



## **Urteil vom 2. Juni 2022**

---

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Seraina Gut.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch  
Dr. iur. Markus Neff, Rechtsanwalt,  
schochauer ag,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Swissgrid AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwältinnen  
lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M. und/oder  
Dr. iur. Suzana Mark Ndue, LL.M.,  
Schneider Rechtsanwälte AG,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Zuschlag betr. Projekt "Übersetzungsdienstleistungen";  
SIMAP-Projekt-ID: 220019;  
SIMAP-Meldungsnummer: 1208731.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 27. April 2021 schrieb die Swissgrid AG (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "220019 – Übersetzungsdienstleistungen" als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Der Auftrag umfasst die Übersetzung von Texten zu branchenspezifischen, technischen, juristischen, journalistischen oder mitarbeiterrelevanten Themen. Die Dienstleistung beinhaltet ebenfalls die Auftragsabwicklung und Back-up-Support-Leistungen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Arbeiten sollen in der Zeit vom 1. September 2021 bis 31. August 2024 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.8). Es besteht die Möglichkeit einer Vertragsverlängerung bis zum 31. August 2026.

**A.b** Die Vergabestelle stellte am 26. Mai 2021 allen Interessenten Antworten auf eingegangene Fragen zur Ausschreibung zu.

**A.c** Innert der bis am 8. Juni 2021 angesetzten Frist gingen fünf Angebote ein, darunter dasjenige Angebot der A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: A. \_\_\_\_\_).

**A.d** Nach der Evaluation der Angebote führte die Vergabestelle wie in Ziffer 4 der Verfahrensanweisung vorgesehen am 12. Juli 2021 mit den besten drei Anbietern, darunter auch die A. \_\_\_\_\_, eine Anbieterpräsentation per Skype Videokonferenz durch.

**A.e** Am 19. Juli 2021 erteilte die Vergabestelle der B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'955'500.– (exkl. Mehrwertsteuer).

**A.f** Mit E-Mail vom 29. Juli 2021 teilte die Vergabestelle der A. \_\_\_\_\_ mit, dass der Auftrag nicht an sie vergeben, sondern der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt worden sei, und verweist auf die Publikation auf der Internetplattform SIMAP am darauffolgenden Tag. Wie in der E-Mail an die A. \_\_\_\_\_ angekündigt, veröffentlichte die Vergabestelle am 30. Juli 2021 die Zuschlagsverfügung auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1208731).

**A.g** Die A. \_\_\_\_\_ wandte sich mit E-Mail vom 30. Juli 2021 an die Vergabestelle und ersuchte um Einsicht in den Evaluationsbericht. Die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin vereinbarten daraufhin ein Debriefing

am 16. August 2021. Auf Begehren der Vergabestelle wurde dieser Termin aufgrund einer Terminkollision auf den 24. August 2021 verschoben.

## **B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 18. August 2021 erhob die anwaltlich vertretene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte:

1. Der Vergabeentscheid (Zuschlagsverfügung) der Vorinstanz vom 19. Juli 2021 (publiziert am 30. Juli 2021) betreffend Dienstleistungsauftrag Übersetzungsdienstleistungen sei aufzuheben und es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen;
2. Eventualiter (zu Ziff. 1) sei der Vergabeentscheid (...) aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen und unter Ausschluss der Zuschlagsempfängerin mit der Anweisung, der Beschwerdeführerin sei der Zuschlag zu erteilen, an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Subeventualiter (zu Ziff. 1 und 2) sei der Vergabeentscheid (...) aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen und unter Ausschluss der Zuschlagsempfängerin an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Subsubeventualiter (zu Ziff. 1, 2 und 3) sei der Vergabeentscheid (...) aufzuheben und es sei das Beschaffungsverfahren abzubrechen und es sei neu auszuschreiben;
5. Subsubsubeventualiter (zu Ziff. 1, 2, 3 und 4) sei die Widerrechtlichkeit des Vergabeentscheids (...) festzustellen und die Vorinstanz sei zu verurteilen, der Beschwerdeführerin Schadenersatz in angemessener Höhe, nach richterlichem Ermessen analog Art. 42 Abs. 2 OR, mindestens aber den Nettoaufwand der Beschwerdeführerin von CHF 32'000.00 zzgl. MWST von 7,7 % sowie Barauslagen von pauschal 4 % auf CHF 32'000, zu bezahlen.

Weiter stellte die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht einen Antrag zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung und zur Akteneinsicht in die Akten des Vergabeverfahrens. Allfälligen weiteren Verfahrensbeteiligten mit Ausnahme der Vorinstanz solle keine Akteneinsicht in Unterlagen, die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Beschwerdeführerin beinhalten, gewährt werden.

**B.b** Die Beschwerdeführerin führte im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung das erforderliche Eignungskriterium «EK3 Zertifikat ISO27001» nicht erfüllte bzw. den erforderlichen Nachweis nicht erbracht habe und daher vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

**C.**

Das Bundesverwaltungsgericht forderte die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 20. August 2021 auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten. Weiter ordnete es an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten. Zudem wurde die Vergabestelle ersucht, eine Vernehmlassung zur Hauptsache und den prozessualen Anträgen sowie die vollständigen Akten betreffend das vorliegende Vergabeverfahren einzureichen. Die Zuschlagsempfängerin erhielt die Gelegenheit, sich als Beschwerdegegnerin im Verfahren zu beteiligen.

**D.**

Die Vergabestelle ersuchte am 17. September 2021 um eine Fristerstreckung für die Vernehmlassung sowie die Einreichung der Akten und bestritt, dass der ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag dem Staatsvertragsbereich untersteht.

**E.**

Die Beschwerdeführerin nahm am 29. September 2021 unaufgefordert zur obgenannten Eingabe der Vergabestelle Stellung und wehrte sich gegen die Argumentation, wonach der Dienstleistungsauftrag nicht dem Staatsvertragsbereich unterstehe. Dieses Schreiben wurde der Vergabestelle zur Kenntnis gebracht.

**F.**

Die Zuschlagsempfängerin reichte innert Frist keine Vernehmlassung ein und beantragte auch keine Teilnahme am Beschwerdeverfahren als Beschwerdegegnerin.

**G.**

**G.a** Am 18. Oktober 2021 beantragte die Vergabestelle in der Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde und des Antrags auf Erteilung der

aufschiebenden Wirkung unter Kosten- und Entschädigungsfolge, sofern darauf eingetreten werden kann. Sie ersuchte um die vertrauliche Behandlung der eingereichten Akten.

**G.b** Zur Begründung brachte die Vergabestelle im Wesentlichen vor, bei der vorliegend zu beschaffenden Leistung gehe es um Übersetzungsdienstleistungen, die nicht dem Staatsvertragsbereich unterstehen würden. Ferner rügte die Vergabestelle eine fehlende Beschwerdelegitimation, weil das von der Beschwerdeführerin vorgelegte ISO 27001 Zertifikat nur bis zum 30. Juni 2021 gültig war und sie daher bei einer strengen Auslegung des Eignungskriteriums EK3 ebenfalls hätte ausgeschlossen werden müssen.

In materieller Hinsicht führte die Vergabestelle aus, dass eine Anbieterin die ISO 27001 Zertifizierung primär und zwingend während der Vertragsdauer erfüllen müsse. Eine Anbieterin dürfe auch berücksichtigt werden, wenn sie sich im Zertifizierungs- oder Rezertifizierungsprozess befinde und gewährleistet sei, dass sie bei Vertragsabschluss bzw. während der Leistungserbringung über die Zertifizierung verfüge. Weiter würde die ISO Zertifizierung nur eine von verschiedenen Anforderungen betreffend Datenschutz und Informationssicherheit darstellen. Es wäre ihrer Ansicht nach unverhältnismässig gewesen, die Zuschlagsempfängerin und die übrigen Anbieterinnen aufgrund noch nicht vorhandener, aber bei Vertragsabschluss bestehender ISO 27001 Zertifizierung auszuschliessen. Sie habe auf eine strikte Einhaltung und strenge Interpretation der Bedingungen verzichtet, weil sie ansonsten das ganze Verfahren hätte abbrechen müssen.

#### **H.**

Mit Zwischenverfügung vom 21. Oktober 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab und hob die Ziffer 4 der Verfügung vom 20. August 2021 auf, weil der Zuschlag prima vista nicht den Regeln des Staatsvertragsbereichs unterliege und daher kein Raum für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung bleibe. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, eine Stellungnahme einzureichen und Belege für den Schadenersatz einzureichen.

Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht das Beilagenverzeichnis der Vergabeakten sowie den Ordner «Beilagen für die Beschwerdeführerin» der Beschwerdeführerin zu.

**I.**

Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer innert erstreckter Frist am 30. November 2021 eingereichten Replik im Wesentlichen an ihren Rechtsbegehren fest, wobei sie einige Anpassungen vornahm: Sie bezifferte ihren Schaden neu auf Fr. 23'325.– und forderte auf diesem Betrag Mehrwertsteuer von 7.7 % und Barauslagen von pauschal 4 %. Weiter beantragte sie aufgrund der zusammen mit der Replik eingereichten Belege für die Schadensberechnung, dass allen Verfahrensbeteiligten die Einsicht in Unterlagen, die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Beschwerdeführerin sowie Personendaten von Mitarbeitern der Beschwerdeführerin beinhalten, verwehrt bleibe. Die Beschwerdeführerin legte zudem eine Kostennote des Rechtsvertreters bei.

**J.**

Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 11. Januar 2022 eine Duplik ein. Sie hielt an ihren Anträgen fest und machte ergänzende Ausführungen. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin sei bereits am 28./29. Oktober 2021 abgeschlossen worden.

**K.**

Die Beschwerdeführerin verzichtete stillschweigend auf eine weitere Stellungnahme, woraufhin das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel am 8. Februar 2022 abschloss.

**L.**

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

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) findet dieses Gesetz Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, sofern keine Ausnahme gemäss Art. 10 BöB vorliegt.

Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB können Verfügungen (s. E. 1.1) dieser Auftraggeberinnen (s. E. 1.2) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wenn sie Dienstleistungen (s. E. 1.3) betreffen, deren Wert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (s. E. 1.4), und es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB handelt (s. E. 1.5) (Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1).

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist ausschliesslich zuständig für Beschwerden gegen die in Art. 53 Abs. 1 BöB aufgelisteten Verfügungen, insbesondere gegen den Zuschlag (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Zuschlagsverfügung vom 30. Juli 2021 angefochten, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

**1.2** Die angefochtene Verfügung muss sodann von einer dem Gesetz unterstellten Vergabebehörde stammen (Art. 4 BöB).

Die Vergabestelle untersteht aufgrund ihrer schweizweiten Tätigkeit dem Bundesvergaberecht, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht (Swissgrid AG, Beschaffung, <https://www.swissgrid.ch/de/home/about-us/procurement.html>, abgerufen am 21.03.2022). Weil sie mindestens zur Mehrheit in öffentlichem Besitz steht (vgl. Art. 18 Abs. 3 des Stromversorgungsgesetzes [StromVG, SR 734.7]), im öffentlichen Interesse gegründet wurde und kaum im engeren Sinn kommerziell tätig ist, da sie keiner Konkurrenz unterliegt, ist sie gemäss Rechtsprechung als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. b BöB zu qualifizieren (vgl. das unter früherem Recht ergangene Urteil des BVGer B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/6, E. 1.3; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts [nachfolgend: BEYELER, Geltungsanspruch], 2012, N. 544).

**1.3** In Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 27. April 2021 gibt die Vergabestelle an, dass es sich bei der Auftragsart um einen "Dienstleistungsauftrag" handelt. Die zu beschaffende Leistung hat insbesondere Übersetzungen von diversen Texten zum Inhalt (vgl. Ziff. 4 im Lastenheft). Die Einstufung als Dienstleistung ist daher zutreffend und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Dienstleistung im Hinblick auf die Sektorentätigkeit beschafft wird und daher dem BöB untersteht (Art. 4 Abs. 3 BöB).

**1.4** Nachfolgend ist zu klären, ob der Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den massgebenden Schwellenwert für die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erreicht. Für Dienstleistungen wird nach Art. 52 Abs. 1 Bst. a BöB vorausgesetzt, dass der Schwellenwert für das Einladungsverfahren erreicht ist. Der Ziffer 2 des Anhangs 4 BöB ist zu entnehmen, dass der Schwellenwert für Dienstleistungen im Einladungsverfahren für alle Auftraggeberinnen Fr. 150'000.– beträgt.

Die Zuschlagsempfängerin hat den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'955'500.– (exkl. Mehrwertsteuer) erhalten. Damit ist der für Dienstleistungen massgebende Schwellenwert ohne weiteres überschritten.

**1.5** Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

**1.6** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **2.**

Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfügung (Art. 52 Abs. 2 BöB) und Schadenersatz beantragt werden (Art. 58 Abs. 3 BöB). Von vorneherein unzulässig sind daher Anträge, die eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung zum Ziel haben (vgl. MARTIN BEYELER, Rechtsschutz, Beschaffungsvertrag und Öffentlichkeitsprinzip [nachfolgend: BEYELER, Rechtsschutz], Baurecht 2020, S. 40 ff., S. 40 f.).

**2.1** Streitig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die von der Vergabestelle nachgefragte Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht.



**2.1.1** In ihrem Schreiben vom 17. September 2021 führt die Vergabestelle diesbezüglich aus, dass Übersetzungsdienstleistungen der Unterklasse 87905 «Service de traduction et d'interprétation» zugeordnet seien. Diese CPC-Kategorie sei weder in der Positivliste von Anhang 1 Annex 5 des revidierten GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) noch im Anhang 3 BöB aufzufinden. Dass die Vergabestelle das Verfahren in der Ausschreibung als «im Staatsvertragsbereich» deklariert habe, führe nicht automatisch zur Bejahung der Geltung des Staatsvertragsbereichs.

**2.1.2** Dieser Auffassung der Vergabestelle widerspricht die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 29. September 2021 und macht geltend, die Vergabestelle habe den Dienstleistungsauftrag ausdrücklich dem Staatsvertragsbereich unterstellt.

**2.1.3** In der Vernehmlassung bringt die Vergabestelle vor, dass sich die zu erbringende Leistung in der reinen Übersetzungstätigkeit erschöpfe und damit exakt der CPC-Kategorie 87905 entspreche. Der Anwendungsbereich des BöB und des GPA werde durch das Gesetz abschliessend geregelt und stehe nicht zur Disposition. Eine freiwillige Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich sei nicht möglich.

**2.2** Eine Dienstleistung fällt nur dann in den durch das Gesetz abschliessend geregelten Anwendungsbereich des Staatsvertrags, wenn diese in der Liste in Anhang 3 BöB aufgeführt und der Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreicht ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Für die Liste in Anhang 3 BöB ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten (provisorischen) zentralen Warenklassifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC [prov]; Urteile des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1.3; B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2) massgebend.

**2.3** Der Inhalt des vorliegenden Auftrages wird vorne in Buchstabe A.a detailliert beschrieben. Die im SIMAP aufgeführte CPV Nummer «79530000 Übersetzungsdienste» entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der CPC prov 87905. Diese CPV Nummer resp. CPC-Referenznummer ist in der abschliessenden Positivliste im Anhang 3 BöB nicht aufgeführt, was auch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet.

**2.4** In der Replik bringt sie jedoch vor, der Aufgabenbereich umfasse, nebst den von der Vergabestelle aufgelisteten klassischen Übersetzungsdienstleistungen, gemäss dem Lastenheft (Ziff. 4.1.7) unter anderem auch den Unterhalt eines elektronischen Auftragsportals zur Abwicklung von Aufträgen, Nachverfolgung und Nachvollziehbarkeit von Aufträgen sowie zur Verarbeitung von Feedback. Dieser Teil der Dienstleistung könne unter der CPC-Oberkategorie 84 «Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen» (insbesondere CPC-Kategorien 8439 und 845) subsumiert werden, welche in den Staatsvertragsbereich falle. Bei der Zuordnung der Dienstleistungen zu den CPC-Kategorien verfüge die Vergabestelle über einen Interpretationsspielraum und Ermessen. Die Vergabestelle sei offensichtlich zum Schluss gekommen, dass die Leistung zumindest teilweise den Regeln des Staatsvertragsbereichs unterliege.

**2.5** In der Duplik legt die Vergabestelle diesbezüglich dar, dass das Zurverfügungstellen und der Unterhalt eines elektronischen Auftragsportals keine eigenständige, zusätzlich zu den Übersetzungstätigkeiten zu erbringende Leistung darstelle, sondern eine untergeordnete Rolle zur Erbringung von Übersetzungsarbeiten einnehme. Im vorliegenden Fall weise die Übersetzungstätigkeit das grössere Gewicht auf und der Auftrag falle basierend auf der Präponderanztheorie in den Nichtstaatsvertragsbereich.

**2.6** Umfasst eine Dienstleistung mehrere Leistungen, die aber nicht alle auf der Positivliste in Anhang 3 BöB aufgeführt sind, erfolgt die Qualifikation des Geschäfts nach den Regeln für gemischte Aufträge (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, N. 1054, 1059). Der Gesetzgeber hat sich in Art. 8 Abs. 3 BöB bei gemischten Aufträgen – d.h. Aufträgen, die sich aus verschiedenen Leistungen (Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen) zusammensetzen – für die Präponderanz- oder Schwergewichtstheorie ausgesprochen (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BBl 1851 1896 f.]; THOMAS B. MÜLLER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar Beschaffungsrecht], 2021, Art. 8 N. 59). Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt dabei der finanziell überwiegender Leistung. Eine Dienstleistung mit mehreren Leistungen untersteht demnach dann dem Staatsvertragsbereich, wenn die finanziell überwiegender Leistung einer Kategorie zuzuordnen ist, die im Anhang 3 BöB aufgelistet ist.

Die Präponderanztheorie findet allerdings nur dann Anwendung, wenn die Bündelung von mehreren Leistungen sachlich geboten ist (BBI 1851 1897; vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, N. 1060).

**2.7** Vorerst ist deshalb zu beurteilen, ob die Bündelung der Übersetzungsdienstleistungen und des elektronischen Auftragsportals sachlich geboten ist, da ansonsten eine Anwendung der Präponderanztheorie von vornherein ausser Betracht fällt.

**2.7.1** In der Ausschreibung erklärt die Vergabestelle, dass der Gegenstand und Umfang des Auftrags auch technische und funktionale Kriterien im Bereich der Auftragsabwicklung sowie entsprechende Back-up-Support Leistungen umfasse. Dies konkretisiert sie im Lastenheft in Ziffer 4.1.7 dahingehend, dass die Anbieterin ein Auftragsportal zur Abwicklung von Aufträgen, Nachverfolgung bzw. Nachvollziehbarkeit von Aufträgen sowie für Feedbackmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen habe. Das Auftragsportal dient mithin einzig der Kommunikation zwischen der Vergabestelle und der Anbieterin in Bezug auf die zu erbringenden Übersetzungsdienstleistungen.

**2.7.2** Zwischen den Übersetzungsdienstleistungen und dem Auftragsportal besteht demnach ein enger sachlicher Zusammenhang, weshalb eine Bündelung nicht zu beanstanden ist.

**2.8** Es stellt sich sodann die Frage, ob die Übersetzungsdienstleistungen oder das elektronische Auftragsportal den überwiegenden Teil der Beschaffung darstellen.

**2.8.1** Die grosse Mehrheit der Ausführungen im Lastenheft betreffen die Übersetzungsdienstleistungen und nur wenige Absätze befassen sich mit dem Auftragsportal. Im Preisblatt fehlt weiter eine Kategorie, in welcher die Anbieterinnen den Preis für den Betrieb des Auftragsportals spezifizieren könnten. Die Anbieterinnen verrechnen die anfallenden Aufwände für das Zurverfügungstellen und den Unterhalt des Auftragsportals dementsprechend kaum separat, sondern rechnen diese viel eher bereits in den Preis für die Übersetzungsdienstleistungen mit ein.

**2.8.2** Mit der Vergabestelle ist deshalb davon auszugehen, dass das Auftragsportal im Projekt mit dem Titel «Übersetzungsdienstleistungen» eine untergeordnete Rolle einnimmt und die Übersetzungsdienstleistungen finanziell überwiegen. Da die dafür vorgesehene CPC prov 87905 «Service de traduction et d'interprétation» nicht in der abschliessenden Positivliste

im Anhang 3 BöB aufgeführt ist, liegt die ausgeschriebene Dienstleistung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

**2.9** Mit der Beschwerde kann folglich nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung und die Leistung von Schadenersatz beantragt werden (Sekundärrechtsschutz, Art. 52 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 3 BöB). Auf die Anträge der Beschwerdeführerin, die eine Änderung oder Aufhebung der Zuschlagsverfügung zum Gegenstand haben, ist in der Folge nicht einzutreten.

### **3.**

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG; s. E. 3.1), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; s. E. 3.1) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; s. E. 3.2).

**3.1** Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde, ist sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

**3.2** Im vorliegenden Fall ist indessen umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse hat.

#### **3.2.1**

**3.2.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vergabestelle das Eignungskriterium «EK3: Zertifikat ISO27001» nicht korrekt beurteilt habe. Das Zertifikat müsse bereits im Zeitpunkt der Angebotseinreichung vorliegen. Nach den ihr zum Zeitpunkt der Beschwerde vorliegenden Informationen verfüge die Zuschlagsempfängerin nicht über ein ISO 27001 Zertifikat und sie verwies diesbezüglich auf die Homepage der Zuschlagsempfängerin. Aufgrund ihrer Teilnahme an der Anbieterpräsentation folgert die Beschwerdeführerin, dass sie sich unter den besten drei Anbieterinnen befunden habe. Deswegen und weil sie bei der letztmaligen Ausschreibung der Übersetzungsdienstleistungen der Vorinstanz den Zuschlag erhalten habe, habe sie eine realistische Chance auf die Erteilung des Zuschlags

und sei daher zur Beschwerde legitimiert. Über eine «Rangliste» der Anbieterinnen verfüge sie mangels Akteneinsicht indessen nicht.

**3.2.1.2** Im Rahmen der Vernehmlassung bringt die Vergabestelle in Bezug auf das Vergabeverfahren vor, dass vier von fünf Anbietern alle Eignungskriterien erfüllt hätten. Nur einen Anbieter habe sie ausgeschlossen, weil er die Eignungskriterien 4 und 6 nicht erfüllt habe. Von den verbleibenden vier Anbietern hätten alle das «EK3: Zertifikat ISO27001» erfüllt. Im Rahmen der Prüfung der Zuschlagskriterien habe die Beschwerdeführerin dann aber nur 399.7 Punkte erhalten, wogegen die Zuschlagsempfängerin 448.4 Punkte und die zweitplatzierte Offerentin 440.1 Punkte erzielt hätten.

Die Vergabestelle bemerkt weiter, dass das von der Beschwerdeführerin im Angebot beigelegte ISO 27001 Zertifikat nur bis zum 30. Juni 2021 gültig gewesen sei. Damit habe die Beschwerdeführerin nach einer strengen Auslegung zum Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung und des Vertragsabschlusses kein gültiges Zertifikat vorweisen können. Entsprechend könne die Beschwerdeführerin auch bei einem Durchdringen mit ihren Rügen den Zuschlag nicht erhalten und sei daher nicht zur Beschwerde legitimiert.

**3.2.1.3** Nachdem die Beschwerdeführerin Einsicht in diverse Verfahrensakten erhalten hat, hält sie in der Replik fest, dass sie im Gegensatz zu Mitbewerbern bei korrekter Auslegung das Eignungskriterium EK3 zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung erfüllt habe.

## **3.2.2**

**3.2.2.1** Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen. Auch dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist deshalb nur dann zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Dieses besteht darin, dass ein Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird. Die gesuchstellende Person muss folglich nachweislich Dispositionen nicht treffen können oder solche ungerechtfertigterweise unterlassen, sofern die feststellende Verfügung nicht ergeht. Mithin ist auch bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen (Urteil des BVGer B-2885/2021 vom 1. März 2022 E. 2.1; ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 25 N. 17).

**3.2.2.2** Im Vergaberecht stellt das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar, weshalb die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsinteresse nicht restriktiver sind als bei einem Beschwerdebegehren, das auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung gerichtet ist (Urteil des BVGer B-2560/2021 vom 11. Januar 2022 E. 1.4, m.w.H.). Dies setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, denn andernfalls kann die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden gewesen sein (BGE 141 II 14 E. 4.6, m.w.H.).

**3.2.2.3** Die Frage, ob die beschwerdeführende Anbieterin eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihr gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rendre vraisemblable"), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihr platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m.w.H.). Zu berücksichtigen ist dabei auch die Beweiserschwernis, die sich für die nicht berücksichtigte Anbieterin aufgrund einer fehlenden Einsicht in die Verfahrensakten zum Zeitpunkt der Beschwerde ergeben kann (vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.8; B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

**3.2.2.4** Müsste das fragliche Eignungskriterium EK3 – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – bei Angebotseinreichung erfüllt sein, hat sich am Tag der Angebotseinreichung, dem 8. Juni 2021, folgende Situation in Bezug auf das ISO 27001 Zertifikat ergeben:

- Zuschlagsempfängerin: Nicht zertifiziert
- Zweitplatzierte Anbieterin: Nicht zertifiziert
- Drittplatzierte Anbieterin (Beschwerdeführerin): Zertifiziert bis zum 30. Juni 2021

– Viertplatzierte Anbieterin: Zertifiziert bis zum 8. Juli 2022

**3.2.2.5** Nur die Beschwerdeführerin als drittplatzierte sowie die viertplatzierte Anbieterin, die 280 Punkte erzielen konnte, waren somit zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung im Besitz des ISO 27001 Zertifikats, nicht aber die erst- und zweitplatzierten Anbieterinnen. Hätte die Vergabestelle die am Tag der Angebotseinreichung nicht zertifizierten Anbieterinnen ausgeschlossen, so hätte aufgrund der Punktedifferenz zur viertplatzierten Anbieterin eine reelle Chance für die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin bestanden. Ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids ist daher gegeben und ihre Beschwerdelegitimation ist in Bezug auf ihr Subsubsubeventualbegehren zu bejahen.

#### **4.**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher insofern einzutreten, als das Gericht entsprechend dem Subsubsubeventualbegehren der Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung und das Schadenersatzbegehren prüft. Auf die weitergehenden Anträge der Beschwerdeführerin ist – wie bereits erwähnt (vgl. E. 2) – nicht einzutreten.

#### **5.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das VGG nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, wie bereits erläutert (vgl. E. 2), ob die Zuschlagsverfügung vom 30. Juli 2021 rechtswidrig ist (Art. 58 Abs. 2 BöB; s. E. 6 - 13) und die Vergabestelle in der Folge für den dadurch bei der Beschwerdeführerin entstandenen Schaden haftet (Art. 58 Abs. 3 BöB; s. E. 14).

#### **6.**

Gemäss Art. 27 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer fachlichen, finanziellen, wirtschaftlichen, technischen und

organisatorischen Leistungsfähigkeit zu erbringen, wofür sie Eignungskriterien aufstellt. Die Nichterfüllung von Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters.

Nachfolgend wird untersucht, ob das von der Vergabestelle formulierte Eignungskriterium «EK3: Zertifikat ISO 27001» von der Zuschlagsempfängerin erfüllt worden ist. Dabei wird zuerst geprüft, zu welchem Zeitpunkt das EK3 zu erfüllen war und ob die Zuschlagsempfängerin das fragliche Eignungskriterium zu diesem Zeitpunkt erfüllen konnte (s. E. 7). Weiter stellt sich die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin die geforderten Nachweise beilegen konnte (s. E. 8). Ebenfalls ist strittig, ob sich die Zuschlagsempfängerin Nachweise von ihrem Rechnungszentrumanbieter anrechnen lassen kann (s. E. 9).

Ob die Vergabestelle das EK3 im Rahmen der Beurteilung nachträglich ändern durfte (s. E. 10) oder ob sich – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aufgedrängt hätte (s. E. 11), wird darauffolgend untersucht. Letztlich wird auf das Vorbringen der Vergabestelle, sie habe das Eignungskriterium EK3 weniger streng gehandhabt, da ansonsten ein Verfahrensabbruch notwendig gewesen wäre, eingegangen (s. E. 12).

## 7.

### 7.1

**7.1.1** Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde aus, dass das Angebot gemäss Ausschreibung der Vergabestelle vollständig mit allen Beilagen spätestens am letzten Tag der Frist für die Angebotseinreichung einzureichen gewesen sei. Die Vergabestelle habe im Rahmen der Beantwortung der Anbieterfragen explizit bestätigt, dass der Nachweis für die ISO 27001 Zertifizierung zur Erfüllung des Eignungskriteriums EK3 bereits bei der Angebotseingabe beigelegt werden müsse. Eine verspätete Nachreichung eines Nachweises sei nur bei unbedeutenden Details zulässig, nicht aber dann, wenn das für den Nachweis notwendige Erfordernis erst nach der Angebotseinreichung erfüllt worden sei.

**7.1.2** Die Vergabestelle vertritt in ihrer Vernehmlassung hingegen die Ansicht, dass gemäss Spezifikation im Kriterienkatalog die Anbieterin die Zertifizierung nach ISO 27001 bestätigen und für die Aufrechterhaltung dieser Zertifizierung während der gesamten Vertragslaufzeit sorgen müsse. Damit



habe sie klargemacht, dass es primär und zwingend sei, dass eine Anbieterin während der Vertragsdauer zertifiziert ist.

## 7.2

**7.2.1** Die zu erfüllenden Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise sowie den Zeitpunkt, zu welchem die Nachweise einzureichen sind, hat die Auftraggeberin in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (Art. 27 Abs. 3 BöB). Fehlt eine solche Bekanntgabe, kann die unter dem alten Recht ergangene Rechtsprechung, wonach Eignungskriterien grundsätzlich zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung erfüllt sein müssen (BGE 143 I 177 E. 2.5.1, m.w.H.), hinzugezogen werden.

**7.2.2** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.w.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 557, 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil 2C\_1101/2012 E. 2.4.1).

## 7.3

**7.3.1** Die Vergabestelle listet in Ziffer 3.7 der Ausschreibung mehrere Eignungskriterien auf, darunter auch das «EK3: Zertifikat ISO 27001». In den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Formular Eignungskriterien spezifiziert die Vergabestelle dieses Eignungskriterium wie folgt (Zitat):

Der Anbieter bestätigt, dass er gemäss ISO 27001 zertifiziert ist und dafür sorgt, dass er während der gesamten Vertragslaufzeit die Zertifizierung aufrecht erhält (sic). Erlegt (recte: Er legt) eine Kopie der des [sic] Zertifikats bei.

Als Nachweis wird eine Selbstdeklaration sowie eine Kopie des Zertifikats gefordert.

Die Vergabestelle äussert sich zum Zeitpunkt, in welchem die Nachweise für das EK3 einzureichen sind, somit zwar nicht explizit. Gestützt auf den im Präsens formulierten Text und den als Nachweise verlangten Unterlagen durften die Anbieterinnen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben jedoch davon ausgehen, dass das Eignungskriterium EK3 zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung erfüllt sein musste.

**7.3.2** Sodann führt die Vergabestelle im Lastenheft unter Kapitel «4.1.7 Elektronisches Auftragsportal» Folgendes aus (Zitat):

Der Anbieter ist nach ISO 27001 zertifiziert, wobei er das Statement of Applicability offenlegt. Die Zertifizierung muss sowohl zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültig sein als auch während der gesamten Vertragsdauer aufrechterhalten werden (periodische Re-Zertifizierungen).

Durch den ersten Satz, der wiederum im Präsens formuliert ist, wurden die Anbieterinnen in ihrem Glauben noch bestärkt, dass eine Zertifizierung nach ISO 27001 bereits bei der Angebotseingabe vorliegen muss. Daran ändert auch nichts, dass die Vergabestelle im Text hinzufügt, die Zertifizierung müsse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und während der gesamten Vertragsdauer aufrechterhalten werden. Diese Ausführung konnte von den Anbieterinnen in diesem Kontext nur als zusätzliche Anforderungen zu einer bereits bestehenden ISO 27001 Zertifizierung verstanden werden.

**7.3.3** Letzte verbleibende Zweifel, die bei den Anbieterinnen in Bezug auf den Zeitpunkt, zu welchem die ISO 27001 Zertifizierung vorliegen muss, bestehen könnten, räumte die Vergabestelle im Rahmen der Beantwortung der Anbieterfragen aus dem Weg. So antwortete die Vergabestelle auf diese von einem Anbieter gestellte Frage (Zitat):

Derzeit sind wir als Übersetzungsdienstleister nach der Norm ISO 17100 zertifiziert, [die] in der Datensicherheit eine zentrale Anforderung ist. Die ISO 27001 Zertifizierung werden wir in nächster Zeit erlangen, jedoch allenfalls erst nach Abgabe des Ausschreibungsangebots. Würde die Abgabe einer Selbstdeklaration in Form eines Statement of Applicability gemäss ISO 27001 ohne Zertifikat die Anforderungen des EK3 erfüllen?

*«Bei der Angebotseingabe müssen die Eignungskriterien erfüllt und die geforderten Unterlagen beigelegt sein.»*

Es ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass die Vergabestelle mit dieser Formulierung unmissverständlich klarmachte, dass das EK3 im Zeitpunkt der Angebotseinreichung erfüllt und der Nachweis im Sinne der Kopie des ISO 27001 Zertifikats beigelegt werden muss. Wie die Beschwerdeführerin richtig bemerkt, hätte die Vergabestelle bereits bei Eingang dieser Frage darauf schliessen können, dass möglicherweise nicht alle Wettbewerber nach ISO 27001 zertifiziert sind. Trotzdem hat sie für die Erfüllung des Eignungskriteriums EK3 am Zeitpunkt der Angebotseinreichung festgehalten. Die Vergabestelle gesteht in ihrer Vernehmlassung denn auch selber ein, dass der Nachweis für das Eignungskriterium EK3 ursprünglich bei Angebotseingabe hätte beigelegt werden müssen.

**7.3.4** Die Beschwerdeführerin ist deshalb in ihrer Auffassung zu schützen, dass das Eignungskriterium EK3 zum Zeitpunkt der Angebotseingabe erfüllt sein musste.

**7.4** Der Vergabestelle steht jedoch nicht nur bei der Festlegung der Eignungskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu, sondern auch bei der Beurteilung, ob die Anbieterinnen die Eignungskriterien erfüllen bzw. bei der Überprüfung der Nachweise (RAMONA WYSS, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 27 N. 16).

**7.4.1** Die Zuschlagsempfängerin bestätigte mit ihrer Unterschrift auf dem Formular «Eignungskriterien», dass sie gemäss ISO 27001 zertifiziert sei und dafür Sorge, dass sie während der gesamten Vertragslaufzeit die Zertifizierung aufrechterhält. Anstatt aber tatsächlich eine Kopie des Zertifikats einzureichen, legte sie lediglich eine Bestätigung der Zertifizierungsstelle vom 4. Juni 2021 bei, in welcher ausgeführt wird, dass sich die Zuschlagsempfängerin derzeit im Zertifizierungsprozess befinde. Das Zertifikat, welches die Zuschlagsempfängerin nachreichte, ist gültig vom 5. Oktober 2021 bis zum 24. Oktober 2024 und wurde am 7. Oktober 2021 von der Zertifizierungsstelle unterzeichnet.

**7.4.2** Es ist damit erstellt, dass die Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung am 8. Juni 2021 nicht zertifiziert war. Auch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 18. Juli 2021 war die Zuschlagsempfängerin nicht nach ISO 27001 zertifiziert, was im Übrigen von der Vergabestelle auch nicht bestritten wird. Auch aus ihrem Hinweis auf die bundesgerichtlichen Entscheid BGE 145 II 249, wonach ein Zuschlag ebenfalls dann rechtmässig sei, wenn die Zuschlagsempfängerin die wesentlichen Eigenschaften erst im Zeitpunkt der Auftragsausführung erfüllt, kann sie

nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn das Bundesgericht hat im von der Vergabestelle zitierten Entscheid ebenfalls festgehalten, dass sie diese Möglichkeit eines späteren Erfüllens in der Auftragsausschreibung bekanntgeben muss. Fehlt eine solche Äusserung und ergibt sich eine solche Absicht auch nicht klarerweise aus einer Auslegung der Auftragsausschreibung, darf der Zuschlag nicht an eine Anbieterin erteilt werden, die im Zeitpunkt des Zuschlags ein Eignungskriterium nicht erfüllt (BGE 145 II 249 E. 3.3). Dass die Vergabestelle auch akzeptieren würde, wenn die Anbieterinnen die wesentlichen Eigenschaften für die Auftragsausführung erst nach dem Zuschlag erfüllen, findet sich in der Ausschreibung nicht und eine solche Absicht ergibt sich auch nicht aus den Ausschreibungsunterlagen. Ganz im Gegenteil verdeutlichte die Vergabestelle – wie vorne erwähnt – bei der Beantwortung der Anbieterfragen, dass bei der Angebotseingabe die Eignungskriterien erfüllt und die geforderten Unterlagen beigelegt sein müssen.

## **8.**

Die Vergabestelle argumentiert in ihrer Vernehmlassung weiter, dass das ISO 27001 Zertifikat nur eines von mehreren Kriterien sei, mit der die Vergabestelle die Einhaltung der informationssicherheits- und datenschutzrechtlichen Anforderungen sicherstellen wollte. Die Zuschlagsempfängerin habe die ISO 27001 und ISO 22301 Zertifizierung ihres Rechenzentrumsanbieters und eine Bestätigung der Zertifizierungsstelle, dass sich die Anbieterin im Zertifizierungsverfahren nach ISO 27001 befinde, eingereicht. Darüber hinaus habe die Zuschlagsempfängerin eine Erklärung betreffend Datenschutz und Informationssicherheit und das Statement of Applicability beigelegt. Wenn das Subjekt gewillt sei, die Zertifizierung zu erlangen, könne man davon ausgehen, dass eine Zertifizierung mit Sicherheit auch tatsächlich – früher oder später – ausgestellt werde. Damit habe die Vergabestelle zu Recht auf die Bestätigung der Zertifizierungsstelle vertrauen dürfen. Sie habe kein Angebot wegen noch auszustellendem Zertifikat oder ausstehender Rezertifizierung ausgeschlossen.

**8.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Replik, dass ein laufender Zertifizierungsprozess für die Erfüllung des Eignungskriteriums EK3 ausreiche.

Die Beschwerdeführerin entgegnet weiter, dass die Frage, ob eine Zertifizierung vorliegt und damit das Eignungskriterium erfüllt sei, klar formuliert und überprüfbar sei. Die Vergabestelle habe das Kriterium so ausgestaltet, dass lediglich eine binäre Beurteilung (erfüllt/nicht-erfüllt) möglich sei. Ein

Abweichen vom Kriterium stelle daher nicht ein Ausüben von Ermessen der Vergabestelle, sondern ein klares (unzulässiges) Abweichen von Eignungskriterien dar. Zudem könne man bei einem laufenden Zertifizierungsverfahren keineswegs von einer sicheren Ausstellung des Zertifikats ausgehen. Ein Statement of Applicability könne dem Deutungsanspruch einer anerkannten Zertifizierung nicht genügen und sei daher zurecht nur ergänzend zum Zertifikat eingefordert worden.

## **8.2**

**8.2.1** Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen im Kriterienkatalog zum Eignungskriterium «EK3: ISO27001 Zertifizierung» folgenden Nachweis gefordert: «Selbstdeklaration und Kopie des Zertifikats».

Der Begriff «und» legt klar dar, dass nicht nur eine Selbstdeklaration, sondern zusätzlich eine Kopie des Zertifikats gefordert war. Es ist, auch im Lichte der Spezifikation des EK3 (s. E. 7.3.1), unzweideutig, dass damit das Zertifikat «ISO 27001» gemeint war. Ein solches Zertifikat legte die Zuschlagsempfängerin dem Angebot unbestrittenermassen nicht bei.

**8.2.2** Die Betrachtungsweise der Vergabestelle, dass man bei einem laufenden Zertifizierungsprozess mit Sicherheit auch von einer tatsächlichen Zertifizierung ausgehen könne und sie damit zurecht auf die Bestätigung der Zertifizierungsstelle vertrauen durfte, überzeugt demgegenüber nicht. Es wäre der Vergabestelle freigestanden, in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten, dass sie eine Bestätigung über den laufenden Zertifizierungsprozess als mit einem bereits vorliegenden Zertifikat gleichwertig erachtet. Eine solche Formulierung findet sich jedoch weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen.

**8.2.3** Vielmehr hielt die Vergabestelle im Rahmen der Beantwortung der Anbieterfragen am klaren Wortlaut der Ausschreibungs(unterlagen) fest und liess eine Selbstdeklaration in Form eines Statement of Applicability ohne gültige Zertifizierung nicht gelten. Es wäre treuwidrig von der Vergabestelle, wenn sie nun trotzdem ein Statement of Applicability ohne gültige Zertifizierung akzeptieren würde. Ein solches Statement of Applicability liegt – entgegen der Ansicht der Vergabestelle – auch gar nicht erst vor. Denn das im Angebot eingereichte Statement of Applicability ist dasjenige des Rechenzentrumsanbieters.

**8.2.4** Vor diesem Hintergrund darf die Vergabestelle noch viel weniger ein Schreiben der Zuschlagsempfängerin als gleichwertig erachten, in welchem sie bestätigen will, dass sie das ISO 27001 Zertifikat und das Statement of Applicability vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zustellen werde. Dieses Schreiben kann lediglich als Absichtserklärung verstanden werden, aber in keiner Weise als Gewährleistung für ein Zertifikat.

**8.3** Soweit die Vergabestelle eine Bestätigung der Zertifizierungsstelle über die laufende Zertifizierung, eine Absichtserklärung der Zuschlagsempfängerin für ein Zustellen des Zertifikats vor Vertragsschluss oder andere Nachweise in Bezug auf Informationssicherheit oder Datenschutz als gleichwertig wie ein gültiges ISO 27001 Zertifikat erachten will, hat sie ihr Ermessen deshalb rechtswidrig ausgeübt.

## **9.**

Es stellt sich sodann die Frage, ob sich die Zuschlagsempfängerin die ISO Zertifikate des Rechenzentrumsanbieters anrechnen lassen kann.

### **9.1**

**9.1.1** Die Beschwerdeführerin argumentiert in ihrer Beschwerdeschrift, dass sich die Eignungskriterien auf die Person der Anbieterin beziehen und von dieser selbst erfüllt werden müssten. Ein Zertifikat eines Rechenzentrums könne sich die Zuschlagsempfängerin nicht anrechnen lassen.

**9.1.2** Die Vergabestelle bringt in ihrer Vernehmlassung diesbezüglich vor, dass die Zuschlagsempfängerin die ISO 27001 und ISO 22301 Zertifizierung ihres Rechenzentrumsanbieters beigelegt habe.

**9.2** Die Eignungskriterien sind stets auf die Person der Anbieterin bezogen (WYSS, in: Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 27 N. 4).

**9.3** Ein ISO 27001 Zertifikat des Rechenzentrumsanbieters kann sich die Zuschlagsempfängerin, wie die Beschwerdeführerin zurecht bemerkt, daher nicht anrechnen lassen. Auch die Ausschreibung spezifiziert eindeutig, dass die Anbieterin selber zertifiziert sein muss.

## **10.**

**10.1** Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbeson-

dere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1, m.w.H.). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2, m.w.H.).

**10.2** Die Vergabestelle änderte bei der Beurteilung des fraglichen Eignungskriteriums «EK3: Zertifikat ISO 27001» den Zeitpunkt, zu welchem das EK3 erfüllt sein musste, und liess andere Nachweise, als sie in der Ausschreibung initial gefordert hat, gelten. Zudem wollte sie Zertifikate des Rechenzentrumsanbieters der Zuschlagsempfängerin anrechnen. Im Nachhinein kann die Vergabestelle aber nicht auf das Eignungskriterium EK3 verzichten oder diese abschwächen. In Verletzung des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat sich die Vergabestelle trotzdem entschieden, von ihren eigens formulierten Anforderungen an das Eignungskriterium EK3 abzusehen und dieses anders auszulegen. Auch damit handelte sie vergaberechtswidrig.

## **11.**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotseingabe nicht nach ISO 27001 zertifiziert war und dementsprechend auch den geforderten Nachweis des ISO 27001 Zertifikats nicht beilegen konnte. Da andere Belege ein solches Zertifikat entgegen der Ansicht der Vergabestelle nicht ersetzen können, erfüllte sie das Eignungskriterium EK3 im massgebenden Zeitpunkt nicht.

**11.1** Ob die Zuschlagsempfängerin aus diesem Grund vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, ist als nächstes zu prüfen.

**11.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, dass gemäss Ziffer 1.6 der Verfahrensanweisung ein Angebot ausgeschlossen werde, wenn die Anbieterin die Eignungskriterien nicht vollständig und ohne Einschränkungen erfülle. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die vermutete Nicht-Zertifizierung der Zuschlagsempfängerin nach ISO 27001 einen schweren Mangel darstelle und einen Ausschluss zur Folge haben müsse. Auch der Umstand, dass das Rechenzentrum zertifiziert sei, könne diesen Mangel nicht beseitigen, weil die Anforderungen des ISO 27001

über die Sicherheit der Server und des Rechenzentrums hinausreichen würden.

Weiter führt die Beschwerdeführerin in der Replik aus, dass die restlichen Anforderungen, die die Vergabestelle im Hinblick auf den Datenschutz und Informationssicherheit aufgestellt habe, an der Erforderlichkeit der Zertifizierung nach ISO 27001 nichts zu ändern vermögen. Die Aussage der Vergabestelle, dass ein nachträglicher Widerruf des Zuschlags möglich sei, wenn das Zertifikat bei Vertragsabschluss nicht vorliege, zeige, dass es sich bei EK3 um ein wichtiges Eignungskriterium handle, dessen Fehlen nicht als unbedeutende Abweichung beurteilt werden könne. Ein Ausschluss wäre nicht unverhältnismässig gewesen, weil die Ausschreibung die Anforderungen klar und unmissverständlich nenne.

**11.1.2** Die Vergabestelle entgegnet in der Vernehmlassung, dass die Zertifizierung nach ISO 27001 nichts über die Eignung des Anbieters zur Erbringung von Übersetzungsdienstleistungen und das Zurverfügungstellen eines Auftragsportals aussage. Ebenfalls habe das Zertifikat keine ersichtlichen Auswirkungen auf das Preis-Leistungs-Verhältnis und die Angebote der Anbieterinnen. Sie habe zusätzlich zur Bestätigung der Zertifizierungsstelle über das laufende Zertifizierungsverfahren zudem noch weitere Nachweise im Zusammenhang mit Datenschutz und Informationssicherheit verlangt, darunter das Dokument «Lösungskonzept» für das elektronische Auftragsportal, und die Erfüllung technischer Eckdaten. Das Nichtvorhandensein eines Zertifikates reiche alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden Mangel darzustellen. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin wäre demzufolge unverhältnismässig gewesen.

Die Vergabestelle stellt in ihrer Duplik richtig, dass sie dem Eignungskriterium EK3 durchaus grosse Bedeutung zugemessen habe. Sie habe es aber nicht für verhältnismässig erachtet, alle sich im Zertifizierungs- bzw. Rezertifizierungsprozess befindenden Anbieterinnen, was auf vier von fünf Anbieterinnen zugetroffen sei, vom Verfahren auszuschliessen. Ein solches Vorgehen läge im zulässigen Ermessen der Vergabestelle.

## **11.2**

**11.2.1** Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; 2010/58 E. 6.1). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt grundsätzlich zum



Ausschluss des Anbieters (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 580).

**11.2.2** Wie von der Beschwerdeführerin korrekt vorgebracht, hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen deutlich festgehalten, dass eine Anbieterin ausgeschlossen wird, wenn sie die Eignungskriterien nicht erfüllt. Die Zuschlagsempfängerin hätte demnach grundsätzlich ausgeschlossen werden müssen, da sie das EK3 im Zeitpunkt der Angebotseinreichung nicht erfüllt hat.

### **11.3**

**11.3.1** Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn sich dieser als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (Urteile des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3; 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3). Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (BVGE 2007/13 E. 3.3 m.w.H.; Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 und B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 5.3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 447 f.).

**11.3.2** Die Praxis unterscheidet bei unvollständigen oder nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.3):

Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses

Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 6.2 m.w.H.). Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1).

Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2; CHRISTOPH JÄGER, 14. Kapitel Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, N. 234).

Die dritte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1; 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C\_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4).

**11.3.3** Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle die Bedeutung des Eignungskriteriums EK3 sowie den Zeitpunkt der Erfüllung durch ihre Antwort auf eine Anbieterfrage klar hervorgehoben. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte der Vergabestelle, wie die Beschwerdeführerin richtig erwähnt, bewusst sein sollen, dass möglicherweise nicht alle Übersetzungsdienstleister bereits nach ISO 27001 zertifiziert sind. Trotzdem hat sie an der Erfüllung des Eignungskriteriums zum Zeitpunkt der Angebotseingabe festgehalten und damit in Kauf genommen, dass sie weniger Angebote erhalten könnte. Das Eignungskriterium EK3 hatte für sie demnach eine wesentliche Bedeutung, was auch die Vergabestelle in ihrer Duplik einsieht. Der Vergabestelle ist daher auch nicht zu folgen, wenn sie davon ausgeht, es handle sich bei Nichterfüllung des EK3 nicht um einen schwerwiegenden Mangel.

**11.3.3.1** Erstens ist die Argumentation der Vergabestelle, dass die ISO 27001 Zertifizierung nichts über die Eignung der Anbieterin zur Erbringung von Übersetzungsdienstleistungen und die Zurverfügungstellung eines elektronischen Auftragsportals aussage, nicht zu berücksichtigen. Die

Vergabestelle hat dieses Eignungskriterium selber festgelegt und war, zumindest bei der Ausschreibung, der Ansicht, dass sie dieses Kriterium für die Beurteilung, ob ein Anbieter geeignet ist, hinzuziehen will. Dies unterstrich sie auch dadurch, dass sie bei der Beantwortung der Anbieterfragen nicht davon abwich.

**11.3.3.2** Zweitens ist die Sichtweise der Vergabestelle, wonach die fehlende Zertifizierung keine ersichtlichen Auswirkungen auf das Preis-Leistungs-Verhältnis habe, unbeachtlich. Denn dies ist, wie die Beschwerdeführerin richtig festhält, eine Frage der Beurteilung der Zuschlagskriterien, die vorliegend vom Beschwerdeführer nicht bzw. nicht direkt gerügt werden. Falls die Vergabestelle mit dieser Argumentation sinngemäss geltend machen will, dass ein Ausschluss aufgrund des Nichteinreichens einer Bescheinigung und der fehlenden Auswirkung dieses Formmangels auf das Preis-Leistungs-Verhältnis unverhältnismässig wäre, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Denn die fehlende ISO Zertifizierung ist nicht als blosses Fehlen einer Bescheinigung zu qualifizieren, sondern stellt ein Nichterfüllen eines Eignungskriteriums dar.

**11.3.3.3** Drittens kann die Vergabestelle auch nichts für sich ableiten, wenn sie vorbringt, dass das ISO 27001 Zertifikat nur eines von vielen Anforderungen in informationssicherheits- und datenschutzrechtlicher Hinsicht sei. Denn auch hier hätte die Vergabestelle die Möglichkeit gehabt, diese Anforderungen als Eignungskriterium zu formulieren, wovon sie teilweise auch Gebrauch gemacht hat (z.B. im Eignungskriterium «EK9: Standort der Rechenzentren / Datenhaltung», bei welchem Anforderungen bezüglich Datenhaltungsstandort aufgestellt werden oder im Eignungskriterium «EK8: Einhaltung der technischen Eckdaten», wonach unter anderem eine Verschlüsselung des Datenverkehrs gefordert wurde). Möchte die Vergabestelle anstatt der für das EK3 explizit geforderten Nachweise nun Nachweise, die für andere Eignungskriterien gefordert werden bzw. hätten gefordert werden können, gelten lassen, ist ihr nicht zu folgen, denn ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch ein anderes Eignungskriterium kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4).

**11.4** Die Vergabestelle handelte folglich vergaberechtswidrig, indem sie den Zuschlag an eine Anbieterin erteilte, die aufgrund mangelnder Erfüllung des Eignungskriterium EK3 zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen. Ein Ausschluss wäre vor dem Hintergrund der Bedeutung des Eignungskriteriums EK3 weder unverhältnismässig noch überspitzt formalistisch gewesen.

## 12.

**12.1** Die Vergabestelle bringt weiter vor, da streng genommen nur eine Anbieterin über ein Zertifikat verfügt habe, das sowohl im Zeitpunkt der Angebotsabgabe als auch des Zuschlags und des Vertragsabschlusses sowie während der Leistungserbringung gültig gewesen sei, sei ihr nichts Anderes übriggeblieben, als das EK3 neu zu überdenken. Sie sei vor der Wahl gestanden, das Verfahren abzubrechen und neu auszuschreiben oder dieses weniger streng zu handhaben.

Ein Verfahrensabbruch sei immer ultima ratio. Wenn die Eignungskriterien von keinem der Anbieter erfüllt werden könnten, müsse man mildere Massnahmen als den Verfahrensabbruch erwägen.

Eine Akzeptanz der Bestätigungen über den Zertifizierungs- bzw. Rezertifizierungsprozess und das Vorhandensein der Zertifizierung bei Vertragsabschluss sowie während der Leistungserbringung habe sie als milderes Mittel erachtet als den Verfahrensabbruch. Von diesem Vorgehen habe auch die Beschwerdeführerin profitiert, weil ihr Zertifikat nur bis zum 30. Juni 2021 – und damit nicht im Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung und des Vertragsabschlusses – gültig gewesen sei.

**12.2** Ein Abbruch des Verfahrens sei, so führt die Beschwerdeführerin in ihrer Replik aus, gar nicht nötig gewesen, weil die Eignungskriterien von zumindest zwei Anbieterinnen erfüllt worden seien. Dass die Gültigkeitsdauer ihres Zertifikats nach der Angebotseinreichung abgelaufen sei, sei unerheblich und verstosse nicht gegen die Anforderungen des EK3, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen formuliert seien. Sie habe sich im Rezertifizierungsprozess befunden und nahtlos ein neues Zertifikat erhalten. Dieses legte sie der Replik bei.

Da vier der fünf Anbieterinnen inzwischen über eine Zertifizierung verfügen, könne laut Beschwerdeführerin auch nicht davon gesprochen werden, dass die Anforderungen überzogen gewesen seien.

**12.3** Falls keine der Anbieterinnen die Eignungskriterien erfüllt, kann die Vergabestelle gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b BöB das Vergabeverfahren abbrechen (vgl. BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 6).

Sie kann aber, falls ein Verfahrensabbruch unverhältnismässig wäre, auch auf die Einhaltung der betreffenden Anforderung verzichten (BGE 141 II 353 E. 7.3 und 7.4.2). Die Vergabestelle darf diesfalls aber nicht gegen

Treu und Glauben verstossen, das Angebot in einem wichtigen Punkt abändern oder die beschaffungsrechtlichen Grundsätze verletzen (BGE 141 II 353 E. 7.3).

## **12.4**

**12.4.1** Eine weniger strenge Handhabung des Eignungskriteriums, wie sie die Vergabestelle als mildere Massnahme zum Verfahrensabbruch erachtete, wäre – wie die Beschwerdeführerin korrekt vorbringt – gar nicht notwendig gewesen. Denn zwei von den restlichen vier im Vergabeverfahren verbleibenden Anbieterinnen haben gemäss Akten das Eignungskriterium EK3, so wie es in Treu und Glauben von den Anbieterinnen verstanden werden musste, erfüllt. Die Argumentation der Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin nur ein Zertifikat, welches bis zum 30. Juni 2021 gültig war, eingereicht habe, ändert daran nichts. Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, das ihr Zertifikat zum Zeitpunkt der Angebotseingabe gültig war und eine Mindestgültigkeitsdauer des Zertifikats von der Vergabestelle nicht vorgegeben wurde. Zudem konnte die Beschwerdeführerin nahtlos ein neues Zertifikat vorweisen, welches am Tag der Zuschlagserteilung gültig war und dessen Gültigkeit sich bis zum 30. Juni 2024 erstreckt. Damit ist auch die Aussage der Vergabestelle, es hätte nur eine von fünf Anbieterinnen das Eignungskriterium EK3 erfüllen können, nachweislich falsch.

**12.4.2** Ebenso fehlt geht die Betrachtungsweise der Vergabestelle, wonach die Beschwerdeführerin gleichermassen von einer Berücksichtigung der Bestätigungen über die (Re)Zertifizierung profitiert hätte. Da die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Angebotseingabe nach ISO 27001 zertifiziert war, die Zuschlagsempfängerin aber nicht, ist diese Situation im Lichte des Gleichbehandlungsgebots gar nicht erst vergleichbar.

**12.4.3** Es ist der Vergabestelle daher nicht zu folgen, wenn sie geltend machen will, dass das Vorliegen eines Zertifikats für das Eignungskriterium EK3 bei Angebotseingabe eine «überzogene» und «nicht sachgemässe» Anforderung gewesen sei. Denn zwei der vier Anbieterinnen konnten ein gültiges Zertifikat vorweisen und zumindest auch die Zuschlagsempfängerin konnte ein solches Zertifikat verspätet vorweisen.

**12.5** Folglich stand es der Vergabestelle nicht zu, das Eignungskriterium EK3 als mildere Massnahme zum Verfahrensabbruch nachträglich abzu-

schwächen. Es wurden Angebote von Anbieterinnen, die das Eignungskriterium EK3 so, wie es nach Treu und Glauben verstanden werden kann, erfüllten bzw. immer noch erfüllen, eingereicht.

### **13.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Zuschlag als rechtswidrig erweist, weil die Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung das Eignungskriterium EK3 nicht erfüllt hat und daher hätte ausgeschlossen werden müssen.

### **14.**

Die Beschwerdeinstanz entscheidet gemäss Art. 58 Abs. 3 BöB gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit über ein Schadenersatzbegehren. Die Anforderungen richten sich, sofern das BöB nichts anderes bestimmt, nach dem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32) (BBl 1851, 1985).

Schadenersatz kann verlangen, wem durch eine widerrechtliche Vergabeverfügung ein Vermögensschaden im Umfang von Art. 58 Abs. 4 BöB entstanden ist (MICHA BÜHLER, in: Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 58 N. 34).

Für die Ermittlung des Schadens (s. E. 14.1), die Widerrechtlichkeit (s. E. 14.2) und für den adäquaten Kausalzusammenhang (s. E. 14.3) wird in Staatshaftungsfällen auf zivilrechtliche Grundsätze zurückgegriffen (BGE 123 II 577 E. 4d/bb; 107 I b 160 E. 2). Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt (Art. 3 Abs. 1 VG).

**14.1** Gemäss Art. 58 Abs. 4 BöB ist der Schaden auf die erforderlichen Aufwendungen, die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind, beschränkt. Die Rechtsverfolgungskosten sind davon nach dem Wortlaut nicht erfasst (MARTIN BEYELER, Rechtsschutz, S. 42; FRANÇOIS BELLANGER/BÉNÉDICTE DAYEN, Les nouveautés concernant la phase postérieure à la décision d'adjudication, BR 2020, S. 36 ff., S. 38). Erforderlich sind die Aufwendungen dann, wenn diese objektiv vertretbar und angezeigt waren (BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N. 41). Die Person, die einen Schaden geltend macht, hat diesen zu substantiieren und darzulegen, wobei an den Nachweis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden (BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N. 42).

### **14.1.1**

**14.1.1.1** Die Beschwerdeführerin beantragte in der Beschwerde den Ersatz des entstandenen Schadens und macht einen Nettoaufwand in der Höhe von mindestens Fr. 32'000.– geltend. In der Replik vom 30. November 2021 reduziert die Beschwerdeführerin den Schaden auf Fr. 23'325.– zuzüglich Barauslagen in der Höhe von 4 % auf Fr. 23'325.– und Mehrwertsteuer von 7.7 %. Im geforderten Schadensbetrag seien Sekretariatsarbeiten nicht inkludiert. Sie reicht zudem eine Auflistung ihrer Aufwände zur Vorbereitung und Einreichung des Angebots ein, wobei sie für jede einzelne Tätigkeit die dafür benötigten Stunden ausführt. Gesamthaft macht sie 78.5 Stunden für den Key Account Manager zu einem Stundensatz von Fr. 150.– und 38.5 Stunden für den CEO zu einem Stundensatz von Fr. 300.– geltend. In den Beilagen zur Duplik finden sich auch einzelne Ausdrücke von Outlook-Kalendereinträgen und E-Mails.

**14.1.1.2** Die Vergabestelle verlangt die Abweisung des Schadenersatzbegehrens und macht insbesondere geltend, dass die eingereichten Belege den Arbeitsaufwand der Beschwerdeführerin nicht zu belegen vermögen. Insbesondere kritisiert sie, dass ein Outlook-Kalendereintrag nicht beweisen könne, ob eine Sitzung tatsächlich stattgefunden habe. Weiter bemängelt sie die Stundenansätze des CEO und des Key Account Managers, die überrissen seien und deren Zusammensetzung weder bekannt noch belegt sei.

### **14.1.2**

**14.1.2.1** Der Rechtsbegriff des Schadens und die Rechtsgrundsätze zur Schadensberechnung im Staatshaftungsrecht stimmen mit denjenigen des Privatrechts überein (Urteil des BGer 2C\_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.2; TOBIAS JAAG, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I/3: Staats- und Beamtenhaftung, 3. Aufl. 2017, N. 164). Der Schaden, für den Ersatz verlangt werden kann, besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis erreicht hätte (Art. 3 Abs. 1 VG; BGE 144 III 155 E. 2.2 m.w.H.). Nach Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Diese allgemeine Beweislastregel findet auch im öffentlichen Recht Anwendung, sofern keine anderslautende Regelung vorliegt (BGE 143 II 646 E. 3.3.8; 142 II 433 E. 3.2.6; Urteile des BVGer B-1373/2015 vom 31. Oktober 2016 E.4.2; B-7916/2007 vom 26. Juni 2008 E. 5.4). Weder im BöB

noch im VG ist in Bezug auf den Schaden eine anderslautende Regelung vorzufinden. Mit Art. 42 Abs. 1 OR wird die Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB bestätigt. Dies bedeutet, dass der Geschädigte die objektive Beweislast für den Schaden trägt (BRUNO PASQUIER, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, 2014, N. 14).

**14.1.2.2** In aller Regel ist für die Ermittlung des Schadens sowie dessen Höhe der volle, strikte Beweis zu erbringen (vgl. Art. 42 Abs. 1 OR; PASQUIER, a.a.O., N. 44 ff; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, 2012, N. 1450). Von diesem Regelbeweismass kann gemäss Art. 42 Abs. 2 OR abgewichen werden und das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert werden (PASQUIER, a.a.O., N. 42 ff.).

**14.1.2.3** Art. 42 Abs. 2 OR gelangt zur Anwendung, wenn der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn ein strikter Schadensbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Urteil des BGer 4A\_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 6.3). Bei der naturgegebenen Unmöglichkeit ist ein strikter Schadensbeweis für sämtliche gleichgelagerten Fälle ausgeschlossen (TOM FREY, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, N. 229). Der Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR ist auch dann eröffnet, wenn sich ein genauer Beweis aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls aus objektiven Gründen als unmöglich oder unzumutbar erweist (vgl. Urteil des BGer 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 5.2).

**14.1.2.4** Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Replik vor, dass es sich beim Schaden um interne Kosten für die Angebotserstellung und Einreichung handelt und keine Kostenrechnung vorliegt. Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, dass ein voller Schadensbeweis nicht möglich ist. Es ist glaubhaft, dass für interne Kosten regelmässig keine Nachweise vorliegen, die dem Regelbeweismass für den Schadenseintritt und die Schadenshöhe genügen würden (vgl. zu Eigenleistungen Urteil des BGer 2C\_960/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 4.7.2; zu Überstunden Urteil des BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.3). Damit ist der Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR vorliegend eröffnet.



### 14.1.3

**14.1.3.1** Die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR hat zur Folge, dass das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert wird. Es müssen sich also genügend Anhaltspunkte ergeben, die auf einen Schadenseintritt schliessen lassen und dieser Schluss muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (Urteil des BGer 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 2.2.1 m.w.H.). Sodann sind vom Geschädigten alle Umstände vorzubringen, die Indizien für den Bestand des Schadens darstellen und die Schätzung des Schadensumfangs erlauben (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2; 140 III 409 E. 4.3.1; BGer 4A\_586/2017 vom 16. April 2018 E. 2.3).

**14.1.3.2** Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Auflistung der Tätigkeiten mit einer Zusammenstellung der Stunden des CEO und des Key Account Managers sowie die beigelegten Outlook-Kalendereinträge und E-Mails ergeben genügend Anhaltspunkte, um einen Schaden in einer bestimmten Höhe als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die beiden Personen für die Ausarbeitung und Einreichung des Angebots einen gewissen, vergeblichen Arbeitsaufwand hatten. Die Tatsache, dass die Vergabestelle ein gedrucktes und per Post versandtes Angebot anforderte, führt dazu, dass Barauslagen für den Ausdruck und das Porto anfielen.

**14.1.3.3** Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Indizien (detaillierte Auflistung der Tätigkeiten mit Stundenaufwand pro Person, Outlook-Kalendereinträge und E-Mails) erlauben zudem die Schätzung des Schadens.

### 14.1.4

**14.1.4.1** Bei der Ermessensausübung nach Art. 42 Abs. 2 OR hat das Gericht den gewöhnlichen Lauf der Dinge, das heisst den von der allgemeinen Lebenserfahrung aufgezeigten wahrscheinlichsten Geschehensablauf (FREY, a.a.O., N. 171 ff. m.w.H.), und die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen zu beachten.

**14.1.4.2** Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge fallen bei der Vorbereitung und Einreichung des Angebots für das ausgeschriebene Projekt die von der Beschwerdeführerin in der Auflistung der Arbeiten aufgeführten Tätigkeiten – darunter die Sichtung der Ausschreibungsunterlagen, die Preis-

berechnung, das Einholen von Referenzen und Lebensläufen, die Erstellung des Lösungskonzeptes sowie weitere notwendige Beilagen, die Koordination der Testübersetzungen und die Vorbereitung sowie Durchführung der Anbieterpräsentation – an. Ein Debriefing ist allerdings nicht ersatzpflichtig, weil dieses dazu dient, die Gründe, wieso der Zuschlag nicht an die Beschwerdeführerin erteilt wurde, darzulegen. Der Aufwand fiel folglich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht im Rahmen der Vorbereitung und Einreichung des Angebots an.

**14.1.4.3** In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Stunden ist zu beachten, dass die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung eine Vielzahl von Beilagen (unter anderem diverse Konzepte und Lösungsvorschläge für die Sicherstellung der Qualität und Konsistenz der Übersetzungen sowie Vorschläge für Prozesse) forderte, die die Beschwerdeführerin zumindest teilweise erst noch erstellen oder auf die Bedürfnisse der Vergabestelle anpassen musste. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer früheren Zusammenarbeit mit der Vergabestelle bereits Kenntnisse über das Unternehmen und die Prozesse der Vergabestelle hat. Daher konnte sie vermutlich einige Dokumente weiterverwenden oder bloss minimale Anpassungen vornehmen. Gewisse Formulierungen im Angebot bestätigen diese Annahme (so zum Beispiel: «das bewährte Notfallkonzept»; «umfassende Erfahrungswerte hinsichtlich der Swissgrid-spezifischen Bedarfs- und Ressourcenplanung»; «empfiehlt weiterhin die Verwendung des seit (...) im Einsatz stehenden, Swissgrid-spezifischen Auftragsportals»; «Fortführung des bestehenden Reportings»).

Der stundenmässige Aufwand, den die Beschwerdeführerin geltend macht, entspricht zudem nicht überall dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Beispielsweise wurden für das Zusammentragen der Zertifikate zwei Stunden aufgewendet. Es ist wenig glaubhaft, dass eine Person für das Beilegen von drei bereits bestehenden Zertifikaten zwei Stunden benötigt.

Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Belege weisen weiter darauf hin, dass nicht alle Tätigkeiten vom Key Account Manager sowie vom CEO erbracht wurden. Die Beschwerdeführerin vermerkt auch ausdrücklich, dass Sekretariatsarbeiten im geltend gemachten Schadenersatzanspruch nicht inkludiert seien. Der Key Account Manager und der CEO nahmen somit auch Koordinationsaufgaben wahr (so zum Beispiel: «Handling Testübersetzungen»; «Einholen der Kurzlebensläufe»), die nach der allge-

meinen Lebenserfahrung nicht so viel Zeit benötigen, wie die Beschwerdeführerin vorbringt. Die Stunden, die für den Key Account Manager und den CEO geltend gemacht werden, erscheinen daher insgesamt als zu hoch.

Gleichzeitig gilt es aber auch, die von den anderen Personen geleisteten Stunden, insbesondere für die Durchführung der Testübersetzungen, entsprechend zu berücksichtigen, die sich allerdings nicht aus der Auflistung der Arbeiten ergeben.

**14.1.4.4** Der Key Account Manager der Beschwerdeführerin war seit (...) Ansprechpartner für die Vergabestelle im Rahmen des inzwischen abgelaufenen Vertrags für Übersetzungsdienstleistungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle. Daher ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nachvollziehbar, dass er bei der Ausschreibung für das neue Projekt eine massgebende Rolle einnahm. Dass der CEO eines Unternehmens dieser Grösse in einem solchen Projekt, welches für die Beschwerdeführerin mutmasslich von grosser Bedeutung ist, hinzugezogen wird, ist ebenfalls nicht ungewöhnlich. Die Zusammensetzung der Stundensätze erscheint aber trotz Berücksichtigung der Kompetenzen und Verantwortlichkeiten dieser beiden Personen unüblich.

Die Stundensätze der anderen Personen, die an der Vorbereitung und Einreichung des Angebots mitgewirkt haben, sind nicht bekannt.

**14.1.4.5** Unter der Berücksichtigung des soeben Gesagten ist es gerechtfertigt, für ein Angebot in diesem Umfang den Schaden auf Fr. 19'000.– inklusive Barauslagen festzusetzen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus 35 Stunden des CEO zu einem Stundensatz von Fr. 200.–, 70 Stunden des Key Account Managers zu einem Stundensatz von Fr. 120.– und 59 Stunden der übrigen Personen zu einem Stundensatz von Fr. 60.– sowie Barauslagen von pauschal Fr. 60.–.

**14.1.5** Da eine Schadenersatzzahlung, die nicht auf einem Leistungsaustausch beruht, gemäss Art. 18 Abs. 2 Bst. i MWSTG (SR 641.20) nicht als Entgelt im Sinne des Mehrwertsteuergesetzes gilt, ist der Schadenersatz nicht mehrwertsteuerpflichtig. Daher ist von einer Erhöhung des verlangten Schadenersatzes um die Mehrwertsteuer in Höhe von 7.7 % abzusehen.

**14.2** Für die Widerrechtlichkeit wird eine Verfügung, die in Verletzung von Bundesrecht ergangen ist, vorausgesetzt (vgl. BÜHLER, a.a.O., Art. 58

N. 35; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz [nachfolgend: BEYELER, Öffentliche Beschaffung], 2004, N. 284).

Die Verfügung, mit welcher der Zuschlag an die Erstplatzierte erteilt wurde, ist, wie bereits festgestellt, rechtswidrig.

**14.3** Vorausgesetzt wird sodann ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Verfügung und dem Schaden. Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die rechtswidrige Verfügung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass zugleich der Schaden entfiere (BEYELER, Öffentliche Beschaffung, N. 586). Zudem muss die gerügte Vergaberechtswidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den geltend gemachten Schaden herbeizuführen (BEYELER, Öffentliche Beschaffung, N. 589). Ein Schadenersatzanspruch setzt demnach voraus, dass der Antragstellende zumindest eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (BGE 141 II 14 E. 4.6).

**14.3.1** Bei rechtmässigem Vorgehen der Vergabestelle hätte nicht nur die Erst- sondern auch die Zweitplatzierte vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil sie beide das Eignungskriterium EK3 im Zeitpunkt der Angebotseinreichung nicht erfüllten. Das Angebot der Viertplatzierten, die ebenfalls ein Zertifikat vorweisen konnte und damit das EK3 prima vista wohl ebenfalls erfüllte, lag mit 280 Punkten deutlich hinter demjenigen der Beschwerdeführerin, welches mit 399.7 Punkte bewertet wurde. Bei einem Ausschluss der Erst- und Zweitplatzierte wäre jedoch auch die Viertplatzierte zu einer Anbieterpräsentation eingeladen worden, da sich diese nach dem Ausschluss auf dem zweiten Rang befunden hätte. Für Anbieter, die zur Anbieterpräsentation eingeladen wurden, war ein fünftes Zuschlagskriterium vorgesehen: «Präsentation inkl. Aufgabenstellung». Dieses wurde mit 20 % gewichtet. Gemäss der Beurteilungstabelle der Vergabestelle konnte maximal die Note 5 erreicht werden, was 100 Punkten entspricht. Auch wenn die Viertplatzierte beim Zuschlagskriterium 5 die Maximalnote erreicht hätte, hätte ihr Angebot total nur 380 Punkte aufweisen können. Damit wäre ihr Angebot immer noch hinter demjenigen der Beschwerdeführerin gelegen. Die Beschwerdeführerin hätte den Zuschlag folglich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten und ihre Aufwände für die Vorbereitung und Erstellung des Angebots wären nicht nutzlos geworden. Die rechtswidrige Verfügung war demnach natürlich kausal für den Schaden der Beschwerdeführerin.

**14.3.2** Dass die Aufwände der Beschwerdeführerin aufgrund der widerrechtlichen Verfügung nutzlos wurden, entspricht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung.

**14.3.3** Daher ist die Kausalität zwischen dem geltend gemachten Schaden und der angefochtenen, widerrechtlichen Verfügung gegeben.

**15.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 2), teilweise gutzuheissen und der Schaden der Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen in Höhe von Fr. 19'000.– inklusive Barauslagen von der Vergabestelle zu ersetzen ist.

**16.**

Im Folgenden sind die Verfahrenskosten zu verlegen.

**16.1** Die Beschwerdeführerin beantragt, die Verfahrenskosten der Vergabestelle aufzuerlegen. Zur Begründung bringt sie vor, die Vergabestelle hätte das Gerichtsverfahren aufgrund ihres fehlerhaften und bewusst unkooperativen Verhaltens zu verantworten. Ihr sei innert der Beschwerdefrist keine Einsicht in die Bewertung der Angebote gewährt worden und die Beschwerdeführerin sei deswegen zur Beschwerdeerhebung gezwungen gewesen. Weiter habe die Vergabestelle eine fehlerhafte Ausschreibung und einen fehlerhaften Zuschlag inklusive falscher Rechtsmittelbelehrung publiziert, was die Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres habe erkennen können. Das CPV-Gemeinschaftsvokabular decke sich nicht vollständig mit den CPC-Kategorien. Es sei für Anbieter daher nicht möglich, die von der Vergabestelle vorgenommene Zuordnung zweifelsfrei zu überprüfen. Die zusätzlichen Aufwände und Verfahrensschritte, die aufgrund der falschen Rechtsmittelbelehrung und Zuordnung zum Staatsvertragsbereich entstanden seien, seien daher der Vergabestelle anzulasten.

Die Vergabestelle entgegnet, dass eine anwaltlich vertretene Partei keine Rechte aus der Rechtsmittelbelehrung ableiten könne. Die unnötigen Aufwände in Form von unzulässigen Anträgen und Rechtsbegehren habe die Beschwerdeführerin alleine zu verantworten und sie habe für diese Kosten aufzukommen.

**16.2** Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom

21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverlegung massgebende Ausmass von Unterliegen hängt von den gestellten Rechtsbegehren ab, gemessen am Ausgang des Verfahrens. Abzustellen ist auf das materiell Gewollte, ohne Rücksicht auf die Anträge der Gegenpartei (vgl. ausführlich Urteil des BGer 2C\_478/2014 vom 25. März 2015 E. 2.4, bestätigt mit Urteil des BGer 2C\_1069/2018 vom 23. April 2019 E. 4.2).

Verfahrenskosten für Zwischenentscheide werden praxisgemäss gesondert verlegt, wenn nicht dieselbe Partei im Zwischenentscheid und im Endentscheid unterliegt (Urteile des BVGer B-7305/2014 vom 27. März 2015; B-4409/2008 vom 27. Januar 2010 E. 12).

**16.3** Im Zwischenentscheid vom 21. Oktober 2021 ist die Vergabestelle mit ihrem Antrag, die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren, durchgedrungen, weshalb sie insofern als obsiegend und die Beschwerdeführerin als unterliegend anzusehen ist. Damit ist die Beschwerdeführerin diesbezüglich grundsätzlich kostenpflichtig.

**16.3.1** Jedoch können Verfahrenskosten gemäss Art. 6 Bst. b VGKE ganz oder teilweise erlassen werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen.

**16.3.2** Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung sowie auf der ersten Seite der Verfahrensanweisung und dem Lastenheft angegeben, dass es sich um eine Ausschreibung im Staatsvertragsbereich handle. Auch die Rechtsmittelbelehrung in der Zuschlagsverfügung deutete daraufhin, dass die Ausschreibung nach staatsvertraglichen Regeln erfolge und damit Primärrechtsschutz beantragt werden könne. Diese Angaben der Vergabestelle haben massgeblich dazu beigetragen, dass die Beschwerdeführerin die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragte. Es ist hingegen auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Beschwerdeführerin seit Beginn des Beschwerdeverfahrens durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, der gemäss Aussagen auf der Homepage der Anwaltskanzlei auf Vergaberecht spezialisiert ist. Auch nachdem die Vergabestelle ihre Gründe, wieso der Auftrag nicht in den Staatsvertragsbereich falle, darlegte und auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verwies, in welchem die Übersetzungsdienstleistungen nach altem Recht dem Nichtstaatsvertragsbereich zugeordnet wurden, hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Begehren um

Gewährung der aufschiebenden Wirkung fest. Die Beschwerdeführerin kann auch nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie vorbringt, die Vergabestelle habe das «Debriefing» kurzfristig verschoben. Auch wenn das «Debriefing» vor Ablauf der Beschwerdefrist stattgefunden hätte, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin eine Beschwerde eingereicht und Primärrechtsschutz geltend gemacht hätte. Die Beschreibung der verwendeten CPV-Nummer ist weiter nahezu identisch mit derjenigen der zu verwendenden CPC-Kategorie, weshalb eine Zuordnung zur korrekten CPC-Kategorie durchaus möglich gewesen wäre.

**16.3.3** Vor diesem Hintergrund werden die Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid von zuvor Fr. 500.– zwar auf Fr. 400.– reduziert, ansonsten aber der Beschwerdeführerin auferlegt.

**16.4** In Bezug auf das vorliegende Urteil wurde dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung der Rechtswidrigkeit vollständig und ihrem Begehren auf Schadenersatz teilweise stattgegeben. Auf die Anträge 1-4 trat das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht ein, weil der Auftrag dem Nichtstaatsvertragsbereich zuzuordnen ist. Folglich ist im Ergebnis von einem mehrheitlichen Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen.

**16.5** In dieser Streitigkeit mit Vermögensinteresse hat die Beschwerdeführerin daher grundsätzlich den Grossteil der für das vorliegende Urteil unter Berücksichtigung der Grundsätze in Art. 2 Abs. 1 VGKE auf Fr. 3'000.– festgesetzten Gerichtsgebühr zu tragen.

**16.5.1** Wie bereits ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin die Anträge 1-4 in der Annahme gestellt, dass die Ausschreibung – wie von der Vergabestelle angegeben – dem Staatsvertragsbereich unterstehe sowie die Rechtsmittelbelehrung in der Zuschlagsverfügung korrekt sei, und diese Anträge daher zulässig seien (vgl. Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 7, m.w.H.). Auch nach dem Zwischenentscheid, der prima vista feststellte, dass die Ausschreibung nicht dem Staatsvertragsbereich unterliege, hat die Beschwerdeführerin jedoch an ihren Rechtsbegehren um Aufhebung der Zwischenverfügung bzw. Rückweisung an die Vorinstanz festgehalten (vgl. Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, E. 10.1).

**16.5.2** Es ist deshalb zwar angebracht, die Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– auf Fr. 2'400.– zu reduzieren, ansonsten ist sie jedoch im Umfang ihres Unterliegens, somit in der Höhe von Fr. 1'800.–, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

**16.5.3** Der in der Hauptsache teilweise unterliegenden Vergabestelle werden hingegen keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG), da unter dem Begriff «Bundesbehörden» nicht nur die allgemeine Bundesverwaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 BöB, sondern im Sinne einer funktionalen Betrachtung auch die Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 2 BöB zu verstehen sind (vgl. Urteil B-4011/2018 E. 11).

**16.5.4** Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen und sich als Partei zu konstituieren. Auch ihr sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**16.6** Die Verfahrenskosten von Fr. 400.– für den Zwischenentscheid und Fr. 1'800.– für das vorliegende Urteil (insgesamt Fr. 2'200.–) werden dem von der Beschwerdeführerin bezahlten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– entnommen. Die Differenz in Höhe von Fr. 800.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

## **17.**

Bei diesem Verfahrensausgang ist schliesslich darüber zu entscheiden, ob der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung auszurichten ist.

**17.1** Die Vergabestelle hat als eine dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellte Auftraggeberin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr Obsiegen im Zwischenentscheid und ihr anteilmässiges Obsiegen im vorliegenden Urteil (Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 1443). Eine solche Entschädigung wird von ihr auch nicht geltend gemacht.

**17.2** Allerdings hat die Beschwerdeführerin nach Massgabe ihres Obsiegens im vorliegenden Urteil Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Das Ausmass des Obsiegens ist nach denselben Grundsätzen wie bei der Verlegung der Verfahrenskosten zu bestimmen (MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 64 N. 17). Demzufolge hat die Beschwerdeführerin entsprechend dem auf die Verfahrenskosten angewandten Schlüssel einen Anspruch auf einen Teil der Parteikosten für das anteilmässige Obsiegen in der Hauptsache.



**17.3** Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, andernfalls die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festsetzt (Art. 14 VGKE). An den Detaillierungsgrad der Kostennote sind gewisse Anforderungen zu stellen, damit überprüft werden kann, ob der geltend gemachte Aufwand vollumfänglich notwendig und damit entschädigungsberechtigt ist. Daher soll aus der Kostennote nicht nur ersichtlich sein, welche Arbeiten durchgeführt worden sind und wer wie viel Zeit zu welchem Ansatz aufgewendet hat, sondern auch, wie sich der geltend gemachte Aufwand auf die einzelnen Arbeiten verteilt (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 64 N. 18).

**17.3.1** Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin weist mit der Honorarnote vom 30. November 2021 in der Höhe von Fr. 25'018.10 einen Aufwand von 69.8 Stunden und einen Stundensatz von Fr. 320.– sowie eine Unkostenpauschale in der Höhe von 4 % aus. Aus der Kostennote ist jedoch nicht ersichtlich, welche Arbeiten durchgeführt wurden. Diese ist folglich nicht hinreichend detailliert, weshalb die Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen ist.

**17.3.2** Mit heutigem Urteil ergeht ein Entscheid in einem Verfahren, in dem die Beschwerdeführerin in einem doppelten Schriftenwechsel Stellung genommen hat, vorab auch zur Stellungnahme der Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung. Die Eingaben der Beschwerdeführerin enthalten jedoch teilweise unnötige Wiederholungen und Ausführungen. Die Parteientschädigung ist daher unter Berücksichtigung des mehrheitlichen Unterliegens der Beschwerdeführerin auf Fr. 2'250.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

Es wird festgestellt, dass die Vergabestelle den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin in vergaberechtswidriger Weise erteilt hat.

Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin Schadenersatz in Höhe von Fr. 19'000.– zu bezahlen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden in der Höhe von Fr. 2'200.– der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 800.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteient-schädigung von Fr. 2'250.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und in anonymisierter Form an die Zuschlagsempfängerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Seraina Gut

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: 10. Juni 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückersstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 220019; Gerichtsurkunde)
- Die Zuschlagsempfängerin (A-Post; in anonymisierter Form)