



Urteil vom 16. Juli 2024

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richterin Mia Fuchs,
Gerichtsschreiber Roger Mallepell.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Damian Müller, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Vergabestelle,

Samariter Schweiz,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Astrid Waser und/oder Sandro Travaglini,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betreffend das Projekt "2022/KEK/043
Kurse Betriebliche Erste Hilfe für SBB";
SIMAP-Projekt-ID: 260368
SIMAP-Meldungsnummer: 1380767.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 4. Juli 2023 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "2022/KEK/043 Kurse Betriebliche Erste Hilfe für SBB" als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Die Vergabestelle schrieb den Auftrag unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer "80562000-Ausbildung in erster Hilfe" und als vom Staatsvertragsbereich erfasst aus (Ausschreibung Ziffer 1.9 und Ziffer 2.5). Die Ausschreibung dient "der Auftragsvergabe für die Beschaffung von Kursen im Geltungsbereich der SBB Weisung K 162.4 «Organisation der betrieblichen Ersten Hilfe bei medizinischen Notfällen»" (Ausschreibung Ziffer 2.6). Sie sah den Abschluss eines fünfjährigen Vertrages mit Beginn ab 1. Januar 2024 und der Option auf eine zweimalige Verlängerung um je ein Jahr vor (Ausschreibung Ziffer 2.8).

A.b Mit SIMAP-Publikation vom 15. August 2023 (Meldungsnummer 1356617) berichtete die Vergabestelle die Ausschreibung insofern, als sie auf ein aktualisiertes Preisblatt ("Version 2") verwies und den Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote sowie das Datum der Offertöffnung auf den 11. und 19. September 2023 verlegte.

A.c Innert der angesetzten Frist gingen vier Angebote ein.

A.d Nach Durchführung von zwei Bereinigungsgesprächen erteilte die Vergabestelle den Zuschlag am 29. November 2023 Samariter Schweiz (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin oder Beschwerdegegnerin) zu einem Gesamtpreis von Fr. 952'290.– (exkl. MWSt.). Gleichzeitig erhielt die zweitplatzierte A. _____ AG "den Zuschlag auf die Option zur Leistungserbringung" zu einem Gesamtpreis von Fr. 924'550.– (exkl. MWSt.). Am 30. November 2023 publizierte die Vergabestelle die Zuschlagsverfügung auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1380767).

A.e Die Vergabestelle begründete den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin damit, dass deren Angebot insgesamt das vorteilhafteste gewesen sei und am meisten Punkte erhalten habe. Ausschlaggebend sei in erster Linie das Zuschlagskriterium "Qualität der Leistung" sowie in zweiter Linie das Zuschlagskriterium "Preis" gewesen (Ziffer 3.3 der SIMAP-Zuschlagsverfügung).

A.f Am 12. Dezember 2023 führte die Vergabestelle mit der zweitplatzierten A. _____ AG ein mündliches Debriefing durch und erläuterte dieser die Punktevergabe und ihre Platzierung summarisch.

B.

B.a Mit Eingabe vom 20. Dezember 2023 erhob die A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Sie stellte die folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Zuschlagsverfügung vom 30. November 2023 (...) sei aufzuheben.

2. Der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen.

Eventualiter sei die Sache mit verbindlichen Anweisungen zur Neudurchführung der Evaluation an die [Vergabestelle] zurückzuweisen.

Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen."

Weiter stellte die Beschwerdeführerin prozessuale Anträge auf – zunächst superprovisorische – Erteilung der aufschiebenden Wirkung, auf Einsichtnahme in die Akten des Vergabeverfahrens sowie auf Einräumung der Gelegenheit zu ergänzenden Stellungnahmen. Zudem solle der Zuschlagsempfängerin keine Akteneinsicht in als vertraulich bezeichnete Beschwerdebeilagen sowie in die Vergabeakten mit Angaben aus dem Angebot der Beschwerdeführerin gewährt werden. Eventualiter sei der Zuschlagsempfängerin nur Einsicht in geschäftsgeheimnisbereinigte Auszüge aus diesen Dokumenten zu gewähren.

B.b Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass die Zuschlagsempfängerin ein gemeinnützig tätiger und steuerbefreiter Verein sei, der gegenüber den übrigen Offerenten über einen klaren Wettbewerbsvorteil verfüge. Der Zuschlag habe bereits aufgrund einer Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität nicht der Zuschlagsempfängerin erteilt werden dürfen. Jedenfalls habe es die Vergabestelle unzulässigerweise unterlassen, für die steuerbefreite Zuschlagsempfängerin einen anderen Bewertungsmaßstab anzusetzen und insbesondere das Zuschlagskriterium des Preises ihr gegenüber anders zu gewichten.

Weiter verletze die Vergabestelle den Grundsatz eines fairen und unparteiischen Ausschreibungsverfahrens, da ein Wechsel auf die Beschwerdeführerin im Sinne des ihr erteilten "Zuschlags auf die Option zur Leistungserbringung" faktisch ausgeschlossen sei.

Zudem habe die Vergabestelle nachträglich ein zusätzliches Zuschlagskriterium (Kriterium der Vollzeitäquivalente [FTE]) eingeführt und die vergaberechtlichen Verfahrensgrundsätze auch dadurch verletzt, indem sie einen der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Mangel doppelt in Abzug gebracht habe.

Schliesslich erfülle die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht, da sie nicht über die zur Erfüllung des Dienstleistungsauftrags benötigten qualifizierten Auszubildenden verfüge. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte laut der Beschwerdeführerin somit ausgeschlossen und der Zuschlag der zweitplatzierten Beschwerdeführerin erteilt werden müssen.

B.c Das Bundesverwaltungsgericht forderte die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2023 auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten. Weiter ordnete es an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum Urteil in der Hauptsache alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten. Zudem wurde die Vergabestelle ersucht, eine Vernehmlassung zur Hauptsache und den prozessualen Anträgen sowie die vollständigen Akten betreffend das vorliegende Vergabeverfahren einzureichen. Die Zuschlagsempfängerin erhielt die Gelegenheit, sich als Beschwerdegegnerin am Verfahren zu beteiligen.

B.d Die Vergabestelle reichte mit Vernehmlassung vom 18. Januar 2024 die Vorakten mit weiteren Beilagen ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei ohne weiteren Schriftenwechsel abzuweisen. Der Beschwerde sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.

B.e Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2024 ebenfalls die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne. Weiter beantragte die Beschwerdegegnerin auch die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und den Entzug der superprovisorisch gewährten aufschiebenden Wirkung.

B.f Die Vergabestelle wie die Beschwerdegegnerin wiesen zur Begründung ihrer – die aufschiebende Wirkung betreffenden – Verfahrensanträge darauf hin, dass die vorliegend zu beschaffende Dienstleistung richtig als ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liegend zu bewerten sei. Denn diese Dienstleistung ("Ausbildung in Erster Hilfe") sei weder in Anhang 3 Ziffer 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) noch in der Positivliste in Annex 5 des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziffer 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]) aufgeführt. Die Vergabestelle räumte ein, dass sie die Ausschreibung in den SIMAP-Publikationen fälschlicherweise dem Staatsvertragsbereich zugeordnet habe.

Weiter betonten die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin, dass der Beschwerdeführerin ausserhalb des Staatsvertragsbereichs aufgrund der Regelung von Art. 52 Abs. 2 BöB nur noch der Sekundärrechtsschutz zur Verfügung stehe. Im Übrigen seien die Vorbringen der Beschwerdeführerin auch in materieller Hinsicht unbegründet.

B.g Am 15. Februar 2024 reichte die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht verschiedene nachgeforderte weitere Akten ein.

B.h Darauf nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. Februar 2024 Stellung zur Frage, ob der ausgeschriebene Auftrag in den Staatsvertragsbereich fällt. Sie machte geltend, die fragliche Dienstleistung sei als Beratungsleistung zu qualifizieren. Damit sei sie in der Positivliste zum GPA 2012 bzw. in Anhang 3 Ziffer 1 BöB (Ziffer 18; "Unternehmensberatung und verbundene Dienstleistungen") enthalten und unterstehe dem Staatsvertragsbereich. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei aufrechtzuerhalten. Der Vergabestelle sowie der Beschwerdegegnerin seien der Abschluss und Vollzug des Vertrags zu untersagen.

B.i Anschliessend nahm die Beschwerdeführerin am 14. März 2024 auch in der Hauptsache Stellung und hielt an den in der Beschwerde und der Stellungnahme vom 16. Februar 2024 gestellten Rechtsbegehren fest.

B.j Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin duplizierten je mit Eingabe vom 17. April 2024. Beide bekräftigen ihre bisherigen Rechtsbegehren und deren Begründung.

Mit Bezug auf die Frage, ob die ausgeschriebene Dienstleistung in den Staatsvertragsbereich fällt, führten sie übereinstimmend aus, dass es in der vorliegenden Ausschreibung und den dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen ausschliesslich um Kurse im Bereich betriebliche erste Hilfe und damit um Bildungsdienstleistungen gehe. Diese fielen nicht in den Staatsvertragsbereich, womit die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen sei. Die Beschwerde sei unter den gegebenen Umständen von Gesetzes wegen auf die Frage der Rechtmässigkeit des Zuschlags beschränkt.

B.k Mit Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Gleichzeitig hob es das am 22. Dezember 2023 superprovisorisch angeordnete Verbot, die angefochtene Zuschlagsverfügung zu vollziehen (B.c), in Gutheissung der entsprechenden Anträge der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin wieder auf. Zudem erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine abschliessende Stellungnahme einzureichen.

B.l Das Bundesverwaltungsgericht begründete den Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024 zusammenfassend damit, dass die Vergabestelle in der hier strittigen Ausschreibung gemäss den vorliegenden Akten ausschliesslich Standardkurse im Bereich der betrieblichen ersten Hilfe und damit Bildungsdienstleistungen ausgeschrieben habe.

Die gegenteilige Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die ausgeschriebene Dienstleistung eine dem Staatsvertragsbereich unterstehende Beratungsleistung darstellen soll, wies das Bundesverwaltungsgericht als unzutreffend zurück. Die ausgeschriebene Dienstleistung könne inhaltlich der prov. CPC-Subklasse 92900 («other educational services») zugeordnet werden. Weder die prov. CPC-Subklasse 92900 noch die höherrangige Klasse (9290), Gruppe (929) oder Division (92 «Education services») würden in Anhang 3 Ziff. 1 BöB bzw. in der Positivliste in Annex 5 GPA 2012 aufgeführt. Die vorliegend ausgeschriebene Dienstleistung liege deshalb entgegen der Beschwerdeführerin ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Bereits aus diesem Grund bestehe gemäss Art. 54 Abs. 1 und 2 BöB für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung kein Raum.

B.m Darauf stellte sich die Beschwerdeführerin mit abschliessender Stellungnahme vom 27. Mai 2024 unverändert auf den Standpunkt, dass die Beschwerde in der Hauptsache begründet sei. Sie verwies auf ihre bisherigen Argumente, ergänzte diese teilweise und hielt an den bisherigen Rechtsbegehren ausdrücklich fest.

B.n Am 3. Juni 2024 reichte die Beschwerdeführerin aufforderungsgemäss eine ungeschwärzte Version ihrer Kostennote ein. Die Beschwerdegegnerin reichte am 5. Juni 2024 ihrerseits eine Kostennote ein.

B.o Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 "Steuerung Verkehrsmanagement der Nationalstrassen" und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 "Publicom").

1.2 Beim Bundesverwaltungsgericht können Verfügungen der dem BöB (zitiert unter B.f) unterstellten Auftraggeberinnen angefochten werden, wenn sie Dienstleistungen betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht und es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags gemäss Anhang 5 Ziffer 1 Bst. c und d BöB handelt (Art. 4 BöB i.V.m. Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB und Art. 52 Abs. 5 BöB). Durch Beschwerde anfechtbar sind ausschliesslich die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere der Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB).

1.3 Das BöB findet gemäss Art. 1 BöB Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch dem BöB unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Keine Anwendung findet es, sofern eine Ausnahme gemäss Art. 10 BöB vorliegt.

1.4 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die am 30. November 2023 publizierte Zuschlagsverfügung angefochten, weshalb ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] und Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.5 Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.6 Die Vergabestelle untersteht dem BöB, da sie Eisenbahnen bereitstellt und betreibt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Eine relevante Befreiung von der Unterstellung besteht nicht (Art. 7 BöB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Anhang 1 Ziffer 2 der Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB, SR 172.056.11). Im Übrigen genügt für die Unterstellung der Vergabestelle unter das BöB, dass die nachgefragten Leistungen dem Bahnbetrieb zumindest funktionell dienen (Urteile des BVGer B-6973/2023 vom 14. Mai 2024 E. 2.2 "KundenfrequenzMessSystem" und B-5897/2022 vom 5. April 2023 E. 2.1.1 "Baggerleistungen"). Auch dies ist vorliegend unbestrittenermassen der Fall.

1.7 Die Vergabestelle gibt in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 4. Juli 2023 an, dass es sich bei der hier ausgeschriebenen Auftragsart um einen "Dienstleistungsauftrag" handelt. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024 (B.k.f.) dargelegt hat, schrieb die Vergabestelle vorliegend Standardkurse im Bereich der betrieblichen ersten Hilfe und damit Bildungsdienstleistungen aus. Die Einstufung als Dienstleistung ist somit korrekt.

1.8 Gegen Verfügungen im Dienstleistungsbereich ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, wie erwähnt, ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert zulässig (Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB). Dieser beträgt für alle Auftraggeberinnen Fr. 150'000.– (Ziffer 2 Anhang 4 BöB). Die Beschwerdegegnerin hat den Zuschlag zum Preis von Fr. 952'290.– (exkl. Mehrwertsteuer) erhalten. Der für Dienstleistungen relevante Schwellenwert wird somit deutlich überschritten.

1.9 Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich vorliegend nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach Anhang 5 Ziffer 1 Bst. c und d BöB, bei welcher kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

1.10 Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG).

1.11 Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das BöB und das VGG nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG; Urteil des BVGer B-5897/2022 vom 5. April 2023 E. 1 "Baggerleistungen", m.H.).

1.12 Die Beschwerdelegitimation ist grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen. Das BöB enthält diesbezüglich nur in Bezug auf den freihändig erteilten Zuschlag besondere Regelungen (vgl. Art. 56 Abs. 4 BöB sowie BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", m.H.; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.1 "zweite Gotthardröhre"). Zur Beschwerde berechtigt ist demnach, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

1.13 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Auch ist sie als Offerentin, welche den angestrebten Zuschlag nicht erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

1.14 Gemäss der vom Bundesverwaltungsgericht im Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024 vorgenommenen Beurteilung steht jedoch fest, dass das vorliegende Beschaffungsobjekt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ausschliesslich aus Bildungsdienstleistungen besteht und die hier strittige Ausschreibung somit ausserhalb des Staatvertragsbereichs liegt (B.k f.).

1.15 In dieser Konstellation gilt es gemäss Art. 52 Abs. 2 BöB zu beachten, dass mit einer Beschwerde – abgesehen von einer hier nicht gegebenen Ausnahme (Verfügungen nach Art. 53 Abs. 1 Bst. i BöB [Verhängung einer Sanktion]) – nur die Feststellung beantragt werden kann, dass eine Verfügung Bundesrecht verletzt. Dabei entscheidet die Beschwerdeinstanz gleichzeitig über ein allfälliges Schadenersatzbegehren (Art. 58 Abs. 3 BöB). Wird ein Schadenersatzbegehren gestellt, ist der maximal mögliche Zuspruch von Schadenersatz von Gesetzes wegen auf die erforderlichen Aufwendungen beschränkt, welche der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind (Art. 58 Abs. 4 BöB).

1.16 Vorliegend tritt an die Stelle des Primärrechtsschutzes auf Aufhebung und Änderung der angefochtenen Verfügung somit der Sekundärrechtsschutz, nämlich die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung zusammen mit einem gleichzeitigen Entscheid über ein allfälliges Schadenersatzbegehren. Anträge, die eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung zum Ziel haben, sind bei einem Vergabeverfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs wie dem vorliegenden unzulässig (Urteile des BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023 E. 1.3.1 "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse" und B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 2 "Übersetzungsdienstleistungen", je m.H.).

1.17 Die Beschwerdeführerin hält ihre beiden Hauptbegehren, welche fordern, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und der Zuschlag statt der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin erteilt wird, im Widerspruch zur vorstehend beschriebenen Rechtslage aufrecht (Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2). Auch der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, wonach die Sache mit verbindlichen Anweisungen zur Neudurchführung der Evaluation an die Vergabestelle zurückzuweisen sei (B.a), zielt in unzulässiger Weise auf eine Änderung der angefochtenen Zuschlagsverfügung. Auf diese Rechtsbegehren kann deshalb nicht eingetreten werden.

2.

Die Beschwerdeführerin stellt weiter den Subeventualantrag, es sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung festzustellen. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob auf diesen Antrag einzutreten ist. Die Zusprechung von Schadenersatz beantragt die Beschwerdeführerin nicht.

2.1 Auch wenn eine Beschwerdeführerin im Sekundärrechtsschutzverfahren nur mehr eine Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz verlangen kann, hat sie nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Begründung ihrer Beschwerdelegitimation zunächst in gleicher Weise wie im Primärrechtsschutzverfahren darzutun, dass sie eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag selber zu erhalten, wenn die aufschiebende Wirkung gewährt worden wäre oder überhaupt hätte gewährt werden können. Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023 E. 1.3.2 "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse", m.w.H.).

2.2 Die Beschwerdeführerin schloss das Vergabeverfahren mit dem tiefsten Gesamtpreis auf dem zweiten Rang ab. Sie begründet mit verschiedenen Argumenten und ausführlich (B.b), weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin nach ihrem Dafürhalten hätte ausgeschlossen und der Zuschlag rechtmässigerweise ihr als zweitplatzierte Offerentin mit dem preislich attraktivsten Angebot hätte erteilt werden müssen. Die Legitimationsvoraussetzung einer insgesamt genügend dargelegten realen Chance auf den Zuschlag wäre unter diesen Umständen ohne Weiteres zu bejahen.

2.3 Allerdings sind nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht Begehren auf eine behördliche oder gerichtliche Feststellung nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG bringt dies unmissverständlich wie folgt zum Ausdruck:

"² Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist."

2.4 Das schutzwürdige Interesse gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG wird im Sinne der Einheit des Prozesses gleich ausgelegt wie dasjenige zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG. Es ist gegeben, wenn ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht. Das Rechtsschutzinteresse besteht demnach darin, dass durch den Erlass der beantragten Feststellungsverfügung ein Nachteil abgewendet werden kann und der Erlass einer Feststellungsverfügung umgekehrt mit Vorteilen verbunden ist. Die gesuchstellende Person muss nachweislich Dispositionen nicht treffen können oder solche ungerechtfertigterweise unterlassen, sofern die feststellende Verfügung nicht ergeht. Abstrakte, theoretische Rechtsfragen können nicht Gegenstand eines Feststellungsantrags sein, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten. Der praktische Nutzen der beantragten Feststellung ist nachzuweisen (Urteil des BGer 2C_182/2023 vom 6. Februar 2024 E. 1.2; BGE 137 II 199 E. 6.5; BGE 126 II 300 E. 2c; HÄNER, in: Waldmann/Krauskopf, Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 25 N. 16, m.w.H.).

2.5 Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihren Rechtsschriften nicht dazu, worin sie ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse an der subeventualiter beantragten Feststellung erblickt. Sie macht diesbezüglich auch in ihrer abschliessenden Stellungnahme (B.m) keinerlei Angaben und reicht auch keine Belege ein. Auch Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin Vorkehrungen ins Auge gefasst hat, welche von einer Gutheissung des Subeventualantrags abhängen könnten, bestehen nicht. Unter diesen Umständen ist unklar, ob und gegebenenfalls welchen konkreten Vorteil sich die Beschwerdeführerin von einer Gutheissung des Feststellungsbegehrens verspricht bzw. welchen konkreten Nachteil sie durch den Erlass der beantragten Feststellung allenfalls abwenden will.

2.6 Das Bundesverwaltungsgericht ist vorliegend nicht gehalten, Mutmassungen darüber anzustellen, worin die beweisbelastete und anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin den konkreten praktischen Nutzen der beantragten Feststellung mutmasslich erblickt. Das generelle Anliegen einer unberücksichtigt gebliebenen Offerentin wie der Beschwerdeführerin, dass die Rechtsmittelinstanz ein Vergabeverfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs selbst ohne Angabe eines nachvollziehbaren Beweggrundes materiell überprüft, stellt für sich jedenfalls kein schutzwürdiges Interesse im Sinne der vorstehend genannten Anforderungen dar.

2.7 Somit ist der Nachweis eines schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung vorliegend nicht erbracht.

2.8 Wie die folgenden Erwägungen zeigen, ergibt sich ein solcher Nachweis auch nicht aus der mit der Totalrevision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508; im Folgenden: aBöB) neu eingeführten Regelung von Art. 58 Abs. 3 BöB. Danach entscheidet die Beschwerdeinstanz, wie erwähnt (E. 1.15), gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung über ein allfälliges Schadenersatzbegehren.

2.8.1 Unter dem aBöB waren Schadenersatzbegehren im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes in einem separaten Verfahren nach Massgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 zu verfolgen (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1985 [nachfolgend: Botschaft]). Bei jenem zweistufigen Verfahren hatte das Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt im Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Abs. 2 aBöB lediglich festzustellen, ob der angefochtene Zuschlagsentscheid rechtswidrig war. Erst nach dieser Feststellung war das Schadenersatzverfahren einzuleiten (Art. 35 aBöB). Zuständig für den Erlass von Verfügungen über Schadenersatzbegehren war gemäss Art. 32 der Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (aOrg-VöB, SR 172.056.15, in Kraft bis 30. Juni 2024 [vgl. nachfolgend E. 2.8.3.1]) das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und in einigen Fällen die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV). Die vorausgegangene Feststellung der Beschwerdeinstanz über die Rechtswidrigkeit war für den vergaberechtlichen Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 35 aBöB verbindlich (Urteil des BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023 E. 1.3.1 "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse"; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414).

2.8.2 Nach aktuellem Recht hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 58 Abs. 3 BöB neu die Möglichkeit, direkt vor der Beschwerdeinstanz Schadenersatz geltend zu machen (Botschaft, a.a.O., BBl 2017 1851, 1985; MICHA BÜHLER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N 3, 26 ff.). Im vorliegenden Fall stellt die Beschwerdeführerin jedoch, wie erwähnt, weder ein

Schadenersatzbegehren noch macht sie geltend, dass sie beabsichtige, eines zu stellen.

2.8.3 Aus Art. 58 Abs. 3 BöB kann auch nicht abgeleitet werden, dass der Beschwerdeführerin selbst dann ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG zuerkannt werden muss, wenn sie – wie vorliegend – weder Schadenersatz erlangen will noch anderweitig aufzeigt, worin der praktische Nutzen von einer beantragten Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung bestehen soll.

2.8.3.1 Ein entsprechendes Verständnis würde bedeuten, dass Art. 58 Abs. 3 BöB die allgemeine Regel von Art. 25 Abs. 2 VwVG derogiert und bei einem Feststellungsbegehren für die Bejahung der Legitimation keinen praktischen Nutzen verlangt. Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber dies mit dem Erlass von Art. 58 Abs. 3 BöB angestrebt hat, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil fällt auf, dass der Schweizerische Bundesrat Art. 32 aOrg-VöB (E. 2.8.1) mit Wirkung per 1. Juli 2024 aufgehoben hat, um der neuen Rechtslage nach der Totalrevision des aBöB nachzukommen (vgl. Art. 32 und Art. 45 der [revidierten] Org-VöB). Die frühere Möglichkeit zur getrennten Geltendmachung des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruchs beim EFD oder der EZV ist unter dem aktuellen Recht somit seit dem 1. Juli 2024 nicht mehr vorgesehen.

2.8.3.2 Der Ordnungsgeber begründet diese Anpassung damit, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach revidiertem Recht und herrschender Meinung ausschliesslich durch die Beschwerdeinstanz nach Massgabe von Art. 58 Abs. 3 BöB erfolge (Erläuterungen zur Org-VöB vom 1. Mai 2024, S. 23). Damit übereinstimmend wies auch bereits die Botschaft zur Totalrevision des aBöB darauf hin, dass durch die neue Regelung von Art. 58 Abs. 3 BöB Doppelspurigkeiten und unnötige Transaktionskosten vermieden würden (Botschaft, a.a.O., BBl 2017 1851, 1985).

2.8.3.3 Das Bundesverwaltungsgericht teilt diese Einschätzung. Es geht mit dem Ordnungsgeber davon aus, dass eine in einem Vergabeverfahren unberücksichtigt gebliebene Offerentin den vergaberechtlichen Schadenersatzanspruch im Nichtstaatsvertragsbereich unter dem neuen Recht nicht nur direkt im Beschwerdeverfahren selbst geltend machen kann, sondern Schadenersatz auch bei dieser Gelegenheit geltend machen muss, um den Anspruch nicht zu verwirken (so ausdrücklich: BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N 31; vgl. ähnlich auch HANS RUDOLF TRÜEB, NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, in: Oesch, Weber, Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II,

2021, Art. 58 N 20, wonach ein Beschwerdeführer bei Beschwerden im Nichtstaatsvertragsbereich von Gesetzes wegen gehalten sei, die Feststellung der Widerrechtlichkeit und Schadenersatz zu beantragen; a.M. MARTIN BEYELER, in: Baurecht [BR] 2022, S. 194 und Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 308.).

2.8.3.4 Ein konkretes praktisches Interesse der Beschwerdeführerin an der von ihr beantragten Feststellung ergibt sich somit auch nicht aus Art. 58 Abs. 3 BöB. Ein anderes konkretes praktisches Interesse wird von ihr ebenfalls nicht geltend gemacht.

2.9 Die Beschwerdeführerin vermag im Ergebnis daher nicht nachzuweisen, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der subeventualiter beantragten Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung hat. Auf den Subeventualantrag kann daher ebenfalls nicht eingetreten werden.

3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

4.

4.1 Weil die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren unterliegt, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Zu berücksichtigen ist, dass die Vergabestelle die Ausschreibung in den SIMAP-Publikationen fälschlicherweise dem Staatsvertragsbereich zugeordnet und die Beschwerdeführerin erst mit ihrer Vernehmlassung auf den Umstand des tatsächlich nur gegebenen Sekundärrechtsschutz hingewiesen hat. Es rechtfertigt sich daher, dass die von der Beschwerdeführerin zu tragenden Verfahrenskosten leicht reduziert werden.

4.2 Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall wird die (leicht reduzierte) Gerichtsgebühr unter Mitberücksichtigung des Aufwandes für den Zwischenentscheid vom 6. Mai 2024 und der unnötigen materiellrechtlichen Prüfung infolge des formellen Verfahrensausgangs (Nichteintreten) auf Fr. 3'000.– festgelegt.

5.

5.1 Der Beschwerdeführerin ist als unterliegender Partei keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5.2 Auch der Vergabestelle steht keine Parteientschädigung zu: Sie ist in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VGKE zu betrachten. Somit wird ihr auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen (Urteil des BVGer B-147/2023 vom 17. Juli 2023 E. 4 "Sicherheits- und Krisenmanagementkurse", m.H.).

5.3 Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V. m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

5.3.1 Wird dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote eingereicht, setzt es die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote und ansonsten auf Grund der Akten fest (Art. 14 VGKE). In Beschaffungssachen ist nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts von einem Regelstundensatz von Fr. 350.– auszugehen, wobei für besonders komplexe Verfahren der Maximalstundensatz von Fr. 400.– zur Anwendung gebracht werden kann (Art. 10 Abs. 2 VGKE; Urteil des BVGer B-4117/2023 vom 3. April 2024 E. 10.3 "LSVA III – Erfassungssystem Strasse [ESTR]", m.H.).

5.3.2 Da es sich vorliegend nicht um ein besonders komplexes Verfahren handelt, ist vom Regelstundensatz von Fr. 350.– auszugehen. Die Mehrwertsteuer ist darin nicht enthalten (Art. 10 Abs. 2 VGKE).

5.3.3 Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Einer unterliegenden Gegenpartei kann die Entschädigung je nach deren Leistungsfähigkeit auferlegt werden, wenn sich diese – wie die Beschwerdeführerin – mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

5.3.4 Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichten eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht für die Zeitperiode vom 5. Januar 2024 bis 3. Juni 2024 ein. Sie machen darin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. (...)– (zuzüglich MWST) bei einem Zeitaufwand von (...) Stunden geltend.

5.3.5 Bis zum Zeitpunkt, in dem die Vergabestelle die fehlerhafte Zuordnung der vorliegenden Vergabe zum Staatsvertragsbereich gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht eingeräumt hat (18. Januar 2024, B.d ff.), beansprucht die Beschwerdegegnerin laut der vorliegenden Kostennote einen Honoraranteil von Fr. (...)–. Sie begründet diesen mit einem bis dahin aufgelaufenen Zeitaufwand von (...) Stunden ([...] Stunden zu Fr. 400.– pro Stunde, [...] Stunden zu Fr. 350.– pro Stunde).

5.3.6 Die Beschwerdegegnerin hat in dieser frühen Phase des Beschwerdeverfahrens zunächst von sich aus abgeklärt, ob der vorliegende Ausschreibungsgegenstand tatsächlich wie in der SIMAP-Publikation vermerkt vom Staatvertragsbereich erfasst wird. Anschliessend brachte sie ihr Ergebnis mit Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2024 unabhängig von der gleichzeitigen Mitteilung der Vergabestelle ins Beschwerdeverfahren ein.

Die entsprechenden Aufwände der Beschwerdegegnerin sind nicht durch das prozessuale Vorgehen der Beschwerdeführerin verursacht, sondern allein auf den (damals noch nicht transparent gemachten) Fehler der Vergabestelle zurückzuführen. Sie können der Beschwerdeführerin daher nicht angelastet werden. Stattdessen sind sie von der Vergabestelle zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Das Bundesverwaltungsgericht geht diesbezüglich unter Berücksichtigung der Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2024 von einem notwendigen Zeitaufwand der Beschwerdegegnerin von 12 Stunden à Fr. 350.– aus.

5.3.7 Demnach hat die Vergabestelle die Beschwerdegegnerin mit Fr. 4'200.– (zuzüglich MWST) zu entschädigen.

5.3.8 Die übrigen notwendigen Kosten der Beschwerdegegnerin hat die unterlegene Beschwerdeführerin durch ihr Prozessverhalten verursacht und mithin zu entschädigen. Bei der Beurteilung, ob es sich bei geltend gemachtem Aufwand um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Zu einer Herabsetzung der angebotenen Parteientschädigung haben beispielsweise Wiederholungen in Rechtsschriften sowie der nicht sachlich begründete Beizug mehrerer Rechtsvertreter geführt (Urteil des BVGer B-4117/2023 vom 3. April 2024 E. 10.3 "LSVA III – Erfassungssystem Strasse [ESTR]", m.H.).

5.3.9 Die Rechtsanwältin und der Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin machen ihre Bemühungen in der vorliegenden Kostennote je geltend. Sie haben sich in zwei sorgfältig verfassten und konzisen Rechtsschriften gegen die ausführliche und für die Beschwerdegegnerin potentiell nachteilige Argumentation der Beschwerdeführerin verteidigt (Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2024, Duplik vom 17. April 2024, zusammen 41 Seiten). Dennoch erscheint der Aufwand, welchen sie mit über (...) Stunden (nach Abzug des oben erwähnten Anteils der Vergabestelle von 12 Stunden) veranschlagen, insgesamt hoch und nur teilweise notwendig. Der Sache angemessen ist nach dem Dafürhalten des Bundesverwaltungsgerichts ein zeitlicher Aufwand, auch im Vergleich zu ähnlichen Fällen, von 60 Stunden zum Stundensatz von Fr. 350.–.

5.3.10 Somit hat die Beschwerdegegnerin zusätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung im Betrag von Fr. 21'000.– (zuzüglich MWST) zulasten der Beschwerdeführerin.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vergabestelle hat der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.– (zuzüglich MWST) zu bezahlen.

4.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 21'000.– (zuzüglich MWST) zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und an die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Roger Mallepell

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziffer 2 BöB erreicht (Art. 83 Bst. f BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen 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: 19. Juli 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 260368; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)