

23 NOVEMBER 2020 - EMA BOLOMEY

Welche Dokumente in der Akte stehen den Parteien in Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag zur Verfügung? Ist ein erfolgloser Bieter bei der Berufung gegen die Zuschlagsentscheidung berechtigt, eine Kopie des Angebots seines erfolgreichen Konkurrenten anzufordern? Sind die Preise der Konkurrenten vertraulich? Was ist, wenn es sich bei dem Vertrag um eine innovative Dienstleistung handelt?

Alle diese Fragen sind Teil des Rechts auf Akteneinsicht.

Das neue Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, das dank der Verabschiedung des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und seiner Verordnung am 1. Januar in Kraft treten wird, bringt uns schliesslich einige willkommene Klarstellungen. Zudem dürfte auch das Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) bald in Kraft treten, sobald es von mindestens zwei Kantonen ratifiziert worden ist, und es enthält diesbezüglich identische neue Bestimmungen.

Das in Art. 29 Abs. 2 der Verfassung verankerte Anspruch an rechtliches Gehör gibt den Parteien in der Regel das Recht auf Zugang zu allen Unterlagen in der Akte.

Im Vergaberecht stellt sich die Situation etwas anders dar.

Hinsichtlich des Rechts auf Einsichtnahme in die Dokumente stehen zwei Grundsätze des Vergaberechts im Widerspruch zueinander: Zum einen beeinträchtigt ein zu weit gefasstes Recht auf Einsichtnahme in die Dokumente den fairen Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Bieter; zum anderen ist eine gewisse Transparenz für einen wirksamen Rechtsschutz unabdingbar.

Es besteht das Recht, die Akte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens für öffentliche Aufträge einzusehen. Sie ist in der Kunst verankert. Sie ist in Art. XX Abs. 6 (c) des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen verankert und leitet sich auch aus Art. 26 ff. des Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG)¹ (VVG) ab.

Bestimmte Dokumente können den Parteien jedoch aufgrund des zu schützenden „Geschäftsgeheimnisses“ nicht mitgeteilt werden (Art. 11 IVöB 2002, Art. 8 Abs. 1 lit. d BöB 1994).

Auf kantonaler Ebene sieht beispielsweise Artikel 18 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Waadt vor, dass „die von den Bietern zur Verfügung gestellten Unterlagen, insbesondere Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, vertraulich behandelt werden“.

Damit stellt sich die Frage, was als Geschäftsgeheimnis angesehen werden kann.

In dieser Hinsicht ist die Rechtsprechung relativ unvollständig, da Anträge auf Zugang zu Dokumenten, die von den Parteien im Laufe des Verfahrens gestellt werden, in der Regel während der Untersuchung des Falles auf kantonaler Ebene erledigt werden.

Auf europäischer Ebene findet sich jedoch eine Definition des Geschäftsgeheimnisses in Art. 2 Abs. 1 Bst. a der europäischen Richtlinie zum Schutz von Know-how und nicht offengelegten Geschäftsinformationen (EU-Richtlinie 2016/943):

„Geschäftsgeheimnisse sind Informationen, die alle der folgenden Bedingungen erfüllen:

a. Sie ist geheim in dem Sinne, dass sie als Ganzes oder in der genauen Konfiguration und Zusammenstellung ihrer Elemente nicht allgemein bekannt oder für Personen, die den Kreisen angehören, die sich normalerweise mit der betreffenden Art von Informationen befassen, nicht leicht zugänglich ist,

b. sie haben einen kommerziellen Wert, weil sie geheim sind,

c. die Person, die rechtmässig die Kontrolle über sie hat, unter Berücksichtigung der Umstände angemessene Schritte unternommen hat, um sie geheim zu halten;“.

Das Bundesgericht hat seinerseits einige interessante Urteile gefällt, in denen es insbesondere auf „die Notwendigkeit des Schutzes des Geschäftsgeheimnisses, das in Vergabesachen in der Regel Vorrang vor dem Recht auf Einsicht in die Akte des unterlegenen Bieters hat“ (BGE 2D_77/2010, Ziff. 2.5) oder darauf hinweist, dass „die Angebote anderer Bieter schutzwürdig sind“ (BGE 2P.193/2006, Ziff. 3). Die Art der Informationen, die der anderen Partei mitgeteilt werden sollten, ist jedoch von Fall zu Fall zu prüfen.

Dieser Konflikt zwischen der im Vergaberecht notwendigen Gewährleistung der Transparenz einerseits und der Achtung der Gleichheit der Bieter und der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs andererseits scheint mit den neuen Bestimmungen, die am 1. Januar 2021 in Kraft treten werden, nun teilweise gelöst zu sein.

Zunächst wird unter den allgemeinen Grundsätzen des Verfahrens daran erinnert, dass sich der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge „verpflichtet, die Vertraulichkeit der von den Bietern zur Verfügung gestellten Informationen zu wahren“ (Artikel 11 lit. e BÖB/IVÖB-2019).

Der neue Artikel 37 Abs. 4 BÖB/IVÖB -2019 sieht das Recht vor, das Protokoll spätestens nach dem Schiedsspruch auf Gesuch hin gemäss der kantonalen Praxis einzusehen.

Artikel 57 BÖB/IVÖB -2019 regelt speziell die Frage der Konsultation der Dokumente, indem er Folgendes vorsieht

„ 1 Im Verfügungsverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht.

2 Im Beschwerdeverfahren ist dem Beschwerdeführer auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidungsrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. „

Dies bedeutet, dass die Bieter während des Ausschreibungsverfahrens die Akte nicht einsehen dürfen. Dieses Verbot ist aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses und des Schutzes eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den Bietern gerechtfertigt.

Ein Recht auf Einsicht in die Dokumente ist daher nur im Beschwerdeverfahren vorgesehen (vgl. Abs. 2). Um dieses Recht auszuüben, muss der Beschwerdeführer einen Antrag stellen. Darüber hinaus ist er nur berechtigt, die Dokumente zur Bewertung seines Angebots und andere entscheidungsrelevante Dokumente einzusehen. Insbesondere müssen die Interessen Dritter wirksam und angemessen geschützt werden, z.B. durch die redaktionelle Bearbeitung von Passagen, die Geschäftsgeheimnisse

betreffen.

Schliesslich erinnert Art. 51 Abs. 4 BÖB/IVöB -2019 daran, dass der Wertungsrichter im Rahmen der Begründung der Vergabeentscheidung keine Angaben machen darf, deren Offenlegung „*berechtigte wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt würden; oder der lautere Wettbewerb zwischen den Anbietern gefährdet würde*“.

Diese verschiedenen Bestimmungen klären daher das Recht auf Einsichtnahme in Dokumente im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag.

Wilhelm Gilliéron Rechtsanwälte AG verfolgt aufmerksam die gesetzgeberischen Entwicklungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, und wir stehen Ihnen für alle Fragen zu diesem Thema zur Verfügung.

Source: <https://www.wg-avocats.ch/de/15767>