

(Auszug aus dem Zwischenentscheid der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Februar 1997)

Öffentliches Beschaffungswesen. Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Akteneinsicht.

- Ist der Submissionsvertrag bereits abgeschlossen, kann die Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen nach Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt.

- Einer staatsvertragskonformen, gemäss den Prinzipien von Treu und Glauben sowie der Fairness vorgenommenen Auslegung von Art. 22 BoeB zufolge darf der Vertrag erst abgeschlossen werden, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben wurde oder eine Beschwerde erhoben wurde, welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt, oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde.

- Sind von der beantragten Akteneinsicht allfällige Geheimhaltungsinteressen Dritter betroffen, ist diesen Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern.

Marchés publics. Demande d'octroi de l'effet suspensif. Droit de consulter le dossier.

- Si le contrat est déjà conclu avec le soumissionnaire, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics peut seulement, d'après l'art. 32 al. 2 LMP, constater dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit fédéral.

- Selon une interprétation de l'art. 22 LMP conforme au droit international et fondée sur le principe de la bonne foi ainsi que l'exigence d'une procédure équitable, le contrat peut être conclu seulement lorsqu'il s'avère qu'aucun recours n'a été déposé, ou qu'un recours a été déposé sans que l'effet suspensif ne soit requis, ou encore qu'une demande d'octroi de l'effet suspensif a été rejetée.

- Dans l'éventualité où le droit de consulter le dossier touche des intérêts de tiers au maintien du secret, ces derniers doivent avoir l'occasion de s'exprimer à ce sujet.

Acquisti pubblici. Istanza di concessione dell'effetto sospensivo. Diritto di consultare gli atti.

- Se il contratto di appalto è già concluso, la Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici può soltanto, giusta l'art. 32 cpv. 2 LAPub, rilevare in quale misura la decisione impugnata violi il diritto federale.

- Giusta un'interpretazione dell'art. 22 LAPub conforme al diritto internazionale e fondata sul principio della buona fede nonché sull'esigenza di una procedura equa, il contratto può essere concluso soltanto qualora risulti che nessun ricorso sia stato inoltrato o che sia stato richiesto l'effetto sospensivo o ancora che sia stata respinta l'istanza di concessione dell'effetto sospensivo.

- Nel caso in cui il diritto di consultare gli atti tocchi interessi di terzi al mantenimento del segreto, occorre offrire a quest'ultimi l'occasione d'esprimersi a tal proposito.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Mit Publikation vom 24. Mai 1996 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB, Nr. 100, S. 3052) veröffentlichte das Bundesamt für Statistik, Sektion Preise und Verbrauch (BFS), eine Ausschreibung nach offenem Verfahren für die Durchführung der Einkommens- und Verbrauchserhebung 1998 (EVE 98). Die ausgeschriebene Aufgabe besteht in der Durchführung der EVE 98 bei den privaten Haushalten in der Schweiz zur Ermittlung eines neuen Waren- und Gewichtungsschemas als Verbrauchsgrundlage für die Revision des Landesindexes der Konsumentenpreise (LIK). Die Auftraggeberin behielt sich das Recht vor, mehrere Auftragnehmer mit einer Piloterhebung zu beauftragen. Für diese Ausschreibung reichten die I. AG und die T. AG als Bietergemeinschaft ein Angebot ein.

B. Am 22. Juli 1996 fand zwischen der erwähnten Bietergemeinschaft und dem BFS ein Offertgespräch statt. Gegenstand des Gespräches war eine Erklärung der Auftraggeberin über das Vorgehen, die Beantwortung der Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen und die Erörterung von Fragen zu den verhandelten Angebotsbestandteilen. Im Hinblick auf das weitere Vorgehen wurde der Bietergemeinschaft eine Frist bis zum 26. Juli 1996 gesetzt, um ihre Offerte zu bereinigen. Gegenstand der Bereinigung waren unter anderem das Nachreichen einer schriftlichen Bestätigung über die Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutz- und des Bundesstatistikgesetzes sowie Vorschläge für eine Vereinfachung der Piloterhebung und die Stichprobenverwaltung durch das Institut.

Ein zweites Offertgespräch fand am 14. August 1996 statt. Gesprächsthema waren die Projektorganisation, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Erhebungsvarianten und die Kosten. Für das weitere Vorgehen teilte das BFS der Bietergemeinschaft mit, dass der definitive Entscheid über den Zuschlag in der Woche 35 (26. August bis 1. September 1996) gefällt werde und der Vertragsabschluss somit gegen Ende der ersten Septemberhälfte 1996 erfolgen könnte.

Mit Fax vom 20. August 1996 reichte die Bietergemeinschaft ihre Angaben zu den Einsparungsmöglichkeiten für die verschiedenen Erhebungsvarianten ein.

C. Das BFS erteilte am 4. September 1996 den Zuschlag an die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) L. Tags darauf teilte das BFS der Bietergemeinschaft telefonisch mit, dass ihre Offerte nicht berücksichtigt werden konnte. Auf deren Gesuch informierte sie die Auftraggeberin mit Schreiben vom 13. September 1996 über das Auswahlverfahren und die Gründe, welche zur Vergabe an die ARGE L. führten.

Am 17. Oktober 1996 schloss das BFS mit der ARGE L. den Vertrag für die Durchführung der EVE 98. In der Folge begann die berücksichtigte Anbieterin unverzüglich mit den Piloterhebungen.

D. Mit Veröffentlichung im SHAB vom 23. Oktober 1996 (Nr. 206, S. 6483) wurde die Vergabe des Auftrages an die ARGE L. publiziert. In der Rechtsmittelbelehrung wurde auf den Beschwerdeweg an die Eidgenössische Rekurskommission für das

öffentliche Beschaffungswesen hingewiesen.

E. Gegen den Zuschlag an die ARGE L. erheben die I. AG und die T. AG als Bietergemeinschaft mit Eingabe vom 12. November 1996 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission). Sie beantragen, die Zuschlagsverfügung vom 4. September 1996 aufzuheben und den Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen (Antrag 1); eventualiter sei der Fall zur Neuentscheidung an das BFS zurückzuweisen (Antrag 2); subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen und den Beschwerdeführerinnen Schadenersatz in noch zu bestimmender Höhe zuzusprechen (Antrag 3). Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen die aufschiebende Wirkung für die Beschwerde (Antrag 4). In der Begründung der Beschwerdeschrift begehren sie ausserdem umfassende Auskunft und Akteneinsicht.

F. In seiner Stellungnahme vom 20. November 1996 vertritt das BFS den Standpunkt, da bereits ein Vertrag zwischen ihm und der ARGE L. geschlossen worden sei, stelle sich die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gestützt auf Art. 22 und Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1, AS 1996 508 ff.) nicht mehr. In einer weiteren Stellungnahme vom 23. Januar 1997 schliesst das BFS auf Abweisung des Antrags auf volle Akteneinsicht. Es macht geltend, die vollständige Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerinnen würde sowohl wesentliche öffentliche Interessen des Bundes als auch wesentliche private Geheimhaltungsinteressen der ARGE L. verletzen.

Auf die Begründung der Eingaben an die Rekurskommission wird - soweit erforderlich - im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Aus den Erwägungen:

1.a. Das BFS ist als Teil der allgemeinen Bundesverwaltung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB diesem Gesetz unterstellt. Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission - welche endgültig entscheidet - zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. a und Art. 36 BoeB sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG], SR 173.110). Bei dem in Frage stehenden Auftrag handelte es sich um einen solchen über eine Dienstleistung mit einem Auftragswert von über Fr. 263 000.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB). Da auch keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der Vergabe des Dienstleistungsauftrages über die EVE 98 zuständig.

Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG).

b. Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen der Ausschreibung der Auftraggeberin vom 24. Mai 1996 ein Angebot eingereicht, das nicht berücksichtigt worden ist. Diese Nichtberücksichtigung beeinträchtigt die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen. Sie sind durch den Entscheid berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung und sind somit im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 151 ff.; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 234 f.).

c. Nach Art. 29 BoeB muss der Zuschlag als anfechtbare Verfügung ausgestaltet werden. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) zu Art. 23 BoeB sind die Verfügungen mit einer summarischen Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (BBl 1994 IV 1149). Die Eröffnung der Verfügungen kann durch eine Veröffentlichung im SHAB (Art. 23 BoeB in Verbindung mit Art. 24 BoeB und Art. 8 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], SR 172.056.11, AS 1996 518 ff.) oder durch Postzustellung (Art. 23 Abs. 1 BoeB) erfolgen. Ausschreibung und Zuschlag sind zudem immer zu veröffentlichen (Art. 24 Abs. 2 BoeB).

Die Auftraggeberin hat den Beschwerdeführerinnen am 5. September 1996 telefonisch mitgeteilt, dass ihre Offerte nicht berücksichtigt werden konnte. Diese Mitteilung erfüllt die Vorgaben des BoeB nicht. Ebensovienig genügt sie den Anforderungen an eine Verfügung und deren Eröffnung nach den geltenden Kriterien des Verwaltungsverfahrensrechts (Art. 5 Abs. 1, Art. 34 und 35 VwVG). Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 121 II 477 E. 2a mit Hinweisen; Gygi, a. a. O., S. 128; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rz. 685 ff.). Die telefonische Mitteilung der Auftraggeberin über die Nichterteilung des Zuschlages hat das Rechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Auftraggeberin nicht in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt. Sie ist somit nicht als Verfügung zu qualifizieren (BGE 121 II 479 E. c; Gygi, a. a. O., S. 136; Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 223).

Mit Schreiben vom 13. September 1996 teilte das BFS den Beschwerdeführerinnen unter Bezugnahme auf das Telefongespräch vom 5. September 1996 mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt wurde. Ferner wurden ihnen die Art des Verfahrens, der Name des berücksichtigten Anbieters und die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes bekanntgegeben. Dieses Schreiben war jedoch entgegen Art. 35 Abs. 1 VwVG nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und fällt daher als rechtsgenügende Eröffnung einer Verfügung ebenfalls ausser Betracht (vgl. Art. 38 VwVG und allgemein: Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1991, S. 262 f., Nr. 1220 und André Grisel, Traité de droit administratif, Band II, Neuenburg 1984, S. 877 f.).

Die Eröffnung des Vergabeentscheides erfolgte somit auch gegenüber den Beschwerdeführerinnen rechtsgültig erst mit der Publikation im SHAB vom 23. Oktober 1996. Die Beschwerdeführerinnen haben mit ihrer Eingabe vom 12. November 1996 die Frist von 20 Tagen gemäss Art. 30 BoeB gewahrt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht.

2.a. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG 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 Antrag 4 der Beschwerde ein solches Begehren.

Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche es diesbezüglich zu beachten gilt. Gemäss Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 Abs. 1 VwVG ist im Rahmen der aufschiebenden Wirkung 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 der Beschwerdeführerinnen, öffentliche Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter einzubeziehen (BGE 117 V 191 E. 2b, 110 V 45 E. 5b, 106 Ib E. 2a, 105 V 268 E. 2; Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 1397; Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 280; Pierre Moor, *Droit administratif*, Band II, Bern 1991, S. 443). In der GATT-Botschaft 2 wird zu Art. 28 BoeB (BBl 1994 1199) ausgeführt, falls das öffentliche Interesse an einem schnellen Vertragsschluss überwiege, sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen; überwiege hingegen das private Interesse an der Verhinderung bzw. am Aufschub des Vertragsabschlusses, müsse die aufschiebende Wirkung erteilt werden.

b. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde steht in Zusammenhang mit folgenden Vorgaben des BoeB: Art. 22 BoeB bestimmt, dass der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin nach dem Zuschlag abgeschlossen werden kann, es sei denn, die Rekurskommission habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Nach der GATT-Botschaft 2 zu Art. 22 BoeB darf der Vertrag nach erfolgtem Zuschlag grundsätzlich abgeschlossen werden. Ist gegen den Zuschlag eine Beschwerde hängig und hat die Rekurskommission dieser die aufschiebende Wirkung erteilt, so muss mit dem Vertragsschluss, sofern noch nicht erfolgt, bis nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens zugewartet werden (BBl 1994 1193; vgl. Peter Gauch, *Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes*, Baurecht 4/96, S. 101). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann die Rekurskommission nach Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt.

c. Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung können nicht weitergehende Wirkungen erzielt werden, als mit dem Entscheid in der Sache selbst. Aus diesem Grund kann an sich bei einem bereits abgeschlossenen gültigen Vertrag die aufschiebende Wirkung, welche zu einer Aufhebung des Zuschlages führen würde, nicht erteilt werden, da bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde die Rekurskommission gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich die Rechtswidrigkeit des Zuschlages feststellen kann (Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 548). Folglich ist festzuhalten, dass der noch nicht abgeschlossene Vertrag an sich Grundvoraussetzung für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist.

Es stellt sich jedoch die Grundsatzfrage, ob die Auftraggeberin damit die Möglichkeit hat, durch den Abschluss des Vertrages, bevor die Rekurskommission über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde befinden konnte, das Verfahren auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheides zu beschränken. In der GATT-Botschaft 2 zu Art. 26, 27 und 28 BoeB (BBl 1994 1196 ff.) wird klar die Meinung vertreten, dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung auf den Fall beschränkt wird, wo der Vertrag noch nicht geschlossen ist. Begründet wird dies mit Praktikabilitätsüberlegungen, Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten, wenn durch den automatischen Suspensiveffekt der Abschluss des Vertrages bis zum Entscheid verhindert würde. Eine solche Argumentation ist im Hinblick auf die allgemein im Verwaltungsverfahren des Bundes von Gesetzes wegen bestehende aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG) vertretbar. Im Gegensatz dazu kommt der Beschwerde im speziellen Anwendungsbereich des BoeB indes gerade keine automatische aufschiebende Wirkung zu. Es muss vom Beschwerdeführer vielmehr darum ersucht werden. Die Auftraggeberin könnte somit durch den Abschluss des Vertrages vor oder trotz Mitteilung über den Eingang einer

Beschwerde - solange über die aufschiebende Wirkung von der Rekurskommission noch nicht befunden worden ist -, selbst bestimmen, dass einzig die allfällige Rechtswidrigkeit des Zuschlages festgestellt und gegebenenfalls Schadenersatz zugesprochen werden kann. Diese Möglichkeit wurde durch die Lehre erkannt und kritisiert. Ihrzufolge ist Art. 22 BoeB so auszulegen, dass der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, wenn feststeht, dass keine Beschwerde erhoben wurde, oder eine Beschwerde erhoben wurde, welche die aufschiebende Wirkung nicht beantragt, oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt worden ist (Nicolas Michel, *La protection juridique*, in: Cedicac [Centre du droit de l'entreprise de l'Université à Lausanne], *Le nouveau droit des marchés publics*, journée d'étude du 1ermars 1996, documentation, S. 13; derselbe, *Droit public de la construction*, Freiburg 1996, Rz. 2024; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a. a. O., Rz. 546 f.).

In der Tat kann nur auf diese Weise den in jedem Verwaltungsverfahren zu beachtenden Prinzipien von Treu und Glauben und Fairness sowie dem Gebot der Wirksamkeit des Verfahrens Rechnung getragen und Art. 22 BoeB staatsvertragskonform (vgl. Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, AS 1996 630 f.) ausgelegt werden. So verbietet insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben es der Auftraggeberin, unmittelbar nach dem Zuschlag den Vertrag zu schliessen, um auf diese Weise eine spätere Aufhebung des Vertrages unmöglich zu machen. Eine Ausnahme kann sich in Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen nur dann rechtfertigen, wenn der Auftrag bzw. die Beschaffung aus dringenden Gründen sofort ausgeführt werden muss. Die Dringlichkeit muss dabei auf äussere, unvorhersehbare Umstände zurückzuführen sein und nicht etwa auf ein Verhalten der Auftraggeberin, mit dem diese die rechtsgültige Eröffnung des Zuschlages ohne Grund hinausgezögert hat. Eine solche Lösung steht auch im Einklang zu der in der GATT-Botschaft 2 zu Art. 22 bzw. zu Art. 26 BoeB (BBl 1994 1193 bzw. 1197) vertretenen Ansicht, dass die öffentliche Auftraggeberin bei Kenntnis einer bevorstehenden Beschwerdeerhebung vor dem Vertragsschluss immer auch das allfällige Interesse des Bundes, bei Begründetheit der Beschwerde nicht Schadenersatz leisten zu müssen, in ihre Überlegungen einzubeziehen habe.

Die Tatsache, dass eine Verfügung an sich unverzüglich vollstreckbar ist, bedeutet nicht, dass eine sofortige Vollstreckung auch stets erwünscht ist. Der Beschwerdeführer hat insbesondere dann ein Interesse an einer nicht sofortigen Vollstreckung der Verfügung, wenn ohne Suspensivwirkung der Rechtsschutz illusorisch würde (Peter Saladin, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Basel 1979, S. 206; Gygi, a. a. O., S. 244 f.; Gerold Steinmann, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993, S. 146). Ist der Vergabeentscheid unverzüglich durch den Abschluss des Vertrages vollstreckbar, bleibt dem Beschwerdeführer nichts anderes übrig, als Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen. Der ihm dabei zustehende Rechtsschutz geht selbstredend bedeutend weniger weit als jener, der ihm bei einer Aufhebung des Vertrages zustehen würde. Der nicht berücksichtigte Anbieter hat folglich ein Interesse daran, dass dem Vergabeentscheid nicht unmittelbar der Vertragsschluss folgt. Eine Ausnahme kann nur dann ins Auge gefasst werden, wenn sich die Auftraggeberin mit einer notstandsähnlichen Situation konfrontiert sieht, die auf äussere, ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist.

Aus diesen Gründen gelangt die Rekurskommission zum Schluss, dass - abgesehen von der erwähnten Ausnahme bei ausserordentlicher Dringlichkeit - der Vertrag erst abgeschlossen werden darf, wenn die Frist von 20 Tagen ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde. Der allfällige Einwand, dass dadurch der Vertragsschluss bis zum Entscheid über die

aufschiebende Wirkung hinausgezögert würde und dies zu Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung führte (vgl. GATT-Botschaft 2 zu Art. 26, BBl 1994 1197), vermag daran nichts zu ändern, abgesehen davon, dass er nur beschränkt stichhaltig ist. Erfolgt mit dem Zuschlag nämlich auch unmittelbar die rechtskonforme Eröffnung des Vergabeentscheides, so kann spätestens nach Ablauf der Beschwerdefrist von 20 Tagen die Rekurskommission das Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung durchführen und über das Gesuch befinden.

d. So hätte im vorliegenden Fall das BFS mit der Erteilung des Zuschlages am 4. September 1996 ohne zeitliche Verzögerung auch den Vergabeentscheid rechtsgenüchlich eröffnen können und spätestens Mitte Oktober 1996 wäre festgestanden, ob einer diesbezüglichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukomme. Wohl braucht der Zuschlag gemäss Art. 24 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 28 VoeB lediglich innert 72 Tagen seit dessen Erteilung veröffentlicht zu werden, doch steht es der Auftraggeberin selbstverständlich frei, die Publikation im SHAB sofort nach dem Zuschlag zu veranlassen. Unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung des Submissionsverfahrens hätte sich vorliegend zudem eine direkte Eröffnung an die nichtberücksichtigte Bietergemeinschaft aufgedrängt, und zwar umso eher, als lediglich zwei Anbieterinnen in die engere Auswahl einbezogen worden waren. Dies hätte beispielsweise dadurch geschehen können, dass dem Schreiben vom 13. September 1996 an die Beschwerdeführerinnen eine Rechtsmittelbelehrung beigefügt worden wäre, so dass mit dessen Zustellung die 20tägige Beschwerdefrist zu laufen begonnen hätte. Der Auftraggeberin stand es somit weitgehend frei, den zeitlichen Ablauf des Verfahrens selbst zu gestalten und einer unerwünschten Verzögerung des Verfahrens entgegenzuwirken. Den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Auftraggeberin schliesslich bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen.

Alle diese Überlegungen ändern aber grundsätzlich nichts an der Tatsache, dass im vorliegenden Fall der Vertrag bereits geschlossen wurde und die Auftraggeberin im Vertrauen auf dessen Gültigkeit schon umfangreiche Dispositionen getroffen hat. Die im Vertrag vorgesehene Piloterhebung ist in vollem Gang. Aufgrund des damaligen Wissensstandes und in Ermangelung einer diesbezüglichen Rechtsprechung zum BoeB kann der Verwaltung auch nicht vorgeworfen werden, sie sei bösgläubig gewesen, als sie den Vertrag mit der ARGE L. abschloss noch bevor sie den Vergabeentscheid rechtsgenüchlich eröffnet, geschweige denn Kenntnis von einer allfälligen Beschwerde oder von einem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung hatte. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher im Sinne der Erwägungen abzuweisen.

e. Für die Zukunft gilt es indes ein Vorgehen zu verhindern, bei dem mit der Eröffnung des Zuschlages (bewusst) zugewartet wird, um in der Zwischenzeit - unbesorgt um eine allfällige Anfechtung des Vergabeentscheides und ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung - den Vertrag mit jener Anbieterin abzuschliessen, die den Zuschlag erhalten hat. Damit sich die unbefriedigenden Konsequenzen, die im vorliegenden Fall ausnahmsweise hinzunehmen sind, nicht wiederholen, hält die Rekurskommission daher mit Nachdruck fest, dass der Vertrag grundsätzlich erst dann geschlossen werden darf, wenn sich die Frage der aufschiebenden Wirkung nicht mehr stellt. Die Rekurskommission erachtet daher den Abschluss des Vertrages als unzulässig

- vor Eröffnung des Zuschlages;

- vor Ablauf der Beschwerdefrist;

- nachdem eine Beschwerde mit Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung eingereicht worden ist; diesfalls setzt die Rekurskommission die Auftraggeberin umgehend davon in Kenntnis;

- nachdem die Rekurskommission der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt hat.

Vorbehalten bleibt - wie bereits erwähnt - der Abschluss des Vertrages vor Ablauf der Beschwerdefrist bei ausserordentlicher Dringlichkeit (vgl. Michel, Droit public de la construction, a. a. O., Rz. 2027). In einem solchen Fall (z. B. bei besonderer Dringlichkeit infolge notstandsähnlicher Situation) ist es an der Auftraggeberin, dies darzutun.

Sollte sich nach erfolgter Bekanntgabe und Veröffentlichung dieses Zwischenentscheids ein Fall wie der vorliegende wiederholen, sähe sich die Rekurskommission veranlasst, unter Berücksichtigung der konkret gegebenen Umstände die sich aufdrängenden Massnahmen zu treffen. Denkbar wäre dabei eine Anordnung an die Verwaltung, den Vollzug des unzulässigerweise vorzeitig abgeschlossenen Vertrages bis auf weiteres auszusetzen, was allenfalls eine zivilrechtliche Schadenersatzklage des Vertragspartners nach sich ziehen könnte. Vorläufig offen bleiben kann, ob die Rekurskommission in einem solchen Fall unter Umständen gar die Frage nach der Gültigkeit eines derart abgeschlossenen Vertrages zu prüfen hätte (vgl. dazu Michel, La protection juridique, a. a. O., S. 16; derselbe, Droit public de la construction, a. a. O., Rz. 2029 ff.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a. a. O., S. 178 f. FN 98).

3.a. Das Recht auf Akteneinsicht richtet sich für das Verfahren vor der Rekurskommission nach dem VwVG (vgl. GATT-Botschaft 2 zu Art. 26 BoeB, BBl 1994 1196). In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 4 der Bundesverfassung (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 301 E. d mit Hinweisen). Das Recht auf Akteneinsicht erstreckt sich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheides zu bilden; es findet aber seine Grenzen an wesentlichen öffentlichen Interessen des Bundes und berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter (vgl. Art. 27 VwVG; BGE 121 I 227 E. 2a mit Hinweisen). Nicht jedes entgegenstehende öffentliche oder private Interesse rechtfertigt die Verweigerung der Akteneinsicht. Es ist Aufgabe der Verwaltungsbehörde oder des Richters, im Einzelfall abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich wesentliche Interesse an der Akteneinsicht überwiegt (BGE 119 Ib E. b mit Hinweisen; Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 132 ff.; René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 1145; Saladin, a. a. O., S. 139 f.). Im Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Auftraggeberin verpflichtet, der Rekurskommission sämtliche das Vergabeverfahren betreffenden Unterlagen auszuhändigen, damit diese - allenfalls nach Rücksprache mit Dritten - die erforderliche Interessenabwägung in voller Kenntnis der Akten vornehmen kann (vgl. Art. XX Ziff. 4 und 6 Bst. g des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, AS 1996 630 f.; und allgemein: BGE 112 Ia 102).

b. In seiner Stellungnahme vom 23. Januar 1997 macht das BFS geltend, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BoeB habe die Auftraggeberin den vertraulichen Charakter sämtlicher vom Anbieter oder von der Anbieterin gemachten Angaben zu wahren. Die Vertraulichkeit der Akten der Anbieter sei auch nach dem Zuschlag zu gewährleisten, da die ausführlichen Offerten schutzwürdige Informationen (z. B. Einzelheiten über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen oder

Qualifikationsprofile von Mitarbeitern) enthielten. Zu beachten sei auch, dass die Zahl der potentiellen Anbieter im Markt der Befragungsinstitute relativ klein sei. Könnte ein Anbieter auf irgendeine Weise Einsicht in die Konkurrenzofferten nehmen, würde er sich damit für die nächste ähnliche Ausschreibung, aber allenfalls auch bei privaten Aufträgen, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen. Durch die Herausgabe der Akten an die Beschwerdeführerinnen würden wesentliche öffentliche Interessen des Bundes und wesentliche private Geheimhaltungsinteressen der ARGE L. verletzt. Mit der Vernehmlassung vom 7. Februar 1997 hat das BFS der Rekurskommission die den angefochtenen Entscheid betreffenden vollständigen Akten eingereicht und jene Dokumente bezeichnet, in die den Beschwerdeführerinnen aus Sicht der Verwaltung Einsicht gewährt werden kann.

c. Ob auch nach Abschluss des Vertrages mit der Herausgabe der Akten wesentliche öffentliche Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG berührt werden, erscheint zumindest fraglich. Es ist hingegen nicht auszuschliessen, dass

eine vollständige Akteneinsicht allfällige Geheimhaltungsinteressen der ARGE L. verletzen könnte. Die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen ist in freier Prüfung durch die Rekurskommission vorzunehmen (vgl. BGE 112 Ia 102). Damit diese das von der Verwaltung als vorgehend erachtete Geheimhaltungsinteresse Dritter zuverlässig beurteilen kann, ist vorgängig auch der ARGE L. Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern und ihrerseits ein rechtliches Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerinnen darzutun.

Dokumente der BRK