



BRK 2006-011

Der Präsident: André Moser
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Zwischenverfügung vom 22. August 2006

in Sachen

X. AG, ..., Beschwerdeführerin, vertreten durch ...

gegen

AlpTransit Gotthard AG, Zentralstrasse 5, 6003 Luzern

betreffend

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

A.- Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom ... schrieb die AlpTransit Gotthard AG (ATG) unter dem Projekttitel „A“ einen Auftrag betreffend ... im offenen Verfahren öffentlich aus.

Neben anderen Anbietern reichte auch die X. AG eine Offerte ein. Am ... (Publikation im SHAB vom ...) wurde der Zuschlag von der AlpTransit Gotthard AG an die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Y. AG vergeben.

B.- Die X. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) lässt mit Eingabe vom ... Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurs-

kommission, BRK) führen. Sie beantragt im Wesentlichen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es sei der Zuschlag an sie zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und die Sache zum Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Es seien die Vorakten beizuziehen und es sei der Beschwerdeführerin umfassende Akteneinsicht zu gewähren, namentlich in die die Eignung der Mitbeteiligten betreffenden Dokumente und Evaluationen. Der Beschwerdeführerin sei nach der Akteneinsicht und Zustellung der Beschwerdeantwort der AlpTransit Gotthard AG, aber vor dem Entscheid über die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung das rechtliche Gehör im Sinne der Ergänzung von Begründung und Antragstellung zu gewähren. Sollte die aufschiebende Wirkung nicht erteilt werden und die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Entscheids den Vertrag mit der ausgewählten Anbieterin abgeschlossen haben, sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids und die Haftung der Beschwerdegegnerin für den rechtswidrig verursachten Schaden festzustellen.

Die Beschwerde wird damit begründet, dass die ARGE Y. AG (Zuschlagsempfängerinnen) die Eignungskriterien nicht erfüllt und vom Verfahren hätten ausgeschlossen werden müssen. Die für das Kriterium „Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten“ erfragten Referenzen könnten diese nicht vorweisen. Die von diesen durchgeführten Referenzprojekte, welche der Beschwerdeführerin bekannt seien, seien allesamt von wesentlich geringerer Dimension, als dies die ausgeschriebenen Arbeiten voraussetzten. Weiter verlange die Ausschreibung „Erfahrung im Tief- und Werkleitungsbau“. Es bestünden aber Zweifel daran, ob die Zuschlagsempfängerinnen den Eignungsnachweis für den Rohrvortrieb, für die Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen sowie die zu erbringenden Belagsarbeiten im erforderlichen Umfang erbracht hätten.

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

D.- Die AlpTransit Gotthard AG lässt in ihrer Vernehmlassung vom 26. Juli 2006 beantragen, der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung wird namentlich erläutert, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sei das Eignungskriterium „grossflächige Kulturerdarbeiten“ in der Ausschreibung nirgends zahlenmässig konkretisiert worden. Es liege im Ermessen der Vergabebehörde zu bestimmen, was grossflächig genug sei, damit die Eignung des Anbieters gegeben sei. Die Zuschlagsempfängerinnen hätten die verlangten Referenzen geliefert, welche genügten, deren Eignung zu belegen. Auch das Eignungskriterium „Erfahrung mit Tief- und Werkleitungsbauarbeiten“ sei erfüllt und die nötigen Nachweise geliefert worden. Eignungsnachweise für den Rohrvortrieb, für die zu erstellenden Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen sowie die Belagsarbeiten seien gar nicht gefordert worden. Die Beschwerde sei unbegründet und dieser sei schon aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen. Überdies sei auch das öffentliche Interesse am Vertragsschluss überwiegend. Weitere Verzögerungen beim Gotthard-Basistunnel würden zu erheblichen Mehrkosten führen. Die Akteneinsicht in Akten, für welche die Anbieter überwiegende Geheimhaltungsinteressen geltend machen, sei zu verweigern.

E.- Mit - unaufgefordert eingereichter - Eingabe vom 16. August 2006 lässt die Beschwerdeführerin unter anderem ergänzen, dass die Zuschlagsbehörde in ihrer Vernehmlassung die Vermutung der Beschwerdeführerin bestätigt habe, dass die Zuschlagsempfängerinnen keine Referenzen für grossflächige Kulturarbeiten hätten vorlegen können. Es bleibe damit die Frage, ob eine Eignungsprüfung unter Einforderung von Referenzen für grossflächige Kulturerdarbeiten ohne Beachtung der effektiv referenziert bearbeiteten Flächen erfolgen könne. Weiter sei auch bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht mit einer massgeblichen - nicht bereits in die Planung des Vergabeverfahrens einberechneten - Verzögerung der Arbeiten zu rechnen.

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 herrschenden 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 „A“ bzw. Diese Arbeiten betreffen Eisenbahnanlagen und stehen somit in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb bzw. der für den Personen- und Güterverkehr genutzten Infrastruktur. 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 überschritten (siehe die in Ziff. 3.4 der Zuschlagspublikation im SHAB angegebene Preisspanne ...).

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 Anbieterin ist die Beschwerdeführerin 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).

Mit Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht offen (Art. 31 BoeB).

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 die Beschwerde ein solches Begehren.

b) 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. Da-

nach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (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).

c) 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 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. 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB; SR 0.632.231.422) - 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.- Bei der Eignung stellt sich die Frage nach der Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (Art. 9 Abs. 1 BoeB; Art. VIII Bst. b ÜoeB; BGE 129 I 324 E. 8.1; Entscheid der BRK vom 11. März 2005, veröffentlicht in VPB 69.56, E. 2c; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284 ff.). Die Vergabestelle gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BoeB). Sie kann gemäss Art. 9 Abs. 1 VoeB für die Überprüfung der Eignung der

Anbietenden insbesondere die in Anhang 3 zur VoeB genannten Unterlagen erheben und einsehen. Die Auflistung in Anhang 3 ist nicht abschliessend; es können auch andere Eignungsnachweise verlangt werden.

Obschon sich die Eignungskriterien auf die Person des Anbieters beziehen, müssen sie dessen ungeachtet in einem direkten und konkreten Bezug stehen zur Leistung, die zu erbringen ist, und zwar in dem Sinn, dass sie sich auf die zur erfolgreichen Erbringung dieser Leistung notwendigen Qualifikationen beziehen müssen (BGE 129 I 324 E. 8.1). Es sind auftragsspezifische Eignungskriterien zu wählen sowie diejenigen Eignungsnachweise einzuverlangen, die wesentlich sind, um sicherzustellen, dass die Anbieter den konkreten Auftrag in spezifischer Art und Umfang erfüllen können (Art. 9 Abs. 2 VoeB; Art. VIII lit. b ÜoeB; Entscheid der BRK vom 13. Juni 1997 i.S. M. [BRK 1997-007], 5b/cc; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284).

4.- Vorab ist Stellung zu nehmen zum Antrag der Beschwerdeführerin, ihr sei nach der Akteneinsicht und Zustellung der Beschwerdeantwort der ATG, aber vor dem Entscheid über die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung das rechtliche Gehör zu gewähren und Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben.

a) aa) 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 eintrifft (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 599).

bb) Die Beschwerdeführerin hat die ATG mit Schreiben vom 27. Juni 2006 um eine Begründung des negativen Entscheides ersucht, indem sie konkrete Fragen stellte (Beschwerdebeilage 6). Diese beantwortete die Vergabestelle mit Schreiben vom So wurde die erhaltene Note bekannt gegeben und aus welchen Gründen sich Abzüge von der Maximalnote ergeben haben (Frage 1). Weiter erläuterte sie, der Preis des berücksichtigten Angebotes sei für die Bewertung ausschlaggebend gewesen und die Zuschlagsempfängerinnen hätten die gewichtete Note 2,5 erhalten, während die Beschwerdeführerin 2,26 Punkte erzielte (Frage 2). Die Beschwerdeführerin habe insgesamt mit 4,07 Punkten (gewichtet) an dritter Stelle gelegen (Frage 3). Diese Begründung genügt - namentlich vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin konkrete Fragen gestellt hat, die die Vergabestelle allesamt beantwortet hat - grundsätzlich den Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 BoeB. Wann die Begründung vom ... bei der Beschwerdeführerin eingegangen ist, ist nicht bekannt; es ist aber davon auszugehen, dass dies noch vor Ablauf der Beschwerdefrist (am ...; Publikation des Zuschlags am ...) geschah. Obwohl nicht viel Zeit verblieb, hätte die Beschwerdeführerin diese Begründung in die Beschwerde an die BRK vom ... (oder eine allfällige Ergänzung hierzu bis zum ...) einbeziehen können, falls sie dagegen Einwände gehabt hätte (was vermutlich nicht der Fall war, da sie lediglich die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen anzweifelt). Eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde war damit nicht zu gewähren.

b) 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 Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt und eine Ausnahmesituation ist nicht ersichtlich.

c) Die Argumente der Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Antrags, wonach sie zur Wahrung des rechtlichen Gehörs *vor dem Entscheid der BRK zur aufschiebenden Wirkung* Gelegenheit zur Stellungnahme zur Beschwerdeantwort und zur Akteneinsicht erhalten sollte, sind nicht stichhaltig. Abgesehen von einer ausnahmsweise zu gewährenden Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde fällt die BRK den Entscheid zur aufschiebenden Wirkung in aller Regel einzig aufgrund der Beschwerde, der Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung und der Vergabekontakten. Der vorliegende Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde entsprechend der Praxis der BRK (oben E. 2c) auf Grund der Akten und im Sinne einer *prima-facie-Würdigung* der materiellen Rechtslage gefällt. Die für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung erforderlichen Akten lagen der BRK vor. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung wird nach der Praxis der BRK nicht durchgeführt. Überdies nahm die ATG in ihrer Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung lediglich Stellung zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin und warf keine neuen Aspekte auf, zu denen die Beschwerdeführerin zwingend hätte Stellung nehmen müssen. Ausserdem gelten der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen sowie die Untersuchungsmaxime, so dass es der BRK unabhängig von den Vorbringen der Parteien obliegt - immer im Rahmen der *prima-facie-Würdigung* und unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien im Hinblick auf die aufgeworfenen Rügen - den Sachverhalt und die Rechtslage von Amtes wegen zu untersuchen. Eine Beschwerdeergänzung bzw. eine Gelegenheit zur Stellungnahme zur Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung war der Beschwerdeführerin damit vor dem vorliegenden Entscheid nicht zu gewähren. Abgesehen davon hat die Beschwerdeführerin am 16. August 2006 unaufgefordert Stellung genommen zur Vernehmlassung vom 26. Juli 2006 und die BRK hat diese Eingabe zur Kenntnis genommen. Vorbehalten bleibt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels nach Eingang der Vernehmlassung der Vergabestelle in materieller Hinsicht.

5.- Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde einzig mit der mangelnden Eignung der Zuschlagsempfängerinnen. Andere Einwände gegen den Zuschlag werden nicht erhoben, namentlich nicht betreffend Beurteilung und Bewertung der Offerten im Hinblick auf die Zuschlagskriterien. Es ist damit im Rahmen der folgenden *prima-facie-Prüfung* der Erfolgchancen der Beschwerde einzig auf die Problematik der Eignung der Zuschlagsempfängerinnen und der Eignungsprüfung der ATG einzugehen.

a) Vorliegend waren „...“ Gegenstand der Ausschreibung. In den Ausschreibungsunterlagen (Vernehmlassungsbeilage 1, Teil VB III A) wurde das Bauvorhaben genauer beschrieben.

Es galt Werkleitungen neu zu bauen oder temporär umzulegen (S. 15, 47), so eine Pumpleitung der Kanalisation, Versickerungsleitung, Wasserleitungen, Elektrizitätsleitungen usw. Weiter waren Erdbauarbeiten (Abtrag Ober- und Unterboden; „Abhumusieren“) auszuführen und Bau- und Transportpisten zu erstellen (S. 16, 48). Ferner waren Gebäuderückbauten vorgesehen (S. 49).

In der Ausschreibung vom ... hat die Vergabestelle folgende Eignungskriterien (Ziff. 3.4; siehe auch Ausschreibungsunterlagen VB III A, S. 4 f.) bekannt gegeben:

- Nachweis der Verfügbarkeit von ausgewiesenem Personal und Geräten Stand neuester Technik
- Nachweis genügender finanzieller Leistungsfähigkeit für die Ausführung der Arbeiten
- Erfahrung im Tief- und Werkleitungsbau
- Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten.

Als Nachweise wurden gefordert (Ziff. 3.5 Ausschreibung):

- Organisation der Unternehmung / Arbeitsgemeinschaft
- Geräteliste für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten sowie für grossflächige Kulturerdarbeiten
- Anzahl Mitarbeiter der Unternehmung / Arbeitsgemeinschaft gegliedert nach Sparten
- Beibringen des jährlichen, projektrelevanten Umsatzes der vergangenen 3 Jahre
- Nachweis Bonität (Bilanz oder Bilanzauszüge für die letzten drei Geschäftsjahre)
- Je 2 Referenzen für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten sowie für grossflächige Kulturerdarbeiten.

b) Vorab ist festzuhalten, dass der Vergabebehörde sowohl bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise als auch bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zukommt, in welches die BRK nicht eingreifen darf (Entscheidung der BKR vom 30. Mai 2005 [BRK 2005-002], teilw. veröffentlicht in VPB 69.105, E. 2b/aa; vom 22. März 2004, veröffentlicht in VPB 68.88, E. 4b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Oktober 2002, AGVE 2002 S. 332 E. 3c; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284).

Die festgelegten Eignungskriterien bzw. verlangten Eignungsnachweise werden von der Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht beanstandet. Zu prüfen ist im Folgenden die Beurteilung der Eignungskriterien durch die Vergabebehörde. Hierzu geht aus dem Vergabeantrag (Vernehmlassungsbeilage 2) hervor, dass sämtliche Anbieter auf ihre Eignung überprüft worden sind. Von neun Anbietern wurden acht als geeignet erachtet, so auch die Zuschlagsempfängerinnen und die Beschwerdeführerin (S. 6, 12). Bei beiden wurden namentlich die Erfahrungen im Tief- und Werkleitungsbau und mit grossflächigen Kulturerdarbeiten als erfüllt betrachtet; die notwendigen Nachweise seien vorhanden (Anhang A4 zum Vergabeantrag). Aus den Akten ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass die Vergabebehörde die Eignungskriterien nicht sorgfältig geprüft haben sollte. Der allgemeine Hinweis der Beschwerdeführerin (zusätzlich zu ihren spezifischen Rügen, hierzu sogleich), es sei nicht ausgeschlossen, dass die Vergabebehörde auch bezüglich weiterer einverlangter Eignungsnachweise nicht die erforderliche Konsequenz gezeigt habe, ist damit aufgrund der prima-facie-Würdigung und unter Berücksichtigung des Ermessens-

spielraums der Vergabebehörde im Zusammenhang mit der Bewertung der Eignungskriterien als offensichtlich unbegründet anzusehen.

c) Die Beschwerde wird hauptsächlich damit begründet, dass die Zuschlagsempfängerinnen die für die grossflächigen Kulturerdarbeiten erfragten Referenzen nicht vorweisen könne.

aa) Die Beschwerdeführerin führt hierzu aus, aus den Ausschreibungsunterlagen (VB III A, S. 27 f.) sei ersichtlich, welcher Mengenbereich zu bewältigen sei. Mittels dieser Mengenangaben könne das Eignungskriterium der „Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten“ konkretisiert werden. Unter „grossflächig“ sei somit eine Fläche zu verstehen, innerhalb welcher ca. 110'000 m³ Material (Ober- und Unterboden) abgetragen und deponiert worden ist, Schüttungen im Umfang von ca. 50'000 m³ erfolgten usw. Die von den Zuschlagsempfängerinnen durchgeführten Referenzprojekte, welche der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Branchenkenntnis bekannt seien, seien allesamt von wesentlich geringerer Dimension, als dies die ausgeschriebenen Arbeiten voraussetzten. Damit sei es den Zuschlagsempfängerinnen nicht möglich, dieses Eignungskriterium mit zwei Referenzen nachzuweisen und deren Eignung sei nicht gegeben.

Die Vergabebehörde hält dem entgegen, das Eignungskriterium „Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten“ sei in der Ausschreibung mitnichten zahlenmässig konkretisiert worden. Es wäre bei einer technisch weniger anspruchsvollen Arbeit geradezu widersinnig, den Nachweis von zu grossen Flächen, und schon gar nicht im Umfang der ausgeschriebenen Arbeiten, zu fordern. Dies würde den Wettbewerb unnötig einschränken. Die als Nachweis geforderte Fläche müsse sich vielmehr von eigentlichen kleinflächigen Arbeiten abheben. Es müsse aus der Referenz abgeleitet werden können, dass die Eignung für die Bearbeitung der ausgeschriebenen Flächen gegeben ist. Es liege im Ermessen der Vergabebehörde zu bestimmen, was grossflächig genug sei, damit die Eignung des Anbieters gegeben sei.

bb) Diesen Ausführungen der ATG ist zuzustimmen. Der Begriff „grossflächig“ wurde in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen nicht näher definiert. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann das publizierte Eignungskriterium bzw. der verlangte Nachweis nicht so verstanden werden, dass die Referenzen zwingend eine dem ausgeschriebenen Projekt entsprechende Grössenordnung (siehe Vertragsbestandteil III A S. 17 f.) aufzuweisen hätten. Die Vergabebehörde durfte sich durchaus mit Referenzen begnügen, welche einen kleineren Umfang aufwiesen. Ebenfalls ist mit der Vergabebehörde einig zu gehen, dass es wohl angesichts des Ziels des Vergaberechts der Stärkung des Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BoeB) fragwürdig wäre zu verlangen, dass die Bewerber bereits Arbeiten in einer gleichen oder doch ähnlichen Dimension durchgeführt haben, wie für das ausgeschriebene Grossprojekt zu erbringen. Massgeblich ist vorliegend, dass aus den Referenzen geschlossen werden konnte, dass die Bewerberin fähig ist, Arbeiten im ausgeschriebenen Mengenbereich auszuführen. Bloss kleinräumige Abhumusierungsarbeiten würden zwar - schon nach dem Wortlaut des Eignungskriteriums - hierzu nicht genügen. Es liegt aber im Ermessen der Vergabebehörde darüber zu befinden, wie gross der Bereich der in den Referenzprojekten ausgeführten Kulturerdarbeiten sein muss, damit eine Referenz dem von ihr verlangten Nachweis genügt, mithin wie sie den Begriff „gross-

flächig“ auslegen wollte. In dieses Ermessen der Vergabestelle hat die BRK nicht einzugreifen, und es ist namentlich nicht an der BRK zu definieren, welche Kriterien eine Referenz genau zu erfüllen hat.

cc) Auch die konkrete Bewertung dieses Eignungskriteriums anhand der eingereichten Referenzen kann nicht bemängelt werden.

Die Zuschlagsempfängerinnen haben eine umfangreiche Referenzenliste eingereicht (Anhang zum technischen Bericht, Vernehmlassungsbeilage 3). Wie die Vergabebehörde in der Vernehmlassung ausführt, seien davon insbesondere zwei Referenzen für die Kulturerdarbeiten (sowie für den Bau von Werkleitungen) massgebend gewesen:

1. (...)
2. (...)

Die ATG verweist zudem auf weitere Referenzen, welche die die Zuschlagsempfängerinnen zum Nachweis der Qualifikationen für das Schlüsselpersonal angegeben haben, welche hier ebenfalls herbeigezogen werden können (vier Referenzen, davon drei mit Abhumusierungen von mehreren Tausend Quadratmeter). Weiter bestehe ein Vertrag zwischen den Zuschlagsempfängerinnen und der ATG (...), bei dem Abhumusierungsarbeiten von mehr als 22'000 m² zur vollen Zufriedenheit der ATG ausgeführt worden seien, welcher allerdings nicht auf der Referenzenliste stehe.

Diese Beurteilung der Referenzen durch die Vergabebehörde ist nicht zu beanstanden. Die zitierten Referenzen umfassen zwar - nach den nicht in Zweifel zu ziehenden Angaben der Vergabebehörde in der Vernehmlassung zur Grössenordnung der Referenzprojekte - Kulturerdarbeiten geringeren Ausmasses, als sie für das Ausschreibungsprojekt zu bewältigen sind, aber doch auch nicht bloss kleinräumige Arbeiten. Wie dargelegt, liegt es im Ermessen der Vergabebehörde, zu bestimmen, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung auch in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen. Eine Ermessensüberschreitung der ATG bei der Anwendung des Kriteriums „Erfahrung mit grossflächigen Kulturerdarbeiten“ ist demnach in keiner Weise festzustellen.

d) Weiter legt die Beschwerdeführerin betreffend das Eignungskriterium „Erfahrung im Tief- und Werkleitungsbau“ dar, es müssten für die Bewältigung des Auftrags 2'500 m Werkleitungen umgelegt werden, Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen, Belagsarbeiten etc. ausgeführt werden. Es bestünden aber Zweifel daran, ob die Zuschlagsempfängerinnen den Eignungsnachweis für den Rohrvortrieb, für die Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen sowie die zu erbringenden Belagsarbeiten im erforderlichen Umfang erbringen konnten.

Aus der Referenzenliste der Zuschlagsempfängerinnen zitiert die ATG in der Vernehmlassung als Nachweise für Erfahrungen im Bau von Werkleitungen neben den beiden oben erwähnten Referenzen (E. 5c/cc) zwei weitere ihrer Ansicht nach relevante Referenzen:

1. (...)

2. (...)

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie zweifle an Eignungsnachweisen für den Rohrvortrieb, für die Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen sowie die zu erbringenden Belagsarbeiten, bringt die Vergabebehörde vor, solche Eignungsnachweise seien gar nicht gefordert worden.

Auch die Anforderung „Referenzen für Tief- und Werkleitungsbauarbeiten“ wurde nicht näher definiert und die ATG hat sich betreffend die nötigen Referenzen einen relativ grossen Interpretationsspielraum offen gelassen. Dies ist nicht zu beanstanden, nachdem der Vergabebehörde bei der Formulierung und Bewertung von Eignungskriterien bzw. -nachweisen ein beträchtlicher Ermessensspielraum zukommt (E. 5b). Von der BRK ist namentlich nicht zu überprüfen, ob dieses in der Ausschreibung definierte Kriterium auch Nachweise über die von der Beschwerdeführerin genannten Punkte (Rohrvortrieb, Baugrubenabschlüsse, Aussteifungen, Belagsarbeiten) erfordert (welche immerhin Elemente des Leistungsbeschreibs waren, siehe S. 56 ff., 77 ff., 102 ff.). Anzumerken bleibt, dass es den Rahmen einer Eignungsprüfung - welche sich auf die Person des Anbieters und dessen Leistungsfähigkeit und nicht dessen konkrete Offerte bezieht (oben E. 3) - wohl sprengen würde, wenn Referenzen über Erfahrungen für jeglichen (allenfalls untergeordneten) Teilbereich der ausgeschriebenen Arbeiten verlangt und verifiziert würden (dies würde denn auch verunmöglichen, dass überhaupt Subunternehmer beigezogen werden können). Jedenfalls bleibt die Beurteilung, ob die Referenzen den Nachweis erbringen, dass der effektiv ausgeschriebene Auftrag ausgeführt werden kann, in erster Linie der Vergabebehörde überlassen. Kommt diese zum Schluss, dass die zitierten vier Referenzen der Zuschlagsempfängerinnen - welche offensichtlich die Erledigung von Werkleitungsbauarbeiten belegen - zur Erfüllung des Eignungskriteriums „Erfahrungen im Tief- und Werkleitungsbau“ genügen, kann dies von der BRK - abgesehen von vorliegend aus den Akten nicht ersichtlichen Bundesrechtsverletzungen - nicht beanstandet werden.

e) Die prima-facie-Würdigung führt somit zum Schluss, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. 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.

6.- 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 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 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 Beschwerdeführerin verlangt den Beizug der Vorakten und die umfassende Akteneinsicht, namentlich in die die Eignung der Mitbeteiligten betreffenden Dokumente und Evaluationen. Die ATG hält dafür, dass die Akteneinsicht in Akten, für welche die Anbieter überwiegende Geheimhaltungsinteressen geltend machen, zu verweigern sei; dies betreffe mindestens das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen bestehend aus Leistungsverzeichnis, technischem Bericht und Referenzangaben, soweit sie nicht in der Vernehmlassung erwähnt seien. Ebenso sei die Einsicht zu verweigern in die Teile des Vergabeantrags, welche die technische Bewertung und die Bewertung der finanziellen Leistungsfähigkeit umfassten.

Die Vergabebehörde hat der BRK die vollständigen Akten des Ausschreibungsverfahrens eingereicht.

Was den Vergabeantrag anbelangt, ist angesichts des Themas des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (Eignung der Zuschlagsempfängerinnen), der Beschwerdeführerin eine Einsicht nur insofern zu gewähren, als er die Eignungsprüfung betrifft, nicht aber in Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriterien. Die Beschwerdeführerin verlangt denn auch Einsicht hauptsächlich in die Akten, welche die Eignung betreffen. Der Vergabeantrag (Vernehmlassungsbeilage 2) enthält - abgesehen von den oben in E. 5b wiedergegebenen - keine relevanten Ausführungen zur Eignungsprüfung. Die interessierenden Angaben zur Eignung der Zuschlagsempfängerinnen und der Beschwerdeführerin befinden sich im Anhang A4 zum Vergabeantrag; diesbezüglich ist die Einsicht zu gewähren.

Aufgrund von überwiegenden Geheimhaltungsinteressen besteht kein Anspruch auf Einsicht in die Konkurrenzofferte (oben E. 6a) und in die Referenzenliste der Zuschlagsempfängerinnen. Die relevanten und für den vorliegenden Entscheid benötigten Referenzen wurden ohne-

hin in der Vernehmlassung der ATG (und vorstehend unter E. 5c/cc und d) explizit aufgelistet, so dass sich eine Einsicht in die Referenzen erübrigt.

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

verfügt:

1. Das Gesuch der X. AG 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. 6b genannten Akten gewährt.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen des Endentscheides befunden.
4. Dieser Zwischenentscheid wird der Vertreterin der Beschwerdeführerin und der AlpTransit Gotthard AG schriftlich eröffnet sowie der Arbeitsgemeinschaft Y. AG (c/o Z. AG) mitgeteilt.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart