



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3797/2015
stm/rob/fao

Zwischenverfügung vom 3. September 2015

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner,

In der Beschwerdesache

Parteien

Publicom AG,
vertreten durch Rechtsanwältin Mirjam Barmet,
Steinbrüchel Hüssy,
Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Zukunftstrasse 44, Postfach 252, 2501 Biel,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - (1552) 808
Analyse des SRG Online-Angebotes,
SIMAP-Meldungsnummer 868921 (Projekt-ID 122001),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass das Bundesamt für Kommunikation BAKOM (im Folgenden: Vergabestelle) am 28. Januar 2015 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(1552) 808 Analyse des SRG Online-Angebotes" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben hat (Meldungsnummer: 852823),

dass der Zuschlag vom 20. Mai 2015 an die Universität Zürich (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) am 26. Mai 2015 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 868921) publiziert worden ist,

dass die Publicom AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 am 15. Juni 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben hat mit den Anträgen, die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 sei aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen,

dass die Beschwerdeführerin namentlich geltend macht, die Zuschlagsempfängerin habe nur deshalb ein derart tiefes Angebot einreichen können, weil sie Unterkosten veranschlagt und somit mit nicht kostendeckenden Personalkosten gerechnet habe,

dass der Instruktionsrichter mit superprovisorischer Anordnung vom 17. Juni 2015 bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin untersagte,

dass der Zuschlagsempfängerin mit Verfügung vom 29. Juni 2015 ein Auszug des Angebots der Beschwerdeführerin betreffend die Kostenaufstellung mit deren Einwilligung zugestellt worden ist,

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 2. Juli 2015 die Vorakten, eingereicht von der Vergabestelle am 1. Juli 2015, in teilweise geschwärzter Form zugestellt wurden,

dass der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2015 teilweise die aufschiebende Wirkung gewährt worden ist,

dass die Beschwerdeführerin am 21. Juli 2015 beantragte, es sei ihr Einsicht in das Aktenstück Nr. 10 der Vergabestelle "SRG Online IPMZ Angebot" zu gewähren, namentlich in die Aufstellungen 1 und 2 auf den Seiten 35 und 36 sowie in die Erläuterungen zu den Kosten, Seite 34, Zeile 4 bis 28 in Erfüllung des Zuschlagskriteriums ZK2_01 Ziff. 3; eventualiter sei ihr Einsicht lediglich mit Bezug auf den zu einzelnen Arbeitsschritten veranlagten Aufwand in Stunden und Schweizer Franken – unter Ausschluss der Nennung der jeweiligen Arbeitsschritte – zu gewähren,

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 31. Juli 2015 ausführt, sie erachte die wechselseitige Einsichtnahme der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin in die geschwärzte Stellen als problematisch, gelte doch der Grundsatz der Vertraulichkeit,

dass die Zuschlagsempfängerin am 7. August 2015 beantragte, es sei das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen,

dass die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 13. August 2015 an ihrem Akteneinsichtsbegehren festhielt und geltend macht, die Frage der Unterkosten im vorliegenden Verfahren sei zentral und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sei ihr Einblick in den die Kosten betreffenden Ausschnitt der Beilage 10 der Vergabestelle zu gewähren,

dass das Gericht der Zuschlagsempfängerin mit Verfügung vom 14. August 2015 einen gerichtlichen Abdeckungsvorschlag der Seiten 34/40 bis 36/40 der Beilage 10 der Vergabestelle zugestellt hat mit dem Ersuchen, dazu Stellung zu nehmen,

dass die Zuschlagsempfängerin mit Stellungnahme vom 28. August 2015 innert erstreckter Frist einen eigenen Abdeckungsvorschlag des genannten Ausschnittes der Beilage 10 eingereicht hat,

dass die Beschwerdeführerin am 1. September 2015 Stellung zur Eingabe der Zuschlagsempfängerin vom 28. August 2015 nimmt,

dass vorliegend über die Einsicht in die Seiten 34/40 bis 36/40 des Angebots der Zuschlagsempfängerin (Beilage 10 der Vergabestelle), welche die Personalkosten im Angebot der Zuschlagsempfängerin betreffen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21. Juli 2015 Ziffer 6), zu befinden ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht während hängigem Verfahren auch über Anträge um Gewährung der Akteneinsicht entscheidet (Zwischenverfügung des BVGer B-369/2014 vom 11. September 2014 S. 4 und B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 1.1), wobei der Entscheid über die Akteneinsicht in der Zuständigkeit des Instruktionsrichters liegt (Art. 39 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; Zwischenverfügung des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 1.2 mit Hinweisen),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) bestimmt, soweit das BöB und VGG nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG),

dass sich die in den Art. 26 ff. VwVG getroffene Regelung zur Akteneinsicht als Konkretisierung der allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht erweist (BGE 120 IV 242 E. 2c/aa S. 244; vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Rz. 10 zu Art. 26), wobei die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme ist,

dass gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG die Beschwerdeführerin Anspruch darauf hat, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen, wobei jene Akten vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.1 mit Hinweisen),

dass sich, soweit hinsichtlich bestimmter Aktenstücke ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zu bejahen ist, aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt, dass – wenn möglich – eine teilweise Einsichtsgewährung (insbesondere durch Abdeckung gewisser Namen oder Stellen bzw. Entfernen einzelner Seiten) zu erfolgen hat, wobei grundsätzlich die Form zu wählen ist, welche die Einsicht am wenigsten einschränkt, sofern sie mit vertretbarem Aufwand umgesetzt werden kann (Zwischenverfügung des BVGer B-369/2014 vom 11. September 2014 S. 5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich

2013, 3. Aufl., Rz. 1366, sowie MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 245 f. mit Hinweisen),

dass auch am Verfahren nicht beteiligten Anbietern in Bezug auf ihre Geheimhaltungsinteressen das rechtliche Gehör zu gewähren ist (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.4 in fine mit Hinweisen),

dass gemäss ständiger Rechtsprechung im Rechtsmittelverfahren in Vergabesachen ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten besteht, da das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten hat (Urteile des BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1 sowie 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c; Zwischenverfügung des BVGer B-1172/2011 vom 6. Mai 2011 E. 3.3; siehe dazu auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, 2. Aufl., Rz. 3.98); liegt demgegenüber die Einwilligung der betroffenen Anbieter vor, steht der Akteneinsicht auch in Offertunterlagen nichts entgegen (Zwischenverfügung des BVGer B-1172/2011 vom 6. Mai 2011 E. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364),

dass als Geschäftsgeheimnis insbesondere nicht allgemein bekannte Angaben betreffend technische Problemlösung und Detailkalkulationen gelten (Zwischenverfügungen des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.2.1 und B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 5.2 und E. 5.4),

dass die Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 28. August 2015 einen Abdeckungsvorschlag der vorliegend zu prüfenden Ausschnitte der Offerte der Zuschlagsempfängerin eingereicht hat, weshalb die offengelegten Abschnitte aufgrund der Einwilligung zur Zustellbarkeit an die Beschwerdeführerin nicht mehr zu prüfen sind (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.4.1), wobei es sich namentlich um die Zeilen 1 bis 18 der Seite 34/40 und um das Total der einzelnen Kostpunkte der Seiten 35/40 und 36/40 handelt,

dass damit vorliegend die Zeilen 19 bis 28 der Seite 34/40 und die detailliertere Kostenaufstellung der Seiten 35/40 und 36/40 (Aufstellung der einzelnen Arbeitsschritte und jene Aufwendungen, die auch Eigenleistungen des Gesamtprojektverantwortlichen beinhalten) strittig sind,

dass die Zuschlagsempfängerin ausführt, dass sie vorliegend wie ein privates Unternehmen auftrete, weshalb die Grundsätze der Geschäftsgeheimnisse und des Datenschutzes zu berücksichtigen seien,

dass die Zuschlagsempfängerin, indem sie eine Offerte eingereicht hat, zwar wie ein Privater agiert, dass ihr Angebot jedoch aufgrund der Rüge des nicht kostendeckenden Angebots, welches klar in Zusammenhang mit der Tatsache steht, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin um eine öffentlich-rechtliche Institution handelt, insoweit im Unterschied zu privaten Anbietern nicht vollumfänglich von der Akteneinsicht auszuschliessen ist (vgl. dazu auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich/Basel/Genf 2013, 3. Aufl., Rz. 515),

dass es für solche Angaben typisch ist, dass eine private Anbieterin sich diese nicht im Sinne einer "Ausbeutung" von Geschäftsgeheimnissen zunutze machen kann, da die Bedingungen für die Anbieterinnen insoweit nicht vergleichbar sind,

dass vorliegend die Einsicht in die Seite 34/40, welche Erläuterungen zu den Preisen und Kosten (Zuschlagskriterium 1) enthält sowie in die Seiten 35/40 und 36/40 zu prüfen ist, wobei die Seite 35/40 die Kosten ohne optionale Zusatzleistungen aufzeigt, während die Seite 36/40 diese aufführt,

dass die Zuschlagsempfängerin in die Offenlegung der Zeilen 1 bis 18 der Seite 34/40 einwilligt, wogegen sie betreffend die Zeilen 19 bis 28 erklärt, diese würden geheime Informationen zur Methode und damit geschütztes Know-how der Zuschlagsempfängerin enthalten,

dass die Zeile 19 lediglich erklärt, dass Erläuterungen folgen zu den optionalen Zusatzleistungen betreffend die Analyse der nutzergenerierten Inhalte auf Publikumsforen, womit es sich nicht um ein Geschäftsgeheimnis handelt,

dass es sich bei den Zeilen 20 bis 26 der Seite 34/40 jedoch um konkrete Empfehlungen an die Vergabestelle betreffend optionale Zusatzleistungen handelt, welche als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, womit das

Interesse der Zuschlagsempfängerin auf Abdeckung der genannten Passage überwiegt,

dass die Zeilen 27 und 28 den Einbezug der Sekretariatskosten in die Projektkosten betreffen und damit Auskunft geben zur Art und Weise der Kostenzusammenstellung,

dass diese Information die Rüge des nicht kostendeckenden Angebots betrifft (vgl. Seite 6 hiervor), weshalb der Beschwerdeführerin Einsicht in die Zeilen 27 und 28 der Seite 34/40 zu gewähren ist,

dass die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die Seiten 35/40 und 36/40 ausführt, es seien zusätzlich zum gerichtlichen Abdeckungsvorschlag die einzelnen Arbeitsschritte abzudecken, da es sich um internes Know-how handle,

dass es sich bei den Arbeitsschritten sowie auch bei den entsprechenden Monats-, Tages- und Stundentotalen tatsächlich um detaillierte Angaben handelt, auf deren Offenlegung die Beschwerdeführerin mangels überwiegenden Interesses keinen Anspruch hat,

dass die Zuschlagsempfängerin zudem ausführt, auch die Angabe der eingesetzten internen und externen Mitarbeiter sowie die Monats-, Tages- und Stundentotalen der Eigenleistungen des Gesamtprojektverantwortlichen, welche nicht in die Preisberechnung eingeflossen seien, seien der Beschwerdeführerin nicht offenzulegen,

dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich geltend macht, es sei unhaltbar, dass die Zuschlagsempfängerin die Einsichtnahme in die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Gesamtprojektverantwortlichen verwehren wolle mit dem Hinweis darauf, dass diese für das vorliegende Verfahren irrelevant seien; im Gegenteil seien diese Kosten, welche keinen Eingang ins Preisblatt gefunden hätten, für die Kosten von grösster Relevanz,

dass der Umstand, dass die Eigenleistungen des Gesamtprojektverantwortlichen vorliegend nicht in die Preisberechnung eingeflossen sind, für die Rüge der Beschwerdeführerin betreffen Unterangebot tatsächlich relevant ist, wobei diese Information nur Sinn macht und verwertbar ist, wenn diese in Verbindung gebracht wird mit der Person und dem Total der Eigenleistungen des Projektverantwortlichen,

dass zwar die Anzahl der vom Projektleiter aufzuwendenden Stunden gemessen an der Gesamtzahl vorgesehener Stunden Aussagen zulässt zur intendierten Qualität, was der Beschwerdeführerin aber ohne Offenlegung der Angaben zu den Teilarbeitsschritten zumutbar ist,

dass nach dem Gesagten das Interesse der Beschwerdeführerin an der Offenlegung der Angaben zu den Aufwendungen des Gesamtprojektverantwortlichen ("Workload", "Workload in Stunden" und "Gehälter") das Interesse der Zuschlagsempfängerin überwiegt (vgl. Seite 6 und 7 hiervor),

dass damit die Identität des Projektverantwortlichen sowie die ihn betreffenden Angaben "Workload", "Workload in Stunden" und die Angabe betreffend "Gehälter" offenzulegen sind,

dass, indem die Angaben betreffend den Gesamtprojektverantwortlichen offenzulegen sind und die Zuschlagsempfängerin in die Offenlegung sämtlicher übriger Angaben zum Workload, Kosten-Ansatz und Gehälter eingewilligt hat, auch das Total der entsprechenden Angaben "Workload", "Workload in Stunden", "Kosten-Ansatz/Universität PM" und "Gehälter" offengelegt werden kann,

dass hingegen die detaillierten Angaben zu den internen und externen Beteiligten der Beschwerdeführerin nicht offenzulegen sind, da diesbezüglich kein überwiegendes Interesse seitens der Beschwerdeführerin ersichtlich ist,

dass die Akteneinsichtsverfügung nicht unmittelbar zu vollstrecken ist, aber mit Blick auf das Beschleunigungsgebot auch nicht ohne Weiteres die Beschwerdefrist abgewartet werden soll (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1370 f.; vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-369/2014 vom 11. September 2014 S. 8),

dass von der Frage der Akteneinsicht die Frage zu unterscheiden ist, in welcher Form die Akteneinsichtsverfügung auf das Internet aufgeschaltet und somit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 11. Mai 2015), wobei allfällige Anträge zur Internetpublikation der vorliegenden Verfügung bzw. zur erweiterten Anonymisierung seitens der Zuschlagsempfängerin umgehend zu stellen sind,

dass über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Seiten 34/40 bis 36/40 der Offerte der Zuschlagsempfängerin (Beilage 10 der Vergabestelle) wird teilweise gutgeheissen.

2.

2.1. Die Seiten 34/40 bis 36/40 der Offerte der Zuschlagsempfängerin werden der Beschwerdeführerin in teilweise geschwärzter Form offengelegt.

2.2. Soweit weitergehend wird der Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht in die Seiten 34/40 bis 36/40 der Offerte der Zuschlagsempfängerin abgewiesen.

3.

Zustellung der im Sinne von Ziffer 2.1 hiervoor geschwärzten Aktenstücke an die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin.

4.

Die Akten gemäss Ziffer 2.1 hiervoor werden der Beschwerdeführerin sechs Kalendertage nach der postalischen Zustellung der vorliegenden Zwischenverfügung zugestellt, soweit dem Gericht innert dieser Frist nicht seitens der Zuschlagsempfängerin angezeigt wird, dass gegen die vorliegende Verfügung eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erwogen wird.

5.

Über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache befunden.

6.

Diese Verfügung geht an:

- Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 120196; Beilage: gemäss Ziffer 3 hiervor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form mit Beilage)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter; Beilage: gemäss Ziffer 3 hiervor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form mit Beilage)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Rohner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. September 2015