

17

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. A. AG gegen Bundesamt für Bauten und Logistik
B-1687/2010 vom 21. Juni 2011

Öffentliches Beschaffungswesen. Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf den Personalverleih.

Anhang 1 Annex 4 Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: GPA). Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB. Art. 39 VöB.

1. Keine Beschaffung im Sinne des Vergaberechts liegt vor, wenn eine staatliche Stelle Leistungen selbst mit eigenen Ressourcen, das heisst auch durch Anstellung eigenen Personals im Rahmen des öffentlichen Dienstrechts, erbringt (sog. « make »-Entscheid). Demgegenüber ist im Personalverleih grundsätzlich ein Beschaffungsgeschäft zu sehen, da der Staat bei privaten Firmen als Nachfrager von Dienstleistungen auftritt, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (sog. « buy »-Entscheid) (E. 2).
2. Im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags ist nicht zu prüfen, ob die Regeln des öffentlichen Dienstrechts umgangen werden (E. 4, vgl. auch E. 5.6 in fine).
3. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist nur in Bezug auf Dienstleistungen zulässig, welche in den Anwendungsbereich des GPA fallen (E. 5.2). Während Informatikdienstleistungen unterstellt sind, trifft dies auf den Personalverleih nicht zu (E. 5.4).
4. Die vorliegende Beschaffung ist als Personalleihvertrag anzusehen, da die Vergabestelle nicht projektspezifisch rekrutiert und die Ausgestaltung der Verträge den Regeln über den Personalverleih entspricht (E. 5.5 f.).

Marchés publics. Application du droit des marchés publics à la location de services.

Appendice 1 Annexe 4 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après: AMP). Art. 5 al. 1 let. b LMP. Art. 39 OMP.

1. Il n'existe pas de marché au sens du droit des marchés publics lorsqu'un organisme étatique fournit lui-même des prestations,

avec ses propres ressources, y compris par l'engagement de son propre personnel dans le cadre du droit de la fonction publique (décision « make »). La location de services doit par contre être considérée comme un marché lorsque l'Etat apparaît, vis-à-vis des entreprises privées, comme demandeur de prestations dont il a besoin pour l'exécution de ses tâches (décision « buy ») (consid. 2).

2. Dans le cadre d'un recours contre une adjudication, il n'y a pas à examiner si les règles du droit de la fonction publique sont contournées (consid. 4, cf. aussi consid. 5.6 in fine).
3. Le recours au Tribunal administratif fédéral n'est recevable que pour les prestations de services qui tombent dans le champ d'application de l'AMP (consid. 5.2). Les prestations de services informatiques sont soumises à l'AMP, ce qui n'est pas le cas de la location de services (consid. 5.4).
4. Le présent marché est à considérer comme un contrat de location de services, puisque l'adjudicateur ne recrute pas par rapport à un projet spécifique et que les termes du contrat correspondent aux règles sur la location de services (consid. 5.5 s.).

Acquisiti pubblici. Applicazione del diritto in materia di acquisiti pubblici.

Appendice 1 Allegato 4 dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (qui di seguito: AAP). Art. 5 cpv. 1 lett. b OAPub. Art. 39 LAPub.

1. Nessun approvvigionamento esiste nel senso del diritto di acquisto pubblico quando un organismo statale fornisce prestazioni con risorse proprie, cioè con l'occupazione di personale proprio in applicazione del diritto del pubblico impiego (decisione « make »). L'affitto di personale invece è considerato come un approvvigionamento visto che lo stato appare come richiedente di prestazioni richieste per la realizzazione delle funzioni pubbliche (decisione « buy ») (consid. 2).
2. Nella contestazione di un'aggiudicazione non si deve esaminare se le norme del diritto del pubblico impiego sono rispettate (consid. 4, cfr. anche consid. 5.6 in fine).

3. **Il ricorso al Tribunale amministrativo federale è soltanto ammissibile per le prestazioni di servizi nell'ambito dell'applicazione dell'AAP (consid. 5.2). I servizi informatici sono sottoposti all'AAP, cioè non è il caso per l'affitto di personale (consid. 5.4).**
4. **Visto che l'autorità aggiudicatrice non recluta delle persone per progetti specifici e che i termini contrattuali corrispondono alle norme sull'affitto personale, l'approvvigionamento nella fattispecie e da considerare come un contratto d'affitto di personale (consid. 5.5 seg.).**

Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) schrieb für die Führungsunterstützungsbasis (FUB) des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 196 vom 9. Oktober 2009 unter dem Projekttitel « Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB » einen als « Dienstleistungsauftrag » bezeichneten Auftrag im offenen Verfahren aus. Ziel der Ausschreibung war es, mittels Personalverleih den Bedarf an Fachkräften für den Betrieb der Informatik zu decken. Die Ausschreibung umfasste insgesamt 40 Teilaufträge (Lose).

Die Zuschläge wurden am 25. Februar 2010 auf <http://www.simap.ch> publiziert. Gegen die Zuschlagsentscheide für die Lose 5, 31 und 32 erhob die A. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit separaten Eingaben vom 17. März 2010 Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung der Zuschläge für die Lose 5, 31 sowie 32 und Weisung an die Vergabestelle, die Aufträge neu zu vergeben. Im Weiteren ersuchte sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

Mit superprovisorischen Anordnungen vom 18. März 2010 erteilte der Instruktionsrichter den Beschwerden die aufschiebende Wirkung.

Die Vergabestelle beantragte mit Eingaben vom 12. April 2010 als vorsorgliche Massnahme die Gestattung des vorläufigen Bezuges der benötigten Dienstleistungen von den bisherigen Leistungserbringerinnen. Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 21. April 2010 entsprochen.

Mit für jedes strittige Los separaten Zwischenentscheiden vom 19. Juli 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab unter Hinweis auf die überwiegenden öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit der Zuschlagsentscheide.

Das Urteil vom 21. Juni 2011 in den unter der Verfahrensnummer B–1687/2010 vereinigten Verfahren B–1687/2010, B–1688/2010 und B–1689/2010 lautet auf Nichteintreten mangels Zuständigkeit angesichts des Gegenstandes der Beschaffung.

Aus den Erwägungen:

2. Vorab ist zu prüfen, ob im Personalverleih ein Beschaffungsgeschäft zu sehen ist; die Erfüllung dieser Definition ist Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. dazu den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 3.6 sowie den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1999-006 vom 3. September 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.30 E. 1b/aa). Unter den Begriff der öffentlichen Beschaffung fallen alle Geschäfte, bei denen der Staat bei privaten Firmen als Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auftritt, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (BGE 135 II 49 und BGE 125 I 209; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 294). Das Beschaffungswesen gehört damit, zusammen mit dem öffentlichen Personalwesen, zur so genannten Bedarfsverwaltung, welche die für die staatliche Aufgabenerfüllung notwendigen Güter und Dienstleistungen bereitstellt (CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 744). Zwar wird in der Lehre mit Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip teilweise vertreten, der Staat habe die zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben erforderlichen Güter und Dienstleistungen in erster Linie auf dem Markt zu beschaffen und nicht selbst zu produzieren (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 19 N. 4). Indessen ergibt sich jedenfalls aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht kein Anspruch auf die Privatisierung oder den Verzicht auf die Rekommunalisierung einer Aufgabe (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2006.00145 vom 5. April 2006 E. 1.2 f.). Man spricht in diesem Zusammenhang vom « make or buy »-Entscheid der staatlichen Bedarfsstellen. Entscheidet sich eine staatliche Stelle, die in Frage stehenden Leistungen selbst (das heisst mit eigenen Ressourcen) zu erbringen, so liegt keine Beschaffung im Sinne des Vergaberechts vor.

Einem « make »-Entscheid in diesem Sinne ist die Anstellung eigenen Personals nach den Regeln des öffentlichen Dienstrechts gleichgestellt (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, Gedanken zum Begriff des öffentlichen Auftrags, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 65 ff., insbes. S. 79). Entsprechend sieht die Note 4 zum Annex 4 Anhang 1 des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) vor, dass jedenfalls Arbeitsverträge dem GPA nicht unterstehen. Demgegenüber ist im Personalverleih grundsätzlich ein Beschaffungsgeschäft zu sehen, wobei in einem weiteren Schritt zu prüfen ist, ob das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) auf dieses Anwendung findet (E. 5 hiernach). Vorab ist indessen in Bezug auf das vorliegende Projekt zu prüfen, ob die Vertragsverhältnisse tatsächlich so ausgestaltet sind, dass nicht im Ergebnis ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Bund und den eingesetzten externen Mitarbeitern entsteht.

3. (...)

4. (...)

Mit dem Entscheid, die benötigten Fachkräfte nicht selbst durch Anstellung zu akquirieren, liegt demnach eine öffentliche Beschaffung vor. Es ist im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages im Übrigen nicht zu prüfen, ob die diesem zugrunde liegende Ausschreibung – vorliegend betreffend Personalverleih – etwa mit Blick auf das öffentliche Dienstrecht des Bundes zulässig wäre.

5.

5.1 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nur zulässig in Bezug auf Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB e contrario). Das BöB erfasst seinerseits nur Beschaffungen, welche dem GPA unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Alle übrigen Beschaffungen von Auftraggeberinnen gemäss Art. 2 BöB sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Art. 39 VöB in der Fassung vom 18. November 2009 (AS 2009 6157) äussert sich zwar im Unterschied zur alten Fassung vom 11. Dezember 1995 (AS 1996 518) nicht mehr zum Verfügungscharakter von Entscheiden, die in den Vergabeverfahren nach dem 3. Kapitel der VöB erlassen werden, hält aber im Ergeb-

nis in gleicher Weise fest, dass diese nicht mit Beschwerde angefochten werden können.

5.2

5.2.1 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 BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in 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 (Entscheid der BRK 2004-012 vom 30. November 2004, veröffentlicht in VPB 69.32 E. 1c/aa; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd, 2. Aufl. Zürich 2007, Rz. 132). Diese Rechtsprechung entspricht derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2008/48 E. 2.1).

5.2.2 Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob der streitige Auftrag eine Dienstleistung im Sinne von Anhang 1 Annex 4 GPA beziehungsweise Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB zum Inhalt hat. Sowohl Anhang 1 Annex 4 GPA als auch Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her leicht unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen. Im Übrigen wird auf die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC) der UNO (Ausgabe 1991) verwiesen, die, obwohl im Jahre 1998 die Version 1.0 der CPC verabschiedet wurde, für die Auslegung des GPA sowie der VöB (entgegen dem Redaktionsversehen im Rahmen der Publikation des Entscheides der BRK 1999-006 vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 Fn. 173 zu E. 1d) massgebend ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48 [nicht publizierte E. 3.3 und E. 3.4]; vgl. auch

den Entscheid der BRK 2004-012 vom 30. November 2004, veröffentlicht in VPB 69.32 E. 1c/bb, Entscheid der BRK 2001-007 vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 2c/aa). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BöB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48 [nicht publizierte E. 3.3 f.]; Entscheid der BRK 2000-007 vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 3a). Das hindert den Rechtsanwender 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 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48 [nicht publizierte E. 3.4] und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 3, je mit Verweis auf JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Freiburg 2002, S. 79).

5.2.3 Für die Zuordnung eines Auftrags zu den CPC-Kategorien sind – soweit erforderlich – die einzelnen charakteristischen Teilleistungen voneinander abzugrenzen und je einzeln einer Kategorie zuzuordnen (vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.3). Die 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 (SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2. Aufl., London 2005, Rz. 15.94 mit Hinweis).

5.3 In den Zwischenentscheiden der vorliegenden Verfahren vom 19. Juli 2010 wurde erwogen, dass die Zuordnung der beschaffungsgegenständlichen Dienstleistungen prima facie unter eine Kategorie der Klassifikationsnummer 84 der CPC « Informatik und verbundene Tätigkeiten » als sachgerecht erscheine, zumal die Vergabestelle in ihrer Publikation der Ausschreibung und des Zuschlages selbst davon ausging, es würden vorliegend Informatikdienstleistungen beschafft. Da solche Beschaffungen in der Positivliste aufgeführt seien und damit vom BöB erfasst würden, könne jedenfalls nicht gesagt werden, dass auf die Be-

schwerde offensichtlich nicht einzutreten sei (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1687/2010 vom 19. Juli 2010, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 und Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1689/2010 vom 19. Juli 2010, jeweils E. 3.3). Bereits in den Zwischenentscheiden wurde das Vorbringen der Vergabestelle, es handle sich vorliegend – entgegen den von der Vergabestelle selbst in ihren Ausschreibungen gemachten Angaben – nicht um einen Auftrag oder Werkvertrag im Informatikbereich, sondern um einen Personalleihvertrag gemäss der dem GPA und dem BöB nicht unterstehenden CPC-Kategorie 872, diskutiert. Das Bundesverwaltungsgericht hielt diesbezüglich fest, es dürfe jedenfalls im Rahmen der prima facie-Beurteilung nicht ausser Acht gelassen werden, dass die « Profil »-Mitarbeiter für die Bedarfsstelle « gegen Entgelt Arbeitsleistungen im Informatikbereich » zu erbringen hätten. Eine abschliessende Zuordnung der streitgegenständlichen Dienstleistungen zu einer Kategorie nahm das Bundesverwaltungsgericht in den Zwischenentscheiden nicht vor. Diese Zuordnung ist nun Gegenstand der folgenden Erwägungen.

5.4

5.4.1 Personalleihverträge fallen unter die CPC-Kategorie 872 « Placement and supply services of personnel » beziehungsweise « Services de placement et de fourniture de personnel ». Diese Kategorie umfasst Unterkategorien für die Personalleihe in verschiedenen Bereichen, so etwa für den Bereich der Krankenpflege (87206) oder der Haushaltshilfe (87204). Die Subklasse 87203 (« Supply services of office support personnel ») wird etwa wie folgt umschrieben:

« Services consisting in supplying on a fee or contract basis to the clients, whether on a temporary or long-term basis, office support personnel hired by the supplier, who pays their emoluments. »

Die CPC-Kategorie enthält ausserdem einen Auffangtatbestand « Supply services of other personnel » beziehungsweise « Services de fourniture d'autres personnels » (87209). Demnach wird die Personalleihe generell – und damit auch im Informatik-Bereich – von der CPC-Kategorie 872 erfasst. Die CPC-Kategorie 872 wiederum ist in der Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA nicht aufgeführt. Daraus folgt, dass die Personalleihe nicht dem WTO-Vergaberecht und damit auch nicht dem BöB untersteht (vgl. zum Ganzen BEYELER, a. a. O., S. 80).

5.4.2 Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hält in seiner Eingabe vom 17. August 2010 fest, die Schweiz habe die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih explizit von den General Agreement on Trade in Services (GATS)-Verpflichtungen ausgenommen. Mit dem Vorbehalt sei der freie Zugang ausländischer Vermittlungs- und Verleihbetriebe zum Schweizer Markt bewusst ausgeschlossen worden. Hintergrund dieses Entscheids bilde der Umstand, dass die Tätigkeiten von ausländischen Vermittlungs- und Verleihbetrieben vom Ausland in die Schweiz hinein nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) verboten seien. Wie die Vergabestelle in ihrer Eingabe vom 14. September 2010 zutreffend festhält, regulieren das GPA und das GATS zwei voneinander getrennte Bereiche, weshalb der Vorbehalt des GATS betreffend die Arbeitsvermittlung noch nichts darüber aussagt, ob der Personalverleih dem GPA unterstellt ist (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 3.7.8). Indessen kann im Sinne eines Kohärenzarguments vermutet werden, dass die Nichtaufnahme des Personalverleihs – beziehungsweise der entsprechenden CPC-Kategorie – in die Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA durchaus bewusst erfolgt ist. Dies kann indessen angesichts der Zuordnung des Personalverleihs aufgrund der CPC-Liste ebenso offen bleiben wie die Frage, ob mit dem Begriff « marchés de l'emploi » gemäss Note 4 zum Annex 4 Anhang 1 des GPA mehr als nur Arbeitsverhältnisse gemeint sind.

5.4.3 Demgegenüber sind Dienstleistungen im Informatikbereich gemäss der CPC Klassifikationsnummer 84 in der Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA enthalten und damit dem Beschaffungsrecht unterstellt. Die genannte Kategorie enthält die Unterkategorien « Consultancy services related to the installation of computer hardware » (CPC 841), « Software implementation services » (CPC 842), « Data processing services » (CPC 843), « Database services » (CPC 844), « Maintenance and repair services of office machinery and equipment including computers » (CPC 845) und schliesslich als Auffangtatbestand die CPC-Kategorie « Other computer services ». Die einzelnen Kategorien sind weiter unterteilt (vgl. zum Inhalt der einzelnen Kategorien und zur Abgrenzung zu anderen Bereichen, namentlich zu den Telekommunikationsdienstleistungen: World Trade Organization, Council for Trade in Services, Communication from the European Communities and their Member States, Coverage of CPC 84 – Computer and Related Services, S/CSC/W/35, 24 October 2002).

5.5

5.5.1 Wie bereits in den Zwischenentscheiden betreffend das vorliegende Verfahren vom 19. Juli 2010 (B-1687/2010, B-1688/2010 und B-1689/2010) festgehalten, bestimmt die Zuordnung des streitgegenständlichen Auftrags zu den Personalleihverträgen bzw. zu den Informatikdienstleistungsverträgen nach dem Ausgeführten darüber, ob das BöB Anwendung findet.

5.5.2 Vorliegend wurde in der Ausschreibung vom 9. Oktober 2009 unter Ziffer 2.1 angegeben, es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag « Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeit ». Die Verträge, welche mit den Zuschlagsempfängern abgeschlossen wurden, sind demgegenüber als Personalleihverträge bezeichnet. Entsprechend dem vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach nicht die allenfalls falsche Bezeichnung der Parteien massgebend ist, sondern der gewollte Vertragsinhalt, muss auch für die Zuordnung im Bereich des Beschaffungsrechts der tatsächliche Inhalt beziehungsweise Charakter der ausgeschriebenen Leistung massgebend für die Beurteilung sein, um welche Dienstleistungskategorie es sich handelt. Es ist demnach mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der Dienstleistung zu bestimmen, ob es sich vorliegend um einen Informatikdienstleistungsauftrag oder um einen Personalleihvertrag handelt. Dies ist umso mehr angezeigt, als eine gewisse Gefahr besteht, dass formell zur Umgehung des Vergaberechts als Personalverleih bezeichnete Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien materiell als dem BöB unterstehende Dienstleistungen ausgestaltet werden.

5.5.3 Es ist für den Personalverleih charakteristisch, dass ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für eine bestimmte Zeit einem Dritten zwecks Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Es bestehen zwei Vertragsverhältnisse: Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher besteht ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleiher und der Vergabestelle beruht auf einem « Verleihvertrag », der zur Kategorie der Dienstverschaffungsverträge gehört (WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 319 Rz. 34). Typisch für die Personalleihe ist die direkte Weisungsbefugnis des Einsatzbetriebes gegenüber dem Arbeitnehmer (WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007, S. 269 f.). Zwar hat auch der Auftraggeber gemäss Art. 397 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 20. März 1911 (OR, SR 220) ein Weisungsrecht

gegenüber dem Auftragnehmer, dieses bezieht sich aber lediglich auf die konkrete Besorgung des übertragenen Geschäfts und geht damit wesentlich weniger weit als das arbeitsrechtliche Weisungsrecht. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Personalleihe im AVG und in der Arbeitsvermittlungsverordnung vom 16. Januar 1991 (AVV, SR 823.111) spezialgesetzlich geregelt wird. Nach Art. 12 Abs. 1 AVG muss ein Verleiher, der Einsatzbetrieben gewerbsmässig Arbeitnehmer überlässt, über eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes verfügen. Im Rahmen der Bewilligungserteilung ist vom Verleiher namentlich darzulegen, dass er kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen seiner Arbeitnehmer oder von Einsatzbetrieben gefährden könnte (Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG). Im Unterschied zu auftragsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist der ausgeliehene Arbeitnehmer typischerweise im Betrieb des Entleihers tätig (vgl. dazu auch HANS-ULRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOU, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 6 N. 29).

5.5.4 Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte gemäss Art. 394 Abs. 1 OR, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Geschuldet ist ein Tätigwerden *lege artis* zugunsten des Auftraggebers. Der Auftragnehmer haftet für sorgfaltswidrige Ausführung des Mandats nach dem Massstab von Art. 398 Abs. 1 OR. Anders der Verleiher bei der Personalverleihe: Er haftet gegenüber dem Einsatzbetrieb nicht für die ordentliche Arbeitsleistung (d. h. auch nicht für die Ausführung *lege artis*), sondern nur für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmers. Der Einsatzbetrieb trägt entsprechend sowohl bei Ausfall der Arbeitskraft als auch bei mangelhafter Arbeitsleistung das wirtschaftliche Risiko (PORTMANN, a. a. O., Art. 319 Rz. 34; ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsrecht, in Aldo Schellenberg/Leo Staub [Hrsg.], Managementorientiertes Wirtschaftsrecht, Bd. 6, Zürich/St. Gallen 1999, S. 110 f.). Immerhin kann der Einsatzbetrieb vom Verleiher verlangen, dass die ihm zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer ausgewechselt werden, wenn deren Fähigkeiten beziehungsweise Arbeitsleistungen ungenügend sind und der Verleiher hat allfällige Haftungsansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer aus Art. 321e OR an den Einsatzbetrieb abzutreten (PORTMANN, a. a. O., Art. 319 Rz. 34).

5.6 Vorliegend steht zunächst ausser Frage, dass die Vergabestelle extern Leistungen bei Unternehmungen der Informatikbranche einkauft. Der Sache nach werden damit – wie auch die Vergabestelle festhält –

Informatikleistungen beschafft. Eingekauft werden aber nicht konkrete, sachlich bestimmte Dienstleistungen, sondern Arbeitsstunden von Informatik-Spezialisten. Bei den ausgeschriebenen beziehungsweise beschafften « Profilen » handelt es sich um nichts anderes als um externe Informatik-Spezialisten, die weitgehend wie eigene Arbeitnehmer in die FUB integriert werden. Insbesondere hat sich die FUB das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ausbedungen und die Informatik-Spezialisten werden mit Führungsaufgaben betraut. Auf der anderen Seite trägt die FUB das wirtschaftliche Risiko für die Arbeitsleistungen. Die Verträge zwischen den Informatik-Unternehmungen und der FUB sind damit nicht bloss als Personalverleihverträge bezeichnet, sie erfüllen auch die zuvor dargestellten Charakteristika von Personalleihverträgen. Dies trifft insbesondere auf das Risiko bei unverschuldetem Ausfall der Arbeitskraft zu, welches für die Vergabestelle im Vergleich zur auftragsrechtlichen oder werkvertraglichen Regelung wesentlich ungünstiger ist. Dies bringt die Vergabestelle denn auch im Ergebnis zum Ausdruck, wenn sie ausführt, der Personalverleih sei durch « das Fehlen jeglicher Garantie des Anbieters für die erbrachte Leistung » gekennzeichnet (...). Auch die Haftungsregelung bei mangelhafter Arbeitsleistung erweist sich bei der vorliegend gewählten Vertragsgestaltung im Vergleich zu einem Auftragsverhältnis als grundsätzlich unvorteilhafter. Solange wie vorliegend keine Anzeichen für ein Umgehungsgeschäft in Bezug auf eine dem BÖB unterstehende Informatikdienstleistungsbeschaffung bestehen – dagegen spricht schon der Umstand, dass sich die eingekauften Personalprofile nicht bestimmten Projekten zuordnen lassen, sondern weite Bereiche der Bedürfnisse der FUB abdecken –, entzieht sich die Beantwortung der Frage, ob es sinnvoll ist, in der gewählten Form unter Verzicht sowohl auf die Vergabe von Dienstleistungen als auch auf die Anstellung von Personal derartige Leihverträge abzuschliessen, im vorliegenden Fall der richterlichen Beurteilung (vgl. E. 4 in fine).

Entsprechend der Natur des Personalverleihs werden die Anforderungen betreffend das Eignungskriterium E7 (vgl. zu den entsprechenden Angaben in der Ausschreibung E. 3.2) im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben: « Nachweis der Bewilligung zum Personalverleih [AVG]. Form: Kopie der Bewilligung oder im Falle einer Befreiung ist das entsprechende Schreiben des kantonalen Amtes für Wirtschaft beizulegen ». Zum Schluss, dass vorliegend materiell Personalverleih in Frage steht, kommt im Übrigen auch das SECO, welches als zuständige Bundesbehörde für die Überwachung des AVG die Aus-

schreibung seinerzeit geprüft hat (...). Es ist zudem festzuhalten, dass selbst die Beschwerdeführerin davon ausgeht, vorliegend handle es sich um Personalverleih und nicht um ein Auftragsverhältnis. Namentlich stützt sie darauf ihre materiellen Vorbringen ab, die Zuschlagsempfängerinnen der Lose 31 und 32 verfügten nicht über die erforderlichen Bewilligungen für den Personalverleih. Entsprechend hat die Auftraggeberin auf die Frage einer Anbieterin zu den Ausschreibungsunterlagen, welche den Hinweis gemacht hat, sie verleihe als Beratungsfirma kein Personal, « in Konkretisierung » der entsprechenden Anforderungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen auf das Arbeitsvermittlungsgesetz verwiesen (Fragen/Antworten Projekt [940] 532; [...]). Nicht entscheidend ist die Frage, ob eine Bewilligung zum Personalverleih vorliegt. So hat sich etwa eine Anbieterin im in Frage stehenden Verfahren mit Schreiben des Amts für Wirtschaft und Arbeit der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich bestätigen lassen, dass sie, um der FUB die in Frage stehenden Profile anbieten zu können, keiner Bewilligung zum Personalverleih im Sinne von Art. 12 AVG bedürfe (...). Selbst wenn die Vergabestelle schliesslich – wie die Beschwerdeführerin behauptet – vereinzelt Angebote von Anbietern ohne entsprechende Bescheinigung entgegennehmen sollte, kann dies zwar aufsichtsrechtlich relevant sein, ändert aber nichts an der Qualifikation des Vertragsverhältnisses und an der Zuordnung gemäss CPC-Liste.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei der vorliegenden Beschaffung um eine Personalleihe gemäss der CPC-Kategorie 872 und nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Informatikbereich gemäss der CPC-Kategorie 84 handelt. Der streitgegenständliche Auftrag fällt damit nicht in den Geltungsbereich des BöB, womit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben ist.