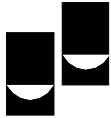


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-1773/2006
{T 0/2}

Urteil vom 25. September 2008

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Claude Morvant, Richter Bernard Maitre;
Gerichtsschreiber Stephan Zumwald.

Parteien

X._____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Paul Scherrer Institut (PSI), 5234 Villigen,
vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Peter Rechsteiner,
Weissensteinstrasse 15, Postfach 130, 4500 Solothurn,
Vergabestelle,

und

Y._____ AG,
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Beschaffungswesen (Areal- und Gebäudeüberwachung
PSI).

Sachverhalt:**A.**

Das Paul Scherrer Institut (PSI) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 149 vom 4. August 2006 unter dem Projekttitel "Areal- und Gebäudebewachung des PSI" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Der Aufgabenbeschrieb lautete wie folgt: "Areal- und Gebäudeüberwachung mit Kontrollen in den Arealen und Gebäuden, Überwachung von Anlagen, Betriebseinrichtungen, Geräten und Dauerversuchen nach Anweisung/Pflichtenheft auch in Strahlenschutzonen, Reinräumen und Labors mit verschiedenen Klassifizierungen". Als Eignungskriterium wurde unter anderem die "ISO-Zertifizierung 9001" definiert. Diese wurde umschrieben als "Qualitätsmanagements-System umfassend Sicherheitsdienstleistung, Entwicklung, Beratung, Planung, Organisation, Ausführung und Auswertung Reviertätigkeit" (Punkt 3.5 der Ausschreibung; vgl. dazu auch das Pflichtenheft vom 14. Juli 2006, Beschwerdeantwortbeilage 2).

B.

Nachdem zwei Offerten der Anbieterinnen Y._____ AG und X._____ AG eingegangen waren, erteilte das PSI den Zuschlag am 5. Oktober 2006 der Y._____ AG. Dieser wurde im SHAB Nr. 196 vom 10. Oktober 2006 publiziert.

C.

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2006 erhob die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: Rekurskommission, BRK) Beschwerde gegen den Zuschlag vom 5. Oktober 2006. Die Beschwerdeführerin beantragte im Hauptpunkt insbesondere, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag sei an sie zu erteilen. In formeller Hinsicht verlangte sie unter anderem die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dabei ging sie aufgrund der dem Zuschlag beigefügten Rechtsmittelbelehrung ohne nähere Ausführungen zu diesem Punkt von der Zuständigkeit der Rekurskommission aus. Zur materiellen Begründung der Beschwerde führte sie aus, die berücksichtigte Anbieterin könne entgegen dem ausdrücklich entsprechend formulierten Eignungskriterium keine ISO-Zertifizierung vorweisen.

D.

Der Präsident der Rekurskommission erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Oktober 2006 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

E.

Mit Stellungnahme vom 3. November 2006 beantragte die Y. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) sinngemäss die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie habe erhebliche Vorarbeiten getroffen und verschiedene Arbeitsverträge abgeschlossen. Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung müsste mit dem Verlust von verschiedenen Schlüsselpersonen gerechnet werden, weshalb die Sicherheit der sensiblen Anlagen der Vergabestelle beeinträchtigt wäre.

F.

Die Vergabestelle beantragte mit Stellungnahme vom 8. November 2006 unter anderem die Abweisung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dabei ging sie wie die Beschwerdeführerin stillschweigend von der Zuständigkeit der Rekurskommission aus. Materiell machte sie geltend, die Ausschreibung wie auch das Pflichtenheft seien so zu verstehen, dass ein Qualitätsmanagementsystem verlangt gewesen sei; es müsse sich nicht zwingend um eine Zertifizierung nach ISO 9001 handeln. Im gleichen Sinne liess sich die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 17. November 2006 vernehmen. Im Übrigen sei ihr Qualitätsmanagementsystem demjenigen der Beschwerdeführerin ebenbürtig.

G.

Mit Verfügung vom 14. November 2006 wurde das PSI um eine Stellungnahme zur Frage des Anwendungsbereichs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) in Bezug auf den vorliegenden Dienstleistungsauftrag ersucht. Diese erfolgte mit Eingabe vom 17. November 2006. Die Vergabestelle stellt nun neu den Hauptantrag, auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin und das entsprechende Gesuch um aufschiebende Wirkung sei nicht einzutreten. Zur Begründung führt sie an, sie sei nach Prüfung der Frage zum Schluss gekommen, dass der vorliegend zu beurteilende Dienstleistungsauftrag dem BoeB nicht unterstehe. Insbesondere verweise sowohl der Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB) als

auch der Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) auf die Referenznummern der Zentralen Produktklassifikation (Classification centrale des produits/ Central Product Classification, CPC) der UNO, wobei noch immer die provisorische CPC Version 1.0 (CPCprov) Geltung habe. Der Dienstleistungsauftrag bestehe aus Sicherheitsaufgaben, welche unter der CPC-Gruppe 873 aufgeführt seien und gerade nicht von Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB umfasst würden.

H.

Mit Verfügung vom 22. November 2006 beschränkte der Präsident der Rekurskommission das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit.

I.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2006 stellte die Beschwerdeführerin Antrag auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels betreffend den Anwendungsbereich des BoeB und die Zuständigkeit der Rekurskommission im vorliegenden Verfahren; zugleich verlangte sie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Eventualiter sei ihr Frist zur Stellungnahme betreffend die Tragung der Verfahrens- und Parteikosten anzusetzen. Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie habe nicht damit rechnen müssen, dass die Vergabestelle im Rahmen des Beschwerdeverfahrens plötzlich eine Kehrtwende vollziehen und die Anwendbarkeit des BoeB bestreiten würde.

J.

Mit Zwischenentscheid vom 8. Dezember 2006 wies der Präsident der Rekurskommission das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wegen prima facie fehlender Zuständigkeit der Rekurskommission ab. Zugleich wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Stellungnahme zur Frage des Geltungsbereiches des BoeB bis zum 10. Januar 2007 gesetzt mit dem Hinweis, dass die entsprechende Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht zu richten sei.

K.

Mit Stellungnahme vom 9. Januar 2007 zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts hat die Beschwerdeführerin auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, hält jedoch im Übrigen an den gestellten Anträgen fest. Zur Begründung der Anwendbarkeit des BoeB auf das vorliegende Verfahren bringt sie insbesondere vor, die Auslegung des BoeB

habe stets im Lichte des ÜoeB zu erfolgen, welches jedoch an keiner Stelle die provisorische CPC als für die Auslegung des Abkommens massgebend qualifiziere. Damit mangle es ihr als Rechtsquelle an einer Voraussetzung für die Anwendung in der schweizerischen Rechtsordnung, weshalb auf den Wortlaut der in Anhang 1 Annex 4 zum ÜoeB aufgeführten Produktgruppen abzustellen sei. Zudem führt die Beschwerdeführerin aus, es handle sich vorliegend um eine gemischte Dienstleistung, welche neben den eigentlichen Überwachungsaufgaben bezüglich der Räumlichkeiten, technischen Anlagen und Gerätschaften auch Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten, Überwachung von Dauerversuchen sowie Park- und Verkehrsdienste umfasse. Diese zusätzlichen Obliegenheiten seien ohne Weiteres mehreren in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführten Produktgruppen zuordenbar. Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf Art. 29a BV, welcher bei Rechtsstreitigkeiten jeder Person Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde einräume. Ebenso sei Art. 6 EMRK anwendbar, woraus sich ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung ergebe. Auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage der Zuständigkeit wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Den Eventualantrag auf Befreiung von der Pflicht zur Tragung von Verfahrens- und Parteikosten auch im Falle des Unterliegens begründet die Beschwerdeführerin sinngemäss mit dem ihrer Auffassung nach widersprüchlichen und treuwidrigen Verhalten der Vergabestelle, welches die einzige Ursache des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sei. Aufgrund desselben habe sie keinen Anlass gehabt, an der Anwendbarkeit des BoeB zu zweifeln.

L.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2007 teilte die Vergabestelle den Vertragsschluss mit der Beschwerdegegnerin mit.

M.

Innert mit Verfügungen vom 6. Februar 2007 und vom 26. Februar 2007 erstreckter Frist wurde die Stellungnahme der Vergabestelle zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2007 am 16. März 2007 erstattet. Die Vergabestelle bestreitet ein widersprüchliches und treuwidriges Verhalten ihrerseits und verweist auf die Ausführungen des Zwischenentscheids der Rekurskommission vom 8. Dezember 2006, welcher die Nichtanwendbarkeit des BoeB im vorliegenden Ver-

fahren klar darlege. Aus dem Ausschreibungstext ergänzt durch das Pflichtenheft gehe sodann hervor, dass neben dem primären Revierdienst von jährlich über 17'000 Stunden nur noch 1'400 Stunden für Zusatzdienste anfallen. Diese Zusatzdienste würden jedoch weder einzeln noch kumuliert die Schwellenwerte des BoeB erreichen, weshalb einzig die sogenannten Revierdienste kumuliert den einschlägigen Schwellenwert überschreiten. Die zu erbringenden Dienstleistungen fallen nach der Auffassung der Vergabestelle nicht unter die in Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB erwähnten Bereiche und liegen deshalb ausserhalb des Anwendungsbereichs des BoeB.

N.

In ihrer Eingabe vom 20. April 2007 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäss den im BoeB definierten Voraussetzungen fest.

O.

Mit Verfügung vom 26. April 2007 setzte der Instruktionsrichter der Vergabestelle Frist zur Äusserung betreffend die Begründung der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben für den Fall, dass sich dessen Zuständigkeit nicht aus dem BoeB selbst ergebe.

P.

Mit Eingabe vom 15. August 2007 reichte die Vergabestelle innert zweimal erstreckter Frist ihre Stellungnahme zur Begründung der Zuständigkeit durch verfassungsrechtliche Vorgaben ein. Sie bringt im Wesentlichen vor, Art. 29a BV sei erst am 1. Januar 2007 und somit nach der Zuschlagspublikation vom 10. Oktober 2006 im SHAB in Kraft getreten, weshalb diese Bestimmung auf das vorliegende Vergabeverfahren so oder anders nicht angewendet werden dürfe. Weiter bestehe eine gefestigte Rechtsprechung der Rekurskommission, wonach sich Anbieter von Dienstleistungen ausserhalb des Geltungsbereichs des BoeB nicht auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen können.

Q.

In ihrer innert zweimal erstreckter Frist eingereichten Stellungnahme zur Begründung der Zuständigkeit durch verfassungsrechtliche Vorgaben vom 3. Oktober 2007 bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass der Gesetzgeber mangels intertemporaler Regelung Art. 29a BV per 1. Januar 2007 ohne Vorbehalte und Einschränkungen für anwendbar habe erklären wollen.

R.

Zur Klärung des Sachverhaltes in Bezug auf die Natur des ausgeschriebenen Auftrages wurde am 11. Juni 2008 eine Instruktionsverhandlung durchgeführt. Im Rahmen derselben wurde der Umfang der Akteneinsicht in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage einvernehmlich geregelt.

S.

Im Rahmen ihrer Ausführungen anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 11. Juni 2008 bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass eine Aufteilung des Auftrags in einen Teil Security Services und einen Teil Facility-Aufgaben angebracht wäre, wobei es sich bei den Facility-Aufgaben um klassische Hauswartaufgaben im Revierdienst und technische Kontrollen handle. Nebst klassischer Überwachung seien zunehmend auch Facility-Aufgaben angefallen. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass jeweils jeder Teil je 50% des Gesamtauftrags ausmacht.

Die Beschwerdegegnerin vertritt die Meinung, dass es sich vorliegend um eine klassische Bewachung ohne Facility-Aufgaben handelt. Zudem seien Hauswartaufgaben kein Bestandteil eines Revierdienstes. Als Beweismittel wurden seitens der Vergabestelle namentlich der Aufgabenbeschrieb betreffend die Überwachung des Hotlabors sowie die Jahresstatistik Bewachung für das Jahr 2006 eingereicht. Der Arbeitsbeschrieb des Hotlabors hat nach Ansicht der Vergabestelle repräsentativen Charakter für die anderen Anlagen des Paul Scherrer Instituts.

T.

Innert mit Verfügungen vom 25. Juni 2008 und vom 11. Juli 2008 erstreckter Frist wurde die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Beweisergebnis am 25. Juli 2008 erstattet. Die Beschwerdeführerin bringt hauptsächlich vor, dass neben Sicherheitsaufgaben zusätzlich sicherheitsfremde Leistungen, wie beispielsweise Ausbildung, Anlass- und Parkdienste, erbracht werden müssen. Die ausgeschriebenen Dienste lassen sich einerseits in sicherheits- (Security Services) und andererseits in hauswartsrelevante (sogenannte Facility Services) Aufgaben unterscheiden. Für die nicht sicherheitsrelevanten bzw. Hauswarts-Leistungen kommen gemäss der Ansicht der Beschwerdeführerin verschiedene in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführte Produktgruppen in Frage. Der vielfältige Aufgabenbereich der Hauswartstätigkeiten könne am ehesten unter der CPCprov-Gruppe

874 und dort unter der CPCprov-Unterklasse 87403 "Janitorial services" subsumiert werden. Teilweise können die nachgefragten Leistungen gemäss der Beschwerdeführerin auch anderen, in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführten CPCprov-Nummern zugeordnet werden, so der CPCprov-Gruppe 867, namentlich der CPCprov-Unterklasse 86769 "Other technical testing and analysis services" betreffend die Überwachung von Dauerversuchen. Ebenso dürfen die Kontroll- und Wartungsleistungen unter der CPCprov-Gruppe 886 "Repair services incidental to metal products, machinery and equipment" subsumiert werden. Dadurch liege ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB vor, weshalb die Anwendbarkeit des BoeB sowie die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben seien.

U.

Die Vergabestelle reichte ihre Stellungnahme zum Beweisergebnis ebenfalls innert zweimal erstreckter Frist am 25. Juli 2008 ein. Sie bringt insbesondere vor, dass es sich bei der in der Publikation vom 4. August 2006 im SHAB aufgeführten Aufgabenumschreibung um Dienstleistungen handelt, die allesamt unter der CPCprov-Gruppe 873 resp. CPCprov-Klasse 8730 einzuordnen sind, die mit Ausnahme der CPCprov-Unterklasse 87304 nicht dem GATT/WTO-Abkommen unterstehen. Der ausgeschriebene Auftrag umfasse keinesfalls Hauswarts-, sondern reine Sicherheitsaufgaben, die dem GATT/WTO-Abkommen nicht unterstehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) übernimmt das Bundesverwaltungsgericht die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hängigen Verfahren. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis

zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 VwVG; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juni 2007 im Verfahren B-93/2007, E. 3.1 mit Hinweisen). Eine Ausschreibung nach den Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) und des BoeB und die allenfalls fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung kann nicht zur Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.32 E. 2 mit Hinweisen; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 786 mit Hinweisen). Selbst ein treuwidriges Verhalten der Vergabestelle im Prozess könnte nicht im Sinne einer "Einlassung" die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen. Vielmehr ist ein solches Verhalten allenfalls bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen (Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007, E. 3.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 231). Auch bei einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung kann sich lediglich die Frage stellen, ob die Tatsache der Fehlerhaftigkeit im Rahmen der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen ist (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1646). Demnach ist vorab festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus der allenfalls fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung und dem Verhalten der Vergabestelle im Prozess in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag.

2.

2.1 Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem ÜoeB unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BoeB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BoeB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB, vgl. auch Art. 39 VoeB; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 1b mit Hinweisen). Da das Paul Scherrer Institut im Anhang 1 Annex 1 ÜoeB als Vergabestelle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. c BoeB ausdrücklich genannt ist und der für Dienstleistungen geltende Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB mit Offertsummen von mehr als 900'000 Fran-

ken überschritten ist, wird im Folgenden zu prüfen sein, ob eine in den Anwendungsbereich des BoeB fallende Dienstleistung vorliegt.

2.2 Auftragsinhalt ist die Areal- und Gebäudebewachung des PSI. Dabei geht es gemäss SHAB Nr. 149 vom 4. August 2006 um einen Areal- und Gebäudebewachungsauftrag mit Kontrollen in den Arealen und Gebäuden, die Überwachung von Anlagen, Betriebseinrichtungen, Geräten und Dauerversuchen nach Anweisung/Pflichtenheft auch in Strahlenschutz-zonen, Reinräumen und Labors mit verschiedenen Klassifizierungen. Hierbei handelt es sich unbestrittenermassen um eine öffentliche Beschaffung sowie um eine Dienstleistung.

2.3 Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 ÜoeB. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen - Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: Bundesblatt [BBl] 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VoeB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VoeB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 ÜoeB, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VoeB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/aa; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 132). Diese Rechtsprechung entspricht derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 13/2007, nicht publizierte E. 1.1.2).

3.

3.1 Der Präsident der Rekurskommission hat im Rahmen des Zwischenentscheides vom 8. Dezember 2006 betreffend die aufschiebende Wirkung im vorliegenden Verfahren (E. 3) festgehalten, dass sowohl Anhang 1 Annex 4 ÜoeB als auch Anhang 1 VoeB eine - zum Teil vom Wortlaut her unterschiedlich formulierte - Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen enthalten und im Übrigen auf die Referenz-Nummern der provisorischen Zentralen Produktklas-

sifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC) der Vereinten Nationen (Ausgabe 1991, CPCprov) verweisen. Diese Version der CPC wird im genannten Zwischenentscheid für die Auslegung des ÜoeB sowie der VoeB massgebend erklärt.

3.2 Die Beschwerdeführerin widersetzt sich den Ausführungen des Präsidenten der Rekurskommission mit dem Argument, bei genauer Prüfung des ÜoeB stelle man fest, dass sich an keiner Stelle eine Bestimmung finde, wonach die Zentrale Produktklassifikation als für die Auslegung des Abkommens geltend qualifiziert würde. Die CPCprov werde einzig in Anhang 1 Annex 4 und 5 ÜoeB erwähnt, ohne dass sie aber für die Umschreibung der dort aufgeführten Produktgruppen als massgebend bezeichnet würden. Demnach vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, bei der Qualifizierung der dem Anwendungsbereich des BoeB unterstehender Dienstleistungsaufträge sei einzig auf den Wortlaut der in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführten Produktgruppen abzustellen. Die provisorische Zentrale Produktklassifikation sei hingegen mangels verbindlicher Rechtsquelle bei der Auslegung nicht oder zumindest nicht direkt zu berücksichtigen (Stellungnahme vom 9. Januar 2007, S. 2 f.). Damit macht die Beschwerdeführerin geltend, Anhang 1 Annex 4 ÜoeB sei aus dem eigenen Wortlaut ohne Berücksichtigung der Systematik der provisorischen CPC auszulegen.

3.3 Die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat sich im Rahmen der Abgrenzung der dem Gesetz unterstellten Dienstleistungen in ständiger Rechtsprechung auf die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen gestützt. Dies in der Erwägung, dass im Text des Anhang 1 Annex 4 auf die Referenz-Nummern derselben verwiesen werde. In diesem Zusammenhang hat sie auch festgehalten, dass entgegen dem Redaktionsversehen im Rahmen der Publikation des Entscheides des BRK vom 3. September 1999 (VPB 64.30 E. 1d mit Fn. 1) die provisorische CPC massgebend ist (vgl. nur den Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 2c/aa). Demnach hat die BRK die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BoeB untersteht, nach ständiger Rechtsprechung im Lichte der entsprechenden CPC-Referenznummer vorgenommen (vgl. zum Ganzen etwa den Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/bb).

3.4 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, vermögen die sich gegen die Rechtsprechung der BRK richtenden Argumente der Beschwerde-

führerin nicht zu überzeugen. Zwar wird im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, welches das ÜoEB auf Bundesebene umsetzt, nur in Art. 5 Abs. 1 lit. c BoeB in Bezug auf die Frage der in den Anwendungsbereich des BoeB fallenden Bauaufträge explizit auf die "Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens" verwiesen. Daraus zu schliessen, dieser Verweis sei in Bezug auf die Dienstleistungsaufträge nicht gewollt, wird der Systematik des ÜoEB (inkl. Anhang 1 Annex 4 f.) indessen nicht gerecht. Denn nicht nur in Annex 5 wird direkt auf die CPC-Liste verwiesen, etwa durch den Hinweis auf Leistungen "au sens de la division 51 de la Classification centrale des produits" oder einer "liste de services relevant de la division 51 de la CPC". Dasselbe gilt auch für Annex 4, wo der Anwendungsbereich des ÜoEB mit Hilfe der "numéros de référence CPC" definiert wird. In diesem Zusammenhang wird auch das WTO-Dokument MTN.GNS/W/120 genannt, welches selbst wiederum auf die CPC-Referenznummern als Mittel zur Definition des Umfangs der Positivliste verweist (vgl. dazu GÖTZ J. GÖTTSCHE, in: Meinrad Hilf/Stefan Oeter, WTO-Recht, Baden-Baden 2005, § 25 Rz. 15 mit Fn. 57). Derselbe Verweis findet sich auch in den Anhängen 1 und zu Art. 3 Abs. 1 bzw. 2 VoeB in Bezug auf "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" und "Hoch- und Tiefbauarbeiten (Bauleistungen)". In diesem Sinne führt etwa STÖCKLI aus, ungeachtet ihrer Bezeichnung sei die provisorische Klassifikation massgebend, da in den Vergabeerlassen auf sie verwiesen werde (HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Auflage, Zürich 2008, S. 362; vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/ CLERC, a.a.O., Rz. 133 und 794, je mit Hinweisen). Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das ÜoEB beruft, um die gegenteilige Ansicht zu begründen, verkennt sie dessen Systematik; die Annexe 4 und 5 des Anhang 1 orientieren sich offensichtlich an den Referenznummern der provisorischen CPC und damit wiederum an deren Systematik. Soweit die Beschwerdeführerin die Ansicht vertritt, die Massgeblichkeit der provisorischen CPC sei aus den anwendbaren Normen des schweizerischen Rechts nicht erkennbar, verkennt sie auch deren sich am ÜoEB orientierende Systematik. Damit braucht im vorliegenden Zusammenhang auf das schweizerische Verständnis der Geltung von Völkerrecht und dessen Auswirkungen namentlich auf die ÜoEB-konforme Auslegung von BoeB und VoeB nicht näher eingegangen zu werden. Entsprechend hat sich das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung der BRK in diesem Punkt bereits mit Zwischenentscheid vom 31. Juli 2007 im Verfahren B-743/2007, E. 1.2 mit Hinweisen, zu eigen gemacht. Das hindert den Rechtsan-

wender selbstverständlich nicht daran, gegebenenfalls auch andere Versionen der CPC oder andere UN-Klassifikationen wie die CITI (Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique)/ISIC (International Standard Industrial Classification of All Activities) als Auslegungshilfe heranzuziehen (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 79).

4.

4.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat der vorliegende Auftrag neben eigentlichen Überwachungsaufgaben verschiedenste Dienstleistungen mit überdurchschnittlichen Anforderungen zum Inhalt. Ihre über zehnjährige Diensterfahrung beim PSI habe gezeigt, dass ihre Mitarbeiter auch Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten, Überwachung von Dauerversuchen sowie Park- und Verkehrsdienste wahrnehmen mussten. Demnach könne der vorliegend zu beurteilende Auftrag problemlos unter verschiedene Dienstleistungen, welche in den Ziffern 1 (Instandhaltung), spezifischer der CPC-Referenznummer 886, 14 (technische Versuche), namentlich CPC-Referenznummer 8676, 16 (Hausverwaltung) und 18 (Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen) des Anhangs 1 zur VoeB aufgelistet sind, subsumiert werden (Stellungnahme vom 20. April 2007, S. 4). Es sei davon auszugehen, dass die in Frage stehenden Dienstleistungen je zur Hälfte in den Bereich der "Security Services" und denjenigen der "Facility Services/Hauswartsleistungen" falle (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2008, S. 3 f.). Die Beschwerdeführerin vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, es könne offen bleiben, in welchem Umfang die einzelnen Aufgaben nun genau welchen Nummern der Zentralen Produktklassifikation entsprechen. Es genüge zur Unterstellung unter das BoeB, dass der ausgeschriebene Auftrag zumindest teilweise Leistungen enthält, welche den im Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführten Dienstleistungen zugeordnet werden können (Stellungnahme vom 20. April 2007, S. 4). Im Übrigen seien alle nicht sicherheitsrelevanten Dienstleistungen so umfangreich, dass auch ohne Berücksichtigung der Dienstleistungen aus dem Bereich der "Security Services" der Schwellenwert überschritten werde, was wiederum zur Unterstellung unter das BoeB führen müsse (Stellungnahme vom 25. Juli 2008, S. 4).

Im Anschluss an die Instruktionsverhandlung vom 11. Juni 2008 bringt die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis

vom 25. Juli 2008 ausserdem vor, dass für die nicht sicherheitsrelevanten bzw. Hauswarts-Leistungen verschiedene der in Anhang 1 Annex 4 ÜoeB aufgeführten Produktgruppen in Frage kommen. Der ausgeschriebene vielfältige Aufgabenbereich lasse sich am ehesten unter der CPCprov-Gruppe 874 "Building-cleaning services" und dort sodann unter die Unterklasse 87403 "Janitorial services" subsumieren. Teilweise können die Leistungen auch anderen CPCprov-Nummern zugeordnet werden, so der CPCprov-Gruppe 867 "Architectural, engineering and other technical services", namentlich der Unterklasse 86769 betreffend Überwachung von Dauerversuchen und für die Kontroll- und Wartungsleistungen, sowie zumindest teilweise der CPCprov-Gruppe 886 "Repair services incidental to metal products, machinery and equipment" (Stellungnahme vom 25. Juli 2008, S. 3).

4.2 Das PSI ist der Auffassung, dass die Beschaffung der vorliegend zur Diskussion stehenden Bewachungsdienstleistung nicht in den Geltungsbereich des BoeB falle, da sie im Wesentlichen der ausdrücklich von der Unterstellung ausgenommenen Unterklasse 87305 "Guard services" zuzuordnen sei. Die Argumentation der Beschwerdeführerin sei von vorneherein nur näher zu prüfen, wenn sich einzelne der genannten Dienstleistungen ausserhalb der klassischen Bewachungs- und Sicherheitsaufgaben den einschlägigen Schwellenwert überschreiten. Dabei dürften die einzelnen allenfalls unterstellten Dienstleistungen nicht zusammengezählt werden im Rahmen der Prüfung der Frage, ob der Schwellenwert erreicht werde (Stellungnahme vom 16. März 2007, S. 21). Massgebend sei der ausgeschriebene Aufgabenbeschrieb und nicht die in der Praxis erbrachten Dienstleistungen während der letzten Jahre (Stellungnahme vom 25. Juli 2008, S. 2).

4.3 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht davon ausgeht, dass es zur Begründung der Anwendbarkeit des BoeB genügt, wenn im Rahmen eines mehrere Teildienstleistungen umfassenden Auftrags Teile desselben in den Anwendungsbereich des BoeB fallen. In diesem Sinne hat die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen mit Entscheid BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001 festgehalten, dass der in Frage stehende Auftrag schwergewichtig dem Gesundheits- und Sozialbereich, also dem grundsätzlich nicht unterstellten Abschnitt 9 der Zentralen Produktklassifikation, zugeordnet werden müsse (VPB 66.4 E. 2c/cc), und demnach die Zuständigkeit verneint. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BoeB darf ein (den Schwellenwert überschreitender) Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt

werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen. Aus der Zwecksetzung dieser Bestimmung ergibt sich, dass es grundsätzlich vergaberechtlich als ebenso verpönt gelten muss, wenn ein den Schwellenwert überschreitender und dem BoeB unterstehender Dienstleistungsauftrag mit einer nicht unterstellten Dienstleistung kombiniert wird, um den ganzen Auftrag aufgrund der Tatsache, dass ein Teil des Gesamtauftrages nicht unterstellt ist, dem Anwendungsbereich des BoeB zu entziehen. Die Ausschreibung einer Kombination mehrerer Dienstleistungen ist indessen auch vor diesem Hintergrund dann nicht zu beanstanden, wenn die nicht unterstehende Dienstleistung den Gesamtauftrag entscheidend prägt und die Kombination verschiedener Dienstleistungen in einem Auftrag sachlich geboten erscheint.

4.4 Im vorliegenden Fall wird die zu erbringende Dienstleistung wie folgt grob umschrieben: Areal- und Gebäudebewachung mit Kontrollen in den Arealen und Gebäuden, Überwachen von Anlagen, Betriebseinrichtungen, Geräten und Dauerversuchen nach Anweisung/Pflichtenheft auch in Strahlenschutzonen, Reinräumen und Labors mit verschiedenen Klassifizierungen. Die Kontrollen sind täglich, inkl. Wochenenden und Feiertagen auszuführen (SHAB Nr. 149 vom 4. August 2006). Unter den Parteien ist unstrittig, dass die Arealbewachungen etwa zwei Drittel und die Logendienstleistungen etwa einen Drittel des Auftragsvolumens ausmachen (Protokoll der Verhandlung vom 11. Juni 2008 [Protokoll], S. 9). Den Dienst in der Sicherheitszentrale SIZ hat das PSI bisher grundsätzlich selbst versehen; derartige Dienste hat die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit aushilfsweise geleistet (Protokoll, S. 7). Im Rahmen der Neuvergabe wurden diese als Zusatzdienste mit 510 Stunden veranschlagt und nebst Anlass- und Parkdienst offeriert.

4.5 In Bezug auf die Arealdienste legt die Vergabestelle ein Pflichtenheft für einen Teilbewachungsrundgang vor, aus welchem die tatsächliche, der Beschwerdeführerin als langjährige Vertragspartnerin bekannte Leistungsumschreibung hervorgeht. Damit kann offen bleiben, inwieweit es Sache der Beschwerdeführerin gewesen wäre, vor Einreichung der Offerte auf allfällige Diskrepanzen zwischen der Ausschreibung und der bisher tatsächlich erbrachten Leistung hinzuweisen. Der Beschwerdeführerin ist allerdings dahingehend zuzustimmen, dass die detaillierte Umschreibung der zu erbringenden Leistung in den Ausschreibungsunterlagen nur unzureichend Niederschlag gefunden hat.

Jedenfalls lautet der Aufgabenbeschrieb für die Überwachung des Hotlabors vom 6. Dezember 1996, fast wortgleich übernommen durch die heute geltende Regelung vom 25. Februar 2008, wie folgt: "Allgemeiner Bewachungs- und Kontrollauftrag. Besondere Vorkommnisse wie Rauchentwicklung, starke Gerüche, Überschwemmungen, ungewöhnliche Motorengeräusche, eingeschlagene Fensterscheiben, beschädigte Türen oder Schlösser beim Aussen- oder Innenrundgang sind sofort an die SIZ zu melden. Die SIZ wird immer den HL Pikett und bei Bedarf die weiteren nötigen Stellen und Organisationen aufbieten." Die Feststellung der Vergabestelle, wonach der Aufgabenbeschrieb auch für die anderen Teilbereiche im Rahmen der Arealüberwachung repräsentativ ist, ist unwidersprochen geblieben (Protokoll, S. 19).

4.6 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie im Rahmen der Arealdienste zur Hälfte nicht sicherheitsrelevante Dienstleistungen erbringt. Nach ihrem Verständnis ist zwischen Securityaufgaben einerseits (Verhinderung von Intrusion und Geländeüberwachung) und Safety- und Facility-Leistungen andererseits zu unterscheiden. Facility-Aufgaben seien klassische Hauswartaufgaben im Revierdienst und technische Kontrollen (Protokoll, S. 7). Das Melden defekter technischen Einrichtungen sei etwa als Facility-Aufgabe zu verstehen (Protokoll, S. 23). Kontrollen mit Blick auf den Brandschutz sind als Safetyaspekte Teil des Facilitybereichs und demnach keine Securityaufgaben (Protokoll, S. 10 und S. 30). Dies gilt nach der Auffassung der Beschwerdeführerin auch für die Meldung, ein Türschloss sei kaputt, wie auch für die Lichterkontrolle (Protokoll, S. 8). Die Zuschlagsempfängerin ist demgegenüber der Ansicht, dass Zustandskontrollen schon seit jeher zur Überwachung gehören, weil sie sicherheitsrelevante Auswirkungen haben können. Tatsache sei, dass keine Hauswartaufgaben Bestandteil eines Revierdienstes seien (Protokoll, S. 8). Die Vergabestelle führt dazu aus, für den ganzen Rundgang der Innenkontrolle werden 35 Minuten benötigt. Der Aufenthalt in den beiden technischen Räumen mache davon nur ein bis zwei Minuten aus und liege somit im einstelligen Prozentbereich (Protokoll, S. 16). Zudem weist die Vergabestelle darauf hin, dass sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich verhalte, führe die Beschwerdeführerin in ihrer Werbung auf der firmeneigenen Homepage doch den Brandschutz unter den Bewachungsaufgaben auf (Stellungnahme vom 25. Juli 2008, S. 5).

4.7 Gemäss der Zentralen Produktklassifikation wird die dem BoeB nicht unterstehende Gruppe 873 mit "Services d'enquêtes et de sécu-

rité" überschrieben. Diese enthält unter anderem die Unterklassen 87305 "Services de gardes", 87303 "Services de surveillance" und 87309 "Autres services de sécurité". Umschrieben werden diese Wachdienste in der note explicative zu 87305 mit "Services de protection assurés par du personnel recruté spécialement pour assurer la sécurité des personnes ou de bâtiments privés, commerciaux ou industriels, c'est-à-dire les protéger contre le feu, le vol, le vandalisme ou toute intrusion. Relèvent de la présente sous-classe les services de patrouille et d'inspection, les services des agents de sécurité, les services des gardes du corps, les services de surveillance des zones de stationnement et les services de surveillance des accès". Die Unterklasse 87303 umfasst u.a. "...ces services consistent à recevoir les signaux d'alarme, à confirmer ou à vérifier que tous les systèmes fonctionnent correctement et à aiguiller les policiers, les sapeurs-pompiers ou toute autre partie désignée". Unter 87309 fallen schliesslich gemäss der note explicative jene Sicherheitsdienste, welche nirgends sonst klassifiziert sind. Die dem BoeB unterstellte Unterklasse 87304 "Services de véhicules blindés" fällt vorliegend ausser Betracht. An den seitens der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Kategorien "Services immobiliers" (CPCprov-Sparte 82) und "Services de réparation d'articles personnels et domestiques" (CPCprov-Gruppe 633) hält diese im Rahmen der Stellungnahme zum Beweisergebnis nicht mehr fest. Es erübrigt sich damit die Prüfung, ob das Abstellen einer Kaffeemaschine einer Funktionskontrolle und diese wiederum einer Wartung bzw. Reparatur im Sinne eines service de réparation gleichzusetzen ist (Protokoll, S. 30). Hingegen vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, dass die erbrachten Dienstleistungen in wesentlichen Teilen unter "Services de conciergerie" (CPCprov-Unterklasse 87403) fallen. Hierzu lautet die note explicative wie folgt: "Services consistant à nettoyer et à entretenir les logements et autres bâtiments. Relèvent de la présente sous-classe le nettoyage et le cirage des sols, le nettoyage des murs intérieurs, l'encausticage des meubles ainsi que les autres services de conciergerie et d'entretien".

4.8 Ein Überwachungsauftrag umfasst neben dem reinen Revierdienst häufig auch weitere Aufgaben, welche sicherheitsrelevant sind. Dabei ist entscheidend, dass die Zentrale Produktklassifikation nicht von denselben Begriffen wie die Beschwerdeführerin ausgeht. Während die Beschwerdeführerin den Safety-Bereich (insbesondere den Brandschutz) dem Facility-Bereich zuordnet und damit den services de sécurité entziehen will, ergibt sich aus der note explicative zur Unterklas-

se 87305 eindeutig, dass "protéger contre le feu" unter services de sécurité im Sinne der Zentralen Produktklassifikation fällt. Dabei ist auch die Prüfung, ob ein Brandmelder funktioniert, mitgemeint. Es kann offen bleiben, ob es sich hierbei um services de surveillance handelt, oder ob services de surveillance nur die Überwachung aus einer Sicherheitszentrale des Überwachungsunternehmens auf Distanz (ausserhalb der Räumlichkeiten des Auftraggebers) meint (vgl. dazu die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin gemäss Protokoll, S. 28). Jedenfalls geht es um services de sécurité im Sinne der Zentralen Produktklassifikation. Die ausgeschriebene Dienstleistung ist folglich insoweit unter den nicht unterstellten Bereich der CPC-Gruppe 873 zu subsumieren. Derselbe Gedanke führt auch zur Lösung im Rahmen der Abgrenzung des Überwachungsauftrags zur Funktion des technischen Hauswarts. Während die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die Meldung eines defekten Türschlosses oder die Kontrolle, ob das Licht brennt, Teil einer Hauswartfunktion ist, ist dazu festzuhalten, dass eine Prüfung sicherheitsrelevanter Aspekte bei der Kontrolle von Räumen im Rahmen eines Bewachungsauftrages diesen noch nicht sprengt. Ein defektes Türschloss ist eindeutig sicherheitsrelevant. Daran ändert nichts, dass auch ein Hauswart, der ein defektes Türschloss bemerkt, diesen Umstand meldet bzw. dessen Reparatur veranlasst. Schon diese begriffliche Klarstellung führt zum Schluss, dass der Arealbewachung, welche zwei Drittel des Auftragsvolumens ausmacht, und damit dem in Frage stehenden Auftrag insgesamt im Wesentlichen der Charakter eines Überwachungsauftrags im Sinne der Definition der services de gardes gemäss der Zentralen Produktklassifikation zukommt. Dabei kann offen bleiben, ob die artfremden Anteile an der gesamten Dienstleistung die Zehnprozentmarke entgegen der Auffassung der Vergabestelle überschreiten. Es braucht insbesondere nicht erörtert zu werden, ob die Ausgabe von abgezähltem Geld an Besucher an der Loge sicherheitsrelevant ist mit der Begründung, es sei sicherheitsrelevant, dass die richtige Person das Geld erhalte (Stellungnahme der Vergabestelle vom 25. Juli 2008, S. 15). Auch die Beurteilung des Gesamtauftrages unter Berücksichtigung der Zusatzdienste führt zu keinem anderen Ergebnis, zumal die Sicherheitsrelevanz des Dienstes in der Sicherheitszentrale unbestritten ist und die Anlassdienste selbst nach der Offerte der Beschwerdeführerin, welche dazu in Klammern ("Zutrittskontrolle/Aufsichtsdienste") vermerkt, im Wesentlichen Überwachungszweck haben. Die gegenteilige Behauptung anlässlich der Instruktionsverhandlung (Protokoll, S. 26 f.) entgegen der eigenen Präzisierung im Rahmen der Offerte ist umso

unglaublicher, als die Vergabestelle ausdrücklich unter detaillierter Darlegung des Einsatzdispositivs zu Protokoll gibt, der Empfang der Gäste sei immer durch die Kommunikationsabteilung des PSI mit Eigenpersonal durchgeführt worden (Protokoll, S. 27). Die Beschwerdeführerin hatte also keinerlei Anlass, im Rahmen ihrer Offerte von einem anderen als dem umschriebenen Leistungsumfang auszugehen.

4.9 Zusammenfassend steht demnach fest, dass sich der in Frage stehende Auftrag im Wesentlichen nicht einer in Anhang 1 zur VoeB genannten Dienstleistung, die dem Gesetz untersteht, zuordnen lässt. Da sich das Gericht der Beurteilung der Vergabestelle, wonach die Aufteilung des Auftrages insbesondere deshalb nicht möglich ist, weil sich das eingesetzte Personal über die verschiedenen Teilbereiche hinweg aushelfen muss, anschliesst (Protokoll, S. 12 f.), kann auch unter diesem Gesichtspunkt keine Rede davon sein, dass die Vergabestelle sicherheitsrelevante und nicht sicherheitsrelevante Dienstleistungen mit dem Ziel kombiniert hat, den Anwendungsbereich des BoeB zu umgehen. Sonst hätte sie den Zuschlag auch nicht fälschlicherweise mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Es liegt nach dem Gesagten somit weder ein "Dienstleistungsvertrag" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB noch um eine "Dienstleistung" i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VoeB vor. Vielmehr steht eine so genannte "übrige Beschaffung" gemäss Art. 1 lit. b VoeB bzw. ein Auftrag nach Art. 32 lit. a Ziff. 2 VoeB in Frage, der "aus anderen Gründen" nicht unter das Gesetz fällt (vgl. PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 128 und 131 f.). Für solche Beschaffungen stand und steht der Rechtsmittelweg an das Bundesverwaltungsgericht nicht offen (VPB 69.32 E. 1c/ee mit Hinweisen; vgl. hierzu de lege ferenda kritisch EVELYNE CLERC, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Rz. 40 zu Art. 9 BGBM).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die mit Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) neu vorgesehene Rechtsweggarantie verschaffe ihr auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen Anspruch auf die Beurteilung ihrer Beschwerde durch eine richterliche Behörde (Stellungnahme vom 9. Januar 2007, S. 5). Die Vergabestelle bringt demgegenüber vor, dass aufgrund der Tatsache, dass das ganze Vergabeverfahren noch

vor Inkrafttreten des Art. 29a BV am 1. Januar 2007 abgewickelt worden sei, Art. 29a BV schon wegen der unzulässigen "positiven Vorwirkung" nicht zur Anwendung kommen könne (Stellungnahme vom 15. August 2007, S. 2 f.). Entsprechend äussert sich die Vergabestelle nicht zur Frage, ob die Umschreibung des Anwendungsbereichs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vor Art. 29a BV standhält.

5.2 Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. In Ausnahmefällen können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen. Dem durch Art. 29a BV eröffneten Rechtsweg sollen nur in einem eng umgrenzten Rahmen Akte der Regierung und des Parlamentes entzogen werden (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., insb. S. 503 und S. 524; ANDREAS KLEY, in: Ehrenzeller et alii [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Rz. 18 ff. und insb. Rz. 28 zu Art. 29a BV).

5.3 Am 12. März 2000 ist mit dem Justizreformpaket auch Art. 29a BV von Volk und Ständen angenommen worden (BBl 2000 2990). Am 8. März 2005 hat das Parlament den Bundesbeschluss über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform vom 12. März 2000 verabschiedet (AS 2006 1059). Dieser sieht vor, dass die Rechtsweggarantie zusammen mit dem Bundesgerichtsgesetz in Kraft tritt. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Übergangsrecht zu Art. 29a BV und zum Bundesgerichtsgesetz in einem Gesamtzusammenhang gesehen werden (vgl. zum Ganzen die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bereinigung und Aktualisierung der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 1. März 2006, BBl 2006 3067, S. 3075 f. insb. in Bezug auf Art. 130 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Damit ist in der Regelung betreffend die Übergangsbestimmungen gemäss Art. 132 BGG und gemäss dem dieser Norm nachgebildeten Art. 53 VGG auch die Antwort auf die Frage nach der zeitlichen Geltung von Art. 29a BV zu sehen. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist das Bundesgerichtsgesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist, wobei das Entscheiddatum und nicht dasjenige der Eröffnung massgebend ist (vgl. zum Ganzen YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Com-

mentaire, Berne 2008, Rz. 4800 f. mit Hinweisen). Entsprechend ist auch Art. 53 VGG zu verstehen. Ist ein vor dem 1. Januar 2007 ergangener Zuschlag angefochten, wird das Bundesverwaltungsgericht nicht dadurch gestützt auf Art. 29a BV zuständig, dass es gemäss Art. 53 Abs. 2 VGG das Verfahren von der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen übernimmt. In diesen Fällen ist das Bundesverwaltungsgericht nur soweit zuständig, als auch die Rekurskommission zuständig gewesen ist. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gestützt auf Art. 29a BV kann also aus intertemporalrechtlichen Gründen nur behauptet werden für nach dem Inkrafttreten der Justizreform ergangene Zuschlagsverfügungen. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin die im SHAB Nr. 196 vom 10. Oktober 2006 veröffentlichte Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2006 mit Beschwerde vom 20. Oktober 2006 vor der Rekurskommission angefochten. Damit fällt die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ausserhalb des Anwendungsbereichs des BeoB gestützt auf Art. 29a BV aus intertemporalrechtlichen Gründen ausser Betracht. Demnach kann offen bleiben, ob der Ausschluss öffentlicher Beschaffungen, welche nicht in den Anwendungsbereich des BoeB fallen, in Bezug auf nach dem 1. Januar 2007 ergangene Zuschlagsverfügungen vor Art. 29a BV standhält. Dasselbe gilt auch bezüglich der Frage, ob ausserhalb des Anwendungsbereichs des BoeB eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG erwirkt werden kann, was nach der Kommentarliteratur zum Bundesgerichtsgesetz denkbar erscheint (HANSJÖRG SEILER, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, Rz. 47 zu Art. 83 BGG; vgl. auch THOMAS HÄBERLI, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 162 zu Art. 83 BGG), ohne dass aus den Materialien indessen eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers hervorgehen würde. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Demnach ist es dem Bundesverwaltungsgericht – unabhängig von der intertemporalrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Falles – wohl grundsätzlich verwehrt, mit der Begründung, dies erscheine durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV geboten, über den Anwendungsbereich des BoeB hinausgehend seine Zuständigkeit zu bejahen; es gilt das Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen (vgl. zum Ganzen ANDREAS KLEY, in: Bernhard Ehrenzeller et alii (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/

St. Gallen 2008, Rz. 39 zu Art. 29a BV sowie YVO HANGARTNER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 190 BV).

5.4 Im Weiteren stützt die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der vorliegenden Streitsache auf Art. 6 EMRK. Es handle sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Damit sei die Frage, ob eine Dienstleistung im Sinne der Definition des Anwendungsbereichs des BoeB vorliege, ohne Belang. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden wird. Die Rekurskommission ist stets davon ausgegangen, dass es sich bei Rechtsstreitigkeiten im Anwendungsbereich des BoeB, die im Beschwerdeverfahren nach Art. 27 ff. BoeB zu beurteilen sind, um zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt. Dies gilt indessen nicht für Streitigkeiten betreffend Bundesvergaben ausserhalb des Anwendungsbereichs des BoeB (VPB 66.4 E. 4 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 772 mit Hinweisen; vgl. dazu kritisch BERNHARD WALDMANN, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, in: Bau-recht 2002, S. 143 ff., insb. S. 146 f. und S. 150). Die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen setzt voraus, dass das in Frage stehende Recht innerstaatlich gewährt wird (Urteil des EGMR in Sachen Roche gegen Vereinigtes Königreich vom 19. Oktober 2005, Ziff. 117; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, München/Basel/Wien 2008, S. 310). Denn nur wenn und soweit Rechtsmittel gegeben sind, müssen im Rechtsmittelverfahren die Garantien der genannten Bestimmung nach Massgabe der Besonderheiten dieses Verfahrens beachtet werden (vgl. VPB 66.4 E. 4; JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechts-Konvention, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl u.a. 1996, Art. 6 Rz. 68). Das innerstaatliche Recht kann den Rechtsschutzanspruch ausschliessen, indem es die gerichtliche Durchsetzung des Rechts untersagt. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die Durchsetzung generell-abstrakt ausgeschlossen wird (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 242 und 273, je mit Hinweisen). Das Beschaffungsrecht des Bundes schliesst denn auch nicht dem BoeB unterstehende Beschaffungen sowohl in Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB als auch in Art. 39 VoeB von der gerichtlichen Beurteilung aus. Soweit WALDMANN (a.a.O., S. 150) dazu angemerkt hat, dass Art. 34 ff. VoeB

den Anbieterinnen, die nicht in den Geltungsbereich des BoeB fallen, materielle Rechtspositionen zugesteht, ist darauf hinzuweisen, dass auch ein öffentliches Interesse daran besteht, dass die richtige Verfahrensart gewählt und das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt wird. Demnach sind Art. 34 ff. VoeB i.V.m. Art. 39 VoeB materiell so zu verstehen, dass durch diese Bestimmungen keine Rechtsposition verliehen werden soll. Auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 31 BV) verleiht keinen bedingten allgemeinen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung des Beschaffungsrechts des Bundes. Vorliegend steht weder die Binnenmarktkomponente der Wirtschaftsfreiheit noch eine Verletzung des Gebots der Wettbewerbsneutralität in Frage, womit in der Lehre teilweise postulierte Individualrechtspositionen hier von vornherein nicht von Bedeutung sind (vgl. zum Ganzen MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle juristische Praxis 2001, S. 1405 ff., insb. S. 1407). Demnach lässt sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch im vorliegenden Fall kein Anspruch auf Beurteilung der Streitsache durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim in Frage stehenden Überwachungsauftrag nicht um eine in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffung handelt und somit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben ist. Des Weiteren kann im vorliegenden Verfahren weder aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch aus dem per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Art. 29a BV ein verfassungsmässiger Anspruch auf gerichtliche Beurteilung abgeleitet werden. Entsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine vom Verfahrensausgang abweichende Verlegung der Kosten ist mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht möglich. Das VwVG kennt keine Bestimmung, wonach unnötige Kosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht. Das Versehen des Zuschlags mit einer falschen Rechtsmittelbelehrung ist keine Verletzung von Verfahrenspflichten im Sinne von Art. 63 Abs. 3 VwVG, womit offen bleiben kann, ob eine Vergabestelle in diesem Zusammenhang als Partei angesehen werden kann (Abschreibungsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2007 im Verfahren B-93/2007, E. 2.3). Es rechtfertigt sich je-

doch, die Verfahrenskosten für das vorliegende Prozessurteil angemessen zu reduzieren. In diesem Zusammenhang ist namentlich zu berücksichtigen, dass die angefochtene Verfügung mit einer nicht ohne weiteres als unrichtig erkennbaren Rechtsmittelbelehrung versehen war und die Vergabestelle erst auf Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission hin die Zuständigkeit derselben bestritten hat. Die Beschwerdeführerin hat allerdings den nach dem Entscheid vom 8. Dezember 2006 betreffend die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entstandenen Aufwand als unterliegende Partei zu vertreten. In Anbetracht dessen und in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sind die Verfahrenskosten mit Fr. 2'500.00 festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten werden mit dem einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 verrechnet. Eine Parteientschädigung zugunsten einer der nicht anwaltlich vertretenen verfahrensbeteiligten Anbieterinnen fällt ausser Betracht. Da auch die Vergabestelle keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten hat, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE; Art. 7 Abs. 3 VGKE, vgl. VPB 67.6, E. 4c).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten im Betrage von Fr. 2'500.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Stephan Zumwald

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den Schwellenwert des BoeB erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG. SR 173.110]), 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 Rechtschrift 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: 7. Oktober 2008