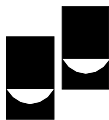


Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3604/2007
stm/laa
{T 0/2}

**Zwischenverfügung vom 16.
November 2007**

Beschwerdesache

Konsortium X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Tomas Poledna,
Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG, Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Rechsteiner,
Weissensteinstrasse 15, Postfach 130, 4500 Solothurn,
Vergabestelle,

und

ARGE Y._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Lutz, und/oder
Rechtsanwalt Matthias Hauser, Klausstrasse 43,
Postfach 664, 8034 Zürich,
Beschwerdegegnerinnen,

Gegenstand

Beschaffungswesen (Ausführung Bahntechnik NBS GBT)

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 216 vom 7. November 2005 schrieb die AlpTransit Gotthard AG (ATG) unter dem Projekttitel "Ausführung Bahntechnik NBS GBT" einen Projektierungs- und Bauauftrag im offenen Verfahren aus. Der detaillierte Projektbeschrieb lautete: Planung, Entwicklung, Fabrikation, Lieferung und Montage der Gesamtheit der bahntechnischen Ausrüstung des Gotthard-Basistunnels (GBT) inklusive die offenen Neubaustrecken Nord und Süd, die Integration, die Inbetriebsetzung und die Erhaltung bis zur Abnahme des Werkes. Gemäss Ausschreibung umfasst der Auftrag die folgenden Bereiche: Fahrbahn, Stromversorgung 50 Hz und Kabelanlagen, Fahrstrom 16.7 Hz, Telecom Festnetz, Telecom Funk, Sicherungsanlagen sowie alle hierfür notwendigen übergeordneten Leistungen und temporären Leistungen bis zur Inbetriebnahme des Werkes.

B.

Nachdem die Eingabefrist vom 21. August 2006 abgelaufen war, fand am 28. August 2006 die Offertöffnung statt. Es wurde festgestellt, dass das Konsortium X._____ und die ARGE Y._____ fristgerecht je ein Grundangebot nebst neun bzw. zwei Varianten eingereicht hatten.

C.

Beide Angebote wurden nach der Offertöffnung formell auf ihre Vollständigkeit überprüft. Weder aufgrund der formellen Prüfung der Offerten noch der Eignungsprüfung wurde eine Offerte bzw. eine Anbieterin ausgeschlossen. Es folgte die Zuschlagsbewertung in technischer und finanzieller Hinsicht. In diesem Zusammenhang wurden beiden Anbietern im Rahmen von vier Fragerunden Hunderte von Fragen zu technischen und finanziellen Belangen gestellt. Am 6. Dezember 2006 wurde der bereinigte Entwurf der Gesamtbewertung durch das Evaluationsgremium Bahntechnik verabschiedet. Nach Durchführung von zwei Unternehmergesprächen mit beiden Anbietern am 30. bzw. 31. Januar 2007 (Schwergewicht Vorbehalte der Anbieter) sowie am 26. bzw. 27. Februar 2007 (Schwergewicht Verschiebung des Bauprogramms) lag am 19. April 2007 die definitive Gesamtbewertung vor. Laut dieser war in der Variante 1.1 der ARGE Y._____ das wirtschaftlich günstigste Angebot zu sehen. Dementsprechend wurde der ARGE Y._____ mit Beschluss des Verwaltungsrates der ATG vom 4. Mai 2007 der Zuschlag zum Preis von Fr. 1'692'634'351.00 erteilt.

D.

Die Publikation des Zuschlags erfolgte im SHAB Nr. 89 vom 9. Mai 2007. Am 15. Mai 2007 wurde dem Konsortium X._____ der Entscheid der Vergabestelle erläutert. Nachdem die nicht berücksichtigte Anbieterin mit Schreiben vom 14. Mai 2007 ein Akteneinsichtsgesuch gestellt hatte, wurden dem Konsortium X._____ diverse Unterlagen übergeben, wogegen dem Akteneinsichtsgesuch in anderen Punkten nicht entsprochen wurde. Auch der ARGE Y._____ wurden gewisse Dokumente ausgehändigt. Die den Parteien überlassenen Akten waren zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse teilweise abgedeckt.

E.

Am 24. Mai 2007 erhoben die Mitglieder des Konsortiums X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragen sie nebst der Aufhebung des Zuschlags unter anderem, es sei ihnen der Zuschlag direkt zu erteilen. In formeller Hinsicht lautete der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter superprovisorischer Erteilung derselben. Des Weiteren seien die Akten der Vergabestelle beizuziehen und es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren, sofern und soweit dem nicht überwiegende Interessen entgegenstehen. Nach der Akteneinsicht sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur ergänzenden Begründung und Antragstellung zu geben bzw. es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Zur Begründung des Antrags auf Erteilung einer umfassenden Akteneinsicht bringen die Beschwerdeführerinnen vor, ihnen sei trotz Akteneinsichtsgesuch vom 14. Mai 2007 mit Schreiben der Vergabestelle vom 16. Mai 2007 nur beschränkt Akteneinsicht gewährt worden. Insbesondere hätten sie in die Protokolle der Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und der ARGE Y._____ nur teilweise Einsicht erhalten. Dasselbe gelte für die technischen und finanziellen Fragen der Vergabestelle und die entsprechenden Antworten der Zuschlagsempfängerin. Den Beschwerdeführerinnen sei es aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Akten nicht möglich gewesen, die geltend gemachten Beschwerdegünde umfassend zu belegen; sie seien gezwungen, mit Vermutungen zu operieren. Demzufolge müsse die Akteneinsicht mit der Möglichkeit verbunden werden, gestützt auf die neuen Akten die Beschwerde zu ergänzen. Auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerinnen wie auch der anderen Verfahrensbeteiligten wird, soweit notwendig, im Rahmen der Erwä-

gungen eingegangen. Die Prozessgeschichte wird teilweise in dem Sinne gekürzt, dass auf die Darstellung einzelner, für die Frage der Akteneinsicht nicht relevanter Eingaben und Begehren, nicht eingegangen wird.

F.

Am 29. Mai 2007 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit der ARGE Y._____. Die Beschwerdeführerinnen wurden aufgefordert, bis zum 15. Juni 2007 einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 50'000.-- zu überweisen, was fristgerecht geschah.

G.

Die Vergabestelle übergab dem Gericht am 19. Juni 2007 die Vergabeakten. Am selben Tage wurde den Beschwerdeführerinnen und der ARGE Y._____ die Kurzfassung des Aktenverzeichnisses zugestellt.

H.

Mit Eingabe vom 20. Juni 2007 teilten die Gesellschafter der ARGE Y._____ (im Folgenden: Beschwerdegegnerinnen) mit, dass die Arbeitsgemeinschaft als Zuschlagsempfängerin mit formellen Anträgen in das Verfahren eintreten werde.

I.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2007 (Posteingang: 25. Juni 2007) beantragten die Beschwerdegegnerinnen die vollumfängliche Abweisung des Akteneinsichtsbegehrens der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Offerte der Zuschlagsempfängerin. Im Übrigen sei das Akteneinsichtsbegehren nur teilweise gutzuheissen, unter Beachtung der von der Zuschlagsempfängerin geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen. Diese seien eventualiter auch bei allfälliger Gewährung der Akteneinsicht in die Offerte zu beachten. Zudem sei den Beschwerdegegnerinnen die Frist für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung abzunehmen. Es sei ihnen für die Erstattung der Stellungnahme zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um aufschiebende Wirkung umfassende Einsicht in die Akten der Vergabestelle zu gewähren.

J.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2007 (Posteingang: 26. Juni 2007) nahm die

Vergabestelle Stellung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen. Darin beantragte sie insbesondere die Abweisung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, um das in Frage stehende Jahrhundert-Projekt nicht zu gefährden, sowie die Abweisung des Gesuches der Beschwerdeführerinnen betreffend erweiterte Akteneinsicht. Eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Beschwerdegegnerinnen Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren. Zur Begründung ihres Antrages führte die Vergabestelle aus, angesichts des ausserordentlich grossen Umfangs der Dokumente und der Komplexität des zur Diskussion stehenden Auftrages sei es nicht möglich, im Einzelnen zu begründen, welche Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin direkt oder indirekt diesen Unterlagen entnommen werden könnten. Demzufolge sei das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen auf die ihnen am 16. Mai 2007 bereits zugestellten, umfangreichen Unterlagen zu beschränken (Stellungnahme vom 21. Juni 2007, S. 22).

K.

Am 28. Juni 2007 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Beschwerdegegnerinnen, es sei ihnen die Frist für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung abzunehmen, ab und setzte ihnen hierfür letztmals Frist bis zum 9. Juli 2007. In der Folge wurde die Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen zur Frage der aufschiebenden Wirkung fristgerecht erstattet.

L.

Am 17. Juli 2007 beantragten die Beschwerdeführerinnen unter anderem die Vervollständigung der von der Vergabestelle beigezogenen Akten. Zudem sei die AlpTransit Gotthard AG aufzufordern, eine Erklärung abzugeben, dass sie ausnahmslos alle Akten aus dem beschwerdebetroffenen Verfahren dem Bundesverwaltungsgericht zugestellt habe. Aus der Eingabe der Beschwerdegegnerinnen vom 9. Juli 2007 gehe unter anderem hervor, dass umfangreiche und von beigezogenen Spezialisten durchgeführte Auswertungsarbeiten vorgenommen worden seien. Zudem bestehe eine Sensitivitätsanalyse. Zusätzlich hätten auch die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) offenbar Stellungnahmen zu den Angeboten der Anbieter erstattet.

M.

Mit Verfügung vom 18. Juli 2007 ersuchte der Instruktionsrichter die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen um Stellungnahme zu

den Anträgen der Beschwerdeführerinnen betreffend die Vervollständigung der Akten.

N.

Am 25. Juli 2007 erstattete die Vergabestelle ihre Stellungnahme. Als Beilagen zu derselben wurden unter anderem eine Sensitivitätsanalyse betreffend die Evaluation Bahntechnik (Beilage 1), der Prüfbericht des Sachverständigen Bahntechnik betreffend die Unternehmervarianten vom 1. Februar 2007 mit den dazugehörigen Reviewberichten, ein Bericht der SBB betreffend die Überprüfung der LCC (Life Cycle Costs)-Angebote Bahntechnik GBT durch Fachexperten SBB (Beilage 3), sowie ein ATG-Bericht zu den Angaben der Anbieter zu den Lebenszykluskosten LCC (Beilage 4), verkündet. Damit sei der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Vervollständigung der Akten gegenstandslos. Ebenso beantragten die Beschwerdegegnerinnen mit Eingabe vom 26. Juli 2007 die Abweisung der Anträge der Beschwerdeführerinnen betreffend Vervollständigung der Akten.

O.

Nachdem der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 30. August 2007 die Zusammensetzung des Spruchkörpers mitgeteilt hatte, wurde mit Verfügung vom 3. September 2007 zu einer auf die Akteneinsichtsbegehren beschränkten Instruktionsverhandlung am 17. September 2007 vorgeladen. Anlässlich derselben wurden Kurzvorträge der Verfahrensbeteiligten abgenommen und verschiedene Akten, unter teilweiser Abdeckung gemäss den gerichtlich bereinigten Anträgen des jeweiligen, an der Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse interessierten Anbieters, abgegeben. Die Beschwerdeführerinnen reichten eine Liste mit konkreten Akteneinsichtsbegehren ein.

P.

Mit Verfügung vom 18. September 2007 wurde die Vergabestelle ersucht, dem Bundesverwaltungsgericht sämtliche das Beschaffungsprojekt Bahntechnik NBS GBT betreffenden Protokollauszüge der Sitzungen des Gesamtverwaltungsrates ATG, des Ausschusses Technik des Verwaltungsrates ATG sowie der Begleitkommission Bahntechnik einzureichen. Die Beschwerdeführerinnen wurden zugleich ersucht, die gestellten Akteneinsichtsbegehren den erhobenen Rügen zuzuordnen.

Q.

Mit Schreiben vom 26. September 2007 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Liste mit den gemäss der Verfügung vom 18. September

2007 begründeten Akteneinsichtsbegehren ein. Gegenstand dieser Akteneinsichtsbegehren waren unter anderem das Protokoll der Verhandlung Nr. 2 der Vergabestelle mit den Beschwerdegegnerinnen vom 27. Februar 2007 als Beilage zur Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen (Punkt 7 der Liste) und die Antwort auf die Frage T 1001 der zweiten Fragerunde (Punkt 51 der Liste).

R.

Die Instruktionsverhandlung vom 17. September 2007 betreffend die Akteneinsicht wurde am 1. und 2. Oktober 2007 fortgesetzt. Am 1. Oktober 2007 wurde unter anderem die Frage T 1001 behandelt. Diese lautet: "Die Planleistungen über alle Fachbereiche sind detailliert zu beschreiben, in einem Projektierungsprogramm aufzuzeigen und im Terminplan zu integrieren." Nach eingehender Erörterung bestimmter Antwortpassagen unter Ausschluss der Beschwerdeführerseite, insbesondere zum Unterpunkt "Planungsschritte" (S. 2/5), schlug die Beschwerdegegnerseite eine teilweise Abdeckung vor, weigerte sich aber insbesondere, den ersten Satz nach dem Zwischentitel "Planungsschritte" offen zu legen. Anlässlich der Verhandlung vom 2. Oktober 2007 (Protokoll, S. 140 f.) wurden die Protokolle der Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietern erörtert.

S.

Mit Verfügung vom 4. Oktober 2007 wurden die Beschwerdegegnerinnen unter anderem ersucht, in Bezug auf die Protokolle der Verhandlungen mit der Vergabestelle Abdeckungsvorschläge einzureichen. Zugleich wurde die Vergabestelle ersucht, eine Liste derjenigen Fragen an die Anbieter zu erstellen, die dazu gedient haben, offene oder verdeckte Vorbehalte beider Anbieter in Bezug auf die Ausschreibungsbedingungen (inkl. Werkvertragsentwurf) zu bereinigen. Dabei war anzugeben, welche Offertpassage mit der jeweiligen Frage bereinigt werden sollte.

T.

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2007 reichten die Beschwerdegegnerinnen Abdeckungsvorschläge zu den genannten Verhandlungsprotokollen ein. Im Protokoll der zweiten Verhandlung vom 27. Februar 2007 wurde der Text zum Zwischentitel 6.4 "Verantwortungsabgrenzung bei in Obhutnahme (Vorbehalt Pos. 29, Frage T 1338)" abgedeckt. Die Fragestellungen und die Antworten zu T 1338 aus der dritten Frage-

runde und die Folgefrage T 1409 aus der vierten Fragerunde waren auf der den Beschwerdeführerinnen zugänglich gemachten Frageliste abgedeckt.

U.

Der letzte Verhandlungstag betreffend die Instruktion zur Akteneinsicht fand am 16. Oktober 2007 statt. Auf die am 12. Oktober 2007 eingereichte Abdeckung des Textes zu Überschrift 6.4 im Protokoll der zweiten Verhandlung vom 27. Februar 2007 angesprochen (Protokoll S. 17 f.), führte die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerinnen aus, dass es sich um einen heiklen Punkt und eine sogar unaufgedeckte Frage und Antwort (T 1338) handle. Sie beantragte, mit der Behandlung des Punktes zu warten, bis die Auflistung der Vergabestelle zu den Vorbehalten in beiden Angeboten vorliege. Ausserdem vertrat sie die Meinung, dass der Text einen Teil der Offerte und damit mindestens eine strategische Überlegung darstelle, die offenzulegen ihre Klientschaft nicht gewillt sei. Das Gericht behielt sich vor, mit einem begründeten Entscheid die Offenlegung des Textes zu verfügen.

V.

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2007 wurde die Vergabestelle ersucht, dem Gericht weitere Dokumente betreffend das Vergabeverfahren einzureichen. Insbesondere sollte abgeklärt werden, ob es sich beim als Entwurf bezeichneten LCC-Bericht der SBB (Beilage 3 zur Eingabe der Vergabestelle vom 25. Juli 2007) um die definitive Fassung handelt. Entsprechend reichte die Vergabestelle mit Eingabe vom 19. Oktober 2007 insbesondere eine tabellarische Darstellung ein, welche nach dem Vorliegen des Entwurfes gestellte Fragen der ATG und Antworten der SBB AG enthält.

W.

Mit Verfügung vom 24. Oktober 2007 wurde den Beschwerdeführerinnen das Protokoll der zweiten Verhandlung vom 27. Februar 2007 zugestellt. Bis auf den strittigen Punkt 6.4 konnte dieses offen gelegt werden. Der Instruktionsrichter wiederholte den Vorbehalt weitergehender Gewährung der Akteneinsicht in Bezug auf den Punkt 6.4.

X.

Am 26. Oktober 2007 unterbreitete der Instruktionsrichter den Beschwerdegegnerinnen unter anderem einen Abdeckungsvorschlag zur Antwort auf die Frage T 1001. Der Abdeckungsvorschlag sah die Offenlegung des ersten auf den Zwischentitel "Planungsschritte" folgen-

den Satzes vor. Mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2007 beantragten die Beschwerdegegnerinnen, dass der in Frage stehende Satz abzudecken sei. Entsprechend wurde das strittige Dokument den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 29. Oktober 2007 in der von den Beschwerdegegnerinnen beantragten Form zugestellt, allerdings unter dem Vorbehalt, in Bezug auf den ersten Satz nach dem Zwischentitel "Planungsschritte" ebenfalls Akteneinsicht zu gewähren.

Y.

Nachdem alle übrigen Fragen zur Akteneinsicht, jedenfalls soweit diese vor bzw. mit dem Zwischenentscheid gewährt werden sollte, bereinigt worden waren, unter Einschluss von teilweise abgedeckten Versionen der einschlägigen Protokolle des Verwaltungsrates ATG, des Ausschusses Technik des Verwaltungsrates ATG sowie der Begleitkommission Bahntechnik, wurde am 16. November 2007 die vorliegende Verfügung im Dispositiv eröffnet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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 SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (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 vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB, SR 172.056.11]; Zwischenverfügung im Verfahren vor der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2006-011 vom 22. August 2006, E. 1a mit Hinweisen). Das Aktienpaket der AlpTransit Gotthard AG wird zu hundert Prozent von der SBB AG gehalten. Demnach fällt sie gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB in den Anwendungsbereich des BoeB (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.1 mit Hinweisen).

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 Bundesrates 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 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 (Zwischenentscheid

im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.1 mit Hinweisen; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 25).

1.2

1.2.1 Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die SBB AG sofern gewisse Schwellenwerte überschritten sind zwar dem BoeB, aber nicht weitergehend als die übrigen Auftraggeberinnen des Bundes. Dies bedeutet, dass der Anwendungsbereich auf Dienstleistungen im Sinne von Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB beschränkt ist (Zwischenentscheid im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007, BVGE 13/2007, nicht publizierte E. 1.1.2; Entscheid der BRK vom 30. November 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.32 E. 1c). Auch in Bezug auf Bauaufträge ist der Anwendungsbereich auf die im Anhang 1 Annex 5 zum ÜoeB bzw. Anhang 2 zu Art. 3 Abs. 2 VoeB aufgeführten Leistungen beschränkt (Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.1 mit Hinweisen). Massgebend ist diesbezüglich die provisorische Produktklassifikation der Vereinten Nationen (BVGE 13/2007, nicht publizierte E. 1.1.2; VPB 69.32 E. 1c/bb mit Hinweisen).

1.2.2 Gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung vom 7. November 2005 handelt es sich im vorliegenden Fall um Leistungen, die nach den Kategorien der provisorischen Produktklassifikation den Gruppen 876 ("Architectural, engineering and other technical services") und 513 ("Construction work for civil engineering"). Diese Zuordnung ist richtig. In der Klasse 5132 bzw. der erklärenden Anmerkung zur Unterklasse 51320 wird ausdrücklich auf "railway tunnels" hingewiesen. Gemäss Anhang 1 Annex 4 zum ÜoeB fällt die Gruppe 867 in den Anwendungsbereich des ÜoeB und damit auch denjenigen des BoeB (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB). Dasselbe gilt gemäss Anhang 1 Annex 5 zum ÜoeB für die Gruppe 513 (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c BoeB). Da der Schwellenwert sowohl für Dienstleistungen als auch für Bauaufträge bei weitem überschritten ist, erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob der Dienstleistungscharakter oder der Bauauftragscharakter überwiegt. So oder anders sind die Regeln des BoeB auf den in Frage stehenden Auftrag anzuwenden.

1.3 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB in der Fassung vom 17. Juni 2005). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB in der Fassung vom 17. Juni 2005). Dasselbe muss für den Entscheid in Bezug auf die Akteneinsicht gelten (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393), welcher nach der Praxis der BRK regelmässig zugleich mit dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung getroffen worden ist. Vorliegend rechtfertigt es sich allerdings, den Entscheid betreffend die Akteneinsicht teilweise vorzuziehen, damit die Beschwerdeführerinnen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nach Zustellung des begründeten Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Kenntnis der in Frage stehenden Aktenstücke sind. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2; Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.4.2). In Bezug auf vorgezogene Entscheide betreffend die Akteneinsicht erscheint es demgegenüber sachgerecht, keine Ausnahme zur instruktionsrichterlichen Zuständigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG zu machen.

1.5 Die Beschwerdeführerinnen bilden gemeinsam das Konsortium X._____ und sind als Gesellschafter der nicht berücksichtigten

Anbieterin ohne weiteres im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Zudem ist festzustellen, dass die Gesellschafter der Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 20. Juni 2007 ihre Beteiligung am Verfahren als Partei erklärt haben.

1.6 Da die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein die Akteneinsicht und auch dies nur im Sinne einer vorgezogenen Beurteilung strittiger Punkte, soweit das Protokoll der Verhandlung Nr. 2 der Vergabestelle mit den Beschwerdegegnerinnen vom 27. Februar 2007 und die Antwort der Zuschlagsempfängerin auf die Frage T 1001 der Vergabestelle in Frage stehen.

2.

Die Beschwerdeführerinnen haben mit Beschwerde vom 24. Mai 2007 vollumfängliche Akteneinsicht beantragt. Sie weisen namentlich darauf hin, dass ihnen in die Protokolle der Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen nur teilweise Akteneinsicht gewährt worden sei. Dasselbe gelte für die technischen und finanziellen Fragen der Vergabestelle und die entsprechenden Antworten der Zuschlagsempfängerinnen.

2.1 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 V 297 E. 2d S. 301 f.). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die 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 BRK ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.120 E. 1 f.; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 671). In diesem Sinne

hat auch das Bundesgericht mit Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000, veröffentlicht in Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts [Pra] 89/2000 Nr. 134, E. 2c, 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 (bestätigt mit Entscheid 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003, E. 2.2; vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 7.1 mit Hinweisen, sowie die Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, E. 5a mit Hinweisen).

2.2 Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Auffassung, es bestehe ein umfassender Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Einsichtnahme in die (beweiserheblichen) Akten des Submissionsverfahrens. Es sei dann Sache der Vergabestelle und insbesondere der Beschwerdegegnerinnen zu begründen, warum in einzelne Akten keine Einsicht zu gewähren sei (z.B. keine Entscheidrelevanz, übergeordnete Geheimhaltungsinteressen; vgl. dazu nebst der Beschwerde etwa die Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 26. September 2007, S. 2). Die Beschwerdegegnerinnen stellen dazu mit Stellungnahme vom 21. Juni 2007 (S. 11) fest, es sei nicht klar, in welchem Umfang die Gegenseite effektiv Akteneinsicht verlange und in welchem Umfang sie entgegenstehende überwiegende Interessen anerkenne. Ausserdem seien die Ausführungen in BVGE 2007/13, nicht publizierte Erwägungen 7.2 und 7.5, so zu verstehen, dass Akteneinsicht nur insoweit zu gewähren sei, als ein Bezug zu den Rügen der Beschwerdeführerinnen bestehe. Welche Aktenstücke bzw. welche durch die ATG bei der Einsichtsgewährung abgedeckten Passagen aus Dokumenten einen Bezug zu ihren Rügen haben, hätten die Beschwerdeführerinnen darzutun, soweit sie eine weitergehende Akteneinsicht als bisher durch die Vergabestelle gewährt beantragen (Stellungnahme vom 21. Juni 2007, S. 16). Hiergegen wehren sich wiederum die Beschwerdeführerinnen: Nicht der Anspruch auf Akteneinsicht sei darzulegen und zu beweisen, sondern das Geheimhaltungsinteresse. Woher solle die Beschwerdeführerseite wissen, wo die Fehler sind, bevor sie die Akten gesehen habe (Protokoll der Verhandlung vom 17. September 2007, S. 10). Die Vergabestelle weist auf die heikle Situation hin, welche sich dadurch ergebe, dass im vorliegenden Verfahren zwei den Bereich Bahntechnik wohl auch europaweit dominierende Firmen im Streit liegen. Anders als in Teilmärkten, in welchen eine Vielzahl von Wettbewerbern auf dem

Markt seien, könne das Offenlegen von Geschäftsgeheimnissen der beiden Anbieter über das vorliegende Verfahren hinaus erhebliche Konsequenzen auf einen grossen, durch die zwei Firmen hauptsächlich dominierten Markt haben. Die Vergabestelle sei deshalb bei der Akteneinsicht vorsichtig gewesen, um den Eindruck zu vermeiden, dass in unter ihrer Verantwortung durchgeführten Submissionsverfahren leichtsinnig Akteneinsicht gewährt werde und damit Know-how und Geschäftsgeheimnisse aufs Spiel gesetzt werden könnten (Protokoll der Verhandlung vom 17. September 2007, S. 17).

Nachdem die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Verhandlung vom 17. September 2007 eine Liste mit konkreten Akteneinsichtsbegehren eingereicht hatten (Protokoll, S. 14 f.), führte die Beschwerdegegnerseite zunächst aus, auch diese Liste könne nicht als ausreichende Substanziierung betrachtet werden. Zugleich bekräftigten die Beschwerdegegnerinnen ihren Standpunkt, wonach ihnen ein analoges Einsichtsrecht in die das Angebot des Konsortiums X._____ betreffenden Dokumente zu gewähren sei (Protokoll, S. 26). Später ergab sich indessen eine Einigung dahingehend, dass den Beschwerdeführerinnen eine Frist gesetzt werden sollte, um ihre Akteneinsichtsbegehren den erhobenen Rügen zuzuordnen (Protokoll, S. 81 f.; vgl. Verfügung vom 18. September 2007, Ziffer 1). Damit kann offen bleiben, ob die Begehren der Beschwerdeführerinnen im Sinne der Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerinnen hinreichend substantiiert sind.

2.3 Zu prüfen ist vorab die Frage, ob den Beschwerdeführerinnen, wie die Beschwerdegegnerinnen ausführen (Protokoll der Verhandlung vom 1. Oktober 2007, S. 66), keine Akteneinsicht gewährt werden kann, soweit sich das allenfalls offen zu legende Aktenstück nicht auf die seitens der Beschwerdeführerinnen erhobene Rüge bezieht. Diese Frage stellt sich zwar nicht in Bezug auf das Protokoll der zweiten Verhandlung zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vom 27. Februar 2007, da die Rüge der Ungleichbehandlung der Anbieter ausdrücklich als Grund für das Akteneinsichtsbegehren genannt wird (Liste der Beschwerdeführerinnen vom 26. September 2007, Punkt 7). Hingegen ist das Begehren um Einsicht in die Antwort auf die Frage T 1001 anlässlich der Verhandlung vom 1. Oktober 2007 dahingehend begründet worden, dass offen und zu prüfen sei, ob die Beschwerdegegnerinnen über die notwendigen Genehmigungen verfügen (Protokoll der Verhandlung vom 1. Oktober 2007, S. 63). Es hat

sich dann herausgestellt, dass Gegenstand der Antwort auf die Frage T 1001 unter anderem Genehmigungen des Bundesamtes für Verkehr (BAV) waren, was sich aus der teilweise abgedeckten Version, wie sie den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 29. Oktober 2007 zugestellt worden ist, ohne weiteres ergibt. Indessen ist den Beschwerdegegnerinnen zuzugestehen, dass der Umstand, der sich aus dem offen zu legenden Satz ergibt, von dem seitens der Beschwerdeführerinnen genannten Grund für die Akteneinsicht nicht umfasst wird. Da die Beschwerdeführerinnen aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Akten indessen nicht haben erkennen können, wonach sie hätten fragen müssen, ginge es selbst unter der hier nicht weiter zu erörternden Annahme der Beschwerdegegnerinnen, wonach das Akteneinsichtsrecht im Umfang durch die Rügen der Beschwerdeführerinnen beschränkt wird und nur aufgrund umfassend substantzierter Begehren zu gewähren ist, nicht an, den Beschwerdeführerinnen dieses Argument in Bezug auf Sachverhaltselemente entgegenzuhalten, die ihnen ohne Aktenkenntnis gar nicht bekannt sein, ja die sie nicht einmal vermuten können. Damit muss jedenfalls genügen, dass die Antwort auf die Frage T 1001 Gegenstand der Liste der Beschwerdeführerinnen vom 26. September 2007 ist. Demnach ist im Folgenden sowohl in Bezug auf den Punkt 6.4 der Verhandlung Nr. 2 zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vom 27. Februar 2007 als auch in Bezug auf den in der Antwort der Beschwerdegegnerinnen auf die Frage T 1001 enthaltenen strittigen Satz zu prüfen, ob die Akteneinsicht angesichts der geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerinnen gewährt werden kann.

2.4 Im vorliegenden Fall stehen keine Offertdokumente in Frage. Damit ist der absolute Ausschluss der Akteneinsicht in die Konkurrenzofferten ohne Einwilligung der betroffenen Anbieter, wie ihn das Bundesgericht annimmt (Pra 89/2000 Nr. 134, E. 2c; vgl. dazu kritisch ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 104/2003, S. 1 ff., insb. S. 23 f.), auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Richtig ist indessen, dass aufgrund der in Frage stehenden Passagen Rückschlüsse auf den Inhalt der Offerte möglich sind. Das Hauptgewicht liegt demgegenüber auf der Interaktion zwischen Anbieter und Vergabestelle. Demnach ist in Bezug auf die fraglichen Dokumente zu prüfen, ob sie geschäftsgeheime Angaben etwa zur eingesetzten Technik, zum Ineinandergreifen der einzelnen Schritte im Rahmen der Pla-

nung oder zur Kalkulation enthalten (vgl. zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 673). Anschliessend ist die Frage, ob sich eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts rechtfertigt, aufgrund einer umfassenden Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu beurteilen (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, publiziert in VPB 61.24, E. 3a; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 23 Rz. 1). Dabei soll vermieden werden, dass Wirtschaftsoperatoren in ihren Interessen wirtschaftlicher Natur übermässig getroffen werden (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 233 f. mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang ist vorab verfahrensrechtlich sicherzustellen, dass die Zuschlagsempfängerin, übrigens selbst wenn sie am Verfahren nicht beteiligt ist (vgl. nur VPB 61.24, E. 3c), vor Gewährung der Akteneinsicht angehört wird. Vorliegend ist dies anlässlich der Verhandlung vom 1. Oktober 2007 (Protokoll, S. 65 ff.) bzw. vom 16. Oktober 2007 (Protokoll, S. 18) teilweise unter Ausschluss der Beschwerdeführerinnen geschehen.

2.5 In Bezug auf das Protokoll der Verhandlung Nr. 2 zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vom 27. Februar 2007 kann festgehalten werden, dass die strittige Stelle (Punkt 6.4 mit dem Titel "Verantwortungsabgrenzung bei in Obhutnahme [Vorbehalt Pos. 29, Frage T 1338]") die versuchte oder erfolgreiche Klärung eines in der Offerte der Zuschlagsempfängerin enthaltenen Vorbehalts zum Gegenstand hat (vgl. Angebot Bahntechnik GBT, Amtsvorschlag Bestandteil III, Leistungspakete 10-83, Zusammenfassender Bericht, S. 56). Es handelt sich also um einen Versuch des Anbieters, die Vergabestelle durch das Anbringen entsprechender Vorbehalte zu veranlassen, die technischen Rahmenbedingungen oder werkvertraglichen Abreden zu präzisieren oder zu seinen Gunsten abweichend zu regeln. Der diesem Verhalten zugrunde liegenden Verhandlungsstrategie wie auch den allfälligen diesbezüglichen Erfolgen der Anbieter kommt indessen, soweit von einer geheimhaltungsbedürftigen Tatsache auszugehen ist, nicht dieselbe Bedeutung zu wie dem Schutz etwa von technischem Know-how oder der Kalkulation im Rahmen der Offerte. Zudem stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Offerten bzw. die Gleichbehandlung der Anbieter. Entsprechend ist seitens des Gerichts im vorliegenden Fall betont worden, dass die Bereinigung der werkvertraglichen

Klauseln ("Werkvertragsmanagement") und die Abreden in Bezug auf die technischen Rahmenbedingungen Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit der richterlichen Prüfung sind (vgl. dazu etwa die Instruktionsverfügung vom 4. Oktober 2007, mit welcher die Vergabestelle ersucht worden ist, eine Liste derjenigen Fragen an die Anbieter zu erstellen, die dazu gedient haben, offene oder verdeckte Vorbehalten in Bezug auf die Ausschreibungsbedingungen (inkl. Werkvertragsentwurf) zu bereinigen, sowie das an die Beschwerdegegnerinnen gerichtete Schreiben des Instruktionsrichters vom 26. Oktober 2007). In der Folge ist beiden Seiten Einsicht in entsprechende Unterlagen gewährt worden. Zusammenfassend überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Akteneinsicht. Anders wäre die Frage, ob ein Geheimhaltungsbedürfnis höher zu gewichten ist, zu beurteilen, soweit die in Frage stehenden Dokumente auch eine schützenswerte technische oder kaufmännische Begründung für die entsprechenden Vorschläge enthalten. Derartige Besonderheiten sind indessen im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. In Bezug auf den Punkt 6.4 der Verhandlung Nr. 2 mit der ARGE Y._____ vom 27. Februar 2007 ist bereits aufgrund des nicht abgedeckten Zwischentitels "Verantwortungsabgrenzung bei in Obhutnahme (Vorbehalt Pos. 29, Frage T 1338)" klar, dass es um die versuchte Präzisierung oder Abänderung von werkvertraglichen Abreden zugunsten der Zuschlagsempfängerin geht. Aus der abgedeckten Textpassage ergeben sich teilweise Aufschlüsse, in welcher Weise mit dem seitens der Beschwerdegegnerinnen gemachten Vorbehalt umgegangen werden soll, dies unter Hinweis auf weitere relevante Aktenstücke. Darin ist jedenfalls kein wesentliches privates Interesse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zu sehen, welches das Interesse an der Gewährung der Akteneinsicht überwiegen könnte. Demnach ist die strittige Passage entsprechend dem mit Verfügung vom 24. Oktober 2007 gemachten Vorbehalt offen zu legen. Da der zweiten und letzten Verhandlung zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin eine besondere Bedeutung zukommt, ist die Offenlegung der strittigen Passage noch vor der Eröffnung des begründeten Entscheids betreffend die aufschiebende Wirkung zu verfügen.

2.6 Die zweite strittige Passage ist in einer der den Beschwerdegegnerinnen gestellten Fragen zu technischen und finanziellen Aspekten ihres Angebots enthalten. Die entsprechende Frage bzw. Aufforderung der Vergabestelle (T 1001) lautet: "Die Planungsleistungen über alle

Fachbereiche sind detailliert zu beschreiben, in einem Projektierungsprogramm aufzuzeigen und im Terminplan zu integrieren." Auch hier sind aufgrund der strittigen Passagen Rückschlüsse auf den Inhalt der Offerte möglich. Entscheidend ist indessen der sich aus der Beantwortung der Frage ergebende Umstand, dass das von der Zuschlagsempfängerin vorgeschlagene Vorgehen die Mitwirkung der Vergabestelle in gewissen Punkten voraussetzt. Das gewählte Vorgehen und dieses Zusammenspiel ist für die Dogmatik der aufschiebenden Wirkung von einer gewissen Bedeutung. Des Weiteren ist festzuhalten, dass im strittigen Satz jedenfalls keine Betriebsgeheimnisse etwa in Form von Angaben zur eingesetzten Technik, zum Ineinandergreifen der einzelnen Schritte im Rahmen der Planung oder zur Kalkulation enthalten sind. Im vorliegenden Fall geht es nicht um (bei anderen Anbietern nicht vorhandenes) Know-how, sondern lediglich um den strategischen Entscheid, ob man eine entsprechendes Vorgehen wählt. Darin ist, soweit überhaupt von einer geheimhaltungsbedürftigen Tatsache die Rede sein kann, jedenfalls kein wesentliches, das Akteneinsichtsrecht überwiegendes Interesse nach Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zu sehen. Derselbe Schluss, nämlich dass die Akteneinsicht zu gewähren ist, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Sinngehalt, der Art. 28 VwVG zugrunde liegt (vgl. dazu grundlegend BGE 115 V 297 ff., E. 2d, S. 301 f., und E. 2g/bb S. 304). Im vorliegenden Fall kann der Sachverhalt nicht noch summarischer als durch die Aufdeckung des in Frage stehenden Satzes umschrieben werden. Würde die Akteneinsicht verweigert, liefere dies darauf hinaus, dass das Gericht den beschriebenen Sachverhalt im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung überhaupt nicht umschreiben und würdigen dürfte, ohne sich aus der Sicht der Beschwerdegegnerinnen eine Geheimnisverletzung vorhalten lassen zu müssen. Der Verzicht auf die Erörterung des in Frage stehenden Vorgehens würde indessen vor der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs nicht standhalten, weil somit auf ein wesentliches Begründungselement verzichtet werden müsste. Dies würde es den Beschwerdeführerinnen im Falle des Unterliegens nicht erlauben, sich ein Bild vom Gang des Vergabeverfahrens zu machen, was wiederum erforderlich ist, um sich gegen den Zwischenentscheid betreffend aufschiebende Wirkung allenfalls vor Bundesgericht zur Wehr setzen zu können (vgl. zum in diesem Sinne verstandenen Informationsanspruch etwa ALBERTINI, a.a.O., S. 225 mit Hinweisen). Damit ist der strittige Satz nach dem Zwischentitel "Planungsschritte" des Antwortbeiblattes zur Frage T 1001 (S. 2/5) ebenfalls offen zu legen.

3.

In Bezug auf die Frage der Vollstreckung der vorliegenden Verfügung wird der Zielkonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und der Wahrung des Rechtsschutzes bzw. der gesetzlichen Rechtsmittelfrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG offensichtlich. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die auch für die Anfechtung von Zwischenentscheiden geltende 30-tägige Frist merkwürdigerweise länger ist als die in Art. 30 BoeB statuierte 20-tägige Beschwerdefrist für die Anfechtung einer Verfügung gemäss Art. 29 BoeB vor Bundesverwaltungsgericht. Gleichwohl ist es mit Art. 100 Abs. 1 BGG nicht vereinbar, die Beschwerdegegnerinnen im Dispositiv bei ihrer anlässlich der Verhandlung vom 17. September 2007 bekundeten Bereitschaft, vorgezogene Entscheide betreffend die Akteneinsicht gegebenenfalls innert 14 Tagen anzufechten (Protokoll der Verhandlung vom 17. September 2007, S. 21 und S. 27), zu behaften.

4.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt:

1.

Den Beschwerdeführerinnen wird Akteneinsicht gewährt in den Punkt 6.4 der Verhandlung Nr. 2 der Vergabestelle mit der ARGE Y. _____ vom 27. Februar 2007 betreffend die Verantwortungsabgrenzung bei der Obhutnahme (Vorbehalt Pos. 29, Frage T 1338).

2.

Den Beschwerdeführerinnen wird Akteneinsicht gewährt in den ersten Satz nach dem Zwischentitel "Planungsschritte" des Antwortbeiblattes zur Frage T 1001 (S. 2/5).

3.

Die Vollstreckung, d.h. die tatsächliche Gewährung der Akteneinsicht, erfolgt nach Rechtskraft bzw. der Mitteilung der Beschwerdegegnerinnen zur Frage, ob die vorliegende Verfügung angefochten wird.

4.

Diese Verfügung wird eröffnet:

- den Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; eingeschrieben, vorab per Fax)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; eingeschrieben, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Alain Lässer

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art.100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand am: 30. November 2007