

VergabeNews Nr.

21

Die in Submissionsverfahren verwendete Sprache hat mit der Öffnung der Beschaffungsmärkte an Bedeutung gewonnen. Sind Vergabestellen verpflichtet, das Verfahren mehrsprachig zu führen, die Ausschreibungsunterlagen in allen Amtssprachen zur Verfügung zu stellen und Angebote in mehr als einer Sprache zuzulassen?

Sag, wie hast du's mit der Sprache?

Vergabestellen werden gelegentlich aufgefordert, Verfahren mehrsprachig zu führen, Dokumente und Informationen in weitere Amtssprachen zu übersetzen und Eingaben von Anbietern in anderen als der von ihnen festgelegten Sprache zu akzeptieren. Wie sind solche Forderungen nach geltendem Recht zu beurteilen und was ändert sich mit der Revision des Beschaffungsrechts?



Martin Zobl

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com

Die Sprachenfrage

Bei grösseren Beschaffungsprojekten sind mehrsprachige Anbieterkreise an der Tagesordnung. In diesen Fällen sehen sich Vergabestellen mit den Fragen konfrontiert, i) in welcher Sprache bzw. in welchen Sprachen sie das Submissionsverfahren führen, ii) ob sie nebst der Ausschreibung und dem Zuschlag weitere Dokumente und Informationen, namentlich die Ausschreibungsunterlagen, in mehreren Amtssprachen zur Verfügung stellen und iii) ob sie Teilnahmeanträge und Angebote der Anbieter in anderen als der in der Ausschreibung vorgesehenen Sprache entgegennehmen müssen. Für die Anbieterseite stellen sich dieselben Fragen spiegelbildlich. Das Bundes(vergabe)recht hält zumindest auf den ersten Blick keine klaren Antworten bereit und bedarf daher einer näheren Betrachtung. Ähnliche Probleme können insbesondere in mehrsprachigen Kantonen auftreten.

Im Verfahren B-2570/2017 hatte eine französischsprachige Anbieterin vor Bundesverwaltungsgericht verlangt, dass sie ihr Angebot in einem deutschsprachig geführten Ausschreibungsverfahren der SBB auf Französisch einreichen kann und dass nebst der Ausschreibung auch die Ausschreibungsunterlagen in französischer Sprache zu publizieren sind. Im summarisch begründeten Entscheid über die aufschiebende Wirkung bejahte der zuständige Instruktionsrichter eine Pflicht der SBB, auch französischsprachige Angebote zu akzeptieren. Er begründete seinen Entscheid insbesondere damit, dass das Bundesvergaberecht weder die Sprache der Ausschreibungsunterla-

gen noch diejenige der Angebote ausdrücklich regle. Ziel des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sei es, einen möglichst grossen Anbieterkreis zu erreichen, Transparenz zu schaffen und den Markt zu öffnen. Zudem sei das Gleichbehandlungsgebot (Art. 1 Abs. 2 BöB) zu beachten, das nicht nur zwischen schweizerischen und ausländischen, sondern auch zwischen innerstaatlichen Anbietern zum Tragen komme.

Im Übrigen verwies der Instruktionsrichter auf den Sprachenartikel der Bundesverfassung (Art. 70 Abs. 1), welcher dem Einzelnen insbesondere das Recht verleiht, von den Behörden eine Antwort in der von ihm gewählten Amtssprache zu erhalten. Entsprechend dürften Angebote in denselben Sprachen eingereicht werden, in denen die Ausschreibung zu publizieren sei. Dieselben Überlegungen, so heisst es weiter im Entscheid, müssten auch für die Sprache der Ausschreibungsunterlagen gelten. Nachdem sich die SBB und der Beschwerdeführer vergleichsweise geeinigt hatten, musste sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Angelegenheit nicht weiter auseinandersetzen. Ob das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen eines (nicht bloss summarisch begründeten) Sachentscheids gleich entschieden hätte, darf bezweifelt werden. Der Zwischenentscheid des Instruktionsrichters vermag jedenfalls nicht zu überzeugen.

Im Bundesvergaberecht finden sich nur (aber immerhin) punktuelle Vorgaben zur Sprachenfrage. So bestimmt Art. 24 Abs. 3 BöB, in welchen Sprachen die Ausschreibung und der Zuschlag zu veröf-

fentlichen sind. Für Bauaufträge und damit verbundene Lieferungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Bauvorhaben gilt die Amtssprache des Standorts der Baute. Bei allen übrigen Lieferungen und Dienstleistungen sind zwei Amtssprachen zu verwenden. Wird ein geplanter Auftrag nicht in französischer Sprache ausgeschrieben, so muss der Ausschreibung zusätzlich eine Zusammenfassung in französischer, englischer oder spanischer Sprache beigelegt werden (Art. 24 Abs. 4 BöB). Was die Sprache der Anträge und Angebote der Anbieter im offenen oder selektiven Verfahren angeht, hält die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) fest, dass diese in der Ausschreibung (sowie in den Ausschreibungsunterlagen) angegeben werden muss (Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Abs. 1 Ziff. 6 lit. b VöB; Art. 18 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang 5a Ziff. 3 VöB). Falls Angebote in mehreren Sprachen eingereicht werden können, muss eine davon eine WTO-Amtssprache sein (Art. XII Ziff. 1 GPA). Diese Vorschriften helfen für die Beantwortung der eingangs erwähnten Fragen nur teilweise weiter.

Bestimmung der Verfahrenssprache

Erwartet eine Vergabestelle in einem Beschaffungsprojekt Angebote aus verschiedenen Sprachregionen, hat sie zunächst die Verfahrenssprache zu bestimmen. Als Verfahrenssprache gilt diejenige Sprache, in der die Behörde das Verfahren führt und die sie grundsätzlich im gesamten Verkehr mit den Verfahrensbeteiligten verwendet. Sie umfasst sämtliche auf den Verfahrensgegenstand bezogenen (hoheitlichen) Akte sowie die Interaktionen zwischen der Behörde und den Parteien (Verfügungen, Rundschreiben, Briefe, Protokolle, Q&A, Verhandlungen etc.).

Nicht von der Verfahrenssprache erfasst ist zum einen die rein verwaltungsinterne Kommunikation. Sie kann auch in anderen Sprachen geführt werden. Zum anderen gilt es zu bedenken, dass ein Beschaffungsprozess nebst hoheitlichen,

allein durch das öffentliche Recht regierten Akten (Ausschreibung, Präqualifikation, Verfahrensausschluss, Protokollierung, Zuschlag etc.) auch vertraglich-konsensuale Elemente beinhaltet. Das gilt insbesondere für den Vertragsschluss, der nach der Zuschlagserteilung und somit ausserhalb des öffentlich-rechtlichen Verfahrens erfolgt. Eine Scharnierfunktion zwischen öffentlich- und privatrechtlicher Sphäre kommt aber auch den Ausschreibungs- und den Angebotsunterlagen zu, welche die Grundlage des (privatrechtlichen) Beschaffungsvertrags bilden. Insofern kann man sich fragen, ob die Verfahrenssprache restlos alle Akte und Dokumente im Rahmen eines Vergabeverfahrens umfasst, unabhängig von deren öffentlich- oder privatrechtlichen Natur. Es liesse sich durchaus argumentieren, dass diejenigen Akte und Dokumente, die sich auf den Vertrag beziehen und nicht vom öffentlichen Recht regiert werden, zur privatrechtlichen Tätigkeit der Vergabestelle gehören, wofür keine spezifischen Sprachanforderungen bestehen. Wir verzichten darauf, diese Frage hier weiter zu vertiefen.

Das BöB und die VöB enthalten, abgesehen von punktuellen Regelungen zur Ausschreibung und zum Zuschlag, keine Vorschriften zur Verfahrenssprache an sich. Aufgrund des Generalverweises in Art. 26 Abs. 1 BöB ist somit grundsätzlich auf die Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege, namentlich das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), abzustellen. Das VwVG bestimmt, dass das Verfahren in „einer der vier Amtssprachen“ zu führen ist, „in der Regel in der Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden“ (Art. 33a Abs. 1 VwVG). Das Gesetz sieht somit in erster Linie vor, dass eine (und nicht mehrere) der vier Amtssprachen als Verfahrenssprache verwendet wird. Die Behörde ordnet eine Übersetzung dort (aber nur dort) an, „wo dies nötig ist“ (Art. 33a Abs. 3 VwVG). Das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot vermögen am gesetzgeberischen Entscheid der „Einsprachig-

keit“ von Verwaltungsverfahren grundsätzlich nichts zu ändern. Anderenfalls könnte bei mehrsprachigen Anbieterkreisen jede Vergabestelle gezwungen werden, das Verfahren in sämtlichen von den Anbietern verwendeten Sprachen zu führen, was hochgradig ineffizient und unökonomisch wäre.

Wie bereits aus der Formulierung von Art. 33a VwVG hervorgeht („in der Regel“, „kann“ etc.), besitzen die Behörden bei der Festlegung der Verfahrenssprache ein gewisses Ermessen. Der Ermessensspielraum muss umso grösser sein, je mehr Parteien mit unterschiedlichen Interessenslagen und sprachlichen Hintergründen am Verfahren (potenziell) teilnehmen. Das Beschaffungsrecht wird von verschiedenen, teilweise konträren Grundsätzen und Zielen regiert: Dem Effizienzgedanken, dem Beschleunigungsgebot und dem haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln stehen Aspekte wie Marktöffnung, Fairness, Transparenz und Gleichbehandlung gegenüber. Es wird für eine Vergabestelle kaum je möglich sein, all diesen Aspekten mit der Wahl einer bestimmten Verfahrenssprache gleichzeitig Rechnung zu tragen. Entsprechend erscheint es im Allgemeinen sachgerecht und zulässig, diejenige Amts- als Verfahrenssprache zu wählen, die aus Sicht der Vergabestelle am wenigsten Aufwand, Kosten und Verzögerung verursacht, solange die Verständlichkeit gewährleistet ist. Soweit keine Sonderbestimmungen greifen, kommt diese Sprache im gesamten Verfahren zur Anwendung.

Massgeblichkeit des Sprachengesetzes?

Zur Förderung der Mehrsprachigkeit der Schweiz hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 2007 das Sprachengesetz (SpG) erlassen. Das Sprachengesetz ist anwendbar auf das Parlament, die eidgenössischen Gerichte sowie alle Stellen der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung. Auf weitere Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten

Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, aber mit Verwaltungsaufgaben betraut werden (etwa die SBB, die ETH oder die Post) ist das SpG nur sehr eingeschränkt anwendbar.

Gemäss Sprachengesetz kann der Einzelne, der sich an eine Bundesbehörde wendet, dies in der Amtssprache seiner Wahl tun. Die Bundesbehörden antworten in der Amtssprache, in der sie angesprochen werden (Art. 6 Abs. 1 SpG). Die Vorschrift konkretisiert im Wesentlichen den Sprachenartikel der BV (Art. 70) auf Gesetzesstufe. Kann ein Anbieter gestützt auf diese Bestimmungen von einer Vergabestelle verlangen, das Verfahren in mehreren Landessprachen zu führen und insbesondere alle Akte und Dokumente in weitere Amtssprachen zu übersetzen? Aus den folgenden Gründen scheint dies abwegig:

Das Sprachengesetz beansprucht zwar nach herrschender Auffassung auch im Rahmen von Verwaltungsverfahren und der Verwaltungsrechtspflege Geltung. Die beschaffungs- und verfahrensrechtlichen Vorschriften lassen jedoch keinen Raum für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 SpG. Zunächst enthält diese Vorschrift selbst einen Vorbehalt zugunsten der „besonderen Bestimmungen der Bundesrechtspflege“ (Art. 6 Abs. 6 SpG), mithin auch von Art. 33a VwVG, der von „einer“ Amtssprache spricht. Zweitens ist Art. 6 SpG, genauso wie der ihm zugrunde liegende Art. 70 BV (Sprachenartikel), offensichtlich nicht auf Vergabeverfahren zugeschnitten. Vergabeverfahren erschöpfen sich nicht in einem einfachen bilateralen Austausch zwischen Behörde und Anbieter. Mit Ausnahme der Freihandvergabe handelt es sich um Mehrparteienverfahren, in denen regelmässig verschiedenen Sprachregionen vertreten sind. Zudem sind Submissionsverfahren vergleichsweise komplex, dokumentenlastig und ressourcenaufwendig. Vor diesem Hintergrund kann eine Vergabestelle auch nicht über das Sprachengesetz gezwungen werden, ein Submissionsverfahren in

mehr als einer Amtssprache zu führen. Dies gilt umso mehr, als öffentliche Beschaffungen zur Bedarfsverwaltung gehören. Weder wird in individuelle Rechtspositionen eingegriffen, noch werden Leistungen an Private ausgerichtet.

Sprache der Ausschreibungsunterlagen

Das BöB äussert sich in Art. 24 Abs. 3 BöB zwar explizit zur Sprache der Ausschreibung und des Zuschlags, nicht jedoch zu den Ausschreibungsunterlagen. Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen werden im Vergaberecht terminologisch und systematisch strikt auseinandergehalten (vgl. Art. 9 Abs. 2, Art. 17 VöB). Die Ausschreibungsunterlagen gelten nicht als Teil der Ausschreibung. Die Ausschreibung ist eine Allgemeinverfügung und kann seitens der potentiellen Anbieter angefochten werden. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten demgegenüber keine rechtsgestaltenden hoheitlichen Anordnungen. Die VöB enthält sowohl einzelne Artikel (insbesondere Art. 17 und 18) als auch einen Anhang 5, die allesamt (nur) den Ausschreibungsunterlagen gewidmet sind und deren Form und Inhalt festlegen. Dies legt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber die Sprache der Ausschreibungsunterlagen besonders geregelt hätte, wenn er dies für notwendig erachtet hätte. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass Art. 24 Abs. 3 BöB nebst der Sprache der Ausschreibung (und des Zuschlags) gleichzeitig diejenige anderer Verfahrensakte regelt. Im Gegenteil, die Nichtregelung der Sprache der Ausschreibungsunterlagen ist als sog. qualifiziertes (d.h. bewusstes) Schweigen des Gesetzgebers zu betrachten, und nicht als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die einer richterlichen Ergänzung bedarf.

Wie gezeigt steht es im pflichtgemässen Ermessen der Vergabestelle, sich (unter Berücksichtigung sachlicher Kriterien) auf eine Verfahrenssprache festzulegen. Mangels einer entgegenstehenden spezialgesetzlichen Regelung umfasst die

Wahl der Verfahrenssprache grundsätzlich auch die Ausschreibungsunterlagen, ebenso wie alle weiteren Informationen und Dokumente, welche die Vergabestelle in einem Beschaffungsverfahren produziert. Der Vergabebehörde steht es zwar frei, einzelne Dokumente in eine weitere Sprache (z.B. auf Englisch) zu übersetzen oder solche Dokumente (bspw. technischer Natur) aus Praktikabilitätsgründen nur auf Englisch zur Verfügung zu stellen, soweit sie dies für angemessen hält. Eine Rechtspflicht besteht hierfür jedoch nicht.

Sprache des Teilnahmeantrags und des Angebots

Ist die Vergabestelle verpflichtet, auch Angebote entgegenzunehmen, die in einer anderen als der von ihr festgesetzten Verfahrenssprache abgefasst sind?

In allgemeinen, nicht spezialgesetzlich geregelten (Bundes-)Verwaltungsverfahren steht es den Parteien frei, ihre Eingaben in einer Amtssprache ihrer Wahl einzureichen. Dies ergibt sich sowohl aus Art. 33a VwVG als auch Art. 6 SpG. Ob sich Anbieter in einem (multilateralen) Submissionsverfahren aber auch auf diese Regelung berufen können, erscheint zumindest unter dem geltenden Recht diskutabel.

Gemäss VöB muss in der Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder im selektiven Verfahren und ebenso in den Ausschreibungsunterlagen angegeben werden, in welcher Sprache oder in welchen Sprachen die Anträge oder Angebote einzureichen sind (Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Abs. 1 Ziff. 6 lit. b VöB; Art. 18 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang 5a Ziff. 3 VöB). Falls Angebote in mehreren Sprachen eingereicht werden können, muss eine davon eine WTO-Amtssprache sein (Art. XII Ziff. 1 GPA). Diese Bestimmungen deuten darauf hin, dass es grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Vergabestelle steht, die Sprache der Angebote für alle Anbieter verbindlich zu definieren. Sie

würden ihres Sinns weitgehend entleert, wenn die Vergabestelle faktisch keine andere Wahl hätte, als Angebote in sämtlichen Amtssprachen zuzulassen.

Insofern verhält es sich nicht anders als bei der Festlegung der Verfahrenssprache, womit die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Hinzu kommt der bereits erwähnte Aspekt, dass Angebote die Grundlage des Beschaffungsvertrags bilden und insofern der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des beschaffenden Gemeinwesens zugerechnet werden können, wofür keine Sprachanforderungen bestehen. In der Praxis werden sich die Vergabestellen bei der Festlegung der Angebotssprache in den meisten Fällen an der Verfahrenssprache orientieren, was mit Blick auf die Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs zweckmässig erscheint. Zweifellos bleibt es ihnen unbenommen, Angebote auch in weiteren Sprachen zuzulassen.

Auch aus dem Gleichbehandlungsgebot kann wohl keine positive Verpflichtung der Vergabestelle abgeleitet werden, Angebote in anderen Sprachen als der Verfahrenssprache entgegenzunehmen. Das Vergabeverfahren ist – wie gezeigt – von verschiedenen, teilweise konkurrierenden Zielsetzungen geprägt. Auf der einen Seite stehen der Effizienzgedanken, die Wirtschaftlichkeit und die Prozessökonomie, auf der anderen Seite das Gleichbehandlungsgebot und die Marktöffnung. Die Abstimmung zwischen diesen Zielen und Grundsätzen nimmt der Gesetzgeber vor. Wenn es der Gesetzgeber einerseits unterlässt, die Sprache der weiteren, in einem Vergabeverfahren produzierten Dokumente zu regeln, und diesen Entscheidung stattdessen der Vergabestelle anheimstellt (Art. 16 VöB), und andererseits die Vergabestelle anweist, eine einheitliche Verfahrenssprache zu wählen (Art. 33a VwVG), ist dies hinzunehmen, auch wenn dadurch der Gleichbehandlungsgrundsatz zugunsten der Wirtschaftlichkeit und Effizienz von Beschaffungsprojekten eingeschränkt wird.

Was ändert sich mit dem revidierten BöB?

Die Revisionsvorlage ändert nichts am Prinzip der Einsprachigkeit von Vergabeverfahren. Was die Sprache der Ausschreibung angeht, sah der bundesrätliche Entwurf noch vor, dass bei Aufträgen im Staatsvertragsbereich eine Zusammenfassung in einer anderen Amtssprache zu veröffentlichen ist. Im Übrigen sollte die Kompetenz, die Sprachen der Veröffentlichungen, Ausschreibungsunterlagen, Eingaben der Anbieter und des Verfahrens zu regeln, vollständig an den Bundesrat delegiert werden.

In Abweichung zum bundesrätlichen Entwurf haben die eidgenössischen Räte nun beschlossen, gewisse Mindestvorschriften bereits auf Gesetzesstufe zu verankern. Neu müssen Bauaufträge (sowie Lieferungen und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Bauaufträgen) in der Amtssprache am Standort der Bauten sowie in mindestens einer weiteren Amtssprache ausgeschrieben werden, Lieferungen und Dienstleistungen in mindestens zwei (beliebigen) Amtssprachen. Eingaben (d.h. insbesondere Teilnahmeanträge und Offerten) sind (neu) in allen Amtssprachen zulässig, was einem vernünftigen Kompromiss entspricht. Für darüber hinausgehende Vorschriften, etwa betreffend Ausschreibungsunterlagen und weitere Veröffentlichungen, soll weiterhin der Bundesrat zuständig sein. Er kann dabei den unterschiedlichen sprachlichen Verhältnissen in der Schweiz angemessen Rechnung tragen und die Anforderungen nach Leistungstypen differenzieren (Art. 48 Abs. 5 E-BöB). Zumindest der letzte publizierte Vernehmlassungsentwurf der revidierten VöB vom 30. März 2015 enthielt keine derartigen Anforderungen, was aus Gründen der Verfahrenseffizienz zu begrüssen ist.

Übersetzungen würden nicht nur einen unverhältnismässigen administrativen Mehraufwand generieren, sondern vor allem auch dringliche Beschaffungspro-

jekte unnötig in die Länge ziehen. Eine vom Bund anlässlich der Revision des Vergaberechts in Auftrag gegebene Studie hat aufgezeigt, dass eine Übersetzung sämtlicher Veröffentlichungen und Ausschreibungsunterlagen jährliche Mehrkosten von bis zu 841 Millionen Franken verursachen würde. Diesen Kosten stünden kaum messbare Vorteile gegenüber, ist der eingangs erwähnte Fall doch singulär. Bisher wurden kaum Fälle publik, bei denen sich Anbieter aufgrund der Sprache ausserstande sahen, ein gültiges Angebot einzureichen.

Fazit

Öffentliche Beschaffungen des Bundes sind in *einer* Amtssprache zu führen. Die Verfahrenssprache umfasst sämtliche auf den Verfahrensgegenstand bezogenen öffentlich-rechtlichen Akte und Interaktionen zwischen der Behörde und den Parteien (Verfügungen, Rundschreiben, Briefe, Protokolle, Q&A, Verhandlungen etc.). Die Wahl der Verfahrenssprache liegt dabei im pflichtgemässen Ermessen der Vergabestelle. Solange sie ihr Ermessen nicht missbraucht bzw. willkürlich ausübt, ist die Sprachwahl gerichtlich nicht überprüfbar.

Besondere Regelungen bestehen sowohl unter geltendem als auch zukünftigem Recht für die Sprache(n) der Ausschreibung und (gemäss geltendem Recht) des Zuschlags. Diese Vorschriften gelten jedoch nicht für weitere Publikationen der Vergabestelle, namentlich die Ausschreibungsunterlagen, zumindest solange der Bundesrat keine anderslautende Regelung erlässt. An der heutigen Regelung ist im Interesse von effizienten Beschaffungsverfahren festzuhalten. Immerhin werden Anbieter unter dem revidierten Recht ihre Eingaben (namentlich Teilnahmeanträge und Offerten) in einer Amtssprache eigener Wahl einreichen.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2019