die Einhaltung der Corporate Identity und der Sicherheits- und Krisenmanagementmethodik des EDA gewährleistet werde. Auch dies stelle eine Ungleichbehandlung der Anbieterinnen dar. Der Zuschlagsempfänger habe aufgrund seiner 18-jährigen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle Fachwissen über die Corporate Identity und die Sicherheits- und Krisenmanagementmethodik der Vergabestelle und werde damit gegenüber den übrigen Anbieterinnen bevorteilt.

Schliesslich habe die Vergabestelle dadurch, dass sie den Zuschlagsentscheid nicht wie in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt im November 2022, sondern erst am 22. Dezember 2022 bekannt gegeben habe, den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt.

**B.**

Mit E-Mail vom 13. Februar 2023 teilte der Zuschlagsempfänger mit, dass er im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht als Partei teilnehmen wolle.

**C.**

Mit Vernehmlassung vom 16. März 2023 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Vorinstanz, die im Aktenverzeichnis entsprechend gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen.

Beim vorliegenden Auftrag handle es sich um eine Dienstleistung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, was zur Folge habe, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nur die Feststellung einer Verletzung von Bundesrecht beantragen könne. Die Anträge 4 und 5 könnten im Sekundärrechtsschutz demnach gar nicht mit Beschwerde erreicht werden, weshalb auf diese Anträge nicht einzutreten sei.

Es seien vier Angebote eingegangen. Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin im Absagebrief vom 22. Dezember 2022 auch eine detaillierte Tabelle zur Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien geschickt. Unter anderem sei daraus die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Durchschnittsbewertung und zur besten Bewertung pro Zuschlagskriterium ersichtlich. Die Vergabestelle habe den Evaluationsbericht nach Beschwerdeeingang nochmals geprüft und dabei kleinere Fehler und Inkonsistenzen festgestellt. Deren Korrektur habe zu einzelnen Anpassungen und Präzisierungen betreffend das Zuschlagskriterium Preis geführt, welche das Evaluationsteam im ergänzten Evaluationsbericht dokumentiert habe. Das Evaluationsergebnis bleibe unverändert und werde bestätigt.

Das Angebot der Beschwerdeführerin habe in sämtlichen Zuschlagskriterien die tiefste Bewertung der vier Angebote erzielt. Punktemässig betrage der Abstand der Beschwerdeführerin als Viertplatzierte auf den Zweitplatzierten bereits 68 Punkte (von 500 möglichen Punkten). Bei einer Aufhebung des angefochtenen Zuschlagsentscheids kämen die vor der

Beschwerdeführerin Rangierten zum Zug; die Beschwerdeführerin würde dagegen den Zuschlag nicht erhalten. Gleiches gelte für einen allfälligen Feststellungsanspruch im Sekundärrechtsschutz. Mangels Legitimation sei auf die Beschwerde daher nicht einzutreten. Sollte die Legitimation der Beschwerdeführerin für sämtliche oder gewisse Rügen der Beschwerdeführerin bejaht werden, sei die Beschwerde abzuweisen.

Die Vergabestelle bestreitet sämtliche von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen.

**D.**

Mit Verfügung vom 17. März 2023 stellte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin eine Kopie des Evaluationsberichts vom 14. März 2023 in einer teilweise abgedeckten Fassung zu und forderte sie auf, ihre Vorbringen zur Frage ihrer Beschwerdelegitimation zu ergänzen, dies vor dem Hintergrund, dass ihr Angebot im vierten Rang klassiert worden sei.

**E.**

Mit Replik vom 17. April 2023 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und Rügen fest. Ergänzend führt sie aus, sie habe die Beschwerde nicht eingereicht, damit der Zuschlagsentscheid zu ihren Gunsten geändert würde, sondern um darauf hinzuweisen, dass das Verhalten der Vergabestelle während des Ausschreibungsverfahrens gegen Bundesrecht verstossen habe. Ihre Beschwerde bezwecke, "auf Unstimmigkeiten im Ausschreibungsverfahren und im Evaluationsprozess hinzuweisen, um sicherzustellen, dass diese Verfahren in Zukunft fair und transparent und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben durchgeführt" würden. Ihre Beschwerde richte sich damit nicht gegen die Tatsache, dass der Zuschlagsentscheid gegen sie ausgefallen sei, sondern gegen die Art und Weise, wie die Vergabestelle das Ausschreibungsverfahren durchgeführt habe.

**F.**

Mit Verfügung vom 2. Mai 2023 lud die Instruktionsrichterin die Vergabestelle ein, im Rahmen ihrer Duplik darzulegen, wie sie das Angebot der Beschwerdeführerin unter den einzelnen Subskriterien im Zuschlagskriterium 2 konkret benotet und diese Noten gewichtet habe und ihre Benotung zu begründen.

**G.**

Die Vergabestelle hält mit Duplik vom 1. Juni 2023 an ihren Anträgen und deren Begründung fest. Sie reicht eine "Erklärung des Evaluationsteams" vom 1. Juni 2023 ein, in welchem das Evaluationsteam das Vorgehen bei der Bewertung der Zuschlagskriterien darlegt.

**H.**

Mit Stellungnahme vom 5. Juli 2023 teilt die Beschwerdeführerin mit, dass sie darauf verzichte, in Form einer Triplik Stellung zu nehmen. Sie halte an ihren Rechtsbegehren 1-3 fest. Sie wolle nicht den Entscheid der Vergabestelle als solchen anfechten, und behaupte in keiner Weise, die beste Anbieterin gewesen zu sein, die den Zuschlag hätte erhalten müssen. Sie habe Einsprache erhoben, weil sie ungeachtet der 19-jährigen Beziehung zwischen der Vergabestelle und dem Beschwerdegegner ein faires und transparentes Ausschreibungsverfahren erwartet habe.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

**1.1** Das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) ist auf die Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs anwendbar (vgl. Art. 1 BöB), sofern der Auftraggeber dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB) und keiner der Ausnahmetatbestände nach Art. 10 BöB gegeben ist. Verfügungen von Auftraggeberinnen, welche dem BöB unterstellt sind, können beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Lieferungen oder Dienstleistungen betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB).

**1.1.1** Bei der Vergabestelle handelt es sich um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB.

**1.1.2** Der Preis des berücksichtigten Angebots liegt bei Fr. 864'204.– (exkl. MWSt.), was impliziert, dass das ausgeschriebene Auftragsvolumen deutlich über dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert

von Fr. 150'000.– gemäss Ziffer 2 des Anhangs 4 BöB liegt (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 1.4).

**1.1.3** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor.

**1.1.4** Der vorliegend angefochtene Zuschlag fällt daher in den Anwendungsbereich des BöB und das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.2** Die Vergabestelle macht geltend, der Beschaffungsgegenstand falle nicht in den Staatsvertragsbereich. Die Beschwerdeführerin könne mit ihrer Beschwerde daher nur die Feststellung der Verletzung von Bundesrecht beantragen. Auf die Anträge 4 und 5 sei daher nicht einzutreten.

**1.2.1** Die Beschwerdeführerin beantragt in ihren Rechtsbegehren 4 und 5, es sei eine Entschuldigung des Krisenmanagementzentrums und der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit zuhanden der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen anzumahnen (Rechtsbegehren 4) und es sei die Aufhebung der von ihr beanstandeten Ausschreibung anzuordnen mit der Anweisung an die Vergabestelle, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen, wobei der derzeitige Auftragsnehmer von der Angebotsabgabe auszuschliessen sei (Rechtsbegehren 5).

In ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2023 führt die Beschwerdeführerin aus, sie halte an ihren Rechtsbegehren 1-3 fest. Es ist nicht klar, ob sie damit zum Ausdruck bringen wollte, dass sie an ihren Rechtsbegehren 4 und 5 nicht mehr festhalten wolle. Solange ein Beschwerdeführer seine Rechtsbegehren nicht ausdrücklich und unzweideutig zurückzieht, darf davon indessen nicht ausgegangen werden.

**1.2.2** In den Staatsvertragsbereich fallen die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1–3 zum BöB, soweit sie die Schwellenwerte nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB).

Der Beschaffungsgegenstand "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse in der Schweiz" beinhaltet gemäss Ausschreibung die Mitorganisation, Vorbereitung und Durchführung von Sicherheits- und Krisenmanagementkursen, die vorherige Konzeption des Ausbildungsmoduls sowie die Rolle als Referent und Fachexperte am Feldtag und die Durchführung von "Security Refresher"-Kursen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.6).

Mit der Vergabestelle ist davon auszugehen, dass es sich bei der streitigen Beschaffung um Dienstleistungen handelt, und dass diese den Referenznummern 873 8730 "Investigation and security services", 87309 "Other security services not elsewhere classified", 929 "Other education services" und 9290 92900 "Other education services" der (provisorischen) zentralen Gütersystematik der UNO (Central Product Classification, CPC; Ausgabe 1991) entsprechen. Die Referenznummern CPC 87309 und 92900 sind nicht Bestandteil der Liste der Dienstleistungen gemäss Anhang 3 BöB, die als Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich gelten.

Beim Beschaffungsgegenstand handelt es sich daher um "übrige Dienstleistungen" ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (vgl. Ziff. 2 des Anhangs 3 BöB).

**1.2.3** Mit der Beschwerde gegen einen Zuschlag bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann nur die Feststellung beantragt werden, dass eine Verfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 52 Abs. 2 BöB).

Art. 58 BöB regelt den vergaberechtlichen Primär- und Sekundärrechtsschutz und damit die materiellen Urteilsfolgen, wenn sich die Vergabebeschwerde (mindestens teilweise) als begründet erweist. Der Primärrechtsschutz wahrt die Chance der Beschwerdeführerin, den Zuschlag zu erhalten, indem die für sie nachteilige Verfügung gerichtlich aufgehoben oder abgeändert wird. Der Sekundärrechtsschutz erschöpft sich hingegen in der Feststellung der erlittenen Rechtsverletzung zwecks Gewährung von Schadenersatz, während das Vergabegeschäft als solches vom Beschwerdeentscheid unberührt bleibt (MICA BÜHLER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N. 1).

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs stehen einer übergangenen Anbieterin daher von Anfang an nur die Rechtsbehelfe des Feststellungsurteils und des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruches in Form eines Auslagenersatzes zur Verfügung (vgl. Urteile des BVGer B-2719/2022 vom 1. Dezember 2022 E. 1.8; B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 2; B-2885/2021 vom 1. März 2022 E. 1.10; MARTIN BEYELER, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip, Baurecht 2020, S. 40 f.; MICA BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N. 18; ISABELLE HANSELMANN, Schadenersatzbegehren nach dem revidierten BöB, VergabeNews Nr. 31, November 2021 S. 1).

**1.2.4** Die in Art. 52 Abs. 2 BöB genannte Feststellung, dass eine Verfügung Bundesrecht verletze, ist in systematischer Hinsicht in Zusammenhang mit einem gleichzeitigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über ein allfälliges Schadenersatzbegehren gemäss Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB zu sehen. Eine andere Rechtsfolge sieht das Gesetz nicht vor. Soweit die Beschwerdeführerin daher beantragt, es sei eine Entschuldigung des Krisenmanagementzentrums und der Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit zuhanden der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen anzumahnen (Rechtsbegehren 4), ist ihr Begehren daher unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

**1.2.5** Was ihr Rechtsbegehren, es sei die Aufhebung der von ihr beanstandeten Ausschreibung anzuordnen mit der Anweisung an die Vergabestelle, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen, wobei der derzeitige Auftragnehmer von der Angebotsabgabe auszuschliessen sei (Rechtsbegehren 5), betrifft, so ist nicht restlos klar, ob die Beschwerdeführerin – welche nicht rechtlich vertreten ist – wirklich die Ausschreibung meint oder nicht eher das Vergabeverfahren.

Soweit sie tatsächlich die Ausschreibung meinen sollte, so ist darauf hinzuweisen, dass eine Ausschreibung sowie alle Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, als Verfügung gelten (Art. 53 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BöB). Werden sie nicht fristgerecht angefochten, erwachsen sie in Rechtskraft und auf Beschwerden dagegen ist nicht einzutreten.

Sollte die Beschwerdeführerin indessen das Vergabeverfahren meinen, so weist die Vergabestelle zu Recht darauf hin, dass ein Antrag auf Aufhebung des Vergabeverfahrens und Rückweisung zu neuer Ausschreibung ein Antrag ist, der nur im Kontext des Primärrechtsschutzes gestellt werden könnte. Im Rahmen einer Beschwerde gegen einen Zuschlag für einen Auftrag ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist ein derartiges Rechtsbegehren aber unzulässig.

Auf Beschwerdebegehren 5 ist daher nicht einzutreten.

**1.3** Umstritten ist weiter, ob auf die Beschwerdebegehren 1 bis 3 einzutreten ist. Die Vergabestelle bestreitet diesbezüglich die Legitimation der Beschwerdeführerin.

**1.3.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG,

SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

Das BöB enthält nur in Bezug auf den freihändig erteilten Zuschlag besondere Regelungen zur Beschwerdelegitimation (vgl. Art. 56 Abs. 4 BöB). Ansonsten ist die Beschwerdelegitimation grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen (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).

Wie bereits dargelegt, tritt bei Vergabeverfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs an die Stelle des Primärrechtsschutzes auf Aufhebung und Änderung der angefochtenen Verfügung als Streitgegenstand der Sekundärrechtsschutz, nämlich die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung zusammen mit einem gleichzeitigen Entscheid über ein allfälliges Schadenersatzbegehren (Art. 58 Abs. 2, 3 und 4 BöB). Nach dem allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrensrecht sind Begehren auf eine behördliche oder gerichtliche Feststellung nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Ein Feststellungsantrag kann nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (BGE 141 II 113 E. 1.7; 137 II 199 E. 6.5; 126 II 300 E. 2c). In Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf eine Vergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs oder nach einer zulässigen Vertragsunterzeichnung erfolgt eine derartige Feststellung typischerweise in Zusammenhang mit dem gleichzeitigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über ein allfälliges Schadenersatzbegehren gemäss Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB (vgl. E. 1.2.4 hievore).

Unter dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508; im Folgenden: aBöB) waren Schadenersatzbegehren im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes in einem separaten Verfahren nach Massgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 zu verfolgen (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1985). Bei jenem zweistufigen Verfahren hatte das

Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt im Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB lediglich festzustellen, ob der angefochtene Zuschlagsentscheid rechtswidrig war. Erst nach dieser Feststellung war das Verfahren gemäss Art. 35 aBöB (Schadenersatzbegehren bei der Auftraggeberin) einzuleiten. Die Feststellung der Beschwerdeinstanz über die Rechtswidrigkeit war für den nachfolgenden vergaberechtlichen Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 35 aBöB verbindlich (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414). Da nach dem revidierten BöB das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist zum Entscheid über ein allfälliges Schadenersatzbegehren, ist fraglich, welcher Zweck der gesetzlich vorgesehenen gleichzeitigen gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung zukommen soll. In einem ersten Abschreibungsentscheid zu dieser Frage vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die Feststellung der Rechtsverletzung lediglich eine Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch darstelle und daher mit der Bezahlung des Schadenersatzes in der verlangten Höhe das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin weggefallen sei, so dass sie keinen praktischen Nutzen an der Feststellung einer allfälligen Rechtsverletzung mehr habe (Abschreibungsentscheid B-2963/2021 vom 15. Oktober 2021 S. 5).

**1.3.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Primärrechtsschutz genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um seine Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist im Primärrechtsschutzverfahren zur Beschwerde nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Entscheides nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten.

Diese Fragen stellen sich in gleicher Weise im Sekundärrechtsschutzverfahren. War eine allfällige Rechtswidrigkeit nicht kausal dafür, dass der Beschwerdeführer selbst den Zuschlag nicht erhalten hatte, so fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang mit dem Schaden, den der betreffende Beschwerdeführer geltend machen möchte (BGE 141 II 14 E. 4.6

"Monte Ceneri"). Ein allfälliges subjektives Interesse an der Feststellung einer Rechtswidrigkeit, durch welche die Rechtsposition des Beschwerdeführers selbst nicht relevant beeinflusst wurde, wäre zu abstrakt, um ein genügendes Feststellungsinteresse und damit seine Legitimation zu begründen.

Auch wenn ein Beschwerdeführer im Sekundärrechtsschutzverfahren nur mehr eine Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz verlangen kann, hat er daher nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Begründung seiner Beschwerdelegitimation in gleicher Weise wie im Primärrechtsschutzverfahren darzutun, dass er eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag selber zu erhalten, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt worden wäre oder überhaupt hätte gewährt werden können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri"; Urteile B-3709/2021 E. 3.2.2.2; B-2885/2021 E. 2.1).

**1.3.3** Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich aufgefordert, ihre Vorbringen in Bezug auf die Frage ihrer Beschwerdelegitimation zu ergänzen.

Die Beschwerdeführerin hat indessen weder ein konkretes Schadenersatzbegehren gestellt noch geltend gemacht, dass sie beabsichtige, eines zu stellen. Sie begründet auch nicht, warum sie – unabhängig von einem Schadenersatzbegehren – ein konkretes praktisches Interesse an den von ihr beantragten Feststellungen haben sollte.

Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich, der Beschaffungsgegenstand sei absichtlich so definiert worden, dass der Zuschlagsempfänger gegenüber den anderen Anbietern bevorzugt worden sei. Aufgrund seiner langjährigen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle habe er über einschlägige Kenntnisse verfügt, die ihm ermöglicht hätten, ein vorteilhafteres Angebot einzureichen. Die Vergabestelle legt dagegen dar, dass das Angebot der Beschwerdeführerin in sämtlichen Zuschlagskriterien die tiefste Bewertung der vier Angebote erzielt habe. Der Abstand zum zweitplatzierten Angebot habe 68 von 500 möglichen Punkten betragen. Die Beschwerdeführerin rügt zwar auch eine Unterbewertung ihres Angebots, macht aber nicht geltend, ihr Angebot hätte korrekterweise mit mehr Punkten als das zweitplatzierte Angebot bewertet werden sollen. So führt sie in ihrer Eingabe vom 5. Juli 2023 wörtlich aus:

"Die Beschwerdeführerin möchte an dieser Stelle noch einmal betonen, dass sie nicht den Entscheid der Vergabestelle als solchen anfechten möchte, und

in keiner Weise behauptet, die beste Anbieterin gewesen zu sein, die den Zuschlag hätte erhalten müssen."

Selbst wenn daher das Gericht der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen würde, dass der offensichtliche Vorteil, den der Zuschlagsempfänger aufgrund seiner Kenntnisse durch die langjährige Zusammenarbeit mit der Vergabestelle hatte, zu seinem Ausschluss hätte führen müssen, so ist unbestritten, dass in diesem Fall nicht die Beschwerdeführerin, sondern die Anbieterin im zweiten Rang den Zuschlag hätte erhalten müssen. Ein Kausalzusammenhang zwischen den von der Beschwerdeführerin behaupteten Verfahrensfehlern und dem Umstand, dass sie den Zuschlag nicht erhalten hat, besteht damit unbestrittenermassen nicht.

**1.3.4** Die Beschwerdeführerin ist daher nicht zur Beschwerde legitimiert, weshalb auch auf die Beschwerdebegehren 1 bis 3 nicht einzutreten ist.

## **2.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

## **3.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) und ist vorliegend auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

## **4.**

Als unterliegender Partei ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Der Zuschlagsempfänger hat sich nicht mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt, weshalb auch er keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBI 2017 2175 ff. (Government Procurement Agreement [GPA,

SR 0.632.231.422]) und BöB tätigen, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und auszugsweise an den Beschwerdegegner.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 18. Juli 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 241605;  
Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (Auszug; A-Post)