

VergabeNews Nr.

13

Geltung des Öffentlichkeitsprinzips im Beschaffungsrecht Sieht
das Beschaffungsrecht eine spezialgesetzliche Ausnahme vom Transparenzgebot gemäss Öffentlichkeitsgesetz vor?

walderwyss rechtsanwälte



Pandora Notter

Dr. iur., Rechtsanwältin

Telefon +41 58 658 59 30

pandora.notter@walderwyss.com

Öffentlichkeitsprinzip im Beschaffungsrecht

Das Bundesgericht prüfte im Urteil 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015, ob das Beschaffungsrecht des Bundes oder das Bundesstatistikrecht eine spezialgesetzliche Grundlage für eine Ausnahme vom Transparenzgebot gemäss Öffentlichkeitsgesetz enthalten.

Sachverhalt

Am 16. November 2012 ersuchten Medienschaffende das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) um Zugang zu Dokumenten über «Controlling-Berichte Auswertung Statistik Beschaffungszahlen 2011 für alle Departemente» gemäss dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) und baten um elektronische Zustellung der Unterlagen. Am 30. Mai 2013 teilte das BBL mit, welche Unterlagen es den Gesuchstellern überlassen werde. In Bezug auf acht Dokumente wurde ergänzt, diese würden zum Schutz des Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses der betroffenen Unternehmen teilweise anonymisiert. In der Folge reichten die Gesuchsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) ein.

Der EDÖB regte mit Empfehlung vom 23. Dezember 2013 an, es sei insbesondere der Zugang zu den acht Listen der jeweils 40 umsatzstärksten Lieferfirmen der Departemente und der Bundeskanzlei in nicht anonymisierter Form und ohne Beschränkung auf die 40 umsatzstärksten Plätze zu gewähren.

Mit Verfügung vom 22. Januar 2014 verweigerte das BBL den Gesuchstellern unter anderem den Zugang zur «Liste der 40 umsatzstärksten Kreditoren (Lieferfirmen) des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) in nicht anonymisierter Form sowie ohne Beschränkung auf die ersten 40 Plätze». Dagegen erhoben die Gesuchsteller Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde teilweise abwies, soweit es darauf eintrat. Mit Beschwerde vom 23. Januar 2015 an das Bundesgericht beantragten die Gesuchsteller, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2014 sei aufzuheben und ihnen sei der Zugang zu den «Controlling-Berichten Auswertung Statistik Beschaffungszahlen 2011» uneingeschränkt zu gewähren.

Im Verfahren vor Bundesgericht war strittig, ob der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten in doppeltem Sinn eingeschränkt werden durfte: Erstens durch die Beschränkung der Auskunft auf die 40 umsatzstärksten Unternehmen des EFD und zweitens durch die Anonymisierung der betroffenen Lieferanten.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 teilweise gut. Es schützte die zahlenmässige Begrenzung, untersagte aber die Anonymisierung.

Öffentlichkeitsprinzip

Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3) soll die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Dieses Recht gilt namentlich im Bereich der Bundesverwaltung und erstreckt sich auf die amtlichen Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ. Ist ein amtliches Dokument in einem Publikationsorgan oder auf einer Internetseite des Bundes veröffentlicht, gilt der Anspruch nach Art. 6 Abs. 1 und 2 BGÖ als erfüllt (Art. 6 Abs. 3 BGÖ). Vorbehalten sind Spezialnormen anderer Bundesgesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu amtlichen Dokumenten vorsehen (Art. 4 BGÖ). Weiter sind Ausnahmebestimmungen direkt im BGÖ vorgesehen (vgl. Art. 7, 9 und 11 BGÖ).

Das Bundesgericht untersuchte im Entscheid vom 2. Dezember 2015 zunächst, inwiefern das Beschaffungsrecht des Bundes oder das Bundesstatistikgesetz eine spezialgesetzliche Grundlage für eine Ausnahme vom Transparenzgebot gemäss Öffentlichkeitsgesetz enthalten (Urteil, E. 2.6).

Vertraulichkeit und Veröffentlichung im Beschaffungsrecht

Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem zu beachten, dass der vertrauliche Charakter sämtlicher vom Anbieter gemachten Angaben gewahrt wird. Vorbehalten sind die zu publizierenden Mitteilungen. Dazu zählen die Ausschreibung und der Zuschlag sowie die Wettbewerbsergebnisse (Art. 24 Abs. 2 BöB). Gemäss Art. 23 Abs. 2 und 3 BöB ist überdies den nicht berücksichtigten Anbietenden auf Gesuch hin eine summarische Begründung bekanntzugeben, die auch den Namen des Zuschlagsempfängers beinhaltet (Urteil, E. 3.1).

Das Bundesgericht führte aus, die im Vergaberecht vorgeschriebene Vertraulichkeit gelte unter Vorbehalt spezieller Ausnahmegründe nur während des Vergabeverfahrens. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens gelte die Vertraulichkeit nur noch in beschränktem Umfang. Dies entspreche dem beschaffungsrechtlichen Transparenzgebot gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB (Urteil, E. 3.2). Demzufolge erachtet das Bundesgericht Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB als keine spezialgesetzliche Grundlage für eine Ausnahme vom Transparenzgebot gemäss Art. 4 BGÖ.

Weiter warf das Bundesgericht die Frage auf, ob Art. 6 Abs. 3 BGÖ einer erneuten Publikation von Informationen entgegenstehe, die bereits aufgrund des Beschaffungsrechts veröffentlicht worden seien. Nach Art. 6 Abs. 3 BGÖ gilt der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nämlich als erfüllt, wenn ein solches in

einem Publikationsorgan oder auf einer Internetseite des Bundes veröffentlicht ist. Das Bundesgericht liess diese Frage offen, weil es bei den fraglichen Dokumenten nicht um bereits publizierte Dokumente aus dem Submissionsverfahren gehe. Die Aufstellung enthalte Daten, die nicht allesamt veröffentlicht worden seien (Urteil, E. 3.3).

Statistikgeheimnis

Das Statistikgeheimnis von Art. 14 und 18 Bundesstatistikgesetz (BStatG; SR 431.01) gebietet, dass für statistische Zwecke erhobene Daten einzig für die Statistik und nicht für andere Zwecke benützt werden. Zu statistischen Zwecken gesammelte Daten sollen insbesondere nicht in einer Weise veröffentlicht werden, welche die Privatsphäre von Dritten beeinträchtigt. Gemäss Ausführungen des Bundesgerichts unterstehe die Statistik zu den Beschaffungszahlungen im EFD nicht dem Statistikgesetz. Die Zahlen seien nicht zu statistischen Zwecken erhoben worden. Die Daten seien in der Buchhaltung erfasst und von dort für die Statistik über die Beschaffungszahlungen weiterverwendet worden. Die strittigen Abdeckungen auf der fraglichen Liste würden sich demnach nicht auf das Statistikgeheimnis stützen (Urteil, E. 4).

Ausnahmeklauseln gemäss BGÖ

Mangels spezialgesetzlicher Grundlage für eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 4 BGÖ prüfte das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen gemäss BGÖ. In Bezug auf die vorgenommene Anonymisierung der Lieferfirmen des EFD führte das Bundesgericht aus, es würde keine

Ausnahme gemäss BGÖ vorliegen. Es bestehe kein schutzwürdiges Interesse an der Anonymisierung der Lieferfirmen (Urteil, E. 6.5). Ausnahmsweise könne aufgrund der besonderen Konstellation auf die Anhörung der betroffenen Dritten verzichtet werden. Demgegenüber erachtete das Bundesgericht die Beschränkung der Auskunft auf die 40 umsatzstärksten Unternehmen als rechtmässig. Es sei nachvollziehbar, dass sich die vollständige Liste aller Lieferfirmen des EFD nicht durch einen einfachen elektronischen Vorgang gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellen lasse (Urteil, E. 7). Insofern wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

Anmerkungen zum Urteil

Gemäss Beschaffungsrecht sind alle Ausschreibungen und Zuschläge zu veröffentlichen (Art. 24 Abs. 2 BöB). Die Publikation erfolgt auf SIMAP. Diese Seite bietet eine Suchfunktion für den Zeitraum der letzten drei Jahre und ist für jedermann zugänglich. Meines Erachtens gilt der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten mit der Publikation auf

SIMAP als erfüllt (gemäss Art. 6 Abs. 3 BGÖ). Es besteht kein Anspruch auf eine erneute Publikation von Informationen, die bereits auf SIMAP veröffentlicht wurden. Das Öffentlichkeitsgesetz soll nicht dazu dienen, dass Informationen für Journalisten nochmals aufbereitet werden, die sie aus öffentlich zugänglichen Quellen erhalten könnten.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2016

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano