



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4086/2018

stm/guj/gwt

Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2018

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschreibung - Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien - SIMAP Meldungsnummer 1024725 (Projekt-ID: 172388),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass die Vergabestelle am 22. Juni 2018 einen Lieferauftrag für Reinigungs- und Pflegeprodukte zur Innenreinigung von Schienenfahrzeugen und Immobilien im offenen Verfahren ausschrieb (SIMAP-Meldungsnummer 1024725; Projekt-ID 172388),

dass die Beschwerdeführerin am 12. Juli 2018 gegen die Ausschreibung Beschwerde erhob und beantragte, die Ausschreibung sei aufzuheben und nach Vornahme der notwendigen Verbesserungen erneut zu publizieren,

dass mit Zwischenverfügung vom 30. August 2018 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen wurde,

dass die Beschwerdeführerin mit Beschwerdeergänzung vom 22. Oktober 2018 ein Begehren um vollständige Akteneinsicht stellt und namentlich Einsicht in die Beilage 6 zur Stellungnahme der Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung vom 9. August 2018 (Ausstands- / Befangenheitsprotokolle) sowie in die gesamten Fragen und Antworten auf dem SIMAP-Frageforum, Stand 17. August 2018, verlangt,

dass die Beschwerdeführerin zugleich beantragt, es sei der Vergabestelle "in einige Beilagen der vorliegenden Stellungnahme" nur beschränkt Einsicht zu gewähren (d.h. ohne Beilagen 1 und 12 - 15) und dementsprechend einen der Vergabestelle zustellbaren Beilagenordner beigelegt hat,

dass der Vergabestelle demnach mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 22. Oktober 2018 mitsamt Beilagen 2 - 11 zugestellt worden sind,

dass die Vergabestelle mit Vernehmlassung in der Hauptsache vom 22. November 2018 zu den Begehren Stellung nahm und sich auf den Standpunkt stellt, Beilage 6 zur Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung vom 9. August 2018 (Ausstands- / Befangenheitsprotokolle) sei von der Akteneinsicht auszunehmen,

dass die Vergabestelle in derselben Vernehmlassung ihrerseits ein Akteneinsichtsbegehren hinsichtlich der Beilagen 1 und 12 - 15 der Beschwerdeergänzung vom 22. Oktober 2018 stellt,

dass der Beschwerdeführerin mit Instruktionsverfügung vom 23. November 2018 die Beilagen 1, 2, 3, 4 und 5 zur Stellungnahme der Vergabestelle

vom 9. August 2018 sowie die Beilage 1 zur Vernehmlassung vom 22. November 2018 zugestellt wurden, wobei ihr zugleich eine Frist zur Stellungnahme zu den Akteneinsichtsbegehren der Vergabestelle angesetzt wurde,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2018 [Posteingang: 10. Dezember 2018] hinsichtlich Beilage 6 an ihrem Akteneinsichtsbegehren festhielt und dies damit begründet, die Beilage enthalte keine schützenswerten Geheimnisse, die eine Einschränkung der Akteneinsicht rechtfertigen würden,

dass die Beschwerdeführerin weiter ausführt, seit Einreichung der Vorakten durch die Vergabestelle seien weitere verfahrensrelevante Akten dazugekommen, insbesondere seien die gesamten Fragen und Antworten auf dem SIMAP-Frageforum, Stand 17. August 2018, in das Verfahren einzubeziehen,

dass sich die Beschwerdeführerin in der nämlichen Eingabe bezüglich des Akteneinsichtsbegehrens der Vergabestelle auf den Standpunkt stellt, bei den Beilagen 12-15 ihrer Beschwerdeergänzung handle es sich um Geschäftsgeheimnisse in Form von Gesprächsauszügen, Angeboten, technischen Angaben etc., weshalb nur in die Beilage 1, nicht jedoch in die Beilagen 12-15 Einsicht zu gewähren sei,

dass die Vergabestelle mit Instruktionsverfügung vom 12. Dezember 2018 ersucht wurde, die gesamten Fragen und Antworten auf dem SIMAP-Frageforum einzureichen und eingeladen wurde, zum Akteneinsichtsbegehren betreffend Beilage 6 (Ausstands- / Befangenheitsprotokoll) erneut Stellung zu nehmen,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 17. Dezember 2018 die gesamten Fragen und Antworten auf dem SIMAP-Frageforum im Doppel (mit und ohne Nennung der jeweils die Fragen stellenden Anbieter) einreichte, jedoch an ihrem Antrag festhält, das Akteneinsichtsbegehren betreffend Beilage 6 (Ausstands- / Befangenheitsprotokolle) der Beschwerdeführerin sei abzuweisen,

dass die Vergabestelle auf die Nachfrage, ob sie eine separate Zwischenverfügung wünscht in Bezug auf die Offenlegung derjenigen von der Beschwerdeführerin eingereichten Aktenstücke, aus welchen ersichtlich wird, dass diese an der Unabhängigkeit zumindest eines möglicherweise an der

Beschaffung beteiligten Akteurs allenfalls Zweifel hat, im Sinne der Verfahrensbeschleunigung ihren Verzicht erklärte (vgl. Aktennotiz vom 18. Dezember 2018),

dass sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2018 auf den Standpunkt stellt, bei den Beilagen 12 – 15 ihrer Beschwerdeergänzung handle es sich um Geschäftsgeheimnisse, welche im vorliegenden Fall nicht nur vor den Konkurrenten, sondern auch vor der Vergabestelle geheim zu halten seien,

dass der Entscheid über die Akteneinsicht beim Instruktionsrichter liegt (Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; vgl. Zwischenverfügungen des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 1.2 und B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 1.1, je mit Hinweisen),

dass das Vergabeverfahren nach Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB grundsätzlich transparent zu gestalten ist, wobei insbesondere die Transparenz ex post als Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz gilt (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1),

dass sich die in 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, 2. Auflage, Zürich 2016, Rz. 10 zu Art. 26) und dass vom allgemeinen Einsichtsrecht einzig jene Akten ausgenommen bleiben, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; Zwischenentscheide des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3.1 und B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 3.1, je mit Hinweisen),

dass die Vergabestelle im Unterschied zur Anbieterseite nicht Grundrechtsträgerin ist im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. dazu GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 15 zu Art. 29 BV),

dass sich indessen der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit, wonach jede Partei Anspruch hat, grundsätzlich Einsicht in die Eingaben der anderen

Partei zu nehmen (BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OECHGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 17, 32 ff., 60 zu Art. 26 VwVG), im Rechtsmittelverfahren mit Blick auf das Ziel der Waffengleichheit auch zugunsten der Vergabestelle auswirkt,

dass es sich bei den Beilagen 12 – 15 der Beschwerdeergänzung um Auskünfte der Beschwerdeführerin zu weiteren Beschaffungen der Vergabestelle sowie um E-Mails und Briefe von und an die Vergabestelle handelt, in denen keine Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zu erkennen sind und solche von der Beschwerdeführerin – ausser der pauschalen Behauptung, es handle sich um Geschäftsgeheimnisse – auch nicht substantiiert vorgetragen werden,

dass die Beschwerdeführerin weiter ausführt, bereit zu sein "mit der Vergabestelle und deren SBB-internen Vorgesetzten anlässlich des seit 2015 fälligen und unsererseits mehrmals gewünschten Lieferantengesprächs" über die Beilagen 12 – 15 zu sprechen (Stellungnahme vom 7. Dezember 2018, S. 2), wodurch sie die von ihr geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse selbst relativiert,

dass nach dem Gesagten keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerin, sondern vielmehr die Intention der Relativierung des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit erkennbar wird, womit das Akteneinsichtsbegehren der Vergabestelle betreffend die Beilagen 12-15 zur Beschwerdeergänzung gutzuheissen ist,

dass die Einsicht in verwaltungsinterne Akten verweigert werden kann, sofern ihnen für die Behandlung des Falles keinen Beweischarakter zukommt, weil sie ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und insofern lediglich für den behördeninternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege etc.; vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 3.4 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 3.93 f.),

dass die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2018 die Auffassung vertritt, Beilage 6 zu ihrer Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung vom 9. August 2018 (Ausstands- / Befangenheitsprotokolle) sei von der Akteneinsicht auszunehmen, weil es sich um schützenswerte und

verwaltungsinterne Dokumente handle (Eingabe vom 17. Dezember 2018, S. 2),

dass Personen, die eine Verfügung treffen oder diese vorzubereiten haben, gemäss Art. 10 VwVG in den Ausstand treten, wenn der Anschein entsteht, eine unparteiische und unvoreingenommene Entscheidung der Behörde sei nicht mehr gewährleistet (BGE 137 II 431 E. 5.2, Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 5 mit Hinweisen),

dass die Beschwerdeführerin mit den Anhängen ihrer E-Mail an die Vergabestelle vom 29. August 2018 (Beilage 13 der Beschwerdeergänzung) sinngemäss an der Unabhängigkeit zumindest eines an der Beschaffung möglicherweise beteiligten Akteurs zweifelt,

dass sich diese Zweifel offenbar aus dem Umstand ergeben, dass der möglicherweise an der Beschaffung beteiligte Akteur nach der Darstellung der Beschwerdeführerin früher für einen anderen Anbieter gearbeitet hat, wobei dieser andere Anbieter von der Vergabestelle in dem parallel geführten Vergabeverfahren, welches Gegenstand des Beschwerdeverfahrens B-6295/2017 bildet, trotz - seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachten - mehrfacher Überschreitung von Korrosionswerten nicht ausgeschlossen worden sei,

dass die Beilage 6 (Ausstands- / und Befangenheitsprotokolle) die Namen der an der vorliegenden Ausschreibung beteiligten Akteure sowie die Zusage derselben, sich nach den Vorgaben von Art. 10 VwVG zu richten, enthalten, wobei unbestritten ist, dass in Bezug auf den Text der unterzeichneten Formulare keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden, womit sich nur die Frage nach der Offenlegung der Identität der seitens der Vergabestelle am Vergabeverfahren beteiligten Personen stellt,

dass selbst unter der Annahme, dass in den in Frage stehenden Protokollen interne Aktenstücke zu sehen sind bzw. der Schutz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Geheimhaltung rechtfertigen kann, werden diese Aktenstücke zum (die Qualifikation als interne Akten ausschliessenden) Beweismittel, sobald – wie vorliegend – hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Unbefangenheit der möglicherweise in Frage stehenden Personen zum Thema werden könnte, weshalb das Aktenein-

sichtsgesuch der Beschwerdeführerin betreffend die Beilage 6 zur Stellungnahme der Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung vom 9. August 2018 gutzuheissen ist,

dass damit über sämtliche Akteneinsichtsbegehren der Parteien entschieden ist, soweit ihnen die Aktenstücke im Rahmen der Instruktion nicht bereits zugestellt worden sind,

dass die Akteneinsicht nicht unmittelbar zu vollstrecken ist, mit Blick auf das Beschleunigungsgebot jedoch auch nicht ohne Weiteres die Beschwerdefrist abzuwarten ist, weshalb in Aussicht zu stellen ist, dass die Zustellung der Akten nach dem 3. Januar 2019 erfolgt, sofern die Parteien dem Bundesverwaltungsgericht innert dieser Frist nicht anzeigen, die Anfechtung der vorliegenden Zwischenverfügung zu erwägen (vgl. dazu Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 5),

dass eine Replikfrist aus prozessökonomischen Gründen erst nach Vollstreckung der Akteneinsichtsverfügung anzusetzen ist,

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

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

- 1.**
Zustellung einer Kopie der Eingabe der Vergabestelle vom 17. Dezember 2018 an die Beschwerdeführerin.
- 2.**
Zustellung der gesamten Fragen und Antworten auf dem SIMAP-Frageforum (ohne Nennung der jeweils die Fragen stellenden Anbieter) an die Beschwerdeführerin.
- 3.**
Zustellung einer Kopie der Aktennotiz vom 18. Dezember 2018 an die Verfahrensbeteiligten.
- 4.**

4.1 Der Vergabestelle wird Einsicht in die Beilagen 1 und 12 - 15 der Beschwerdeergänzung vom 22. Oktober 2018 gewährt.

4.2 Der Beschwerdeführerin wird Einsicht in Beilage 6 zur Stellungnahme der Vergabestelle betreffend die aufschiebende Wirkung vom 9. August 2018 gewährt.

5.

Die Akten gemäss Ziffer 4.1 und 4.2 hiervor werden der Vergabestelle bzw. der Beschwerdeführerin zugestellt, soweit dem Gericht nicht bis zum 3. Januar 2019 seitens der jeweils akteneinsichtsbelasteten Partei 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.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; vorab in elektronischer Form: an (...); Beilagen: gemäss Ziff. 1, 2 und 3 hiervor)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 172388; Gerichtsurkunde; vorab in elektronischer Form an: (...) und (...); Beilage: gemäss Ziff. 3 hiervor)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Reto Finger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen Ziff. 4.1 und 4.2 dieser Verfügung 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 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: 20. Dezember 2018