



Urteil vom 28. Dezember 2020

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. Remo Baumann, Rechtsanwalt,
Baumann Inderkum & Muheim,
Bundesplatz 2, Postfach 7525, 6302 Zug,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Rothenburgstrasse 25, 6020 Emmenbrücke,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung
Schwerverkehrsmanagement - SIMAP-Meldungsnummer
1153241 (Projekt-ID 209105).

Sachverhalt:**A.**

Am 14. September 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) einen Dienstleistungsauftrag für die Dauer von fünf Jahren mit dem Projekttitel "Schwerverkehrsmanagement – Beschaffung Verkehrsdienst Zentralschweiz" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1153241, Projekt-ID 209105). Die Ausschreibung enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.

B.

Die X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 3. Oktober 2020 Beschwerde gegen die Ausschreibung mit nachfolgendem Rechtsbegehren:

1. Die Beschwerde sei gutzuheissen, das Vergabeverfahren OB01 "Schwerverkehrsmanagement – Beschaffung Verkehrsdienst Zentralschweiz" sei abzubrechen.

Eventuell: Die Beschwerde sei gutzuheissen, das Vergabeverfahren OB01 "Schwerverkehrsmanagement – Beschaffung Verkehrsdienst Zentralschweiz" sei abzubrechen und ohne das Eignungskriterium EK5 "Mitglied im Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU)" zu wiederholen.

2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zulasten der Vorinstanz bzw. des Staates.

Zur Begründung ihrer Anträge führt die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, die Vergabestelle habe ein vergaberechtswidriges Eignungskriterium vorgegeben. Der Nachweis der VSSU-Mitgliedschaft schränke die Anbieter unzulässig ein und wirke diskriminierend. Der wirksame Wettbewerb werde eingeschränkt und unnötig behindert.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2020 ersuchte der Instruktionsrichter die Vergabestelle, zu den prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen. Gleichzeitig untersagte er der Vergabestelle einstweilen, die zu erwartenden Offerten nach Eingang zu öffnen, wies aber im Übrigen den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde superprovisorisch einstweilen ab.

D.

Am 20. Oktober 2020 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ein und stellte nachfolgendes Rechtsbegehren:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter: Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
3. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung macht sie geltend, die ausgeschriebene Dienstleistung, welche der prov. CPC-Referenznummer 87305 entspreche, sei nicht in der Positivliste des Anhangs 1a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11) enthalten, weshalb gegen die angefochtene Verfügung auch kein Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Dementsprechend sei mit der Ausschreibung auch keine Rechtsmittelbelehrung publiziert worden. Sollte das Gericht trotzdem auf die Beschwerde eintreten, sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufgrund seiner Aussichtslosigkeit abzuweisen. Das Eignungskriterium EK 5 sei sachgerecht und schränke auch den Wettbewerb nicht übermässig ein.

E.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 21. Oktober 2020 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich zur Stellungnahme der Vergabestelle und der von ihr vorgetragenen fehlenden Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu äussern.

F.

Mit Eingabe vom 10. November 2020 verwies die Beschwerdeführerin auf ihre bisherigen Anträge. Zusätzlich führte sie aus, die Vergabestelle schreibe – entgegen ihren Ausführungen – keine reine Sicherheitsdienstleistung aus. Für Sicherheitsdienstleistungen, welche in den Zuständigkeitsbereich der Vergabestelle fallen würden, sei ausschliesslich die Polizei zuständig. Vorliegend handle es sich aber um "Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs", was bereits aus der Ausschreibung deutlich werde. Abgerufen werde somit keine eigenständige Hauptbetätigung, sondern ein Nebenprodukt bezüglich der staatlichen Hauptleistung der Vergabestelle, die den Bau, den Betrieb und den Unterhalt von Strassen umfasse, weshalb ein Bauauftrag vorliege und die ausgeschriebene Vertragsleistung unter

die prov. CPC-Referenznummern 511 (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustellen) 516 (Einrichtungsarbeiten von Installationen) und 518 (Miete oder Leasing von Bau- oder Abbruchausrüstungen, eingeschlossen Personalleistungen) falle, welche in der Positivliste des Anhangs 2 VöB Erwähnung fänden.

G.

Am 26. November 2020 reichte die Vergabestelle eine weitere Stellungnahme ein, in der sie darauf hinwies, dass ihre eigenen Tätigkeiten im Baubereich vorliegend nicht relevant seien. Massgebend für die Einordnung einer ausgeschriebenen Vertragsleistung hinsichtlich ihrer prov. CPC-Referenznummer sei nicht die Haupttätigkeit der Vergabestelle. Vielmehr seien die einzelnen Leistungen einer für sie zutreffenden prov. CPC-Referenznummer zuzuordnen, vorliegend der prov. CPC-Referenznummer 87305 (Guard services), welche unter anderem Dienstleistungen wie security guard services, parking control and access control services enthalte und nicht unter das Beschaffungsrecht falle.

H.

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 22. Dezember 2020 verwies die Beschwerdeführerin auf eine neue Ausschreibung, welche auch das Verkehrsmanagement betreffe, bei der die Vergabestelle nun als Eignung nicht mehr der Nachweis der VSSU-Mitgliedschaft, sondern die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau verlangt werde.

I.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 m.w.H. "Publicom").

2.

Gegen Verfügungen über die Ausschreibung steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. b des

Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, [BöB, SR 172.056.1]). 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 (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

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. Alle übrigen Beschaffungen sind in der VöB 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 Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.w.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das BöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist (Urteile des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 2.1, B-8141/2015 vom 30. August 2016 E.3).

3.1 Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Das ausgeschriebene Auftragsvolumen liegt deutlich über dem Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [SR 172.056.12]). Strittig ist jedoch, ob die ausgeschriebene Dienstleistung in sachlicher Hinsicht vom BöB erfasst und das entsprechende Rechtsschutzsystem zur Verfügung steht, was nachfolgend zu prüfen ist.

3.2 Auftragsinhalt der vorliegenden Ausschreibung sind Verkehrsdienste im Zusammenhang mit dem Schwerverkehrsmanagement auf der Nord-Süd-Achse in zwei temporär betriebenen Warteräumen sowie in einem Notwarteraum in der Zentralschweiz. Im Ereignisfall (keine oder reduzierte Schwerverkehrsabfertigung an den Grenzübergängen, schneebedeckte Fahrbahn, Tunnelsperrungen, Unfälle, Einsatz von Pannenfahrzeugen etc.), bei dem die Durchfahrt für den Schwerverkehr eingeschränkt oder verunmöglicht ist, soll mithilfe der temporär betriebenen Verkehrsräume der übrige Verkehrsfluss weiterhin sichergestellt werden. Dabei umfasst der ausgeschriebene Verkehrsdienst die Einrichtung der Signalisation, die Zugangskontrolle mit entsprechender Triage der Lastwagen, die Sicherstellung eines geordneten Ablaufs, die Organisation des Parkierens, des Nachrückens sowie des geordneten Ausfahrens nach dem Ereignisfall.

3.2.1 Die Vergabestelle führt dazu aus, die ausgeschriebene Leistung falle nicht in den Anwendungsbereich des BöB, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Bei Dienstleistungsaufträgen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB seien Vertragsleistungen nur dann dem BöB unterstellt, wenn sie in der Positivliste von Anhang 1a der VöB bzw. dem Anhang 1 Annex 4 des GPA enthalten seien. Die Positivliste der VöB stütze sich ihrerseits auf die zentrale Produktklassifikation (prov. CPC) der UN. Bei der vorliegenden Dienstleistung gehe es um die Zugangskontrolle und die Sicherstellung eines geordneten Ablaufs in den Warteräumen und damit um Dienstleistungen im Bereich Sicherheit. Die ausgeschriebene Leistung lasse sich demnach in die Gruppe "Investigation and security services" mit der prov. CPC-Referenznummer 873 bzw. die Untergruppe "Guard services" mit der prov. CPC-Referenznummer 87305 einordnen. Letztere würden unter anderem die Leistungen security guard services, parking control und access control services enthalten. Damit falle die ausgeschriebene Dienstleistung nicht unter die Positivliste von Anhang 1a des VöB bzw. Anhang 1 Annex 4 des GPA.

3.2.2 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die ausgeschriebene Beschaffung sei als Bauauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB zu qualifizieren und werde vom BöB erfasst. Die Vergabestelle habe keine reine Sicherheitsdienstleistung ausgeschrieben. Für die Sicherheit auf den Strassen, welche in den Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz fallen würde, sei allein die Polizei zuständig. Bereits der Ausschreibungstext weise darauf hin, dass von "Neben- und Hilfstätigkeit des Verkehrs" ausgegangen werden müsse. Der "Verkehrsdienst" sei keine Hauptbetätigung, vielmehr eine Hilfsleistung, welche sich nach der Haupttätigkeit der Vergabestelle

richte, nämlich dem Bau und Unterhalt von Strassen, weshalb insgesamt ein "Bauftrag" vorliege. Entsprechend müsse eine Klassifizierung im Abschnitt 5 (Construction work and constructions) gemäss den prov. CPC-Referenznummern 511 (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustellen) 516 (Einrichtungsarbeiten von Installationen) und 518 (Miete oder Leasing von Bau- oder Abbruchausrüstungen, eingeschlossen Personalleistungen) vorgenommen werden, welche auf der Positivliste des Anhangs 2 der VöB enthalten seien. Im Einzelfall sei danach zu fragen, ob die konkrete Beschaffung der öffentlichen Aufgabe diene, welche die Vergabestelle erfülle. Der zwingende Konnex der Hilfsleistung zur Hauptleistung, die die Vergabestelle selber ausführe, sei vorliegend in augenfälliger Weise gegeben, weshalb eine Klassifizierung im Abschnitt 8 (Business services) unzulässig sei. Darüber hinaus gehe es der Vergabestelle darum, die provisorischen Warteräume im Rahmen von baulichen Massnahmen durch definitive Lösungen ausserhalb der Autobahn zu ersetzen, was auch aus einem entsprechenden Konzept zum Schwerverkehrsmanagement aus dem Jahr 2012 hervorgehe.

3.2.3 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB ist unter dem Begriff "Dienstleistungsauftrag" ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA zu verstehen (vgl. dazu die Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBI 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 m.w.H.). Hingegen führt eine "Bauleistung" im vergaberechtlichen Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB unmittelbar zu physischen Veränderungen an einer unbeweglichen Sache oder trägt dazu bei, dass ein Bauwerk (einschliesslich des Baugrundes) errichtet, verändert oder beseitigt wird. Neben den klassischen Baumeisterarbeiten im Hoch- und Tiefbau gelten als Bauleistungen auch die die Bauleistung vorbereitenden Arbeiten (MARTIN BEYLER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 936, 938). Nicht zu den Bauleistungen zählen hingegen jene Dienstleistungen, die nicht direkt physische Arbeiten am Bauwerk selber betreffen, auch wenn sie mit diesen zusammenhängen oder diese begleiten (BEYLER, a.a.O., Rz. 942).

3.2.4 Bei dem zu beschaffenden Vertragsinhalt – "Verkehrsdienst Zentralschweiz" – handelt es sich offensichtlich um eine Dienstleistung im oben erwähnten Sinn und nicht um ein Bauwerk. Die Beschwerdeführerin begründet ihre abweichende prov. CPC-Klassifizierung sinngemäss damit, bei der fraglichen Dienstleistung handle es sich um keine Hauptbetätigung,

sondern um ein Nebenprodukt der Hauptleistung der Vergabestelle, welche einer Bauleistung entspreche, weshalb die Beschaffung insgesamt als Bauleistungsauftrag der Klassen 511, 516 und 518 zu qualifizieren sei und deshalb dem BöB unterstehe.

3.2.5 Diese Argumentation der Beschwerdeführerin überzeugt nicht. Für die Zuordnung einer Vertragsleistung zu einer prov. CPC-Kategorie sind – soweit erforderlich – die einzelnen charakteristischen Teilleistungen voneinander abzugrenzen und je einzeln der passenden Kategorie bzw. prov. CPC-Referenznummer zuzuordnen. Die prov. CPC ist so aufgebaut, dass eine in dieser Weise definierte (Teil-) Leistung immer nur einer Kategorie zuzuordnen ist. Es ist damit ausgeschlossen, dass eine bestimmte Dienstleistung sowohl unter die Liste der dem Beschaffungsrecht unterstellten Tätigkeiten als auch unter die Liste der nicht unterstellten Tätigkeiten fällt (Urteil B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.6 m.w.H.). Eine Aufteilung in Hilfstätigkeiten, welche hinsichtlich ihrer CPC-Kategorisierung einer für sie fremden Kategorisierung einer Hauptleistung der Vergabestelle folgen, ist nicht vorgesehen. Die Beschwerdeführerin nennt denn auch keine (Teil-) Leistung, welche für sich alleine – aufgrund ihrer eigenen Charakterisierung – dem Abschnitt 5 (Construction work and constructions) zuzuordnen wäre, weshalb der erwähnte Abschnitt für die ausgeschriebene Dienstleistung auch nicht prägend sein kann (vgl. BVGE 2008/48 E. 4.3 und 4.9).

3.2.6 Soweit die Beschwerdeführerin einen Bauleistungsauftrag damit begründet, bei den temporär betriebenen Warteräumen handle es sich um Provisorien, welche künftig durch definitive, noch zu bauende Warteräume ersetzt werden müssten, ist dem entgegen zu halten, dass sich die ausgeschriebene Vertragsleistung auf den "Verkehrsdienst Zentralschweiz" und nicht auf einen noch zu bauenden Warteraum bezieht. Zu Recht weist die Vergabestelle im Übrigen darauf hin, dass das erwähnte Konzept nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen sei.

3.3 Das Pflichtenheft der vorliegenden Ausschreibung macht deutlich, dass es sich bei den fraglichen Dienstleistungen um Zugangskontrollen für den Schwerverkehr und die Sicherstellung eines geordneten Ablaufs in den provisorischen Warteräumen auf der Nord-Süd-Achse handelt, welche der Aufrechterhaltung des übrigen Verkehrsflusses dient. Die Vergabestelle hat diesen Dienstleistungsauftrag folgerichtig der prov. CPC-Referenznummer 87305 (Guard services) zugeordnet, welche unter anderem auf

security guard services, parking control und access control services verweist. Die prov. CPC-Referenznummer 87305 ist jedoch nicht auf der Positivliste des Anhangs 1a VöB bzw. Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt, weshalb das BöB vorliegend nicht zur Anwendung gelangt und das Bundesverwaltungsgericht folglich für Beschwerden gegen solche Beschaffungen nicht zuständig ist. Daraus folgt, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Bei diesem Ergebnis ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

4.

4.1 Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Angesichts des geschätzten Vergabevolumens von rund Fr. 2'900.000.–, der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten sowie der Berücksichtigung des Aufwands und der Schwierigkeit der sich hier stellenden Sach- und Rechtsfragen, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache in Anwendung von Art. 4 VGKE auf Fr. 2'000.– festzusetzen (Urteile des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 6 und B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 8).

4.2 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 erwachsenden 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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 209105; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

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 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: 30. Dezember 2020