

JAAC 66.37

Zwischenentscheid der Eidgenössischen
Rekurskommission für das öffentliche
Beschaffungswesen vom 16. November 2001 i.S. V.
I. GmbH [BRK 2001-014]

Marchés publics. Compétence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. Champ d'application de la LMP dans le domaine des services postaux (importation de colis). Requête d'effet suspensif. Consultation du dossier.

- La Poste Suisse fournit ses prestations dans le domaine de l'importation de colis en concurrence avec des tiers non soumis à l'AMP. Cependant, comme le traitement de ces colis se fait en étroite collaboration avec l'Administration fédérale des douanes, la Poste Suisse est, s'agissant de la livraison de la chaîne de tri des colis en question, considérée comme une autorité soumise à la LMP conformément au sens des règles relatives au champ d'application de cette loi (art. 2 al. 1 let. d LMP; consid. 1a).

- La conclusion du contrat avant l'échéance du délai de recours est permise en cas de motifs impératifs relevant de l'intérêt public (p. ex. les adjudications d'urgence assimilables à un état de nécessité). Il incombe au pouvoir adjudicateur d'établir un tel motif (consid. 2b).

- Si un dommage important menace de se produire en raison de la non-exécution du contrat avec le bénéficiaire de l'adjudication, l'intérêt public est déterminant pour le rejet de l'effet suspensif requis (consid. 2 e-f.).

- Est largement exclue de la consultation du dossier, outre l'offre concurrente, l'évaluation technique des offres par le bureau d'ingénieur conseil, pour autant que les données concurrentes apparaissent comme dignes de protection (consid. 3b).

Öffentliches Beschaffungswesen. Zuständigkeit der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Geltungsbereich des BoeB im Bereich der Postdienste (Paketimport). Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Akteneinsicht.

- Die Schweizerische Post erbringt ihre Leistungen im Bereich des Paketimports in Konkurrenz zu Dritten, welche dem ÜoeB nicht unterstehen. Da aber der Paketimport in enger Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Zollverwaltung abgewickelt wird, gilt die Schweizerische Post betreffend das in Frage stehende Förder- und Verteilsystem als dem BoeB unterstellte Auftraggeberin entsprechend dem Sinn der Regeln über den Geltungsbereich des BoeB (Art. 2 Abs. 1 Bst. d BoeB) (E. 1a).

- Der Abschluss des Vertrages vor Ablauf der Beschwerdefrist ist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses gestattet (z.B. bei Vergaben von notstandsähnlicher Dringlichkeit). Es ist an der Auftraggeberin einen derartigen Grund darzutun (E. 2b).

- Droht bei einem weiteren Unterbinden des Vertragsvollzuges mit der Zuschlagsempfängerin ein enormer Schaden einzutreten, überwiegt das öffentliche Interesse an der Verweigerung des beantragten Suspensiveffektes (E. 2e-f).

- Von der Akteneinsicht weitgehend auszunehmen ist, neben der Konkurrenzofferte auch die technische Auswertung der Offerten durch das beratende Ingenieurbüro, soweit daraus schützenswerte Angaben der Konkurrentin ersichtlich sind (E. 3b).

Acquisti pubblici. Competenza della Commissione di ricorso in materia di acquisti pubblici. Campo d'applicazione della LAPub nell'ambito dei servizi postali (importazione di pacchi). Richiesta di effetto sospensivo. Consultazione degli atti.

- La Posta svizzera fornisce le sue prestazioni nell'ambito dell'importazione di pacchi in concorrenza con terzi che non sottostanno all' AAP. Dato però che tale attività viene svolta in stretta collaborazione con l'Amministrazione federale delle dogane, per quanto riguarda il sistema di trasporto e di distribuzione in questione la Posta svizzera è da considerarsi un'autorità che sottostà alla LAPub, conformemente al senso delle regole relative al campo d'applicazione della LAPub (art. 2 cpv. 1 lett. d LAPub; consid. 1a).

- La conclusione del contratto prima della scadenza del termine di ricorso è permessa in caso di motivi imperativi di interesse pubblico (ad es. le aggiudicazioni d'urgenza assimilabili ad uno stato di necessità). Tocca all'ente aggiudicante far valere un simile motivo (consider. 2b).

- Se vi è il rischio che, in caso di ulteriore impedimento dell'esecuzione del contratto con il beneficiario dell'aggiudicazione, si verifichi un danno enorme, prevale l'interesse pubblico al rifiuto dell'effetto sospensivo richiesto (consider. 2e-f).

- È ampiamente esclusa dalla consultazione degli atti non solo l'offerta concorrente ma anche la valutazione tecnica delle offerte effettuata dallo studio d'ingegneria che funge da consulente, nella misura in cui siano riconoscibili dati degni di protezione della concorrente (consid. 3b).

Die Schweizerische Post schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 11. Mai 2001 den Auftrag «Lieferung eines Förderung- und Verteilsystems für das Auswechslungsamt Basel» zur Vergabe aus. Das Mandat umfasst die betriebsbereite Ausrüstung eines Förder- und Verteilsystems für Postpakete einer Logistikplattform in Basel, wobei die Anlage nur dem Paketimport dienen soll. Aufgrund der Präqualifikation wurden acht Anbieter zur Offertstellung eingeladen. Der auf den 26. September 2001 datierte Zuschlag wurde im SHAB vom 2. Oktober 2001 publiziert. Nachdem die V. I. GmbH mit Eingabe vom 15. Oktober 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK, die Rekurskommission) erhoben hatte, teilte die Vergabestelle mit Schreiben vom 23. Oktober 2001 mit, sie habe den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

1.a. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) sind die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post dem BoeB als Auftraggeberin unterstellt, soweit diese nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) nicht unterstehen. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b des Postgesetzes vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0) ist unter anderem die Beförderung von Paketen im internationalen Verkehr von den reservierten Diensten ausgenommen (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 [VPG], SR 783.01). Die nicht reservierten Dienste erbringt die Post in Konkurrenz zu den privaten Anbieterinnen und Anbietern (Art. 4 Abs. 1 PG). Von diesen nicht reservierten Diensten im Bereich des Universaldienstes zu unterscheiden sind die Wettbewerbsdienste, die die Schweizerische Post im Unterschied zur Grundversorgung (Universaldienst; vgl. Art. 2 PG) gar nicht erbringen muss (Art. 9 PG). Da im vorliegenden Fall ein Förder- und Verteilsystem für den Import von Paketen Gegenstand der Vergabe bildet, spräche allein der Wortlaut der genannten Bestimmungen eher dafür, die Post als Auftraggeberin dem BoeB nicht zu unterstellen. Zusätzlich ist aber zu berücksichtigen, dass das Förder- und Verteilsystem nicht nur der Post, sondern auch den Zollbehörden dient. Die Förderanlage bildet Teil eines integrierten Gesamtkonzepts, welches auf der engen Zusammenarbeit von Bediensteten der Post und der Eidgenössischen Zollverwaltung basiert; diese arbeiten im Auswechslungsamt Basel «Hand in Hand». Diese Angaben werden durch das Pflichtenheft, welches die einzelnen Arbeitsstationen beschreibt, untermauert; auch die Anzahl im einschlägigen Bereich des Auswechslungsamts beschäftigter Mitarbeiter der Zollverwaltung entspricht etwa derjenigen der Schweizerischen Post. Entsprechend weist die Vergabestelle darauf hin, dass im Auswechslungsamt

Basel derzeit bei der Schweizerischen Post 80 und bei der Eidgenössischen Zollverwaltung 105 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt seien. Dieser Darstellung entspricht Art. 4 Abs. 1 der Postzollordnung vom 2. Februar 1972 (SR 631.255.1), wonach die Zollabfertigung von Amtes wegen grundsätzlich durch das dem Auswechslungsamt angeschlossene Zollamt (Postzollamt) erfolgt. Nach dem Gesagten ergibt sich vorliegend eine Konstellation, die - obwohl die Beförderung von Paketpost im internationalen Verkehr nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht zu den reservierten Diensten gehört - der Situation im Bereich der reservierten Dienste eher entspricht. Es liefe dem Sinn der Regeln über den Geltungsbereich des BoeB zuwider, wenn der Umstand, dass die Beförderung von Paketpost im internationalen Verkehr nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Bst. b PG zu den nicht reservierten Diensten gehört, bei den gegebenen Verhältnissen für die Frage der Unterstellung der Auftraggeberin unter dieses Gesetz ausschlaggebend wäre. Damit kann offen bleiben, ob der Umstand, dass in mehreren Versandstaaten der Export von Paketen dem Postregal unterstellt ist, zu einem Importmonopol der Schweizerischen Post für alle Pakete aus diesen Staaten führt, was wiederum zur Folge haben könnte, dass der Paketimport bezüglich der Konkurrenz mit Privaten anders zu beurteilen wäre als der Paketexport.

(...)

2. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann von der Rekurskommission auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren. Vorab ist indessen darüber zu befinden, ob sich aufgrund des bereits erfolgten Vertragsschlusses die Frage nach der aufschiebenden Wirkung noch stellt.

a. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission setzt die Anwendung der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 BoeB voraus, dass der in Frage stehende Vertrag mit dem von der Vergabebehörde ausgewählten Submittenten als gültig erscheint. Diesfalls ist die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen. Ist aufgrund einer *prima-facie*-Würdigung die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen, so beschränkt Art. 32 Abs. 2 BoeB die Rekurskommission nicht in ihrer Befugnis, die aufschiebende Wirkung zu gewähren (Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in [VPB 62.79](#) E. 2 mit Hinweisen; vgl. auch *André Moser*, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 685 f. sowie den zur Veröffentlichung bestimmten Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 8. März 2001 [VGE III/27] in Sachen G., E. II/2). Diese Rechtsprechung wird von der Vergabestelle nicht in Frage gestellt. In Anbetracht der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen und der vorliegenden Aktenlage lässt sich eine allfällige Nichtigkeit des Vertrages - gestützt auf eine *prima-facie*-Würdigung - nicht

ausschliessen. Damit ist, obwohl der Vertrag bereits abgeschlossen ist, grundsätzlich zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegeben sind.

b. Indessen bleibt gemäss Rechtsprechung der Abschluss des Vertrages vor Ablauf der Beschwerdefrist aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses vorbehalten. In einem solchen Fall (z. B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) ist es an der Auftraggeberin, einen derartigen Grund darzutun (vgl. [VPB 62.79](#) E. 2 auch [VPB 61.24](#) E. 2c bzw. AJP 1997, S. 333 ff. bzw. Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl], 98/1997, S. 218 ff.). Soweit die Vergabestelle dazu ausführt, dass die Dringlichkeit dieselbe sei, ob nun der Vertrag bereits abgeschlossen worden ist, oder ob nunmehr über das Gesuch um aufschiebende Wirkung befunden werden muss, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Dringlichkeit, die nachgewiesen werden muss, um auch das Abwarten des richterlichen Entscheides über die aufschiebende Wirkung für die Vergabestelle als unzumutbar erscheinen zu lassen, ist gegenüber derjenigen Dringlichkeit, welche die Abweisung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zur Folge hat, qualifiziert. Nur für die Rechtfertigung des Vertragsschlusses zur Unzeit wird eine *besondere Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation* vorausgesetzt (vgl. die Zwischenentscheide der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in [VPB 61.24](#) E. 2c, und vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in [VPB 62.79](#) E. 2c und kommentiert in Baurecht 2/1998, S. 51 f., sowie den Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1998, veröffentlicht in [VPB 63.42](#) E. 1b; vgl. zum Ganzen *Peter Galli*, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) - Die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in: Nicolas Michel / Roger Zäch (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz - Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zürich 1998, S. 110 f.).

Im vorliegenden Fall macht die Vergabestelle geltend, sich in einer notstandsähnlichen Situation befunden zu haben. Dieser Behauptung widerspricht indessen bereits der Verfahrensablauf. Gestützt auf Art. 13 Abs. 2 BoeB statuiert Art. 13 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11), dass die Vergabestelle den Auftrag auch oberhalb des massgebenden Schwellenwerts ohne Ausschreibung vergeben kann, wenn die Beschaffung aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse so dringlich wird, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann. Diese Bestimmung hat die Vergabestelle nicht angerufen. Zudem können die Minimalfristen für die Einreichung des Antrags auf Teilnahme sowie für die Angebotsabgabe gemäss Art. 19 Abs. 3 Bst. b VoeB gestützt auf Art. 19 Abs. 4 VoeB in Verbindung mit Artikel XI Ziff. 3 Bst. c ÜoeB verkürzt werden, wenn eine von der Beschaffungsstelle gebührend begründete Dringlichkeit die betreffenden Fristen unpraktikabel macht. Aus den Akten geht nicht hervor, dass die Minimalfristen gemäss Art. 19 Abs. 3 Bst. b VoeB zufolge Dringlichkeit der Vergabe unterschritten worden sind. Vielmehr ist die mindestens 40-tägige Frist zur Einreichung der Angebote um eine weitere Woche erstreckt worden. Bereits angesichts dieser Umstände wäre die Vergabestelle - um sich nicht inkohärentes Verhalten vorwerfen lassen zu müssen - gehalten gewesen, den Ablauf der Beschwerdefrist bzw. den - im vorliegenden Fall

knapp einen Monat nach Eingang der Beschwerde gefällt - Entscheid der Rekurskommission über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuwarten. Da ein zwingender Grund des öffentlichen Interesses für einen vorzeitigen Vertragsabschluss somit nicht bestanden hat, hätte die Vergabestelle davon absehen müssen. Demnach ist im Folgenden darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung erfüllt sind.

c. Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist abzuwägen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. In die Prüfung sind die Interessen des Beschwerdeführers, öffentliche Interessen des Auftraggebers sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen (BGE 117 V 191 E. 2b, BGE 110 V 45 E. 5b, BGE 106 Ib E. 2a, BGE 105 V 268 E. 2; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 1397; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, Bern 1991, S. 443). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545).

Liegt ein solches Gesuch vor, ist - im Sinne einer *prima-facie*-Würdigung der materiellen Rechtslage - zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoEB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.21 mit Hinweisen).

d. Die Beschwerdeführerin macht in der Hauptsache geltend, das ihr von der Vergabebehörde im Rahmen ihrer Informationsanfrage nach Art. 23 BoeB zugesandte «Evaluationskonzept» sei den Anbietern nicht vor der Offerteinreichung bekannt gemacht worden. Die Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin mit 505.5 Punkte und desjenigen der Beschwerdeführerin mit 303 Punkten ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin aus den Akten nicht nachvollziehbar. Auch werde der Zusammenhang zwischen den in der Ausschreibung erwähnten und

im Pflichtenheft anders formulierten Zuschlagskriterien in den Unterlagen der Vergabestelle nicht erläutert. Zudem sei den Offerenten die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nicht mitgeteilt worden.

Eine *prima-facie*-Würdigung der Erfolgchancen aufgrund der Aktenlage ergibt, dass die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann. Beispielsweise scheinen sich die Massstäbe für die Bewertung, wie sie schliesslich laut Bericht der Vergabestelle vom 12. Oktober 2001 gemäss Art. 23 BoeB vorgenommen worden ist, wobei in deren Rahmen offenbar die letztlich für die Rangierung entscheidenden Punktzahlen ermittelt worden sind, nicht aus den den Anbietern vor Einreichung ihrer Offerten vorliegenden Unterlagen zu ergeben. Auch ist aufgrund der Akten nicht ausgeschlossen, dass die Vorgaben der Rechtsprechung betreffend die vorgängige Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien im vorliegenden Fall nicht eingehalten worden sind (vgl. dazu nur den Entscheid der BRK vom 26. Juni 2000, veröffentlicht in [VPB 65.10](#) E. 4a). Demnach erscheint es nicht als gänzlich unwahrscheinlich, dass sich der Vorwurf der mangelnden Transparenz des zu beurteilenden Vergabeverfahrens erhärten wird. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin ebenfalls gerügten Probleme im Zusammenhang mit der geltend gemachten Inkongruenz zwischen den in der Ausschreibung publizierten und im Pflichtenheft wiedergegebenen Zuschlagskriterien allenfalls bereits früher hätten gerügt werden müssen, wie die Vergabestelle geltend macht. Im Übrigen wird sich die Rekurskommission im Rahmen ihres Sachentscheids mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin näher auseinanderzusetzen haben.

e. Da bezüglich der Erfolgsaussichten der Beschwerde somit zumindest Zweifel bestehen, ist über das Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen zu befinden. Die Interessen der Beschwerdeführerin sind als gewichtig zu bezeichnen. Denn wird das Gesuch abgewiesen, so kann die Rekurskommission den Zuschlag selbst bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr aufheben, sondern lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB). Die Vergabestelle weist in ihrer Vernehmlassung zunächst auf die Bedeutung des Auswechslungsamts Basel hin. Ohne Übertreibung lasse sich sagen, dass bei einem Ausfall des Auswechslungsamtes Basel weit mehr als die Hälfte aller Pakete, die täglich aus dem Ausland in der Schweiz eintreffen, nicht mehr bearbeitet und ausgeliefert werden könne. Da der Mietvertrag für das Auswechslungsamt Basel 17 mit Schreiben vom 2. Mai 2000 wegen dringenden Eigenbedarfs der Schweizerischen Bundesbahnen mit Wirkung per 30. Juni 2000 gekündigt worden sei, habe sich die Schweizerische Post in einer notstandsähnlichen Situation befunden. Nachdem die Eckdaten der künftigen Förderanlage definiert worden seien und ein neuer Standort gefunden worden sei, habe die Schweizerische Post am 11. Mai 2001 durch Ausschreibung im SHAB das Submissionsverfahren eröffnet. Nach dem am 26. September 2001 erfolgten Zuschlag sei der Terminplan äusserst eng. Am 1. Oktober 2001 sei mit den Abbrucharbeiten Basel 2 begonnen worden. Das Gebäude sei am 31. Januar 2002 für die Anlage bezugsbereit; für den 30. April 2002 sei das Bauende und die Übergabe an den Bauherrn vorgesehen. Die Vergabestelle führt weiter aus, sie habe Ende Mai 1999 drei neue Paketzentren in Daillens, Härkingen und Frauenfeld in Betrieb genommen. Die Aufnahme des Betriebes in diesen

Zentren sei bekanntlich «zu einem wahren Chaos geraten». Die Paketpost leide noch heute unter den Folgen dieser verheerenden Pannen. Der Imageverlust bei den Geschäfts- und den Privatkunden sei enorm. Dadurch sei ein Schaden in der Nähe eines dreistelligen Millionenbetrages entstanden. Zudem sei aufgrund der Zunahme der Paketpost der Einstieg zu einer späteren Jahreszeit viel zu riskant; im Fall von Störungen im Betriebsablauf drohe das nackte Chaos. Auch für die Eidgenössische Zollverwaltung drohen nach deren Angaben bei verspäteter Betriebsaufnahme am geplanten Standort erhebliche Mehrkosten, massive Verzögerungen bei der Verzollung der Postsendungen. Die Bewältigung des Verkehrs sei in Frage gestellt; Imageschäden für die Eidgenössische Zollverwaltung seien die Folge. Die von der Vergabestelle und der Eidgenössischen Zollverwaltung vorgebrachten Argumente und insbesondere die aufgezeigte Gefahr eines sehr hohen Schadens erscheinen glaubhaft. Dass durch eine Verzögerung der Beschaffung - namentlich im Hinblick auf die dadurch in Frage gestellte, aber dringend notwendige Vorlaufzeit für das Jahresendgeschäft - ein sehr bedeutender Schaden eintreten würde, ist naheliegend. Die Rekurskommission kommt daher zum Schluss, dass die öffentlichen Interessen an der sofortigen Ausführung des Auftrages vorliegend das private Interesse der Beschwerdeführerin am Zuschlag und das allgemeine Interesse an der Wirksamkeit des Rechtsschutzes vor der Rekurskommission - jedenfalls unter Annahme nicht selbstverschuldeter Dringlichkeit (vgl. dazu E. f hiernach) - überwiegen.

f. Die Rekurskommission hat im Rahmen der Prüfung der ausserordentlichen Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation (vgl. dazu E. b hiervor) festgehalten, auf diese dürfe nur abgestellt werden, wenn sie sich aus äusseren Umständen ergebe und nicht der eigenen (unzureichenden) Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben sei (Entscheid der BRK vom 3. März 1999, veröffentlicht in [VPB 63.61](#) E. 2 mit Hinweisen). Das gilt grundsätzlich auch für diejenige Dringlichkeit, die eine Abweisung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu bewirken vermag.

Die Schweizerische Post ist in ihren Aussagen insofern widersprüchlich, als sie einerseits angibt, völlig unverschuldet unter einem enormen Zeitdruck geraten zu sein; namentlich sei das eingereichte Gesuch um Mieterstreckung noch nicht behandelt worden und habe daher den Druck nicht zu lindern vermocht. Andererseits führt sie aus, aus der Sicht der SBB und deren Terminplan für das eigene bedeutende Bauvorhaben in Basel sei ein Entgegenkommen gar nicht möglich gewesen; auch diese Angelegenheit sei von grösstem öffentlichem Interesse. Diese Aussagen deuten darauf hin, dass die Schweizerische Post gar nicht mit Nachdruck versucht hat, das Mieterstreckungsverfahren zu beschleunigen. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. Dasselbe gilt für die Frage, ob es der Vergabestelle möglich gewesen wäre, innert kürzerer Frist einen neuen Standort für das Auswechslungsamt zu evaluieren. Angesichts des glaubhaft dargelegten enormen Schadens, welcher bei einem weiteren Unterbinden des Vertragsvollzuges mit der Zuschlagsempfängerin durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung einzutreten droht (vgl. dazu

E. e hiervor), überwiegt das öffentliche Interesse an der Verweigerung des beantragten Suspensiveffektes so oder so. Damit aber ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

3. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr Einsicht in sämtliche Akten des Ausschreibungsverfahrens zu gewähren.

a. Für das Verfahren vor der Rekurskommission gelangen die Art. 26-28 VwVG zur Anwendung. In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden ([BGE 115 IV 301](#)). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme ([BGE 117 Ib 494](#)). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat der Vertreter der Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich denen ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in [VPB 61.24 E. 3a](#)). So besteht für das Verfahren vor der Rekurskommission ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Moser, Überblick, S. 686 mit Hinweisen). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 2. März 2000 (2P.274/1999) festgehalten, dass das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten habe. Nicht zu verkennen sei zwar, dass eine solche Einsichtsbeschränkung dem unterlegenen Konkurrenten die Möglichkeit erschwere, vermutete Mängel des Vergabeentscheides auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Schutzlos seien die übergangenen Anbieter jedoch nicht: Sie könnten von der Vergabebehörde eine Begründung für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots verlangen, deren Stichhaltigkeit dann von der Rechtsmittelinstanz - gestützt auf einen vollumfänglichen Einblick in die Konkurrenzofferten - überprüft werde.

b. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Einsichtnahme «in sämtliche Akten des Ausschreibungsverfahrens» kann nach dem Gesagten - zumindest vorläufig - nur teilweise stattgegeben werden. Insbesondere ist neben der Konkurrenzofferte auch die technische Auswertung der Offerten durch das beratende Ingenieurbüro, soweit daraus schützenswerte Angaben der Konkurrentin ersichtlich sind, von der Akteneinsicht auszunehmen. Davon ist eine Gegenausnahme zu machen für Unterlagen, die - ohne die von den Anbietern getroffenen Lösungen im Detail zu schildern - die Gesamtbeurteilung der Offerten durch das beratende Ingenieurbüro enthalten. Ebenfalls herauszugeben sind Protokolle von Besprechungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle. Zusammenfassend bedeutet dies, dass nebst der Konkurrenzofferte auch die technische Auswertung der Offerten durch das die Vergabestelle beratende Ingenieurbüro vom Akteneinsichtsrecht grösstenteils auszunehmen ist. Hingegen ist der Beschwerdeführerin Einsicht in die die Auswertung der Angebote zusammenfassende «Nutzwertanalyse der Angebote», mittels welcher die Offerten mit Punkten bewertet worden sind, zu gewähren. Dies gilt auch

für die der «Nutzwertanalyse der Angebote» beiliegende «Begründung zur Punktevergabe», mit welcher stichwortartig - ohne die technischen Lösungen der sich stellenden Probleme im Einzelnen darzustellen - Vor- und Nachteile der einzelnen Offerten beschrieben werden.

Sollte sich im weiteren Verlauf des Instruktionsverfahrens ergeben, dass von der Akteneinsicht ausgenommene Aktenstücke im Sachentscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen sind, würde die Rekurskommission der Beschwerdeführerin vorgängig in geeigneter Form von ihrem für die Sache wesentlichen Inhalt Kenntnis und Gelegenheit geben, sich dazu zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG).

(...)

**JAAC 66.37 - Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das
öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001 i.S. V. I. GmbH [BRK 2001-014]**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 552

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.