

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00095 vom 12. September 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-09-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2001.00095](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00095)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00095 du 12 septembre 2001

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00095 del 12 settembre 2001

## Regeste

Submission (Zwischenbeschluss) | ZWISCHEN- UND ENDENTSCHEID:  
Zwischenentscheid: Akteneinsicht im Submissionsverfahren: Im erstinstanzlichen Verfahren vor der Behörde, welche einen öffentlichen Auftrag vergibt, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Akteneinsicht. Im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht richtet sich die Einsicht in Akten, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird, nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts. Dem für das Submissionsrecht wesentlichen Grundsatz der Vertraulichkeit wird bei der Interessenabwägung Rechnung getragen. Entgegen § 57 Abs. 2 VRG haben die Behörden dem Verwaltungsgericht auch die als vertraulich bezeichneten Unterlagen einzureichen; das Gericht entscheidet alsdann in Kenntnis der Akten über die Gewährung der Einsicht. Endentscheid: Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien: Eignungs- und Zuschlagskriterien sind wegen ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen klar auseinander zu halten. Es ist jedoch zulässig, als Zuschlagskriterien Merkmale zu verwenden, die auch für die Eignung der Anbieter von Bedeutung sind (E. 2). Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien: Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der Rechtslage in andern Kantonen und der EU. Im heutigen Zeitpunkt erscheint es nicht als gerechtfertigt, auf dem Weg der Rechtsprechung eine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien einzuführen (E. 3). Bewertungsmethode für das Kriterium Preis: Einfluss der Bewertungsmethode auf die Gewichtung dieses Kriteriums (E. 3g). Beim Preis ist - ebenso wie bei anderen Kriterien - nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen (E. 4b). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Nachdem die Beschwerdeführerinnen Einsicht in die vom Beschwerdegegner eingereichten Akten verlangt haben und der Beschwerdegegner sich der Einsichtnahme in bestimmte Dokumente widersetzt, ist vorweg über den Umfang der Akteneinsicht zu befinden. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen ist dieser Entscheid, der in der Regel dem Abteilungsvorsitzenden obliegt, vorliegend von der Kammer zu treffen.

### E. 2

a) Das Beschwerdeverfahren gegen Vergabeentscheide kantonaler Behörden wird durch Art. 15 – 18 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 – 5 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

(IVöB-BeitrittsG) vom 22. September 1996 geregelt. Soweit diese Erlasse keine Vorschriften enthalten, finden gemäss § 5 IVöB-BeitrittsG die für das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz geltenden Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) ergänzend Anwendung. Das kantonale Recht gelangt vorliegend ungeachtet dessen zur Anwendung, dass die strittige Beschaffung eine Nationalstrasse und damit ein Werk des Bundes betrifft. Gemäss Art. 41 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG) erfolgt die Vergabe von Bauarbeiten an Nationalstrassen nach den vom Bundesrat bestimmten Grundsätzen durch die Kantone, und nach Art. 46 der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über die Nationalstrassen (NSV) findet dabei – abgesehen von speziellen Bestimmungen über die Art des Wettbewerbs, die Schwellenwerte und die Genehmigung durch ein Bundesamt (Art. 44, 45 und 47 NSV) – das kantonale Recht Anwendung (vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 46 ff.). b) Das Recht auf Akteneinsicht ist Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es findet seine Grundlage einerseits in den aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) bzw. Art. 4 Abs. 1 der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) abgeleiteten Minimalgarantien, andererseits in den kantonalen Verfahrensvorschriften (BGE 125 I 257 E. 3a; 124 I 241 E. 2 mit Hinw.; vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, Rz. 1309). Nach § 8 Abs. 1 VRG sind Personen, die durch eine Anordnung berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben, berechtigt, in die Akten Einsicht zu nehmen. Die Einsicht in ein Aktenstück kann jedoch zur Wahrung wichtiger öffentlicher oder schutzwürdiger privater Interessen oder im Interesse einer noch nicht abgeschlossenen Untersuchung verweigert werden (§ 9 Abs. 1 VRG). Derartige Interessen sind dem Interesse am Zustandekommen einer materiell richtigen Anordnung gegenüber zu stellen und gegen dieses abzuwägen (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 9 N. 2; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 232 ff., 242 ff.). Wird die Einsicht in ein Aktenstück verweigert, so ist dessen wesentlicher Inhalt dem Betroffenen dennoch insoweit mitzuteilen, als dies ohne Verletzung der schutzwürdigen Interessen möglich ist (§ 9 Abs. 2 VRG). Diese Bestimmungen sind auch im Beschwerdeverfahren anwendbar (§ 70 VRG). In § 57 Abs. 1 VRG wird sodann präzisiert, dass die für die Beurteilung einer Beschwerde beigezogenen Akten den am Verfahren Beteiligten zur Einsicht offen stehen; andererseits wird der am Verfahren beteiligten Verwaltungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, zur Wahrung wichtiger öffentlicher und schutzwürdiger privater Interessen einzelne, dem Verwaltungsgericht näher zu bezeichnende Aktenstücke zurückzubehalten (§ 57 Abs. 2 VRG). c) Daneben sind die besonderen Vorschriften des Vergaberechts zu beachten. Gemäss Art. 11 lit. g IVöB gilt für das Vergabeverfahren der Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen, wie er auch in Art. 8 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) festgehalten ist. Durch die vertrauliche Behandlung der von den Anbietern gemachten Angaben soll verhindert werden, dass ihr geistiges Eigentum oder ihre Geschäftsgeheimnisse an Dritte offenbart werden (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, N. 263 ff.). Diesem Anliegen entsprechen auch die Bestimmungen der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) über die Bekanntmachung des Zuschlags: Nach § 33 SubmV ist die Vergabestelle bei der Eröffnung

des Entscheids nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Abs. 1); erst auf Gesuch eines Anbieters muss sie diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt geben (Abs. 2). Eine entsprechende Regelung gilt im Vergabeverfahren des Bundes (Art. 23 BoeB). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts muss dem unterlegenen Anbieter allerdings im Rahmen der ergänzenden Erläuterung gemäss § 33 Abs. 2 SubmV oder spätestens in einem anschliessenden Beschwerdeverfahren eine den Anforderungen des Bundesverfassungsrechts sowie Abs. 10 Abs. 2 VRG genügende Begründung des Vergabeentscheids geliefert werden (vgl. RB 2000 Nr. 59 E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25).

### **E. 3**

Es stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem für das rechtliche Gehör wesentlichen Anspruch auf Akteneinsicht und dem das Submissionsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertraulichkeit. a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage ist nicht einheitlich. In BGE 119 Ia 424 ging das Gericht davon aus, dass die unmittelbar aus Art. 4 aBV fliessenden Parteirechte (Anspruch auf Teilnahme an Beweiserhebungen, auf Stellungnahme zum Beweisergebnis, auf Akteneinsicht, auf Begründung des Entscheids usw.) in einem Submissionsverfahren grundsätzlich nicht zum Zug kämen (E. 4b/cc). Dies ergebe sich daraus, dass diese Parteirechte auf hoheitliche Verfügungsverfahren zugeschnitten seien, wogegen das Submissionsverfahren nicht zu einer verbindlichen hoheitlichen Verfügung führe, sondern allein der Einholung und Evaluation privatrechtlicher Offerten diene und insofern keinen Zwangscharakter aufweise (E. 4b bb und cc). Diese Begründung entsprach der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche in der Vergabung von Arbeiten im Rahmen eines behördlichen Submissionsverfahrens keine Ausübung staatlicher Hoheit erblickte und den Zuschlag daher nicht als Verwaltungsakt anerkannte (BGE 119 Ia 424 E. 3a; vgl. Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. A., Bern 1994, S. 121 f.). Im Entscheid ZBl 99/1998 S. 374 brachte das Bundesgericht dann jedoch die aus Art. 4 aBV abgeleiteten Garantien zur Sicherung des rechtlichen Gehörs und insbesondere den Anspruch auf Akteneinsicht ohne grundsätzliche Vorbehalte auf das kantonale Beschwerdeverfahren betreffend einen Submissionsentscheid zur Anwendung (E. 3). Auch dieser Entscheid erging noch in Anwendung des alten Submissionsrechts (vgl. E. 1b und 2b). In einem Entscheid vom 2. März 2000 (Internetdatenbank des Bundesgerichts, [www.bger.ch](http://www.bger.ch), ARGE X. c. Regierungsrat des Kantons Thurgau, 2P.274/1999) weist das Bundesgericht auf den Grundsatz der Vertraulichkeit gemäss Art. 11 lit. g IVöB sowie die kantonalen (dem Zürcher Recht vergleichbaren) Bestimmungen über die Bekanntmachung des Zuschlags und die entsprechenden Regeln des Bundes (Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 23 BoeB) hin. Aus diesen Vorschriften schliesst es, dass im Submissionsrecht das in anderen Bereichen übliche Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse an der Vertraulichkeit zurücktreten müsse. Diese Schranke sei auch in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren zu beachten, da andernfalls die Vertraulichkeit der Offerten unterlaufen werden könnte; für eine Interessenabwägung bleibe kein Raum. Den Rechtsschutz der übergangenen Anbieter sieht das Bundesgericht dadurch gewährleistet, dass die Beschwerdeinstanz den Vergabeentscheid in Kenntnis der vollständigen Akten – welche nur der Rechtsmittelinstanz, nicht aber den Verfahrensparteien zur Verfügung stünden – überprüfe (E. 2c/bb). Unter Hinweis auf BGE 119 Ia 424 erwähnt das Gericht schliesslich, dass aus den durch Art. 4 aBV gewährleisteten Minimalgarantien kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten abgeleitet werden könne (E. 2c/aa). b) Andere mit der

Anwendung von Submissionsrecht betraute Gerichte gehen zumeist davon aus, dass das Gebot der Vertraulichkeit nur im erstinstanzlichen Vergabeverfahren uneingeschränkt gelte. Im Beschwerdeverfahren wenden sie dagegen die allgemeinen Grundsätze über die Akteneinsicht an und entscheiden aufgrund einer Interessenabwägung, ob die geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen die Interessen an der Einsichtnahme überwiegen. Eine derartige Rechtsprechung befolgen namentlich die Verwaltungsgerichte des Kantons Waadt (vgl. Etienne Poltier, *Les marchés publics: premières expériences vaudoises*, RDAF 2000, S. 297 ff., 323 f.; Olivier Rodondi, *Le droit cantonal des marchés publics – Les premières expériences*, RDAF 1999, S. 265 ff., 289; André Moser, *Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen*, AJP 2000, S. 682 ff., 686 Anm. 43) und des Kantons Schwyz (Baurecht [im Folgenden: BR] 1999 S. 150, *Entscheid S54*; vgl. Moser, S. 686 Anm. 42) sowie die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (ZBI 98/1997 S. 218 E. 3 = VPB 1997 Nr. 24; BR1999 S. 54, *Entscheid S5*; Moser, S. 686 Anm. 41; Peter Galli, *Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen: Die ersten Entscheide und ihre Tragweite*, in Nicolas Michel/Roger Zäch [Hrsg.], *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, Zürich 1998, S. 103 ff., 116). Eine andere Rechtsauffassung vertritt das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, welches davon ausgeht, dass die im kantonalen Recht für das Vergabeverfahren vorgesehene Beschränkung des Akteneinsichtsrechts auch im Beschwerdeverfahren zum Tragen komme und demgemäss keine Interessenabwägung im Einzelfall möglich sei (ZBI 99/1998 S. 527). Eine Minderheit des Gerichts vertrat jedoch auch in diesem Fall die Auffassung, eine von vornherein und ohne Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorgenommene Beschränkung der Akteneinsicht sei verfassungswidrig (ZBI 99/1998 S. 533). c) Für das Zürcher Recht muss aufgrund der dargestellten Regeln über die Vertraulichkeit von Informationen davon ausgegangen werden, dass im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren vor der vergebenden Amtsstelle in Abweichung von § 8 Abs. 1 VRG grundsätzlich kein Anspruch auf Akteneinsicht besteht. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse zurückzutreten hat (*Entscheid vom 2. März 2000, 2P.274/1999, E. 2c/bb*). Auch für das Vergabeverfahren des Bundes werden die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) betreffend Akteneinsicht (Art. 26–28 VwVG) im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren ausdrücklich als nicht anwendbar erklärt (Art. 26 Abs. 2 BoeB). d) Durch den Ausschluss der Akteneinsicht im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren erhält diese dafür im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht ein umso grösseres Gewicht. Denn die Einsicht in die für das Verfahren wesentlichen Unterlagen ist die Voraussetzung dafür, dass die Beteiligten ihre Parteirechte wahrnehmen, insbesondere Beweisanträge stellen und sich zu den rechtserheblichen Punkten äussern können (BGE 115 V 297 E. 2e; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, Rz. 295; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 60; Jörg Paul Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. A., Bern 1999, S. 525; Attilio R. Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 68; Albertini, S. 225, 235 ff.). Eine Beschneidung dieser Möglichkeit beeinträchtigt ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeinstanz die geforderte unabhängige Überprüfung des Vergabeentscheids (Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt; Art. XX Abs. 2, 6 und

## E. 7

des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen) in der Regel nicht vornehmen kann, ohne auf Unterlagen abzustellen, die von den Bewerbern im Rahmen der Submission eingereicht wurden oder – wie etwa Zusammenstellungen, welche die Vergabestelle anfertigt – Angaben aus diesen Unterlagen enthalten. Der Beschwerdeentscheid darf sich aber grundsätzlich nur auf Unterlagen stützen, die auch den Parteien zugänglich waren; wo die Einsicht in ein Aktenstück aus überwiegenden Interessen an der Geheimhaltung verweigert wird, ist der betroffenen Partei zumindest dessen wesentlicher Inhalt mitzuteilen und ihr Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern. Auf Informationen, die einer Partei nicht in diesen Formen zur Verfügung gestellt wurden, darf das Gericht zu deren Nachteil nicht abstellen. Dies entspricht der praktisch einhelligen Auffassung von Rechtsprechung und Lehre (BGE 115 Ia 293 E. 5c = Pra 1990 Nr. 214; 115 V 297 E. 2g/bb; BGr, ZBl 84/1983, S. 131 E. 3b; BGE 100 Ia 97 E. 5d; vgl. auch BGE 125 II 417 E. 5; 117 Ib 481 E. 7a/aa; Albertini, S. 245 f.; Gadola, S. 71 oben; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, S. 383 f.; Häfelin/Müller, Rz. 1324; Kölz/Häner, Rz. 305; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 67, § 9 N. 12 f.; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997, Art. 23 N. 16; J. P. Müller, S. 534; Georg Müller, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Art. 4, 1995, Rz. 110 Anm. 271; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel 1996, Rz. 342, 1145; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel 1990, Nr. 83 B III c; a.M. evtl. Pierre Moor, *Droit administratif*, Bd. II, Bern 1991, S. 192). Denkbar sind allenfalls eng begrenzte Ausnahmen von diesem Grundsatz z.B. im Interesse der Staatssicherheit (vgl. Rhinow/Krähenmann, Nr. 83 B III c). Ein Vorgehen, wie es das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung vom 2. März 2000 (2P.274/1999) in Betracht gezogen hat, wonach die Beschwerdeinstanz zwar in Kenntnis der vollständigen Akten, aber ohne Einsicht der Verfahrensparteien in dieselben entscheiden müsste (E. 2c/bb), vermöchte diesen Anforderungen offensichtlich nicht zu genügen. Die besonderen Bedürfnisse des Submissionsverfahrens, insbesondere die geforderte Vertraulichkeit zugunsten der teilnehmenden Anbieter, bieten keine Rechtfertigung dafür, dass grundlegende Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren weitgehend ausser Kraft gesetzt werden. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen besteht im Übrigen auch kein Grund für die Annahme, dass die Beachtung der genannten Verfahrensprinzipien eine sachgerechte Beurteilung von Submissionsbeschwerden verunmögliche. Die Gründe, welche das Bundesgericht in der Entscheidung BGE 119 Ia 424 (E. 4b/cc) veranlassten, die aus Art. 4 aBV fließenden Parteirechte in Submissionsverfahren grundsätzlich nicht anwendbar zu erklären, sind bei der heutigen Rechtslage ebenfalls nicht mehr massgeblich, da die damalige Rechtsprechung, nach welcher die Submission zu keiner verbindlichen hoheitlichen Verfügung führte, mit BGE 125 II 86 (E. 3b) ausdrücklich aufgegeben wurde. Schliesslich kann auf die Regelung von Art. 26 Abs. 2 BoeB hingewiesen werden, nach welcher bestimmte Vorschriften des VwVG, darunter Art. 26–28 betreffend die Akteneinsicht, im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren des Bundes ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt werden. Für das Beschwerdeverfahren vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen gilt diese Einschränkung jedoch nicht, sondern das Akteneinsichtsrecht richtet sich dort nach den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des VwVG (vgl. die Botschaft des Bundesrats zu Art.

26 BoeB, BBl 1994 IV 1196; Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, ZBl 98/1997 S. 218 E. 3a = VBP 1997 Nr. 24). Wenn der Gesetzgeber diese Lösung für das Beschwerdeverfahren des Bundes als sachgerecht erachtete, kann nicht gesagt werden, dass sie auf kantonaler Stufe mit den Erfordernissen des Vergaberechts nicht vereinbar sei. Ob der kantonale Gesetzgeber befugt wäre, für das Verfahren der Submissionsbeschwerde eine weiter gehende Einschränkung der Parteirechte anzuordnen, braucht hier nicht geprüft zu werden. Aus den Bestimmungen von Art. 11 lit. g IVöB über die Vertraulichkeit der Informationen und § 33 SubmV über die Eröffnung der Vergabeentscheide lässt sich eine solche jedenfalls nicht ableiten. e) Im Rahmen einer Submissionsbeschwerde vor dem Verwaltungsgericht richtet sich somit die Akteneinsicht im Grundsatz nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 8, 9 und 57 VRG. Um den besonderen Verhältnissen des Vergaberechts Rechnung zu tragen, ist jedoch mit Bezug auf Akten, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird, nicht nach § 57 Abs. 2 VRG zu verfahren. Nach dieser Vorschrift wäre es Sache der Verwaltungsbehörde, die von ihr als schutzwürdig betrachteten Unterlagen zurückzubehalten; sie hätte diese gegenüber dem Verwaltungsgericht lediglich näher zu bezeichnen und, soweit es ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist, über deren Inhalt Bericht zu erstatten. Mit dieser Regelung soll vermieden werden, dass gewisse Akten nur dem Gericht unter Ausschluss der Parteien zur Verfügung stehen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 57 N. 5). Dieses Vorgehen würde den Besonderheiten des Vergabeverfahrens nicht gerecht. Bei Unterlagen, die der Vergabestelle eingereicht oder von ihr erstellt werden, ist das Vorliegen von Geheimhaltungsinteressen eher die Regel als die Ausnahme. Würde der Entscheid über das Einreichen dieser Akten zunächst den vergebenden Behörden überlassen, hätte dies lediglich eine Verzögerung des Beschwerdeverfahrens zur Folge, da bei Differenzen über die Berechtigung der Geheimhaltungsinteressen doch wieder das Verwaltungsgericht entscheiden müsste, was in der Regel nicht ohne Kenntnis der betreffenden Unterlagen möglich wäre (vgl. Rhinow/Krähenmann, Nr. 83 B III b; Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 342). Nach den bisherigen Erfahrungen entspringt denn auch die gelegentliche Zurückhaltung der Vergabestellen bei der Auslieferung der benötigten Submissionsakten nicht immer berechtigten Geheimhaltungsinteressen, sondern zuweilen auch dem Bedürfnis nach "Schutz" des eigenen Entscheids. Die Prüfung der geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen hat daher – in Fortsetzung der bisherigen Praxis bei Submissionsbeschwerden – in der Weise zu erfolgen, dass die Verwaltungsbehörde dem Gericht alle für das Verfahren relevanten Unterlagen zur Verfügung stellt und der Entscheid über die Gewährung der Akteneinsicht vom zuständigen Abteilungsvorsitzenden getroffen wird. f) Den Erfordernissen des Vergabeverfahrens ist ferner insofern Rechnung zu tragen, als bei der Interessenabwägung, die dem Entscheid über die Gewährung der Akteneinsicht zugrunde liegt, der Grundsatz der Vertraulichkeit das ihm gebührende Gewicht erhält. Als schützenswert fallen z.B. Angaben von Mitbewerbern über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen oder Qualifikationsprofile von Mitarbeitern in Betracht (vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, ZBl 98/1997, S. 218 E. 3b; Galli, S. 116; Albertini, S. 234). Berechtigten Geheimhaltungsinteressen von Konkurrenten kann durch die Verweigerung der Einsicht in bestimmte Aktenstücke oder durch die Modalitäten der Einsichtnahme (vgl. dazu die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt: Poltier, S. 324; Rodondi, S. 289) Rechnung getragen werden. Auf dieser Grundlage ist es in der Regel möglich, einen sachgerechten Ausgleich zwischen Informationsbedürfnissen und Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten zu

finden. 4. a) Im vorliegenden Verfahren hat der Beschwerdegegner seiner Vernehmlassung nebst Belegen zur Eröffnung des angefochtenen Entscheids das Protokoll der Offertöffnung, Unterlagen betreffend die Auswertung der eingegangenen Offerten und die Offerte der Beschwerdeführerinnen samt technischem Bericht beigelegt. Unterlagen, die der Vergabestelle von anderen Bewerbern, insbesondere der Mitbeteiligten, übergeben wurden, befinden sich nicht in den Akten und fallen daher für das hier beurteilte Einsichtsbegehren ausser Betracht. Sodann besteht an den Mitteilungen über die Arbeitsvergebung offensichtlich kein Geheimhaltungsinteresse, und die von den Beschwerdeführerinnen selber eingereichten Offertunterlagen dürfen von diesen ebenfalls ohne weiteres eingesehen werden (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 69). Die Einsicht in das Protokoll der Offertöffnung steht den Parteien aufgrund von § 25 Abs. 2 SubmV zu. Die Frage der Einsichtsgewährung stellt sich daher nur mit Bezug auf die von Mitarbeitern des Beschwerdegegners erstellten Unterlagen über die Auswertung der eingegangenen Offerten. In seiner Vernehmlassung hat der Beschwerdegegner denn auch einzig die Seiten 7– 15 des Vergabungsantrags als unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes sensibel bezeichnet. In der Stellungnahme zum Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen hat er diesen Hinweis präzisiert und die Inhalte, an welchen er ein Geheimhaltungsinteresse geltend macht, näher umschrieben. b) Beim Vergabungsantrag und den zugehörigen Übersichten stellt sich zunächst die Frage, ob es sich um verwaltungsinterne Akten handelt, die ausschliesslich der internen Meinungsbildung der Behörde dienen und denen kein Beweischarakter zukommt. Unterlagen dieser Art würden dem Akteneinsichtsrecht nicht unterliegen (BGE 125 II 473 E. 4a; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 67, vgl. jedoch zur Problematik der Abgrenzung N. 68; kritisch J. P. Müller, S. 529 f.; Albertini, S. 229 f.). Die Qualifikation als verwaltungsinterne Akten kann jedoch nicht zutreffen, soweit es sich um Unterlagen handelt, die als einzige die massgeblichen Gründe für den Vergabeentscheid enthalten und auf welche die Behörde zur Begründung ihres Entscheids verweist. Die Parteien des Beschwerdeverfahrens haben, wie gezeigt, Anspruch auf eine nachvollziehbare, den Anforderungen des Bundesrechts sowie Abs. 10 Abs. 2 VRG genügende Begründung des Vergabeentscheids (vorn, E. 2c). Dieser Anspruch darf nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass Dokumente, welche die Begründung enthalten, als verwaltungsinterne Akten deklariert und der Einsicht der Parteien entzogen werden. Der Beschwerdegegner hat denn auch kein umfassendes Geheimhaltungsinteresse in diesem Sinn geltend gemacht. c) Die vom Beschwerdegegner als sensibel bezeichneten Teile des Vergabungsantrags sind im Folgenden anhand der dargestellten Grundsätze zu prüfen. Gegen die Gewährung der Akteneinsicht bezüglich der Seiten 10 und 11 des Vergabungsantrags erhebt der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme zum Einsichtsbegehren keine Einwendungen mehr. Die Seiten 7 und 8 enthalten einen Preisvergleich aller sieben eingegangenen Offerten, aufgeschlüsselt nach einzelnen Arbeitsgattungen. Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass diese Unterlagen Rückschlüsse auf die Kalkulationsgrundlagen der Mitkonkurrenten ermöglichen und daher vertraulich zu behandeln seien. Dieser Einwand ist berechtigt. Die an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Anbieter haben ein Interesse daran, dass Konkurrenten keinen Einblick in die Details ihrer Kalkulation erhalten. Der Einblick in diese Zahlen wird daher nach der Praxis des Verwaltungsgerichts regelmässig nicht zugelassen, und für die Beurteilung der Streitpunkte des vorliegenden Falls ist deren Kenntnis auch kaum von Bedeutung. Erforderlich ist allerdings, dass den Beschwerdeführerinnen die bereinigten Endsummen ihrer eigenen Offerte sowie derjenigen der Mitbeteiligten bekannt gegeben

werden; diese sind für sie aus der Tabelle S. 14 des Vergebungsantrags ersichtlich. Die Seiten 9 und 12 enthalten Zusammenstellungen über das massgebende Schlüsselpersonal der Bewerber (Technischer Leiter, Bauführer, Polier) mit Angaben über deren Erfahrung bei vergleichbaren Bauobjekten. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Bekanntgabe dieser Auflistung an einen Mitbewerber berge die Gefahr einer Abwerbung in sich und sei daher zu vermeiden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Erfahrung des Schlüsselpersonals mit entsprechenden Bauwerken einen der wesentlichen Streitpunkte des vorliegenden Verfahrens betrifft; dessen Beurteilung wäre ohne Kenntnis dieser Grundlagen stark erschwert. Auch enthalten die fraglichen Aktenstücke keine eigentlichen Qualifikationsprofile, sondern lediglich Angaben über die Mitwirkung der betreffenden Personen an je zwei Referenzprojekten. Die Gefahr einer Abwerbung ist wohl nicht als sehr hoch einzuschätzen; jedenfalls wurde diese Befürchtung in bisherigen Beschwerdeverfahren kaum je genannt, um die Verweigerung einer Aktenherausgabe zu begründen, und auch vorliegend hat sich die Mitbeteiligte selber nicht zum Begehren betreffend Aktenherausgabe geäußert. Für die übrigen Bewerber kann der Gefahr dadurch begegnet werden, dass die entsprechenden Angaben auf S. 9, welche nicht die am vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien betreffen, abgedeckt werden; soweit beim heutigen Stand ersichtlich, sind diese für die Beurteilung von keinem besonderen Interesse. Die Einsicht in die Seiten 9 und 12 ist daher mit der erwähnten Einschränkung zu gewähren. Die Liste S. 13 enthält eine Zusammenstellung über Vollständigkeit und Qualität der Offerten. Der Beschwerdegegner ist der Auffassung, dass diese, da sie eine detaillierte Qualifikation der Unterlagen der Konkurrenten enthalte, vertraulich behandelt werden müsse. Aus dem gleichen Grund verlangt er die vertrauliche Behandlung der Mängelliste auf S. 15. Die Kenntnis dieser Beurteilungen ist jedoch, soweit sie die Beschwerdeführerinnen und die Mitbeteiligte betreffen, für die Würdigung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien unentbehrlich, und es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit deren Bekanntgabe berechnete Interessen der Parteien verletzen könnte. Allfälligen Geheimhaltungsinteressen anderer Bewerber kann auch in diesem Punkt Rechnung getragen werden, indem die sie betreffenden Angaben abgedeckt werden. Die Tabelle auf S. 14 enthält eine Zusammenstellung des Punktetotals aller Bewerber. Der Beschwerdegegner beantragt, die Einsicht in dieses Dokument zu gewähren, mit Ausnahme der Rubriken B (Schlüsselpersonen) und D (Vollständigkeit). Aus diesen Rubriken ist jedoch nur die gesamthafte Benotung der Anbieter für die jeweiligen Kriterien ersichtlich; Rückschlüsse auf vertrauliche Inhalte ihrer Offerten sind nicht möglich. Ein Geheimhaltungsinteresse ist daher nicht erkennbar, und die Einsicht ist in vollem Umfang zu gewähren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.