Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3595/2021

Urteil vom 3. Januar 2022

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

1. **Verein A._____,**
4000 Basel,
2. **B._____ AG,**

beide vertreten durch lic. iur. Viktor Györffy, Rechtsanwalt,
Peyrot, Schlegel und Györffy,
Beethovenstrasse 47, 8002 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

KKJPD Justitia 4.0,
Haus der Kantone,
Speichergasse 6, Postfach, 3001 Bern,
c/o HIS Harmonisierung der Informatik in der Strafjustiz,
KKJPD,
Speichergasse 6, Postfach, 3001 Bern,
vertreten durch lic. iur. Julia Bhend, Rechtsanwältin,
Probst Partner AG Rechtsanwälte,
Bahnhofplatz 18, 8401 Winterthur,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung -
Projekt "Plattform Justitia. Swiss" -
(SIMAP Meldungsnummer 1182101; Projekt-ID: 217040).

Sachverhalt:

A.
Am 21. Juli 2021 schrieb das "Projekt Justitia 4.0, c/o HIS Harmonisierung der Informatik in der Strafjustiz, KKJPD" (im Folgenden: Vergabestelle), sowohl als Bedarfsstelle/Vergabestelle als auch als Beschaffungsstelle auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Dienstleistungsauftrag unter dem Projekttitel "Plattform Justitia. Swiss" im selektiven Verfahren aus (Meldungsnummer 1182101). Gemäss der Ausschreibung soll mit der Beschaffung erreicht werden, dass der Rechtsverkehr zwischen den verschiedenen Verfahrensbeteiligten und die Akteneinsicht künftig in allen Verfahrensabschnitten des Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsverfahrens elektronisch über die zentrale E-Justiz-Plattform "Justitia.Swiss" erfolgen kann. Zu diesem Zweck wird die Plattform ihre Funktionalität sowohl über eine Weboberfläche wie auch als APIs (Application Programming Interface) zur Verfügung stellen. Der Auftrag und der anschliessende Betrieb dieser Plattform ist Teil dieser Ausschreibung (Ausschreibung, Ziff. 2.6).

Auftraggeber dieser Beschaffung sind gemäss Angaben der Vergabestelle die Justizkonferenz und die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren (KKJPD) mit dem Programm HIS bzw. deren jeweiligen Mitglieder. Zum Zweck der Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Justizportals sei eine gemeinsame Projektorganisation installiert und ein Beschaffungskonzept erstellt worden. Alle wesentlichen Verfahrensschritte, wie u.a. die Zuschlagsverfügung, würden jeweils den zuständigen Gremien zur Genehmigung vorgelegt. Es sei vereinbart worden, dass die KKJPD als Beschaffungsstelle mit der Projektleitung Justitia 4.0 die vorliegende Beschaffung für die Auftraggeber nach Bundesrecht (BöB) durchführen.

Als Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge wurde der 10. September 2021 bestimmt (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

B.
Gegen die am 21. Juli 2021 auf SIMAP publizierte Ausschreibung erhoben der Verein A._____ (Beschwerdeführer 1), sowie die B._____ (Beschwerdeführerin 2) mit Eingabe vom 7. August 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten, die angefochtene Ausschreibung sei als nichtig zu erklären. Eventualiter sei die angefochtene Ausschreibung aufzuheben. In prozessualer Hinsicht beantragten sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden im Wesentlichen, das Projekt Justitia 4.0 verfüge über keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb dieses nicht zum Erlass von Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens befugt sei. Zudem sei das Projekt auch keine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 BöB. Entsprechend fehle eine zum Erlass der Ausschreibungsverfügung befugte Auftraggeberin. Weiter fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die vorliegende Beschaffung, was zu einer erheblichen und unzumutbaren Rechtsunsicherheit führe. Die Ausschreibung sei folglich mit schwerwiegenden Mängeln behaftet und daher nichtig. Bezüglich des Antrags um Erteilung der aufschiebenden Wirkung machen die Beschwerdeführenden insbesondere geltend, diese sei schon nur aufgrund der Rechtssicherheit zu gewähren, wenn wie vorliegend die Nichtigkeit bzw. schwerwiegende Mängel einer angefochtenen Ausschreibung in Frage stünden. Auch seien keine überwiegenden öffentlichen Interessen ersichtlich, die gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sprechen würden. Schliesslich bestehe weder in zeitlicher noch sachlicher Hinsicht Dringlichkeit, noch erweise sich die Beschwerde prima facie als offensichtlich unbegründet.

C.

Mit Vernehmlassung vom 27. August 2021 zur beantragten aufschiebenden Wirkung stellte die Vergabestelle folgende Anträge:

> "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.
>
> 2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, eventualiter sei der Vergabestelle die Weiterführung des Vergabeverfahrens bis zur Erteilung des Zuschlags (ohne Vertragsabschluss) zu gestatten.
>
> Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführer."

Als Begründung machte die Vergabestelle im Wesentlichen geltend, weder der Beschwerdeführer 1 noch die Beschwerdeführerin 2 seien zur Beschwerde legitimiert, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Im Übrigen bedürfe es keiner besonderen bundesgesetzlichen Grundlage, da die Beschaffung die Justizverwaltung betreffe und somit in die Organisations- und Verwaltungsautonomie der beteiligten Auftraggeber falle. Auch liege keine Beeinträchtigung der politischen Rechte oder eine Einschränkung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers vor, da mit dem gewählten Vorgehen gewährleistet sei, dass die Entwicklung und die Resultate des Gesetzgebungsverfahrens bei der Umsetzung berücksichtigt werden könnten.

Schliesslich geböten die gewichtigen öffentlichen Interessen an der Beschaffung die unterbruchfreie Weiterführung des Vergabeverfahrens.

D.
Mit Verfügung vom 31. August 2021 wies der Instruktionsrichter den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen ab. Er begründete dies insbesondere mit dem Hinweis, dass im Rahmen der Anfechtung von Ausschreibungen das Vergabeverfahren im Regelfall nicht gestoppt werde, wobei es der Vergabestelle überlassen bleibe, ob sie das Verfahren solange auf eigenes Risiko weiterführen wolle.

E.
Mit Stellungnahme vom 10. September 2021 hielten die Beschwerdeführenden an ihren ursprünglichen Rechtsbegehren fest und erneuerten gleichzeitig den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter beantragten sie, das Vergabeverfahren sei, solange der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme, zu stoppen, eventualiter seien die Fristen für die Einreichung der Teilnahmeanträge und später nötigenfalls der Offerteingabe vorsorglich auszusetzen bzw. bis auf Weiteres zu verschieben. Die Beschwerdeführenden verwiesen hinsichtlich der Begründung dieser Anträge auf die Beschwerdeschrift.

Mit Verfügung vom 15. September 2021 wies der Instruktionsrichter die Anträge der Beschwerdeführenden auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und auf Einreichung einer zusätzlichen Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vergabestelle ab, da keine neuen Gründe vorgebracht worden seien, die es rechtfertigten, auf die in der Verfügung vom 31. August 2021 getroffene Regelung (Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung) zurückzukommen.

F.
Auf entsprechende Anfrage des Instruktionsrichters teilte die Vergabestelle mit Schreiben vom 20. Oktober 2021 mit, dass innert der in der Ausschreibung gesetzten Frist keine der Beschwerdeführenden einen Teilnahmeantrag für das selektive Verfahren eingereicht habe. Entsprechend liege kein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführenden an der Aufhebung der angefochtenen Ausschreibung vor.

G.
Die Beschwerdeführenden bekräftigten in ihrer Eingabe vom 4. November 2021 ihre Legitimation und beantragten, die Vergabestelle sei zu verpflichten, alle Dokumente zu edieren, welche den Ablauf und die Beschlussfassung des Projektes abbilden würden.

Die Vergabestelle beantragte in ihrer Stellungnahme vom 22. November 2021 die Abweisung des Editionsantrags, soweit auf diesen einzutreten sei. Insbesondere sei den Beschwerdeführenden keine Einsicht in die als "vertraulich" bezeichneten Beilagen der Vergabestelle zu gewähren.

Diese Stellungnahme wurde den Beschwerdeführenden mit Verfügung vom 24. November 2021 mit dem Hinweis, dass kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei, übermittelt.

Am 6. Dezember 2021 reichten die Beschwerdeführenden verschiedene Unterlagen ein, die der Beschwerdeführer 1 im Rahmen eines Auskunftsverfahrens nach BGÖ betreffend Unterlagen Justitia 4.0 vom Bundesamt für Justiz erhalten habe. Sie führten dazu aus, dass sich das Editionsbegehren erübrigt habe, soweit die im Rahmen des BGÖ-Verfahrens erhaltenen Unterlagen mit jenen Dokumenten deckungsgleich seien, deren Edition mit der Stellungnahme vom 4. November 2021 beantragt worden sei.

Die Vergabestelle liess sich mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 unter Beibehaltung der bisherigen Anträge abschliessend vernehmen.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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").

2.
Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörende Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 21. Juli 2021 eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen eine Ausschreibung (Art. 53 Abs. 1 Bst. a BöB) bzw. gegen Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar sind (Art. 53 Abs. 2 BöB).

3.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

4.

4.1 Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).

4.2 Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 mit Hinweisen

"Hörgeräte"; Zwischenentscheid des BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 5.2), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht setzt damit voraus, dass die Beschwerdeführenden durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung haben, wobei die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c kumulativ erfüllt sein müssen (BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen "Hörgeräte", vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 46 Rz. 2.60).

5.
Im vorliegenden Fall ist sowohl die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 (vgl. E. 6 hiernach) wie auch der Beschwerdeführerin 2 (vgl. E. 7 hiernach) fraglich und umstritten, weshalb von Amtes wegen zu prüfen ist, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann (vgl. E. 1 hiervor).

6.

6.1 Beim *Beschwerdeführer 1* handelt es sich um einen Verein nach Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in […]l. Art. 2 der Statuten vom 12. März 2021 umschreibt seinen Zweck wie folgt:

> "Die A._____ ist eine Bürgerrechts- und Konsumentenschutzorganisation mit gemeinnützigem Charakter. Der Verein setzt sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur sowie weitreichende Transparenz und Beteiligungsmöglichkeiten an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen ein. Sein Ziel ist der Erhalt und die Förderung einer freien, offenen und nachhaltigen digitalen Gesellschaft auf dem Hintergrund der Persönlichkeits- und Menschenrechte.
>
> Die Zwecke des Vereins sind
>
> - Konsumentenberatung und Konsumentenschutz, insbesondere hinsichtlich der Nutzung von digitalen Netzen, Medien und Inhalten;
>
> - Stärkung der Menschenrechte und des freiheitlich-demokratischen Staatswesens im digitalen Zeitalter, insbesondere durch den Einsatz für Meinungs- und Informationsfreiheit, für informationelle Selbstbestimmung und für den Schutz der Privatsphäre;
>
> - Förderung von Bildung, Wissenschaft und Forschung, insbesondere auf den Gebieten Informatik, Kommunikationswissenschaften sowie Demokratie und Recht, soweit diese für die Freiheit, Offenheit und Nachhaltigkeit der Gesellschaft relevant sind.

> Dazu stellt er namentlich auch entsprechende Dienste der Öffentlichkeit zur Verfügung.
>
> Der Verein kann diese Zielsetzungen in rechtlichen Verfahren jeder Art vertreten.
>
> Der Verein folgt keinem kommerziellen Zweck und erstrebt keinen Gewinn. Er ist parteipolitisch und konfessionell neutral. Der Verein erfüllt seine Aufgaben objektiv und unabhängig, ohne Rücksicht auf bestimmte Unternehmungen, Organisationen oder Richtungen. Er kann gleichgerichtete Bestrebungen, namentlich auch solche der öffentlichen Hand, unterstützen und in geeigneter Weise mit entsprechenden Organisationen zusammenarbeiten."

6.2 Der Beschwerdeführer 1 ist der Auffassung, seine Legitimation ergebe sich "aus seinem unmittelbaren, eigenen und persönlichen Interesse an der Aufhebung der Ausschreibung" (Beschwerde Rz. 8). Er setze sich aktiv für Datenschutz und Grundrechte in einer digital vernetzten Welt ein. Da die angefochtene Ausschreibung in politische Rechte bzw. in grundlegende Rechtsstaatsprinzipien eingreife und das Projekt Justitia 4.0 Auswirkungen auf alle am Rechtsverkehr Teilnehmenden und ihre Daten bzw. den Schutz ihrer Daten haben werde, seien eigene und schutzwürdige Interessen ausgewiesen.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, der Beschwerdeführer 1 sehe sich nicht als potentiellen Anbieter in der vorliegenden Ausschreibung. Er mache nicht geltend, selbst eine Offerte einzureichen oder in unzulässiger Weise von der Beschaffung ausgeschlossen zu sein. Die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde würde der Beschwerdeführer 1 ebenfalls nicht erfüllen (Vernehmlassung Rz. 32 ff.).

In seiner Stellungnahme vom 4. November 2021 hat der Beschwerdeführer 1 zur Frage der von der Vergabestellte bestrittenen Legitimation einzig ausgeführt, aufgrund der Stossrichtung und der Tragweite der erhobenen Rügen und vor dem Hintergrund der angegebenen Interessen des Vereins und seiner Mitglieder könne ihm die Beschwerdelegitimation nicht abgesprochen werden (Stellungnahme Rz. 11).

6.3

6.3.1 Der Beschwerdeführer 1 beruft sich zu Recht nicht auf Art. 48 Abs. 2 VwVG, wonach Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt, zur Beschwerde berechtigt sind. Eine solche spezialgesetzliche Grundlage sieht das BöB nicht vor (vgl.

auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1310).

6.3.2 Der Beschwerdeführer 1 bestreitet sodann auch nicht, dass er nicht als potentieller Anbieter in der vorliegenden Ausschreibung aufgetreten ist. So hat er nie geltend gemacht, eine Offerte einreichen zu wollen bzw. in unzulässiger Weise von der Beschaffung ausgeschlossen geworden zu sein.

6.3.3 Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer 1 nur zur Beschwerde befugt wäre, soweit die Voraussetzungen der sog. egoistischen Verbandsbeschwerde gegeben sind (BVGE 2008/60 E. 1.3.2.1; Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 4.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1310). Demnach kann praxisgemäss auch ein Verband, der als juristische Person konstituiert ist, die Interessen der Mehrheit oder einer Grosszahl seiner Mitglieder mit Beschwerde geltend machen, soweit deren Wahrung zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und zu deren Geltendmachung durch Beschwerde jedes dieser Mitglieder befugt wäre (BGE 142 II 80 E. 1.4.2, 137 II 40 E. 2.6.4, 136 II 539 E. 1.1; Urteile des BVGer A-312/2019 vom 16. Oktober 2020 E. 1.2.3 und A-7025/2017 vom 20. Juni 2019 E. 1.2.1). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein; sie sollen die Popularbeschwerde ausschliessen. Wer keine eigenen, sondern nur allgemeine oder öffentliche Interessen geltend machen kann, ist nicht befugt, Beschwerde zu führen. Das Beschwerderecht steht daher auch nicht jedem Verein zu, der sich in allgemeiner Weise mit dem fraglichen Sachgebiet befasst. Vielmehr muss ein enger, unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem statutarischen Vereinszweck und dem Gebiet bestehen, in welchem die fragliche Verfügung erlassen worden ist (BGE 136 II 539 E. 1.1 mit Hinweisen, vgl. Urteil des BGer 1C_11/2017 vom 2. März 2018 E. 1.1).

6.3.4 Der Beschwerdeführer 1 geht in seinen Stellungnahmen nicht näher auf die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde ein. Aus den Statuten (vgl. E. 6.1 hiervor) ergibt sich indes ein eindeutiges Bild: Der Beschwerdeführer 1 bezeichnet sich als "Bürgerrechts- und Konsumentenschutzorganisation mit gemeinnützigem Charakter". Sein Ziel ist der "Erhalt und die Förderung einer freien, offenen und nachhaltigen digitalen Gesellschaft auf dem Hintergrund der Persönlichkeits- und Menschenrechte". Damit bezweckt der Beschwerdeführer 1 offensichtlich nicht den Schutz der Interessen von potentiellen Anbietern in der vorliegenden Ausschreibung. Es wird auch nicht geltend gemacht bzw. ist nicht ansatzweise ersichtlich,

inwiefern von der angefochtenen Ausschreibung eine grosse Anzahl der Mitglieder betroffen sein soll. Daraus folgt, dass auch die Voraussetzung, jedes Vereinsmitglied sei zur Beschwerde befugt, offensichtlich nicht erfüllt ist. Im Ergebnis erfüllt der Beschwerdeführer 1 damit die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde nicht.

6.4 Da dem Beschwerdeführer 1 die notwendige Marktteilnehmendeneigenschaft fehlt, kann offenbleiben, ob allenfalls eine sog. "marktordnende Beschaffung" vorliegen könnte, was eine Ausweitung der restriktiven Legitimation im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung rechtfertigen würde. Praxisgemäss sind bei Beschaffungsvorhaben, die einen Markt in grundsätzlicher Weise neu ordnen, auch die nicht als potenzielle Erbringer der Leistung anzusehenden Marktteilnehmer mehr als bloss mittelbar betroffen und können demnach in eigenen, schutzwürdigen Interessen berührt sein. Die Legitimation wäre demnach weiter zu fassen, soweit die Marktteilnehmer im Ergebnis mit einer "wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnung" konfrontiert sind (BVGE 2009/17 E. 3.3 mit Verweis auf BGE 127 II 264 E. 2c und d). Dabei wäre aber zu beachten, dass die Annahme einer marktordnenden Beschaffung eine erhebliche Nachfragemacht der öffentlichen Hand im in Frage stehenden Marktsegment voraussetzt. Die Frage, ob dem Staat in Bezug auf die Digitalisierung der Justiz eine solche Nachfragemacht zukommt, braucht ebenfalls nicht beantwortet zu werden, da weder der Beschwerdeführer 1 noch eine grosse Anzahl seiner Mitglieder Marktteilnehmer sind.

6.5 Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 zu verneinen ist und auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

7.

7.1 Bei der *Beschwerdeführerin 2* handelt es sich gemäss eigenen Angaben um eine IT-/Software-Firma mit Sitz in der Schweiz, die das Betreiben von Forschung, Entwicklung und den globalen Vertrieb von Technologielösungen in Hardware und Software, sowie die Übernahme und Abwicklung von technischen und betriebswirtschaftlichen Beratungsaufträgen und Dienstleitungen aller Art in diesem Zusammenhang im In- und Ausland für Unternehmen, Einrichtungen und anderen Organisationen in Wirtschaft und Verwaltung bezweckt (Beschwerde Rz. 9).

7.2 Die Beschwerdeführerin 2 ist der Auffassung, sie sei in mehrfacher Hinsicht besonders betroffen. Sie würde einen Teilnahmeantrag auf die angefochtene Ausschreibung einreichen wollen, vorausgesetzt, die Ausschreibung wäre rechtswirksam und mängelfrei. Als potenzielle Anbieterin habe sie ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der Ausschreibungsprozess korrekt und fehlerfrei ablaufe. Die Beschwerdeführerin 2 gehe einerseits ein Risiko ein, wenn sie sich für die Ausschreibung bewerbe; falls sich diese als nichtig bzw. mangelhaft erweise, würden ihr daraus Kosten entstehen. Andererseits bestehe für sie das Risiko, dass sie leer ausgehe, wenn sie sich nicht bewerbe. Damit bestehe eine hinreichende Beziehungsnähe zur Sache (Beschwerde Rz. 10).

Die Vergabestelle führt aus, die Beschwerdeführerin 2 sei nur legitimiert, wenn diese in der Lage sei, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen. Die Beschwerdeführerin 2 habe in der Beschwerde nicht dargelegt, dass sie einen der ausgeschriebenen Aufträge übernehmen könnte bzw. ähnliche Aufträge bereits erbracht habe. Sie habe nicht einmal angegeben, für welches Los sie als Anbieterin in Frage käme. Angaben über erbrachte Dienstleistungen und Referenzen seien auch auf ihrer Homepage nicht erhältlich (Vernehmlassung Rz. 29 ff.).

In ihrer Stellungnahme vom 4. November 2021 hat die Beschwerdeführerin 2 dargelegt, sie wäre an der Ausführung der ausgeschriebenen Aufträge (beider Lose) interessiert und zur Erbringung der entsprechenden Leistungen in der Lage. Das Beibringen von Belegen zum Interesse, zur Ausführung ähnlicher Aufträge, zu erbrachten Dienstleistungen und von Referenzen sei keine Voraussetzung für die Bejahung ihrer Beschwerdelegitimation (Stellungnahme Rz. 10).

7.3

7.3.1 Wie bereits dargelegt (vgl. E. 4.2 hiervor) spielt das Erfordernis der formellen Beschwer (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung grundsätzlich keine Rolle. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine Ausschreibung im selektiven Verfahren gemäss Art. 19 BöB handelt. Gemäss Art. 19 Abs. 1 BöB schreibt die Auftraggeberin im selektiven Verfahren den Auftrag öffentlich aus und fordert die Anbieterinnen auf, vorerst einen Antrag auf Teilnahme zu stellen. In einem zweiten Schritt wählt die Auftraggeberin die Anbieterinnen, die ein Angebot einreichen dürfen, aufgrund ihrer Eignung aus (Art. 19 Abs. 2 BöB).

7.3.2 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin 2 im vorliegenden Verfahren keinen Antrag auf Teilnahme am selektiven Verfahren gestellt hat (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 20. Oktober 2021). Die Vergabestelle will daraus den Schluss ziehen, in dieser Konstellation bestehe kein Anlass vom Erfordernis der formellen Beschwer abzusehen, da der Beschwerdeführerin 2 eine Teilnahme am Vergabeverfahren möglich gewesen wäre. Diese Frage kann hier indes offengelassen werden, da die Beschwerdeführerin 2 auch die Voraussetzungen der materiellen Beschwer (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG) nicht erfüllt (vgl. E. 7.4 hiernach).

7.4

7.4.1 Zur Anfechtung von Ausschreibungen gemäss Art. 53 Abs. 1 Bst. a BöB sind grundsätzlich nur die potentiellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung berechtigt, da (nur) sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben. Neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potentiellen) Anbieterinnen kommt die Beschwerdeberechtigung in der Regel nur jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (BGE 137 II 313 E 3.3 und 3.6.1 "Microsoft"; BVGE 2009/17 E. 3.2 "Hörgeräte"; Urteile des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 E. 1.7.1, und B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, in BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 1.1 ff.; MARCO FETZ/MARC STEINER, in: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 3. Aufl. 2020, Rz. 192).

7.4.2 Ob die Beschwerdelegitimation vorliegt ist zwar von Amtes wegen zu prüfen (vgl. E. 1 hiervor). Ist sie jedoch nicht ohne weiteres ersichtlich, muss der Beschwerdeführer sie eingehend erörtern und substantiieren, wofür er beweisbelastet ist (BGE 137 II 313 E. 3.5.1; BVGE 2013/17 E. 3.4.2; MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 VwVG Rz. 5).

7.4.3 In der Beschwerdeschrift vom 7. August 2021 sowie in der Stellungnahme vom 10. September 2021 hat die Beschwerdeführerin 2 nicht konkret dargelegt, inwiefern sie – im Sinne der soeben dargelegten Praxis – von der Ausschreibung besonders berührt sein bzw. ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Ausschreibung haben soll. Sie hat weder ausgeführt, für welches Los sie als Anbieterin Interesse hätte noch hat sie

ansatzweise aufgezeigt, inwiefern sie den ausgeschriebenen Auftrag überhaupt erfüllen könnte und damit eine realistische Chance auf einen Zuschlag hätte.

Erst in der Stellungnahme vom 4. November 2021 führt die Beschwerdeführerin 2 aus, sie wäre an der Ausführung der ausgeschriebenen Aufträge (beider Lose) interessiert und zur Erbringung der entsprechenden Leistungen in der Lage. Diese pauschalen Aussagen werden indes nicht konkretisiert und es bleibt zweifelhaft, ob es sich bei der Beschwerdeführerin 2 um eine potentielle Erbringerin der in Frage stehenden Leistung handelt.

7.4.4 Die Beschwerdeführerin 2 verkennt insbesondere, dass sie sich für ihre Legitimation nicht auf öffentliche Interessen oder auf die Interessen Dritter berufen kann (BVGE 2009/17 E. 3.1 "Hörgeräte"). Sie müsste durch den angefochtenen Entscheid vielmehr stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Eine solche ergibt sich aber nicht bereits daraus, dass die Beschwerdeführerin 2 sich für eine Frage aus ideellen Gründen besonders interessiert oder sich aus persönlicher Überzeugung für oder gegen eine Sache engagiert (BGE 123 II 376 E. 4a, BGE 123 II 115 E. 2b/cc). Vielmehr müsste sie in hinreichendem Masse beschwert sein; ihr Rechtsschutzinteresse müsste intensiv genug sein, um als unmittelbares und persönliches Interesse anerkannt werden zu können. Nach der Praxis müssen demnach handfeste Belange, persönliche Vor- oder Nachteile hinter dem Rechtschutzanliegen stehen. Das Interesse ist nur schutzwürdig, wenn die Beschwerdeführerin durch das Beschwerdeverfahren einen realen – materiellen oder ideellen – Nachteil von sich abwenden kann (BVGE 2007/20 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

7.4.5 Im vorliegenden Fall ist es der Beschwerdeführerin 2 nicht gelungen, den nötigen Nachweis für ihre Beschwerdelegitimation zu erbringen (vgl. E. 7.4.2 hiervor). Aus der Beschwerdeschrift und ihren Stellungnahmen ergibt sich vielmehr der Eindruck, dass sie das Projekt Justitia 4.0 generell kritisch beurteilt und dieses verhindern oder zumindest verzögern möchte. So ist sie der Auffassung, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die vorliegende Beschaffung bzw. die Beschaffung beeinträchtige die politischen Rechte. Die vorgebrachte Kritik zielt aber in erster Linie auf das Projekt Justitia 4.0 als politische Vorlage. Insbesondere vertreten die Beschwerdeführenden den Standpunkt, die Ausschreibung schränke die politischen Rechte in dem Sinne ein, als sie den Gestaltungsspielraum, welche dem Parlament bei Erlass der gesetzlichen Grundlagen der Plattform

für elektronische Kommunikation zukomme, massgeblich einschränke (Beschwerde Rz. 8). Dabei handelt es sich indes nicht um spezifisch beschaffungsrechtliche Fragestellungen, sondern um eine politische Bewertung des noch bevorstehenden Gesetzgebungsprozesses im Zusammenhang mit dem Projekt Justitia 4.0.

7.4.6 Wie bereits erwähnt, kann sich die Beschwerdelegitimation aber nicht bereits daraus ergeben, dass sich die Beschwerdeführerin 2 für die vorliegende Frage aus ideellen Gründen besonders interessiert oder sich aus persönlicher Überzeugung für oder gegen eine Sache, hier das Projekt Justitia 4.0, engagiert. Mit ihren Ausführungen hat sie im Ergebnis nicht rechtsgenüglich dargelegt bzw. substantiiert, inwiefern sie durch die angefochtene Ausschreibung stärker als jedermann betroffen und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen soll.

7.5 Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 ebenfalls zu verneinen ist und auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

8.
Da die erhobene Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführenden nicht zulässig ist, besteht auch kein Anlass, die von ihnen geltend gemachte Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung näher zu prüfen. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Feststellung der Nichtigkeit ein Rechtsschutzinteresse erforderlich, d.h. ein genügendes Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit (Urteil des BGer 1C_627/2012 vom 24. April 2013 E. 2 mit Hinweis auf BGE 136 II 415 E. 1.2 und 1.3). Ein solches Rechtsschutzinteresse ist jedoch, wie bereits ausführlich dargelegt, weder beim Beschwerdeführer 1 noch bei der Beschwerdeführerin 2 gegeben.

9.
Auf die Beschwerde ist damit nicht einzutreten. Bei diesem Ergebnis erweisen sich sowohl das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wie auch die Editionsanträge als gegenstandslos.

10.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Beschwerdeführenden nach Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE,

SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfanges und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf je Fr. 3'000.– (total: Fr. 6'000.–) festgelegt. Diese Beträge sind den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 7'000.– zu entnehmen. Die Restbeträge von je Fr. 4'000.– sind den Beschwerdeführenden nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

Im Übrigen haben weder die obsiegende Vergabestelle noch die unterliegenden Beschwerdeführende einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario*).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Das Gesuch der Beschwerdeführerenden um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.
Den Beschwerdeführenden werden reduzierte Verfahrenskosten von je Fr. 3'000.– auferlegt. Diese Beträge werden den Kostenvorschüssen von je Fr. 7'000.– entnommen. Die Restbeträge von je Fr. 4'000.– werden den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückerstattet.

4.
Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde;
  Beilagen: Rückerstattungsformulare)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 217040; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Christian Winiger	Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 11. Januar 2022