



BRK 2006-010

Der Präsident: André Moser
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Zwischenverfügung vom 28. August 2006

in Sachen

X. GmbH, ..., vertreten durch ...

gegen

armasuisse, Kompetenzzentrum Boden, Blumenbergstrasse 39, 3003 Bern, vertreten durch ...

und

Y. SA, ..., vertreten durch ...

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Nichtberücksichtigung im selektiven Verfahren;
aufschiebende Wirkung)

Sachverhalt:

A.- Die armasuisse Bauten schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom ... einen Dienstleistungsauftrag betreffend „...“ (Projektnummer ...) im selektiven Verfahren öffentlich aus. Das Projekt wurde nach Regionen in acht Teilprojekte aufgeteilt. In den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2) wurde Folgendes festgelegt: „Der Anbieter kann sich für ein Teilprojekt seiner Wahl oder auch für mehrere Teilprojekte bewerben. Ein Anbieter wird jedoch höchstens für ein Teilprojekt präqualifiziert.“

Die X. GmbH reichte am 1. Juli 2005 die Bewerbungsunterlagen zur Präqualifikation für das Teilgebiet 31 ein. Am 19. Juli 2005 wurde ihr von der armasuisse mitgeteilt, dass sie für das Teilgebiet 31 neben drei anderen Büros präqualifiziert worden sei.

B.- Hingegen wurde der Y. SA, welche sich unter anderem ebenfalls für das Teilprojekt 31 beworben hatte, mit Schreiben vom 19. Juli 2005 von der armasuisse mitgeteilt, dass das Büro YZ. SA bereits für das Teilprojekt 12 präqualifiziert worden sei und aus diesem Grund auf das Angebot der Y. SA für das Teilgebiet 31 nicht mehr eingetreten werden könne. Mit Eingabe vom 10. August 2005 erhob die Y. SA Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK) mit dem Antrag der Aufhebung dieser Verfügung vom 19. Juli 2005. Mit Entscheid vom 27. Januar 2006 hiess die BRK die Beschwerde der Y. SA gut, hob die Verfügung der armasuisse betreffend Präqualifikation (Teilprojekt Nr. 31) vom 19. Juli 2005 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die armasuisse zurück. In den Erwägungen wies die BRK die armasuisse an, einen neuen Entscheid betreffend Teilnehmersauswahl für das Teilprojekt Nr. 31 zu fällen und dabei die Y. SA ebenfalls zu präqualifizieren.

C.- Mit Schreiben vom 19. August 2005 teilte die armasuisse den übrigen präqualifizierten Bewerbern mit, dass gegen die Präqualifikationen mehrere Rekurse bei der BRK eingegangen seien und das weitere Verfahren dadurch verzögert werde. Am 31. März 2006 wurden die präqualifizierten Firmen (so unter anderem die X. GmbH und die Y. SA) zur Einreichung eines Angebots eingeladen. In diesem Schreiben und den beigelegten Ausschreibungsunterlagen wurde zudem darüber informiert, dass das Teilprojekt 31 in drei Teillose unterteilt worden sei (31.1 ..., Projektsprache deutsch; 31.2 ..., Projektsprache deutsch; 31.3 ..., Projektsprache italienisch), wobei es den Anbietern frei stehe, Angebote für ein oder mehrere Lose einzureichen und die gleichzeitige Bearbeitung mehrerer Lose möglich sei. Am 12. April 2006 fand eine Informationsveranstaltung statt und am 24. April 2006 beantwortete die armasuisse schriftlich verschiedene Fragen der Bewerber. Unter anderem wurden die für die verschiedenen Teilprojekte präqualifizierten Bewerber aufgelistet, so für das Teilprojekt 31 mit der zusätzlichen Zulassung der Y. SA neu insgesamt fünf Firmen.

Mit Verfügung vom ... (veröffentlicht im SHAB vom ...) erteilte die armasuisse u.a. der Y. SA den Zuschlag für das Los 31.1 sowie das Los 31.2.

D.- Mit Eingabe vom ... erhebt die X. GmbH (Beschwerdeführerin) gegen die Nichtberücksichtigung ihres Angebots für das Los 31.1 Beschwerde bei der BRK. Sie beantragt in materieller Hinsicht, die Zuschlagsverfügung der armasuisse vom ... sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die nachträgliche Präqualifikation der Y. SA für das Teilprojekt 31 rechtswidrig gewesen sei; die entsprechende Verfügung der armasuisse (das Datum sei nicht bekannt bzw. eventuell Verfügung vom 24. April 2006) über die Teilnehmersauswahl sei aufzuheben. Eventuell sei die Verfügung zur Präqualifikation der Y. SA aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid über die Präqualifikation der Y. SA an die armasuisse zurückzuweisen. Weiter sei der Be-

schwerdeführerin der Zuschlag für das Los 31.1 zu erteilen bzw. eventuell die Zuschlagsverfügung vom ... aufzuheben und die Angelegenheit an die armasuisse zurückzuweisen. In formeller Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ferner, es sei eine Nachfrist zur Beschwerdeergänzung zu gewähren. Überdies sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten zu gewähren.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, der Entscheid über die nachträgliche Zulassung der Y. SA, ohne die übrigen ausgewählten Anbieterinnen davon in Kenntnis zu setzen und ohne eine Beschwerdemöglichkeit zu eröffnen, verstosse gegen das Vergaberecht, namentlich die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Mangels Verfügung über die Präqualifikation der Y. SA könne die Beschwerdeführerin sich noch im Rahmen des Zuschlags gegen diese Präqualifikation wehren. Es sei aufgrund der nachträglichen Präqualifikation auch nicht mitgeteilt worden, wie die Y. SA bei der Präqualifikation abgeschnitten habe, während jene ihrerseits über die Ergebnisse der anderen präqualifizierten Bewerbern orientiert worden sei. Dies verschaffe der Y. SA einen Vorteil. Gemäss der Ausschreibung dürfe eine Anbieterin nur für ein Teilprojekt präqualifiziert werden. Nach Auffassung der BRK (Entscheid der BRK vom 28. Dezember 2005 betreffend eine andere Y-Gesellschaft) könnten mehrere Gesellschaften derselben Gruppe für zwei verschiedene Teilprojekte selektioniert werden. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin setze dies aber voraus, dass diese Gesellschaften über eigenes Personal, namentlich eigene Fachkräfte verfügten und die Gesellschaften durch ihre geografische Verteilung über je unterschiedliche lokale Kenntnisse verfügten. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt seien, seien Tochtergesellschaften der Y. Holding AG als eigenständige Anbieterinnen anzusehen. Die Y. SA erfülle die Eignungskriterien, die an das Teilprojekt sowie an das Los 31.1 gestellt würden, gerade nicht. Die Mitarbeiter der Y. SA verfügten über wenig Erfahrung mit Schiessanlagen und nur über Ortskenntnisse im Tessin. Die Sprache für die Lose in der Zentralschweiz (Los 31.1 ..., Los 31.2 ...) sei Deutsch. Mehrheitlich italienisch sprechende Mitarbeiter könnten das Projekt in der Zentralschweiz nicht bewältigen. Unzulässig wäre es, Mitarbeiter anderer Filialen vorzusehen. Es werde vermutet, dass der Y. SA sowohl in Bezug auf die Präqualifikation als auch bei der Durchführung des Projektes die nötige Unabhängigkeit fehle. Es sei entweder die Leistungsfähigkeit der Y. SA nicht gegeben oder sie sei nicht als unabhängige, eigenständige Anbieterin anzusehen, was dazu führe, dass der Zuschlag aufzuheben sei.

Mit Präsidialverfügung vom ... wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

E.- Mit Vernehmlassung zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom 20. Juli 2006 beantragt die armasuisse, das Gesuch sei abzuweisen. Die vorliegende Beschwerde erscheine als offensichtlich unbegründet und überdies sprächen die überwiegenden Interessen der Beschwerdegegnerin für eine Ablehnung der aufschiebenden Wirkung. Die Beschwerdeführerin mache ausschliesslich geltend, die Zuschlagsempfängerin sei zu Unrecht präqualifiziert worden. Die Anbieter seien mit Schreiben vom 24. April 2006 über die präqualifizierten Firmen informiert worden. Die Beschwerdeführerin hätte umgehend rügen müssen, dass die nachträgliche Zulassung zu Unrecht erfolgt sei. Die Präqualifikation könne zum heutigen Zeitpunkt nicht

mehr angefochten werden. Weiter habe die BRK in ihrem Entscheid vom 27. Januar 2006 betreffend die Y. SA festgestellt, dass deren Angebot zuzulassen sei. Dass die Gruppengesellschaften zwingend je über Fachkräfte mit je unterschiedlichen lokalen Kenntnissen verfügen müssten, gehe aus dem Entscheid nicht hervor. Auch Mitarbeiter italienischer Muttersprache dürften - entgegen der Darstellung in der Beschwerde - mit Gemeindebehörden und Korporationen in der Zentralschweiz kommunizieren können. Seit dem Entscheid der BRK seien keine neuen Gründe eingetreten, welche die Eignung der Zuschlagsempfängerin in Frage stellen würde. Betreffend den Vorwurf der Verletzung des Transparenzgebots sei festzuhalten, dass die ebenfalls präqualifizierte Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Bekanntgabe der Eignungsbewertung der Konkurrentinnen habe. Ein Vorteil der Zuschlagsempfängerin sei nicht ersichtlich, da es in der zweiten Phase allein auf die Zuschlagskriterien angekommen sei. Ferner könne die Beschwerdeführerin aus der guten Rangierung bei den Eignungskriterien nichts für sich ableiten. Eine Mehr-eignung dürfe in der zweiten Phase des selektiven Verfahrens gar nicht mehr berücksichtigt werden. Aufgrund der Zuschlagskriterien - namentlich des Preiskriteriums - sei die Beschwerdeführerin für den Zuschlag nicht mehr in Betracht gekommen. Was das Akteneingessgesuch anbelange, so würde vorab die Einsichtnahme in die Bewerbungen der Y-Konzerngesellschaften gegen Geheimhaltungsinteressen verstossen. Weiter begründet die armasuisse, weswegen beim vorliegenden Projekt zeitliche Dringlichkeit vorliege, welche nicht auf das Selbstverschulden der armasuisse zurückzuführen sei. Es bestünden somit erhebliche öffentliche Interessen an einem raschen Vollzug der Arbeiten. Ebenso mache die Beschwerdeführerin keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen an einer aufschiebenden Wirkung geltend.

F.- Mit Eingabe vom 20. Juli 2006 lässt sich auch die Y. SA vernehmen. Sie beantragt, die Beschwerde sei (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen) abzuweisen und die Akteneinsicht sei nicht zu gewähren. Sie legt unter anderem dar, dass das Erfüllen der Eignungskriterien im Rahmen der Präqualifikation endgültig zu beurteilen sei und eine doppelte Eignungsprüfung grundsätzlich nicht zulässig sei im selektiven Verfahren. Ein besseres Ergebnis im Rahmen der Eignungsprüfung privilegiere den betroffenen Anbieter im Rahmen des Zuschlagsentscheides nicht. Die Beschwerdeführerin habe auch Kenntnis gehabt von der Tatsache, dass die Präqualifikationsentscheide der armasuisse angefochten worden seien. Soweit die Beschwerdeführerin die beiden Entscheide der BRK im Zusammenhang mit Y Gesellschaften in Zweifel ziehen wolle, könne auf die Beschwerde gar nicht eingetreten werden. Es sei weiter nicht zu sehen, inwiefern der Y. SA ein Vorteil zugekommen sei, weil sie angeblich mehr Informationen gehabt habe, als die anderen Bewerber. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin die gewünschten Informationen bei der Vergabestelle verlangen können. Das Gesuch um Akteneinsicht in vertrauliche Vergabeakten sei zudem zu verweigern.

G.- Auf Aufforderung der BKR reicht die armasuisse am 17. und 22. August 2006 die Verfahrensakten nach.

H.- Mit unaufgefordert eingereichter Eingabe vom 17. August 2006 lässt die Beschwerdeführerin unter anderem ergänzen, dass die Vergabe in zeitlicher Hinsicht nicht so dringlich erscheine, als dass der Entscheid der BRK nicht abgewartet werden könne. Es wird wiederholt,

dass die Zuschlagsempfängerin nicht als eigenständige, unabhängige Anbieterin gelten könne. Es fehle namentlich an der personellen Unabhängigkeit der „Filiale“ Y. SA. Die armasuisse habe denn in ihrer Stellungnahme auch nicht verneint, dass die Y. SA Mitarbeiter anderer Filialen beiziehen werde. An den gestellten Verfahrensanträgen werde vollumfänglich festgehalten.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB; SR 172.056.1] sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG; SR 173.110]). Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb; SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11) geregelt. Die objektiven Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. BoeB, unter denen die Rechtsschutzbestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden (zuständige Bundesstelle, Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert), sind hier unbestrittenermassen erfüllt. Es liegt ein Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB vor (vgl. Ziff. 14 der Positivliste in Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB bzw. Anhang 1 Annex 4 Üoeb). Da zudem 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 Anbieterin ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.68, E. 1b). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Eingabe ist grundsätzlich einzutreten.

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).

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; 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 die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die angehrte 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. In diese sind die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, einzubeziehen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 2c; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen [Überblick], in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP], S. 685 mit Hinweisen; André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen [Prozessieren], Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.21).

3.- Die Beschwerdeführerin beantragt, ihr sei eine Nachfrist zur Beschwerdeergänzung zu gewähren.

Ein Anspruch auf eine Nachfrist zur Beschwerdeergänzung (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) kann etwa bejaht werden, wenn die Anbieterin die Auftraggeberin gemäss Art. 23 Abs. 2 BoeB um Begründung der Verfügung ersucht hat, diese Begründung aber nach Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Beschwerde an die BRK bei der nicht berücksichtigten Anbieterin ein-

trifft (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 599). Eine solche Begründung der Verfügung hat die Beschwerdeführerin nicht verlangt. Sie hat denn ihre Beschwerde auch nicht auf eine unrichtige Bewertung der Zuschlagskriterien im Hinblick auf den Zuschlag abgestützt (womit sich eine Begründung nach Art. 23 Abs. 2 BoeB befassen hätte), sondern darauf, dass die Y. SA gar nicht hätte präqualifiziert werden dürfen; diesbezüglich ist die Beschwerde denn auch einlässlich. Unter diesen Umständen bestand kein Anspruch auf eine Ergänzung der Beschwerde. Auch die allgemein geltenden Voraussetzungen für eine Beschwerdeergänzung gemäss Art. 53 VwVG lagen nicht vor. Eine Rechtsmittelfrist ist nicht erstreckbar. Die Gewährung einer Nachfrist zur Beschwerdeergänzung im Sinne von Art. 53 VwVG ist auf Ausnahmefälle beschränkt und setzt jedenfalls voraus, dass die Beschwerdesache einen aussergewöhnlichen Umfang oder eine besondere Schwierigkeit aufweist (Moser, Prozessieren, a.a.O., Rz. 2.98). Diese Anforderungen sind vorliegend nicht erfüllt und eine Ausnahmesituation ist nicht gegeben. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung wird nach der Praxis der BRK ebenfalls nicht durchgeführt (siehe auch Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2006 [2P.103/2006], E. 3.1). Abgesehen davon hat die Beschwerdeführerin am 17. August 2006 unaufgefordert Stellung genommen zur Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung und die BRK hat diese Eingabe zur Kenntnis genommen. Vorbehalten bleibt vorliegend die allfällige Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels nach Eingang der Vernehmlassung der Vergabestelle in materieller Hinsicht.

4.- Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Y. SA nicht hätte präqualifiziert werden dürfen und ihr damit auch der Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen, weil dieser die Eignung fehle bzw. sie nicht als unabhängige, eigenständige Anbieterin gelte.

a) Die BRK hat in ihrem Entscheid betreffend Y. SA (vom 27. Januar 2006 [BRK 2005-014], mit Verweis auf die ausführliche Begründung im die Schwestergesellschaft YW. AG betreffenden Entscheid der BRK vom 28. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.34, E. 2a - c) zu prüfen gehabt, ob – in Berücksichtigung der Ziff. 2.2 der Ausschreibungsbestimmung (Vergabeakten Ordner Nr. 2 Griff 2) - die Y. SA noch für das Teilprojekt Nr. 31 ausgewählt werden konnte, obwohl bereits eine Schwestergesellschaft für das Teilprojekt Nr. 12 selektioniert worden ist. Die BRK hat aus den ihr vorliegenden Bewerbungen der Y-Gesellschaften geschlossen, dass diese als getrennte und unabhängig handelnde Anbieterinnen aufgetreten sind und die Tochterunternehmen bezüglich der vorliegenden Vergabe als gemäss Ziff. 2.2 Ausschreibungsunterlagen eigenständige „Anbieter“ zu gelten haben. Entsprechend hiess die BRK die Beschwerde der Y. SA gut, hob die Verfügung der armasuisse betreffend Präqualifikation (Teilprojekt Nr. 31) vom 19. Juli 2005 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die armasuisse zurück. In den Erwägungen wies die BRK die armasuisse an, einen neuen Entscheid betreffend Teilnehmerauswahl für das Teilprojekt Nr. 31 zu fällen und dabei die Y. SA ebenfalls zu präqualifizieren. Die BRK hat es dabei der Vergabestelle überlassen, wie sie im Rahmen des neuen Präqualifikationsentscheides vorgehen will und bloss festgehalten, dass eine Zulassung der Beschwerdeführerin zusätzlich zu den bereits ausgewählten Bewerbern möglich sein sollte. Letzteres Vorgehen hat die armasuisse denn auch gewählt, indem sie die Y. SA zusätzlich zu den übrigen bereits präselektionierten Anbietern zugelassen hat (siehe Beschwerdebeilage 13, Liste der präqualifizierten Firmen).

b) aa) Die Präqualifikation der Y. SA kann vorliegend nicht mehr in Frage gestellt werden. Die BRK hat die armasuisse im rechtskräftigen Entscheid vom 27. Januar 2006 (a.a.O.) klar angewiesen, die Y. SA sei zu präqualifizieren. Dass die BRK dabei die armasuisse aufgefordert hat, einen neuen Entscheid betreffend Teilnehmerauswahl zu fällen, ändert an der Rechtskraft der Präqualifikation nichts. Die BRK überliess mit diesem Vorgehen der armasuisse lediglich den Entscheid darüber, ob sie die Y. SA zusätzlich oder aber unter Ausschluss eines anderen präqualifizierten Anbieters zulassen will.

Damit kann auf die Anträge der Beschwerdeführerin, welche sich gegen diese Präqualifikation richten (Anträge 2 - 5), nicht eingetreten werden. Einzutreten ist dagegen auf die Beschwerde insofern, als mit ihr die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin bzw. die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt wird (Anträge 1, 6 und 7).

bb) Dass die armasuisse keine neue Verfügung erliess betreffend Präqualifikation, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht beanstandet werden. Aufgrund des rechtskräftigen Entscheids der BRK vom 27. Januar 2006 erübrigte sich *betreffend die Präqualifikation der Y. SA* eine Verfügung der armasuisse von vornherein. Die Rückweisung zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen der BRK zielte wie gesagt darauf ab, der armasuisse das weitere Vorgehen zu überlassen. Nachdem sich die armasuisse dazu entschloss, die Y. SA zusätzlich zu den bereits selektionierten Bewerbern zuzulassen, ohne bereits präqualifizierte Anbieter nachträglich auszuschliessen, erübrigte sich eine neue Verfügung zur Präqualifikation. Eine solche hätte denn auch nichts enthalten, was nicht bereits rechtskräftig entschieden worden wäre und wäre damit gar nicht mehr anfechtbar gewesen.

Was den von der Beschwerdeführerin angerufenen Transparenzgrundsatz anbelangt, so wurde den Teilnehmern immerhin mitgeteilt, dass gegen die Präqualifikationen Beschwerdeverfahren angestrengt worden sind, und es wurde ihnen am 24. April 2006 die zusätzliche Präqualifikation der Y. SA bekannt gegeben. Weitere Informationen haben sich nicht aufgedrängt, insbesondere gab es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keinen Anlass, mitzuteilen, wie die Y. SA bei der (ursprünglichen) Präqualifikation abgeschnitten hat, nachdem einerseits die mit dem Entscheid der BRK rechtskräftig gewordene Präqualifikation der Y. SA ohnehin nicht mehr angefochten werden konnte und andererseits das Abschneiden in der Präqualifikationsphase irrelevant ist für die zweite Phase des selektiven Verfahrens, in welcher nun die Zuschlagskriterien - unabhängig von der Bewertung der Eignungskriterien - einer Bewertung unterzogen werden. Aus den gleichen Gründen ist auch nicht zu sehen, inwiefern die Y. SA einen Vorteil gehabt bzw. eine Rechtsungleichheit bestanden haben sollte, falls sie - was sich im Übrigen aus den Akten nicht ergibt - Kenntnis gehabt haben sollte von den Ergebnissen der anderen präselektionierten Bewerber.

c) Abgesehen vom soeben Behandelten (E. 4b/bb) begründet die Beschwerdeführerin sämtliche Anträge (auch jene, welche die Aufhebung des Zuschlags verlangen) damit, dass die

Y. SA nicht hätte präqualifiziert werden dürfen, weil sie nicht als unabhängige, eigenständige Anbieterin gelte. Andere Einwände gegen den Zuschlag werden nicht erhoben, namentlich nicht betreffend Beurteilung und Bewertung der Offerten im Hinblick auf die Zuschlagskriterien.

Die Frage, ob die Y. SA unabhängig ist bzw. als eigenständige Anbieterin betrachtet werden kann, wurde jedoch bereits im Entscheid der BRK betreffend Präqualifikation der Y. SA rechtskräftig beurteilt. Wie ausgeführt (oben E. 4a), ist die BRK in ihrem Entscheid vom 27. Januar 2006 aufgrund der Akten, namentlich der Offerten der in Frage stehenden Tochtergesellschaften, zum Schluss gekommen, dass diese als eigenständige „Anbieter“ gemäss Ziff. 2.2 Ausschreibungsunterlagen zu gelten haben.

Namentlich ist grundsätzlich nicht mehr auf die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage zurückzukommen, ob die verschiedenen Y Gesellschaften aufgrund des von ihnen vorgesehenen Personals als eigenständige Anbieterinnen angesehen werden können, nachdem die BRK die Tochterunternehmen bereits als solche gewürdigt hat (siehe auch Entscheid der BRK vom 28. Dezember 2005 in Sachen YW. AG, a.a.O., E. 2c/cc). Aus der Bewerbung zur Präqualifikation (Vergabeakten, Ordner Nr. 2, Griff 3) bzw. der Offerte (Vergabeakten, Ordner Nr. 1, Griff 2) der Zuschlagsempfängerin, welche bezüglich vorgesehenen Personals im Übrigen übereinstimmen, ist ersichtlich, dass als Projektleiter eine bei der Y. SA angestellte Person vorgesehen war. Soweit ersichtlich, stammen allerdings zwei (von mehreren) vorgesehene Sachbearbeiter aus einer anderen Tochtergesellschaft. Es ist jedoch nicht einzusehen, inwiefern dies dazu führen sollte, dass die Y. SA nicht als eigenständige Anbieterin qualifiziert werden kann. So hat die BRK in ihren Entscheiden betreffend die beiden Y-Gesellschaften mitnichten ausgeführt, dass der Beizug von einzelnen Personen einer anderen Gesellschaft der Qualifikation als eigenständiger Anbieter entgegenstehen würde. Aufgrund der rechtskräftigen Feststellung der BRK im Entscheid vom 27. Januar 2006, dass die Y. SA als eigenständige Anbieterin zu gelten hat und der Tatsache, dass sich aus den Akten bezüglich dieser Qualifikation keine Änderungen ergeben (namentlich ist das vorgesehene Personal nicht ausgewechselt worden), kann somit vorliegend im Hinblick auf diese Frage kein abweichender Schluss gezogen werden.

Auch die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin (lokale Kenntnisse, Sprachkenntnisse) sind offensichtlich nicht zutreffend. Einerseits hat die armasuisse im Rahmen der Präqualifikation die Firmenreferenzen im Hinblick auf die Kenntnisse der regionalen Verhältnisse, die personellen Ressourcen und die Qualifikation der Schlüsselpersonen bereits geprüft (Vergabeakten, Ordner Nr. 2, Griff 5 und 6) und die Y. SA hat in der Präqualifikation den dritten Rang erreicht (womit sie ohne weiteres präqualifiziert werden konnte). Es handelt sich damit auch hier um eine im Rahmen der Präqualifikation abgehandelte Frage, welche vorliegend nicht mehr zu prüfen ist. Andererseits ist nicht dargetan und nicht ersichtlich, dass es der Y. SA an hinreichenden lokalen Kenntnissen mangeln würde. Auch bezüglich Sprachkenntnisse der Mitarbeiter ergeben sich keine Anhaltspunkte, inwiefern diese zur Erfüllung von Projekten in der Deutschschweiz nicht genügen sollten.

Zusammenfassend wurde die Frage, ob die Y. SA als eigenständige Anbieterin anzusehen ist, mit dem Entscheid der BRK bereits rechtskräftig - und bejahend - beantwortet. Gegenüber der Situation, welche die BRK bereits zu prüfen hatte, haben sich - wie auch die Vergabebehörde geltend macht - keine neuen Tatsachen ergeben, welche an der Zulassung der Y. SA zum Vergabeverfahren bzw. an der Feststellung von deren Eignung etwas zu ändern vermöchten bzw. welche im Rahmen des Zuschlagsentscheides noch einen Ausschluss (Art. 11 BoeB) der Y. SA rechtfertigen würden. Die (weiteren) Ausführungen der Beschwerdeführerin zur mangelnden Eignung der Zuschlagsempfängerin sind ebenfalls offensichtlich nicht stichhaltig.

d) Die prima-facie-Würdigung führt somit zum Schluss, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, insoweit als auf diese überhaupt eingetreten werden kann. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge (vgl. vorne E. 2c). Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht stattgegeben werden. Damit fällt die Verfügung vom ..., mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.

5.- Die Beschwerdeführerin beantragt überdies die Gewährung von Einsicht in die entscheiderelevanten Akten. Sie verlangt namentlich die Edition der Bewertung der Präqualifikation der Y. SA, des Entscheides der BRK betreffend den Rekurs der Y. SA, eines allfälligen neuen Entscheides der armasuisse betreffend Präqualifikation und sämtlicher Bewerbungen der Gesellschaften der Y. Holding AG. Soweit nicht Geheimhaltungsgründe dagegen sprächen, seien die genannten Unterlagen der Beschwerdeführerin zuzustellen.

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. Moser, Überblick, a.a.O., S. 686 mit Hinweisen; André Moser, Rechtsprechung: Entschiedenenes und Unentschiedenes, in Baurecht [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 Rechtsmittelweg geltend zu ma-

chen. 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 Rechtsmittelinstanz - 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).

b) Die Akteneinsicht kann gewährt werden in die Bewertung der Eignung der Y. SA im Zusammenhang mit dem (ursprünglichen) Präqualifikationsentscheid der armasuisse (Präqualifikationsentscheid vom 19. Juli 2005 in Vergabeakten, Ordner Nr. 2, Griff 6), da insofern keine Geheimhaltungsgründe bestehen. Ohne weiteres möglich ist zudem die Einsicht in den Entscheid der BRK vom 27. Januar 2006 betreffend die Beschwerde der Y. SA. Eine neuer Entscheid seitens der armasuisse über die Präqualifikation der Y. SA existiert hingegen nicht. In die Bewerbungen bzw. Angebote der Y-Gesellschaften kann die Akteneinsicht hingegen aufgrund der überwiegenden Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Anbieter nicht gewährt werden.

Aus diesen Gründen hat der Präsident der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

verfügt:

1. Das Gesuch der X. GmbH um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Damit fällt die Verfügung vom ..., mit welcher der Beschwerde vom ... superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.
2. Der Beschwerdeführerin wird mit Frist bis zum 15. September 2006 Einsicht in die in E. 5b genannten Akten gewährt.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.
4. Diese Zwischenverfügung wird dem Vertreter der Beschwerdeführerin, dem Vertreter der armasuisse sowie dem Vertreter der Y. SA schriftlich eröffnet.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart