



Urteil vom 1. März 2022

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Christian Winiger,
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Strasseninfrastruktur, Projektmanagement,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "GE1 PPM BE 210007 -
Parkplatzmanagement BE - Rastplatzbewirtschaftung
Wileroltingen;
SIMAP-Projekt-ID 216990;
SIMAP-Meldungsnummer 1199887.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 23. Februar 2021 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur West, Filiale Thun (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "216990 - GE1 PPM BE 210007 - Parkplatzmanagement BE - Rastplatzbewirtschaftung Wileroltigen" als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1181837). Der Auftrag umfasst die Zutrittskontrolle und den Sicherheitsdienst auf dem Rastplatz Wileroltigen und dem provisorischen Transitplatz für ausländische Fahrende. Dabei ist die Sicherheit des Rastplatzes mit zwei Personen und im 24/7 Schichtbetrieb sicherzustellen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Arbeiten sollten in der Zeit vom 1. Mai 2021 bis 31. Oktober 2024 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.13).

A.b Innert der bis am 12. April 2021 angesetzten Frist gingen acht Angebote ein, darunter dasjenige Angebot der A. _____ AG (im Folgenden: A. _____).

A.c Mit Schreiben vom 15. April 2021 bestätigte die Vergabestelle den Anbietern den Eingang ihrer Offerte unter Beilage des anonymisierten Protokolls der Offertöffnung.

A.d Am 5. Mai 2021 erteilte die Vergabestelle der B. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 1'916'880.– (exkl. MwSt) den Zuschlag und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 1. Juni 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1199887).

A.e Mit Schreiben vom 1. Juni 2021 teilte die Vergabestelle der zweitplatzierten A. _____ AG unter Hinweis auf die soeben erwähnte SIMAP-Publikation mit, dass der Auftrag nicht an sie vergeben, sondern der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt worden sei. Zur Begründung verwies sie auf die beiliegende anonymisierte Auswertung der Angebote.

B.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2021 erhob A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie führt im Wesentlichen aus, mit der Bewertung beim "Zuschlagskriterium ZK2: Schlüsselpersonen" nicht einverstanden zu sein. In den Ausschreibungsunterlagen sei für die Erfüllung der Minimalanforderungen der Eidgenössische Fachausweis für Bewachung und Sicherheit (FSB) vorausgesetzt worden. Sie vermute, dass die Eidgenössische Berufsprüfung nicht als

gleichwertige Ausbildung zum Eidgenössischen Fachausweis für Bewachung und Sicherheit (FSB) beurteilt worden sei. Sie beantrage deshalb Akteneinsicht und eine ausführliche Begründung zu den bei diesem Zuschlagskriterium vorgenommenen Abzügen. Es sei ihr bewusst, dass sie auch im Falle einer Gutheissung der Beschwerde die geforderte Punktzahl nicht erreiche. Ihr Anliegen sei es jedoch, die Wertigkeit der Eidgenössischen Berufsprüfung zu schützen.

C.

C.a Mit Verfügung vom 6. Juli 2021 wurde die Vergabestelle ersucht, eine Vernehmlassung sowie die vollständigen Akten betreffend das vorliegende Vergabeverfahren einzureichen.

C.b Innert Frist reichte die Vergabestelle am 2. August 2021 ihre Stellungnahme ein und beantragt, auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.

C.c Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, bei der vorliegend zu beschaffenden Leistung gehe es um Dienstleistungen im Bereich Sicherheit. Die ausgeschriebene Leistung sei der provisorischen CPC-Referenznummer 873 "Investigation and security services" bzw. der Untergruppe "Guard Services" (prov. CPC-Referenznummer 87305) zuzuordnen, womit sie ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liege. Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs werde nur der sekundäre Rechtsschutz gewährt. Demnach könne die Beschwerdeführerin ausschliesslich die Feststellung beantragen, eine Verfügung verletze Bundesrecht. Eine solche Feststellung habe die Beschwerdeführerin vorliegend aber nicht beantragt. Ebenso wenig habe sie begründet, inwiefern die fragliche Bewertung Bundesrecht verletze. Darüber hinaus fehle es der Beschwerdeführerin auch an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, da sie nicht vorbringe, der Zuschlag hätte an sie gehen müssen. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

C.d In materieller Hinsicht führt die Vergabestelle aus, die Bewertung des EK 2 sei sachlich begründet. Sie habe weder ihre Ermessensfreiheit noch einen der Grundsätze des Beschaffungswesens verletzt. Die Beschwerdeführerin habe bei EK 2 (Minimalanforderung an das Personal) alle Anforderungen erfüllt. Es sei der Ausschreibung entsprechend bewertet worden, dass alle elf aufgeführten Schlüsselpersonen gemäss Lebenslauf über einen eidgenössischen Fachausweis verfügten und gute bis sehr gute Französischkenntnisse hätten. Deshalb habe die Beschwerdeführerin bei EK 2

die Note 3 erhalten. Die Note 3 entspräche bei der vorliegend vorgenommenen Bewertung mit ganzen Noten von 0 bis 5 der normalen Erfüllung der Anforderungen. Die normale Erfüllung der Anforderungen führe nicht zu einer Bewertung mit der Note 5. Für eine bessere Bewertung hätte die Beschwerdeführerin die in den Lebensläufen erwähnten Fachausweise der Offerte beilegen müssen. Auch die Angabe von vergleichbaren Referenzen hätte zu einer noch besseren Bewertung geführt, denn die meisten der aufgeführten Referenzprojekte seien nicht wirklich mit den ausgeschriebenen Aufgaben vergleichbar gewesen.

D.

Mit Verfügung vom 3. August 2021 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine allfällige abschliessende Stellungnahme einzureichen, wovon sie keinen Gebrauch machte (vgl. Verfügung vom 27. August 2021).

E.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

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

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

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

1.5 In Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 23. Februar 2021 gibt die Vergabestelle an, dass es sich um eine "Dienstleistung" handelt. Bei der vorliegend zu beschaffenden Leistung geht es um die Sicherstellung des Sicherheits- und Verkehrsdienstes auf dem Rastplatz Wileroltigen. Die Vergabestelle unterstützt den Kanton Bern temporär bei der Zurverfügungstellung von Transitplätzen für Fahrende. Daher dient der Rastplatz Wileroltigen ausnahmsweise nicht nur der kurzzeitigen Erholung der Strassenbenutzer, sondern teilweise auch der Beherbergung von ausländischen Fahrenden. Der Rastplatz wird aus Sicherheitsgründen in zwei Zonen aufgeteilt, welche durch eine Barriere abgetrennt sind. Die zu beschaffende Leistung hat insbesondere zum Inhalt, mit zwei Personen im 24/7 Schichtbetrieb die Ein- und Ausfahrt in den Rastplatz zu kontrollieren sowie die Sicherheit für alle Benutzer zu gewährleisten (Pflichtenheft, Ziff. 1 und 2). Die Einstufung als Dienstleistung ist daher zutreffend.

1.6

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

1.6.2 Der Inhalt des vorliegenden Auftrages wird in Buchstabe A.a und in der Erwägung 1.7.2 detailliert beschrieben. Die im SIMAP aufgeführte CPC-Referenznummer 12 (Architektur; technische Beratung und Planung und integrierte technische Leistungen; Stadt und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung) erweist sich demnach – wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 2. August 2021

selbst erwähnt – als offensichtlich unzutreffend. Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass der vorliegende Dienstleistungsauftrag vielmehr der prov. CPC-Referenznummer 87305 (Guard services) zuzuordnen ist, welche unter anderem auf "security guard services, parking control und access control services" verweist (vgl. Urteil B-4889/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 3.3).

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

1.7

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

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

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

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

1.10 Der vorliegende Auftrag liegt wie vorne erwähnt allerdings ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, weshalb mit der Beschwerde nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung und die Leistung von Schadenersatz beantragt werden kann (Sekundärrechtsschutz, Art 52 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1 BöB). Von vornherein nicht beantragt werden kann die Än-

derung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Primärrechtsschutz; vgl. MARTIN BEYELER, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip, Baurecht 2020 S. 40 f.).

2.

2.1 Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

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

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

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

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

2.5 Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten.

3.

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

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids wird dieser Betrag dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– entnommen und der Differenzbetrag von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und in anonymisierter Form an die Zuschlagsempfängerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Corine Knupp

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]), sofern 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 7. März 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 216990;
Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post; in anonymisierter Form)