



## **Zwischenverfügung vom 7. Oktober 2020**

---

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Cyrill Schäke.

---

Parteien

**cognita AG,**  
General Wille-Strasse 59, 8706 Meilen  
vertreten durch Rechtsanwalt Severin Pflüger,  
Zürcher Rechtsanwälte,  
Löwenstrasse 61, Postfach, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Rat der Eidgenössischen Technischen  
Hochschulen ETH-Rat,**  
Häldeliweg 15, 8092 Zürich ETH-Zentrum,  
vertreten durch die Rechtsanwältinnen  
Julia Bhend und/oder Claudia Marti,  
Probst Partner AG Rechtsanwälte,  
Bahnhofplatz 18, 8401 Winterthur,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das  
Projekt "Mediamonitoring des ETH-Bereichs",  
(SIMAP-Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126).

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

Am 22. November 2019 schrieb der Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (im Folgenden: ETH-Rat oder Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Mediamonitoring des ETH-Bereichs" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 1105171).

**B.**

Innert der gesetzten Frist bis zum 6. Januar 2020 zur Einreichung der Angebote gingen zwei Offerten bei der Vergabestelle ein, worunter sich diejenige der cognita AG, Meilen, befand. Am 28. Februar 2020 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 25. Februar 2020 zugunsten der Y.\_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens) (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin), auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126).

**C.**

Mit Eingabe vom 19. März 2020 reichte die cognita AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragt, es sei der Zuschlag gemäss Publikation vom 28. Februar 2020 aufzuheben. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen und das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Vergabe zu berücksichtigen bzw. es sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen und den Anbietenden die Gelegenheit zu geben, neue Angebote einzureichen. Ausserdem enthält die Beschwerde einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung, ein Begehren um Aktenbeizug sowie um Möglichkeit zur Ergänzung der Beschwerde nach Aktenbeizug.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, es liege eine Verletzung des Transparenzgebots vor, da ihr trotz expliziter Nachfrage keine vollständige Medienbeobachtungsliste herausgegeben worden sei bzw. die bisherige Anbieterin einen Wettbewerbsvorteil aus diesem Umstand gezogen habe. Diese Liste sei sowohl mit einem Teil der technischen Spezifikationen als auch mit den Qualitätsanforderungen verknüpft.

**D.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 20. März 2020 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 20. April 2020 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen. Zudem wurde sie ersucht, von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen.

**E.**

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, sich als Partei am vorliegenden Verfahren zu beteiligen.

**F.****F.a**

Mit Eingabe vom 15. April 2020 erstattete die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen. Sie beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese eingetreten werden könne. Hinsichtlich der prozessualen Anträge enthält die Rechtschrift das Rechtsbegehren, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, bis zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Sache die mit dem Projekt ausgeschriebene Leistung bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Unterlagen zu gewähren.

**F.b**

Die Vergabestelle reichte die vollständigen Vergabeakten mit separater Eingabe vom 14. April 2020 ein. In dieser sind die Aktenstücke bezeichnet, die nach den Anträgen der Vergabestelle von der Akteneinsicht auszunehmen sind (vgl. Begleitschreiben der Vergabestelle vom 14. April 2020), worunter sich die Vorakten 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) und 6.1 (Evaluationsbericht) nebst dem Angebot der Zuschlagsempfängerin befinden.

Die Vergabestelle begründet, sie sei nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB zur vertraulichen Behandlung aller Angaben der Anbieter verpflichtet. Angaben, die Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse betreffen würden, dürften

ohne das Einverständnis des betreffenden Anbieters nicht zugänglich gemacht werden. Die Vertraulichkeit gelte nach stetiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Rechtsmittelverfahren. Soweit für die Beurteilung der Beschwerde relevant, würden geschwärzte Versionen der Vergabeakten als Beilagen zur vorliegenden Eingabe für die Beschwerdeführerin eingereicht.

Der Beschwerdeführerin seien weiter die wesentlichen Gründe für den Zuschlag bereits mit dem Zuschlag, im mündlichen Debriefing vom 9. März 2020 und mit Schreiben vom 16. März 2020, in dem der Zuschlag im Sinne von Art. 23 Abs. 1 BöB summarisch begründet worden sei, bekannt gegeben worden. Das Akteneinsichtsrecht diene nicht dazu, zusätzliche Rügen zu ermöglichen.

#### **G.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 16. April 2020 wurden der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 15. April 2020 samt Beilagen in teilweise geschwärzter Form, worunter eine geschwärzte Fassung des Evaluationsberichts, das Begleitschreiben der Vergabestelle vom 14. April 2020 betreffend die Akten mitsamt Aktenverzeichnis sowie die gemäss den Anträgen der Vergabestelle offen zu legenden Akten zugestellt. Es handelt sich um folgende Aktenstücke:

- Vorakte 3.2 ("Offertöffnungsprotokoll vom 9. Januar 2020"),
- Vorakte 5.1 ("Einladungen Lösungspräsentation Cognita und Zuschlagempfängerin"),
- Vorakte 5.2 ("Protokoll Lösungspräsentation Cognita "),
- Vorakte 7.2 ("Mitteilung Zuschlag an Cognita, Angebot Debriefing") und
- Vorakte 8.3 ("Brief an Cognita vom 16. März 2020) zugestellt.

Hingegen wurden diejenigen Akten, die zugleich in nicht geschwärzter Form als Beilagen zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 15. April 2020 verkündet sind, wie auch die Ausschreibungsunterlagen nicht zugestellt, wobei dies auf erste Aufforderung hin geschehe.

#### **H.**

Am 27. April 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik zur aufschiebenden Wirkung ein. Sie hielt an ihren Anträgen fest und stellte den Verfahrensantrag, es sei der Vergabestelle zu gestatten, die Leistungen für die Medienbeobachtung einstweilen bei der bisherigen Anbieterin zu beziehen.

**I.**

Mit Zwischenentscheid vom 11. Juni 2020 wurde einerseits der Beschwerde (im Wesentlichen) die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vergabestelle andererseits gestattet, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens die streitgegenständliche Dienstleistung (weiterhin) bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Ausserdem stellte das Gericht fest, dass sich aus dem Kontext des Antrags auf Aktenbeizug ergibt, dass dieser als Akteneinsichtsbegehren zu verstehen ist. Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchgedrungen sei, entstehe ihr indessen kein Nachteil, wenn die Akteneinsicht ins Hauptverfahren verschoben werde. Deshalb wurde das Akteneinsichtsbegehren einstweilen abgewiesen, soweit den Begehren der Beschwerdeführerin nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden war.

**J.**

Am 6. Juli 2020 reichte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung in der Hauptsache ein. Sie hält an ihren bisher gestellten Begehren und Anträgen fest. Namentlich sei der Beschwerdeführerin nicht weitergehend Einsicht in die Akten zu geben, als sie schon erhalten habe.

**K.****K.a**

Mit Eingabe vom 17. Juli 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihr Akteneinsichtsbegehren im Hinblick auf das Hauptverfahren ein mit den Anträgen, es sei die Vergabestelle anzuweisen, ein den Mindeststandards entsprechendes Aktenverzeichnis mit entsprechender Datumsangabe zu erstellen und je Aktenstück den Eingang und/oder das Erstellungsdatum anzugeben. Ausserdem sei der Beschwerdeführerin die Vorakte 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zugänglich zu machen. Im Weiteren sei die Vergabestelle anzuweisen, zur Vorakte 6.1 (Evaluationsbericht) das Erstellungsdatum wie auch die von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punkte beim Zuschlagskriterium 1 (Qualitätsanforderungen) offenzulegen. Schliesslich sei die Vergabestelle anzuweisen, unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse das von der Zuschlagsempfängerin bei der Offerteinreichung abgegebene vollständige Mediensample herauszugeben. Eventualiter seien die Aktenstücke 4.1 und 6.1 sowie das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Mediensample dem Gericht zur Beurteilung vorzulegen.

**K.b**

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, hinsichtlich des Aktenstücks 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) stelle sich die Frage nach dem Inhalt desselben, weil im Offertöffnungsprotokoll beide Angebote als vollständig taxiert worden seien.

**K.c**

Beim für die Zuschlagserteilung zentralen Aktenstück 6.1 (Evaluationsbericht) bleibe im Dunkeln, wann dieses erstellt worden sei. Aufgrund der Unterzeichnung des Evaluationsberichts könne nur abgeleitet werden, dass der Bericht vor dem 18. Februar 2020 erstellt worden sei. Weiter erhalte nicht, weshalb die von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punkte als Geschäftsgeheimnisse gelten sollten.

**K.d**

Bei der Beurteilung des Mediensamples habe die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten, indem sie einfach die eingereichten Medienquellen ab- bzw. zusammengezählt habe. Die Vergabestelle beabsichtige eigentlich, die bisherige Anbieterin beizubehalten. Eine gerichtliche Prüfung der durch die Vergabestelle vorgenommenen Evaluation der eingereichten Medienquellen sei unumgänglich, weshalb der Beschwerdeführerin die von der Zuschlagsempfängerin bei der Offerteinreichung abgegebenen Mediensamples zugänglich zu machen seien.

**L.**

Mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 beantragt die Vergabestelle innert erstreckter Frist, das ihrerseits mit Daten ergänzte Aktenverzeichnis sei der Beschwerdeführerin herauszugeben. In Bezug auf das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin betreffend den Aktenbeizug durch das Gericht sei festzuhalten, dass das Gericht bereits im Besitze der vollständigen Akten sei. Damit erweise sich dieses als gegenstandslos. Ausserdem legt die Vergabestelle eine zweite geschwärzte Version des Evaluationsberichts (Aktenstück 6.1) bei, aus welchem die Punktevergabe an die Zuschlagsempfänger unter ZK 1 hervorgeht. Auch diese könne der Beschwerdeführerin herausgegeben werden. Darüber hinaus sei der Beschwerdeführerin keine weitergehende Akteneinsicht zu gewähren, als ihr bisher gewährt worden sei. Das gelte namentlich für das Aktenstück 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) und die von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Mediensamples.

Zur Einsicht in Vorakte 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) führt sie aus, die Korrespondenz mit der späteren Zuschlagsempfängerin enthalte Inhalte des Angebots, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien. Überdies würden die mit der Beschwerde vorgebrachten Rügen nicht die Nachbereinigung betreffen, weshalb keine Akteneinsicht zu gewähren sei.

Zur Herausgabe des Mediensamples bringt die Vergabestelle vor, das Mediensample sei ein vertraulicher Bestandteil des Angebots und stelle ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB dar. Es sei offensichtlich, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehe. Weiter werde die Frage, ob alle Mediensamples im Rahmen der Ausschreibung hätten bekannt gegeben werden müssen, vom Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bzw. den Rügen der Beschwerdeführerin mitumfasst. Die Bekanntgabe im Rahmen der Akteneinsicht würde den Verfahrensausgang zumindest teilweise vorwegnehmen.

#### **M.**

Mit Verfügung vom 4. August 2020 wurde der Vergabestelle ein gerichtlicher Abdeckungsvorschlag zur Vorakte 4.1 zugestellt verbunden mit der Aufforderung, bis zum 7. August 2020 zur Frage Stellung zu nehmen, ob sie sich mit diesem Abdeckungsvorschlag einverstanden erkläre, namentlich ob das Dokument unter Vorakte 4.1 insoweit offenzulegen sei, als nicht Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin betroffen seien, bzw. ob sie einen eigenen Abdeckungsvorschlag einreichen wolle. Mit derselben Verfügung wurde der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der Vergabestelle vom 30. Juli 2020 nebst dem beigelegten Aktenverzeichnis und dem teilweise geschwärzten Evaluationsbericht (Vorakte 6.1) zugestellt.

#### **N.**

Mit Eingabe datierend vom 6. August 2020 äusserte sich die Vergabestelle zu den gerichtlichen Abdeckungsvorschlägen der Vorakte 4.1. Sie hielt an den in der Stellungnahme vom 30. Juli 2020 gestellten Anträgen fest. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin der Abdeckungsvorschlag zur Vorakte 4.1 gemäss miteingereichter Beilage offenzulegen.

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, die Rügen der Beschwerdeführerin würden nicht die Nachbereinigung mit der Zuschlagsempfängerin betreffen. Die Erteilung des Zuschlags an sie selbst habe sie nicht beantragt. In der Nachbereinigung werde der Inhalt des Angebots der Zu-

schlagsempfängerin thematisiert und im Detail auf einen Punkt des Angebots eingegangen. Ohne Einwilligung der Zuschlagsempfängerin bestehe kein Anspruch auf Einsicht in deren Angebot und in Angaben aus deren Angebot.

Für den Eventualfall, dass das Gericht dem Antrag der Vergabestelle nicht folge, seien nicht nur Schlüsselpersonen, sondern sämtliche Adressaten der entsprechenden Korrespondenz mit Ausnahme der handelnden Person des Evaluationsteams zu schwärzen. Ein entsprechender Abdeckungsvorschlag sei der Eingabe beigelegt worden.

Mit Eingabe datierend vom 7. August 2020 legte die Vergabestelle auf instruktionsrichterliche Anfrage hin (vgl. Telefonnotiz vom 6./7. August 2020) die Vorakte 4.1 für die Beschwerdeführerin in beschränktem Umfang offen, wodurch die Adressatin bzw. Empfängerin der in Frage stehenden E-Mailkorrespondenz seitens der Vergabestelle, namentlich die handelnde Person für das Evaluationsteam, sowie das Datum und der Betreff der E-Mailkorrespondenz ("Rückfrage an Y. \_\_\_\_\_ AG wegen Akzeptanz der AGB") ersichtlich wurden.

Somit sei klar, dass diese Korrespondenz nicht die Rügen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens betreffe.

#### **O.**

Die Beschwerdeführerin reichte am 17. August 2020 ihre Stellungnahme ein. Sie hält an den bisher gestellten Akteneinsichtsbegehren fest und stellt ergänzend folgende Anträge:

"1. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, den Inhalt des act. 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Identität der Schlüsselperson der Zuschlagsempfängerin offenzulegen;

2. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, den genauen Zeitpunkt des Versands des Evaluationsberichts durch das Evaluationsteam an den Präsidenten des ETH-Rats bekannt zu geben.

eventualiter

Es sei der Inhalt des act. 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Identität der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin im Sinne einer Zusammenfassung offenzulegen."

In der Betreffzeile der verdeckten Vorakte 4.1 sei die Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aufgeführt, womit der Schluss nahe liege, es handle sich inhaltlich um die Bereinigung von kollidierenden AGB der Vergabestelle und der Geschäftsstelle. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die AGB als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren vermögen. Die Vergabestelle sei darüber hinaus aufzufordern, anzugeben, wann sie den Evaluationsbericht dem Präsidenten des ETH-Rats zur Genehmigung zugestellt habe.

**P.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 18. August 2020 wurde der Vergabestelle Gelegenheit gegeben, zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. August 2020 Stellung zu nehmen, allfällige Belege zum Zeitablauf zwischen dem Vergabeantrag des Evaluationsbewertungsteams und dem Visum des Präsidenten des ETH-Rats einzureichen und eine Zusammenfassung der Vorakte 4.1 mit dem Thema und dem Ergebnis der Bereinigung zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts einzureichen.

**Q.**

Mit Stellungnahme vom 24. August 2020 hielt die Vergabestelle an ihren bisherigen Anträgen fest. Zur Instruktion vom 18. August 2020 brachte sie namentlich vor, bei der Vorakte 4.1 handle es sich nicht um einen angebotsunabhängigen Bestandteil der AGB, sondern um einen spezifischen Bestandteil des Angebots der Zuschlagsempfängerin. Deshalb sei die Akteneinsicht zu verweigern.

**R.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 3. September 2020 wurde die Zuschlagsempfängerin dazu aufgefordert, bis zum 10. September 2020 eine Stellungnahme einzureichen, ob die Vorakte 4.1 offengelegt werden dürfe bzw. Geschäftsgeheimnisse enthalte. Gegebenenfalls sei ein entsprechender Abdeckungsvorschlag unter Schwärzung der Geschäftsgeheimnisse einzureichen. Stillschweigen gelte als Einverständnis mit der Offenlegung. Die Zuschlagsempfängerin hat in der Folge auf eine Stellungnahme verzichtet.

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

### **1.**

**1.1.** Gegen die Erteilung des Zuschlages durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet während hängigem Verfahren auch über Anträge um Gewährung der Akteneinsicht (Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 1.1 "Support Software ORMA"). Der Entscheid über die Akteneinsicht liegt beim Instruktionsrichter (Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-4086/2018 vom 20. Dezember 2018 S. 4 "Produkte zur Innenreinigung II"; Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 1.1 "Support Software ORMA").

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

### **2.**

**2.1.** Mit Zwischenentscheid vom 11. Juni 2020 zur aufschiebenden Wirkung sind die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerin einstweilen abgewiesen worden, soweit ihnen nicht im Rahmen der Instruktion bereits entsprochen worden ist. Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bilden die Akteneinsichtsanträge im Hauptverfahren.

**2.2.** Mit Beschwerde vom 19. März 2020 beantragt die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Verfahrensanträge, die vollständigen Akten der Vergabestelle seien zum Vergabeverfahren (Projekt-ID 196'126) beizuziehen und der Beschwerdeführerin nach Eingang der vollständigen Akten Frist zur Einreichung der Beschwerde zu setzen. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass in diesem Begehren ein Akteneinsichtsgesuch zu sehen ist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9).

**2.3.** Die Vergabestelle nimmt mit Vernehmlassung vom 15. April 2020 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin dahingehend Stellung, dass dieser keine Einsicht in die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Unterlagen zu gewähren sei. Dazu gehören die Vorakte 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin) und die Vorakte 6.1 (Evaluationsbericht), soweit Letztere der Beschwerdeführerin nicht bereits offengelegt ist, sowie das Angebot der Zuschlagsempfängerin.

**2.4.** Im Hinblick auf das Hauptverfahren beantragt die Beschwerdeführerin mit Akteneinsichtsbegehren vom 17. Juli 2020:

"1. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, ein den Minimalstandards entsprechendes Aktenverzeichnis mit entsprechender Datumsangabe für das Verzeichnis zu erstellen, und je Aktenstück den Eingang und/oder das Erstellungsdatum anzugeben;

2. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, act. 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich zu machen;

3. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, zu act. 6.1 Evaluationsbericht das Erstellungsdatum offenzulegen und die von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punkte beim Zuschlagskriterium 1 (Qualitätsanforderungen) offenzulegen;

4. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse, das von der Zuschlagsempfängerin bei der Offerteinreichung zum Projekt Mediamonitoring des ETH-Bereichs (Projekt-ID 196'126) abgegebene vollständige Mediensample herauszugeben.

eventualiter

Es seien die Aktenstücke 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin, 6.1 Evaluationsbericht sowie das von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Offerteinreichung im Projekt Mediamonitoring des ETH-Bereichs (Projekt-ID 196'126) abgegebene Mediensample vollständig und ungeschwärzt zum Beschwerdeverfahren beizuziehen und dem Gericht zur Beurteilung vorzulegen."

**2.5.** Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Akteneinsichtsbegehren wie folgt:

"1. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, den Inhalt des act. 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Identität der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin offenzulegen;

2. Es sei die Vergabestelle anzuweisen, den genauen Zeitpunkt des Versands des Evaluationsberichts durch das Evaluationsteam an den Präsidenten des ETH-Rats bekannt zu geben.

eventualiter

Es sei der Inhalt des act. 4.1 Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Identität der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin im Sinne einer Zusammenfassung offenzulegen."

**2.6.** Die Vergabestelle entspricht dem Antrag auf Einsicht in ein mit Daten ergänztes Aktenverzeichnis vollständig, indem sie mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 beantragt, der Beschwerdeführerin sei das mit der Stellungnahme eingereichte, mit Daten ergänzte Aktenverzeichnis herauszugeben. Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 4. August 2020 wurde dieses Aktenverzeichnis der Beschwerdeführerin zugestellt.

**2.7.** Dem Antrag um Einsicht in Vorakte 6.1 und um Angabe des genauen Zeitpunkts von Erstellung und Versand des Evaluationsberichts an den ETH-Rat entspricht die Vergabestelle insoweit, als sie mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 vorbringt, der Präsident des ETH-Rates habe den Evaluationsbericht am 18. Februar 2020 genehmigt und unterzeichnet. Dieses aus dem Evaluationsbericht ersichtliche Datum sei das relevante Erstellungsdatum des Berichts. Mit Stellungnahme vom 24. August 2020 ergänzt die Vergabestelle ihre Angaben dahingehend, dass der Evaluationsbericht dem Präsidenten des ETH-Rats anlässlich einer physischen Sitzung vom 18. Februar 2020 vorgestellt und der Vergabeantrag gestellt worden sei. Zu diesem Ablauf gebe es keine weiteren Belege. Mit Eingabe datierend vom 30. Juli 2020 legte die Vergabestelle ausserdem den Evaluationsbericht, aus dem die von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punkte unter ZK 1 (Qualitätsanforderungen) ersichtlich werden, für die Beschwerdeführerin offen. Der Bericht wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. August 2020 zugestellt. Damit ist auch diesbezüglich dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin entsprochen worden.

**2.8.** Die Vergabestelle entspricht dem Antrag um Einsicht in Vorakte 4.1 teilweise, indem sie mit Stellungnahme vom 7. August 2020 Vorakte 4.1 für die Beschwerdeführerin in bescheidenem Umfang so offenlegt, dass sich die Adressatin bzw. Empfängerin einer E-Mailkorrespondenz seitens der Vergabestelle, namentlich die handelnde Person für das Evaluationsteam, sowie das Datum und der Betreff der E-Mailkorrespondenz ("Rückfrage an Y. \_\_\_\_\_ AG wegen Akzeptanz der AGB") ergeben.

**2.9.** Strittig geblieben sind nach dem Gesagten die Einsicht in Vorakte 4.1 (Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin), soweit nicht Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin betroffen sind. Ausserdem ist darüber zu befinden, ob den Anträgen um Angabe des Datums der Erstellung und des Versands des Evaluationsberichts, die im Ergebnis Angaben zum Ablauf der Evaluation und der Vergabe betreffen, weitergehend zu entsprechen ist. Schliesslich liegt die Herausgabe des von der Zuschlagsempfängerin offerierten Mediensamples im Streit. Ausserdem ist gegebenenfalls über den Eventualantrag um Beizug der Akten zu Handen des Gerichts zu befinden.

### **3.**

**3.1.** Die in den Art. 26 ff. VwVG getroffene Regelung zur Akteneinsicht erweist sich 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 (BGE 120 IV 242 E. 2c/aa S. 244; vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Rz 10 zu Art. 26). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügungen des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 3.1 "Support Software ORMA" und B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten", je mit Hinweisen).

**3.2.** Soweit hinsichtlich bestimmter Aktenstücke ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zu bejahen ist, ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass – wenn möglich – eine teilweise Einsichtsgewährung (insbesondere durch Abdeckung gewisser Namen oder Stellen bzw. Entfernen einzelner Seiten) zu erfolgen hat. Grundsätzlich ist die Form zu wählen, welche die Einsicht am wenigsten einschränkt, sofern sie mit vertretbarem Aufwand umgesetzt werden kann (Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 3.1 "Support Software ORMA"; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1366,

sowie MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 245 f. mit Hinweisen). Selbst am Verfahren nicht beteiligten Anbietern ist in Bezug auf ihre Geheimhaltungsinteressen das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.4 in fine mit Hinweisen "Alptransit Bahntechnik Gotthard").

**3.3.** Gemäss ständiger Rechtsprechung besteht im Rechtsmittelverfahren in Vergabesachen ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten, 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 (BGE 139 II 489 E. 3.3 "Mehreignung"; Urteile des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1 "Rettungsgeräte" sowie 2P.274/1999 vom 2. März 2000 E. 2c "Girsbergtunnel"; Zwischenverfügung B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Liegt demgegenüber die Einwilligung der betroffenen Anbieter vor, steht der Akteneinsicht auch in Offertunterlagen nichts entgegen (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.4.1 "Support Software ORMA").

**3.4.** Der Grundsatz, das Vergabeverfahren transparent zu gestalten, wird in Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB ausdrücklich festgehalten. Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante – Klarheit im Voraus – und der Transparenz ex post – Verständlichkeit im Nachhinein – unterschieden wird (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-post-Transparenz soll namentlich den Rechtsschutz garantieren. Ob ein Vergabeverfahren rechtmässig ist, lässt sich nur beurteilen, wenn ersichtlich ist, unter Berücksichtigung welcher Grundlagen, Kriterien und Überlegungen die Vergabestelle entschieden hat (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 28 ff.). Das Transparenzprinzip bzw. die daraus abgeleitete Dokumentationspflicht ist Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz (Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 9.1 "Betankungsanlagen"). Denn ohne hinreichende Dokumentation lässt sich der Verdacht auf Ungleichbehandlung nachträglich weder bestätigen noch widerlegen (MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 30 f.

und 35; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 109 f.).

#### **4.**

**4.1.** Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 bringt die Beschwerdeführerin vor, aufgrund der chronologischen Reihenfolge des Aktenverzeichnisses liege die Vermutung nahe, dass die Vorakte 4.1 nach Ablauf der Eingabefrist am 6. Januar 2020 um 16:00 Uhr und nach der Offertöffnung am 9. Januar 2020 erstellt worden sei. Sodann begründet sie mit Stellungnahme vom 17. August 2020, es erhele nicht, weshalb es sich bei der Nachbereinigung um eine solche nach Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 VöB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]) handeln sollte, denn Art. 25 Abs. 3 VöB statuiere, dass die bereinigten Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien zu bewerten seien.

Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 begründet die Beschwerdeführerin ihr Begehren um Einsicht in Vorakte 4.1 weiter damit, aus der teilweise offengelegten Vorakte 4.1 ergebe sich, dass der Leiter des Evaluationsteams der ETH bei der Zuschlagsempfängerin Rückfragen gestellt habe, die die Akzeptanz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) betreffen würden, womit der Schluss naheliege, dass es sich beim Inhalt der Vorakte 4.1 um die Bereinigung von kollidierenden AGB der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin handle. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern AGB als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren vermögen. Wären tatsächlich keine AGB betroffen, wäre die teilweise Offenlegung irreführend.

**4.2.** Die Vergabestelle macht namentlich Geschäftsgeheimnisse geltend, aufgrund deren der Beschwerdeführerin umfangreiche Passagen und bestimmte Adressaten des E-Mailverkehrs nicht offengelegt werden dürften. Sie hält zur Akteneinsicht in Vorakte 4.1 mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 fest, die im Rahmen der Nachbereinigung gemäss Art. 25 Abs. 2 VöB erfolgte Korrespondenz mit der späteren Zuschlagsempfängerin enthalte Inhalte des Angebots der Zuschlagsempfängerin, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren und damit von der Vergabestelle gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB vertraulich zu behandeln seien. Daran hält sie auch mit Stellungnahme vom 6. August 2020 fest. In der Nachbereinigung werde der Inhalt des Angebots der Zuschlagsempfängerin thematisiert und im Detail auf einen Punkt des Angebots eingegangen. Dieser Inhalt sei als Ge-

schäftsgeheimnis zu qualifizieren und nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB vertraulich zu behandeln. Für den Eventualfall, dass das Gericht dem Antrag der Vergabestelle nicht folge, seien nicht nur Schlüsselpersonen, sondern sämtliche Adressaten der entsprechenden Korrespondenz mit Ausnahme der handelnden Person des Evaluationsteams zu schwärzen. Ein entsprechender Abdeckungsvorschlag liege der Eingabe (vom 6. August 2020) bei.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 10. August 2020 wurde die unter Vorakte 4.1 liegende Korrespondenz in Bezug auf die Betreffzeile offengelegt und der Beschwerdeführerin zugestellt. Für den Eventualfall, dass Vorakte 4.1 weitergehend teilweise aufgedeckt werden würde, beantragt die Vergabestelle (Stellungnahme vom 6. August 2020, S. 4), es seien bis auf die für das Evaluationsteam handelnde Person sämtliche Adressaten der E-Mailkorrespondenz zu verdecken.

**4.3.** Als Geschäftsgeheimnisse gelten insbesondere nicht allgemein bekannte Angaben betreffend technische Problemlösung und Detailkalkulationen (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.2.1 "Support Software ORMA"; Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 5.2 und E. 5.4 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"). Zu den Geschäftsgeheimnissen können auch die projektbeteiligten Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin gehören, jedenfalls ohne Hinweise auf rechtswidrige Interaktion, welche das Interesse an der Ermittlung des Sachverhalts als überwiegend erscheinen lassen könnten (Zwischenverfügung des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 5.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten").

**4.4.** Vorliegend wurde die Zuschlagsempfängerin mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 3. September 2020 aufgefordert, bis zum 10. September 2020 eine Stellungnahme einzureichen, ob die Vorakte 4.1 offengelegt werden dürfe bzw. Geschäftsgeheimnisse enthalte. Gegebenenfalls sei ein entsprechender Abdeckungsvorschlag unter Schwärzung der Geschäftsgeheimnisse einzureichen. Stillschweigen gelte als Einverständnis mit der Offenlegung. Die Zuschlagsempfängerin hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Aus Sicht der Zuschlagsempfängerin bestehen demnach keine Vorbehalte gegenüber der Offenlegung der Vorakte 4.1. Willigt die Zuschlagsempfängerin in die Offenlegung ein, kann sich die Vergabestelle nicht (mehr) auf die Offertqualität oder den Geschäftsgeheimnischarakter der in Frage stehenden Aktenstücke berufen, es sei denn, sie würde eigene Geheimhaltungsinteressen geltend machen, welche vorliegend nicht in

Frage stehen (Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.4.4 "Support Software ORMA"; vgl. E. 3.3 hiervor). Demnach ist dem Antrag der Beschwerdeführerin, Einsicht in Vorakte 4.1 unter Verdeckung der Identität der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin zu erhalten, zu entsprechen.

#### **4.5.**

**4.5.1.** Zwischen den Parteien bleibt nach dem Gesagten strittig, ob es sich bei der Vorakte 4.1 (Mailkorrespondenz zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin betreffend die AGB) um einen Offertbestandteil handelt. Darauf müsste aufgrund der gerichtlich festgestellten Einwilligung der Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen werden. Indessen rechtfertigen sich mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage einige Ausführungen dazu. Unbestritten ist, dass den im Rahmen von Verhandlungen im Sinne von Art. 20 BöB eingereichten Angeboten bzw. Abgeboten ebenso Angebotsqualität zukommt wie den ursprünglichen Offerten. Indessen liegt der Fall in Bezug auf die Korrespondenz im Rahmen der Bereinigung von Offerten im Sinne von Art. 25 VöB anders. Nach Art. 25 Abs. 2 VöB hält die Auftraggeberin den Ablauf und den Inhalt der Kontaktaufnahme nachvollziehbar fest. Das spricht dafür, dass diese Dokumentationspflicht dazu dienen soll, das Verhalten der Vergabestelle nachvollziehbar zu machen, womit der entsprechenden Korrespondenz im Rahmen der Bereinigung schon mit Blick auf die Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht (vgl. E. 3.4 hiervor) keine Offertqualität zukommt. Schützenswert ist die Sphäre der Anbieter, vorbehaltlich von speziellen Geheimhaltungsbedürfnissen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG nicht jedoch diejenige der Vergabestelle (vgl. zum Ganzen MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht – Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 417). Den Geschäftsgeheimnissen der Anbietenden kann auch nach den allgemeinen Regeln zur Akteneinsicht gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG Rechnung getragen werden, was auch dem Verhältnismässigkeitsgedanken besser entspricht.

#### **4.6.**

**4.6.1.** Im Weiteren bringt die Vergabestelle mit Stellungnahmen vom 30. Juli 2020 und vom 6. bzw. 7. August 2020 vor, die Rügen der Beschwerdeführerin würden ihrer Ansicht nach nicht die Nachbereinigung mit

der Zuschlagsempfängerin betreffen. Die Beschwerdeführerin beantrage die Aufhebung des Zuschlags und die erneute Durchführung der Ausschreibung mit denselben Kriterien. Die Erteilung des Zuschlags (an sich) habe sie indessen nicht beantragt.

**4.6.2.** Nach der Einwilligung der Zuschlagsempfängerin kann vorliegend auch die Frage offen bleiben, ob die Akteneinsicht auf denjenigen Sachverhalt beschränkt ist, der von Rügen der Beschwerdeführerin gedeckt ist. Damit braucht auch nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob das Argument der Beschränkung auf den von Rügen gedeckten Sachverhalt auch in Bezug auf Sachverhaltselemente Geltung beanspruchen kann, die so von der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Erhebung der Beschwerde nicht erwartet werden können (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung des BVGer B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.3 "Alptransit Bahntechnik Gotthard"). Richtig ist aber jedenfalls, dass sich im Rahmen des Urteils die Frage stellen wird, ob auf die erhobenen Rügen in Bezug auf die Offertbereinigung einzugehen ist, obwohl nicht der Zuschlag an die Beschwerdeführerin, sondern lediglich die Rückweisung an die Vergabestelle beantragt ist.

**4.7.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Akteneinsicht in die Vorakte 4.1 soweit zu gewähren ist, wie sie von der Beschwerdeführerin beantragt wurde, namentlich ist die Vorakte 4.1 unter Verdeckung der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin offenzulegen. Dies entspricht dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag gemäss instruktionsrichterlicher Verfügung vom 4. August 2020. Die Vergabestelle begründet denn auch nicht weiter, warum der Name eines offensichtlich involvierten Angestellten der Auftraggeberin, der nicht dem Evaluationsteam angehört, abgedeckt werden soll.

## **5.**

**5.1.** Mit ihren Eingaben vom 17. Juli 2020 und vom 17. August 2020 beantragt die Beschwerdeführerin, das Erstellungsdatum zum unter Vorakte 6.1 liegenden Evaluationsbericht und der genaue Zeitpunkt des Versands des Evaluationsberichts an den Präsidenten des ETH-Rats seien anzugeben.

**5.2.** Die Vergabestelle nahm zu den Anträgen der Gegenseite mit Eingabe vom 30. Juli 2020 Stellung. Sie führt aus, der in Vorakte 6.1 enthaltene Evaluationsbericht sei nach der Bereinigung und Evaluation der Offerten durch das Evaluationsteam des ETH-Rates erstellt worden. Im Namen des

Evaluationsteams habe der Leiter desselben den Bericht unterzeichnet. Der Präsident des ETH-Rates habe den Bericht am 18. Februar 2020 genehmigt und ebenfalls unterzeichnet. Dieses aus dem Evaluationsbericht ersichtliche Datum sei das relevante Erstellungsdatum des Berichts. In die entsprechende Seite des Evaluationsberichts sei der Beschwerdeführerin bereits, mit Ausnahme der Detailpreise des Angebots der Zuschlagsempfängerin, vollumfänglich Einsicht gewährt worden.

Die Vergabestelle ergänzte ihre Argumentation mit Eingabe vom 24. August 2020 dahingehend, dass anlässlich einer physischen Sitzung vom 18. Februar 2020 der Evaluationsbericht dem Präsidenten des ETH-Rates vorgestellt und der Vergabeantrag gestellt worden sei. Nach der Präsentation sei der Antrag genehmigt und der Evaluationsbericht unterzeichnet worden. Zu diesem Ablauf gebe es keine weiteren Belege. Im Übrigen seien allfällige Unterlagen zum internen Ablauf der Evaluation, der Erstellung des Evaluationsberichts und der internen Meinungsbildung vom Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin nicht umfasst.

**5.3.** Gemäss den Vergabeakten ist die Bereinigung in Bezug auf die AGB am 17. Februar 2020 erfolgt (vgl. Vorakte 4.1 die Bereinigung der AGB am 17. Februar 2020) und die Unterschrift des ETH-Ratspräsidenten am 18. Februar 2020 geleistet worden (vgl. Beilage 6 der Vergabestelle, S. 7), wogegen die im Namen des Evaluationsteams geleistete Unterschrift entgegen den gemäss Formular verlangten Angaben nicht mit einem Datum versehen ist. Nicht ganz klar ist vor diesem Hintergrund, warum der Zuschlag gemäss der SIMAP-Publikation vom 28. Februar 2020 am 25. Februar 2020 gefällt worden sein soll (vgl. SIMAP-Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126). Die Unterschrift des ETH-Ratspräsidenten hat jedenfalls konstitutive Wirkung für den Zuschlagsentscheid. Damit erscheinen derzeit in Bezug auf das Zustandekommen des Evaluationsberichts keine weiteren Abklärungen erforderlich, da der Zuschlagsentscheid prima facie erst nach der Bereinigung erfolgte.

## **6.**

**6.1.** Mit Akteneinsichtsbegehren vom 17. Juli 2020 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei das vollständige Mediensample der Zuschlagsempfängerin bei der Offerteinreichung zum Projekt Mediamonitoring des ETH-Bereichs (Projekt-ID 196'126) unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse herauszugeben.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle materiell-rechtlich vor, sie habe ihr Ermessen überschritten, indem sie die eingereichten Medienquellen einfach gezählt habe. Diese Bewertungsmethode sei willkürlich. Die Vergabestelle beabsichtige eigentlich, die bisherige Anbieterin beizubehalten. Eine gerichtliche Prüfung der durch die Vergabestelle vorgenommenen Evaluation der eingereichten Medienquellen sei unumgänglich, weshalb der Beschwerdeführerin die von der Zuschlagsempfängerin bei der Offerteinreichung abgegebenen Mediensamples zugänglich zu machen seien.

**6.2.** Mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 bringt die Vergabestelle mit Hinweis auf den von ihr beigelegten geschwärzten Evaluationsbericht vor, die Bewertung der Zuschlagsempfängerin unter den vorliegend umstrittenen Zuschlagskriterien sei der Beschwerdeführerin vollständig offengelegt worden. Welche Anzahl Medien (je nach Art derselben) das Beobachtungsportfolio der Zuschlagsempfängerin enthalte sei der Beschwerdeführerin bekannt. Mit Verweis auf ein Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 15. April 2020 hält die Vergabestelle fest, das Mediensample sei ein vertraulicher Bestandteil des Angebots und stelle ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB dar. Die Zuschlagsempfängerin habe ausdrücklich auf die Vertraulichkeit hingewiesen und eine Offenlegung untersagt.

Die Rügen der Beschwerdeführerin würden die Frage mitumfassen, ob alle bisher verwendeten Mediensamples im Rahmen der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen hätten bekannt gegeben werden müssen. Die Bekanntgabe von Offertbestandteilen im Rahmen der Akteneinsicht würde den Verfahrensausgang zumindest teilweise vorwegnehmen. Auch das Endurteil könne im Übrigen nicht auf Herausgabe des Mediensamples der Zuschlagsempfängerin lauten, sondern höchstens die Vergabestelle verpflichten, auftraggeberseitig ein solches zu erstellen.

**6.3.** Das Medienportfolio der Zuschlagsempfängerin stellt eindeutig einen Bestandteil der Konkurrenzofferte dar. Es besteht in Bezug auf diese nach der dargestellten Rechtsprechung (vgl. E. 3.3. hiervor) generell kein Anspruch auf Akteneinsicht. Im vorliegenden Fall ist besondere Vorsicht geboten, da die Beschwerdeführerin materiell verlangt, die Ausschreibungsunterlagen seien durch vollständige Mediensamples zu ergänzen, womit durch Akteneinsicht im Ergebnis teilweise den materiellen Begehren der Beschwerdeführerin entsprochen werden könnte. Demnach ist der Beschwerdeführerin keine Einsicht in das Medienportfolio zu gewähren.

## 7.

**7.1.** Mit Eingabe vom 17. Juli 2020 stellte die Beschwerdeführerin für den Fall, dass ihren Akteneinsichtsbegehren nicht entsprochen wird, den Eventualantrag, Vorakte 4.1, Vorakte 6.1 sowie das von der Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Offerteinreichung im Projekt Mediamonitoring des ETH-Bereichs (Projekt-ID 196'126) abgegebene Mediensample beizuziehen und dem Gericht zur Beurteilung vorzulegen. Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 30. Juli 2020 zum Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 17. Juli 2020, das Eventualbegehren sei als gegenstandslos abzuschreiben, weil die Vergabestelle diesem bereits nachgekommen sei.

**7.2.** Das nach der Beurteilung der Akteneinsichtsbegehren lediglich noch in Bezug auf das Mediensample relevante Eventualbegehren ist den Anträgen der Vergabestelle folgend als gegenstandslos zu beurteilen, denn die Auftraggeberin hat dem Gericht bereits mit Eingabe vom 14. April 2020 die Offerte der Zuschlagsempfängerin mitsamt dem von dieser eingereichten Mediensample eingereicht.

## 8.

Diese Akteneinsichtsverfügung ist nicht unmittelbar zu vollstrecken. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot rechtfertigt es sich jedoch, nicht ohne Weiteres die Beschwerdefrist abzuwarten (Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 20. Dezember 2018 S. 7 "Produkte zur Innenreinigung II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1370 f.). Es wird deshalb in Aussicht gestellt, dass die Zustellung der Akten an die Beschwerdeführerin nach Ablauf von sechs Kalendertagen nach erfolgreicher postalischer Zustellung der vorliegenden Zwischenverfügung erfolgt (vgl. auch Zwischenverfügung des BVGer B-369/2014 vom 11. September 2014 S. 8 "Textilwaschmittel II"), sofern die Vergabestelle dem Bundesverwaltungsgericht nicht anzeigt, dass sie eine Anfechtung der vorliegenden Zwischenverfügung erwägt. Diesfalls würde mit der Zustellung der Akten bis zu allfälligen Anordnungen des Bundesgerichts abgewartet.

**9.** Über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

## **Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in Vorakte 4.1 unter Abdeckung der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin wird vollständig entsprochen.

**2.**

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in das von der Zuschlagsempfängerin offerierte Mediensample wird abgewiesen.

**3.**

Soweit der Antrag weitere zeitliche Angaben betreffend den Evaluationsbericht zum Gegenstand hat, wird er einstweilen abgewiesen.

**4.**

Es wird festgestellt, dass das mit dem Akteneinsichtsbegehren vom 17. Juli 2020 gestellte Eventualbegehren der Beschwerdeführerin gegenstandslos ist.

**5.**

Die Akte gemäss Ziffer 1 hiervor wird der Beschwerdeführerin sechs Kalendertage nach der postalischen Zustellung der vorliegenden Zwischenverfügung zugestellt, soweit dem Gericht innert dieser Frist nicht seitens der Vergabestelle angezeigt wird, dass gegen die vorliegende Verfügung eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erwogen wird.

**6.**

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

**7.**

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 196126; Rechtsvertreterinnen; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen die Ziffern 1, 2 und 3 dieser Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand:

- in elektronischer Form: 7. Oktober 2020
- postalisch: 8. Oktober 2020