

BVGer B-3604/2007 vom 16. November 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3604_2007

FR: TAF B-3604/2007 du 16 novembre 2007

IT: TAF B-3604/2007 del 16 novembre 2007

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 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).

E. 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).

E. 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.

E. 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).

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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).

E. 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 Entscheide relevanz, 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 Beschwerdegegnerseite 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.

E. 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 substantiiertes 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.

E. 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 Planung 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.

E. 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.

E. 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, liefe 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.

E. 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.

E. 4

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.