



BRK 2005-016

Der Präsident: André Moser  
Die Richter: Erina Guzzi, Elisabeth Lang  
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

## **Zwischenentscheid vom 21. November 2005**

in Sachen

**X. (...)**, bestehend aus:

1. **A. B. AG**, ...
  2. **A. C. AG**, ...
  3. **A. D. AG**, ...
- c/o A. B. AG, ...

Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch Rechtsanwalt (...)

gegen

**AlpTransit Gotthard AG**, Zentralstrasse 5, 6003 Luzern, vertreten durch Rechtsanwalt (...)

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen  
(Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren;  
aufschiebende Wirkung; Akteneinsicht)

---

### **Sachverhalt:**

A.- Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) (...) schrieb die AlpTransit Gotthard AG unter dem Projekttitel „Z“ einen Auftrag für Tunnelbauarbeiten (Vorbereitung des Baugebietes und der Baustelle, Bauarbeiten für Tiefbau, Arbeiten für spezialisierte Bauunternehmen) im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziffer 3.7 der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1 bis 5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 (Terminleistung der Bauzeit: 40%), 2 (Baustellenorganisation: 30%), 3 (Arbeitssicherheit: 15%) und 4 (Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit: 5%) gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die X. (bestehend aus A. B. AG, die A. C. AG und die A. D. AG) reichte am 19. Oktober 2004 fristgerecht eine Offerte für die Tunnelbauarbeiten (ein Angebot für die Amtsvariante sowie fünf Unternehmervarianten) ein. Am 11. August 2005 erteilte die AlpTransit Gotthard AG den Zuschlag an die F., bestehend aus der G. AG, (...), und der H. AG, (...). Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die AlpTransit Gotthard AG der X. mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Der Zuschlag an die F. wurde im SHAB (...) veröffentlicht.

B.- Mit Eingabe vom 13. September 2005 erheben die A. B. AG, die A. C. AG und die A. D. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Sie beantragen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerinnen, subeventualiter zur korrekten Durchführung der Ausschreibung. Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und der Beschwerdegegnerin sei bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen. Es seien die Vorakten beizuziehen und es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren. Den Beschwerdeführerinnen sei Gelegenheit zu geben, die Beschwerde nach der Akteneinsicht zu ergänzen und zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

C.- Mit Präsidialverfügung vom 14. September 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Die AlpTransit Gotthard AG beantragt in ihrer Vernehmlassung zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom 23. September 2005, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren.

E.- In ihrer Vernehmlassung zur Sache vom 5. Oktober 2005 schliesst die AlpTransit Gotthard AG auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde.

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

### **Erwägungen:**

1.- a) Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG; SR.0.172.052.68) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (SBB), die Unternehmen, bei denen sie die Aktienmehrheit besitzen, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB; SR 172.056.11]). Die am 12. Mai 1998 gegründete AlpTransit Gotthard AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der SBB und ist daher gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB ebenfalls direkt dem BoeB unterstellt.

Ausserdem sind die NEAT-Ersteller aufgrund des in Art. 13 Abs. 1 des Bundesbeschlusses über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale vom 4. Oktober 1991 (Alpentransit-Beschluss; SR 742.104) enthaltenen und durch Art. 4 der Verordnung des Bundesrats vom 28. Februar 2001 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Verordnung, AtraV; SR 742.104.1) konkretisierten Verweises dem Beschaffungsrecht des Bundes ebenfalls - indes indirekt - unterstellt. Gemäss Art. 4 AtraV unterstehen die Vergaben der Ersteller von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses wie die entsprechenden Beschaffungen der SBB der Bundesgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen. Auch daraus folgt, dass die AlpTransit Gotthard AG eine dem BoeB unterstellte Vergabestelle ist (vgl. auch Entscheid der Rekurskommission vom 9. Oktober 2002, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 67.6, E. 4c).

Der vorliegend zu vergebende Auftrag umfasst Tunnelbauarbeiten im Zusammenhang mit dem Bau des Gotthardbasistunnels (Teilabschnitt [...], Z). Diese Arbeiten betreffen Eisenbahnanlagen und stehen somit in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb bzw. der für den Personen- und Güterverkehr genutzten Infrastruktur. Die KV-Summe für das Z beträgt ca. Fr. ... (Eröffnungsprotokoll vom 27. Oktober 2004 [Vernehmlassungsbeilage 3]). Der für eine Unterstellung von Bauwerken gemäss Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB unter das BoeB massgebende

Schwellenwert von 8 Millionen Franken (Art. 2a Abs. 3 Bst. d VoeB) ist somit bei weitem überschritten.

Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission zulässig; diese entscheidet endgültig (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]). Da auch keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Damit hat sie auch über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (Art. 28 Abs. 2 BoeB).

Als für den Zuschlag unberücksichtigt gebliebene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.68, E. 1b). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Eingabe ist einzutreten.

b) 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).

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

2.- 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 die Beschwerde ein solches Begehren.

a) 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 eine 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, 110 V 45 E. 5b, 106 Ib E. 2a, 105 V 268 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1800 ff.; 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 (Zwischenentscheide der BRK vom 6.

Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79, E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 2c; Evelyne Clerc, L' ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 658).

b) Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; ÜoeB) - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (André Moser, in: Moser/Übersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.21 mit Hinweisen; Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 2c).

c) aa) Die Beschwerdeführerinnen rügen einen rechtsfehlerhaften Preisvergleich bzw. eine unkorrekte Preisbewertung. Die Ausschreibungsunterlagen hätten Einheitspreise verlangt; der Zuschlag sei indessen unzulässigerweise an das von der F. zusätzlich zur Amtsofferte eingereichte Globalpreisangebot erteilt worden. Die Vergleichbarkeit eines Globalpreisangebots mit Einheitspreisofferten sei nicht oder jedenfalls nur erschwert möglich; zumindest hätte beim Globalangebot daher eine Aufrechnung der in den Mengengerüsten enthaltenen „Angstreserven“ erfolgen müssen (Beschwerde, S. 15 ff.). Weiter vermutet die Beschwerdeführerin die Durchführung von unzulässigen Abgebotsrunden, bei denen die F. bevorzugt worden sei (Beschwerde, S. 17 ff.). Sodann vertritt sie die Ansicht, die F. sei aufgrund der Übernahme der insolvent gewordenen I. AG durch die H. vom Verfahren auszuschliessen. Schliesslich erachtet die Beschwerdeführerin auch die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Bewertungsmatrix bzw. das entsprechende Bewertungssystem als intransparent. Zwar sei nicht grundsätzlich zu beanstanden, dass die Vergabebehörde bei einzelnen Aspekten eine Mindestqualität voraussetze; im konkreten Fall führten diese Mindestanforderungen jedoch zu einer verkappten zweiten Eignungsprüfung; zudem sei nicht klar gewesen, was die Vorinstanz als Mindestqualität erwartet habe. Das von der Vergabebehörde angewendete „Guillotinen-Prinzip“ führe dazu, dass die Qualität einzig über die Zulassung des Angebots entscheide, bei den zugelassenen Angeboten dann aber lediglich der Preis zähle. Das angewendete System vermöge vor den Grundsätzen der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Wirtschaftlichkeit nicht standzuhalten (Beschwerde, S. 21 ff.).

Eine prima-facie-Würdigung der Erfolgchancen aufgrund der Aktenlage ergibt, dass die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann. Es steht fest, dass die bereinigte Globalpreisofferte der F. zum Betrag von Fr. ... den Zuschlag erhalten hat. Ursprünglich eingereicht hatte die F. eine Einheitspreisofferte (ohne Skonto und MWST) über Fr. ... und

ein Globalpreisangebot über Fr. .... Gemäss Art. 22 Abs. 2 VoeB sind Angebote für Varianten zulässig, sofern der Auftraggeber diese Möglichkeit in der Ausschreibung nicht beschränkt oder ausschliesst. Die Zulässigkeit von Varianten wurde in der öffentlichen Ausschreibung bejaht. Nach einem Entscheid der Rekurskommission aus dem Jahr 1997 stellt auch ein von der Ausschreibung abweichender Vergütungsmodus eine Variante (zum Grundangebot nach Einheitspreisen) dar (Entscheid der BRK vom 7. November 1997, veröffentlicht in VPB 62.32II, E. 3). Diese Rechtsauffassung ist allerdings auf Kritik gestossen. So wird geltend gemacht, eine Variante enthalte immer auch eine leistungsbezogene Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen; wähle der Anbieter lediglich eine Preisart, die von den Bedingungen der Ausschreibung abweiche, liege keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 46, Rz. 19.2; Peter Gauch, in: Baurecht [BR] 4/1998, S. 126). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stellt die Vergleichbarkeit von Angeboten verschiedener Preisarten (zumindest) in Frage, da die Preisbestimmung bei verschiedenen Vergütungsarten nach ganz anderen Grundsätzen erfolge (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 3. Dezember 2003 [VB.2003.00256], E. 3; ferner auch Urteil vom 8. Oktober 2003 [VB.2003.00091], E. 2.1, und Urteil vom 23. Januar 2003 [VB.2002.00195], E. 4a). Im vorliegenden Fall erscheint der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe das Globalpreisangebot der F. „unbesehen mit dem Einheitspreis-Angebot der Beschwerdeführerin verglichen“ (Beschwerde, S. 16), nicht von vornherein unbegründet. Dem Antrag der Geschäftsleitung an die Mitglieder des Verwaltungsrates der AlpTransit Gotthard AG bzw. der zugehörigen Begründung, welcher der Charakter eines Evaluationsberichts zukommen dürfte, sind jedenfalls keine Ausführungen zur Möglichkeit bzw. zur Problematik der Vergleichbarkeit der beiden Vergütungsformen zu entnehmen. Es findet sich lediglich die Feststellung, die Unternehmervariante „Globalofferte“ stelle das Angebot mit dem tiefsten Preis dar (Antrag, S. 5, 18). In der Vernehmlassung vom 23. September 2005 verneint die Vergabebehörde lapidar das Vorhandensein von Ausmassreserven im Leistungsverzeichnis (S. 8). Demgegenüber weist die F. in ihrer Offerte ausdrücklich auf die Praxis hin, vorsorglich Finanzreserven (Massenreserven) im Amtsleistungsverzeichnis einzubringen, und bestätigt damit indirekt den Standpunkt der Beschwerdeführerin, es sei allgemein notorisch, dass Planer bei Grossprojekten bei den ausgeschriebenen Mengen Reserven einrechneten (Beschwerde, S. 15). Mithin steht fest, dass die Frage der Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Preisangebote der näheren Prüfung bedarf.

Nicht als zum vornherein offensichtlich unbegründet erweisen sich im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 BoeB auch die von den Beschwerdeführerinnen gegen das von der Vergabebehörde verwendete Bewertungssystem (alleinige Massgeblichkeit des offerierten Preises in der 2. Evaluationsphase, an der nur noch die Anbieter beteiligt waren, deren Angebote qualitativ die Mindestanforderungen erfüllten) vorgebrachten Einwände. Im Übrigen wird sich die Rekurskommission im Rahmen des Sachentscheids mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin näher auseinandersetzen haben.

bb) Da bezüglich der Erfolgsaussichten der Beschwerde somit Zweifel bestehen, ist über das Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Abwägung der auf dem Spiele

stehenden Interessen zu befinden. Die Interessen der Beschwerdeführerinnen sind als gewichtig zu bezeichnen (vgl. auch Beschwerde, S. 30). Denn wird der Vertrag mit der berücksichtigten Arbeitsgemeinschaft abgeschlossen, 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 BvE). Die AlpTransit Gotthard AG macht geltend, der umgehende Vertragsschluss bezüglich Z sei zwingend geboten, damit das Gesamtterminprogramm Gotthard-Basistunnel eingehalten werden könne. Eine einzelne Verzögerung könne eine Gesamtverzögerung bis zu einem Jahr verursachen. Eine solche Verzögerung hätte enorme Mehrkosten (in zweistelliger Millionenhöhe) zur Folge. Jede Verzögerung in der Fertigstellung des Z wirke sich unmittelbar auf die rechtzeitige Inbetriebnahme des Gotthard-Basistunnels aus. Der Vergabebehörde könne im Übrigen auch nicht vorgeworfen werden, nicht genügend Zeit für Ausschreibung und Vergabe des Z eingeplant zu haben. Die Dringlichkeit beruhe vielmehr auf äusseren Umständen. Die Vergabebehörde habe – ohne dies beeinflussen zu können – dreimal ein Auflageverfahren für den Tunnel Erstfeld durchführen müssen. Diesen Vorbringen der Vergabebehörde ist entgegenzuhalten, dass die Vergabe durch den Verwaltungsrat ursprünglich für Ende Mai 2005 und die Vertragsunterzeichnung für Ende August 2005 vorgesehen waren, der Zuschlag dann aber erst am 11. August 2005 erteilt und (...) im SHAB veröffentlicht wurde. Der für den 26. September 2005 vorgesehene Arbeitsbeginn hätte damit so oder so nicht eingehalten werden können, so dass Verzögerungen ohnehin unvermeidbar waren. Die vorliegend streitigen Arbeiten an der Tunnelbaustelle dauern voraussichtlich rund 6 1/2 Jahre. Somit ist von einem längerfristigen Vorhaben auszugehen, welches durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Im Übrigen ist auf die Rechtsprechung der Rekurskommission hinzuweisen, wonach Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens nach Möglichkeit so langfristig zu planen sind, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Zwischenentscheid der Rekurskommission vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24, E. 2d). Dies muss im Grundsatz auch für Grossprojekte wie das vorliegende gelten; auch hier sind entsprechende Zeitreserven einzuplanen. Die Zuschlagsempfängerin hat sich ihrerseits binnen Frist zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen lassen (vgl. Präsidialverfügung vom 14. September 2005). Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist aufgrund der Interessenabwägung demnach zu entsprechen. Damit hat die AlpTransit Gotthard AG weiterhin mit dem Vertragsschluss zuzuwarten (vgl. Zwischenentscheide der Rekurskommission vom 17. Februar 1997, a.a.O., E. 2e, sowie vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79, E. 2c ff.).

3.- Die Beschwerdeführerinnen beantragen den Beizug der Vorakten und die Gewährung umfassender Akteneinsicht.

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 derer 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. André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/1999 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 686 mit Hinweisen; André Moser, Rechtsprechung: Entschiedenenes und Unentschiedenes, in BR, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 85). 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 Vergabeentscheids auf dem Rechtswittelweg 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 Rechtsmittelinanz - gestützt auf einen vollumfänglichen Einblick in die Konkurrenzofferten - überprüft werde (vgl. auch Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37, E. 3a).

Die Beschwerdeführerinnen haben – auf ihre Anfrage (Vernehmlassungsbeilage 52) hin – eine schriftliche Begründung des Vergabeentscheids erhalten. Daraus wird im Wesentlichen ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen den Zuschlag nicht erhalten haben, weil der Preis ihres Angebots über demjenigen der F. lag (Schreiben der AlpTransit Gotthard AG vom 31. August 2005 [Vernehmlassungsbeilage 53]).

b) Nach Ansicht der Vergabebehörde ist den Beschwerdeführerinnen die Einsicht in die Unterlagen betreffend das Angebot der F., die Bewertung dieses Angebots anhand der Zuschlagskriterien (Zuschlagsprüfung), den der F. zugestellten Fragekatalog, die Technische Angebotsbereinigung des Angebots der F. (Unternehmergespräche), die Offertöffnungsprotokolle sowie den Vergabeantrag zu verweigern. Diese Akten enthielten Angaben, für welche die Anbieter überwiegende Geheimhaltungsinteressen geltend machen könnten (Vernehmlassung vom 5. Oktober 2005, S. 4 f.).

c) Die Vergabebehörde hat insgesamt 55 Beilagen eingereicht (vgl. Aktenverzeichnis zur Vernehmlassung vom 23. September 2005 [Beilagen 1 – 14] und Aktenverzeichnis zur Vernehmlassung vom 5. Oktober 2005 [Beilagen 15 – 55]). Dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht ist teilweise stattzugeben. Keine Einsicht zu gewähren ist in die Offerte der F. sowie in die Unterlagen der Technischen Angebotsbereinigung (Fragekataloge/Antworten; beides Beilage 30), da darin Informationen enthalten sind, an denen ein Geheimhaltungsinteresse



der F. zu bejahen ist. Ebenfalls keine Einsicht zu gewähren ist in die Zuschlagsprüfung der F. (Beilage 4) sowie das Teil der Offerte bildende Schreiben der F. vom 13. Juli 2005 betreffend Schlussangebot (Beilage 10). Bei den von der AlpTransit Gotthard AG eingereichten Beilagen 15 - 29 sowie 31 (Offerte der Beschwerdeführerinnen) handelt es sich ausschliesslich um Dokumente, von deren Inhalt die Beschwerdeführerinnen entweder bereits Kenntnis haben oder die nicht das vorliegende Vergabeverfahren betreffen (und überdies teilweise vertrauliche Informationen enthalten). Die Beilagen 35, 37, 39, 41, 42, 44 und 45 betreffen die durchgeführten Unternehmengespräche mit der F. bzw. die Bereinigung des Angebotspreises; sie haben ebenfalls vertraulichen Charakter, weshalb den Beschwerdeführerinnen keine Einsicht zu gewähren ist. In die übrigen Beilagen kann die verlangte Einsicht gewährt werden; dies trifft auch auf den Vergabeantrag der Geschäftsleitung (Beilage 49) zu, der in anonymisierter Form vorliegt. Daraus ersichtlich werden zwar namentlich auch die eingereichten Eingabesummen und deren Entwicklung im Rahmen der Verhandlungen. Hingegen sind darin in Bezug auf die einzelnen Angebote keine derart detaillierten Informationen zu den Preisen enthalten, die Rückschlüsse auf die Offertkalkulationen der Anbieter zulassen würden.

Sollte sich im weiteren Verlauf des Instruktionsverfahrens ergeben, dass von der Akteneinsicht ausgenommene Aktenstücke im Sachentscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen sind, würde die Rekurskommission den Beschwerdeführerinnen 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).

d) Ihrem Begehren entsprechend wird den Beschwerdeführerinnen Frist bis zum 6. Dezember 2005 eingeräumt, um sich allenfalls zu den Akten zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen sowie zur Vernehmlassung der AlpTransit Gotthard AG vom 5. Oktober 2005 Stellung zu nehmen.

e) Die Beschwerdeführerinnen beanstanden mit Schreiben vom 11. Oktober 2005, dass die Vergabebehörde der BRK nicht die vollständigen Akten, sondern nur einzelne Unterlagen eingereicht habe. Nach derzeitiger Auffassung der BRK erlauben die zur Verfügung stehenden Akten die Beurteilung der Beschwerde. Sollte sich im Verlaufe der weiteren Bearbeitung der Beschwerdesache zeigen, dass relevante Unterlagen fehlen, so würden diese von der BRK umgehend beigezogen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

**erkannt:**

1. Der Beschwerde der Arbeitsgemeinschaft X. (A. B. AG, A. C. AG, A. D. AG) vom 13. September 2005 wird antragsgemäss aufschiebende Wirkung erteilt.
2. Den Beschwerdeführerinnen wird mit Frist bis zum 6. Dezember 2005 teilweise Akteneinsicht (in die in E. 3c genannten Akten) gewährt.
3. Den Beschwerdeführerinnen wird eine Frist bis zum 6. Dezember 2005 angesetzt, um sich allenfalls zu den Akten zu äussern und zur Vernehmlassung der AlpTransit Gotthard AG vom 5. Oktober 2005 Stellung zu nehmen.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.
5. Dieser Zwischenentscheid wird den Beschwerdeführerinnen und der AlpTransit Gotthard AG schriftlich eröffnet sowie der F. (c/o G. AG) mitgeteilt.

---

Eidgenössische Rekurskommission  
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart