



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-7106/2023
dik/kev/lse

Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richterin Mia Fuchs,
Gerichtsschreiberin Eva Kälin.

In der Beschwerdesache

Parteien

A._____,
vertreten durch Damian Müller, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Vergabestelle,

B._____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Astrid Waser und/oder Sandro Travaglini,
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "2022/KEK/043 Kurse Betriebliche
Erste Hilfe für SBB";
SIMAP-Projekt-ID: 260368
SIMAP-Meldungsnummer: 1380767,

das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) am 4. Juli 2023 auf SIMAP einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel «2022/KEK/043 Kurse Betriebliche Erste Hilfe für SBB» im offenen Verfahren ausschrieb (Meldungsnummer 1346633; Projekt-ID 260368) und den Auftrag als vom Staatsvertragsbereich erfasst qualifizierte,

dass die Vergabestelle die Ausschreibung mit SIMAP-Publikation vom 15. August 2023 (Meldungsnummer 1356617) berichtigte,

dass die Vergabestelle am 29. November 2023 B._____ (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag erteilte und die Zuschlagsverfügung am 30. November 2023 auf SIMAP publizierte (Meldungsnummer 1380767),

dass die zweitplatzierte A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Zuschlagsverfügung mit Eingabe vom 20. Dezember 2023 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob,

dass die Beschwerdeführerin beantragt, die Zuschlagsverfügung vom 30. November 2023 sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen,

dass die Beschwerdeführerin eventualiter verlangt, die Sache sei mit verbindlichen Anweisungen zur Neudurchführung der Evaluation an die Vergabestelle zurückzuweisen,

dass sie subeventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung fordert,

dass die Beschwerdeführerin zudem beantragt, der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle seien Abschluss und Vollzug des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) einstweilen zu untersagen,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2023 superprovisorisch anordnete, bis zu seinem Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum

Urteil hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin zu unterbleiben,

dass die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin jeweils mit Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2024 u.a. beantragen, der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und der Beschwerde sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen,

dass beide zur Begründung zusammengefasst u.a. vorbringen, dass die zu beschaffende Dienstleistung («Ausbildung in Erster Hilfe») ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liege, da sie nicht in Anhang 3 Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) bzw. nicht in der Positivliste in Annex 5 des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]) aufgeführt werde,

dass die Vergabestelle einräumt, sie habe die Ausschreibung in den SIMAP-Publikationen fälschlicherweise dem Staatsvertragsbereich zugeordnet, dieser Umstand sei jedoch unbeachtlich, da die Frage, ob eine Beschaffung im oder ausserhalb vom Staatsvertragsbereich liege, nicht zur Disposition der Vergabestelle stehe,

dass die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 16. Februar 2024 und Replik vom 14. März 2024 vorbringt, die ausgeschriebene Dienstleistung sei als Beratungsleistung zu qualifizieren, womit sie in der Positivliste zum GPA 2012 bzw. in Anhang 3 Ziff. 1 BöB (Ziff. 18; «Unternehmensberatung und verbundene Dienstleistungen») enthalten sei und dem Staatsvertragsbereich unterstehe,

dass die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin jeweils mit Duplik vom 17. April 2024 ausführen, dass es in der vorliegenden Ausschreibung und den dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen ausschliesslich um Kurse im Bereich betriebliche erster Hilfe und damit um Bildungsdienstleistungen gehe, welche nicht in den Staatsvertragsbereich fielen,

und zieht in Erwägung,

dass die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 54 Abs. 1 BöB keine aufschiebende Wirkung hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 54 Abs. 2 BöB einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen,

dass die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertreten, die ausgeschriebene Dienstleistung («Ausbildung in Erster Hilfe») falle nicht in den Staatsvertragsbereich,

dass die Beschwerdeführerin demgegenüber vorbringt, die ausgeschriebene Dienstleistung sei als Beratungsleistung zu qualifizieren und unterstehe deshalb dem Staatsvertragsbereich,

dass Dienstleistungen dann dem Staatsvertragsbereich unterstehen, wenn der Schwellenwert nach Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreicht ist und die Dienstleistungen in der Liste in Anhang 3 Ziff. 1 BöB bzw. in der Positivliste in Annex 5 GPA 2012 aufgelistet sind (vgl. Art. 8 Abs. 4; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022, E. 2.2),

dass hierbei die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (Central Product Classification, CPC prov) massgebend ist (vgl. Anhang 3 Ziff. 1 BöB; Urteile des BVGer B-3709/2021 E. 2.2, B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1.3),

dass eine Dienstleistung, welche mehrere Leistungen enthält, die teilweise in den Staatsvertragsbereich fallen und teilweise nicht, nach der Präponderanztheorie dann dem Staatsvertragsbereich untersteht, wenn die finanziell überwiegende Leistung einer Kategorie zuzuordnen ist, die in Anhang 3 BöB bzw. in Annex 5 GPA 2012 aufgelistet ist (Urteil des BVGer B-3709/2021 E. 2.6; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1059),

dass die Vergabestelle die vorliegend zu beschaffende Dienstleistung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer «80562000 – Ausbildung in erster Hilfe» ausgeschrieben hat,

dass die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand anhand der Ausschreibungsunterlagen weiter präzisiert hat,

dass gemäss Ziff. 1.3 («Beschaffungsgegenstand») der Angebotsunterlagen vom 4. Juli 2023 (Beilage 3 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 18. Januar 2024) die unter Kapitel 3 beschriebenen, bzgl. Inhalt und Setting auf die einzelnen Zielgruppen zugeschnittenen, betrieblichen Erste-Hilfe-Ausbildungen den Beschaffungsgegenstand bilden,

dass Kapitel 3 der Angebotsunterlagen («Leistungs-/Lieferumfang») auf das separate Pflichtenheft verweist,

dass die Ausschreibung gemäss Ziff. 1.1 («Aufgaben/Leistungsbeschreibung») des bereinigten Pflichtenhefts (Beilage 17 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 18. Januar 2024) «der Auftragsvergabe für die Beschaffung von Kursen im Geltungsbereich der SBB Weisung K 162.4 'Organisation der betrieblichen Ersten Hilfe bei medizinischen Notfällen'» dient (vgl. auch Ziff. 2.6 der SIMAP-Publikationen vom 4. Juli 2024 [Meldungsnummer 1346633]; Ziff. 2.2 der SIMAP-Publikation vom 15. August 2023 [Meldungsnummer 1356617]),»

dass sich der Leistungsumfang gemäss Ziff. 1.1. des bereinigten Pflichtenhefts sowie gemäss Ziff. 1 des Entwurfs des zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin abzuschliessenden Vertrags (Beilage 11 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 18. Januar 2014) weiter auf den «Kursraster Laienausbildung betriebliche Erste Hilfe» bezieht,

dass der «Kursraster Laienausbildung betriebliche Erste Hilfe» (Anhang A der Weisung der Vergabestelle K 162.4; Beilage 26 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 18. Januar 2024) verschiedene Ausbildungskurse (Grund- und Wiederholungskurse) für Laienhelfende einzeln auflistet,

dass es sich bei diesen Kursen, wie die Vergabestelle belegt, um Standardkurse mit vordefinierten Inhalten handelt, welche höchstens in einem kleinen Umfang und im Rahmen einer guten Didaktik der Zielgruppe anzupassen sind,

dass die Anbieterin gemäss Ziff. 1.3 des bereinigten Pflichtenhefts sowie Ziff. 1 des Vertragsentwurfs keinen Anspruch auf einen fixen Leistungsumfang pro Jahr hat, sondern sich dieser vielmehr aus der Zahl der von der Vergabestelle bestellten Erste-Hilfe-Kurse ergibt,

dass auf dem bereinigten Preisblatt (Beilage 7 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 18. Januar 2024) die Anbieterinnen den Preis pro jeweils anzubietenden Erste-Hilfe-Kurs (Positionen 1-7) plus eine Pauschale für das Erstellen des Kursmaterials sowie die bereitgestellten Unterlagen (Position 8) angeben mussten und darauf keinerlei Beratungsleistungen zu offerieren waren,

dass auch an weiteren Stellen aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht, dass es sich beim Beschaffungsgegenstand um die Durchführung von vordefinierten betrieblichen Erste-Hilfe-Kursen handelt (vgl. z.B. Ziff. 1.1.1–1.1.3, 1.1.5, 1.1.6, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.5 und 1.8 des bereinigten Pflichtenhefts, Ziff. 1.2, 1.3 und 2 der Angebotsunterlagen vom 4. Juli 2023),

dass die Vergabestelle zusammenfassend in der vorliegenden Ausschreibung somit ausschliesslich Standardkurse im Bereich der betrieblichen ersten Hilfe und damit Bildungsdienstleistungen ausgeschrieben hat,

dass dies im Übrigen auch die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot vom 7. September 2023 bestätigte («[...]» S. 2; «[...]» S. 3 [Beilage 27 zur Duplik der Vergabestelle vom 17. April 2024]),

dass die Vergabestelle die zu beschaffende Dienstleistung daher zu Recht unter der CPV-Referenznummer «80562000 – Ausbildung in erster Hilfe» ausgeschrieben hat,

dass die ausgeschriebene CPV-Referenznummer 80562000 der prov. CPC-Referenznummer 92900 («other educational services») entspricht (vgl. Anhang II der Verordnung [EG] Nr. 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge [CPV] und der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbeitung des Vokabulars, S. 293),

dass die ausgeschriebene Dienstleistung deshalb inhaltlich der prov. CPC-Subklasse 92900 («other educational services») zugeordnet werden kann,

dass weder die prov. CPC-Subklasse 92900 noch die höherrangige Klasse (9290), Gruppe (929) oder Division (92 «Education services») in Anhang 3 Ziff. 1 BöB bzw. in der Positivliste in Annex 5 GPA 2012 aufgeführt wird,

dass die Beschwerdeführerin zur Begründung, weshalb die ausgeschriebene Dienstleistung eine dem Staatsvertragsbereich unterstehende Beratungsdienstleistung darstellen soll, im Wesentlichen vorbringt, die ausgeschriebene Dienstleistung sei individuell auf die Vergabestelle zugeschnitten, beruhe auf einer «gemeinsamen einjährigen Planungs-, Beratungs- und Analysephase» und bestehe darin, konkrete Problemlösungsvorschläge auszuarbeiten und umzusetzen,

dass sie weiter vorbringt, die Beratungsleistungen durch die Zuschlagsempfängerin zur Umsetzung des Erste-Hilfe-Konzepts machten den wichtigsten Teil der Dienstleistung aus und die Vergabestelle nehme ein Outsourcing ihres Erste-Hilfe-Konzepts an die Zuschlagsempfängerin vor,

dass Unternehmungsberatung und verbundene Dienstleistungen (prov. CPC-Klassen 865 und 866) gemäss Anhang 3 Ziff. 1 BöB bzw. Annex 5 GPA 2012 in den Staatsvertragsbereich fallen,

dass sich die Ausschreibung – wie zuvor dargestellt – jedoch insbesondere nicht auf Beratungsdienstleistungen zu Problemlösungen bezieht und keine Unternehmensberatung sowie verbundene Dienstleistungen umfasst und – wie bereits erwähnt – auch auf dem bereinigten Preisblatt keinerlei solche Dienstleistungen zu offerieren waren,

dass die einjährige Vorlaufzeit gemäss Ziff. 1.6 des bereinigten Pflichtenhefts zudem keine «gemeinsame Planungs-, Beratungs- und Analysephase» darstellt, sondern lediglich den zeitlichen Ablauf der internen Bedarfsanalyse, Kursbestellung durch die Vergabestelle und Durchführung der Kurse in tabellarischer Form festhält,

dass die Ausschreibung entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin auch kein «Outsourcing» ihres Erste-Hilfe-Konzepts bewirkt, sondern die Vergabestelle für letzteres zuständig ist und die Zuschlagsempfängerin lediglich hinzuzieht, um die von ihr vorgeschriebenen Erste-Hilfe-Kurse durchzuführen,

dass die Argumente der Beschwerdeführerin, wonach die ausgeschriebene Dienstleistung eine dem Staatsvertragsbereich unterstehende Beratungsleistung darstellen soll, nach dem Gesagten unzutreffend sind,

dass die ausgeschriebene Dienstleistung folglich ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liegt (vgl. Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 2 BöB),

dass selbst wenn ein Teil der ausgeschriebenen Dienstleitung Beratungsleistungen darstellt, dieser finanziell nicht überwiegt, weshalb die ausgeschriebene Leistung nach der Präponderanztheorie auch in diesem Fall als Ganze nicht dem Staatsvertragsbereich untersteht,

dass folglich im vorliegenden Verfahren bereits aus diesem Grund kein Raum für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung besteht und der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist (Art. 54 Abs. 1 und Abs. 2 BöB),

dass Ziff. 4 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2023 mit dem vorliegenden Zwischenentscheid deshalb obsolet wird und aufzuheben ist,

dass über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein wird,

dass der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben ist, eine abschließende Stellungnahme einzureichen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Ziffer 4 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2023 wird aufgehoben.

3.

Die Beschwerdeführerin erhält die Gelegenheit, bis zum 27. Mai 2024 eine abschliessende Stellungnahme in 4 Exemplaren einzureichen.

4.

Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende RichterIn:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Eva Kälin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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. Mai 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 260368;
Einschreiben mit Rückschein)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Rückschein)