



---

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-369/2014**  
stm/bub/du

## **Zwischenverfügung vom 11. September 2014**

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwältin M<sup>Law</sup> Carmela Frey,  
BRUHIN KLASS AG,  
Baarerstrasse 12, Postfach 1017, 6301 Zug,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**armasuisse,**  
Einkauf und Kooperationen, Wankdorfstrasse 2, 3003 Bern,  
vertreten durch Rechtsanwälte Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb  
und/oder Ramona Wyss, Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

**Y. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bleuer,  
db-Legal, Advokaturbüro & Notariat,  
Dufourstrasse 121, 9000 St. Gallen,  
Beschwerdegegnerin,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Vergabeverfahren  
"Textilwaschmittel NEU" (SIMAP Meldungsnummer 802675),

**wird festgestellt und in Erwägung gezogen,**

dass die armasuisse (im Folgenden: Vergabestelle) mit Publikation vom 14. März 2013 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) im offenen Verfahren einen Lieferauftrag mit dem Titel "Textilwaschmittel NEU" zur Beschaffung von Textilwaschmitteln (SIMAP Meldungsnummer 767893, Projekt-ID 96151) ausgeschrieben hat, wobei es sich hierbei um die Neuauflage eines am 25. September 2012 abgebrochenen Beschaffungsverfahrens "Textilwaschmittel" handelte bei welchem gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung für das Textilwaschmittel NEU ("Detaillierter Projektbeschreibung") der Beschaffungsgegenstand einen Rahmenvertrag über 5 Jahre sowie eine optionale Verlängerung von weiteren 2 Jahren für den geplanten Bezug von Textilwaschmittel umfasste,

dass hierzu unter anderem die Y.\_\_\_\_\_ AG und die X.\_\_\_\_\_ AG je ein Angebot einreichten, wobei der Zuschlag am 26. August 2013 an die Y.\_\_\_\_\_ AG ging und den weiteren Anbietern die Absagen damit begründet wurden, dass bei der Prüfung der Produktmuster optische Aufheller festgestellt worden seien, die im Basiswaschmittel gemäss technischen Spezifikationen nicht enthalten sein dürfen,

dass die X.\_\_\_\_\_ AG, nebst zwei weiteren Anbietern, denen ebenfalls die Verwendung optischer Aufheller vorgeworfen worden war, gegen den Zuschlag am 18. September 2013 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben,

dass dieses Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 22. Januar 2014 nach Wiedererwägung durch die Vorinstanz zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen wurde,

dass die X.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 21. Januar 2014 Beschwerde gegen den von der Vergabestelle am 18. Dezember 2013 auf der Internetplattform SIMAP publizierten Zuschlagsentscheid vom 17. Dezember 2013 (SIMAP Meldungsnummer 802675; Projekt-ID 107251) an die Y.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) erhoben hat, und die Beschwerde namentlich damit begründet, dass die Vergabestelle anhand der von ihr gewählten Preiskalkulation aufgrund von Empfehlungsrezepturen und ungenauer Vorgaben die Vergleichbarkeit der Offerten nicht herstellen können, weshalb die offerierten Preise die tatsächlichen Kosten des Lieferauftrages nicht widerspiegeln würden,

dass der Vergabestelle mit superprovisorischer Anordnung vom 23. Januar 2014 bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehren, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, untersagt wurden,

dass sich die Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) mit Stellungnahme vom 5. Februar 2014 als Partei konstituierte und in Bezug auf das Akteneinsichtsbegehren festhielt, dass diesem Begehren einzig zugestimmt werden könne, wenn der Beschwerdeführerin keine Geschäftsgeheimnisse zugänglich gemacht würden,

dass der Beschwerde mit Zwischenentscheid vom 5. März 2014 die aufschiebende Wirkung erteilt wurde,

dass mit selbständig anfechtbarem Zwischenentscheid vom 10. Juli 2014 nicht nur die Eintretensvoraussetzungen bejaht wurden, sondern darüber hinaus erkannt wurde, dass die mit Beschwerde vom 21. Januar 2014 vorgetragene Rügen materiell behandelt werden, nachdem die Vergabestelle geltend gemacht hatte, die erhobenen Rügen seien verspätet,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. August 2014 im Hauptverfahren Anträge zur Akteneinsicht stellte, so insbesondere

1. Einsicht in sämtliche Flottenverhältnisse und Dosierangaben der für den Zuschlagsentscheid vom 17. Dezember 2013 massgebenden Empfehlungsrezepturen aller Anbieter sowie in die Angaben "Gramm je Kilo Schmutzwäsche" in den Tabellen Reevaluation "Kostenvergleich", Ziff. 3.5 des Evaluationsbericht Wiedererwägung (Akt. B6);
2. Einsicht in die Angaben "Menge pro Jahr Schmutzwäsche" in den Tabellen Reevaluation "Kostenvergleich", Ziff. 3.5 Evaluationsbericht Wiedererwägung (Akt. B6) aller Anbieter;
- 3.1 Einsicht in die Empfehlungsrezepturen der gemäss Antrag 1 erfassten Produkte aller Anbieter sowie in die unter "Anbieter/Produkt" aufgelisteten Produkte in den Tabellen Reevaluation "Kostenvergleich", Ziff. 3.5 Evaluationsbericht Wiedererwägung damit die Beschwerdeführerin feststellen kann, welche Reinigungskomponenten die Anbieter für die einzelnen militärischen Systeme vorgesehen haben;
- 3.2 Eventualiter sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die von den Empfehlungsrezepturen gemäss Antrag 1 erfassten Produkte aller Anbieter sowie in die unter "Anbieter/Produkt" aufgelisteten Produkte in den Tabellen Reevaluation "Kostenvergleich", Ziff. 3.5 Evaluationsbericht Wiedererwägung (Akt. B6) dergestalt zu gewähren, dass die Beschwerdeführerin feststellen kann, welche Reinigungskomponenten die Anbieter für die einzelnen militärischen Systeme vorgesehen haben.

dass das Bundesverwaltungsgericht während hängigem Verfahren auch über Anträge um Gewährung der Akteneinsicht entscheidet (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts 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 Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 1.2 mit Hinweisen),

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. August 2014 zwar Einsicht in den sie betreffenden Auszug (Seite 16) des Aktenstücks B6 gewährt wurde, wogegen ihr einstweilen keine weitergehende Einsicht in die Ziffer 3.5 des Evaluationsberichts ("Kostenvergleich") gewährt, namentlich nachdem sie gegenüber der Beschwerdegegnerin kein Gegenrecht halten wollte,

dass Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung einzig das Eventualbegehren vom 18. August 2014 der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht in die massgebenden Empfehlungsrezepturen bezüglich Angaben des Flottenverhältnisses, der Dosierung und der Produkte, d.h. Einsicht in das Aktenstück B26 (Produkt- und Waschmittelempfehlung), bildet (vgl. dazu auch die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 25. August 2014, Seite 2 Ziffer 4),

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 2. September 2014 beantragt, das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin sei abzuweisen und das Aktenstück B26 weder ihr noch einer weiteren Anbieterin offenzulegen,

dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 29. August 2014 und ihrer Stellungnahme vom 9. September 2014 die Offenlegung des Aktenstückes B26 mit der Begründung, die Beschwerdeführerin vermöge aus diesen Informationen ausser der Einsicht in Geschäftsgeheimnisse nichts für sich abzuleiten, ablehnt und einzig eventualiter einer Offenlegung zustimmt, wenn sowohl die Preisangaben als auch die Produktnamen geschwärzt würden, denn die Waschmittelangaben seien Bestandteil ihrer Offerte und gehörten als solche zu den schützenswerten Geschäftsgeheimnissen, wobei es sich namentlich bei den von der Beschwerdegegnerin entwickelten Produkten um das Ergebnis jahrelanger Forschungsarbeit handle,

dass die in den Artikeln 26 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) getroffene Regelung zur Akteneinsicht 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 115 V 297 E. 2d S. 301 f., 120 IV 242 E. 2c/aa S. 244; vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 26 N. 10) erweist, und damit die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz bzw. deren Verweigerung die Ausnahme ist,

dass diese Prinzipien auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelten (Art. 37 VGG) und die Beschwerdeführerin gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG Anspruch darauf hat, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen, wobei freilich 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2 mit Hinweisen, sowie den Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.24 E. 3a),

dass indessen gemäss ständiger Rechtsprechung ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten besteht (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.3),

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 jene Form zu wählen ist, welche die Einsicht am wenigsten einschränkt, sofern sie mit vertretbarem Aufwand umgesetzt werden kann (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.2 mit Hinweisen; siehe auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1366, sowie MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im

Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 245 f. mit Hinweisen),

dass der Akteneinsichtsantrag der Beschwerdeführerin bezüglich dem Aktenstück B26 darauf abzielt, nachvollziehbar zu machen, wie die Vergabestelle aufgrund der Zusammensetzung der Empfehlungsrezeptur und der Preisgestaltung der Reinigungskomponenten der Anbieter auf das wirtschaftlich günstigste Angebot geschlossen hat, denn die Beschwerdeführerin nimmt an, dass die für den Zuschlagsentscheid wesentlichen Informationen zur Empfehlungsrezeptur in diesem Aktenstück enthalten sind,

dass im Aktenstück B26 unter dem Titel "Produkt- und Waschmittelempfehlungsübersicht" Angaben zu den Namen der Waschmittel, der Rezeptur und den Preiskalkulationen enthalten sind,

dass diese Angaben gemäss der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin zu jenen sensiblen Geschäftsgeheimnissen zu zählen sind, an denen die Anbieter ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse haben, weshalb zum Schutz des freien Wettbewerbs und mit Blick auf die negativen Auswirkungen auf die Beteiligung an zukünftigen Vergabeverfahren auf eine Offenlegung an andere Anbieter, insbesondere die Beschwerdeführerin, zu verzichten ist (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 2. September 2014, S. 1; Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 9. September 2014), zumal die Offenlegung dieser Informationen in casu ihrer Ansicht nach aufgrund der Rüge der Beschwerdeführerin gar nicht erforderlich sei, denn das zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auf die Dossierangaben in den Empfehlungsrezepturen abgestellt werde, sei gar nicht strittig und für die Rüge, dieses Vorgehen sei unangemessen, bedürfe die Beschwerdeführerin nicht der Kenntnisse in die Empfehlungsrezepturen und deren Preise, da diese Rüge gemäss Art. 31 BöB gar nicht zu hören sei,

dass die Vergabestelle die Akteneinsicht jedenfalls nicht mit dem Argument abwehren kann, die Rüge der Beschwerdeführerin beziehe sich lediglich auf die der Rechtskontrolle entzogene Ermessensausübung der Vergabestelle, da auch die Frage im Raum steht, ob die Offerten aufgrund der Preiskalkulation gestützt auf die Empfehlungsrezepturen vergleichbar sind,

dass damit sowohl aus Sicht der Vergabestelle als auch der Beschwerdeführerin in erster Linie die (allfälligen) Geheimhaltungsinteressen der Anbieter und nicht jene der Vergabestelle im Vordergrund stehen,

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

dass vorliegend die weiteren Anbieter mit Verfügung vom 26. August 2014 unter Zustellung des sie jeweils betreffenden, ungeschwärzten Auszuges des Aktenstücks B26 und mit dem Hinweis, Stillschweigen werde als Zustimmung gedeutet, zur Stellungnahme bezüglich der Offenlegung dieser Blätter aufgefordert wurden,

dass sich hierzu einzig die M.\_\_\_\_\_ AG mit Stellungnahme vom 2. September 2014 (Posteingang: 8. September 2014) hat vernehmen lassen und einer Offenlegung insoweit zustimmt als dieser der Beschwerdeführerin nicht ermöglichen darf, Rückschlüsse bezüglich Preisgestaltung und Produktkalkulation zu machen, weshalb die Preisangaben abzudecken seien, was sie mit Schreiben vom 10. September 2014 bestätigt,

dass die weiteren Anbieter einer Offenlegung des sich betreffenden Auszuges des Aktenstücks B26 (auch ohne Abdeckung) stillschweigend zugestimmt haben,

dass daher insoweit die weiteren Anbieter einer Offenlegung der sie betreffenden Auszüge des Aktenstücks B26 ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt haben, prima facie aufgrund dieser Zustimmung offen bleiben kann, ob die Waschmittelproduktenamen dieser Anbieter zu den schützenswerten Geschäftsgeheimnissen zu zählen sind,

dass damit dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin in Bezug auf Einsicht in das Aktenstück B26 insoweit entsprochen werden kann, als ihr jene Auszüge des Aktenstücks B26 in teilweise geschwärzter Form offenzulegen sind, zu welchen die Einwilligungen der betroffenen Anbieter vorliegen, wobei in Analogie gemäss der Stellungnahme der M.\_\_\_\_\_ AG auch hier die Preiskalkulation abzudecken ist,

dass demgegenüber eine vollständige Verweigerung der Akteneinsicht nicht in Betracht kommen kann, da selbst die Vergabestelle ihre Ableh-

nung zur Offenlegung in erster Linie mit dem Schutz der Interessen der Anbieter begründet, sodass dieses Argument aufgrund deren Zustimmung zur Offenlegung als entkräftet anzusehen ist (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2),

dass indessen die Beschwerdegegnerin behauptet, ihre im Aktenstück B26 aufgeführten Produktnamen wiesen auf eigens entwickelte Produkte hin, welche das Ergebnis jahrelanger Entwicklung seien,

dass demnach in Bezug auf die sie betreffende "Produkt- und Waschmittelempfehlungsübersicht" (Auszug Aktenstück B26) einstweilen auch die Produktnamen abzudecken sind,

dass indessen immerhin der Hinweis erlaubt ist, dass alleine aus dem Produktnamen prima facie nicht auf die chemische Zusammensetzung des Produkts geschlossen werden kann, weshalb sich das Gericht vorbehält, in einem zweiten Schritt allenfalls unter Beizug eines der seitens der Verfahrensbeteiligten vorgeschlagenen Experten die Geschäftsgeheimnisqualität dieser Produktnamen abschliessend zu klären,,

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.),

dass weitere Instruktionshandlungen zur Akteneinsicht allenfalls nach Eingang der Replik erfolgen werden.

## **Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht ins Aktenstück B26 wird teilweise entsprochen.

**1.1.** Das Aktenstück B26 wird der Beschwerdeführerin bezüglich der Angaben der weiteren Anbietern M.\_\_\_\_\_ AG, N.\_\_\_\_\_ GmbH sowie der zweitplatzierten Anbieterin – unter Abdeckung der Preisangaben, nicht aber der Namen der verwendeten Produkte – teilweise offengelegt.

**1.2.** Das Aktenstück B26 wird der Beschwerdeführerin bezüglich der Angaben der Beschwerdegegnerin unter Abdeckung sowohl der Preisangaben als auch der Namen der verwendeten Produkte teilweise offengelegt.

**1.3.** Soweit weitergehend werden die Akteneinsichtsbegehren ins Aktenstück B26 einstweilen abgewiesen.

### **2.**

Die Akten gemäss Ziffer 1.1 und Ziffer 1.2 werden der Beschwerdeführerin fünf Kalendertage nach der postalischen Zustellung der vorliegenden Zwischenverfügung zugestellt, soweit dem Gericht innert dieser Frist nicht seitens der Vergabestelle oder der Beschwerdegegnerin angezeigt wird, dass gegen die vorliegende Verfügung eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erwogen wird.

### **3.**

Zustellung einer Kopie der Eingabe der M.\_\_\_\_\_ AG vom 10. September 2014 an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin zur Kenntnis.

### **4.**

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

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Beilage: gemäss Ziffer 3 hiervor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 107251; Rechtsvertreter; Beilagen: gemäss Ziffern 1.1 und 1.2 sowie 3 hiervor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Beschwerdegegnerin (Rechtsvertreter; Beilagen: gemäss Ziffern 1.2 und 3 hiervor; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die M.\_\_\_\_\_ AG (Rechtsvertreter; Beilage gemäss Ziffer 1.1 hiervor, soweit sie betreffende Angaben in Frage stehen; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)
- die N.\_\_\_\_\_ GmbH (Beilage gemäss Ziffer 1.1 hiervor, soweit sie betreffende Angaben in Frage stehen; Einschreiben an das Zustell-domizil)
- die zweitplatzierte Anbieterin (Beilage gemäss Ziffer 1.1 hiervor, soweit sie betreffende Angaben in Frage stehen; Einschreiben)

Der Instruktionsrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Sabine Büttler

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift 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: 11. September 2014