



Urteil vom 30. August 2016

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

X. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Zentrale Ausgleichsstelle ZAS,
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100,
1211 Genève 2,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –
Rahmenverträge Übersetzungsleistungen in der ZAS,
SIMAP-Meldungsnummer 892043 (Projekt-ID 130313).

Sachverhalt:**A.**

Die Zentrale Ausgleichsstelle (ZAS; im Folgenden: Vergabestelle) schrieb auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) am 1. September 2015 unter dem Projekttitel "(15112) 602 Rahmenverträge Übersetzungsleistungen in der ZAS" einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 880663). Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung "Detaillierter Produktbeschreibung" erhält die Vergabestelle im Rahmen ihrer Aufgaben, insbesondere derjenigen über die Anwendung der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) und der Invalidenversicherung (IV) für im Ausland lebende Versicherte zahlreiche Dokumente in verschiedenen Sprachen, die eine Übersetzung vor allem in die Landessprachen benötigen. Entsprechend war die Vergabestelle auf der Suche nach externen Übersetzungsanbietern, welche in der Lage sind, fristgemäss Übersetzungsdienste mit der erforderlichen Qualität zu liefern.

Unter Ziff. 3.8 "Geforderte Nachweise" wurde bezüglich Tarife (EK 9) verlangt, dass die Anbieter die Bandbreite der Tarife gemäss Anhang 2 der Weisungen der Bundeskanzlei vom 18. Dezember 2012 über die Sprachdienstleistungen (Sprachweisungen) zu akzeptieren hätten. Die darin festgelegte Preisspanne beträgt 0.40 bis 0.50 Franken pro Wort für durchschnittlich schwierige Texte und zwischen 0.42 bis 0.52 Franken pro Wort für besonders schwierige Texte (Anhang 2 Ziff. 1.1 f. Sprachweisungen). Im Pflichtenheft (Ziff. 6.1) wurde diesbezüglich unter den Zuschlagskriterien präzisiert, dass nur Preise in die Evaluation einbezogen werden, die in der erwähnten Preisspanne liegen: "Seuls sont évalués les prix qui sont compris dans les fourchettes définies...". Speziell erwähnt wurde, dass Preise über 50 Rp. (bei durchschnittlich schwierigen Texten) bzw. über 52 Rp. (bei besonders schwierigen Texten) keine Punkte erhalten.

Unter Ziff. 1.9 der Ausschreibung wurde festgehalten, dass der ausgeschriebene Lieferauftrag nicht in den Anwendungsbereich des GATT/WTO-Abkommens falle. Gemäss Ziff. 4.5 der Ausschreibung handle es sich beim vorliegenden Vergabeverfahren um eine öffentliche Ausschreibung gemäss dem 3. Kapitel der VöB (vollständig zitiert in E. 3). Der publizierten Ausschreibung wurde keine Rechtsmittelbelehrung angefügt.

B.

Innert Frist für die Einreichung der Angebote (12. Oktober 2015) gingen

17 Offerten ein, darunter diejenige der X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin), und diejenigen der Y._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen).

C.

Nachdem der Zuschlag am 9. November 2015 erfolgt war, publizierte die Vergabestelle diesen am 30. November 2015 auf SIMAP mit der Meldungsnummer 892043. Zur Begründung wurde in Ziff. 3.3 vermerkt: "Die Zuschlagsempfänger überzeugen hinsichtlich der qualitativen Anforderungen wie auch durch das insgesamt gute Preis-/Leistungsverhältnis gemäss Pflichtenheft. Die Qualität der Übersetzer entspricht den Anforderungen, sowohl in Bezug auf ihre Ausbildung als auch auf ihre Erfahrung in den verschiedenen Bereichen gemäss Pflichtenheft. Die Testanforderungen sind insgesamt erfüllt." Die Publikation enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.

Die Beschwerdeführerin wurde von der Vergabestelle am 30. November 2015 telefonisch und am 2. Dezember 2015 per E-Mail über die Gründe ihrer Nichtberücksichtigung informiert. Den Hauptgrund sah die Vergabestelle im Umstand, dass die Beschwerdeführerin tiefere Preise offeriert habe, als dies in der Ausschreibung vorgegebenen Bandbreite verlangt worden sei.

D.

Gegen den Zuschlag erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 (Posteingang: 16. Dezember 2015) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass der Zuschlagsentscheid nicht korrekt erfolgt ist.
2. Der Zuschlagsentscheid vom 30. November 2015 sei aufzuheben.
3. Es sei festzustellen, dass unsere Firma X._____ mit einem rund 20% tieferen Preis als der niedrigste der drei gewählten Gebote ein mit Abstand besseres Preis-Leistungsverhältnis anbietet, als die drei Firmen, denen der Zuschlag erteilt worden ist.
4. Es sei festzustellen, dass Preise, die dem untersten Wert oder einem günstigeren Wert als die Preise der Tarifspanne der Bundeskanzlei entsprechen, in der Preisbewertung die maximale Punktzahl zu erhalten haben.
5. Es sei unserer Firma die Möglichkeit einzuräumen, an einem anzukündigenden Datum ebenfalls eine Testübersetzung abzuliefern und anschliessend

habe die Bewertung unseres Angebots unter Berücksichtigung von Punkt 3 und 4 unseres Rechtsbegehrens nochmals neu zu erfolgen.

6. Für dieses Verfahren seien keine Kosten zu erheben.

Zur Begründung ihrer Begehren in der Hauptsache bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ihre Nichtberücksichtigung werde von der Vergabestelle vor allem mit den im Vergleich zu den Vorgaben der Bundeskanzlei zu tiefen Preisen begründet. Die von ihr offerierten Preise seien durchaus marktüblich. Der Sinn der massgebenden beschaffungsrechtlichen Bestimmungen sei, mehr Wettbewerb zu schaffen. Entsprechend sei es widersinnig, wenn der Auftraggeber bei einer Ausschreibung einen Mindestpreis zum Voraus festlege. Die Preisvorgabe der Bundeskanzlei sei somit nicht als Unter- sondern als Obergrenze zu verstehen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Dezember 2015 wurde der Eingang der Beschwerde bestätigt und die Beschwerdeführerin aufgefordert, einen Kostenvorschuss zu bezahlen. Zudem wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat.

F.

Im Schreiben vom 8. Januar 2016 reichte die Beschwerdeführerin einen Beleg für die Leistung des Kostenvorschusses ein. Zudem erläuterte sie, dass sie bewusst keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung gestellt habe, da die mit den Zuschlagsempfängern vereinbarten Rahmenverträge einer Kündigungsfrist von lediglich einem Monat unterliegen würden.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2016 wurde die Vergabestelle aufgefordert, bis zum 2. Februar 2016 eine Vernehmlassung in der Sache sowie die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen. Gleichzeitig wurden die Zuschlagsempfängerinnen eingeladen, mitzuteilen, ob sie als Gegenpartei am Verfahren teilnehmen möchten.

H.

Mit Eingabe vom 2. Februar 2016 reicht die Vergabestelle ihre Vernehmlassung in französischer Sprache sowie die Vorakten ein. Ausserdem legt sie eine freie deutsche Übersetzung der Vernehmlassung bei.

Die Vergabestelle beantragte hauptsächlich, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Eventualiter sei diese abzuweisen und der Zuschlagsentscheid zu bestätigen.

Die Vergabestelle verwies einleitend auf den Umstand, wonach alle Anbieter schon im Pflichtenheft darüber informiert worden seien, dass nur diejenigen zum Test eingeladen würden, die – gemessen an den zu vergebenden Punkten – noch Chancen auf den Zuschlag hatten. Die Beschwerdeführerin habe zum Zeitpunkt des Tests, auch wenn sie an diesem das Punktemaximum erhalten hätte, keine Aussicht auf den Zuschlag mehr gehabt. Deshalb sei sie nicht zu den Tests eingeladen worden.

Im Pflichtenheft sei zudem unmissverständlich festgelegt worden, dass alle Angebote, die von der vorgegebenen Preisspanne abwichen, keine Punkte erhalten würden. Die Beschwerdeführerin habe 20 Prozent unter der vorgegebenen Bandbreite offeriert, weshalb sie nicht weiter berücksichtigt werden können. Die restlichen Anbieter hätten die Bandbreite alle respektiert. Die vorgesehene Tarifbandbreite entspreche zudem den Weisungen der Bundeskanzlei.

Den Antrag auf Nichteintreten auf die Beschwerde begründete die Vergabestelle mit dem Argument, dass die nachgefragten Übersetzungsleistungen nicht dem Anwendungsbereich des BÖB (vollständig zitiert in E. 3) unterliegen würden. Entsprechend könne der Zuschlag auch nicht mit Beschwerde angefochten werden.

Falls das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten auf die Beschwerde eintrete, könne die Rüge bezüglich Tarifbandbreite in dieser Verfahrensphase kein Gehör finden, zumal eine solche Rüge bereits im Rahmen der Ausschreibung hätte vorgebracht werden müssen. Auch habe es die Beschwerdeführerin unterlassen, im Zweifelsfall mit allfälligen Fragen betreffend Preisspanne an die Vergabestelle zu gelangen.

I.

Mit Verfügung vom 4. Februar 2016 wurden die Stellungnahme der Vergabestelle inklusive Beilagen der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht und ihr Frist gesetzt, eine Replik einzureichen.

J.

Mittels Verfügung vom 17. Februar 2016 wurde die Beschwerdeführerin angefragt, ob nebst ihr auch Z. _____ Beschwerde führen wolle, zumal

dieser die Beschwerde auch unterzeichnet und den Kostenvorschuss einbezahlt habe.

Mit Schreiben vom 19. Februar 2016 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass nur sie Beschwerde führe und dass der von Z. _____ einbezahlte Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren zu verwenden sei. Zwischen der Beschwerdeführerin und Z. _____ bestehe eine interne vertragliche Vereinbarung, wonach dieser je nach Projekt fester oder freier Mitarbeiter der Beschwerdeführerin sei.

K.

Mit Replik vom 14. Dezember 2015 (recte: 14. Februar 2016; Posteingang: 18. Februar 2016) nahm die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung.

Sie machte unter anderem geltend, dass aus dem Wortlaut des Pflichtenhefts keineswegs ersichtlich gewesen sei, dass die Preisspanne als Mindestpreis habe verstanden werden müssen. Es sei dort zwar klar und deutlich festgehalten worden, dass Angebote über Fr. 0.50 bzw. 0.52 pro Wort nicht berücksichtigt würden. Es sei jedoch mit keinem Wort erwähnt worden, dass Angebote unter Fr. 0.40 nicht zulässig seien. Auch aus den zitierten Weisungen der Bundeskanzlei gehe nicht zwingend hervor, dass es sich bei der Tarifbandbreite um einen Mindestpreis handle. Es sei diesbezüglich vielmehr von Preisrichtlinien für die freihändige Vergabe kleinerer Einzelaufträge auszugehen. Auch laufe eine vorgegebene Preisspanne dem Sinn und Zweck des BöB zuwider.

Schliesslich sei die Beschwerde als zulässig zu erklären und auf diese einzutreten. Dies gebiete sowohl Art. 6 Ziff. 1 EMRK als auch Art. 29a BV (vollständig zitiert in E. 4 f.).

Im Schreiben vom 22. Februar 2016 führte die Beschwerdeführerin weiter aus, ihre Beschwerdelegitimation ergebe sich auch aus Art. 25a VwVG (vollständig zitiert in E. 2). Sie habe die Vergabestelle aufgefordert, den widerrechtlichen Entscheid zu korrigieren. Die abweisende Antwort der Vergabestelle sei entweder als Verfügung zu werten, oder als Weigerung eine entsprechende Verfügung zu erlassen. Im selben Schreiben unterbreitet die Beschwerdeführerin zudem ein Vergleichsangebot. Sofern die Vorinstanz und die Bundeskanzlei bereit seien, einzugestehen, dass die Interpretation der Preisschere für Übersetzungen als Mindestpreis rechtswidrig und nur als Preisobergrenze zu verstehen, die vorliegende Vergabe

somit nicht korrekt erfolgt sei, und zudem die Verfahrenskosten übernehmen sowie den Aufwand der Beschwerdeführerin entschädigen würde, sei die Beschwerdeführerin bereit, auf alle anderen Ansprüche zu verzichten.

L.

Mit Duplik vom 15. März 2016 hielt die Vergabestelle an ihren Anträgen fest. Insbesondere verweist sie noch einmal darauf, dass Übersetzungsdienstleistungen ausschliesslich dem 3. Kapitel der VöB unterstellt seien, weshalb entsprechende Zuschlagsverfügungen nicht mit Beschwerde angefochten werden könnten. In der Folge sei auch Art. 6 EMRK nicht relevant.

M.

Die Zuschlagsempfängerinnen haben sich innert der angesetzten Frist nicht als Partei des vorliegenden Verfahrens konstituiert.

N.

Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m. w. H., BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

2.

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag bei Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

3.

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m. H.). Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. Auch Art. 39 VöB). Die Art. 32 ff. VöB (im 3. Kapitel: «Übrige Beschaffungen») regeln alle Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen. Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

3.1 Die Vergabestelle ist verwaltungshierarchisch der Eidgenössischen Finanzverwaltung untergeordnet (vgl. Art. 1 Abs. 1 der ZAS-Verordnung vom 3. Dezember 2008, SR 831.143.32), welche in der Positivliste des Anhangs 1 Annex 1 zum GPA aufgezählt wird. Da der Text des Annexes 1 keine entsprechende Ausnahme enthält, untersteht die Vergabestelle somit grundsätzlich dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; Anhang 1 Annex 1 zum GPA; vgl. Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 3.2 ff.; vgl. auch MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 109). Diese subjektive Unterstellung wird seitens der Vergabestelle auch nicht bestritten.

3.2 Die Zuschläge vom 9. November 2015 wurden für den Preis von zweimal Fr. 6.3 Mio. (inkl. Optionen, exkl. MwSt.) und einmal Fr. 7.8 Mio. (inkl. Optionen, exkl. MwSt.) vergeben. Sowohl der für Dienstleistungen als auch der für Lieferungen (vgl. E. 3.3) massgebende Schwellenwert in der Höhe von Fr. 230'000.– wurde damit klar überschritten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 [AS 2013 4395]; vgl.

E. 3.3 hiernach). Entsprechend ist bezüglich der anwendbaren Schwellenwerte grundsätzlich ohne Belang, ob ein Auftrag als Lieferung oder als Dienstleistung qualifiziert wird.

3.3 Die Abgrenzung der Dienstleistungen von Lieferungen erlangt hingegen eine zentrale Bedeutung, wenn es um die Frage der sachlichen Anwendbarkeit der Staatsverträge, mithin der Geltung des BöB und des entsprechenden Rechtsschutzsystems geht (vgl. MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 1044 f.).

3.3.1 Unter dem Projekttitel "(15112) 602 Rahmenverträge Übersetzungsleistungen in der ZAS" sucht die Vergabestelle gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung externe Übersetzungsanbieter, die in der Lage sind, "fristgemäss Übersetzungsdienste mit der erforderlichen Qualität sowie zu und von den in der Übersichtstabelle der Ausgangssprachen und derjenigen der Ausgangssprachen und Zielsprachen zu liefern". Die Vergabestelle bezeichnete die nachgefragten Übersetzungen sowohl in der Ausschreibung (Ziff. 1.8) als auch in der Zuschlagsverfügung (Ziff. 1.4) als "Lieferauftrag".

3.3.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB bezeichnet der Begriff "Lieferauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf.

Erfasst werden grundsätzlich alle Arten von Lieferungen, auch Immaterialgüterrechte und immaterielle Güter, wie z.B. Standardsoftware bzw. entsprechende Lizenzen, oder auch Strom (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Dritte, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich Basel Genf 2013, Rz. 219).

Demgegenüber ist ein "Dienstleistungsauftrag" gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB, ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des GPA (vgl. BVGE 2008/48 E. 2.3).

Im Vergaberecht kann ein Dienstleistungsauftrag alles sein, was darauf abzielt, dass der Leistungserbringer eine spezifische Tätigkeit entfaltet, die einem anderen dient, und was nicht als Bau- oder Lieferauftrag zu qualifizieren ist (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1041).

3.3.3 Die von der Vergabestelle in der Ausschreibung und im Zuschlag vorgenommene Qualifikation der Übersetzungsleistungen als "Lieferauftrag" überzeugt nicht. Bei Übersetzungen handelt es sich vielmehr um typische intellektuelle Dienstleistungen, wie dies auch beispielsweise für Konzept-, Entwicklungs- und Planungsarbeiten, Beratung, Berechnung und Formulierung der Fall ist. Es ist bei Übersetzungsarbeiten somit gerade nicht die Einräumung von Rechten an Sachen (Lieferleistung) das prägende Element der Tätigkeit (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1043).

Zu dieser Einschätzung gelangt im Übrigen auch die Bundeskanzlei in ihrem Schreiben vom 21. Januar 2014 (Vernehmlassungsbeilage 4) in welchem sie auf Ausschreibungen von Übersetzungen an Externe Bezug nimmt. Sie qualifiziert diese ebenfalls als Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB. Und auch die Vergabestelle geht in ihrer Vernehmlassung vom 2. Februar 2016 und in der Duplik vom 15. März 2016 nicht (mehr) von einem Lieferauftrag aus, sondern spricht von "Übersetzungsdienstleistungen". Diese Einschätzung wird schliesslich auch von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht bestritten, spricht sie doch selber von Übersetzungsdienstleistungen.

3.3.4 Wie bereits erwähnt (vgl. E. 3.3.2), ist ein "Dienstleistungsauftrag" ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des 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 BVGE 2011/17, E. 5.2.1 m.w.H.). Gemäss Art. 3 Abs. 2 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Gesetzes" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Diese Liste ist als abschliessend zu verstehen, das heisst, dass nur die in ihr ausdrücklich genannten Dienstleistungsarten von der Geltung der Staatsverträge sachlich erfasst werden. Entsprechend unterstehen Dienstleistungen, die sich nicht unter die enthaltenen Kategorien subsumieren lassen, nicht der Liste und damit auch nicht den Staatsverträgen und dem BöB (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 1045 f.). Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht somit der Rechtsmittelweg offen (BVGE 2011/17 E. 5.2.1, BVGE 2009/48 E. 2.1; Entscheid der BRK

vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/aa; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 225 ff.).

3.3.5 Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob der streitige Auftrag eine Dienstleistung im Sinne von Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 VöB zum Inhalt hat. Sowohl Anhang 1 Annex 4 GPA als auch Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 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 (BVGE 2011/17 E. 5.2.1 m.w.H.).

Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BöB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (BVGE 2011/17 E. 5.2.1; 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). Hierfür massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteile des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.2; B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

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 (BVGE 2011/17 E. 5.2.1 m.w.H.).

3.3.6 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).

3.4 Im Folgenden ist zu prüfen, wie die in Frage stehende Dienstleistung gemäss CPCprov zuzuordnen ist und ob die entsprechenden Dienstleistungen von Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 VöB erfasst werden. Zu diesem Zwecke ist wiederum zu prüfen, welcher CPC-Klassifikation die in der Ausschreibung verwendete CPV ("Common Procurement Vocabulary") -Zuordnung entspricht.

Gemäss Ausschreibung ordnet die Vergabestelle die Beschaffung der CPV-Nummer 79530000 "Übersetzungsdienste" zu.

3.5 Die Vergabestelle ist der Auffassung, dass der in Frage stehende Dienstleistungsauftrag nicht in den Geltungsbereich des BöB falle, weil Übersetzungsleistungen nicht im Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 VöB erwähnt würden. Diese seien ausschliesslich dem 3. Kapitel der VöB unterstellt und könnten somit nicht mit Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, die Übersetzungsdienstleistungen würden von den meisten Akteuren nicht als eigenständige Dienstleistung wahrgenommen, sondern jeweils als integrierter Bestandteil jener Dienstleistung, für deren Zweck sie benötigt werde. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Übersetzungen dem BöB unterstehen würden.

3.6 Die "Übersetzungsdienste" (CPV-Nummer 79530000-8) lassen sich mit den "Telefonauftragsdiensten", den "reprografischen Dienstleistungen", den "Fotokopierdiensten" und den "Schreibarbeiten" den "Bürohilfsarbeiten" zuordnen. Gleiches gilt für die Dolmetscherdienste (CPV-Nummer 79540000-1).

Gemäss der Zentralen Produktklassifikation wird die Gruppe 879 mit "Autres services fournis aux entreprises" überschrieben. Diese enthält unter anderem die Unterklasse 87905 "Service de traduction et d'interprétation". Umschrieben werden diese Übersetzungsdienstleistungen wie auch die Dolmetscherdienste in der note explicative zu 87905 wie folgt: "Services de traduction et d'interprétation. D'une manière générale, les services de traduction consistent à transposer un texte d'une langue vers une autre,

tandis que les services d'interprétation consistent à exprimer oralement dans une langue ce qui a été dit oralement dans une autre".

Die im vorliegenden Fall nachgesuchte Dienstleistung "Übersetzungsleistungen" für die Zentrale Ausgleichsstelle lässt sich eindeutig und zweifelsfrei in die Unterklasse 87905 "Service de traduction et d'interprétation" zuordnen. Auch aus dem detaillierten Produktebeschrieb in der Ausschreibung vom 1. September 2015 lassen sich keine Elemente finden, die einer anderen Subklasse zugeordnet werden müssten.

Die CPC-Kategorie 87905 ist weder in der Positivliste von Anhang 1 Annex 4 GPA noch im Anhang 1a zu Art. 3 Abs. 2 VöB aufgeführt. Daraus folgt, dass die ausgeschriebenen Übersetzungsleistungen nicht dem WTO-Vergaberecht und damit auch nicht dem BöB unterstehen. Entsprechend ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass Übersetzungsdienstleistungen quasi immer im Rahmen einer anderen Dienstleistung erbracht (wie Buchführung, Untersuchung, Gutachten, Werbung, Druckerzeugnisse usw.) und für deren Zweck benötigt werden, weshalb sie deren rechtliches Schicksal teilen. Dieses Argument ist jedenfalls dann nicht stichhaltig, wenn die Übersetzungsdienstleistungen – wie vorliegend – im Sinne eines projektübergreifenden Rahmenvertrages separat ausgeschrieben werden.

Schliesslich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin unbehelflich, wonach sich die Bundeskanzlei in ihrer Weisung ausdrücklich den Bestimmungen des BöB unterstelle, zumal diese Weisung nichts am Rechtsschutzsystem ändern will.

4.

Im Weiteren stützt die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der vorliegenden Streitsache auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

4.1 Sinngemäss macht sie geltend, dass es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK handle, weshalb die Frage, ob eine Dienstleistung im Sinne der Definition des Anwendungsbereichs des BöB vorliege oder nicht, ohne Belang sei. Gestützt darauf sei auf die Beschwerde einzutreten.

Die Vergabestelle macht demgegenüber in ihrer Duplik vom 15. März 2016 geltend, dass die von der Beschwerdeführerin angerufenen EMRK-Artikel im vorliegend zu beurteilenden Verfahren nicht relevant seien.

4.2 Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden wird. Bereits die ehemalige Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: Rekurskommission, BRK) ist stets davon ausgegangen, dass es sich bei Rechtsstreitigkeiten im Anwendungsbereich des BöB, die im Beschwerdeverfahren zu beurteilen sind, um zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt. Dies gilt indessen nicht für Streitigkeiten betreffend Bundesvergaben ausserhalb des Anwendungsbereichs des BöB (BVGE 2008/48 E. 5.4 m.w.H.) Dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesverwaltungsgericht angeschlossen (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.4). Die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen setzt voraus, dass das in Frage stehende Recht innerstaatlich gewährt wird (BVGE 2008/48 E. 5.4 m.w.H.). Denn nur wenn und soweit Rechtsmittel gegeben sind, müssen im Rechtsmittelverfahren die Garantien der genannten Bestimmung nach Massgabe der Besonderheiten dieses Verfahrens beachtet werden (BVGE 2008/48 E. 5.4 m.w.H.). Das innerstaatliche Recht kann den Rechtsschutzanspruch ausschliessen, indem es die gerichtliche Durchsetzung des Rechts untersagt. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die Durchsetzung generell-abstrakt ausgeschlossen wird (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 242 und 273, je mit Hinweisen). Das Beschaffungsrecht des Bundes schliesst denn auch nicht dem BöB unterstehende Beschaffungen sowohl in Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB als auch in Art. 39 VöB von der gerichtlichen Beurteilung aus. Soweit WALDMANN (BERNHARD WALDMANN, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, in: Bau-recht 2002, S. 150) dazu angemerkt hat, dass Art. 34 ff. VöB den Anbieterinnen, die nicht in den Geltungsbereich des BöB fallen, materielle Rechtspositionen zugesteht, ist darauf hinzuweisen, dass auch ein öffentliches Interesse daran besteht, dass die richtige Verfahrensart gewählt und das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt wird. Demnach sind Art. 34 ff. VöB i.V.m. Art. 39 VöB materiell so zu verstehen, dass durch diese Bestimmungen keine Rechtsposition verliehen werden soll. Auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 31 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verleiht keinen bedingten allgemeinen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung des Beschaffungsrechts des Bundes. Vorliegend steht weder die Binnenmarktkomponente der Wirtschaftsfreiheit noch eine Verletzung des Gebots der Wettbewerbsneutralität in Frage, womit in der Lehre teilweise postulierte Individualrechtspositionen hier von vornherein nicht von Bedeutung sind (vgl. zum

Ganzen MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle juristische Praxis 2001, S. 1405 ff., insb. S. 1407). Demnach lässt sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch im vorliegenden Fall kein Anspruch auf Beurteilung der Streitsache durch eine verwaltungsunabhängige gerichtliche Instanz herleiten (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.4).

5.

Auf den von der Beschwerdeführerin in der Replik vom 14. Dezember 2015 in genereller und wenig substantiierter Weise vorgebrachten Hinweis auf Art. 29a BV ist nicht vertieft einzugehen.

Immerhin kann dazu Folgendes festgehalten werden:

Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. In Ausnahmefällen können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen. Dem durch Art. 29a BV eröffneten Rechtsweg sollen nur in einem eng umgrenzten Rahmen Akte der Regierung und des Parlamentes entzogen werden (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., insb. S. 503 und S. 524; ANDREAS KLEY, in: Ehrenzeller et alii [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, Rz. 23 ff. und insb. Rz. 29 zu Art. 29a BV; GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1206).

Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar in seinem Urteil vom 25. September 2008 offen gelassen, ob der Ausschluss öffentlicher Beschaffungen, welche nicht in den Anwendungsbereich des BöB fallen, in Bezug auf nach dem 1. Januar 2007 ergangene Zuschlagsverfügungen vor Art. 29a BV standhält (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.1 ff.). Es wies aber darauf hin, dass Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend seien. Demnach sei es dem Bundesverwaltungsgericht 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; es gelte das Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.1 ff.).

Es sind keine Gründe ersichtlich, dass sich an dieser Einschätzung etwas geändert hätte.

6.

Schliesslich ist auch der von der Beschwerdeführerin im Schreiben vom

22. Februar 2016 vorgebrachte Verweis auf Art. 25a VwVG "Verfügung über Realakte" unbeachtlich, wonach ihr ein Beschwerderecht gestützt auf diese Bestimmung zustehe. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Vergabestelle per Telefon und per E-Mail aufgefordert, den widerrechtlichen Entscheid zu korrigieren. Die schriftliche, abweisende Antwort der Vergabestelle sei entweder als Verfügung zu qualifizieren oder allenfalls als Weigerung einer solchen Verfügung zu erlassen.

6.1 Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie: (a.) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; (b.) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; (c.) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Art. 25a Abs. 1 VwVG). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG).

6.2 Mit Art. 25a VwVG soll der Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 29a BV Rechnung getragen und eine Erweiterung der bisherigen Rechtsschutzmöglichkeiten angestrebt werden (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, N. 2 f. ad Art. 25a VwVG).

Zur Frage, ob ausserhalb des Anwendungsbereichs des BöB eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG erwirkt werden kann, hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits geäussert (vgl. Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 6; BVGE 2008/48 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen zu Doktrin und Praxis). Demnach ist es dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 190 BV (Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen) 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 (BVGE 2008/48 E. 5.3). Entsprechend soll die Zuständigkeitsregelung des BöB auch nicht gestützt auf Art. 25a VwVG unterlaufen werden, zumal eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers im Rahmen der Änderung des VwVG nicht erkennbar ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1220).

6.3 Es sind im hier zu beurteilenden Fall keine Gründe ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen. Ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig, da wie vorliegend das Vergaberecht bei Beschaffungen im unterschweligen Bereich den Rechtsschutz gegen

Vergabeentscheide ausserhalb des Geltungsbereichs des BöB ausdrücklich und bewusst ausgeschlossen hat (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB e contrario, vgl. auch Art. 39 VöB), so kann auch nicht über den Umweg von Art. 25a VwVG eine gerichtliche Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht erzielt werden (vgl. Urteil des BVGer B-913/2012 E. 6 m.w.H.).

Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers wäre es inkonsequent, der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung über dem Weg von Art. 25a VwVG zuzuerkennen. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge erweist sich demnach als unbegründet.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei der Ausschreibung von externen Übersetzungsdienstleistungen nicht um eine in den Geltungsbereich des BöB fallende Beschaffung handelt, weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben ist. Des Weiteren kann im vorliegenden Verfahren weder aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch aus Art. 29a BV ein verfassungsmässiger Anspruch auf gerichtliche Beurteilung abgeleitet werden. Entsprechend kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

8.

Gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts des Vergabevolumens von rund 20 Mio. Fr., der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten (vgl. Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 6) sowie unter Berücksichtigung des Aufwands und der Schwierigkeit der sich hier stellenden Sach- und Rechtsfragen, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache auf Fr. 5'000.– festzusetzen (Art. 4 VGKE).

9.

Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und es sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Als unterliegende Partei hat sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vergabestelle ist aufgrund

von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gleich verhält es sich mit den Zuschlagsempfängerinnen, welche sich nicht als Partei konstituiert haben.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin aufgelegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vergabestelle (Ref. Nr. SIMAP Projekt ID 130313; Gerichtsurkunde);
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100, insbesondere Art. 83 Bst. f, des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift 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: 31. August 2016