

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Oktober 2001 i.S.A. [BRK 2001-009])

Öffentliches Beschaffungswesen. Zuständigkeit der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK). Geltungsbereich des BoeB. Katalog der Dienstleistungen. Projekt zur HIV/ AIDS-Prävention.

- Der Geltungsbereich des BoeB ist auf die in Anhang I Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 VoeB aufgelisteten Dienstleistungen beschränkt (E. 2b/cc).
- Der streitige Auftrag, ein Projekt zur HIV/AIDS-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen, ist keine Dienstleistung im Sinne von Anhang I Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 VoeB (E. 2c).
- Selbst wenn die Unterstellung einer Vergabe unter die Regeln des ÜoeB über den Anwendungsbereich des BoeB hinaus im Einzelfall möglich wäre, könnte diese gemäss Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB nicht zur Folge haben, dass die Beschwerde an die BRK gegeben ist (E. 3).
- Art. 29a BV ist noch nicht in Kraft gesetzt; eine positive Vorwirkung der Rechtsweggarantie ist ausgeschlossen (E. 4).
- Das nationale Recht kann die gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK generell- abstrakt ausschliessen, was in Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB geschehen ist (E. 4).

Marchés publics. Compétence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM). Champ d'application de la LMP. Catalogue des prestations de services. Projet de prévention du VIH/ SIDA.

- Le champ d'application de la LMP se limite aux prestations de services énumérées à l'Appendice I Annexe 4 AMP respectivement à l'Annexe 1 OMP (consid. 2b/cc).
- Le marché litigieux, un projet de prévention du VIH/SIDA auprès des migrants subsahariens, ne constitue pas une prestation de services au sens de l'Appendice I Annexe 4 AMP respectivement de l'Annexe 1 OMP (consid. 2c).
- Même s'il était possible dans un cas particulier de soumettre une adjudication ne relevant pas du champ d'application de la LMP aux règles de l'AMP, ceci ne pourrait pas avoir comme résultat, en vertu de l'art. 2 al. 3 4e phrase LMP, que la voie du recours devant la CRM est ouverte (consid. 3).
- L'art. 29a Cst. n'est pas encore en vigueur; un effet anticipé positif de la garantie des voies de droit est exclue (consid. 4).
- Le droit national peut exclure de manière générale et abstraite que l'on fasse valoir en justice des prétentions de nature civile au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, ce qui est le cas de l'art. 2 al. 3 4e phrase LMP (consid. 4).

Acquisti pubblici. Competenza della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRM). Campo d'applicazione della LAPub. Catalogo delle prestazioni di servizi. Progetto per la prevenzione dell'AIDS.

- Il campo d'applicazione della LAPub è limitato alle prestazioni di servizi elencate nell'Appendice I Allegato 4 AAP rispettivamente nell'Allegato 1 OAPub (consid. 2b/cc).
- Il mandato oggetto del litigio, un progetto per la prevenzione dell'AIDS presso i migranti sub-sahariani, non è una prestazione di servizi ai sensi dell'Appendice 1 Allegato 4 AAP rispettivamente dell'Allegato 1 OAPub (consid. 2c).
- Anche se in un caso particolare fosse possibile sottomettere alle regole dell'AAP un'aggiudicazione che non rientra nel campo d'applicazione della LAPub, questo non aprirebbe la possibilità di ricorso alla CRM sulla base dell'art. 2 cpv. 3 4a frase LAPub (consid. 3).
- L'art. 29a Cost. non è ancora in vigore; un'applicazione anticipata positiva della garanzia delle vie di diritto è esclusa (consid. 4).
- Il diritto nazionale può escludere in modo generale e astratto che vengano fatte valere in via giudiziaria pretese di diritto civile secondo l'art. 6 cpv. 1 CEDU, ciò che è il caso dell'art. 2 cpv. 3 4a frase LAPub (consid. 4).

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 5. März 2001 den Auftrag für die Umsetzung des Interventionsplans HIV/Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen sowie die Erarbeitung eines Konzepts und Umsetzung mittels geeigneter personeller und infrastruktureller Ressourcen im offenen Verfahren öffentlich aus. Gemäss Ausschreibung besonders begrüsst wurden Bietergemeinschaften, die sich aus Organisationen aus dem HIV/Aids- und dem Migrationsbereich zusammensetzten. Die Ausschreibung erfolgte ausdrücklich nach GATT/WTO-Übereinkommen (Ziff. 11 der öffentlichen Ausschreibung). Aufgrund der öffentlichen Ausschreibung wurden dem BAG zwei Offerten eingereicht. Am 28. Juni 2001 erteilte das BAG den Zuschlag an die Bietergemeinschaft S. Im SHAB vom 5. Juli 2001 wurde der Zuschlag veröffentlicht.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

b. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, hiernach: Rekurskommission oder BRK) prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021).

Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen

vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an die Rekurskommission gemäss dem 5. Abschn. 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; Evelyn Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Fribourg 1997, S. 500; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 505 f., insbesondere Anm. 6; Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 970 f.; vgl. ferner E. 2b/cc/cc hiernach).

Zu klären ist somit zunächst, ob die streitige Vergabe in den Anwendungsbereich des BoeB fällt und damit die Beschwerde an die BRK gegeben ist, wie dies sowohl die Beschwerdeführerin als auch das BAG übereinstimmend annehmen.

2.a. Beim BAG handelt es sich fraglos um eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB; als Teil der allgemeinen Bundesverwaltung untersteht das Bundesamt dem Beschaffungsrecht des Bundes.

b. Weiter zu prüfen ist, ob auch der vom BAG vergebene öffentliche Auftrag in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt.

aa. Auftragsinhalt ist die Umsetzung der vom Institut für Ethnologie der Universität Bern im Auftrag des BAG erarbeiteten Studie «Interventionsplan HIV/ Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen» vom Dezember 2000. Der Auftragnehmer konzipiert partizipativ, d. h. unter direktem Einbezug der Zielgruppe, ein Projekt zur HIV/Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen und setzt dieses um. Beim zu offerierenden Grobkonzept sind insbesondere Angaben zu den folgenden Rahmenbedingungen der künftigen Interventionen zu machen:

- Vermeiden einer zusätzlichen Stigmatisierung der Sub-Sahara-MigrantInnen in der schweizerischen Öffentlichkeit durch die Assoziation mit HIV/Aids
- Berücksichtigung der Heterogenität der Zielgruppe und Einbezug der formellen sowie der informellen Organisations- und Vernetzungsstrukturen
- Berücksichtigung des geschlechtsspezifischen Zugangs zur Thematik
- Förderung der Zugangsmöglichkeiten zu Versorgungsdiensten im Gesundheits- und Sozialbereich
- Förderung der Enttabuisierung von HIV/Aids und damit Entstigmatisierung Betroffener innerhalb der Zielgruppe
- Zeitplan und Meilensteine
- Projektmanagement (inklusive Budget und Evaluation).

bb. Unbestrittenermassen handelt es sich bei der Umsetzung des Interventionsplanes HIV/Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen sowie der Erarbeitung eines Konzepts und Umsetzung mittels geeigneter personeller und infrastruktureller Ressourcen um eine öffentliche Beschaffung (vgl. auch Entscheid der Rekurskommission vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 1b). Die Verfahrensbeteiligten gehen dabei übereinstimmend von einem Dienstleistungsvertrag aus.

cc.aaa. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB bedeutet der Begriff «Dienstleistungsauftrag» ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang I 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: BBl 1994 IV 1181; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 126; Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [Hrsg. von Heinrich Koller / Georg Müller / René Rhinow / Ulrich Zimmerli], Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht [Hrsg. von Thomas Cottier / Remo Arpagaus], Basel/Genf/München 1999, S. 12). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VoeB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 VoeB aufgeführten Leistungen. Bei diesem Anhang, der die Überschrift «Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen» trägt, handelt es sich um eine Liste von Dienstleistungen gemäss Annex 4 ÜoeB. Die dort aufgeführten Dienstleistungen werden im Rahmen der VoeB unverändert übernommen (vgl. Erläuterungen [zu Art. 3] zum Vernehmlassungsentwurf der VoeB, S. 4 [zitiert nach Christian Bock (Hrsg.) Schweizerische Rechtsersasse, Öffentliches Beschaffungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996]; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 127).

bbb. Die Rekurskommission geht in ihrer Rechtsprechung davon aus, dass der Geltungsbereich des BoeB auf die in Anhang I Annex 4 ÜoeB und Anhang 1 VoeB aufgelisteten Dienstleistungen beschränkt ist (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 1c und d; Entscheid der BRK vom 3. November 2000 E. 3a, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 3a; Entscheid der Rekurskommission vom 28. September 2001 [BRK 2001-007] E. 2c). Diese Auffassung wird auch in der einschlägigen Literatur vertreten (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 126 ff. S. 41 f.; Gadola, a.a.O., S. 970 f., insbesondere Anm. 39; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: AJP 2000, S. 683) Die Beschwerdeführerin vertritt hingegen den Standpunkt, dem Wortlaut des BoeB lasse sich keine solche Beschränkung entnehmen. Eine verfassungskonforme Auslegung verlange vielmehr eine umfassende Geltung des BoeB, namentlich müsse das BoeB auch auf Dienstleistungen Anwendung finden, die im Anhang I Annex 4 ÜoeB nicht aufgeführt seien.

ccc. Das BoeB soll nach dem klaren und unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der massgebenden Bestimmungen (Art. 2, 3 und 6 BoeB) und den Gesetzesmaterialien ergibt, indessen gerade nicht auf alle öffentlichen Aufträge des Bundes anwendbar sein. Gemäss der GATT-Botschaft 2 hat der Bundesrat für nicht dem GATT-Übereinkommen unterstellte Auftraggeberinnen des Bundes (z. B. die Schweizerischen Bundesbahnen [SBB], PTT-Telecom), für Aufträge unter den Schwellenwerten und für nicht im Anhang I Annex 4 ÜoeB enthaltene Dienstleistungen die Vergabeverfahren auf Verordnungsstufe zu bestimmen, und er kann für diesen Bereich das Gesetz oder einzelne Bestimmungen für weitere öffentliche Aufträge anwendbar erklären (GATT-Botschaft 2, a.a.O., S. 1179). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass des 3. Kapitels VoeB («Übrige Beschaffungen», Art. 32 ff.) nachgekommen. Gemäss Art. 39 VoeB stellen «Entscheide, die in Vergabeverfahren nach diesem Kapitel erlassen werden, [...] keine Verfügungen dar». In der (eindeutigeren) französischen Fassung lautet die Bestimmung wie folgt: «Les décisions prises conformément aux procédures d'adjudication prévues dans le présent chapitre ne sont pas sujettes à recours». Der Rechtsmittelweg gemäss Art. 27 ff. BoeB ist für diese Vergabeentscheide damit ausgeschlossen (vgl. auch Art. 2

Abs. 3 Satz 4 BoeB; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., S. 154 f. Rz. 505 f.).

Nicht zu überzeugen vermag der Einwand der Beschwerdeführerin, das Gesetz enthalte in keiner Bestimmung die Begrenzung des Geltungsbereichs auf Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB. Die Beschränkung ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB bzw. der darin enthaltenen, durch den Verweis auf Anhang I Annex 4 ÜoeB eingrenzenden Begriffsüberschreibung des Dienstleistungsauftrags selbst. Diesen Schluss legen sowohl gesetzssystematische als auch teleologische Überlegungen nahe. Art. 5 BoeB befindet sich im 2. Abschn. «Geltungsbereich und Begriffe», innerhalb von ein komplexes System bildenden Bestimmungen (Art. 2 - 7 BoeB), die den Anwendungsbereich des Gesetzes definieren (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 18). Unterstünden dem Gesetz sämtliche Dienstleistungen bzw. sämtliche Dienstleistungsaufträge ungeachtet ihres Inhalts oder Gegenstandes, ergäbe die spezielle Umschreibung des Dienstleistungsauftrags in Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB letztlich keinen Sinn. Die Formulierung «In diesem Gesetz bedeuten: b. Dienstleistungsauftrag: [...]» legt zugleich verbindlich fest, für welche Dienstleistungen das BoeB überhaupt anwendbar sein soll. Der Begriff «Dienstleistungsauftrag» ist vom Bundesgesetzgeber mit dem eindeutigen Ziel eingeschränkt worden, den Geltungsbereich des BoeB nicht über die im Annex 4 ÜoeB aufgelisteten Dienstleistungen hinaus auszudehnen (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 130; diese Autoren erachten die Beschränkung des Geltungsbereichs des Gesetzes durch eine restriktive Definition der Begriffe «Dienstleistungsauftrag» und «Dienstleistung» zu Recht als unglücklich ausgefallen [a.a.O., Rz. 129 ff.]).

Die von der Beschwerdeführerin verlangte verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen kann bei dieser Rechtslage nicht zum Zuge kommen. Es ist unzulässig, den klaren Sinn einer gesetzlichen Regelung mit Rückgriff auf die verfassungskonforme Auslegung auf die Seite zu schieben (Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 155, 157). Eine Erweiterung des vom Gesetzgeber eindeutig bestimmten Anwendungsbereichs des BoeB auf dem Wege der verfassungskonformen Auslegung ist den rechtsanwendenden Behörden föhlich verwehrt.

ddd. An der Rechtsprechung der BRK, wonach der Geltungsbereich des BoeB auf die in der Positivliste gemäss Anhang I Annex 4 ÜoeB abschliessend genannten Dienstleistungskategorien beschränkt ist, ist demgemäss festzuhalten (vgl. auch Entscheid der Rekurskommission vom 28. September 2001 [BRK 2001-007], E. 2c/aa).

c.aa. Es ist im Weiteren zu prüfen, ob der streitige Auftrag eine Dienstleistung im Sinne von Anhang I Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB zum Inhalt hat. Sowohl Anhang I Annex 4 ÜoeB als auch Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her 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 worden ist, für die Auslegung des ÜoeB sowie der VoeB (entgegen dem Redaktionsversehen im Rahmen der Publikation des Entscheides der Rekurskommission in Sachen S. [BRK 1999-006] in VPB 64.30 Fn. 173 zu E. 1d) nach wie vor massgebend ist (Entscheid der Rekurskommission vom 28. September 2001 [BRK 2001-007] E. 2c/aa). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BoeB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (VPB 65.41 E. 3a).

Nach Ansicht der Verfahrensbeteiligten handelt es sich bei dem vorliegend zu beurteilenden Auftrag betreffend Konzepterstellung und Präventionsarbeit im Zusammenhang mit Sub-Sahara-Migrantinnen um Dienstleistungen, die unter die Ziff. 10, 15 und 17 Anhang 1 VoeB subsumiert werden können.

bb. Nach Ziff. 10 Anhang 1 VoeB unterstehen «Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten» (ohne Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen) gemäss CPC-Referenz-Nrn. 865 «Management consulting services» und 866 «Services related to management consulting» dem BoeB. Die Umschreibung in Anhang I Annex 4 ÜoeB ist identisch. Die CPC-Gruppe Nr. 865 umfasst die Klasse 8650 «Management consulting services» mit den Unterklassen 86501 «General management consulting services», 86502 «Financial management consulting services (except business tax)», 86503 «Marketing management consulting services», 86504 «Human resources management consulting services», 86505 «Production management consulting services», 86506 «Public relations services» und 86509 «Other management consulting services».

Ziff. 15 Anhang 1 VoeB nennt «Werbung, Information und Public Relations» gemäss CPC-Referenz-Nr. 871 («Advertising services»). Diese Bezeichnung ist irreführend (vgl. den Entscheid der Rekurskommission vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 3a); die CPC-Referenz-Nr. 871 bezieht sich ausschliesslich auf «Advertising services» und nicht auf «Information» oder «Public relation services». Anhang I Annex 4 ÜoeB spricht hier richtigerweise lediglich von «Werbung». Die Gruppe Nr. 871 ist aufgeteilt in die folgenden drei Klassen 8711 «Sale or leasing services of advertising space or time» mit Unterklasse 87110 «Sale or leasing services of advertising space or time», 8712 «Planning, creating and placement services of advertising» mit Unterklasse 87120 «Planning, creating and placement services of advertising» und 8719 «Other advertising services» mit Unterklasse 87190 «Other advertising services».

Gemäss Ziff. 17 Anhang 1 VoeB schliesslich unterstehen dem Gesetz Dienstleistungen in den Bereichen «Drucken und Verlegen». In Anhang I Annex 4 ÜoeB ist die Rede von «Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage». Die in den beiden Anhängen angeführte CPC-Referenz-Nr. 88442 umfasst «Publishing and printing, on a fee or contract basis».

cc. Die Ziff. 10, 15 und 17 Anhang 1 VoeB verweisen nach dem Gesagten ausschliesslich auf CPC-Referenznummern aus dem Abschn. 8 der Zentralen Produktklassifikation. Dieser Abschnitt umfasst generell die Dienstleistungen in den Gebieten «Business services; agricultural, mining and manufacturing services». Darunter fallen u. a. Dienstleistungen im Finanz-, Banken- und Versicherungsbereich, Immobilienbereich, Informatik, Miete oder Leasing von Maschinen und Ausrüstung, Forschung und Entwicklung, Rechts- und Steuerberatungen, Buchhaltung, Markt- und Meinungsforschung, Architektur- und Ingenieurwesen, technischer Bereich, Sicherheitsbereich, Gebäudeeinigungen. Es handelt sich hier durchwegs um Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit geschäftlichen, gewerblichen, industriellen oder landwirtschaftlichen Tätigkeitsgebieten stehen. Nicht Gegenstand des Abschn. 8 sind demgegenüber Dienstleistungen aus den Bereichen Bildung und Erziehung, Gesundheit, Wohlfahrt und Fürsorge. Diese werden vielmehr gesondert im mit «Community, social and personal services» überschriebenen Abschn. 9 der Produktklassifikation aufgeführt. Mit Ausnahme der Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie sanitären und ähnlichen Dienstleistungen gemäss CPC-Referenz-Nr. 94 erwähnen die Anhänge zum ÜoeB und zur VoeB keine Dienstleistungen aus dem Abschn. 9. Dienstleistungen im Erziehungs-, Sozial- und Gesundheitsbereich unterstehen demzufolge weder den Vorschriften des ÜoeB noch denjenigen des BoeB.

Der im vorliegenden Fall zu beurteilende Auftrag hat das Erbringen von Dienstleistungen zum Gegenstand, die schwergewichtig dem Gesundheits- und Sozialbereich, also dem Abschn. 9 der Zentralen Produktklassifikation, zugeordnet werden müssen. Es geht - im Unterschied zum Abschn. 8 - nicht um Dienstleistungen im Rahmen wirtschaftlicher Belange, wie sie typischerweise auch ein privates Unternehmen beansprucht, sondern um Gesundheitsvorsorge einerseits und das Erreichen der sozialen Integration und Akzeptanz einer bestimmten Bevölkerungsgruppe andererseits. Der Staat überträgt hier einen Teilbereich des öffentlichen Gesundheits-, Fürsorge- und Sozialwesens auf private Institutionen. Der Umstand, dass die angestrebte Aids-Prävention bei der betroffenen Zielgruppe namentlich durch Information, Beratung und entsprechende Motivierung erreicht werden soll und dazu auch in der kommerziellen Werbung verbreitete Mittel eingesetzt werden sollen, ändert am nichtkommerziellen Grundcharakter des zu vergebenden öffentlichen Auftrags nichts. Damit aber fällt er generell nicht in den Abschn. 8 der Zentralen Produktklassifikation und damit auch nicht unter die Referenznummern aus diesem Abschnitt, auf die in den Anhängen zum ÜoEB und zur

VoeB verwiesen wird. Am ehesten liesse sich der Auftrag wohl noch unter die CPC-Referenz-Nr. 9112 «Administrative services of agencies that provide educational, health care, cultural and other social services excluding social security services» subsumieren.

dd. Aufgrund des Gesagten steht somit fest, dass sich der in Frage stehende Auftrag keiner der in Anhang 1 VoeB genannten Dienstleistungen, die dem Gesetz unterstehen, zuordnen lässt. Es handelt sich demzufolge weder um einen «Dienstleistungsvertrag» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine «Dienstleistung» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VoeB, sondern um eine sogenannte «übrige Beschaffung» gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der «aus andern Gründen» nicht unter das Gesetz fällt (vgl. auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 128 und 131 f.). Für solche Beschaffungen ist - wie ausgeführt (E. 1b und E. 2b/cc/ccc hiervor) - der Rechtsweg an die Rekurskommission nicht offen.

3.a. Die Beschwerdeführerin bringt als Eventualstandpunkt für die Begründung der Zuständigkeit der BRK vor, die Beschaffungsstelle, die den Auftrag ausdrücklich entsprechend den Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen und des BoeB ausgeschrieben habe, sei bei der Wahl eines höherstufigen Verfahrens zu behaften. Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie sich diesen Regeln im Nachhinein entziehen könnte.

b. Richtig ist, dass sowohl die öffentliche Ausschreibung im SHAB vom 5. März 2001 als auch die Veröffentlichung des Zuschlags im SHAB vom 5. Juli 2001 eine Rechtswegbelehrung enthielten, in der auf die Beschwerdemöglichkeit an die BRK hingewiesen wurde. Die öffentliche Ausschreibung enthielt zudem in Ziff. 14 den Hinweis, dass die Ausschreibung nach GATT/WTO-Übereinkommen erfolge. Die Beschwerdeführerin kann daraus indessen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wird in einem Entscheid ein Rechtsweg angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtswegvoraussetzung nicht ersetzt werden (BGE 113 Ib 213; René A. Rhinow / Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 86 B II e mit weiteren Hinweisen).

Gemäss Art. 2 Abs. 3 BoeB kann der Bundesrat das BoeB oder einzelne Bestimmungen desselben auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Eine derartige Ausweitung des Geltungsbereichs hat durch den Bundesrat auf dem Verordnungsweg zu geschehen (GATT-Botschaft 2, S. 1179). Indessen ist die Anwendung des Rechtswegverfahrens (5. Abschn. BoeB) auf solche Aufträge ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB; vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 21). Demnach kann letztlich offen bleiben, ob das BAG einen Auftrag durch entsprechenden Hinweis in der öffentlichen Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen den Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens und des BoeB unterstellen kann. Denn selbst wenn das BAG nicht vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasste Vergaben freiwillig dem ÜoEB oder dem BoeB unterstellen könnte, wäre die Beschwerde an die Rekurskommission nach dem Gesagten gleichwohl nicht gegeben.

c. Dass der Rechtsweg des BoeB für Beschaffungen nach dem 3. Kap. VoeB nicht offen ist, ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB. Insofern ist die mit Art. 39 VoeB angestrebte Nichtanwendbarkeit der Beschwerde gemäss Art. 27 ff. BoeB nur die konsequente Umsetzung der Vorgabe des BoeB (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 506, 510), und insoweit trifft auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin, für Art. 39 VoeB fehle die gesetzliche Delegationsnorm, nicht zu. Ob der Bundesrat auf dem Verordnungsweg hingegen bestimmten Vergabeentscheiden den Verfügungscharakter abzusprechen vermag, wie er dies mit Art. 39 VoeB (in der deutschen Fassung) tut, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage (vgl. dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 508 f.).

Mit dem eindeutigen Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 BoeB nicht zu vereinbaren ist die Auffassung der Beschwerdeführerin, diese Regelung beziehe sich entsprechend ihrer systematischen Stellung lediglich auf die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf weitere Vergabestellen (als Auftraggeberinnen) und nicht auf die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf weitere Auftragsarten. In Art. 2 Abs. 3 BoeB ist im Sinne einer allgemeinen Ausdehnung unmissverständlich von weiteren öffentlichen Aufträgen und nicht lediglich von Auftraggeberinnen die Rede (vgl. auch GATT-Botschaft 2, S. 1179, und E. 2b/cc/ccc hiervor; ferner Markus Metz / Gerhard Schmid, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 99/1998, S. 51), und Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB schliesst für alle Beschaffungen, die nicht schon vom Gesetzgeber (oder vom Bundesrat nach Art. 2 Abs. 2 BoeB) dem Gesetz unterstellt sind, den Rechtsweg des BoeB aus (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 511).

4. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Verweigerung des Beschwerdewegs stünde im Widerspruch zur in Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR.101) neu vorgesehenen Rechtsweggarantie. 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. Art. 29a BV ist am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen worden (vgl. Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. März 2000 [Reform der Justiz; ...] vom 17. Mai 2000, in: BBl 2000 2990). Die Verfassungsvorlage sieht vor, dass die Bundesversammlung den Zeitpunkt des Inkrafttretens bestimmt. Eine Inkraftsetzung von Art. 29a BV ist bislang noch nicht erfolgt, weshalb diese Verfassungsbestimmung zur Zeit keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Die sogenannte positive Vorwirkung, d. h. die Anwendung eines noch nicht in Kraft getretenen Erlasses unter Vorbehalt seines Inkrafttretens, ist unzulässig (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 280 f.; Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 17 I). Die Frage, ob der Ausschluss der richterlichen Beurteilung für nicht dem BoeB

unterstehende öffentliche Beschaffungen des Bundes vor Art. 29a BV inskünftig standzuhalten vermag, kann deshalb offen bleiben.

Ein Recht auf Zugang zu einem (unabhängigen) Gericht gewährleistet auch Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der

Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR.0.101). Dieses Recht ist u. a. dann gegeben, wenn zivilrechtliche Ansprüche streitig sind. Die BRK geht davon aus, dass es sich bei den im Beschwerdeverfahren nach Art. 27 ff. BoeB zu beurteilenden Ansprüchen um zivilrechtliche Ansprüche gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt (vgl. Peter Galli, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK], Die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in: Nicolas Michel / Roger Zäch (Hrsg.), Submission im Binnenmarkt Schweiz, Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zürich 1998, S. 104; Moser, a.a.O., S. 682 f.). Die Anwendung des «zivilrechtlichen» Teils von Art. 6 Abs. 1 EMRK setzt indessen voraus, dass das Recht innerstaatlich gewährt wird. Denn nur wenn und soweit Rechtsmittel gegeben sind, müssen auch im Rechtsmittelverfahren die Garantien des Art. 6 EMRK nach Massgabe der Besonderheiten dieses Verfahrens beachtet werden (Jochen Abr. Frowein / Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechts-Konvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl usw. 1996, Art. 6 Rz. 68).

Nun kann aber das nationale Recht den Rechtsanspruch gerade insofern ausschliessen, als 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. Aufl., Zürich 1999, S. 242 und 273, je mit Hinweisen). Das Beschaffungsrecht des Bundes schliesst eine solche gerichtliche Durchsetzung bei nicht dem BoeB unterstehenden Beschaffungen ausdrücklich und in generell-abstrakter Weise aus (vgl. E. 3 hiervor). Demnach können sich nur die Anbieter, deren Angebote sich auf in den Geltungsbereich des BoeB fallende Dienstleistungen beziehen, auf die Garantien des Art. 6 EMRK berufen (Clerc, a.a.O., S. 254). Im vorliegenden Fall lässt sich somit auch aus Art. 6 EMRK kein Anspruch auf Beurteilung durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten.

5.a. Zusammenfassend steht damit fest, dass es sich beim Auftrag zur Umsetzung des Interventionsplans HIV/Aids-Prävention bei Sub-Sahara-MigrantInnen nicht um eine in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffung handelt und somit die Zuständigkeit der Rekurskommission als Beschwerdeinstanz gemäss Art. 27 BoeB für die vorliegende Beschwerde nicht gegeben ist. Steht dieses Rechtsmittel nicht zur Verfügung, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Nichteintretensentscheids dahin (André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.13).

b. Ebenfalls nicht eingetreten werden kann damit auf das Begehren des BAG, im Hinblick auf weitere Verfahren sei im Sinne eines Zwischenentscheids festzustellen, dass die Ausnahme von Art. 26 Abs. 2 BoeB sich nur auf das Verfügungsverfahren, jedoch nicht auf das anschliessende Beschwerdeverfahren beziehe. Es erscheint zudem fraglich, ob dem BAG im vorliegenden Verfahren überhaupt ein schutzwürdiges Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) an einer derartigen Feststellung

zugekommen wäre. Im Sinne eines obiter dictum ist zur vom BAG aufgeworfenen Frage der Geltung von Art. 22a VwVG (Stillstand der Fristen) immerhin festzuhalten, dass sich der Ausschluss der Anwendbarkeit dieser Bestimmung in Art. 26 Abs. 2 BoeB ausdrücklich auf das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschn. BoeB beschränkt. Die Eröffnung der Verfügung (Art. 23 und 24 BoeB) gehört noch zum Verfügungsverfahren und schliesst dieses ab. Die Beschwerdefrist ist demgegenüber im 5. Abschn. geregelt. Art. 30 BoeB bestimmt, dass Beschwerden innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Der mit der Eröffnung beginnende Fristenlauf ist somit aufgrund der Gesetzessystematik bereits Teil des Beschwerdeverfahrens. Dies hat zur Folge, dass der Ausschluss der Vorschriften über den Fristenstillstand gemäss Art. 26 Abs. 2 BoeB für das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission nicht gilt (vgl. Moser, Prozessieren..., Rz. 2.49; Baurecht 2001, S. 62 f. S3, Anm. 1 von Hubert Stöckli).

c. Dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Überweisung der Beschwerde an das Departement des Innern ist gestützt auf Art. 8 Abs. 1 VwVG zu entsprechen, wobei es dem Departement des Innern überlassen bleiben muss zu entscheiden, ob es die Beschwerde als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 1 Bst. c VwVG bzw. 47a VwVG oder gegebenenfalls als Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG zu beurteilen hat (vgl. auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 511).

(...)

Dokumente der BRK