Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-93/2007
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 8. Juni 2007

Mitwirkung: Richter Marc Steiner; Richter Claude Morvant; Richter Francesco Brentani; Gerichtsschreiber Thomas Zogg

ARGE X._____, bestehend aus:
1. XA._____,
2. XB._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Markus Joos, Marktplatz 4, Postfach, 9004 St. Gallen,

Beschwerdeführerinnen

gegen

Schweizerische Bundesbahnen, Infrastruktur, Recht, Schanzenstrasse 5, Postfach, 3000 Bern 65,

Vergabestelle

und

ARGE Y._____, bestehend aus:
1. YC._____,
2. YD._____,
3. YE._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Gregor Meisser, Uraniastrasse 18, 8001 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen

betreffend

BESCHAFFUNGSWESEN (Altlastensanierung Rietliareal Goldach / Los Materialersatz; aufschiebende Wirkung)

Sachverhalt:

A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 146 vom 31. Juli 2006 schrieb die SBB AG, Assetmanagement, Umwelt Altlasten, Zürich, das Projekt "Altlastensanierung Rietliareal Goldach, Los Materialersatz" im offenen Verfahren aus. Als Termin für die Einreichung der Angebote wurde der 15. September 2006 festgesetzt.

B. Fristgerecht reichten die ARGE X._____ und die ARGE Y._____ nebst einem weiteren Anbieter ihre Offerten für die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Varianten 1 (Transporte ohne Bahnanteil) und 2 (Transporte mit Bahnanteil) ein. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 teilte die ARGE Y._____ der SBB AG mit, sie bestätige, dass die der Offerte beigefügten "Präzisierungen betreffend Materialbeschrieb" nicht Bestandteil des Angebotes seien. Die Vergabestelle entschied sich für die Variante "Transporte mit Bahnanteil" und erteilte den Zuschlag der ARGE Y._____. Dies teilte sie der ARGE X._____ mit Schreiben vom 20. November 2006 mit, wobei sie dazu ausführte, sie habe deren Angebot im Wesentlichen aus preislichen Gründen nicht berücksichtigen können. Die entsprechende Verfügung wurde im SHAB Nr. 229 vom 24. November 2006 publiziert.

C. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2006 erhoben die Gesellschafter der ARGE X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen Beschwerde. Sie beantragen die Aufhebung des Zuschlags und die Feststellung, dass das Angebot der ARGE Y._____ vom Verfahren auszuschliessen sei. Des Weiteren sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Zugleich stellen die Beschwerdeführerinnen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Begründet wird die Beschwerde mit dem Vorliegen eines schwer wiegenden Verfahrensfehlers, der nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB zum Ausschluss der berücksichtigten Offerte führen muss. Konkret wird der Vergabestelle vorgeworfen, unerlaubte Veränderungen des Vertragsentwurfes durch die Zuschlagsempfängerin nicht sanktioniert zu haben. Zur Zuständigkeit der Rekurskommission wird vorab ausgeführt, Gegenstand der öffentlichen Vergabe bilde die Altlastensanierung des im Eigentum der SBB AG stehenden Rietliareals (Grundstück Nr. 1448) in Goldach. Die fragliche Liegenschaft habe Gleisanschluss. Damit stehe fest, dass die ausgeschriebene Tätigkeit unmittelbar mit dem Bereich Verkehr im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB zu tun habe (Beschwerde, S. 4).

D. Der Präsident der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 14. Dezember 2006 superprovisorisch aufschiebende Wirkung.

E. Die Vergabestelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 16. Januar 2007 die Abweisung der Beschwerde und die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung wird namentlich geltend gemacht, die

Beschwerde sei aufgrund einer prima facie-Würdigung unbegründet. Die berücksichtigte Arbeitsgemeinschaft habe fristgerecht ein vollständiges Angebot eingereicht und als Anhang eine Liste mit von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Präzisierungen der Materialkategorien eingereicht. Dieser Umstand sei vom federführenden Ingenieurbüro mit einem Fragezeichen zuhanden der Vergabestelle vermerkt worden. Bei dieser Liste mit Präzisierungen habe es sich aber ihrer Ansicht nach um eine nur unwesentliche Abänderung gehandelt, welche ohne weiteres habe behoben werden dürfen und müssen. Deshalb sei die ARGE Y._____ auf ihren Formfehler aufmerksam gemacht worden und habe die Liste daraufhin vorbehaltslos zurückgezogen. Zur Frage der Zuständigkeit der Rekurskommission bzw. des Bundesverwaltungsgerichts hält die Vergabestelle fest, diese sei unbestritten (Vernehmlassung, S. 8).

F. Mit Beschwerdeantwort vom 26. Januar 2007 beantragen die Gesellschafter der ARGE Y._____ (im Folgenden: Beschwerdegegnerinnen) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Entgegen den Vermutungen der Gegenseite habe sie die von der Vergabestelle vorgeschriebenen Materialkategorien nicht verändert, sondern einzig zusätzlich in Zahlen ausgedrückt, was in der Ausschreibung nur in Worten beschrieben gewesen sei. Darin sei in keiner Weise ein Formfehler zu sehen, der zum Ausschluss aus formellen Gründen hätte führen können oder müssen. Selbst wenn im Vorgehen der Beschwerdegegnerinnen eine Veränderung des Vertragsentwurfs zu erblicken wäre, läge darin, weil es sich nur um eine marginale Abweichung handle, kein wesentlicher Formfehler. Von einem solchen könne schon deshalb keine Rede sein, weil die berücksichtigte Arbeitsgemeinschaft auf ihre zusätzlichen Angaben mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 verzichtet habe.

G. Mit Verfügung vom 1. Februar 2007, erneut zugestellt mit Verfügung vom 16. Februar 2007, ersuchte der Instruktionsrichter die Vergabestelle, dem Bundesverwaltungsgericht die notwendigen Angaben zum Sachverhalt in Bezug auf die Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu machen. Die entsprechende Stellungnahme der Vergabestelle datiert vom 2. März 2007 und enthält den Antrag, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Im Übrigen habe die SBB AG intern bereits am 20. Dezember 2006 die Veräusserung des in Frage stehenden Grundstücks in die Wege geleitet. Mit Eingabe vom 22. März 2007 schlossen sich die Beschwerdegegnerinnen dem Nichteintretensantrag der Vergabestelle an.

H. Innert erstreckter Frist führten die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 2. April 2007 aus, bisher habe die Vergabestelle die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts stets anerkannt. Das fragliche Grundstück sei 1971 zu Bahnbetriebszwecken erworben worden. Ausserdem habe der Leiter der Sparte Tiefbau der XA._____ beispielsweise am Montag, 26. März 2007, auf dem Gelände verschiedene Güterwagen festgestellt. Der angebliche Veräusserungsauftrag für das fragliche Grundstück sei bezeichnenderweise unmittelbar nach Eingang der Beschwerde erteilt worden.

I. Mit Verfügung vom 4. April 2007 hielt der Instruktionsrichter fest, die Vergabestelle sei gehalten, das Bundesverwaltungsgericht in die Lage zu versetzen, den massgeblichen Sachverhalt festzustellen. Entsprechend wurde diese ersucht, die notwendigen Angaben zum intendierten Verwendungszweck und zur tatsächlichen Verwendung des in Frage stehenden Areals zu machen.

J. Mit Stellungnahme vom 16. April 2007 dokumentierte die Vergabestelle die Willensbildung betreffend die Veräusserung des in Frage stehenden Areals und die Verkaufsbemühungen. Zudem führte sie aus, das durch Anschlussgleise erschlossene Areal Rietli diene, soweit noch benützbar, zu Abstellzwecken. Wie bei anderen Gleisanschlüssen bzw. Verteilzentren von Kunden mache dieser Umstand das Areal aber nicht zu einem Güterbahnhof.

K. Am 3. Mai 2007 hielten die Beschwerdegegnerinnen an ihren Anträgen fest. Die Beschwerdeführerinnen verwiesen gleichentags auf ihre Eingabe vom 2. April 2007 und führten ergänzend aus, es seien inzwischen erneut Güterwagen auf dem fraglichen Gelände abgestellt worden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen in der Fassung vom 17. Juni 2005 [BoeB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet vorab über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) übernimmt das Bundesverwaltungsgericht die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei Eidgenössischen Rekurskommissionen hängigen Verfahren. 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 VGG nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

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 Legiti-

mationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht. Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007, E. 1.3.2).

2. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Auflage, Bern 2002, S. 680 f.). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Entscheide der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 658; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90 mit Hinweisen).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (vgl. zur Prüfung der Zuständigkeit im Rahmen des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung namentlich die Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission im Verfahren BRK 2006-018 vom 8. Dezember 2006, E. 2b). In vergleichbarer Weise berücksichtigt die Verwaltungspraxis auch in anderem Zusammenhang die mangelnden Erfolgsaussichten der Beschwerde, wenn diese klar zu Tage treten (vgl. etwa die Zwischenverfügung der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 12. Februar 1997, auszugsweise veröffentlicht in VPB 62.8). Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden (vgl. zum Ganzen den

Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007, E. 2.2).

3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen und mit freier Kognition. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; vgl. dazu den Entscheid der BRK im Verfahren 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 1b, sowie die Zwischenverfügung des Präsidenten im Verfahren BRK 2006-018 vom 8. Dezember 2006, E. 1a).

3.2 Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vergabestelle treuwidriges Verhalten im Prozess vor, was sich allenfalls auf die Zuständigkeit auswirken könne (Stellungnahme vom 2. April 2007).

3.2.1 Zunächst ist festzuhalten, dass die im SHAB Nr. 229 vom 24. November 2006 publizierte Zuschlagsverfügung mit folgender Rechtsmittelbelehrung versehen war:

"Soweit im vorliegenden Vergabeverfahren der geschätzte Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 2a Abs. 3 VoeB) und eine Tätigkeit im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b betroffen ist, kann gegen diese Verfügung gemäss Art. 27 ff. BoeB innert 20 Tagen seit Eröffnung schriftlich und begründet Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, [...], erhoben werden."
Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, aus dieser Rechtsmittelbelehrung ergebe sich, dass die Vergabestelle selbst davon ausgegangen sei, dass eine dem BoeB im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB unterstellte Tätigkeit vorliege. Indessen lässt die Rechtsmittelbelehrung diese Frage ausdrücklich offen, weshalb sie sich entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen nicht als unrichtig erweist. Gemäss Art. 35 VwVG muss eine Rechtsmittelbelehrung klar und ohne weiteres in ihrer Bedeutung erkennbar sein (BGE 111 V 149 E. 4b). In der Regel ist die Vergabestelle deshalb gehalten, sich einer präzisen Rechtsmittelbelehrung zu bedienen. In Zweifelsfällen hat eine offen formulierte Rechtsmittelbelehrung jedoch ihre Berechtigung.

3.2.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, das Verhalten der Vergabestelle verstosse, was die zur Zuständigkeitsfrage gestellten Anträge betrifft, gegen Treu und Glauben. Die SBB AG habe mit Beschwerdeantwort vom 16. Januar 2007 die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls implizit anerkannt. Erst auf die Verfügung des Instruktionsrichters hin, mit welcher dieser um Angaben zum entscheidrelevanten Sachverhalt in Bezug auf die Zuständigkeit ersucht hatte, habe die Vergabestelle mit Eingabe vom 2. März 2007 beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

Richtig ist, dass die Vergabestelle ihre Anträge mit Eingabe vom 2. März 2007 entgegen eigener Darstellung nicht bloss ergänzt, sondern vielmehr abgeändert hat. Tatsächlich hat die SBB AG die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit Eingabe vom 16. Januar 2007 nicht nur implizit, sondern ausdrück-

lich als unbestritten bezeichnet (Beschwerdeantwort, S. 8). Hingegen kann in der Änderung der Rechtsauffassung in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage, wobei aufgrund der Interessenlage der SBB AG naheliegenderweise angenommen wird, dass diese den ersten Antrag nicht wider besseres Wissen gestellt hat, wohl kein Verstoss gegen Treu und Glauben gesehen werden. Im Übrigen könnte selbst ein treuwidriges Verhalten der Vergabestelle im Prozess nicht im Sinne einer "Einlassung" die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 231). Vielmehr ist ein solches Verhalten allenfalls bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen.

3.2.3 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall mittels ausserhalb des Systems des Beschaffungsrechts liegender Argumente kein von diesem abweichendes Ergebnis in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage herbeigeführt werden kann.

4.

4.1 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 BoeB 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]; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren B-1774/2006 vom 13. März 2007, E. 1.1 mit Hinweisen).

4.2 Der vorliegend zu vergebende Auftrag hat die Altlastensanierung des Rietliareals in Goldach zum Gegenstand. Für die Frage, ob in Bezug auf die seitens der Beschwerdeführerinnen beanstandete Vergabe die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu bejahen ist, sind mehrere Gesichtspunkte ausschlaggebend. Zunächst stellt sich die Frage, ob sich der Sanierungsbedarf aufgrund von Aktivitäten der SBB ergibt. Weiter ist zu prüfen, ob das fragliche Grundstück nach der Absicht der Vergabestelle künftig unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB zu tun haben soll, was zugleich bedeuten würde, dass mit der Sanierung gerade diese Nutzung sichergestellt werden soll. Ist dies zu verneinen, ist schliesslich zu prüfen, ob die gegenwärtige Nutzung des Areals derart überwiegend in unmittelbarem Zusammenhang zum Verkehr steht, dass dieser Umstand die kundgetane Absicht, das Areal nicht (mehr) zu Verkehrszwecken zu verwenden, überwiegt oder gar zu dieser im Widerspruch steht.

4.3 Es ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass der Sanierungsbedarf des

Rietliareals seine Ursache in der Verschmutzung aus dem Betrieb eines Gaskraftwerks der St. Galler Stadtwerke hat. Bis zum Jahre 1968 ist das Areal zur Gasproduktion aus Kohle verwendet worden, was den Umschlag von grossen Mengen an schadstoffhaltigen Ausgangs- und Abfallprodukten wie Kohle, Öl, Teer- und Ammoniakwasser mit sich gebracht hat (vgl. dazu die Sanierungsverfügung der Gemeinde Goldach vom 17. Januar 2006). Demnach steht fest, dass der Sanierungsbedarf nicht auf den Bahnverkehr zurückzuführen ist.

4.4 Mit Beschwerde vom 13. Dezember 2006 haben die Gesellschafter der ARGE X._____ ausgeführt, die in Frage stehende Liegenschaft verfüge über einen Gleisanschluss. Damit sei klar, dass die ausgeschriebene Tätigkeit unmittelbar mit dem Bereich Verkehr im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB zu tun habe, auch wenn mangels entsprechender Kenntnis keine genauen Angaben zum künftigen Verwendungszweck des Grundstückes gemacht werden könnten. Mit Eingabe vom 2. April 2007 stellen die Beschwerdeführerinnen nun fest, es sei bezeichnend, dass der als einziger Beleg eingereichte Veräusserungsauftrag der Vergabestelle unmittelbar nach Eingang der Beschwerde vom 13. Dezember 2006 erteilt worden sei. Ergänzend machen sie (wie auch mit Eingabe vom 3. Mai 2007) geltend, das fragliche Grundstück sei im Jahre 1971 zu Bahnbetriebszwecken erworben worden. Die Gleisanlagen würden von der Vergabestelle auch tatsächlich entsprechend genutzt. Auf dem Gelände würden verschiedentlich Güterwagen abgestellt, weshalb dieses als eine Art Güterbahnhof fungiere. Sofern die Altlastensanierung zum Ziel habe, das Grundstück wieder uneingeschränkt bahnbetriebstauglich zu machen, habe die ausgeschriebene Tätigkeit durchaus unmittelbar mit dem Bereich Verkehr zu tun. Eine Veräusserung des Grundstückes mache denn auch nur Sinn mit dem Anschlussgleis, da eine solche Bahnverbindung den Wert einer Liegenschaft erhöhe. Im Übrigen sei die aktuelle Nutzung und nicht irgendwelche mehr oder weniger konkrete Absichten der Vergabestelle für die Zukunft massgebend.

4.5 Die Vergabestelle verneint mit Eingaben vom 2. März 2007 und vom 16. April 2007 den Zusammenhang des in Frage stehenden Grundstücks mit dem Eisenbahnverkehr im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB. Sie führt dazu unter anderem aus, das Rietliareal sei zwar ursprünglich für die Erstellung eines Güterbahnhofs erworben worden; dieses Vorhaben sei jedoch schon bald zugunsten einer nicht bahnbetrieblichen Nutzung aufgegeben worden. Seit dem Jahr 2000 sei die SBB AG, da sie keine Verwendung für das Grundstück habe, bemüht gewesen, das Areal zu verkaufen. Einstweilen seien in Bezug auf einen Teil des Areals verschiedene Mietverhältnisse geschlossen worden, die jedoch nichts mit dem Bahnbetrieb zu tun hätten. Seit die Sanierung in greifbare Nähe gerückt sei, habe die Vergabestelle die Verkaufsbemühungen intensiviert, wie die erteilte interne Freistellung vom 3. Juli 2006, der neu erteilte Veräusserungsauftrag vom 20. Dezember 2006 und die daraufhin erstellte Verkaufsdokumentation belegen würden. Eine Genehmigung des Verkaufsantrages gemäss Ziffer 4 des Veräusserungsauftrages vom 20. Dezember 2006 könne zum jetzigen Zeitpunkt leider noch nicht vorgelegt werden, da die Verhandlungen noch mit keinem Interessenten so weit fortgeschritten seien, dass ein zu genehmigender Vertragsabschluss bevorstünde. Im Übrigen werde keineswegs bestritten, dass der Bahnanschluss aus der Sicht eines Käufers ein wichtiges

Argument sein könne. Deswegen habe das Grundstück genausowenig mit dem Verkehr zu tun wie die Erschliessung eines Grundstücks durch eine Strasse alle Nutzungen darauf als mit der Strasse in Zusammenhang stehend erscheinen liesse. Durch den Gleisanschluss werde das Areal auch nicht zu einem Güterbahnhof, ansonsten sämtliche durch Anschlussgleise erschlossenen Grundstücke von Kunden der SBB als Güterbahnhöfe gelten müssten, was offensichtlich nicht zutreffe.

4.6 Zunächst ist unbestritten, dass das Areal Rietli in den 70er Jahren ursprünglich für die Erstellung eines Güterbahnhofs erworben worden ist. Die Vergabestelle anerkennt überdies, dass die Gleisanschlüsse zumindest teilweise zwar nicht für die Zustellung von Gütern, wohl aber zum Abstellen von Güterwagen benutzt werden, was die Beschwerdeführerinnen dokumentiert haben (Beilagen zu den Eingaben vom 2. April 2007 und vom 3. Mai 2007). Beide Parteien gehen schliesslich übereinstimmend davon aus, dass die SBB AG aufgrund des bestehenden Gleisanschlusses ein gewisses Interesse daran hat, für das Areal einen Käufer zu finden, der möglichst viele Eisenbahntransporte abwickelt (vgl. dazu beispielsweise die "Freistellung Rietli Areal von ca. 31'000 m^2 in SBB-Parzelle Nr. 1448" vom 3. Juli 2006 [Beilage 1 zur Eingabe der Vergabestelle vom 16. April 2007]).

4.7 Im Folgenden gilt es, die seitens der Vergabestelle eingereichten Unterlagen mit Blick auf den Verwendungszweck des Rietli-Areals zu würdigen. Schon der als Beilage 3 zur Eingabe vom 16. April 2007 eingereichte Grundbuchauszug, gemäss den Angaben der Vergabestelle nachgeführt bis ins Jahr 1986, enthält den Hinweis "nicht Eisenbahnzwecken dienendes Grundstück", was die Angaben der Vergabestelle, wonach das Vorhaben, einen Güterbahnhof zu erstellen, schon sehr bald zugunsten einer nicht bahnbetrieblichen Nutzung aufgegeben worden ist, untermauert. Dasselbe gilt für den als Beilage 4 zur Eingabe vom 16. April 2007 eingereichten Arbeitsbericht 1 zum Nutzungskonzept Altes Gaswerk Rietli vom 20. Februar 1989, welches im Rahmen einer Stärken- und Schwächen-Analyse betreffend die Parzelle auch Überlegungen enthält zur Frage, wie das Grundstück am besten genutzt werden könnte. So werden etwa Anlagen zur Abfallbewirtschaftung vorgeschlagen. Aus dem Vertragsentwurf vom Mai 1994 betreffend die Vorbereitung der Entwicklung und Überbauung des Areals Rietli Goldach ergibt sich ebenfalls, dass eine Nutzung der SBB für eigene Bedürfnisse nicht mehr beabsichtigt war. Das Areal und die Anschlussgleise seien betrieblich freigestellt. Die Vergabestelle trage sich mit dem Gedanken, das Areal im Baurecht abzugeben; derzeit seien Teile davon kurzfristig vermietet (Beilage 5 zur Eingabe vom 16. April 2007, S. 3). Die Entwicklungsgesellschaft wurde, wie sich aus dem Vereinbarungsentwurf vom Dezember 2000 (Beilage 6 zur Eingabe vom 16. April 2007) ableiten lässt, per Ende 2000 wieder aufgelöst. In diesem Zusammenhang wurde ausgeführt, die privaten Partner hätten aufgrund veränderter Umstände kein Interesse mehr an der Entwicklung, welche sehr viel Zeit in Anspruch genommen habe. Es sei nicht mehr sinnvoll, die Gesellschaft rein unter dem Aspekt der Vermietung (des Areals) weiterzuführen. Aus der "Festlegung des weiteren Vorgehens und der Zuständigkeiten" der SBB Immobilien vom 12. Dezember 2003 (Beilage 8 zur Eingabe vom 16. April 2007) geht hervor, dass das Areal 2001 als Gewerbs-

und Industrieareal für ein Baurecht oder zum Verkauf ausgeschrieben worden ist und damals keine Interessenten auf dem Markt gefunden hat (vgl. dazu auch die als Beilage 7 zur Eingabe vom 16. April 2007 eingereichte Dokumentation, die offenbar denjenigen zugestellt worden ist, die sich auf die Ausschreibung hin bei der SBB AG gemeldet haben). Aus heutiger Sicht – so das Papier vom 12. Dezember 2003 – bestehe kein Grund, das Areal zu entwickeln oder zu verkaufen. Das Areal bleibe im Teilportfolio "Fläche" mit der Strategie "Halten" in der Zuständigkeit der Bewirtschaftung, wobei unter Bewirtschaftung gemäss Punkt 4 auch die Baurechtsvergabe verstanden werden kann. Parallel dazu laufe das Projekt Altlastensanierung. Im Antrag zur "Festlegung des weiteren Vorgehens und der Zuständigkeiten" vom 19. November 2003 wird darauf hingewiesen, dass das Land zwar mit einem Anschlussgleis vom Bahnhof Horn erschlossen sei, im Übrigen aber keinen Bezug zu anderen Bahngrundstücken habe. Das Vorhaben der Erstellung eines Güterbahnhofs stehe heute nicht mehr zur Diskussion. In den vergangenen Jahren seien mit verschiedenen Interessenten Baurechtsverhandlungen geführt worden. Diese Vorhaben seien meistens an der Verknüpfung zwischen Bauvorhaben und Sanierung der Altlasten gescheitert. Aus dem Veräusserungsvorschlag vom 7. Dezember 2006 (Beilage 9 zur Eingabe vom 16. April 2007) ergibt sich weiter, dass ein Teil des Areals vermietet ist. Zu den Gleisanlagen wird vermerkt, dass diese im Zusammenhang mit der Altlastensanierung entfernt werden sollen. Entsprechend der Weisung der SBB Immobilien vom 20. Dezember 2006 (Beilage 1 zur Eingabe der Vergabestelle vom 2. März 2007 = Beilage 10 zur Eingabe vom 16. April 2007) wurde offenbar im Februar 2007 eine Verkaufsdokumentation erstellt (Beilage 12 zur Eingabe vom 16. April 2007). Die Korrespondenz mit den Kaufinteressenten ist als Beilage 14 zur Eingabe vom 16. April 2007 verurkundet. Aus dieser – namentlich aus einem Schreiben an einen Interessenten vom 17. Oktober 2005 – geht hervor, dass sich der Verkauf dadurch verzögert hat, dass zunächst eine Einigung mit den involvierten Gemeinwesen in Bezug auf die Sanierung gefunden werden musste. Trotzdem entspricht es gemäss den Ausführungen der SBB AG im zitierten Schreiben der Strategie, betrieblich nicht notwendige Areale, worunter auch das Rietli-Areal falle, zu verkaufen. Das in Frage stehende Grundstück werde für den Eisenbahnbetrieb nicht mehr benötigt.

4.8 Aufgrund der Würdigung der dem Gericht eingereichten Dokumente ergibt sich, dass das fragliche Grundstück wohl primär dem Liegenschaftsportfolio der SBB AG zuzuschreiben ist. Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vergabestelle mit Eingabe vom 2. April 2007 vor, sie habe nicht dargelegt, inwiefern und aus welchen Gründen sich der ursprüngliche Verwendungszweck, das heisst die bahnbetriebliche Nutzung des Areals, plötzlich ändern solle. Während der Veräusserungsauftrag vom 20. Dezember 2006 (Beilage 1 zur Eingabe vom 2. März 2007) allenfalls dahingehend verstanden werden könnte, dass gegenüber dem Schreiben vom 12. Dezember 2003 ein Strategiewechsel in diesem Sinne erfolgt ist, geht nun aus den am 16. April 2007 eingereichten Dokumenten klar hervor, dass die Absicht bahnbetrieblicher Nutzung schon seit längerer Zeit nicht mehr bestanden hat. Der Strategiewechsel, der mit dem Schreiben vom 20. Dezember

2006 dokumentiert wird, ist – wie die Lektüre des Schreibens vom 12. Dezember 2003 (Beilage 8 zur Eingabe vom 16. April 2007) zeigt – vielmehr darin zu sehen, dass die Parzelle bisher lediglich bewirtschaftet werden sollte, wobei die Bewirtschaftung nebst der Vermietung auch die Baurechtsvergabe mitumfasste, wogegen mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 die Veräusserung des Areals als strategisches Ziel definiert wird. In beiden Konzepten spielt die bahnbetriebliche Nutzung keine Rolle. Soweit die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 2. April 2007 ausführen, mit der Sanierung solle das Grundstück wieder uneingeschränkt bahnbetriebstauglich gemacht werden, findet diese Behauptung in den Akten keine Stütze. Vielmehr wird im Veräusserungsvorschlag des zuständigen Immobilienbewirtschafters vom 7. Dezember 2006 festgehalten, die Gleisanlagen würden im Zusammenhang mit der Altlastensanierung entfernt. Ebenso enthält der Veräusserungsantrag vom 3. Juli 2006 (Beilage 1 zur Eingabe vom 16. April 2007) den Hinweis, dass bis auf das Verladegleis entlang der Langrütistrasse alle Gleise zu Lasten des Sanierungsprojekts abgebrochen werden. Die Gleise müssen gemäss diesem Antrag nicht mehr hergestellt werden. Der Abbruch des übrigen Gleises nach der Sanierung ginge falls nötig zu Lasten SBB Immobilien. Dementsprechend erscheint es aufgrund des bisher festgestellten Sachverhalts überwiegend wahrscheinlich, dass nur ein Gleis wieder uneingeschränkt betriebstauglich gemacht werden soll für den Fall, dass ein Interessent für das Areal Gleisanschluss wünscht. Aber auch dann wäre der Hauptzweck des Areals beispielsweise die Abfallbewirtschaftung und gerade nicht der Bahnbetrieb. Soweit die Beschwerdeführerinnen die Auffassung vertreten, die Eigentümerstellung der SBB an Immobilien mit Gleisanschluss führe bereits dazu, dass Aufwendungen in Bezug auf die Immobilien unter den Anwendungsbereich von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB und damit des BoeB fallen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Vielmehr müsste aufgrund der Akten der Eindruck entstehen, dass der aktuellen Nutzung der Gleisanschlüsse (zum Abstellen von Güterwagen) aus der Sicht der SBB AG mehr Bedeutung zukommt als der Bewirtschaftung der Immobilie im Sinne der teilweisen Vermietung und der Abgabe von Teilen des Grundstücks im Baurecht unter Berücksichtigung der Verkaufsbemühungen sowie der Anstrengungen der Vergabestelle zur Steigerung des Wertes der Immobilie für die vorhandenen Kaufinteressenten. Gegen diese Beurteilung spricht indessen schon der Anteil des insgesamt 29'193 m^2 grossen Areals von mindestens drei Fünfteln, der nicht von Geleisen durchzogen ist und vermietet wird (vgl. dazu die Übersicht über die bestehenden Mietverhältnisse Stand 26. Januar 2007 [Beilage 15 zur Eingabe vom 16. April 2007]).

4.9 Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der gewürdigten Beweismittel, dass die Sanierungsursache nicht auf den Bahnbetrieb zurückzuführen ist und der Zweck der Sanierung darin liegt, umweltrechtlichen Vorschriften nachzukommen, um anschliessend das Grundstück verkaufen zu können. Die intendierte künftige Nutzung liegt folglich nicht im Bereich des Bahnbetriebs. Die gegenwärtige Nutzung weist zwar insoweit einen Zusammenhang mit dem Verkehr auf, als Güterwagen auf dem fraglichen Areal abgestellt werden. Indessen prägt die bahnbetriebliche Nutzung angesichts der anderweitigen Bewirtschaftung selbst den gegenwärtigen Zustand nicht entscheidend. Noch weniger gibt es

aufgrund der derzeitigen Nutzung Hinweise darauf, dass das Grundstück nach der Sanierung nicht verkauft werden und stattdessen faktisch dem Bahnverkehr zur Verfügung stehen soll. Die prima-facie-Würdigung aufgrund der Aktenlage führt deshalb zum Schluss, dass die Sanierung des Rietliareals keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB aufweist. Damit ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts aller Voraussicht nach nicht gegeben. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge (vgl. E. 2.1). Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann nicht entsprochen werden. Damit fällt die Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission vom 14. Dezember 2006, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.

5. Da die Beschwerde keinen Antrag auf Akteneinsicht enthält, bedarf es insoweit keines Zwischenentscheides. Im Übrigen sind den Beschwerdeführerinnen sämtliche für die Frage der Zuständigkeit relevanten Akten bereits zugestellt worden. Dabei ist mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 18. April 2007 angeordnet worden, dass die Liste der Kaufinteressenten von der Akteneinsicht ausgenommen wird und Akteneinsicht in die Korrespondenz gewährt wird, wobei den Interessen der Kaufinteressenten durch die Abdeckung ihrer Namen Rechnung zu tragen ist. In diesem Sinne ist mit vorliegendem Zwischenentscheid eine Feststellung zum Umfang der gewährten Akteneinsicht zu treffen. Die Gewährung der Einsicht in die eigentlichen Vergabeakten ist vor dem vorab zu fällenden Entscheid betreffend die Zuständigkeit ausgeschlossen. Der Instruktionsrichter wird dementsprechend mit separater Verfügung im Anschluss an diesen Zwischenentscheid die Aufrechterhaltung der Beschränkung des Schriftenwechsels auf die Zuständigkeitsfrage verfügen.

6. Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden. In diesem Zusammenhang werden auch die Rügen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf das prozessuale Verhalten der Vergabestelle erörtert werden.

Das Bundesverwaltungsgericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2. Es wird festgestellt, dass die Akteneinsicht in Bezug auf die Dokumente betreffend die Zuständigkeitsfrage unter Wahrung schützenswerter Drittinteressen bereits gewährt worden ist. In Bezug auf die übrigen Akten des Vergabeverfahrens besteht vor Ergehen des Entscheids betreffend die Zuständigkeit kein Einsichtsrecht.

3. Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4. Dieser Zwischenentscheid wird eröffnet:

   - den Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; mit Gerichtsurkunde,

vorab per Fax)

- der Vergabestelle (mit Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- den Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; mit Gerichtsurkunde, vorab per Fax)

Der Instruktionsrichter: Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner Thomas Zogg

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.