



Abteilung II
B-1687/2010

Urteil vom 21. Juni 2011

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richter Claude Morvant,
Richter Hans Urech;
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Rolf G. Rätz,
Bahnhofstrasse 11, Postfach, 3250 Lyss,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
Ressort Einkauf Bürotechnik / Informatik,
Fellerstrasse 15, 3003 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt (940) 532 Dienstleistungen
2009 in der FUB – Lose 5, 31 und 32 (Personalverleih).

Sachverhalt:

A.

A.a Die Führungsunterstützungsbasis (FUB) erbringt für das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) unter anderem umfassende Dienstleistungen in den Bereichen Informationstechnologie und Telekommunikation (IKT). Aufgrund von Umstrukturierungen im VBS fehlen im Bereich der IKT interne Ressourcen, d.h. Fachkräfte mit bestimmten Profilen für Projekte und insbesondere den Betrieb der Informatik. Deshalb benötigt die FUB externe Fachkräfte. Da die bereits früher abgeschlossenen Verträge für diese externen Fachkräfte zum Teil gegen Ende März 2010 ausliefen, schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) für die FUB im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 196 vom 9. Oktober 2009, unter dem Projekttitel "Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB" einen als "Dienstleistungsauftrag (andere Dienstleistungen Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten)" bezeichneten Auftrag im offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung umfasste insgesamt 40 Teilaufträge (Lose), die sich in Bezug auf die Anforderungen und Einsatzgebiete unterschieden. Sie richtete sich an Unternehmen der Informations- und Telekommunikationsbranche. Unter Los 5 wurde ein "Profil Information Systemarchitekt als technischer Projektleiter", unter Los 31 ein "Profil Programm-Manager" und unter Los 32 ein "Profil Projekt-Manager Applikationsmigration" verlangt.

A.b Nach erfolgter Evaluation wurden die Zuschläge für die 40 ausgeschriebenen Lose am 25. Februar 2010 auf der Internetplattform www.simap.ch publiziert. Den offerierenden Unternehmungen wurden schriftliche Begründungen für den Zuschlagsentscheid beziehungsweise die Zuschlagsentscheide der sie betreffenden Lose zugestellt.

B.

Gegen die Zuschlagsentscheide für die Lose 5, 31 und 32 erhob die A._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit separaten Eingaben vom 17. März 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte in der Hauptsache die Aufhebung der Zuschläge für die Lose 5, 31 sowie 32 und Weisung an die Vergabestelle, die Aufträge neu zu vergeben, wobei die Angebote der Beschwerdeführerin neu zu bewerten seien. Im Weiteren ersuchte sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerden, welche zunächst superprovisorisch anzuordnen sei.

Zur Begründung ihrer Anträge machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, ihre Angebote für die Lose 5, 31 und 32 seien rechtsfehlerhaft bewertet worden. Hinsichtlich der Lose 31 und 32 brachte die Beschwerdeführerin zusätzlich vor, die jeweiligen Zuschlagsempfängerinnen hätten den Eignungsnachweis einer Bewilligung zum Personalverleih nicht erfüllt, weshalb auf deren Angebot nicht hätte eingegangen werden dürfen. Das Arbeitsvermittlungsgesetz lasse vorliegend entgegen den Ausführungen im Pflichtenheft zur Ausschreibung keine Befreiung von der Bewilligungspflicht zu.

C.

Mit superprovisorischen Anordnungen vom 18. März 2010 untersagte der damalige Instruktionsrichter der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen betreffend die Lose 5, 31 und 32. Mit Zwischenverfügung vom 19. März 2010 wurde die Vergabestelle aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. April 2010 die vollständigen Akten betreffend die strittigen Lose einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zu den Anträgen der Beschwerdeführerin betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 24. März 2010 anonymisierte Versionen der Beschwerdeschriften und der Beilagen einzureichen.

D.

Mit Eingaben vom 23. März 2010 reichte die Beschwerdeführerin anonymisierte Exemplare der Beschwerdeschriften samt Beilagen ein.

E.

Mit Verfügung vom 25. März 2010 wurde den Zuschlagsempfängerinnen Gelegenheit gegeben, bis zum 12. April 2010 zu den Anträgen der Beschwerdeführerin betreffend Gewährung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen und sich gegebenenfalls als Gegenpartei zu konstituieren.

F.

F.a Die Vergabestelle beantragte mit Eingaben vom 12. April 2010, auf die Beschwerden und die Gesuche um Erteilung der aufschiebenden

Wirkung sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese abzuweisen. Weiter beantragte sie, der Beschwerdegegnerin sei nur insoweit Einsicht in die Akten zu gewähren, als der Einsichtnahme keine Amtsgeheimnisse oder Berufs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter entgegenstehen. Zudem sei der Vergabestelle als vorsorgliche Massnahme vorweg und bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung per sofort zu gestatten, die Leistungen gemäss den angefochtenen Zuschlägen von den bisherigen Leistungserbringerinnen vorläufig zu beziehen.

F.b Die Vergabestelle führte unter anderem aus, es werde kontrovers diskutiert, ob der Verleih von Fachkräften und die entsprechenden Verträge dem BöB zu unterstellen seien. Die Vergabestelle sei aus Gründen der Vorsicht von einer unterstellten Tätigkeit ausgegangen. Sei das BöB auf die streitige Beschaffung nicht anwendbar, bestehe keine Beschwerdemöglichkeit, weshalb auf die Beschwerden nicht einzutreten wäre. Des Weiteren gebe es keinen Grund, die Zuschlagsempfängerinnen der Lose 31 und 32 vom Vergabeverfahren auszuschliessen, da diese die Eignung gemäss Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen erfüllten. Die Ausschreibung, die darin enthaltenen Eignungskriterien und die verlangten Nachweise seien zulässig und für alle verbindlich, da diese nicht angefochten worden seien. Unbegründet sei auch der Vorwurf der rechtsfehlerhaften Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerin. Zum Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung brachte die Vergabestelle zudem vor, bei einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen würden die öffentlichen Interessen an einer raschen Umsetzung der angefochtenen Beschaffungsentscheide jene der Beschwerdeführerin überwiegen. Die FUB benötige die mit den angefochtenen Losen gesuchten Fachkräfte umgehend, da ansonsten die Armee und die Verwaltung viele ihrer Anwendungen für die tägliche Arbeit auf der neuen Plattform wegen Inkompatibilitäten nicht mehr oder nur mit Einschränkungen und mit gravierenden Sicherheitsmängeln betreiben könnten.

F.c Die Anträge auf unverzügliche Ermächtigung der Vergabestelle zum vorläufigen Bezug der Leistungen bei den bisherigen Leistungserbringerinnen bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung begründete die Vergabestelle vor allem mit dem Erfordernis der Weiterführung der laufenden Projekte. Nur so könnten das Funktionieren der Informatikstruktur gewährleistet und bestehende Sicherheitsrisiken geschlossen werden.

G.

G.a Innert erstreckter Frist stellte die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben vom 20. April 2010 die Begehren, die prozessualen Anträge der Vergabestelle betreffend vorläufigen Bezug von Leistungen bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung seien abzuweisen, und es sei ihr vollumfänglich Einsicht in die Beweismittel/Beilagen der Vergabestelle zu gewähren.

G.b Gestützt auf die sich bietende Aktenlage und in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügungen vom 21. April 2010 die Anträge der Vergabestelle zum vorläufigen Bezug von Leistungen bis zum Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gut, soweit dies aus Sicherheitsgründen notwendig sei.

H.

H.a Mit Verfügung vom 22. April 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle unter anderem auf, zu begründen, weshalb das von ihr eingereichte Aktenverzeichnis von der Einsichtnahme auszunehmen sei.

H.b Mit Schreiben vom 26. April 2010 teilte die Vergabestelle mit, dass sie keine Einwände gegen die Einsichtnahme der Beschwerdeführerin in das Aktenverzeichnis mehr habe. Gleichzeitig reichte sie ein bereinigtes Aktenverzeichnis ein.

I.

Mit Eingabe vom 27. April 2010 stellte die Beschwerdeführerin die Anträge, es sei auf Stufe Armeeführung eine offizielle und rechtsgültige Bestätigung einzuholen, ob eine Unterbrechung des Leistungsbezugs bzw. die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu einer Gefährdung der Sicherheit des Landes führe.

J.

J.a Am 29. April 2010 wurde der Beschwerdeführerin unter anderem Einsicht in das Aktenverzeichnis der Vergabestelle und in die Akten, die unbestrittenermassen der Einsicht zugänglich waren, gewährt. Gleichzeitig wurde den Parteien Gelegenheit geboten, Schlussbemerkungen zum Stand des Verfahrens abzugeben.

J.b Mit Schreiben vom 3. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin Einsicht in diverse weitere Akten der Vergabestelle.

J.c Gestützt auf die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2010 nahm die Vergabestelle am 11. Mai 2010 zum erweiterten Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin Stellung. Sie beantragte unter anderem, dass über eine weitere Akteneinsicht frühestens mit dem Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden sei. Zudem sei der Beschwerdeführerin nur insoweit Akteneinsicht zu gewähren, als der Schutz geheim zu haltender Angaben vor Offenlegung gewährleistet sei.

J.d Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin erneut Einsicht in diverse Akten.

J.e Das Bundesverwaltungsgericht wies das Gesuch der Beschwerdeführerin um eine weitergehende Akteneinsicht mit Zwischenverfügung vom 20. Mai 2010 vorerst ab.

J.f Mit Eingaben vom 27. Mai 2010 reichten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vergabestelle ihre Schlussbemerkungen im Hinblick auf den Entscheid über die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ein.

K.

Mit für jedes strittige Los separaten Zwischenentscheiden vom 19. Juli 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab. Es erwog, die Beschwerden seien zwar nicht offensichtlich unbegründet, indessen überwögen die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit der Zuschlagsentscheide die Interessen der Beschwerdeführerin; der aktuelle Betrieb der Informatik sowie die laufenden Projekte und Programme der FUB müssten weitergeführt werden können.

L.

L.a Am 17. August 2010 nahm das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), dem die Vergabestelle die Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts in den vorliegenden Verfahren vom 19. Juli 2010 zukommen liess, Stellung zur Eintretensfrage, indem ausgeführt wurde, die Arbeitsvermittlung sei von den Verpflichtungen gemäss dem General Agreement on Trade in Services (GATS) ausgenommen und es

sei damit ausgeschlossen, dass ein ausländischer Anbieter über das Beschaffungsrecht Zugang zum entsprechenden Markt erlangen könne. Dies sei bei der Frage nach der Anwendbarkeit des BöB auf die vorliegend strittigen Vergaben zu beachten.

L.b Die Beschwerdeführerin reichte am 19. August 2010 dem Gericht einen Katalog mit Fragen der Anbietenden und Antworten der Vergabestelle zu einem neuen Beschaffungsprojekt betreffend Personalverleih ein mit dem Antrag, dieses Dokument zu den Akten zu nehmen. Im Weiteren beantragte sie Einsicht in verschiedene Akten.

L.c Mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. August 2010 wurden die Eingabe des SECO vom 17. August 2010 sowie das von der Beschwerdeführerin eingereichte Dokument zu den Akten genommen. Im Weiteren wurde verfügt, über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht werde nach Klärung der Frage, ob die vorliegende Beschaffung dem Anwendungsbereich des BöB untersteht, eingegangen.

L.d Am 14. September 2010 nahm die Vergabestelle Stellung zur Eingabe des SECO. Das BBL hielt fest, das Government Procurement Agreement (GPA) und das GATS würden zwei voneinander getrennte Bereiche regulieren, weshalb aus der Nichtunterstellung der Arbeitsvermittlung unter das GATS noch keine zwingenden Schlüsse für die Anwendbarkeit des Vergaberechts gezogen werden könnten. Die Vergabestelle verwies im Weiteren auf ihre Eingabe vom 12. April 2010, in welcher sie dargelegt habe, dass die vorliegende Beschaffung nicht dem BöB unterstehe. Schliesslich erklärte sich die Vergabestelle ausdrücklich einverstanden mit der Ankündigung des Bundesverwaltungsgerichts, zunächst über die Frage nach der Unterstellung der strittigen Beschaffung unter das BöB zu entscheiden. Ausserdem teilte sie im Sinne von Art. 22 Abs. 1 BöB mit, die Verträge mit den Zuschlagsempfängerinnen der streitgegenständlichen Lose seien abgeschlossen worden.

L.e Innert erstreckter Frist nahm die Beschwerdeführerin am 28. September 2010 zum Schreiben des SECO Stellung. Sie hielt fest, vorliegend müsse unabhängig davon, ob die in Frage stehenden Dienstleistungen tatsächlich dem GPA und damit dem Bundesbeschaffungsrecht unterstünden, auf die Beschwerde eingetreten werden. Die Vergabestelle habe die Beschaffung in ihrer – in Rechtskraft

erwachsenen – Ausschreibung dem Beschaffungsrecht unterstellt und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, womit es sich bei den angefochtenen Zuschlägen unabhängig von rechtsdogmatischen Überlegungen um anfechtbare Verfügungen handle.

M.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2011 wurde den Parteien der Wechsel des Instruktionsrichters in den vorliegenden Verfahren angezeigt.

N.

Am 18. Februar 2011 gelangte die Beschwerdeführerin erneut mit Begehren um Einsicht in diverse Akten betreffend namentlich die Evaluation der eingereichten Angebote an das Bundesverwaltungsgericht.

O.

Mit Verfügung vom 23. Februar 2011 beschränkte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren einstweilen auf die Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts. Gleichzeitig wurde den Parteien die Vereinigung der Verfahren B-1687/2010, B-1688/2010 und B-1689/2010 in Aussicht gestellt und ihnen Gelegenheit geboten, sich dazu vernehmen zu lassen. Im Weiteren wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten, ihre Akteneinsichtsansprüche vor dem Hintergrund der Verfahrensbeschränkung zu substantiieren bzw. diesbezügliche Anträge zu stellen.

P.

Nachdem sich die Vergabestelle mit Eingabe vom 4. März 2011 ausdrücklich mit der Verfahrensvereinigung einverstanden erklärt und die Beschwerdeführerin auf eine diesbezügliche Stellungnahme wie auch auf Anträge zur Akteneinsicht verzichtet hatte, verfügte das Bundesverwaltungsgericht am 9. März 2011 die Vereinigung der Verfahren B-1687/2010, B-1688/2010 und B-1689/2010 unter der Verfahrensnummer B-1687/2010 .

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 37 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]) und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

1.2. Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 1b). Die Vergabestelle hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Regime des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) bzw. des GPA nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 29 BöB zu machen, wenn sie beispielsweise weiss, dass die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht sind. Der Anwendungsbereich des BöB wird durch das Gesetz selbst abschliessend geregelt. Auch eine Ausschreibung und Zuschlagserteilung nach den Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) und die allenfalls fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung der Ausschreibung und Zuschlagspublikation kann nicht zur Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweis auf den Entscheid der BRK im Verfahren 2004-012 vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E.2; vgl. auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 786 mit Hinweisen). Daran ändern auch bei Anbietern geweckte entsprechende Erwartungen nichts. Selbst ein allenfalls treuwidriges Verhalten der

Vergabestelle, wie es die Beschwerdeführerin geltend macht (Eingabe der Beschwerdeführerin vom 28. September 2010, S. 2 und 3), vermag entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kein Rechtsmittel zu schaffen, das gesetzlich nicht vorgesehen ist (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 1.2, sowie den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.2).

1.3. Inwieweit eine allenfalls fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung im Rahmen der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen ist, ist anlässlich der Prüfung der Zuständigkeitsfrage nicht weiter zu erörtern (vgl. dazu E. 10 hiernach). Demnach ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin aus der allenfalls fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung und dem allenfalls treuwidrigen Verhalten der Vergabestelle in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Namentlich ist es ausgeschlossen, die Vergabestelle bei ihrem diesbezüglichen Verhalten "zu behaften", wie dies die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 28. September 2010 beantragt.

2.

Vorab ist zu prüfen, ob im Personalverleih ein Beschaffungsgeschäft zu sehen ist; die Erfüllung dieser Definition ist Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. dazu den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 3.6 sowie den Entscheid der BRK im Verfahren 1999-06 vom 3. September 1999, publiziert in VPB 64.30 E. 1b/aa). Unter den Begriff der öffentlichen Beschaffung fallen alle Geschäfte, bei denen der Staat bei privaten Firmen als Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auftritt, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (BGE 135 II 49 und 125 I 209; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 294). Das Beschaffungswesen gehört damit, zusammen mit dem öffentlichen Personalwesen, zur so genannten Bedarfsverwaltung, welche die für die staatliche Aufgabenerfüllung notwendigen Güter und Dienstleistungen bereitstellt (CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 744). Zwar wird in der Lehre mit Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip teilweise vertreten, der Staat habe die zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben erforderlichen Güter und Dienstleistungen in erster Linie auf dem Markt zu beschaffen und nicht selbst zu produzieren

(RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, § 19 N. 4). Indessen ergibt sich jedenfalls aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht kein Anspruch auf die Privatisierung oder den Verzicht auf die Rekommunalisierung einer Aufgabe (Urteil VB.2006.00145 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2006 E. 1.2 f.). Man spricht in diesem Zusammenhang vom "make or buy"-Entscheid der staatlichen Bedarfsstellen. Entscheidet sich eine staatliche Stelle, die in Frage stehenden Leistungen selbst (das heisst mit eigenen Ressourcen) zu erbringen, so liegt keine Beschaffung im Sinne des Vergaberechts vor. Einem "make"-Entscheid in diesem Sinne ist die Anstellung eigenen Personals nach den Regeln des öffentlichen Dienstrechts gleichgestellt (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts [im Folgenden: Geltungsbereich], in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 65 ff., insb. S. 79). Entsprechend sieht die Note 4 zum Annex 4 Anhang 1 des GPA vor, dass jedenfalls Arbeitsverträge dem GPA nicht unterstehen. Demgegenüber ist im Personalverleih grundsätzlich ein Beschaffungsgeschäft zu sehen, wobei in einem weiteren Schritt zu prüfen ist, ob das BöB auf dieses Anwendung findet (E. 5 hiernach). Vorab ist indessen in Bezug auf das vorliegende Projekt zu prüfen, ob die Vertragsverhältnisse tatsächlich so ausgestaltet sind, dass nicht im Ergebnis ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Bund und den eingesetzten externen Mitarbeitern entsteht.

3.

3.1. Die Führungsunterstützungsbasis (FUB) ist gemäss Anhang 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1) eine dem Departement für Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) zugehörige "Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung". Sie gehört der "Gruppe Verteidigung" an. Die FUB erbringt u.a. umfassende Dienstleistungen in den Gebieten Informationstechnologie und Telekommunikation für das VBS. Im Bereich Softwarelösungen werden auf unterschiedlichen Plattformen Anwendungen realisiert, eingeführt und betrieben (vgl. Pflichtenheft zum WTO-Projekt [940] 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB [im Folgenden: Pflichtenheft], S. 5). Die FUB ist damit einerseits eine verwaltungsinterne Dienstleistungserbringerin für das Departement, dem sie verwaltungshierarchisch zugeordnet ist, und andererseits eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB.

3.2. Die vorliegend angefochtenen Lose 5, 31 und 32 bilden Bestandteil der im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 9. Oktober 2009 ausgeschrieben Beschaffung "Projekt (940) 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB", welche gemäss dem publizierten Aufgabenbeschrieb unter Ziffer 2.5 folgende Leistungen beinhaltet:

"Es wird die Unterstützung, externe Profile, für die Organisationseinheit Informations- und Kommunikationstechnologie der Führungsunterstützungsbasis (FUB IKT) des Eidg. Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) ausgeschrieben. Mit der öffentlichen Ausschreibung sollen Unternehmen evaluiert werden, die fehlende Profile für die Zeitdauer ab I. Quartal 2010 bis IV. Quartal 2012 zur Verfügung stellen können.

[...]

Die definierte Dienstleistung wird – in Abhängigkeit der anfallenden Arbeiten in der FUB IKT – jeweils nach Bedarf in Anspruch genommen. Es soll ein Vertrag für jedes einzelne Los abgeschlossen werden."

Die Ausschreibung im SHAB vom 9. Oktober 2009 enthält in der Folge unter Ziff. 2.7 vierzig als Lose bezeichnete (Stellen-)Profile für Informatikspezialisten. Betreffend die vorliegend strittigen Lose wird dort ausgeführt:

Los 05: Profil Information Systemarchitekt als technischer Projektleiter
Anzahl Profile 1
Anzahl Stunden 3500
Arbeitsort Bern
Leistungsperiode I. Quartal 2010 bis IV. Quartal 2012

Los 31: Profil Programm-Manager
Anzahl Profile 1
Anzahl Stunden 3300
Arbeitsort Bern
Leistungsperiode I. Quartal 2010 bis IV. Quartal 2011

Los 32: Profil Projekt-Manager, Applikationsmigration
Anzahl Profile 2
Anzahl Stunden 6000
Arbeitsort Bern
Leistungsperiode I. Quartal 2010 bis IV. Quartal 2011

Im Rahmen der unter Ziffer 3.8 der Ausschreibung geforderten Nachweise wird in Bezug auf das Eignungskriterium E7 der Nachweis der Bewilligung zum Personalverleih verlangt. Im Falle einer Befreiung sei das entsprechende Schreiben des kantonalen Amtes für Wirtschaft beizulegen.

Im Pflichtenheft wird in Ziff. 4.2 ergänzt, dass die Leistungen nach Bedarf der Vergabestelle in Anspruch genommen werden und die Anbieterinnen keinen Anspruch darauf haben, die angegebenen Volumen in vollem Umfang zu erbringen. Die Zuschlagskriterien finden sich in für jedes Profil einzeln erstellten Excel-Tabellen, auf welche im Pflichtenheft verwiesen wird. Angegeben sind dort die spezifischen fachlichen Anforderungen an die (Stellen-)Profile, ähnlich einer Stellenausschreibung. Verlangt werden u.a. "Erfahrung als Linienvorgesetzter, Führung von mind. 30 Personen während mind. 2 Jahren", "Fachausweis oder Diplom im Bereich Betriebswirtschaft", "Erfahrung in der Anwendung der Projektmanagement Methodik nach HERMES" und "Erfahrung im Erstellen von Informationssystem-Strategien". Die Profile sind bei Bedarf bis zu 100 % der Arbeitszeit der FUB zur Verfügung zu stellen (vgl. Eignungskriterium 11), wobei für diese Profile grundsätzlich die regulären Arbeitszeiten für das Bundespersonal gelten (vgl. Eignungskriterium 10). Die Bezeichnungen der Profile orientieren sich an den Berufsbezeichnungen gemäss "Informatik Berufsbildung Schweiz, Berufe der ICT, 2009" (Pflichtenheft S. 17).

4.

Ihren Arbeitsplatz haben die "Profile" genannten externen Mitarbeiter gemäss Pflichtenheft (S. 24) in den Räumlichkeiten der FUB. Die "Profile" sind in die Hierarchie der FUB eingegliedert, d.h. sie unterstehen einerseits dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht und nehmen andererseits Vorgesetztenfunktion wahr. Entschädigt werden die Arbeitgeber der Informatik-Spezialisten nach der Anzahl Stunden, welche sie ihre Arbeitnehmer der FUB zur Verfügung stellen. Die administrative Betreuung des Personals (Lohnadministration, Sozialversicherungen, Unfallversicherungen, Spesenrückerstattungen, Unterkunft, Verpflegung, Finanzierung allfälliger Weiterbildungen usw.) erfolgt durch die Arbeitgeber. Die FUB hat indessen, und das ist für den Personalverleih im Unterschied zum öffentlichen Dienstrecht kennzeichnend, keinen Einfluss auf die Löhne, welche den Profilen von deren Arbeitgeber ausbezahlt werden. Aus den voranstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die FUB ihre Aufgaben nicht bloss mit eigenem, öffentlich-rechtlich angestelltem Personal wahrnimmt. Vielmehr wird sie in erheblichem Umfang durch externe Fachkräfte unterstützt; sie bezieht also Leistungen von Dritten. Zwar werden die nachgefragten Informatikspezialisten ihre Arbeitsplätze in den Räumlichkeiten der FUB haben, und einerseits dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht der FUB unterstehen und andererseits

selbst Linienfunktion in der FUB ausüben. Dies ändert indessen nichts daran, dass es sich aufgrund der gewählten Vertragskonstruktion, welche auf einem Vertragsverhältnis zwischen der FUB und dem Personalverleiher einerseits und dem Personalverleiher und den externen "Profilen" andererseits aufbaut, um externe Leistungen handelt. Da der Bund zwar dem Personalverleiher für die "Profile" Entgelt schuldet, aber den diesen zu entrichtenden Lohn nicht regelt, kommt schon deswegen kein vertragliches oder durch mitwirkungspflichtige Verfügung begründetes Arbeitsverhältnis zwischen dem Bund und dem externen Mitarbeiter zustande. Mit dem Entscheid, die benötigten Fachkräfte nicht selbst durch Anstellung zu akquirieren, liegt demnach eine öffentliche Beschaffung vor. Es ist im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages im Übrigen nicht zu prüfen, ob die diesem zugrunde liegende Ausschreibung – vorliegend betreffend Personalverleih – etwa mit Blick auf das öffentliche Dienstrecht des Bundes zulässig wäre.

5.

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

5.2.

5.2.1. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen

Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: Bundesblatt [BBl] 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/aa; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 132). Diese Rechtsprechung entspricht derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 48/2009, E. 2.1).

5.2.2. Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob der streitige Auftrag eine Dienstleistung im Sinne von Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB zum Inhalt hat. Sowohl Anhang 1 Annex 4 GPA als auch Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her leicht unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen. Im Übrigen wird auf die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification; CPC) der UNO (Ausgabe 1991) verwiesen, die, obwohl im Jahre 1998 die Version 1.0 der CPC verabschiedet worden ist, für die Auslegung des GPA sowie der VöB (entgegen dem Redaktionsversehen im Rahmen der Publikation des Entscheides der BRK vom 3. September 1999, publiziert in VPB 64.30 Fn. 173 zu E. 1d) massgebend ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 3.3 und E. 3.4; vgl. auch den Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/bb, Entscheid der BRK vom 28. September 2001, publiziert in VPB 66.5 E. 2c/aa). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BöB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 3.3 f.; Entscheid der BRK vom 3. November 2000, publiziert in VPB 65.41 E. 3a). Das hindert den Rechtsanwender selbstverständlich nicht daran, gegebenenfalls auch andere Versionen der CPC oder andere UN-Klassifikationen wie die CITI (Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique)/ISIC (International Standard Industrial Classification of All Activities) als Auslegungshilfe heranzuziehen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 3.4, und B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 3, je mit Verweis auf JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 79).

5.2.3. Für die Zuordnung eines Auftrags zu den CPC-Kategorien sind – soweit erforderlich – die einzelnen charakteristischen Teilleistungen voneinander abzugrenzen und je einzeln einer Kategorie zuzuordnen (vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.3). Die CPC ist so aufgebaut, dass eine in dieser Weise definierte (Teil-) Leistung immer nur einer Kategorie zuzuordnen ist. Es ist damit ausgeschlossen, dass eine bestimmte Dienstleistung sowohl unter die Liste der dem Beschaffungsrecht unterstellten Tätigkeiten als auch unter die Liste der nicht unterstellten Tätigkeiten fällt (SUE ARROWSMITH, The Law of Public and Utilities Procurement, 2. Auflage, London 2005, Rz. 15.94 mit Hinweis).

5.3. In den Zwischenentscheiden in den vorliegenden Verfahren vom 19. Juli 2010 wurde erwogen, vorliegend erscheine die Zuordnung der beschaffungsgegenständlichen Dienstleistungen prima facie unter eine Kategorie der Klassifikationsnummer 84 der CPC "Informatik und verbundene Tätigkeiten" als sachgerecht, zumal die Vergabestelle in ihrer Publikation der Ausschreibung und des Zuschlages selbst davon ausging, es würden vorliegend Informatikdienstleistungen beschafft. Da solche Beschaffungen in der Positivliste aufgeführt seien und damit vom BöB erfasst würden, könne jedenfalls nicht gesagt werden, dass auf die Beschwerde offensichtlich nicht einzutreten sei (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-1687/2010, B-1688/2010 und B-1689/2010 vom 19. Juli 2010, jeweils E. 3.3). Bereits in den Zwischenentscheiden wurde das Vorbringen der Vergabestelle, es handle sich vorliegend – entgegen den von der Vergabestelle selbst in ihren Ausschreibungen gemachten Angaben – nicht um einen Auftrag oder Werkvertrag im Informatikbereich, sondern um einen Personalleihvertrag gemäss der dem GPA und dem BöB nicht unterstehenden CPC-Kategorie 872, diskutiert. Das Bundesverwaltungsgericht hielt diesbezüglich fest, es dürfe jedenfalls im Rahmen der prima facie-Beurteilung nicht ausser Acht gelassen werden, dass die "Profil"-Mitarbeiter für die Bedarfsstelle "gegen Entgelt Arbeitsleistungen im Informatikbereich" zu erbringen hätten. Eine abschliessende Zuordnung der streitgegenständlichen Dienstleistungen zu einer Kategorie nahm das Bundesverwaltungsgericht in den

Zwischenentscheiden nicht vor. Diese Zuordnung ist nun Gegenstand der folgenden Erwägungen.

5.4.

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

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

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

5.4.2. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hält in seiner Eingabe vom 17. August 2010 fest, die Schweiz habe die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih explizit von den GATS-Verpflichtungen ausgenommen. Mit dem Vorbehalt sei der freie Zugang ausländischer Vermittlungs- und Verleihbetriebe zum Schweizer Markt bewusst ausgeschlossen worden. Hintergrund dieses Entscheids bilde der Umstand, dass die Tätigkeiten von ausländischen Vermittlungs- und Verleihbetrieben vom Ausland in die Schweiz hinein nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) verboten seien. Wie die Vergabestelle in ihrer Eingabe vom 14. September 2010 zutreffend festhält, regulieren das GPA und das GATS zwei voneinander getrennte Bereiche, weshalb der Vorbehalt des GATS betreffend die Arbeitsvermittlung noch nichts darüber aussagt, ob der Personalverleih dem GPA unterstellt ist (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 3.7.8). Indessen kann im Sinne eines Kohärenzarguments vermutet werden, dass die Nichtaufnahme des Personalverleihs – bzw. der

entsprechenden CPC-Kategorie – in die Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA durchaus bewusst erfolgt ist. Dies kann indessen angesichts der Zuordnung des Personalverleihs aufgrund der CPC-Liste ebenso offen bleiben wie die Frage, ob mit dem Begriff "marchés de l'emploi" gemäss Note 4 zum Annex 4 Anhang 1 des GPA mehr als nur Arbeitsverhältnisse gemeint sind.

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

5.5.

5.5.1. Wie bereits in den Zwischenentscheiden betreffend das vorliegende Verfahren vom 19. Juli 2010 festgehalten, bestimmt die Zuordnung des streitgegenständlichen Auftrags zu den Personalleihverträgen bzw. zu den Informatikdienstleistungsverträgen nach dem Ausgeführten darüber, ob das BöB Anwendung findet.

5.5.2. Vorliegend wurde in der Ausschreibung vom 9. Oktober 2009 unter Ziffer 2.1 angegeben, es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeit". Die Verträge, welche mit den Zuschlagsempfängern abgeschlossen wurden, sind demgegenüber als Personalleihverträge bezeichnet. Entsprechend dem vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach nicht die allenfalls falsche Bezeichnung der Parteien massgebend ist sondern der gewollte Vertragsinhalt, muss auch für die Zuordnung im Bereich des Beschaffungsrechts der tatsächliche Inhalt bzw. Charakter der ausgeschriebenen Leistung massgebend für die Beurteilung sein, um welche Dienstleistungskategorie es sich handelt. Es ist demnach mit Blick

auf die konkrete Ausgestaltung der Dienstleistung zu bestimmen, ob es sich vorliegend um einen Informatikdienstleistungsauftrag oder um einen Personalleihvertrag handelt. Dies ist umso mehr angezeigt, als eine gewisse Gefahr besteht, dass formell zur Umgehung des Vergaberechts als Personalverleih bezeichnete Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien materiell als dem BöB unterstehende Dienstleistungen ausgestaltet werden.

5.5.3. Es ist für den Personalverleih charakteristisch, dass ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für eine bestimmte Zeit einem Dritten zwecks Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Es bestehen zwei Vertragsverhältnisse: Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher besteht ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleiher und der Vergabestelle beruht auf einem "Verleihvertrag", der zur Kategorie der Dienstverschaffungsverträge gehört (WOLFGANG PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 319 Rz. 34). Typisch für die Personalleihe ist die direkte Weisungsbefugnis des Einsatzbetriebes gegenüber dem Arbeitnehmer (WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2007, S. 269 f.). Zwar hat auch der Auftraggeber gemäss Art. 397 Abs. 1 OR ein Weisungsrecht gegenüber dem Auftragnehmer, dieses bezieht sich aber lediglich auf die konkrete Besorgung des übertragenen Geschäfts und geht damit wesentlich weniger weit als das arbeitsrechtliche Weisungsrecht. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Personalleihe im AVG und in der Arbeitsvermittlungsverordnung vom 16. Januar 1991 (AVV, SR 823.111) spezialgesetzlich geregelt wird. Nach Art. 12 Abs. 1 AVG muss ein Verleiher, der Einsatzbetrieben gewerbsmässig Arbeitnehmer überlässt, über eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes verfügen. Im Rahmen der Bewilligungserteilung ist vom Verleiher namentlich darzulegen, dass er kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen seiner Arbeitnehmer oder von Einsatzbetrieben gefährden könnte (Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG). Im Unterschied zu auftragsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist der ausgeliehene Arbeitnehmer typischerweise im Betrieb des Entleihers tätig (vgl. dazu auch HANS-ULRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOUD, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005; Art. 6 N. 29).

5.5.4. Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte gemäss Art. 394 Abs. 1 OR, die ihm übertragenen Geschäfte

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

5.6. Vorliegend steht zunächst ausser Frage, dass die Vergabestelle extern Leistungen bei Unternehmungen der Informatikbranche einkauft. Der Sache nach werden damit – wie auch die Vergabestelle festhält – Informatikleistungen beschafft. Eingekauft werden aber nicht konkrete, sachlich bestimmte Dienstleistungen, sondern Arbeitsstunden von Informatik-Spezialisten. Bei den ausgeschriebenen bzw. beschafften "Profilen" handelt es sich um nichts anderes als um externe Informatik-Spezialisten, die weitgehend wie eigene Arbeitnehmer in die FUB integriert werden. Insbesondere hat sich die FUB das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ausbedungen und die Informatik-Spezialisten werden mit Führungsaufgaben betraut. Auf der anderen Seite trägt die FUB das wirtschaftliche Risiko für die Arbeitsleistungen. Die Verträge zwischen den Informatik-Unternehmungen und der FUB sind damit nicht bloss als Personalverleihverträge bezeichnet, sie erfüllen auch die zuvor dargestellten Charakteristika von Personalleihverträgen. Dies trifft insbesondere auf das Risiko bei unverschuldetem Ausfall der Arbeitskraft zu, welches für die Vergabestelle im Vergleich zur auftragsrechtlichen oder werkvertraglichen Regelung wesentlich ungünstiger ist. Dies bringt die Vergabestelle denn auch im Ergebnis zum Ausdruck, wenn sie ausführt, der Personalverleih sei durch "das Fehlen jeglicher Garantie des Anbieters für die erbrachte Leistung" gekennzeichnet (Stellungnahme vom 12. April 2010, S. 6). Auch die Haftungsregelung bei mangelhafter Arbeitsleistung erweist sich bei der vorliegend gewählten Vertragsgestaltung im Vergleich zu einem

Auftragsverhältnis als grundsätzlich unvorteilhafter. Solange wie vorliegend keine Anzeichen für ein Umgehungsgeschäft in Bezug auf eine dem BÖB unterstehende Informatikdienstleistungsbeschaffung bestehen – dagegen spricht schon der Umstand, dass sich die eingekauften Personalprofile nicht bestimmten Projekten zuordnen lassen, sondern weite Bereiche der Bedürfnisse der FUB abdecken –, entzieht sich die Beantwortung der Frage, ob es sinnvoll ist, in der gewählten Form unter Verzicht sowohl auf die Vergabe von Dienstleistungen als auch auf die Anstellung von Personal derartige Leihverträge abzuschliessen, im vorliegenden Fall der richterlichen Beurteilung (vgl. E. 4 in fine).

Entsprechend der Natur des Personalverleihs werden die Anforderungen betreffend das Eignungskriterium E7 (vgl. zu den entsprechenden Angaben in der Ausschreibung E. 3.2 hiervor) im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben: "Nachweis der Bewilligung zum Personalverleih (AVG). Form: Kopie der Bewilligung oder im Falle einer Befreiung ist das entsprechende Schreiben des kantonalen Amtes für Wirtschaft beizulegen." Zum Schluss, dass vorliegend materiell Personalverleih in Frage steht, kommt im Übrigen auch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, welches als zuständige Bundesbehörde für die Überwachung des AVG die Ausschreibung seinerzeit geprüft hat (Eingabe des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 17. August 2010). Es ist zudem festzuhalten, dass selbst die Beschwerdeführerin davon ausgeht, vorliegend handle es sich um Personalverleih und nicht um ein Auftragsverhältnis. Namentlich stützt sie darauf ihre materiellen Vorbringen ab, die Zuschlagsempfängerinnen der Lose 31 und 32 verfügten nicht über die erforderlichen Bewilligungen für den Personalverleih. Entsprechend hat die Auftraggeberin auf die Frage einer Anbieterin zu den Ausschreibungsunterlagen, welche den Hinweis gemacht hat, sie verleihe als Beratungsfirma kein Personal, "in Konkretisierung" der entsprechenden Anforderungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen auf das Arbeitsvermittlungsgesetz verwiesen (Fragen/Antworten Projekt (940) 532; Beilage 3 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. April 2010). Nicht entscheidend ist die Frage, ob eine Bewilligung zum Personalverleih vorliegt. So hat sich etwa eine Anbieterin im in Frage stehenden Verfahren mit Schreiben des Amtes für Wirtschaft und Arbeit der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich bestätigen lassen, dass sie, um dem FUB die in Frage stehenden Profile anbieten zu können, keiner Bewilligung zum Personalverleih im Sinne von Art. 12 AVG bedürfe (Beilage 9 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. April 2010 im Verfahren B-1687/2010). Selbst wenn die

Vergabestelle schliesslich – wie die Beschwerdeführerin behauptet – vereinzelt Angebote von Anbietern ohne entsprechende Bescheinigung entgegennehmen sollte, kann dies zwar aufsichtsrechtlich relevant sein, ändert aber nichts an der Qualifikation des Vertragsverhältnisses und an der Zuordnung gemäss CPC-Liste.

6.

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

7. Die Beschwerdeführerin stützt ihren Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der strittigen Vergabe ausschliesslich auf das BöB. Insbesondere macht sie nicht geltend, Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) räume ihr einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung der Vergaben ein. Wie es sich damit genau verhält, muss in casu nicht vertieft erörtert werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2008/48 E. 5.3 mit Blick auf Art. 190 BV festgehalten hat, es sei ihm wohl grundsätzlich verwehrt, mit der Begründung, dies erscheine durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV geboten, über den Anwendungsbereich des BöB hinausgehend seine Zuständigkeit zu bejahen.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerden nicht eingetreten werden kann.

9.

9.1. Mit Verfügung vom 29. April 2010 wurde der Beschwerdeführerin mit Blick auf den Zwischenentscheid betreffend das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung Einsicht in das Aktenverzeichnis der Vergabestelle und in die Akten, die unbestrittenermassen der Einsicht zugänglich waren, gewährt. Die Beschwerdeführerin stellte in der Folge mit Eingaben vom 18. Mai 2010, vom 19. August 2010 und vom 18. Februar 2011 Begehren um Einsicht in weitere Akten. Im Anschluss an die Beschränkung des Verfahrens auf die Zuständigkeitsfrage mit Verfügung vom 23. Februar 2011 wurde der Beschwerdeführerin

Gelegenheit geboten, ihre Akteneinsichtsansträge mit Blick auf deren Bedeutung für den Entscheid über die Zuständigkeitsfrage zu begründen bzw. Akteneinsichtsansträge mit Blick auf den Entscheid über die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu stellen. Davon machte die Beschwerdeführerin keinen Gebrauch.

9.2. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Vorakten ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht aus Art. 26 VwVG, wobei die Einsicht aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen eingeschränkt werden kann (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Die Ausnahme gemäss Art. 26 Abs. 2 BÖB findet vor Bundesverwaltungsgericht demgegenüber keine Anwendung. Die Akteneinsicht beschränkt sich aber – soweit es sich nicht um Parteieingaben handelt – auf Aktenstücke, denen hinsichtlich eines bestimmten Entscheids Beweiswert zukommt bzw. die grundsätzlich geeignet sind, als Beweismittel zu dienen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG; STEPHAN C. BRUNNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N. 33 zu Art. 26). Vorliegend beschränkt sich der Anspruch auf Einsichtnahme in die Vorakten nach erfolgter Verfahrensbeschränkung vom 23. Februar 2011 damit auf Aktenstücke, die mit Blick auf die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts von Bedeutung sein könnten (vgl. dazu den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2197/2011 vom 19. Mai 2011 E. 5 sowie MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii, Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 417 f.). Da die Beschwerdeführerin keine entsprechenden Begehren gestellt hat, hat sich das Gericht im Rahmen des beschränkten Verfahrens nicht weiter mit den Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend die materielle Begründetheit der Beschwerde auseinanderzusetzen. Selbst wenn sich die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2010, 19. August 2010 und 18. Februar 2011 auch auf die Zuständigkeitsfrage bezogen hätten, wäre festzustellen, dass die Evaluations- und Bewertungsunterlagen der Vergabestelle sowie die Selbstdeklarationen der Zuschlagsempfängerinnen, in welche Einsicht begehrt wurde, keine Angaben enthalten, die für die Zuständigkeitsfrage von Bedeutung sind. Die diesbezüglich relevanten Unterlagen, insbesondere das Pflichtenheft zum WTO-Projekt [940] 532 Dienstleistungen 2009 in der FUB und ein Grossteil der die Beschaffung betreffenden Anbieterfragen mitsamt den

Antworten der Vergabestelle (unter anderem betreffend die Bewilligung zum Personalverleih) lagen der Beschwerdeführerin vor.

10.

10.1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Jedoch kann auf die Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen. Da vorliegend die Vergabestelle in Kenntnis des Umstandes, dass die ausgeschriebenen Leistungen möglicherweise nicht dem Anwendungsbereich des BöB unterstehen, aus "Gründen der Vorsicht" den Zuschlägen eine Rechtsmittelbelehrung angefügt hat, ohne jedoch auf ihre Zweifel hinsichtlich der tatsächlichen Unterstellung unter das Vergaberecht hinzuweisen, hat sie jedenfalls wesentlich dazu beigetragen, dass die Beschwerdeführerin ein unzulässiges Rechtsmittel eingereicht hat. Damit erscheint eine Reduktion der Verfahrenskosten als angezeigt. Indessen hat die Beschwerdeführerin an ihren Begehren auch nach Kenntnis dieses Umstandes festgehalten (vgl. BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 7). Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die drei Zwischenentscheide vom 19. Juli 2010 praktisch gleich lautende Erwägungen enthielten und die Verfahren vor dem Hauptsacheentscheid vereinigt wurden. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Verfahren durch ein Prozessurteil erledigt werden konnten. Die Verfahrenskosten sind damit für die Zwischenentscheide auf je Fr. 500.-, d.h. insgesamt auf Fr. 1'500.-, und für den Hauptsacheentscheid auf Fr. 4'000.- festzulegen. Davon sind der Beschwerdeführerin zwei Drittel aufzuerlegen.

11. Die Beschwerdeführerin beantragt für den Fall des Nichteintretens auf die Beschwerden mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts die Übernahme der ihr entstandenen Vertretungskosten. Aufgrund des treuwidrigen Verhaltens werde die Vergabestelle für sämtliche Aufwendungen vollumfänglich ersatzpflichtig. Für die Vertretungskosten nach Kenntnis des Standpunktes der Vergabestelle (Eingabe vom 12. April 2010) kommt eine Parteientschädigung von vornherein nicht in Frage, da hier die üblichen Regeln in Bezug auf das Prozessrisiko gelten. Aber auch für die vorher entstandenen Aufwendungen kennen VwVG und VGKE eine vom Prozessausgang abweichende Regelung grundsätzlich nicht (Art. 64 Abs.

1 VwVG; Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.5) .

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerden wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten werden im Betrage von Fr. 3'665.– der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 10'500.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 6'835.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. Simap 460513; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber

Marc Steiner

Martin Buchli

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]), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. Juni 2011