



Urteil vom 12. Juni 2018

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

Parteien

INGE X. _____, bestehend aus:
1. **A.** _____ **AG**,
2. **B.** _____ **AG**,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Rechtsdienst und Landerwerb,
3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - 080414 N03/76 UPlaN
Murg-Walenstadt, Umweltbaubegleitung und bodenkundliche
Baubegleitung für die Phasen Ausführung bis Inbetriebnahme,
SIMAP Meldungsnummer 1015237 (Projekt-ID 162055).

Sachverhalt:**A.**

Am 26. Oktober 2017 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (hiernach: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "080414 N03/76 UPlaNS Murg-Walenstadt, Umweltbaubegleitung und bodenkundliche Baubegleitung für die Phasen Ausführung bis Inbetriebnahme" eine Ingenieurdienstleistung im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 991049; Projekt-ID 162055).

B.

Innert der gesetzten Frist bis zum 15. Dezember 2017 zur Einreichung der Angebote gingen total fünf Offerten bei der Vergabestelle ein, worunter diejenigen der INGE X._____ und der Y._____ AG. Am 6. April 2018 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 27. März 2018 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1015237) unter Bekanntgabe der Y._____ AG als Zuschlagsempfängerin. Mit Schreiben vom 6. April 2018 teilte die Vergabestelle der INGE X._____ den Zuschlag sowie ihren Ausschluss aus dem Submissionsverfahren mit, da gemäss Ziffer 2.11 der Ausschreibung Angebote mit Zeitmitteltarif vom Submissionsverfahren ausgeschlossen würden, wobei auf die Rechtsmittelbelehrung gemäss der Internetpublikation auf SIMAP verwiesen wurde.

C.

Am 16. April 2018 erhob die INGE X._____ (hiernach: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen den Zuschlag und den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren. Sie macht geltend, dass die vorgegebene Honorartabelle korrekt ausgefüllt worden sei, da es seit Aufhebung der KBOB-Tarife keine Vorgabe bezüglich progressiver Ausgestaltung mehr gebe. Bei ihrem Angebot handle es sich entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht um einen Zeitmitteltarif, da sich gemäss demselben die Tarife für die Kategorien A – D einerseits und für die Kategorien E – F andererseits unterscheiden würden.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 17. April 2018 wurde festgestellt, dass die Beschwerde kein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthält. Die Vergabestelle wurde mit derselben Verfügung ersucht, bis zum 7. Mai 2018 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zur Beschwerde vom 16. April 2018 Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die

Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zur Beschwerde bis zum 7. Mai 2018 einzureichen.

E.

Mit Eingabe vom 7. Mai 2018 reichte die Vergabestelle die Vorakten mit ein. Sie beantragt, dass auf die Beschwerde unter Kostenfolge und ohne weiteren Schriftenwechsel nicht einzutreten bzw. eventualiter diese abzuweisen sei. Unter formellen Gesichtspunkten trägt die Vergabestelle vor, dass der geschätzte Auftragswert lediglich bei Fr. 200'000.– und damit unter dem massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge liege. Zwar stehe es der Vergabestelle frei, ein höherstufiges Verfahren zu wählen als dasjenige, zudem sie verpflichtet wäre. Bei dieser freiwilligen Anwendung hätte die Vergabestelle die zu beschaffende Leistung im SIMAP auszuschreiben – allerdings ohne Rechtsmittelbelehrung. Es sei zwar richtig, dass die Ausschreibung sowie die Publikation des Zuschlags auf SIMAP eine Rechtsmittelbelehrung enthielten, obschon Entscheide nach dem 3. Kapitel der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht mit Beschwerde angefochten werden könnten. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung könne jedoch nicht zur Bejahung der Eintretensvoraussetzungen führen. In materieller Hinsicht hält die Vergabestelle daran fest, dass es sich beim Angebot der Beschwerdeführerinnen um einen Zeittariff handeln würde, welcher nicht den Vorgaben der Ausschreibung (vgl. Ziff. 2.11) entspreche, weshalb das Angebot zu Recht ausgeschlossen worden sei.

F.

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, sich als Verfahrenspartei zu konstituieren.

G.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 9. Mai 2018 wurde die Vernehmlassung der Vergabestelle einstweilen nur mit Beilagen 1 – 11 den Beschwerdeführerinnen zur freigestellten Stellungnahme zugestellt, wobei die Vergabestelle mit derselben Verfügung sowie mit Verfügung vom 14. Mai 2018 ersucht wurde, Abdeckungsvorschläge für die in Dossier 1 enthaltenen Dokumente sowie betreffend das Dokument „Check- und Verlaufsblatt“ bis zum 17. Mai 2018 einzureichen.

H.

Nach Einreichung der einverlangten Unterlagen wurde den Beschwerdeführerinnen mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 17. Mai 2018 eine

Kopie der Eingabe der Vergabestelle vom 16. Mai 2018 sowie die abgedeckte Fassung von Dossier 1 zusammen mit dem Aktenverzeichnis zugestellt.

I.

Mit Eingabe vom 23. Mai 2018 äussern sich die Beschwerdeführerinnen zur Vernehmlassung der Vergabestelle. Sie machen im Wesentlichen geltend, dass die Rechtsmittelbelehrung in der SIMAP-Publikation enthalten sei und ausdrücklich im Schreiben der Vergabestelle darauf hingewiesen werde, weshalb das Rechtsmittel zugelassen worden sei, auch wenn der Schwellenwert nicht erreicht sei. Dabei sei die Vergabestelle – so schliessen die Beschwerdeführerinnen zumindest sinngemäss – zu behaften. Materiell sei festzuhalten, dass ein Zeitmitteltarif nur gegeben sei, wenn er für alle Mitarbeitenden bzw. alle Kategorien gelte.

J.

Mit Verfügung vom 25. Mai 2018 wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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 mit Hinweisen "Publicom").

1.2 Gegen Verfügungen über den Zuschlag und den Ausschluss steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Indessen ist die Beschwerde nur zulässig in Bezug auf Vergaben, welche in den Anwendungsbereich des BöB fallen (Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 3; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1220).

1.3 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 Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

2.

2.1 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 Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. 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 der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "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.

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

2.2 Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.4 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB 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 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB]

66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift « Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen » entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71300000 – Dienstleistungen von Ingenieurbüros – aufgeführt (vgl. Ziffer 2.3 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov den Subklassen 86721 bis 86739, welche wiederum zur CPC-Gruppe 867 gehören. Diese Referenznummer 867 der CPCprov wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 bzw. Anhang 1a der VöB) erfasst. Damit fällt die vorliegende Beschaffung vom Auftragsgegenstand her in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

2.3 Die Vergabestelle stellt sich nun auf den Standpunkt, dass der massgebliche Schwellenwert von Fr. 230'000.- vorliegend unterschritten sei (Beschwerdeantwort, Rz. 4 ff.), was von den Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten wird (Stellungnahme vom 23. Mai 2018, Seite 1).

3.

3.1 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (AS 2015 4743) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.–. Massgeblich ist nach Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags (Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.5 "Baumeisterarbeiten Vorausmassnahmen Unterhaltsplanung N3";

Urteil des BVGer B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.7 "Travaux de réfection N9").

Der von der Vergabestelle im vorliegenden Fall geschätzte Preis liegt bei Fr. 200'000.– (vgl. Ziffer 2.5 des Evaluationsberichts [Auszug gemäss Beilage 2 der Vergabestelle]). Dieser Betrag entspricht auch dem Eintrag auf dem „Check- und Verlaufsblatt Offenes Verfahren“, gemäss welchem die per 11. Oktober 2017 datierte Auftragswertschätzung ebenfalls auf Fr. 200'000.– lautet. Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 180'837.38 exkl. MwSt. vergeben. Die Angebote der nicht ausgeschlossenen Anbieter liegen schliesslich alle unter 200'000.– (vgl. Ziffer 2.4 des Evaluationsberichts [Auszug gemäss Beilage 2 der Vergabestelle]). Dies zeigt, dass die von der Vergabestelle getätigte Schätzung plausibel war, was die Beschwerdeführerinnen im Übrigen auch nicht bestreiten. Demzufolge ist der Schwellenwert von Fr. 230'000.– nicht erreicht. Zu prüfen bleibt demnach einzig, ob eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts dadurch gegeben ist, dass sowohl die Ausschreibung als auch die Zuschlagspublikation eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, wobei die Vergabestelle im an die Beschwerdeführerinnen gerichteten Schreiben vom 6. April 2018 auf die Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagspublikation ausdrücklich hingewiesen hat.

3.2 Massgebend für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist die Anwendbarkeit des BöB (vgl. E. 2.2 hiavor). Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist dagegen ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; Entscheid der BRK im Verfahren 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 1b). Die Vergabestelle hat auch nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Regime BöB bzw. des GPA nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 29 BöB zu machen, wenn sie beispielsweise weiss, dass die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht sind. Der Anwendungsbereich des BöB wird durch das Gesetz selbst abschliessend geregelt. Auch eine Ausschreibung und Zuschlagserteilung nach den Regeln des GPA und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht zur Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, nicht veröffentlichte E. 1.2 "Personalverleih"; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI";

Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 1.2 "Entwicklungshilfe"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1219 mit Hinweisen). Das gilt sogar dann, wenn die Vergabestelle die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zunächst bejaht und diese erst im Rahmen einer zweiten Stellungnahme bestreitet, wobei ein allfälliger Verstoss gegen Treu und Glauben in diesem Zusammenhang bei den Kostenfolgen allenfalls zu berücksichtigen ist (Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.1 "Sanierung Rietliareal"). Damit kann offen bleiben, ob die Vergabestelle versehentlich oder freiwillig und bewusst mit dem Ziel, einen breiteren Anbietermarkt zu erreichen, ein offenes Verfahren eingeleitet hat, wie sie im Nachhinein ohne Hinweis auf einen entsprechenden Aktenvermerk behauptet (Vernehmlassung, S. 4). Jedenfalls ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Da der massgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird, fällt die in Frage stehende Vergabe *de lege lata* nicht in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. aber den *de lege ferenda* vorgesehenen Sekundärrechtsschutz gemäss Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 des Entwurfs vom 15. Februar 2017 für ein neues BöB [BBl 2017 2005, 2031]). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache somit nicht zuständig. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend. Angesichts des Vergabevolumens wären in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) grundsätzlich Verfahrenskosten in der Höhe von ca. Fr. 3'000.- zu erheben. Jedoch kann auf die Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Art. 6 Bst. b VGKE ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (vgl. Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, nicht veröffentlichte E. 10.1 "Personalverleih"). Dabei ist erstens der geringere Aufwand zu berücksichtigen, den ein einfacher Nichteintretensentscheid mit sich bringt. Zweitens kann auch die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung von Bedeutung sein (Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 7 "Entwicklungshilfe"), wobei bei einer nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin auch eine als unrichtig erkennbare

Rechtsmittelbelehrung Berücksichtigung finden kann. Vorliegend rechtfertigt es sich demnach, reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.– zu erheben. Der verbleibende Restbetrag des Kostenvorschusses ist den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten.

Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Eine solche wurde im Übrigen auch nicht beantragt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 162055; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

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 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Juni 2018