

(Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. November 2004 [BRK 2004-012])

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Geltungsbereich des BoeB. Dienstleistungsauftrag. Positivliste. Nichteintreten.

Art. 2 Abs. 2 BoeB. Art. 2a Abs. 2 Bst. b, Art. 3 Abs. 1 VoeB.

- Soweit die Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG (SBB AG) eine Partnerschaft sucht, in deren Rahmen sie ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung erbringt, tritt sie nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf und es handelt sich nicht um ein öffentliches Beschaffungsgeschäft (E. 1b/bb).

- Vergibt die SBB AG im Zusammenhang mit dem Bau und dem Betrieb von Eisenbahnen öffentliche Aufträge, so untersteht sie den Vorschriften des BoeB (E. 1a, 1c/aa).

- Die vorliegend ausgeschriebenen Dienstleistungen sind als «integrated telecommunications services» zur Klasse 7526 der CPC-Liste zuzuordnen, welche gemäss Anhang 1 zur VoeB vom sachlichen Geltungsbereich des BoeB ausgenommen sind. Für solche Beschaffungen ist der Rechtsmittelweg an die Eidgenössische Rekurskommission nicht offen (E. 1c).

- Eine falsche Rechtsmittelbelehrung kann die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzen (E. 2).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Champ d'application de la LMP. Marché de services. Liste positive. Non-entrée en matière.

Art. 2 al. 2 LMP. Art. 2a al. 2 let. b, art. 3 al. 1 OMP.

- Dans la mesure où les Chemins de fer fédéraux suisses SA (CFF SA) cherchent un partenariat dans le cadre duquel ils fourniraient leurs prestations contre rémunération, ils n'apparaissent pas comme demandeurs de prestations à titre onéreux et il ne s'agit pas d'une opération de marchés publics (consid. 1b/bb).

- Si les CFF SA adjugent des marchés publics en relation avec la construction ou le fonctionnement des chemins de fers, ils sont soumis aux prescriptions de la LMP (consid. 1a, 1c/aa).

- En l'espèce, les prestations de services mises au concours doivent être classées comme étant des «integrated telecommunications services» sous le n° de référence 7526 de la liste CPC, lesquelles sont, conformément à l'Annexe 1 de l'OMP, exclues du champ d'application matériel de la LMP. Le recours auprès de la Commission fédérale de recours n'est donc pas ouvert pour de tels marchés (consid. 1c).

- De fausses instructions sur les voies de recours ne peuvent pallier à l'absence de toute voie de recours (consid. 2).

Acquisto pubblico nella procedura d'aggiudicazione pubblica. Campo d'applicazione della LAPub. Mandato di prestazione di servizi. Lista positiva. Non entrata nel merito.

Art. 2 cpv. 2 LAPub. Art. 2a cpv. 2 lett. b, art. 3 cpv. 1 OAPub.

- Nella misura in cui l'azienda Ferrovie federali svizzere FFS SA (FFS SA) cerca un partenariato nel quale fornisce prestazioni ricevendo un'indennità, essa non è considerata come richiedente di prestazioni contro remunerazione e non si tratta di un'operazione di acquisti pubblici (consid. 1b/bb).

- Se la FFS SA aggiudica mandati pubblici in relazione con la costruzione e l'esercizio di ferrovie, essa soggiace alle disposizioni della LAPub (consid. 1a, 1c/aa).

- Le prestazioni di servizi messe a concorso nella fattispecie sono da catalogare quali «integrated telecommunications services» nella classe 7526 della lista CPC, che, secondo l'Allegato 1 dell'OAPub, è esclusa dal campo d'applicazione della LAPub. Per simili acquisti non è aperta la via ricorsuale alla Commissione federale di ricorso (consid. 1c).

- Istruzioni errate sulle vie di ricorso non possono sostituire la mancanza d'indicazioni sui rimedi di diritto (consid. 2).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG (nachfolgend SBB AG) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 8. September 2003 unter dem Projekttitel «Partnerschaft PWLAN» einen Dienstleistungsauftrag im Bereich Fernmeldewesen im offenen Verfahren öffentlich aus. Gemäss dem in der Ausschreibung enthaltenen Aufgabenbeschrieb sucht die SBB AG einen Partner zum Aufbau und Betrieb von «Public Wireless LAN (PWLAN)[2] Access Points[3]». Der Betreiber verpflichtet sich, Standorte und Strecken gemäss Vorgaben der SBB AG mit PWLAN auszurüsten. Zusätzlich hat die SBB AG einen Eigenbedarf an der Nutzung von PWLAN-Diensten. Der Betreiber hat diesen für die ersten zwei Jahre zu gewähren. Am (...) erteilte die SBB AG den Zuschlag für den Auftrag «Partnerschaft PWLAN» an die X. AG. (...)

B. Mit Eingabe vom (...) erhebt die Y. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Erteilung des Zuschlags an die X. AG Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend Rekurskommission, BRK). Die Beschwerdeführerin beantragt, die Zuschlagsverfügung der SBB AG vom (...) sei aufzuheben. (...) Die SBB AG stellt in ihrer Stellungnahme den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. (...) Mit Verfügung vom 23. September 2004 hat der Präsident der BRK das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit der Rekurskommission beschränkt. (...)

Aus den Erwägungen:

1.a. Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (nachfolgend Bilaterales Abkommen Schweiz-Europäische Gemeinschaft [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 sowie 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 über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VoeB], SR 172.056.11). So sind bei der SBB AG ausdrücklich ausgenommen Finanzbeteiligungen und Beteiligungen an Unternehmen, die nicht unmittelbar im Verkehrsbereich tätig sind (Bilaterales Abkommen Anhang II B Anm. 1).

b.aa. Der vorliegend zu vergebende Dienstleistungsauftrag hat gemäss öffentlicher Ausschreibung zum Inhalt den partnerschaftlichen Aufbau und Betrieb von Public Wireless LAN (PWLAN [Public Wireless Local Area Network] = drahtlose Breitband-Datenübertragung im öffentlichen Raum). Der Betreiber verpflichtet sich, Standorte und Strecken (Bahnhöfe, Perrons, Office-Bereich, SBB-Begegnungszonen, Zugdepots, Rollmaterial, Strecken) gemäss den Vorgaben der SBB AG mit PWLAN auszurüsten. Zusätzlich hat die SBB AG einen Eigenbedarf an der Nutzung von PWLAN-Diensten. Der Betreiber hat diesen für die ersten zwei Jahre zu gewähren. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass die SBB AG beabsichtigt, ihren Fahrgästen den mobilen Internetzugang zu ermöglichen, indem sie Anbietern von PWLAN den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten gewährt. Die SBB AG will nicht selber als Betreiberin auftreten, deshalb sucht sie eine längerfristige Partnerschaft mit einem PWLAN-Betreiber, dem sie gegen Bezahlung den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten und die Vernetzung aller Antennenstandorte anbietet. Zusätzlich besteht allerdings ein namhafter Eigenbedarf der SBB AG an mobiler Datenkommunikation: Zum einen soll internen und externen Mitarbeitern PWLAN zu günstigen Konditionen in Begegnungszonen und einzelnen Büros zur Verfügung stehen (Office-Bereich), zum andern hat die SBB AG auch das Bedürfnis nach drahtlos stationärer und mobiler Breitband-Datenkommunikation für verschiedene Bahnanwendungen (...).

bb. Im vorliegenden Fall sucht die SBB AG somit einerseits eine Partnerschaft mit einer PWLAN-Anbieterin. Diese soll auf dem Areal der SBB AG die PWLAN-Dienste aufbauen und betreiben, während die SBB AG ihr gegen Entgelt den kontrollierten Zugang zu ihren Standorten und die Vernetzung aller Antennenstandorte ermöglicht. Der PWLAN-Betreiber bezieht von der SBB AG für den Netzaufbau und Betrieb gegen Entschädigung verschiedene Leistungen, wie Antennenstandorte für die Abdeckung mit PWLAN auf SBB-Grundstücken und Trassen, Installationen und Verkabelung der Antennen, «Housing»^[4] für aktive Komponenten, Wartung der installierten Anlagen, Übertragung der Daten und Übergabe der Daten an einem «Point of Interconnection», Freigabe der Funknetzplanung. Die Entschädigung besteht aus einmaligen Gebühren für die Installationen und festen, wiederkehrenden Grundgebühren für die Benutzung der SBB-Infrastruktur sowie aus einer Umsatzbeteiligung (...). Dabei handelt es sich nicht um ein öffentliches Beschaffungsgeschäft, denn die SBB AG tritt hier nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auf, sondern sie erbringt ihrerseits Leistungen gegen Entschädigung (Gebühren und Umsatzbeteiligung) an einen privaten Interessenten, der als eigenständiger Betreiber der PWLAN-Dienste, die von den Bahnkunden genutzt werden können, in Erscheinung tritt (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 96 ff. mit Hinweisen). Der Umstand, dass die SBB AG dem Partner bzw. Betreiber gewisse Vorgaben macht, welche dieser ihr gegenüber einzuhalten hat, vermag daran nichts zu ändern.

Andererseits beabsichtigt die SBB AG aber vom ausgewählten Betreiber für zwei Jahre PWLAN-Dienstleistungen für ihren Eigenbedarf zu beziehen. Im Bereich der Eigennutzung tritt die SBB AG als Kundin, d. h. als Nachfragerin von Kommunikationsdienstleistungen PWLAN gegen Entgelt auf. Der betreffende Anbieter hat zudem die Nutzung weiterer Hotspots anderer Anbieter ausserhalb des auf Standorten der SBB AG befindlichen PWLAN-Netzes mittels «Roaming» sicherzustellen. Es liegt hier unbestrittenmassen ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor (...).

Nach Angaben der SBB AG besteht ein Bedürfnis nach drahtloser und mobiler Breitband-Datenkommunikation für die internen und externen Mitarbeiter, aber auch für verschiedene Bahnanwendungen (z. B. Kunden-Informationssystem, Video-Überwachung, automatische Fahrgastzählung). Die zu vergebenden Dienstleistungen stehen somit jedenfalls teilweise in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb. Es handelt sich nicht um von der Unterstellung unter das BoeB ausgenommene Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Der Wert der ausgeschriebenen Dienstleistungen (Eigenbedarf der SBB AG für die vorgesehene Vertragsdauer von zwei Jahren) geht weder aus den Rechtsschriften noch aus den Akten eindeutig hervor. Gewisse Anhaltspunkte bieten einerseits die Offerte der X. AG und andererseits der zwischen der SBB AG und der X. AG abgeschlossene Dienstleistungsvertrag (...) vom 2. Juli 2004. Der für eine Unterstellung unter das BoeB massgebende Schwellenwert von Fr. 640'000.- (Art. 2a Abs. 3 Bst. b VoeB) dürfte danach jedenfalls erreicht sein.

c. Unbestritten ist, dass es vorliegend, soweit ein öffentliches Beschaffungsgeschäft gegeben ist, um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags geht.

aa. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB bedeutet der Begriff «Dienstleistungsauftrag» ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422). In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 VoeB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VoeB aufgeführten Leistungen. Bei diesem Anhang, der die Überschrift «Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen» trägt, handelt es sich um eine Liste von Dienstleistungen gemäss Annex 4 des ÜoeB. Die dort angeführten Dienstleistungen werden im Rahmen der VoeB unverändert übernommen. Der Geltungsbereich des BoeB ist auf die in der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB abschliessend genannten Dienstleistungskategorien beschränkt (vgl. dazu ausführlich Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 2b/cc mit zahlreichen Hinweisen; ferner Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 114). Nur für solche dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg an die BRK offen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 582).

Die Beschwerdeführerin ist allerdings der Auffassung, für den von der SBB AG ausgeschriebenen Auftrag sei der Anhang 1 zur VoeB nicht relevant. Aufgrund von Art. 2 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 2a VoeB unterstehe die SBB AG für die in Frage stehende Tätigkeit ausdrücklich dem BoeB. Die Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB und Art. 3 Abs. 1 VoeB mit dem Verweis auf Anhang 1

zur VoeB enthielten lediglich Begriffsbestimmungen. Soweit eine durch diese Begriffsbestimmung erfasste Dienstleistung, welche grundsätzlich vom Anwendungsbereich des BoeB ausgeschlossen sein sollte, durch eine der in Art. 2 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 2a VoeB genannten Organisationen ausgeschrieben werde, gelte die Unterstellung unter das Gesetz auch für diese Dienstleistungen. Denn zum einen lege Art. 2 Abs. 2 BoeB in Verbindung mit Art. 2a VoeB fest, dass diese Organisationen als Auftraggeberinnen für die aufgeführten Tätigkeiten dem Gesetz unterstellt seien. Zum andern hätten diese Normen als die sachlich spezielleren Normen Vorrang vor den allgemeinen Begriffsbestimmungen (...).

Der Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die SBB AG unter das BoeB für den Bau und den Betrieb von Eisenbahnen; ausgenommen werden hingegen alle Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben. Bezüglich der letztgenannten Tätigkeiten untersteht die SBB AG von vornherein nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts. Vergibt die SBB AG hingegen im Zusammenhang mit dem Bau und dem Betrieb von Eisenbahnen öffentliche Aufträge, so untersteht sie in gleicher Weise (aber nicht weitergehend) wie die übrigen Auftraggeberinnen des Bundes gemäss Art. 2 BoeB den Vorschriften des BoeB und den entsprechenden Ausführungsbestimmungen der VoeB, somit auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB und Art. 3 Abs. 1 VoeB (vgl. auch Entscheid der BRK vom 5. November 2003 [BRK 2003-021], E. 1b).

bb. Es ist somit zu prüfen, ob die streitige Auftragsvergabe Dienstleistungen im Sinne von Anhang 1 Annex 4 ÜoeB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB zum Inhalt hat, die unter das BoeB fallen. Sowohl Anhang 1 Annex 4 ÜoeB als auch Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VoeB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen. Im Übrigen wird auf die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC) der Vereinten Nationen (UNO; Ausgabe 1991) verwiesen, die, obwohl im Jahre 1998 die Version 1.0 der CPC verabschiedet worden ist, für die Auslegung des ÜoeB sowie der VoeB nach wie vor massgebend ist (Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4 E. 2c/aa; ferner Hubert Stöckli [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, 6. Auflage, Freiburg 2004, S. 321). Die nähere Prüfung, ob eine bestimmte Dienstleistung dem BoeB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (Entscheid der BRK vom 3. November 2000, veröffentlicht in VPB 65.41 E. 3a).

Die SBB AG ist der Auffassung, dass die Beschaffung der vorliegend zur Diskussion stehenden Telekommunikationsdienstleistungen nicht in den Geltungsbereich des BoeB falle, da sie der ausdrücklich von der Unterstellung ausgenommenen Unterklasse 75260 «Integrated telecommunications services» zuzuordnen sei (...). Die Beschwerdeführerin hingegen vertritt den Standpunkt, die PWLAN-Dienstleistungen würden keinesfalls der Unterklasse 75260 entsprechen; vielmehr handle es sich bei PWLAN um eine Leistung, die schlicht unter die CPC-Referenz-Nr. 752 (Fernmeldewesen) falle. Allenfalls sei PWLAN unter die Unterklasse 7523 («Data and message transmission services») zu subsumieren (...).

cc. Nach Ziff. 5 des Anhangs 1 zur VoeB untersteht dem Gesetz als Dienstleistung das Fernmeldewesen (ohne Fernsprechkennleistungen, Telex, Mobiltelefondienst, Funkrufdienst und Satellitenkommunikation) gemäss CPC-Referenz Nr. 752 (ausser 7524, 7525, 7526).

Die CPC-Referenznummer 752 umfasst die Klassen 7521 («Public telephone service»), 7522 («Business network services»), 7523 («Data and message transmission service»), 7524 («Programme transmission services»), 7525 («Interconnection services»), 7526 («Integrated telecommunication services») und 7529 («Other telecommunications services»).

dd. Die von der SBB AG herangezogene Klasse 7526 «Integrated telecommunication services», die gemäss Ziff. 5 des Anhangs 1 zur VoeB nicht dem Gesetz untersteht, enthält eine einzige gleichlautende Unterklasse, nämlich die Nr. 75260. Umschrieben werden die «Integrated telecommunication services» in der «explanatory note» mit «Private point-to-point or multipoint network services which enable the users to simultaneously or alternatively transmit voice, data and/or image. This type of service offers high bandwidth capacity and flexible, customer controlled network reconfiguration to accommodate changing traffic pattern».

Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine Zuordnung der PWLAN-Dienstleistungen zur CPC-Unterklasse 7526 komme aus mehreren Gründen nicht in Betracht. Zunächst handle es sich bei der Unterklasse 7526 um «private [...] network services», d. h. um Dienste zwischen Privaten. PWLAN sei Teil des öffentlichen Kommunikationsnetzes, was insbesondere dadurch bestätigt werde, dass die X. AG die Versorgung der Züge über ihr eigenes «EDGE[5]»-Netzwerk realisiere. Die EDGE-Basisstationen der X. AG würden über das (öffentliche) Hauptnetz der X. AG direkt ins Internet laufen. PWLAN sei somit als «public network service» zu bezeichnen. Weiter sei auch keine «customer controlled network reconfiguration» gegeben, denn der Kunde könne PWLAN nur im Rahmen der vom Provider gesteckten Möglichkeiten benutzen. Er könne insbesondere keine Veränderungen am Netzwerk selbst vornehmen. Sodann müsse gemäss Definition der Unterklasse 7526 «flexible, customer controlled reconfiguration to accommodate changing traffic patterns» möglich sein. Das Element der dynamischen Veränderung fehle den WLAN[6]-Netzen völlig. Während GSM[7]- und UMTS[8]-Netze fähig seien, sich selber dynamisch dem Verkehr anzupassen, seien WLAN-Netze starr und insoweit «dumm», als sie lediglich Bandbreite zu übermitteln vermöchten, aber keine Rekonfiguration gemäss Datenverkehr vorsehen würden (...).

Bei PWLAN handelt es sich um Breitbandtechnologie («high bandwidth capacity»), die den Benutzern die gleichzeitige Übertragung von Sprache, Daten und/oder Bildern ermöglicht. PWLAN entspricht somit der Definition in der CPC-Unterklasse Nr. 75260. Nicht stichhaltig ist die Argumentation der Beschwerdeführerin, PWLAN sei Teil des öffentlichen Kommunikationsnetzes, weshalb es sich nicht um «private point-to-point» oder «multipoint network services» handle. Im Gegensatz zu WLAN (Wireless Local Area Network), d. h. einem drahtlosen lokalen Netzwerk (in der Regel innerhalb eines Gebäudes oder eines Unternehmens), handelt es sich bei PWLAN («public wireless LAN») um ein öffentlich, d. h. der Öffentlichkeit, zugängliches Netzwerk, z. B. an Bahnhöfen oder Flughäfen mit stark wechselnder Kunden-Klientel. Die SBB AG führt aus, trotz des öffentlichen Zugangs sei der Service, d. h. die Übertragung der Daten, privat. Es gebe diverse Technologien, um die WLAN Verbindungen sicher zu machen. Bei der von der SBB AG verwendeten Technologie (VPN = virtual private network[9]) handle es sich um eine verschlüsselte point-to-point-Übertragung, d. h. die Daten würden gegen Zugriff von Dritten gesichert übertragen. Die zwei privaten Teilnehmer seien der SBB-Mitarbeiter auf der einen und die vertraulichen Informationen der SBB AG auf der anderen Seite. Ein ungeschützter Zugang auf die Daten der SBB AG sei nicht möglich; der Zugang zum Netz werde durch verschiedene Mechanismen (Authentisierung/Autorisierung) überwacht. Wer keine Berechtigung habe, komme nicht auf das Netz. Auch auf der Strecke komme niemand auf das EDGE-Netz, wenn er keine Berechtigung habe (...).

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Behauptung der Beschwerdeführerin, bei PWLAN fehle die «flexible, customer controlled network reconfiguration to accommodate changing traffic patterns», es handle sich nicht um ein dynamisches, sondern um ein

starres System. Nach Angaben der SBB AG überträgt der Benutzer von PWLAN die Daten paketorientiert über das Internet. Je nach Belastung des Netzes werden die Pakete vom System über unterschiedliche Wege ans Ziel transferiert. Insofern kann durchaus von einem flexiblen System gesprochen werden. Die Luftschnittstelle wird gemäss SBB AG je nach verwendetem Standard der Endgeräte und Empfangsqualität dynamisch angepasst. Auch würden bei einigen WLAN Standards dieselben oder ähnliche Mechanismen wie bei GSM eingesetzt (z. B. dynamische Kanal- und Frequenzwahl, automatische Anpassung der Leistung). Weiter weist die SBB AG darauf hin, dass mit so genannten «Mesh»[10]-Techniken intelligente Systeme aufgebaut werden könnten, die skalierbar seien und bei Überlastung oder Ausfall von «Access Points» ein dynamisches «Rerouting»[11] vornehmen würden. Solche Techniken würden sogar weitergehen als dies GSM- und UMTS-Netze erlaubten (...).

Die Zuordnung der vorliegend ausgeschriebenen PWLAN-Dienstleistungen durch SBB AG zur CPC-Klasse 7526 bzw. zur Unterklasse 75260 «Integrated telecommunications services» erweist sich somit als zutreffend. Nicht richtig erscheint demgegenüber die Zuweisung von PWLAN zur Klasse 7523 «Data und message transmission services», wie die SBB AG in nachvollziehbarer Weise darlegt (...).

ee. Da gemäss Ziff. 5 Anhang 1 zur VoeB bzw. Anhang 1 Annex 4 ÜoeB die «Integrated telecommunications services» gemäss der Klasse 7526 ausdrücklich von der Unterstellung unter das BoeB bzw. das ÜoeB ausgenommen sind, handelt es sich demzufolge weder um einen «Dienstleistungsvertrag» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB noch um eine «Dienstleistung» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VoeB, sondern um eine so genannte «übrige Beschaffung» gemäss Art. 1 Bst. b VoeB respektive um einen Auftrag im Sinne von Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VoeB, der aus «anderen Gründen» nicht unter das Gesetz fällt (vgl. auch Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 128 und 131 f.). Für solche Beschaffungen ist der Rechtsmittelweg an die Rekurskommission nicht offen (Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4 E. 2b/ccc und E. 2c/dd mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 114 Fn. 241 und Rz. 582).

2. Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Rechtsmittelbelehrung, die sowohl der öffentlichen Ausschreibung als auch der Veröffentlichung des Zuschlags im SHAB beigefügt war, ableiten. Wird in einem Entscheid ein Rechtsmittel angegeben, das nach dem Gesetz gar nicht besteht, so kann dadurch die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht ersetzt werden (BGE 113 Ib 213; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 86 B II e mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 3b). Hinzu kommt, dass die Rechtsmittelbelehrung im vorliegenden Fall eher unverbindlich formuliert war, indem darauf hingewiesen wurde, dass Beschwerde bei der Rekurskommission erhoben werden könne, soweit der geschätzte Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert erreiche und eine Tätigkeit im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b (VoeB) betroffen sei. Zwar fehlt ein entsprechender Vorbehalt in Bezug auf Anhang 1 der VoeB; dieser Umstand vermag am Fehlen einer Beschwerdemöglichkeit indessen nichts zu ändern.

Richtig ist sodann, dass in der Ausschreibung die Dienstleistungskategorie (gemäss CPC) lediglich mit dem Oberbegriff «Fernmeldewesen» angegeben worden ist. Auch daraus lässt sich die Zuständigkeit der BRK zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde jedoch nicht herleiten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin untersteht, wie der Anhang 1 zur VoeB unmissverständlich aufzeigt, nicht die gesamte Kategorie «Fernmeldewesen» gemäss CPC Referenz-Nr. 752 ausnahmslos dem BoeB (...). Wie vorstehend dargelegt, fallen die vorliegend zu vergebenden PWLAN-Dienste in die von der Unterstellung unter das Gesetz ausdrücklich ausgenommene Unterklasse 7526.

3. Zusammenfassend steht damit fest, dass es sich bei den öffentlich ausgeschriebenen PWLAN-Dienstleistungen nicht um eine in den Geltungsbereich des BoeB fallende Beschaffung handelt und somit die Zuständigkeit der Rekurskommission als Beschwerdeinstanz gemäss Art. 27 BoeB für die vorliegende Beschwerde nicht gegeben ist. Entsprechend ist auf die Beschwerde in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) nicht einzutreten. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie des Begehrens um Akteneinsicht. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Nichteintretensentscheids dahin (André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.13).

4. (...)

[2] Sämtliche Fussnoten zu diesem Entscheid sind Anmerkungen der VPB-Redaktion und besitzen keine rechtliche Verbindlichkeit. [2] «Public Wireless Local Area Network», drahtlose Breitband-Datenübertragung im öffentlichen Raum (vgl. E. 1.b/aa).

[3] Netzzugangspunkte (Anm. der VPB-Redaktion).

[4] Kolokation (Anm. der VPB-Redaktion).

[5] «Enhanced Data rates for GSM Evolution», erweiterte Luftschnittstelle für das GSM-Netzwerk (Anm. der VPB-Redaktion).

[6] «Wireless Local Area Network», drahtloses lokales Netzwerk (vgl. nächsten Absatz).

[7] «Global System for Mobile Communications», Globales Mobilkommunikationssystem (Anm. der VPB-Redaktion).

[8] «Universal Mobile Telecommunication System», Universelles mobiles Telekommunikationssystem (Anm. der VPB-Redaktion).

[9] Virtuelles Privates Netzwerk (Anm. der VPB-Redaktion).

[10] Maschennetzwerk, die Datenpakete gehen von einem Glied zum nächstgelegenen Glied des Netzwerks (Anm. der VPB-Redaktion).

[11] Leitweglenkung (Anm. der VPB-Redaktion).

Dokumente der BRK